



RIVISTA TICINESE DI DIRITTO

II - 2019

CANCELLERIA DELLO STATO DEL CANTONE TICINO
HELBIG LICHTENHAHN

ESTRATTO

RIVISTA TICINESE DI DIRITTO

II- 2019

Francesca Amaddeo

***Tax morale e l'incertezza del diritto:
il caso dello scambio di informazioni***

CANCELLERIA DELLO STATO DEL CANTONE TICINO

HELBING LICHTENHAHN

Direzione e responsabilità editoriale:

Prof. Dr. Marco Borghi
e-mail: marco.borghi@unifr.ch

Redazione della parte fiscale:

Dr. Andrea Pedroli, Presidente della Camera di diritto tributario
e-mail: andrea.pedroli@ti.ch

incaricati dal Consiglio di Stato

Edita da: Cancelleria dello Stato del Cantone Ticino e
Helbing Lichtenhahn, Basilea (www.helbing.ch)

Distribuzione: – Servizi giuridici del Consiglio di Stato,
6501 Bellinzona (e-mail: rtid@ti.ch)
– Schweizer Buchzentrum, Industriestrasse Ost, 4614 Hägendorf

Coordinamento e allestimento: Gibi Borghi
e-mail: borghi.gibi@bluewin.ch

Stampa: Salvioni arti grafiche, 6500 Bellinzona
e-mail: info@salvioni.ch

Copertina: riproduzione da Cornelia Forster

ISSN 1661-0954 – ISBN 978-3-7190-4286-8 (Helbing Lichtenhahn)
ISBN 978-88-6303-052-5 (Repubblica e Cantone Ticino)

Tax morale e l'incertezza del diritto: il caso dello scambio di informazioni

Francesca Amaddeo*

1. *Tax morale*: il contribuente e la *tax compliance*
 - 1.1. Prefazione
 - 1.2. *What is driving tax morale?* L'analisi della comunità internazionale
 - 1.3. Cosa determina la *tax morale*?
 - 1.4. Ridurre l'incertezza del diritto: alcune proposte
 - 1.6. *Tax morale* in Svizzera
 - 1.5. Prime riflessioni
2. Certezza del diritto come fattore chiave nella condotta del contribuente
 - 2.1. Un caso specifico nell'era post-BEPS: lo scambio di informazioni
3. Prospettive future e riflessioni conclusive

1. *Tax morale*: il contribuente e la *tax compliance*

1.1. *Prefazione*

Nel mese di febbraio di quest'anno, l'Organizzazione per la Cooperazione e lo Sviluppo Economico (OCSE) ha aperto una discussione pubblica intitolata «*What is driving tax morale?*»¹, riprendendo le fila di uno studio già svolto qualche anno fa². La comunità internazionale, infatti, sem-

* Avvocato, Dottoressa di ricerca in Diritto dell'Unione Europea e Ordinamenti Nazionali, Ricercatrice presso il Centro competenze tributarie della Scuola Universitaria Professionale della Svizzera Italiana (SUPSI).

¹ OCSE, *What is driving tax morale?*, Public consultation, 10 Aprile-10 Maggio 2019, consultabile al link <http://www.oecd.org/tax/tax-global/public-consultation-document-what-is-driving-tax-morale.pdf> (consultato il 16.7.2019).

² OCSE, *What drives tax morale?*, Marzo 2013, consultabile al link <http://www.oecd.org/ctp/tax-global/what-drives-tax-morale.pdf> (consultato il 16.7.2019) nella sua versione breve; per la versione estesa, CHRISTIAN DAUDE, HAMLET GUTIÉRREZ e ANGEL MELGUIZO, *What drives tax morale?*, OECD Development Centre, Working Paper n. 315, Novembre 2012.

bra temporaneamente abbandonare la prospettiva delle amministrazioni finanziarie per focalizzarsi sul profilo del contribuente (persona fisica o giuridica che sia) analizzando come il comportamento di quest'ultimo sia influenzato da diversi fattori e come, di conseguenza, questo impatti sui fenomeni di evasione ed elusione fiscale e, più in generale, di pianificazione fiscale aggressiva.

1.2. What is driving tax morale?

L'analisi della comunità internazionale

Da tempo l'analisi comportamentale del contribuente ha interessato accademici e studiosi, i quali hanno condotto disamine di tenore più empirico che giuridico. Già l'OCSE se n'era occupato nel 2012, pubblicando un altro *report* dal medesimo titolo «*What drives tax morale?*»³ laddove emergevano diversi fattori evidenziati da analisi economiche e sociali, aventi come *focus*, in particolare, l'Africa e l'America Latina. Da tale disamina emergevano già alcuni nodi importanti da vagliare al fine di cogliere le basi che hanno consentito a determinati Paesi di riscontrare una maggiore partecipazione del contribuente alle spese ed allo sviluppo del proprio Stato versando regolarmente ed in maniera corretta le imposte, diversamente da altri dove i fenomeni di evasione ed elusione fiscale risultavano estremamente diffusi.

Oggi, a fronte delle nuove analisi condotte, la commissione di studio OCSE individua, come determinanti della *tax morale*, elementi ascrivibili a due macro-categorie: la prima, include variabili socio-economiche, quali, ad es., l'età, il sesso, l'educazione, la qualifica lavorativa, ecc., mentre la seconda, di maggiore impatto a livello giuridico, è rappresentata dalla percezione che i singoli hanno delle istituzioni. Si suppone, infatti, che maggiore sia il livello di fiducia che il cittadino/contribuente pone nei confronti del governo e delle autorità competenti del proprio Paese, maggiore sia la sua volontà di contribuire versando le imposte dovute con un conseguente incremento della *tax compliance*.

³ OCSE, 2013.

Cotanto interesse per la moralità e l'etica del contribuente, quindi, non deve considerarsi scevro da ripercussioni in ambito giuridico: anzi.

Esattamente cosa si intende per *tax morale*? Tendenzialmente con questo termine si indica la volontà e l'essere incline a versare le imposte da parte del contribuente. L'interrogativo che ha dato avvio a questi studi è «perché le persone pagano le tasse?». Indubbiamente, si tratta di un obbligo giuridico. Tuttavia, non è possibile non ravvisare nella politica fiscale e tributaria uno degli elementi principali su cui si innesta il contratto sociale. Sostanzialmente, i cittadini, i contribuenti, versano le imposte in cambio di beni e servizi pubblici, il che legittima l'equilibrio politico e lo Stato in sé.

Bisogna, però, ammettere che tale idilliaco equilibrio non è sempre presente: il legame tra i diritti ed i doveri delle diverse parti (contribuenti, da un lato, e Stato, dall'altro) si rivela spesso labile. In alcune giurisdizioni, per es., l'imposizione fiscale è bassa, il che comporta scarsi servizi pubblici per i cittadini, sia in termini quantitativi sia in termini qualitativi, implicando, a sua volta, malcontento per i singoli individui. A ciò si aggiunga la contrapposizione tra fenomeni evasivi⁴ ed elusivi⁵, che presentano soglie sempre più importanti (denotando lo scarso livello di *tax morale* della società), da un lato, e i difficili sforzi posti in essere dagli Stati per tentare di garantire, invece, una corretta riscossione delle imposte, dall'altro.

⁴ L'evasione fiscale, nell'ambito del diritto tributario, si definisce come il comportamento antiggiuridico che si sostanzia nel parziale o totale occultamento della materia imponibile da parte del contribuente, il quale può adottare un mero comportamento omissivo e/o commissivo oppure porre in essere espedienti ingannatori tipici della frode. Così, ROBERTO CORDEIRO GUERRA e PIETRO MASTELLONE, Definizione di Evasione [dir. Trib.], Diritto online, 2017, consultabile al link http://www.treccani.it/enciclopedia/evasione-dir-trib_%28Diritto-on-line%29/ (consultato il 25.7.2019).

⁵ L'elusione fiscale, invece, è il fenomeno ravvisabile a fronte del comportamento di un contribuente che, sebbene rispetti formalmente il tenore letterale della norma tributaria, tende ad evitare il pagamento dell'imposta tramite costruzioni giuridiche aventi quale unico scopo quello di sottrarsi ai propri obblighi fiscali. Per un approfondimento, *ex multis*, vedasi PAOLO MAIORANO, Definizione di Elusione fiscale, Dizionario di Economia e Finanza, 2012, consultabile al link http://www.treccani.it/enciclopedia/elusione-fiscale_%28Dizionario-di-Economia-e-Finanza%29/ (consultato il 25.7.2019).

Queste caratteristiche costituiscono elementi ostativi ad un corretto sviluppo e mantenimento dei singoli sistemi-Paese, in quanto le imposte costituiscono una componente importante del cd. *Domestic Resource Mobilisation* (DRM), ossia dell'allocazione delle risorse interne di uno Stato⁶, essenziale per stimolarne ed incrementarne la crescita, economica e non solo.

1.2.1. La discussione pubblica lanciata dall'OCSE nel 2019

Il report OCSE, pubblicato nel mese di Aprile 2019, sulla *tax morale* si pone in linea con la politica della comunità internazionale degli ultimi anni, inerente la trasparenza e la lotta al fenomeno dell'erosione della base imponibile e dello spostamento artificioso dei profitti, già oggetto del Piano d'azione BEPS (*Base erosion and Profit Shifting*) che ha preso avvio nel 2013, e che pare adesso cominciare a vedere i primi risultati.

Sembrerebbe che, dopo aver predisposto le basi legali per procedere in questa direzione, adottando, principalmente, la prospettiva dei singoli Stati e delle autorità competenti, sia ora venuto il momento di analizzare e valorizzare la posizione del contribuente, del singolo cittadino, tenuto non solo al versamento delle imposte, bensì ad una serie di adempimenti (formali e non) che consentono un approccio maggiormente collaborativo con le istituzioni, un maggior senso di «appartenenza» se così si vuol dire. L'obiettivo (e potenziale risultato) è conoscere in maniera più chiara cosa spinge il contribuente a partecipare e ad essere *compliant* con il sistema fiscale inteso nella sua accezione più ampia: ciò consentirebbe di conseguire un apparato trasparente e un fisco che tiene conto delle esigenze, spesso tralasciate, dei contribuenti dall'altro.

La crisi finanziaria del 2008 ha indotto la comunità internazionale ad intervenire. Nell'ultimo decennio, si è assistito, infatti, ad una rapida modifica delle basi legali ed all'adozione di strumenti innovativi per contrastare i fenomeni di evasione ed elusione fiscale, oltre che di pianificazione fiscale aggressiva, operata, in particolar modo, dalle multinazionali.

⁶ OCSE, Taxation and aid for domestic resource mobilization (D.M.R.) aid: helping or harming domestic resource mobilization in Africa, consultabile al link <https://www.oecd.org/site/devaeo10/44272298.pdf> (consultato il 17.7.2019)

Parallelamente si è intervenuti attivamente per rafforzare i poteri ed il margine di manovra delle amministrazioni finanziarie, studiando e ponendo in essere sistemi che ne favoriscano la cooperazione (si pensi, ad es., allo scambio automatico di informazioni), creando un *framework* operativo notevole in termini di efficienza e di efficacia.

Come si accennava, però, è stato tralasciato un aspetto particolarmente rilevante se non, si azzarderebbe definire, essenziale: il contribuente. Il quadro che è venuto a crearsi non sembra essere stato studiato in un'ottica che tenga in debita considerazione la posizione del singolo. In particolare, l'aspetto della *tax morale* è stato completamente trascurato. Questo rappresenta una grossa lacuna, soprattutto, se si pensa che la maggior parte dei sistemi fiscali si basano sulla *compliance* volontaria del contribuente per la determinazione dell'onere imponibile (una sorta di principio auto-dichiarativo). Sembra logico supporre, infatti, che incentivare il contribuente a tenere un comportamento collaborativo e corretto permetterebbe un miglioramento della relazione con le autorità, e, di conseguenza, una più corretta riscossione delle imposte.

All'uopo, lo studio verte principalmente sulla relazione tra il DRM, la politica fiscale internazionale e la capacità «costruttiva» delle amministrazioni finanziarie, distinguendo l'approccio tenuto dal singolo individuo, persona fisica, da un lato, e dalle imprese (scindendo, nel dettaglio, tra piccole e medie imprese e multinazionali), dall'altro.

1.3. Cosa determina la tax morale?

Una migliore comprensione dei fattori che determinano la *tax morale* dei contribuenti comporta una serie di benefici per tutti gli attori presenti nel settore fiscale: in particolare, se il contribuente vede risposte concrete alle proprie esigenze da parte del sistema-Paese, questi sarà indotto ad adottare un approccio maggiormente collaborativo, di cui le autorità competenti potranno giovare.

Molti Paesi, in particolare quelli in via di sviluppo, devono affrontare una serie di problematiche per rafforzare la procedura di accertamento e riscossione delle imposte a livello domestico. Tra queste possono esservi

una base imponibile estremamente ridotta, basi legali inidonee, un sistema politico instabile e debole, un reddito *pro capite* molto basso, livelli insufficienti di investimenti e risparmi, elevati fenomeni di evasione ed elusione fiscale posti in essere da talune aziende e da gruppi di contribuenti. Ciò implica che i due terzi dei Paesi meno sviluppati lottano ancora per applicare imposte quantomeno pari al 15% del PIL, il minimo considerato standard per garantire entrate finanziarie stabili allo Stato. Si tenga presente che, ad oggi, gli Stati membri OCSE conseguono imposte per una percentuale pari, di media, al 35% del PIL⁷.

Gli esiti delle ricerche sottolineano una correlazione significativa tra la *tax morale* e la *tax compliance* sia in Paesi già sviluppati sia in quelli in via di sviluppo. Per es., la *tax morale* rappresenta un importante fattore determinante per la cd. *shadow economy* (economia ombra), impattando direttamente sull'evasione fiscale⁸.

Da alcuni anni ormai, la comunità internazionale si sta impegnando per aumentare il DRM investendo in termini di trasparenza, correttezza, efficienza ed efficacia del sistema fiscale. Questo è stato reso possibile – e lo è tutt'ora – mediante nuovi strumenti sviluppati anche tramite la politica intrapresa col Piano d'azione BEPS; in particolare, gli Stati hanno maggiori possibilità di evitare fenomeni fiscali illeciti operati dalle multinazionali avvalendosi, ad es., dello scambio di informazioni e, nella specie, del *Country-by-country reporting*⁹.

A questi interventi, tuttavia, come si diceva in precedenza, occorre affiancare un investimento nella *tax morale*, nella cultura e nella concezione del contribuente, tenendone in debita considerazione la posizione, le esigenze e tutta una serie di fattori che possono inficiarne il comportamento.

⁷ OCSE, 2019, pag. 9

⁸ BENNO TORGLER, *Tax Morale and Compliance: Review of Evidence and Case Studies for Europe*, World Bank Policy Research Working Paper n. 5922, 2011

⁹ <https://www.oecd.org/tax/automatic-exchange/about-automatic-exchange/country-by-country-reporting.htm> (consultato il 17.7.2019).

1.3.1. La tax morale delle persone fisiche

Il *World Values Survey*¹⁰ fornisce una serie di dati che aiutano a ricostruire il quadro globale della *tax morale* relativamente alle persone fisiche. L'analisi condotta dall'OCSE si è estesa su circa novanta Paesi, presentando ai soggetti intervistati la seguente domanda: «Eviteresti di pagare le tasse se ne avessi la possibilità?».

Dalle risposte fornite è stato possibile definire una serie di fattori che sembrerebbero influenzare l'approccio del soggetto interessato nei confronti del fisco. In particolare, da tale analisi deriverebbero alcune considerazioni inerenti sia l'aspetto strettamente personale dell'approccio del contribuente (secondo le quali, ad es., le persone particolarmente credenti hanno un approccio più positivo nei confronti degli obblighi fiscali; le donne hanno un maggiore senso del dovere nei confronti del fisco; le persone anziane sono più restie all'evasione fiscale rispetto ai più giovani; le persone con un'istruzione superiore più elevata sono più propense al versamento delle imposte; ecc.) sia aventi ad oggetto una valutazione di tenore più istituzionale¹¹.

Adottando un approccio prettamente giuridico, quest'ultimo aspetto risulta di maggiore interesse. Infatti, il favore dei contribuenti nei confronti del governo e delle sue istituzioni rappresenta un passo di estremo rilievo verso l'acquisizione di una maggiore *tax compliance*. In particolare, dallo studio è emerso come: (i) chi considera la democrazia quale migliore forma di governo, ritiene ingiustificabile il mancato adempi-

¹⁰ Il World Value Survey (WVS) è un progetto di ricerca globale che esplora i valori e le fedi delle persone, di come esse cambiano nel tempo e quale impatto sociale e politico hanno. Questa ricerca viene effettuata da una rete mondiale di scienziati sociali che, dal 1981, hanno condotto indagini nazionali in quasi 100 nazioni. Il WVS è l'unica fonte di dati empirici su atteggiamenti tenuti dalla maggioranza della popolazione mondiale. Il WVS misura, controlla e analizza: il sostegno alla democrazia, la tolleranza nei confronti di stranieri e minoranze etniche, il supporto per l'uguaglianza di genere, il ruolo della religione e le variazioni dei livelli di religiosità, l'impatto della globalizzazione, gli atteggiamenti verso l'ambiente, il lavoro, la famiglia, la politica, l'identità nazionale, la cultura, la diversità, l'insicurezza e il benessere soggettivo. Il database è consultabile al link www.worldvaluessurvey.org (consultato il 17.7.2019).

¹¹ OECD, 2013, pag. 3 segg.; OECD, 2019, pag. 12 segg.

mento ai propri obblighi fiscali; (ii) chi ha fiducia nel proprio governo presenta una *tax morale* più elevata; (iii) chi ritiene la redistribuzione fiscale quale elemento caratterizzante la democrazia (ossia chi ritiene che i ricchi debbano essere tassati in misura maggiore al fine di aiutare i meno abbienti) presenta una *tax morale* più elevata; (iv) vi è una stretta connessione tra soggetti con un'elevata *tax morale* e coloro che disapprovano chi richiede benefici e agevolazioni a loro non spettanti.

Le più recenti ricerche hanno confermato e dimostrato la relazione significativa tra *tax morale* e *tax compliance* sia nei Paesi sviluppati sia in quelli in via di sviluppo¹². Risulta, pertanto, oggigiorno fondamentale per le Amministrazioni finanziarie comprendere i fattori che determinano l'atteggiamento del contribuente, onde cercare di farli propri ed evitare, venendo loro incontro, i fenomeni illeciti.

Nel *report* OCSE vengono avanzate alcune soluzioni che seguono, sostanzialmente, tre linee direttrici: l'una, improntata ad una maggiore informazione ed educazione del contribuente alla fiscalità, per es., introducendo tale cultura sin dai primi anni di scuola, una seconda, sull'approccio adottato dalle amministrazioni finanziarie, partendo dalla profilatura del contribuente ed analizzando i fattori che caratterizzano quelli maggiormente cooperativi ed, infine, un'ultima inerente il rafforzamento del senso di «affidabilità» nel governo del Paese.

1.3.2. *La tax morale delle persone giuridiche*

L'analisi non può di certo prescindere dalla valutazione del fattore della moralità anche per quanto riguarda le persone giuridiche, sulle quali si concentra l'attenzione della comunità internazionale.

Costoro, infatti, sono le dirette destinatarie di gran parte delle misure delineate in sede di Piano d'azione BEPS: è alla loro condotta tendenzial-

¹² RONALD G. CUMMINGS, JORGE MARTINEZ-VAZQUEZ, MICHAEL MCKEE e BENNO TOGLER, *Tax morale affects tax compliance: evidence from surveys and an artefactual field experiment*, *Journal of Economic Behavior & Organization*, vol. 70, issue 3, 2009, pag. 447-457; MERIMA ALI, ODD-HELDGE FJELDSTAD e INGRID HOEM SJURSEN, *To Pay or Not to Pay? Citizens' Attitudes Toward Taxation in Kenya, Tanzania, Uganda and South Africa*, *World Development*, Vol. 64, 2014, pag. 828-842.

mente elusiva ed evasiva che è dovuto il repentino mutamento delle basi legali del diritto tributario internazionale per evitare la continua erosione della base imponibile nei singoli Stati, oltre che il fenomeno della cd. corsa al ribasso delle aliquote sulle società.

L'interrogativo che sorge spontaneo, pertanto, attiene al perché la *tax morale* rivesta una tale importanza per le persone giuridiche, riconoscendo l'eticità in capo a soggetti che, per definizione, ne sono privi. Sarebbe riduttivo evitare di rappresentare quale sia – di fatto – il ruolo di egemonia che le multinazionali rivestono, soprattutto, in ambito fiscale. Infatti, la loro condotta non impatta esclusivamente sull'accertamento (e, quindi, sulla riscossione) delle imposte, ma anche nel quadro più ampio di investimenti e *spillover*¹³.

Ad ogni buon conto, occorre rilevare come la *tax morale* delle persone giuridiche non si discosti più di tanto da quella delle persone fisiche. Le entità non hanno di per sé una morale: occorre, però, tenere presente che le loro decisioni sono, comunque, prese da individui, da persone fisiche che, nel loro agire, non sono certo esuli dall'impatto dei fattori summenzionati e, comunque, non possono esimersi dal sentirsi influenzati dai propri pensieri e dalla propria *forma mentis*. Nella specie, tra alcuni di questi elementi è possibile annoverare i valori morali e culturali, le preferenze in termini di rischio, l'impatto dei suggerimenti forniti dai consulenti fiscali, la reputazione dei membri dell'organico, la struttura della società, la dimensione dell'impresa, i costi di *compliance* e la complessità dell'ordinamento fiscale in cui si trova ad operare¹⁴.

¹³ Lo *spillover* è un termine usato nel linguaggio economico per individuare le esternalità, positive o negative, derivanti dai comportamenti dei singoli o dalle imprese. Si è in presenza di esternalità qualora un individuo o un'impresa pongano in essere un'azione che abbia esiti (benefici o negativi) su un altro operatore, che non paga o non viene pagato per tali effetti. Vedasi, Definizione di *Spillover*, in Dizionario di Economia e Finanza, 2012, consultabile al link http://www.treccani.it/enciclopedia/spillover_%28Dizionario-di-Economia-e-Finanza%29/ (consultato il 25.7.2019).

¹⁴ DAVID JOULFAIAN, *Bribes and Business Tax Evasion*, The European Journal of Comparative Economics, Vol. 6/2, 2009, pag. 227-244; JAMES ALM e CHANDLER MCCLELLAN, *Tax morale and tax compliance from the firm's perspective*, Working Papers 1211, Tulane University, Department of Economics, 2012; ROMAN LANIS,

Stante la difficoltà nel reperimento dei dati, la valutazione OCSE della *tax morale* delle persone giuridiche è stata sviluppata sulla base delle questioni conciliate dalle amministrazioni fiscali¹⁵. Tuttavia, questo metodo di valutazione non può dirsi soddisfacente. Le scarse ricerche esistenti si basano sui *database* dell' *European Bank for Reconstruction and Development* (EBRD) e della *World Bank Business Environment and Enterprise Performance Survey* (BEEPS), i quali, a loro volta, derivano le proprie informazioni sulla scorta delle dichiarazioni rese dalle multinazionali a fini fiscali¹⁶.

Date tali premesse, la *tax morale* (soprattutto in riferimento alle multinazionali) può essere identificata a fronte del rapporto con la (in)certezza del diritto tributario, da intendersi quale garanzia di «prevedibilità» dell'ordinamento fiscale al fine di incentivare gli investimenti. Infatti, avere un quadro normativo chiaro e ben definito agevola il pagamento delle imposte oltre che i rapporti con il fisco: ciò non è sempre possibile, in quanto la normativa fiscale, specie se internazionale, si presta spesso e volentieri a discrasie e ridondanze, presentandosi lacunosa e di difficile comprensione.

Sono, tuttavia, ravvisabili alcuni fattori posti alla base dell'incertezza del diritto¹⁷ riconducibili a quattro macro-categorie relative, nel dettaglio, al sistema normativo, alle amministrazioni finanziarie, alla risoluzione delle controversie e, infine, alla dimensione internazionale.

Tra questi nodi gordiani si evidenziano l'inadeguatezza del sistema normativo agli *standard* internazionali, una carenza di preparazione dei fun-

GRANT RICHARDSON e ROSS MCCLURE, The impact of corporate tax avoidance on board of directors and CEO reputation, *Journal of Business Ethics*, 2018.

¹⁵ Adottando tale unità di misura, si stima che i Paesi membri dell'OCSE presentino una percentuale di *tax morale* assai elevata, annoverando una percentuale inferiore al 46% di imprese (con almeno cinque dipendenti) che non abbiano dichiarato tutte le vendite a fini fiscali. Se, tendenzialmente, può affermarsi che si sia progressivamente raggiunto un miglioramento, tale soglia non può ancora dirsi soddisfare gli obiettivi della comunità internazionale. Dati reperiti da EBRD-World Bank Business Environment and Enterprise Survey. ALM e MCCLELLAND, 2012; JOUFAIAN, 2009.

¹⁶ OCSE, 2019, pag. 31 segg.

¹⁷ OCSE, 2019, pag. 35 segg.

zionari delle amministrazioni finanziarie nell'approccio a tali tematiche, oltre che una carenza di comprensione delle strutture imprenditoriali delle multinazionali. I Paesi che, infatti, risultano in linea con gli standard internazionali, p. es., riporterebbero un livello di *tax morale* maggiormente elevato rispetto agli altri¹⁸.

Una falla particolarmente rilevante è data dalla problematica relazione sussistente tra i contribuenti e le amministrazioni finanziarie, laddove queste ultime non si presentano consistenti in termini di risposte alle esigenze dei singoli: si pensi, ad es., alle risposte relative agli sgravi fiscali, ai rimborsi ovvero al vero e proprio sistema degli interpelli (cd. *tax rulings*). Si ritiene, infatti, che investendo in questo ambito sarebbe possibile incentivare la *tax morale* delle imprese.

1.4. Ridurre l'incertezza del diritto: alcune proposte

Tra le proposte avanzate per arginare la problematica del difficoltoso rapporto tra fisco e contribuente, si annoverano una riduzione della burocrazia, un aumento della cooperazione e della trasparenza, e l'implementazione degli strumenti più importanti per costruire la certezza del diritto.

Per ogni singolo Paese sono da proporsi soluzioni *ad hoc*, le quali devono necessariamente tenere conto delle esigenze locali e dei punti (di forza, ma anche di debolezza) di ciascuna struttura. Tuttavia, è possibile individuare alcuni meccanismi chiave quali (i) l'allineamento con gli standard internazionali dell'ordinamento domestico; (ii) le relazioni illustrative dettagliate delle basi legali tributarie; (iii) una riduzione della burocrazia per gli adempimenti fiscali; (iv) una riduzione delle modifiche legislative; (v) la notifica delle prossime modifiche fiscali; (vi) le consultazioni pubbliche con i contribuenti nel momento in cui le intervengono emendamenti delle normative; (vii) un incremento della trasparenza da parte delle amministrazioni finanziarie; (viii) un regime effettivo di risoluzione delle dispute; (ix) le procedure di mutuo accordo; (x) gli *advance pricing agreement* (APA) multilaterali con altri Paesi in tema di prezzi di trasferimento.

¹⁸ OCSE, 2019, pag. 37 segg.: WORLD BANK GROUP AND PWC, *Paying Taxes 2019*, 2019, consultabile al link <http://www.pwc.com/payingtaxes> (consultato il 17.7.2019).

Non mancano, ovviamente, opinioni dissonanti rispetto a quanto esposto nel *report* OCSE. Infatti, tra le risposte rese da terzi alla discussione pubblica sulla *tax morale*, si è rappresentato come alcune osservazioni risultino fuorvianti e/o non totalmente in linea con i dati in realtà a disposizione.

Se, infatti, l'interpretazione da dare al termine *tax morale* deve essere quella di «motivazione intrinseca al pagamento delle imposte» («*intrinsic motivation to pay taxes*»), se ne dovrebbe desumere una volontà di andare oltre la *tax compliance*, cercando di comprendere le ragioni che muovono i comportamenti dei contribuenti. Seguendo tale linea critica, si rappresenta come, benché nella macro-categoria dei contribuenti vengano incluse sia le persone fisiche sia le persone giuridiche, non sia possibile accomunare i fattori determinanti i loro approcci alla fiscalità. Sarebbe, pertanto, più opportuno esaminare il comportamento degli individui chiave all'interno dell'impresa, che prendono le decisioni della stessa o che, in qualche modo, le influenzano come, ad es., i consulenti fiscali ed i dirigenti, ponendo attenzione, in particolare, alle loro tecniche di pianificazione fiscale, valutandone le mire espansionistiche ed il loro approccio al rischio manageriale. Bisognerebbe, a tale scopo, tenere in debita considerazione se – ed eventualmente in che termini – vengono concessi dei premi, dei *benefit* e degli incentivi a questi soggetti quale corrispettivo per il raggiungimento di determinati obiettivi¹⁹.

Ancora, si rappresenta come i dati ottenuti dagli studi condotti in vista della stesura del rapporto siano inconsistenti con l'obiettivo cui l'analisi stessa vorrebbe pervenire: il carattere anonimo dei questionari consente di fornire risposte prive di pretese di veridicità, a maggior ragione da parte di chi pone – di fatto – in essere comportamenti non conformi alla base legale.

Ciò che, tuttavia, appare ancor più rilevante riportare attiene alle osservazioni sull'incertezza del diritto. Infatti, alcuni commenti hanno osservato come l'analisi del *report* OCSE si basi su dati rilevati nel 2016, an-

¹⁹ OCSE, Public comments on the discussion draft on what is driving tax morale?, 2019, pag. 5-6.

no *clou* di implementazione delle misure BEPS. Già allora diversi autori avevano rappresentato il potenziale effetto negativo di un tale intervento: l'ambizioso progetto dell'OCSE – si diceva – avrebbe comportato maggiore incertezza nel diritto tributario internazionale, sovvertendo alcuni equilibri cristallizzati da decenni²⁰.

Lo scopo del Piano d'azione individuato dai leader del G20 era quello di emendare l'intero sistema regolamentare della fiscalità internazionale al fine di indurre (coattivamente) le multinazionali a dichiarare i propri redditi ed a versare correttamente quanto dovuto, assicurando una conformità tra il luogo del pagamento ed il luogo di creazione del valore. In sostanza, ciò comportava l'eliminazione dei mezzi escogitati dalle multinazionali per eludere il fisco. Tuttavia, le raccomandazioni BEPS, per parte della dottrina, hanno semplicemente «ricomposto i pezzi» del sistema previgente, esacerbandone la complessità. Questo perché avrebbero fallito nell'affrontare e nell'appianare la questione principale: ossia l'adozione di criteri idonei ad una corretta allocazione dei redditi delle multinazionali. L'assenza di norme chiare in tale frangente lascerebbe – quasi legittimamente – pensare ai contribuenti che le multinazionali non paghino quanto dovrebbero.

Sicché, nella valutazione della *tax morale* delle imprese e, soprattutto, delle multinazionali, l'analisi dell'impatto dell'incertezza del diritto deve essere inteso nel senso più ampio possibile: difficoltà di adeguarsi alle repentine modifiche del sistema, conoscenza superficiale delle tematiche sia da parte di chi gestisce le imprese sia da parte delle amministrazioni finanziarie, spesso impreparate, nella specie, in temi altamente tecnici, come, ad es., il *transfer pricing*.

Quale contraltare a tali critiche, si pone la risposta del *Tax Administration Research Centre* (TARC)²¹, il quale espone la presa di posizione delle amministrazioni finanziarie rilevando come la *tax morale* non possa considerarsi che un elemento, tra l'altro di rilievo non determinante, ai fini della valutazione della posizione e del comportamento del contri-

²⁰ OCSE, Public comments, 2019, pag. 4-9.

²¹ OCSE, Public comments, 2019, pag. 52-55.

buente. Sostanzialmente, è possibile ravvisare un approccio alquanto scettico da parte delle amministrazioni finanziarie. Infatti, contestualmente alle ragioni su cui basano tale loro prospettiva, vengono formulate una serie di raccomandazioni, tra cui la richiesta di utilizzare una terminologia chiara. A loro parere, la nozione di *tax morale* sarebbe troppo vaga e indurrebbe in errore se utilizzata allo scopo di risolvere le problematiche di *non-compliance*.

Ulteriori commenti ravvisano l'assenza di una specifica analisi dei cd. *High Wealth Net Individuals* (HWNI), i quali, a fronte della loro particolare posizione di «grandi contribuenti» e delle loro pianificazioni fiscali (spesso avvalendosi dell'ausilio di specialisti del settore), dovrebbero costituire una categoria a sé stante²².

Altra lacuna evidenziata consiste nella scarsa attenzione dedicata alle piccole e medie imprese, le quali, sebbene presentino un profilo meno rischioso in confronto alle multinazionali in termini quantitativi di potenziale evasione/elusione fiscale, meritano di essere analizzati a fronte della loro peculiare composizione e struttura, spesso familiare, quindi, potenzialmente mossa da linee direttrici diverse da altre persone giuridiche, probabilmente influenzata da fattori analoghi a quelli analizzati per le persone fisiche.

1.6. Tax morale in Svizzera

Ricerche empiriche sul tema della *tax morale* sono state condotte anche in Svizzera. Secondo la dottrina, la Svizzera dovrebbe considerarsi quale paese virtuoso, in quanto presenta alcune caratteristiche indici di un'elevata eticità da parte dei contribuenti.

Secondo FELD & FREY²³, ad es., diversi sarebbero gli elementi che fanno storicamente propendere per tale teoria:

²² OCSE, Public comments, 2019, pag. 4-9.

²³ LARS P. FELD e BRUNO S. FREY, Tax evasion in Switzerland: the roles of deterrence and tax morale, in Peter Lang (a cura di), Tax evasion, trust and state capacities, Berna, 2007.

- i. la consapevolezza (e l'apprezzamento) da parte dei contribuenti dello «scambio» sussistente tra le imposte pagate e i beni ed i pubblici servizi offerti;
- ii. la partecipazione attiva dei cittadini alle riforme fiscali tramite *referendum*;
- iii. le misure preventive e deterrenti sono solitamente accompagnate e bilanciate da incentivi (positivi);
- iv. il ricorso da parte delle autorità svizzere al controllo sociale per aumentare la *tax compliance*.

Tali elementi, desunti dal più completo studio sulla cultura svizzera redatto da GEORG VON SCHANZ²⁴, consentono di delineare un profilo dei contribuenti svizzeri (leggasi cittadini e domiciliati in Svizzera) dal quale emerge come costoro siano considerati parti di un contratto fiscale-psicologico. Il primo pilastro di tale contratto sarebbe ravvisabile nella partecipazione attiva e democratica del popolo alle decisioni dell'esecutivo per quanto attiene alla materia fiscale. Questo approccio contribuisce a non far sentire i soggetti interessati come «vittime», inferiori in una scala gerarchica.

La questione dell'etica fiscale in Svizzera è stata posta all'attenzione dell'Assemblea federale da parte del Partito socialista nel 2010²⁵, laddove si ponevano tre quesiti inerenti, rispettivamente, (i) i motivi del grave peggioramento dell'etica fiscale verificatosi all'inizio degli anni Novanta, (ii) la rilevanza di fenomeni quali la concorrenza fiscale intercantonale, il regime di imposizione forfetario e l'aiuto prestato da alcuni intermediari finanziari alla realizzazione di fattispecie illecite di sottrazione d'imposta, (iii) le misure che il Consiglio federale intende adottare per il ripristino di «un'etica fiscale esemplare».

²⁴ GEORG VON SCHANZ, *Die Steuern der Schweiz in ihrer Entwicklung seit Beginn des 19. Jahrhunderts*, voll. 5, Stoccarda, 1890.

²⁵ Interpellanza 10.3311 «Significativo peggioramento dell'etica fiscale», depositata da Klener Nellen Margret del Partito socialista svizzero il 19.03.2010, stralciata dal ruolo decorsi due anni senza che la trattazione nella Camera si sia conclusa, consultabile al link <https://www.parlament.ch/it/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaefi?AffairId=20103311> (consultato il 26.7.2019).

In sede di interpellanza, riprendendo gli studi succitati facenti stato al 2008²⁶, si evidenziava come dal 15 al 30 per cento del reddito lordo delle economie domestiche (ovviamente dipendenti da cantone a cantone), rispettivamente in media il 23 per cento di tutti i redditi, venisse sottratto alle imposte.

Dalla risposta del Consiglio federale si evince come, benché il tema della *tax morale* sia tenuto in debita considerazione, non sussistano studi scientifici idonei a supportare eventuali spiegazioni che, pertanto, sono connotate di valore meramente speculativo.

Al pari, infatti, dell'interpretazione dell'etica fiscale data all'inizio, si rileva come essa si basi sulla diretta proporzionalità tra fiducia dei contribuenti nello Stato e rispetto dei principi di equivalenza e offerta di beni pubblici²⁷. Tale sistema sarebbe stato minato dalle «uscite dalla Confederazione» verificatesi negli anni Novanta (che avrebbero influito sull'armonizzazione tra beni pubblici e preferenze dei contribuenti) e, soprattutto, dall'amnistia fiscale. Quest'ultimo meccanismo, infatti, al pari di quanto accade a livello internazionale (come si evince dagli studi OCSE summenzionati) comporta un «malcontento» tra i contribuenti onesti, i quali le ritengono ingiustamente premiali nei confronti di chi non adempie i propri oneri fiscali nei confronti dell'Erario. Altro fattore negativo potrebbe essere dato dall'imposizione secondo il dispendio, in quanto influenzerebbe la percezione dei contribuenti tassati in via ordinaria che si sentirebbero lesi sul piano dell'equità fiscale²⁸.

Diversamente, invece, la concorrenza intercantonale rappresenta un fattore positivo: la stessa, infatti, comporta «*un onere fiscale basso, una migliore armonizzazione tra il pagamento delle imposte, beni pubblici e preferenze dei contribuenti e promuove l'efficacia dello svolgimento dei compiti pubblici*»²⁹.

²⁶ FELD e FREY, 2007, pag. 26-50.

²⁷ LARS P. FELD e BRUNO S. FREY, *Tax Compliance as the result of a psychological tax contract: the role of incentives and responsible regulation*, *Law & Policy*, vol. 29, n. 1, 2007, pag. 111 segg.

²⁸ L'efflusso non sarebbe, però, ad oggi quantificabile.

²⁹ Interpellanza 10.3311.

In linea con quanto emerso dagli studi OCSE, anche il Consiglio federale ha evidenziato l'ingente rilievo della qualità istituzionale e politica di un Paese sulla *tax morale* (nella specie, la democrazia diretta che consente la partecipazione dei cittadini), individuandone tra i capisaldi: (i) la semplificazione del sistema fiscale (ampliamento di base di calcolo e diminuzione delle aliquote d'imposta); (ii) onere fiscale basso per le persone fisiche; (iii) concorrenza fiscale nazionale equa e regolata; (iv) politica finanziaria prudente con finanze pubbliche equilibrate; (v) rinuncia ad amnistie fiscali; (vi) sforzi permanenti delle autorità fiscali per migliorare «l'orientamento alla clientela».

Il tema dell'etica fiscale si è ripresentato ancora una volta nel 2012, a fronte di un'ulteriore interpellanza presentata da Hans-Jürg Fehr del Partito socialista il 13 giugno 2012 in merito agli evasori fiscali svizzeri³⁰.

In questa sede, il Consiglio federale ha riaffermato come in Svizzera l'etica fiscale sia elevata, a fronte della *reciproca volontà di collaborazione presente tra i contribuenti e l'amministrazione finanziaria*³¹.

Questa direzione trova conferma nella recente comunicazione dell'Amministrazione federale delle contribuzioni (AFC) sulla procedura formale per gli accordi fiscali preliminari quali oggetto dell'imposta federale diretta, dell'imposta preventiva e delle tasse di bollo³² laddove si defini-

³⁰ Interpellanza 12.3507 «Evasori fiscali svizzeri», depositata da Fehr Hans-Jürg del Partito socialista svizzero il 13.06.2012, consultabile al link <https://www.parlament.ch/it/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaefi?AffairId=20123507> (consultato il 26.7.2019).

³¹ In particolare, sul tema degli evasori fiscali svizzeri, il Consiglio rappresenta come in virtù del principio di proporzionalità, l'Amministrazione finanziaria non effettua il controllo su tutti i contribuenti, ma basa l'esercizio dei propri poteri sulla scorta di analisi di rischi e anomalie. *Ad adiuvandum* vi sono i mezzi disposti a livello internazionale di assistenza amministrativa (nella specie, lo scambio di informazioni). In ogni caso, il Consiglio è consapevole di alcune lacune presenti nel sistema normativo, prefiggendosi di colmarle ed apportare i necessari adeguamenti. Vedasi anche FRANCESCO NAEF e MICHELE CLERICI, *Manette agli evasori: l'alba di una nuova era per la Svizzera?*, NF 11/2013, pag. 3-12.

³² AFC, Comunicazione 0-11-DVS-2019-i del 29 aprile 2019 sulla Procedura formale per gli accordi fiscali preliminari/ruling fiscali quali oggetto dell'imposta federale diretta, dell'imposta preventiva e delle tasse di bollo, consultabile al link <https://www.estv.admin.ch/dam/estv/it/dokumente/allgemein/Dokumentation/mitteilungen/Mitteil->

scono le modalità applicative dei *ruling*, delineando il comportamento dell'amministrazione finanziaria e la tutela del legittimo affidamento del contribuente. In tale sede si riprende il contenuto del Codice di condotta delle autorità fiscali, dei contribuenti e dei consulenti fiscali, elaborato nel 2003 dalla Conferenza svizzera delle imposte, l'AFC, l'ex Camera fiduciaria (oggi EXPERTsuisse) e accademici dell'Università di San Gallo³³. Questo documento contiene una serie di raccomandazioni e di principi che devono ispirare il comportamento degli operatori del diritto fiscale con tutti i cittadini. Infatti, si precisa nel Codice, nonostante in Svizzera vi sia l'abitudine di costruire un dialogo con i contribuenti, il diritto tributario è composto più da *guidelines* di ampio spettro piuttosto che da disposizioni precise e stringenti, sicché la giurisprudenza e la prassi dell'amministrazione costituiscono degli importanti punti di riferimento per l'interpretazione e l'applicazione della normativa fiscale. In un siffatto contesto è sembrato, pertanto, opportuno delineare principi cardine del rapporto fisco-contribuente quali, ad es., il principio della buona fede, del rispetto e della trasparenza nelle procedure amministrative.

Nonostante ciò, già nel 2010 si riportava come l'OCSE e altri studiosi avessero stimato una ingente riduzione della *tax morale* in Svizzera (passando dal 63,8 per cento nel 1988 al 53,5 per cento nel 1996)³⁴. Ad oggi, ci si interroga in merito a quali possano essere le ripercussioni dell'innovato *framework* del diritto tributario internazionale che ha indotto la Svizzera a smussare e a modificare alcuni aspetti del proprio sistema domestico.

[ung-011-DVS-2019-d.pdf.download.pdf/Mitteilung-011-DVS-2019-i.pdf](#) (consultato il 6.8.2019)

³³ ARNOLD KURT, *Verhaltenskodex für Steuerbehörden, Steuerzahler und Steuerberater, Der Schweizer Treuhänder*, Zurigo, 2003, pagg. 1113 segg.

³⁴ GEBHARD KIRCHGÄSSNER, *Direkte Demokratie, Steuermoral und Steuerhinterziehung: Erfahrungen aus der Schweiz, Perspektiven der Wirtschaftspolitik (PWP)*, 2007, pagg. 38-64; BENNO TOGLER e CHRISTOPH A. SCHALTEGGER, *Tax Morale: A survey with a special focus on Switzerland*, *Schweizerische Zeitschrift für Volkswirtschaft und Statistik*, Vol. 142 (3), 2006, pagg. 395-425.

1.5. *Prime riflessioni*

Dallo scambio di opinioni rese dai diversi attori dello scenario internazionale sul tema della *tax morale*, sembra potersi evincere la giustapposizione di una serie di approcci tra loro apparentemente distanti.

Se, da un lato, l'OCSE avanza e ribadisce l'importanza di analizzare la *tax morale*, non mancano le critiche a monte, già dalla definizione stessa che si presterebbe ad interpretazioni non univoche, rischiando di dare origine ad ulteriori questioni piuttosto che a soluzioni.

A chi supporta l'approccio OCSE, relativamente ai fattori chiave che determinano il comportamento dei contribuenti (persone fisiche e giuridiche), si affianca chi espone idee discordanti, evidenziando come alcuni elementi siano o esclusivamente marginali, ovvero di difficile analisi, ovvero possano prestarsi a valutazioni differenti.

Senza alcuna pretesa di esaustività, sembra ragionevole condividere quanto affermato in termini di necessaria bilateralità della *tax morale*: non si tratta certamente di un aspetto che interessa solo ed esclusivamente il contribuente, ma anche le istituzioni e le amministrazioni finanziarie che con questi si relazionano. Sebbene il dialogo con il contribuente ed il riconoscimento dei suoi diritti, il garantire certezze ed affidabilità, la chiarezza nelle relazioni sussistenti tra il soggetto interessato e l'autorità competente, il principio di neutralità sembrino presupposti alquanto scontati, non risultano sempre realizzati integralmente o in maniera idonea. È, quindi, necessario procedere in questa direzione «a doppio senso».

2. **Certezza del diritto come fattore chiave nella condotta del contribuente**

La certezza del diritto ed il consolidamento dei diritti del contribuente costituiscono fattori che possono incrementare la *tax morale* sia tra le persone fisiche sia tra le imprese.

Se questi sono i dati che emergono dalle analisi empiriche svolte da economisti ed esperti, ciò su cui ci si interroga è il profilo giuridico. Tra i

tanti fattori determinanti che inficiano il comportamento del contribuente, si pone l'attenzione sull'incertezza del diritto e, quale corollario, il rispetto e la garanzia dei singoli.

A qualche anno fa risalgono una serie di «modelli» di statuto del contribuente, atti a migliorare i rapporti tra i singoli ed il fisco: il cd. *Model Taxpayer Charter*³⁵, proposto dall'AOTCA, ossia l'Associazione dei Consulenti Fiscali di Asia e Oceania³⁶, dalla CFE, ossia la *Confédération Fiscale Européenne* e dallo STEP, l'Associazione dei Consulenti in Gestioni Patrimoniali e di Trust³⁷, ed il cd. Statuto europeo del contribuente (*Taxpayer's Charter*) delineato dalla Commissione europea³⁸. La *ratio* sottesa a tali modelli è quella di definire un unico modello normativo che possa essere adottato dai diversi Paesi individuando diritti e doveri del contribuente³⁹ ed, in particolare, evitare asimmetrie nel trattamento dei singoli, stimolando la trasparenza e la collaborazione.

In particolare, il *Model Taxpayer Charter* (Modello della Carta del Contribuente) si propone di individuare quei principi (che dovrebbero essere) generalmente condivisi a livello internazionale tramite l'analisi della prassi utilizzata dalle diverse amministrazioni. Scopo di tale documento è quello di incentivare una relazione di rispetto reciproco, fiducia e responsabilità tra contribuenti e amministrazioni finanziarie. Sostanzialmente si tratta di una sorta di *blue print* di ciò che un «buon sistema fiscale» dovrebbe presentare.

Nella specie, sin dagli obiettivi ivi esplicitati si chiarisce come il rapporto tra il contribuente e l'amministrazione finanziaria del Paese con cui deve relazionarsi rappresenti la pietra miliare per un corretto funziona-

³⁵ MICHAEL CADESKY, IAN HAYES e DAVID RUSSELL, *Towards Greater Fairness in Taxation: a model Taxpayer Charter*, IBFD, 2016. La cd. *Model Taxpayer Charter* consultabile al link www.taxpayercharter.com (consultato il 17.7.2019).

³⁶ *Asia-Oceania Tax Consultants' Association* – AOTCA.

³⁷ *Society of Trust and Estate Practitioners* – STEP.

³⁸ Commissione europea, *Orientamenti per un modello di codice europeo del contribuente*, Bruxelles, 2016. Il Modello presentato è il frutto del Piano d'azione adottato il 06 dicembre 2012 (COM(2012) 722 final del 6.12.2012), facendo seguito alla Comunicazione (COM(2012) 351 final del 27.6.2012).

³⁹ IAN HAYES, *A model taxpayer's charter – Why?*, *European Taxation*, 2003.

mento del sistema fiscale. Diversamente, la *tax compliance* volontaria risulta un miraggio, assai difficile da raggiungere. Questo poiché il contribuente viene a confrontarsi con sistemi tributari in continua evoluzione, i quali, sempre più spesso, adottano misure di «austerità», addossando al contribuente numerosi oneri, sempre più complessi da comprendere e da adempiere, misure antielusive più stringenti, una maggiore trasparenza e la necessità di adattarsi velocemente al sistema che cambia in maniera repentina. A tale incremento dei doveri, tuttavia, non si è accompagnato un maggior riconoscimento dei diritti dei contribuenti: anzi, è possibile sostenere che con il tempo i diritti del contribuente siano spesso stati lesi se non del tutto ignorati.

Questo costituisce indubbiamente un'importante lacuna: una maggiore tutela dovrebbe pertanto essere necessariamente riconosciuta al singolo. Il Modello della Carta dei diritti del contribuente si basa su uno studio condotto in 41 Paesi⁴⁰ che rappresentano più dell'80% del PIL mondiale: alcune previsioni sono già presenti nelle legislazioni interne dei singoli Paesi, tuttavia, alcune (tante) sembrano essere omesse ovvero di pura forma, senza alcuna implementazione e, probabilmente, intenzionalmente.

L'analisi lascia emergere alcuni «vizi» diffusi a livello internazionale che determinano il mancato riconoscimento dei diritti del contribuente: nella specie, gli statuti tendono a restare esclusivamente «sulla carta», dai contorni troppo ampi e vaghi, non risultando legalmente vincolanti (con valore prettamente di *soft law*) e finendo, così, per essere ignorati da contribuenti stessi, come pure dalle amministrazioni finanziarie.

Scorrendo l'elenco dei diritti e dei doveri dei contribuenti delineati nel Modello della Carta si leggono terminologie astratte che, sebbene diffuse, raramente trovano concretezza all'interno dei singoli ordinamenti, quali, ad es., integrità ed eguaglianza, certezza, efficienza ed effettività, diritto al ricorso giudiziale, assistenza, riservatezza, proporzionalità ed onestà. Infatti, tali principi che – di per sé – dovrebbero essere posti quali pilastri di ogni Stato di diritto sono spesso difficilmente accessibili ed azionabili.

⁴⁰ Funda Basaran Yavaslar e Johanna Hey (a cura di), *Tax transparency*, EATPL International Tax Series, Vol. 17, IBFD, 2019.

Dalla stesura di documenti analoghi è emerso come, nella maggior parte dei Paesi, i principi individuati come diritti dei contribuenti non sono legalmente vincolanti e, come tali, spesso vengono ignorati completamente dalla prassi nazionale. Questo costituisce, da sempre, una delle principali lacune nel sistema tributario internazionale: il contribuente (sia persona fisica, sia giuridica) non sente di essere tutelato né a monte né in vista di una potenziale controversia o lesione della propria sfera privata (da intendersi in senso lato), sicché ciò impatta in maniera importante, influenzando il suo comportamento ed approccio con la fiscalità.

Tale aspetto, quindi, non è affatto da sottovalutare. Enfatizzare maggiormente i diritti del contribuente e la loro certezza nei Paesi firmatari dell'OCSE, *in primis*, ed a livello globale successivamente, comporterebbe un sicuro rafforzamento della *tax morale*. La dottrina rappresenta come, a sostegno di tale ipotesi, debba ravvisarsi una stretta interconnessione tra quest'ultima e ciò che viene definita «*taxpayer ethics*», ossia le norme che determinano il comportamento dei contribuenti nella loro relazione con il governo del proprio Paese⁴¹. È per questo motivo che le modalità di riscossione e la *compliance* «coattiva» non raggiungono gli obiettivi prefissati, ma, al contrario, creano tensione con i contribuenti⁴².

Ciò sembrerebbe essersi amplificato nell'era post-BEPS, laddove, come si diceva, le importanti modifiche apportate dalla comunità internazionale sembrano costituire un sistema di elevata complessità con non poche lacune, rendendo la comprensione delle dinamiche fiscali assai irta per i contribuenti, i quali, si vedono alla mercé del fisco. Ora più che mai occorre rafforzare la tutela che l'ordinamento dovrebbe apprestare loro. D'altronde è proprio per evitare tale fenomeno che, adottando la prospettiva contraria, i doveri dei contribuenti sono tutti tassativamente indicati dalle singole leggi tributarie.

⁴¹ JAMES ALM e BENNO TORGLER, Culture differences and tax morale in the United States and in Europe, *Journal of Economic psychology*, 27.2, 2006, pag. 224-246.

⁴² Per completezza, tuttavia, occorre evidenziare come non manchi la tesi secondo la quale, insistendo per l'istituzione di una Carta dei diritti del contribuente, si finirebbe per andare in direzione contraria a quella intrapresa dalla comunità internazionale: ossia della *disclosure* e del dialogo con le amministrazioni finanziarie.

2.1. *Un caso specifico nell'era post-BEPS: lo scambio di informazioni*

Un caso emblematico è dato dal meccanismo chiave adottato negli ultimi anni a livello internazionale per la lotta ai fenomeni evasivi ed elusivi, ossia lo scambio di informazioni.

Questo rappresenta lo strumento che – ad oggi – consente la maggiore cooperazione tra le amministrazioni finanziarie dei singoli Paesi. Difatti, sebbene abbia cominciato a riecheggiare nei media solo negli ultimi anni, tale modalità di assistenza amministrativa esiste sin dalle prime versioni del Modello di Convenzione contro le doppie imposizioni delineate dall'OCSE e, nello specifico, all'art. 26 del modello medesimo⁴³. Questa norma, soggetta a diverse modifiche (se ne contano almeno otto), prevede la possibilità per gli Stati di azionare il meccanismo dello scambio di informazioni ritenute «prevedibilmente rilevanti» per altre giurisdizioni ai fini di un corretto accertamento e, di conseguenza, della riscossione dei tributi.

Tale meccanismo, sebbene utilizzata di rado, sarebbe poi tornata in auge con la presa di posizione statunitense, ossia l'adozione del *Foreign Account Tax Compliance Act* (FATCA) con il quale si sono assicurati la veicolazione dei dati inerenti i cittadini USA detentori di conti bancari all'estero⁴⁴.

Di qui sembra aver preso avvio la nuova *policy* sul tema della trasmissione delle informazioni fiscalmente rilevanti sia in ambito internazionale, avuto riguardo al *Common Reporting Standard* (CRS)⁴⁵ delineato

⁴³ OCSE, Model Tax Convention on Income and on Capital 2017 (Full Version), OCSE, 2019, consultabile al link https://read.oecd-ilibrary.org/taxation/model-tax-convention-on-income-and-on-capital-2017-full-version_g2g972ee-en (consultato il 17.7.2019).

⁴⁴ Il sito ufficiale dell'Amministrazione finanziaria statunitense può essere consultato al link <https://www.irs.gov/businesses/corporations/foreign-account-tax-compliance-act-fatca> (consultato il 17.7.2019).

⁴⁵ OCSE, Standard for Automatic Exchange of Financial Account Information in Tax Matters, OCSE, Parigi 2014, consultabile al link <https://www.oecd.org/ctp/exchange-of-tax-information/standard-for-automatic-exchange-of-financial-account-information-for-tax-matters-9789264216525-en.htm> (consultato il 17.7.2019). Per un approfondimento, vedasi Giovanni Molo, Lars Schlichting e Samuele Vorpe (a cura di), Lo scambio automatico di informazioni fiscali, Commentario, SUPSI, 2015.

dall'OCSE, sia in ambito euro-unitario, la cui disciplina è raccolta nella Direttiva 2011/16/UE⁴⁶, nota come Direttiva DAC, acronimo di Direttiva relativa alla cooperazione amministrativa nel settore fiscale, nella versione vigente ad oggi, riportante le ultime modifiche apportate dalla Direttiva 2018/882/UE⁴⁷.

Questa disciplina rappresenta un caso emblematico, oltre che un metro di misura dei fattori su cui ci si è interrogati sino ad ora: (i) le basi legali fomentano l'incertezza del diritto? e, (ii) se sì, in che modo tale incertezza impatta sul comportamento del contribuente? Ancora, (iii) quali sono i risultati della *compliance* coattiva imposta al contribuente? E, infine, (iv) i diritti del contribuente sono rispettati?

2.1.1. Il quadro normativo in breve: giustapposizione di modelli?

Cercare di riassumere la normativa internazionale sullo scambio di informazioni in poche pagine rappresenta una sfida erculea.

Occorre tenere presente che le basi legali su cui il meccanismo di scambio si innesta si pongono su diversi livelli gerarchici, il che rappresenta già a monte un ostacolo che, seppur non insormontabile, costituisce un aggravio in termini di comprensione sia per il contribuente sia per gli attori del meccanismo.

Ancora, altra divergenza attiene alle modalità di trasmissione avviabili sulla scorta delle predette basi: è, infatti, possibile scindere (i) scambio su richiesta, (ii) scambio spontaneo e (iii) scambio automatico. Ciascuna di queste categorie prevede modi ed oneri differenti, ma non esclude che possano essere combinati al fine di raggiungere una collaborazione più ampia possibile.

⁴⁶ Direttiva 2011/16/UE del Consiglio del 15 febbraio 2011 relativa alla cooperazione amministrativa nel settore fiscale e che abroga la direttiva 77/799/CEE, consultabile al link <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2011:064:0001:0012:IT:PDF> (consultato il 17.7.2019).

⁴⁷ Direttiva 2018/822/UE del Consiglio del 25 maggio 2018 recante modifica della direttiva 2011/16/UE per quanto riguarda lo scambio automatico obbligatorio di informazioni nel settore fiscale relativamente ai meccanismi transfrontalieri soggetti all'obbligo di notifica, consultabile al link <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=CELEX%3A32018L0822> (consultato il 17.7.2019).

Ad oggi, è possibile procedere allo scambio automatico avvalendosi di (i) basi convenzionali, ivi dovendosi ricomprendere il dettame dell'art. 26 del Modello OCSE⁴⁸, la Convenzione sulla mutua assistenza amministrativa in materia fiscale (nota come Convenzione MAAT)⁴⁹, i *Tax Information Exchange Agreement* (cd. TIEA)⁵⁰; ovvero di (ii) diritto interno tramite l'implementazione delle linee guida OCSE (quali il *Common Reporting Standard*, noto come CRS⁵¹ o, ancora, le *Mandatory Disclosure Rules*, le cd. MDR⁵²) ovvero l'adozione delle direttive per quanto riguarda il diritto euro-unitario.

Per quanto riguarda le basi convenzionali, come si è già anticipato, l'art. 26 fa parte del Modello OCSE sin dal suo esordio e, benché, di rado utilizzato, conteneva già i presupposti ancora oggi vigenti, fatta eccezione per l'inserimento nell'anno 2005 del paragrafo 5⁵³, il quale espunge il segreto bancario dalle giustificazioni potenzialmente adducibili quale rifiuto e/o omissione dell'invio dei dati. Inizialmente, la disposizione era stata inserita nel modello solo come strumento aggiuntivo, finalizzato ad evitare il fenomeno della doppia imposizione. Solo successivamente è assunto quale istituto a sé.

⁴⁸ OCSE, Model Tax Convention, 2017.

⁴⁹ OCSE e CONSIGLIO D'EUROPA, The Multilateral Convention on Mutual Administrative Assistance in Tax Matters: Amended by the 2010 Protocol, OCSE, 2011, consultabile al link https://read.oecd-ilibrary.org/taxation/the-multilateral-convention-on-mutual-administrative-assistance-in-tax-matters_9789264115606-en#page3 (consultato il 17.7.2019).

⁵⁰ OCSE, Agreement on Exchange of Information on Tax Matters, 2015, consultabile al link <https://www.oecd.org/ctp/exchange-of-tax-information/Model-Protocol-TIEA.pdf> (consultato il 17.7.2019).

⁵¹ OCSE, Standard for Automatic Exchange 2014. MOLO, SCHLICHTING e VORPE, 2015.

⁵² OCSE, Model Mandatory Disclosure Rules for CRS Avoidance Arrangements and Opaque Offshore Structures, OCSE, 2018, consultabile al link <https://www.oecd.org/tax/automatic-exchange/publications/model-mandatory-disclosure-rules-for-crs-avoidance-arrangements-and-opaque-offshore-structures.htm> (consultato il 17.7.2019); FRANCESCA AMADDEO, Intermediari: scambio automatico di informazioni sugli accordi cross-border, NF 5/2018, pag. 220-230; GIOVANNI BARBAGELATA, Mandatory Disclosure Rules: definizione di intermediario e relativi obblighi, NF 5/2019, pag. 246-252.

⁵³ Per un approfondimento, vedasi, ANDREA PEDROLI, Lo scambio di informazioni secondo l'art. 26 del Modello di Convenzione OCSE, Lezioni di fiscalità internazionale, SUPSI, Manno, 2005.

Se, ancora, i TIEA erano nati come strumento alternativo per ottemperare all'idea dello scambio di informazioni su base convenzionale, ma senza l'onere di sottoscrivere una convenzione contro le doppie imposizioni (di spettro ben più ampio), la Convenzione MAAT – che inizialmente non aveva riscosso troppo successo – è stata rivalutata ed adottata come «migliore strumento» per la trasmissione di dati.

Il quadro giuridico delineatosi a livello internazionale lascia emergere la sussistenza di tre nuclei di modelli cui i diversi Paesi possono ricorrere al fine di aderire ed incrementare lo scambio di informazioni (l'attuazione del contenuto dell'art. 26 Modello OCSE, la sottoscrizione di un TIEA – nella sua versione bilaterale o multilaterale – e la sottoscrizione della Convenzione MAAT, strumento multilaterale).

Le differenze che emergono tra i tre diversi schemi ineriscono le modalità con cui i dati verrebbero trasmessi. Se, infatti, l'art. 26 Modello OCSE lascia discrezionalità in capo ad ogni Stato nell'opzione tra scambio su richiesta, automatico ovvero spontaneo, la Convenzione MAAT e i TIEA sono più limitati. La prima prevede che, mentre gli schemi di trasmissione spontanea e su richiesta siano obbligatori, quello automatico è facoltativo. Lo stesso diventa obbligatorio solo qualora gli Stati interessati sottoscrivano un *Multilateral Competent Agreement (MCAA)*⁵⁴. Diversamente il modello TIEA, nella versione successiva all'emendazione operata con il Protocollo del 2015, prevede sia lo scambio automatico sia quello spontaneo.

Sostanzialmente, i modelli delineati sembrano essere strettamente connessi, come si evince dai frequenti rinvii normativi dell'uno all'altro. Inoltre, si innestano sulle medesime basi e tendono al perseguimento dello stesso scopo, sicché si prospetta sempre più prossima la possibilità di riduzione degli schemi ad uno unico modello.

L'*iter* della disciplina dello scambio di informazioni, in particolare inerente le informazioni detenute dagli intermediari finanziari, sembra aver

⁵⁴ Il *Multilateral Competent Authority Agreement* rappresenta un modello di accordo multilaterale che consente di introdurre il meccanismo di scambio automatico in modalità standardizzata ed efficiente, in attuazione dello Standard OCSE, così evitando agli Stati di dover procedere tramite trattati bilaterali.

operato una selezione naturale: chiaramente i tre schemi sono attualmente esistenti e utilizzati; tuttavia, quello prescelto quale futuro della disciplina nel perseguimento della trasparenza sembra essere quello automatico.

Tale modalità, infatti, sembra essere immune dai vizi ravvisabili negli altri due: ossia la discrezionalità sussistente in capo allo Stato che deve inviare le informazioni. Si prenda, ad es., il modello su richiesta: lo Stato interessato richiede le informazioni all'altro che si suppone sia in possesso (o che possa conseguire senza un eccessivo dispendio di risorse e tempo) l'invio di determinati dati. Resta, tuttavia, in capo allo Stato richiesto la valutazione della fondatezza della domanda, in particolare, verificando il previo esperimento di tutti i rimedi interni da parte del Paese richiedente, la verosimile rilevanza dell'informazione e l'attualità della stessa al momento della richiesta, la sussistenza o meno di una *fishing expedition*⁵⁵ e quant'altro risulti dal modulo di richiesta sottoscritto. L'alea inerente l'efficienza di tale schema appare *ictu oculi*. Ancora più evidente risulta l'alea intrinseca nello scambio di informazioni spontaneo: lo Stato che già detiene o che viene in possesso, nel corso di una propria verifica, ad es., di dati che potrebbero, a proprio parere, risultare rilevanti per l'accertamento e la riscossione delle imposte in un'altra giurisdizione, dovrebbe provvedere alla loro veicolazione. I dati raccolti dall'OCSE, oltre che dalle istituzioni euro-unitarie in merito lasciano trasparire la scarsa volontà, da parte degli Stati stessi, di attivarsi in questo senso: la diffidenza nazionale prevale sull'idea della collaborazione amministrativa in materia fiscale.

Per quanto attiene all'adozione all'interno del sistema domestico, la questione è parimenti interessante. Infatti, sebbene lo standard sia rappre-

⁵⁵ Le *fishing expeditions*, letteralmente «battute di pesca», ossia il tentativo di ricevere informazioni inerenti contribuenti non identificati secondo i criteri individuati dal modello, ma secondo dati pressoché generici, connotati da una finalità più esplorativa che ispettiva. Vedasi, *ex multis*, SAMUELE VORPE, GIORDANO MACCHI e GIOVANNI MOLO, Il nuovo standard OCSE in materia di assistenza amministrativa ammette le domande raggruppate, in RtiD II-2012, pag. 727-250; XAVIER OBERSON, International Exchange of Information in Tax Matters: Towards Global Transparency, Elgar, 2015.

sentato dalle linee guida OCSE, nella specie, il riferimento è CRS, questo ha solo valenza di *soft law* e deve, quindi, essere adottato dalle singole giurisdizioni nazionali.

Per quanto riguarda gli Stati membri dell'Unione europea, la procedura richiede uno *step* ulteriore: infatti, il CRS è stato accorpato all'interno di una sequela di direttive, che sono andate ad emendare la Direttiva 2011/16/UE, la quale recepisce e adotta (nello specifico, tramite la Direttiva nota come DAC 2, ossia la Direttiva 2014/107/UE⁵⁶) lo standard OCSE. Gli Stati membri sono tenuti obbligatoriamente ad implementare le direttive nel proprio ordinamento domestico, sicché, all'interno dei singoli territori il contenuto deve ricalcare quanto disposto dalla direttiva medesima.

Interessante risulta una valutazione su come, partendo da una premessa univoca, ossia il CRS, i singoli Stati firmatari abbiano poi provveduto a declinare la disciplina dello scambio (automatico) di informazioni.

Infatti, di recente, l'OCSE ha provveduto ad analizzare alcune lacune sul tema in esame, ravvisando alcuni fenomeni elusivi della disciplina CRS, come ad es. gli schemi di Cittadinanza tramite investimenti (*citizenship-by-investment*, cd. CBI) e Residenza tramite investimenti (*residence-by-investment*, cd. RBI) che consentono di concedere agli stranieri – previo soddisfacimento di determinate condizioni, più o meno tassative – dei privilegi, quali la cittadinanza ovvero i permessi di residenza (temporanei o permanenti che siano) in cambio di investimenti in determinate aree o regioni, ovvero del versamento di una «tassa fissa»⁵⁷.

⁵⁶ Direttiva 2014/107/UE del Consiglio del 9 dicembre 2014 recante modifica della direttiva 2011/16/UE per quanto riguarda lo scambio automatico obbligatorio di informazioni nel settore fiscale, consultabile al link <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=CELEX%3A32014L0107> (consultato il 17.7.2019).

⁵⁷ Per l'analisi svolta dall'OCSE, vedasi il link <https://www.oecd.org/tax/automatic-exchange/crs-implementation-and-assistance/residence-citizenship-by-investment/> (consultato il 17.7.2019), diversamente per un report concernente l'Unione Europea, vedasi ARMANDINE SCHERRER e ELODIE THIRION, Citizenship by Investment (CBI) and Residency by Investment (RBI) schemes in the EU, European Parliamentary Research Service, 2018, consultabile al link [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2018/627128/EPRS_STU\(2018\)627128_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2018/627128/EPRS_STU(2018)627128_EN.pdf) (consultato il 17.7.2019);

Cercando di rispondere, pertanto, al primo dei quesiti su cui ci si è soffermati, occorre constatare, come, di fatto, benché a livello internazionale la disciplina si stia progressivamente uniformando, le fonti e le basi su cui lo scambio di informazioni si innesta risultano costellate da discrasie, lacune e ridondanze finendo spesso per divenire un tema di non immediata comprensione per gli operatori del diritto e di estrema complessità per il contribuente che ne è – di fatto – il destinatario.

2.1.2. Lo scambio di informazioni e la tutela del contribuente

Ancora, al fine di comprendere se e come la complessità del sistema di cui si parlava poc'anzi, occorre soffermarsi, nell'ambito della disciplina di scambio di informazioni, sulle tutele apprestate a quest'ultimo. Inizialmente, la questione è stata tralasciata: come emerge dall'analisi condotta, infatti, la posizione del contribuente assume un rilievo pressoché marginale. Nei modelli predisposti non si rilevano norme specifiche che si preoccupino di individuare diritti dei singoli soggetti né, tantomeno, di delineare quelli che possono essere i rimedi cui ricorrere per tutelarsi contro eventuali lesioni.

La tematica presenta innumerevoli sfaccettature, tuttavia, due sono i nuclei principali: *in primis*, l'aspetto più manifesto è quello inerente la tutela della riservatezza dei dati fiscalmente rilevanti oggetto di trasmissione (in particolare, automatica). Nelle diverse fonti è prevista una clausola generica di protezione dei dati in tal senso. Tuttavia, l'implementazione di tali disposizioni non risulta così automatica ed immediata. Nella specie, la normativa deve essere analizzata in combinato disposto con le linee guida OCSE inerenti la tutela della *privacy*⁵⁸ e la regolamentazione euro-unitaria delineata nella Direttiva 95/46/CE⁵⁹, ad oggi sostituita dalla

FRANCESCA AMADDEO, Schemi Citizenship-by-investment e Residence-by-Investment: confine tra legittimità ed elusion del CRS, NF 10/2018, pag. 458-466.

⁵⁸ OCSE, Guidelines on the protection of privacy and transborder flows of personal data, 2013, consultabile al link <https://www.oecd.org/internet/ieconomy/privacy-guidelines.htm> (consultato il 17.7.2019).

⁵⁹ Direttiva 95/46/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 24 ottobre 1995, relativa alla tutela delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati (GUCE L 281 del 23.11.1995).

nuova Direttiva 2016/680/UE⁶⁰ e dal Regolamento 2016/679/UE⁶¹, in vigore da maggio 2018.

L'interconnessione tra il diritto alla *privacy* e, quindi, la sfera della riservatezza ed il diritto tributario ha dato adito ad accessi dibattiti. Tale rapporto, tuttavia, rispetto ad altri ambiti giuridici, assurge quale meno garantista nei confronti dei soggetti interessati. Gli interessi erariali, difatti, sono spesso stati ritenuti prevalenti rispetto alle tutele di diritti «minori», quali il diritto alla *privacy*⁶².

Spesso, infatti, si era sostenuta la sussistenza di un'intrinseca correlazione tra la riservatezza dei dati inerenti i contribuenti ed i fenomeni di erosione della base imponibile. L'assenza di pubblicità delle informazioni inerenti le singole posizioni dei soggetti passivi delle pretese erariali costituiva, adottando la prospettiva dell'amministrazione finanziaria, un ostacolo ad una corretta esecuzione della procedura di accertamento e di riscossione, oltre che un baluardo per un illegittimo risparmio d'imposta.

La tematica della tutela dei dati che, sebbene di fatto non sia mai stata del tutto accantonata, sembrava, tuttavia, cristallizzatasi in una posizione di sfavore per il contribuente⁶³, è stata ripresa nell'ambito dello scambio

⁶⁰ Direttiva 2016/680/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 aprile 2016, relativa alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali da parte delle autorità competenti a fini di prevenzione, indagine, accertamento e perseguimento di reati o esecuzione di sanzioni penali, nonché alla libera circolazione di tali dati e che abroga la decisione quadro 2008/977/GAI del Consiglio (GUCE L 119/89 del 04.05.2016).

⁶¹ Regolamento 2016/679/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 aprile 2016, relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati e che abroga la Direttiva 95/46/CE (regolamento generale sulla protezione dei dati) (GUCE L 119/1 del 4.5.2016).

⁶² Basti pensare, infatti, alla prevalenza delineata in ambito italiano dalla Corte Costituzionale, laddove il diritto alla riservatezza, incluso nello spettro applicativo dell'art. 2 Costituzione italiana, è stato ritenuto sicuramente soccombente rispetto alle pretese del Fisco.

⁶³ PHILIP BAKER, *Taxation and the European Convention on Human Rights in the Domestic Law of the Council of Europe Countries*, European Taxation, 2001, pag. 459 segg.; MELISSA CARRARO, *Is financial privacy a basic human right?* Tax notes international, 2017, pag. 289-291; LORENZO DEL FEDERICO, *The issue of taxpayer's legal*

di informazioni, dovendosi riconoscere, in assenza di una specifica disciplina garantista, una potenziale lesione della posizione del singolo soggetto interessato con conseguenti danni, talvolta, di ingente rilievo.

Altro nodo cruciale, probabilmente meno palese, attiene alla posizione del contribuente: si intende delineare quali siano i diritti effettivamente riconosciuti al contribuente interessato nell'ambito della disciplina dello scambio di informazioni e, di conseguenza, quali tutele concrete lo stesso potrà addurre a fronte di (i) violazione del proprio diritto alla *privacy*, laddove sussistente; (ii) raccolta illecita dei dati e/o (iii) invio dei dati in violazione della relativa normativa, comprensiva dell'ipotesi di invio a Stati terzi in assenza della previa autorizzazione necessaria; (iv) inadempimenti da parte dell'intermediario finanziario; (v) utilizzo illecito dei propri dati.

2.1.2.1. *Linee guida OCSE nel bilanciamento tra diritti del contribuente e scambio di informazioni*

Già nel 1994, l'OCSE, nel proprio *report Tax information Exchange between OCSE Countries. A survey of current practices*⁶⁴ avente ad oggetto una disamina del nucleo originario della disciplina dello scambio di informazioni, ravvisava tre potenziali categorie di diritti che si sarebbero dovuti riconoscere in capo al contribuente. Questi sono da considerarsi come cerchi concentrici, l'uno prodromico all'altro, la cui integrazione nell'ordinamento oggetto di interesse può comportare solo una tutela maggiore e rafforzata delle posizioni dei singoli.

Il primo gruppo di diritti, i cd. *notification rights*, è finalizzato a fornire al contribuente le informazioni necessarie sul contenuto delle informazioni trasmesse e di consentirgli di sollevare le proprie obiezioni. In generale, la notifica informa il contribuente dell'avvenuta richiesta di informazioni indicando: (a) lo Stato richiedente; (b) l'imposta cui tali in-

protection, Int'l Tax L. Rev, 2007, pag. 30 segg.; Francesco Bilancia, Christian Califano, Lorenzo Del Federico e Paola Puoti (a cura di), Convenzione europea dei diritti dell'uomo e giustizia tributaria italiana, Torino, 2014.

⁶⁴ OCSE, Tax Information Exchange between OECD Countries: A survey of Current Practice, Parigi, 1994.

formazioni attengono; (c) la fonte normativa in virtù della quale avviene la trasmissione; (d) le modalità con le quali è possibile opporsi allo scambio.

Il secondo livello di garanzie è rappresentato dai cd. *consultation rights*, in base ai quali il contribuente ha la possibilità di essere sentito dalle autorità fiscali interpellate in un momento antecedente alla trasmissione delle informazioni che lo riguardano (la decisione finale rimane, comunque, di esclusiva competenza del fisco).

Infine, si annoverano i cd. *intervention rights*, in virtù dei quali il contribuente può disporre di strumenti di verifica della legittimità della richiesta di assistenza e della correttezza delle informazioni che si intendono scambiare. In tal modo, egli può interrompere la trasmissione delle informazioni, per vizi formali o sostanziali, rivolgendosi ad un organo terzo e imparziale di natura amministrativa o giurisdizionale.

2.1.3. *Stato dell'arte*

Dalla giustapposizione delle fonti ad oggi delineate nell'ambito dello scambio di informazioni, il richiamo ai diritti del contribuente ed alle tutele allo stesso apprestate continua a presentarsi come prettamente formale, non sussistendo, a livello internazionale e nel concreto, una precisa definizione dei relativi contenuti.

Talvolta, si rinvia direttamente alla disciplina nazionale ovvero ai più generali «principi fondamentali» delineati a livello internazionale (OCSE), oltre che dell'Unione europea, della Convenzione europea dei Diritti dell'Uomo (CEDU) e della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, mancando – tuttavia – una chiara identificazione di quali diritti e principi e dei termini in cui questi possono dirsi violati né, tantomeno, di come il contribuente possa far valere la lesione che asserisce aver riportato.

Infatti, partendo dall'assunto che lo scambio di informazioni per essere efficace deve anche essere posto in essere nel rispetto della legge, occorre che siano tutelati i principi della buona fede e del legittimo affidamento del contribuente, ponendo quest'ultimo in condizione di poter vagliare l'effettiva legittimità della veicolazione dei dati e, se del caso, di

difendersi⁶⁵, essendo lo stesso il diretto interessato dall'applicazione della disciplina in analisi.

La sovranità fiscale intrinseca ai singoli Stati ha impedito di costituire una struttura univoca in tema di tutela dei soggetti interessati, sicché non è possibile neppure rinvenire una comune definizione di contribuente, dovendosi, di conseguenza, ricorrere alle disposizioni nazionali. Ciò, chiaramente, comporta non solo un'asimmetria ed un equilibrio precario sul piano interno inerente i rapporti tra il contribuente e l'Amministrazione finanziaria, ma anche adottando un'ottica comparativa, laddove la posizione del singolo diviene incerta e dipendente dal luogo in cui viene a trovarsi.

Per sopperire a tale disarmonia, alla stregua dell'*iter* seguito per il conseguimento della trasparenza fiscale, a livello internazionale – come si accennava in precedenza – sono stati stilati dei «modelli» di statuto del contribuente, atti a migliorare i rapporti tra i singoli ed il fisco.

L'unica tutela predisposta in tema di scambio di informazioni sembra apprestata in negativo, ravvisabile qualora lo Stato rifiuti di prestare assistenza amministrativa per (a) contrarietà all'ordine pubblico; (b) alle leggi e prassi amministrative interne; (c) per tutelare un segreto di Stato, commerciale, industriale, professionale o altro processo commerciale; (d) il fatto che l'assistenza riguardi crediti fiscali di uno Stato che risultano contrari al nucleo dei principi tributari generalmente accettati (cd. *Generally accepted taxation principles*), ossia forme di prelievo discriminatorie, sproporzionate o confiscatorie ritenute in violazione dell'insormontabile principio della proprietà privata o di altra disposizione convenzionale⁶⁶.

A fronte, pertanto, dell'assenza di un primo obbligo in capo all'amministrazione finanziaria di notificare al contribuente l'imminente avvio della

⁶⁵ OCSE, Guidelines on the protection of Privacy and Transborder flow of personal data, 1981.

⁶⁶ PIETRO MASTELLONE, L'applicabilità delle garanzie contenute nella CEDU alla procedura di cooperazione fiscale internazionale, in Bilancia, Califano Del Federico e Puoti (a cura di), 2014.

procedura di scambio di informazioni aventi ad oggetto la sua situazione reddituale, quest'ultimo si vede preclusa la possibilità di poter verificare – ed eventualmente contestare – la regolarità della procedura, la veridicità o l'attendibilità delle informazioni che si intendono trasmettere all'autorità richiedente, la sussistenza (non rilevata dall'amministrazione finanziaria) di una causa di legittimo rifiuto alla cooperazione, e così via⁶⁷.

Ne consegue un'evidente asimmetria nella posizione del contribuente, i cui dati costituiscono centro d'interesse per le amministrazioni finanziarie, e l'utilizzo che di tali dati viene effettuato. Il primo, infatti, viene posto in una condizione di totale impossibilità in ambito di verifica e controllo delle informazioni trasmesse, oltre che delle modalità di esecuzione del loro trasferimento, né può intervenire direttamente per bloccare la procedura di trasmissione in caso vi riscontrasse delle irregolarità.

Chiaramente, tale asimmetria appare incompatibile con i principi che governano il «giusto processo», ponendosi in spregio della parità delle armi, della facoltà di intervento, oltre che nell'ambito del contraddittorio⁶⁸. Il quadro così descritto sembrerebbe porsi altresì – e soprattutto – in contrasto con i principi di eguaglianza e di non discriminazione che dovrebbero costituire perni del rapporto tra contribuente ed amministrazione finanziaria.

L'attuale tutela del contribuente, quindi, meramente indiretta risulta strettamente dipendente dalla *policy* dello Stato richiesto, il quale può determinare discrezionalmente se le informazioni oggetto della trasmissione siano acquisibili (qualora non ne sia già in possesso) e trasmissibili (ad es., a fronte di cause ostative di primaria rilevanza, come esigenze di ordine pubblico).

⁶⁷ Sin d'ora, occorre, tuttavia, precisare come la Svizzera assurga tra i sistemi più garantisti, in quanto, rappresenta uno degli ordinamenti che maggiormente si preoccupa di tutelare la posizione del contribuente. Nella specie, la procedura descritta rinviene la propria disciplina nella Legge sull'assistenza amministrativa internazionale in materia fiscale (LAAF, RS 651.1). Per un approfondimento, vedasi MOLO, SCHLICHTING e VORPE, 2015.

⁶⁸ GIUSEPPE MARINO, La cooperazione internazionale in materia di tributaria, tra mito e realtà, *Rass. Trib.*, 2, 2010, pag. 433 segg.

Nell'ambito della cooperazione internazionale l'obbligo di notifica costituisce l'unico strumento che consentirebbe al contribuente di monitorare il corretto svolgimento della procedura di scambio di informazioni e, poi, di attivarsi per la tutela della propria posizione giuridica, chiaramente a patto che tale procedura non venga a menomare l'effettività dello scambio stesso. Si rileva, tuttavia, come non solo tale diritto non è previsto in alcuna delle fonti che disciplinano lo scambio di informazioni – come si è visto –, ma non sempre viene riconosciuto dai singoli Stati interessati dalla veicolazione.

In assenza di apposite previsioni, pertanto, la situazione del contribuente nello scambio *cross-border*, verrà ad essere gestita al pari di un accertamento condotto sul territorio nazionale, senza tener conto delle implicazioni per il soggetto medesimo.

Si rileva, comunque, come in alcuni Paesi, benché non siano riconosciuti *notification rights*, si prevedano alcune specifiche eccezioni (Regno Unito). In altri, invece, il contribuente residente ha il diritto di partecipare alla procedura di scambio (Germania e Lussemburgo). Così, seppure con alcune varianti, in altri paesi che riconoscono il diritto del contribuente ad essere informato, ma solo quando la decisione di procedere all'invio sia già stata presa, consentendo al soggetto interessato di proporre appello (Portogallo). L'approccio maggiormente garantista deve essere riconosciuto alla Svizzera, laddove è riconosciuto il diritto del contribuente ad essere informato tramite apposita notifica dell'avvio della procedura e riconoscendo a quest'ultimo la possibilità di adire l'autorità giudiziaria per tutelare la propria posizione.

Perché si abbia un pieno riconoscimento del diritto di difesa del contribuente questi, oltre ad avere contezza dello scambio, dovrà vedersi riconosciuta anche una partecipazione attiva, tramite il diritto al contraddittorio con l'Amministrazione finanziaria e la possibilità di presentare ricorso avverso l'eventuale decisione di trasmissione delle informazioni da parte del fisco.

In merito alle informazioni acquisite e trasmesse tra autorità fiscali di diversi Paesi potrebbero, infatti, emergere irregolarità procedurali, se non anche violazioni più gravi. Si pensi alla non correttezza o alla non veri-

dicità delle stesse, ad eventuali errori di persona, possibili errori nella traduzione, ovvero nella procedura di trasmissione, tali da rendere le informazioni stesse incomplete o, soprattutto, fuorvianti.

Più precisamente, si ritiene che nell'ambito dello scambio di informazioni la compressione della tutela del contribuente possa avere luogo attraverso una variegata sintomatologia: utilizzo di elementi, dati, informazioni illegittimamente acquisite perché (a) ottenuti in violazione di legge nello Stato richiesto; (b) ricevuti in conformità alla legge e alla prassi vigenti nello Stato richiesto, ma la cui acquisizione la legislazione o la prassi domestica non avrebbero consentito se si fosse trattato di svolgere l'attività istruttoria nel territorio nazionale; (c) riguardanti informazioni che hanno comportato la divulgazione di segreti commerciali, industriali, professionali, di un processo commerciale da cui il contribuente potrebbe ricevere un danno e alla cui divulgazione non ha potuto opporsi per inesistenza di un obbligo di notifica circa la procedura di cooperazione in corso; (d) trasmessi o utilizzati in violazione di principi di diritto internazionale ed euro-unitario⁶⁹.

Il riconoscimento del diritto al contraddittorio si porrebbe quale soluzione ideale a tali problematiche. La rilevanza di tale coinvolgimento emerge chiaramente: si pensi, ad es., all'ipotesi in cui si incorra in segreti, la cui pubblicità è vietata da tutti i modelli. Solo qualora il soggetto interessato sia informato previamente e abbia prestato il consenso alla veicolazione dei dati *de quo* potrà tutelarsi da eventuali lesioni dei propri diritti ed interessi⁷⁰.

Inoltre, rendere partecipe il soggetto interessato alla procedura consentirebbe alle amministrazioni interessate un risparmio in termini di dispendio di risorse. In particolare, si eviterebbe di dover ricorrere all'utilizzo

⁶⁹ RENATO CASTIGLIONE, Cooperazione tra autorità fiscali, accertamento tributario e garanzie del contribuente, Giustizia tributaria, 2009; MENITA GIUSY DE FLORA, Protection of the Taxpayer in the Information Exchange Procedure, Intertax, 45 (6-7), 2017, pag. 447-459.

⁷⁰ DE FLORA, 2017; PIETRO ADONNINO, Lo scambio di informazioni tra amministrazioni finanziarie, in Victor Uckmar (a cura di), Diritto tributario internazionale, Padova, 2005, pag. 1127 segg.

di procedure di scambio connotate dalle predette incertezze, oltre che a concetti giuridici i cui contorni risultano ancora vaghi e oggetto di potenziali conflitti interpretativi. Inoltre – e soprattutto – solo con la partecipazione del contribuente si potrebbe raggiungere il reale obiettivo dello scambio di informazioni, ossia garantire la corretta applicazione e la riscossione dei tributi dovuti, in conformità alla capacità contributiva di ciascun soggetto.

Ne consegue, sostanzialmente, una lacuna rilevante in termini internazionali di tutele da apprestare al singolo contribuente.

Al fine di cercare di colmare la lacuna stanno intervenendo gli organi giurisdizionali, tra cui la Corte di Giustizia dell'Unione Europea (CGUE)⁷¹, la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo (Corte EDU)⁷² ed il Tribunale federale svizzero⁷³, i quali si stanno esprimendo in termini più o meno garantistici.

Si resta, tuttavia, in attesa di un intervento della comunità internazionale atto ad uniformare le previsioni in materia di tutela del contribuente onde assicurare, quantomeno, un livello standard di salvaguardia.

⁷¹ Vedasi i casi *Sopropé*, C-349/08; *Sabou*, C-276/12; *Berlioz Investment Fund*, C-682/15. Vedasi, FRANCESCA AMADDEO, Il caso Berlioz Investment Fund: diritti fondamentali e scambio di informazioni, NF 6, 2017, pag. 191-197 e SERGE SCHROEDER, Exchange of Information and Fundamental Rights: the Berlioz Investment Fund Case, 2016 Doctoral Seminar on International and EU Tax Law, Università del Lussemburgo, 2016.

⁷² Corte EDU, *Sommer c. Germania*, 27 Aprile 2017, n. 73607/13. Vedasi, anche, *M.N e a. c. San Marino*, n. 28005/12, 07 luglio 2015; *Brito Ferrinho Bexiga Villa-Nova c. Portogallo*, n. 69436/10, 01 dicembre 2015; *Michaud c. Francia*, n. 12323/11. Vedasi anche, Corte EDU, *Maestri c. Italy*, 39748/98 del 17.02.2004 e *SA Dangeville c. France*, gennaio 2002.

⁷³ Tra le più recenti, DTF 143 II 202, Commento di SAMUELE VORPE, La nozione di reato secondo il diritto svizzero e la concessione dell'assistenza amministrativa fiscale, in NF 5/2018, pag. 238-253; sentenza TF 2C 28/2017 del 16 aprile 2016, Commento di THIERRY DE MITRI, Entraide administrative: principe de subsidiarité en cas d'accord avec le fisc étranger, in NF 3/2018, pag. 158-164; sentenza TF 2C_371/2019 del 30 aprile 2019.

3. Prospettive future e riflessioni conclusive

Cercando, pertanto, di rispondere ai quesiti che ci si è posti in precedenza è possibile affermare che sicuramente l'incertezza del diritto costituisce un fattore importante attorno al quale i contribuenti costruiscono il proprio approccio con la fiscalità e, in particolare, con le amministrazioni finanziarie.

Nella specie, il neo-coniato *framework* operativo, innestatosi a partire dal 2015, riporta una serie di modifiche di ingente rilievo, obbligando gli attori (ivi compresi operatori economici, contribuenti, funzionari delle amministrazioni finanziarie) a relazionarsi con una nuova realtà, non certo scevra da lacune, ridondanze e discrasie che ne ostacolano un'agevole conoscenza e comprensione.

Inutile negare che il contribuente, il quale viene a contatto con una realtà complessa e di difficile gestione, si trova in una posizione delicata.

In particolare, occorre tenere presente che sino ad ora la prospettiva utilizzata dalla comunità internazionale nell'affrontare le sfide poste dai fenomeni di evasione ed elusione fiscale è stata prettamente nell'ottica di favore per le giurisdizioni e per le amministrazioni finanziarie, relegando il contribuente ad una posizione secondaria.

Tra le diverse iniziative adottate nell'era BEPS, ci si è soffermati sulla disciplina dello scambio di informazioni in quanto ha rappresentato un *unicum* e un importantissimo momento che ha segnato il passaggio dalla cognizione di sovranità fiscale inclusiva alla cooperazione tra le diverse giurisdizioni. La stessa disciplina, tra l'altro, risulta tangere una serie di aspetti assai delicati per il soggetto interessato, andando ad impattare non solo sul suo diritto alla riservatezza, ma anche ad intaccare la sua vita privata. Si rileva nella stessa l'assenza o, comunque, una superficialità, nel riconoscimento di diritti relativi al contraddittorio ed all'intervento del contribuente nella procedura effettiva di scambio di informazioni.

Di fatto, il contribuente si è visto passare da un modello di *quasi-voluntary compliance*, dove vige il principio dell'autodichiarazione in

un'ottica di collaborazione e partecipazione alle entrate erariali dello Stato, a quello di *mandatory compliance*, ossia di cooperazione forzata. L'invio delle informazioni, specie se automatico, infatti, comporta la veicolazione dei dati relativi ai soggetti interessati, spaziando dai dati anagrafici alle consulenze fiscali rese dai loro consulenti, senza che a costoro sia consentito un vaglio, neppure minimo, sul contenuto della stessa e senza che, quindi, abbiano contezza di quanto sia trasmesso alle amministrazioni finanziarie.

Ad oggi, si è visto, sussistono ancora delle lacune tecniche nella disciplina dello scambio di informazioni, il che consente lo sfruttamento di schemi che ne consentono l'elusione. Tuttavia, l'attenzione dell'OCSE è volta a trecentosessanta gradi sulla corretta implementazione di questo meccanismo di cooperazione, sicché nei prossimi anni si potrà avere effettiva contezza della permanenza di tali schemi ovvero del successo della trasmissione dei dati.

Di recente, cercando di dare una prima valutazione sull'efficacia dello scambio di informazioni, l'OCSE ha dimostrato come, in vista della maggiore trasparenza acquisita, si sia verificata una diminuzione dei depositi bancari in stati esteri considerati come paradisi fiscali e/o centri *offshore*⁷⁴.

Stante il breve lasso di tempo intercorso dall'implementazione della disciplina ad oggi, sussistono pochi esempi di ricorsi giurisdizionali da parte del contribuente per la tutela dei suoi diritti. Tuttavia, già in questi anni hanno cominciato a porsi interrogativi di un certo rilievo relativi al rispetto della figura del singolo, il cui interesse non deve necessariamente essere considerato secondario rispetto all'esigenza di un corretto accertamento e riscossione delle imposte dovute.

La cooperazione e la trasparenza degli Stati non deve inficiare la vita privata del contribuente ed occorre pervenire ad un corretto bilancia-

⁷⁴ OCSE, Using bank deposit data to assess the impact of exchange of information, 2019, consultabile al link <https://www.oecd.org/tax/exchange-of-tax-information/using-bank-deposit-data-to-assess-the-impact-of-exchange-of-information.pdf> (consultato il 18.7.2019); FRANCESCA AMADDEO, Un primo studio OCSE sull'efficacia dello scambio di informazioni, NF, in stampa.

mento tra i due contrapposti interessi. Nell'attesa del raggiungimento di un tale «compromesso», si auspica che la comunità internazionale intervenga emendando le basi legali sussistenti al fine di adottare ed assicurare le dovute garanzie al contribuente, il quale, sentendosi maggiormente tutelato, sarà più incentivato a tenere un comportamento onesto con la fiscalità.