

## Il *soft law* internazionale nel Diritto finanziario

### ENGLISH TITLE

International Soft Law and Financial Law

### ABSTRACT

The aim of this article is to offer a general overview about how the Globalization is changing the evolution of the National Public Financial Systems. In fact, Financial Law – either for expenditures or for revenues – is not more a domestic topic. According with the globalization of the economic and social relationships, the classical expending and taxing powers, nowadays, are not possible to be exercised under the sole sovereignty of National Parliaments and Governments.

A lot of financial rules, finally adopted by the States, arrive to their legal systems through soft law instruments produced on international, public and even private, institutions. The analysis of this phenomenon is here tackled with three practical examples: the so-called cooperative compliance approach to the tax relationships between States and taxpayers, particularly multinational enterprises (sec. 2); the Transfer Pricing regulations (sec. 3); and the Public Debt Measurement in European Union (sec. 4).

### KEYWORDS

Soft Law – Tax Law – International Financial Law – International Financial Governance.

### 1. INTRODUZIONE

Il Diritto finanziario pubblico non può rimanere al di fuori della cosiddetta Globalizzazione economica: sia i rapporti economici tra i privati, sia l'attività finanziaria degli Stati, sotto il profilo della riscossione delle entrate e della spesa pubblica, hanno assunto dimensione e caratteri internazionali. Anche in questo settore del diritto, che era uno dei punti chiave di riserva della sovranità, si è sviluppata una regolamentazione giuridica che si configura come “Diritto globale” e che costituisce espressione di quello che è definito come “pluralismo legale”: nasce come *soft law* delle organizzazioni ed istituzioni internazionali per diventare, col passare del tempo, *hard law* degli Stati sovrani.

Da una prospettiva giuridica, nel Diritto pubblico internazionale e, sul piano europeo, nel Diritto dell'Unione Europea, si riscontra una chiara tendenza generale all'incentivazione degli strumenti di *soft law*. Invero, nel Mercato unico europeo uno degli obiettivi dell'Unione è garantire le libertà di circolazione – persone, merce, capitale, servizi, negozi, lavoratori – attraverso l'eliminazione delle barriere nazionali, fisiche e tecniche, comprese quelle fiscali quali, per esempio, i tributi sulle transazioni *cross-border* o gli aiuti di Stato sotto forma di sovvenzioni pubbliche o di benefici fiscali alle imprese nazionali. Anche altre organizzazioni internazionali, come la *Comunidad Andina*, stanno operando in questa direzione: per superare queste barriere si utilizzano, spesso, strumenti di *soft law* che sono poi introdotti negli ordinamenti nazionali.

Nello stesso senso, l'Organizzazione del Commercio Internazionale (WTO) lavora per sviluppare un sistema legale internazionale costituito da regole e procedure rispettose del principio della libera circolazione delle merci e dei servizi tra i suoi Stati membri.

Ne consegue che i Parlamenti nazionali non possono più regolare l'attività finanziaria dei propri Stati soltanto sotto la prospettiva domestica, essendo ormai evidente che la propria sovranità risulta oggi condivisa sia con gli altri Stati sia con le organizzazioni ed istituzioni internazionali<sup>1</sup>.

Altri due fenomeni tecnici, strettamente correlati, stanno trasformando l'economia e, conseguentemente, i rapporti finanziari pubblici: la cosiddetta economia digitale e la dematerializzazione degli attivi del bilancio. In atto lo sviluppo delle attività negoziali non è più limitato ad un particolare territorio o sistema giuridico nazionale: l'economia non è più basata su una fisicità materiale (installazioni, palazzi, beni mobili ecc.), ma è caratterizzata dallo scambio di beni immateriali (*know-how*, marchi, patenti, dati informatici) che possono agevolmente essere trasferiti da un paese all'altro.

Di fronte ad un'economia così strutturata, le classiche categorie che hanno presieduto allo sviluppo del diritto tributario nel secolo scorso, quali la residenza e la fonte come criteri di collegamento tra il contribuente e lo Stato, non appaiono più sufficienti in tutti gli ambiti, ma soprattutto nella tassazione del reddito delle persone giuridiche, la cui disciplina, nel diritto tributario internazionale, è sempre più caratterizzata dall'impiego di strumenti di *soft law*.

Sicuramente l'esempio paradigmatico di questo fenomeno è costituito dal progetto BEPS (*Base Erosion Profit Shifting*) commissionato dal G20 all'OCSE<sup>2</sup>,

1. Il fenomeno è particolarmente chiaro nell'ambito del Diritto tributario: «Soft law is turning into a key element for understanding how states exercise their taxing powers in crossborder situations in an era of economic globalization. Sweeping past the absolute nature of taxing powers, soft law is gradually emptying the power to tax of substance, although it formally remains at the national level. In other words, the appearance of national taxing powers is driven by the invisible engine of soft law, which approximates tax rules in cross-border situations» (P. Pistone, 2010, 98).

2. Cfr. <http://www.oecd.org/tax/beps/>.

finalizzato ad individuare misure che garantiscano la riscossione delle imposte sui redditi delle persone giuridiche dei paesi coinvolti nel progetto (*base erosion*), cercando di ostacolare il trasferimento della ricchezza prodotta dagli operatori economici residenti in questi Stati (*profit shifting*) verso paesi con un basso livello di tassazione.

Tuttavia, l'OCSE non riesce ad abbandonare con decisione le vecchie categorie di residenza e fonte ai fini della determinazione della base imponibile delle imposte sul reddito delle persone giuridiche, non intendendo contrastare la sovranità in materia fiscale dei paesi aderenti, specie con riguardo alla tassazione delle imprese multinazionali. Muovendosi dal principio secondo cui ogni Stato è libero di stabilire la disciplina della determinazione della base imponibile delle società residenti nel suo territorio, non ha ancora trovato soluzione, per esempio, il problema del conflitto tra la qualificazione dei mezzi di finanziamento delle società (capitale o indebitamento – *equity vs. debt*) e le conseguenze fiscali scaturenti da quella qualificazione (dividendi *vs.* interessi). L'orientamento prevalente rimane pertanto quello di privilegiare il regime del *transfer pricing*<sup>3</sup> per disciplinare l'imposizione degli scambi di beni e servizi tra gruppi di società.

L'Unione Europea, invece, sembra voler cambiare metodologia, attraverso l'introduzione di una disciplina uniforme ai fini della determinazione della base imponibile cosiddetta consolidata delle imprese multinazionali (*Base Common Consolidate Corporate Tax* – BCCCT)<sup>4</sup>: la base imponibile del gruppo dovrebbe essere determinata attraverso il consolidamento dei redditi di ciascuna società sulla base delle norme comunitarie, con una neutralizzazione delle operazioni infragruppo, e quindi successivamente ripartita tra i vari paesi di residenza delle società del gruppo, attraverso l'applicazione di una formula di ripartizione (*apportionment formula*), ed ivi assoggettata ad imposizione sulla base dell'aliquota d'imposta prevista dall'ordinamento domestico<sup>5</sup>.

Qualunque sia la soluzione in concreto adottata, appare evidente come i Parlamenti nazionali siano costretti a regolamentare il regime di tassazione del reddito delle persone giuridiche facendo riferimento a quanto stabilito nell'OCSE con riguardo alla disciplina sui prezzi di trasferimento (*transfer pricing*), ovvero a quanto proposto dalla Commissione europea in materia di determinazione della base imponibile consolidata.

3. Si veda *infra* PAR. 4.

4. Cfr. COM (2011) 121: Proposal for a COUNCIL DIRECTIVE on a Common Consolidated Corporate Tax Base (CCCTB).

5. La formula di ripartizione considera tre fattori produttivi, con il medesimo peso: gli elementi dell'attivo, la forza lavoro e le vendite, che costituiscono gli elementi che determinano la produzione del reddito.

Un altro esempio di questa internazionalizzazione del diritto tributario interno a causa della globalizzazione economica è costituito dalla regolamentazione, via via divenuta sempre più incisiva, dello scambio di informazioni tra Amministrazioni finanziarie. Tra i primi paesi che hanno utilizzato tale strumento di accertamento si rinvengono gli Stati Uniti d'America, attraverso la statuizione dell'obbligo, imposto alle Amministrazioni di altri Stati, di rendere informazioni all'Agenzia tributaria americana (*Internal Revenue Services, IRS*) in ordine ai redditi prodotti all'estero da parte dei cittadini americani: risale al 2005 l'approvazione della legge (*Foreign Account Tax Compliance Act*) che disciplina lo scambio di informazioni tra Amministrazioni finanziarie di paesi diversi.

Anche l'OCSE, su impulso del G20, ha concentrato la sua attenzione su questo metodo di controllo (*Global Forum on Exchange of Information and Transparency for Tax Purposes*), spingendo anche l'Unione Europea a modificare le vigenti Direttive in materia di cooperazione fiscale internazionale<sup>6</sup>, al fine di rendere automatico e obbligatorio lo scambio di informazioni tra le Amministrazioni finanziarie.

Il fenomeno della globalizzazione, infine, ha influenzato anche la normativa in materia di debito pubblico degli Stati membri dell'Unione Europea.

La crisi finanziaria iniziata nel 2007 ha comportato l'introduzione negli ordinamenti nazionali di regolamentazioni tendenti al controllo della spesa e al contenimento dell'indebitamento pubblico, come conseguenza di disposizioni sovranazionali (*Fiscal Compact*)<sup>7</sup> adottate in seno all'Unione Europea. Un ruolo fondamentale in tale direzione hanno assunto organismi internazionali, come il Fondo Monetario Internazionale (FMI) e l'Eurostat<sup>8</sup>, che svolgono le proprie competenze attraverso disposizioni aventi natura di *soft law*.

Alla luce delle considerazioni svolte appare già evidente come in materia fiscale i Parlamenti e i Governi siano chiamati a dare attuazione a regolamentazioni dettate dalle istituzioni finanziarie internazionali, per lo più introdotte attraverso strumenti di *soft law*, che condizionano fortemente il diritto interno di ogni paese.

## 2. IL GOVERNO FINANZIARIO GLOBALE

Prima di esporre i tre esempi di proliferazione del *soft law* come strumento utilizzato per regolamentare i rapporti finanziari pubblici, occorre identificare il soggetto che produce tale regolamentazione, l'istituzione finanziaria globale

6. Cfr., da ultimo, Direttiva (UE) 2015/2376, recante modifica della direttiva 2011/16/UE, in vigore dal 1° gennaio 2017.

7. Si veda *infra* PAR. 5.

8. Si veda *infra* PAR. 5.

(PAR. 2.1), e la forma con la quale vengono assunte le determinazioni destinate ad essere recepite negli ordinamenti domestici (PAR. 2.2).

### 2.1. Istituzione finanziaria globale

Sotto il profilo giuridico le Istituzioni che concorrono alla formazione dell'ordinamento finanziario globale<sup>9</sup> possono distinguersi a seconda che siano o meno utilizzati strumenti normativi propri del Diritto internazionale pubblico. Esempio del primo tipo sono le organizzazioni internazionali, quali l'Organizzazione Mondiale del Commercio, che contribuiscono in modo significativo alla formazione del diritto finanziario degli Stati che ne sono parte.

Sul piano specifico della fiscalità l'Organizzazione internazionale più rilevante è l'Organizzazione per la Cooperazione e lo Sviluppo Economico (OCSE). Il suo *Committee on Fiscal Affairs*, che rimette gli aspetti tecnici delle sue determinazioni al *Centre for Tax Policy and Administration*, ha rappresentato il più significativo punto di riferimento nella formazione del Diritto internazionale tributario, attraverso l'approvazione del Modello per l'attuazione ed eliminazione della doppia imposizione (cosiddetto Modello OCSE)<sup>10</sup>, recepito da tutti i paesi membri ai fini della redazione degli Accordi internazionali – bilaterali e, di recente, anche multilaterali – in materia. Negli ultimi anni è stato anche il fulcro dei lavori promossi dal G20 nell'azione di contrasto all'elusione fiscale, e in particolare alle politiche di pianificazione fiscale aggressiva che trovano attuazione a causa delle asimmetrie dei diversi sistemi tributari, consentendo un sensibile abbattimento del prelievo o un suo differimento.

In tale contesto i paesi aderenti hanno dato vita ad organismi (G8, G20) per affrontare insieme, in forma coordinata, gli effetti della crisi economica, i quali, senza una base giuridica propria, attraverso i cosiddetti *Forum* o *Meetings* dei rispettivi capi di Stato, sono divenuti centri decisionali nella dinamica evolutiva della regolamentazione della spesa pubblica e delle risorse finanziarie.

Ad altro livello, e con forma giuridica di natura privatistica caratterizzata dalla struttura associativa, svolgono un ruolo rilevante istituzioni come il *Bank for International Settlements*, o il cosiddetto “Comitato di Basilea” (che riunisce i governatori delle più importanti banche nazionali), aventi la funzione di promuovere la cooperazione fra le banche centrali ed altre agenzie equivalenti allo scopo di perseguire la stabilità monetaria e finanziaria.

9. Cfr. L. Cazorla Prieto, 2010, *passim*.

10. Anche le Nazioni Unite svolgono un ruolo nell'ambito del Diritto tributario internazionale, con un proprio Modello contro la doppia imposizione, in parte diverso da quello della OCSE.

Un'ultima fonte del *soft law* finanziario internazionale è costituita dagli organismi dell'Unione Europea, come la Commissione europea che elabora comunicazioni, raccomandazioni e studi, nonché, come già detto, l'Eurostat che svolge attività di rilevazione statistica in relazione agli Stati membri. Rilevo assumono altresì la Corte di Giustizia dell'Unione Europea e la Corte Europea dei Diritti Umani di Strasburgo, svolgendo un'importante attività interpretativa della normativa primaria e secondaria che, in virtù del valore vincolante all'interno degli ordinamenti degli Stati membri, contribuisce alla creazione di fonti del diritto non scritte destinate a produrre effetti sulla disciplina del prelievo fiscale.

Su un piano diverso, un ruolo significativo, pur in assenza di uno specifico riconoscimento a livello istituzionale, è svolto da talune associazioni private, che rappresentano interessi professionali, quali l'*International Fiscal Association*, a livello internazionale, o la *Confédération fiscale européenne* a livello europeo, nonché da associazioni accademiche, come la *European Association of Tax Law Professors*, le quali elaborano documenti e proposte realizzando una consulenza tecnica qualificata nella evoluzione del diritto tributario internazionale. A questo proposito, e per quanto riguarda la nomenclatura e le regole della contabilità pubblica – necessarie per misurare il deficit e l'indebitamento pubblico – un'associazione internazionale privata, l'*International Federation of Accountants* (IFAC), svolge un ruolo fondamentale nella redazione dei principi internazionali di revisione del bilancio.

## 2.2. Regole finanziarie globali

Il risultato dell'attività svolta dai sopramenzionati organismi ed istituzioni non si può propriamente qualificare come produzione normativa in senso proprio: né sotto il profilo della forma (documenti, raccomandazioni, studi, proposte), né per quanto riguarda l'efficacia nei confronti dei destinatari<sup>11</sup>.

A ciò si aggiunga che neanche il procedimento di formazione di questi atti assicura forme di trasparenza nelle fasi di elaborazione, nonché di controllo ai fini dell'approvazione da parte dei componenti dell'organismo internazionale<sup>12</sup>.

11. Va peraltro rilevato che la Corte di Giustizia ha talvolta affermato che le raccomandazioni, pur non attribuendo ai singoli diritti di cui questi possano avvalersi dinanzi al giudice nazionale, questi ultimi, tuttavia, sono tenuti a prenderle in considerazione ai fini della soluzione delle controversie sottoposte al loro giudizio, qualora siano di aiuto nell'interpretazione di altre norme nazionali o comunitarie (CGE, C-322/88, Grimaldi, 13.12.1989, par. 18). Lo stesso può dirsi delle Raccomandazioni dell'OCSE, almeno per, dal momento che sottoscrivendo l'Accordo di adesione gli Stati membri si sono obbligati ad osservarle (J. M. Calderón, 2007, 11).

12. Gli autori dei documenti che danno luogo alla creazione di *soft law* internazionale (spesso trasformatosi in *hard law*) non hanno qualifiche politiche (per esempio parlamentari) o istitu-

Appare evidente come questa produzione non può qualificarsi come Diritto e, talvolta, neppure come “*soft law*” *stricto sensu*<sup>13</sup>. Si tratta, infatti, di documenti che sono recepiti nell’ordinamento attraverso la trasposizione che ne fa il legislatore in atti formali o l’Amministrazione nelle proprie circolari, ovvero il giudice, come strumento di interpretazione nel corso del giudizio.

Va tuttavia rilevato che tali atti, seppur formalmente non abbiano efficacia vincolante, condizionano fortemente la formazione del Diritto finanziario internazionale e, talvolta, anche di quello nazionale. Invero, come è stato segnalato<sup>14</sup>, gli Stati che non seguono alcuni di tali “*suggerimenti*” dell’OCSE o del FMI in materia di riciclaggio, di scambio di informazioni tra amministrazioni finanziarie e così via, possono subire rilevanti conseguenze sotto forma di sanzioni indirette anche dal punto di vista della reputazione del sistema-paese<sup>15</sup>.

### 3. IL COSIDDETTO COOPERATIVE COMPLIANCE APPROACH

Un primo e chiaro esempio di *soft law* nell’ambito del Diritto tributario è costituito dal cosiddetto *Cooperative compliance approach*<sup>16</sup>. Si tratta di una

zionali (per esempio funzionari), appartenendo a quella che è stata definita da Rixen una “*transgovernmental expertocracy*” (T. Rixen, 2008, 6), di cui fanno parte soggetti con formazione accademica nell’ambito delle Scienze economiche, politiche o sociologiche, raramente delle Scienze giuridiche (A. Vega, 2012, 13).

13. È frequente identificare il *soft law* come quell’insieme di disposizioni amministrative generali – istruzioni, codici di comportamento, lettere di servizio, raccomandazioni – che nel sistema delle fonti del diritto non hanno efficacia vincolante ma, semplicemente, hanno la funzione di contribuire ad una più corretta applicazione ed interpretazione delle norme (D. Sarmiento, 2006, 223). Nel caso in esame non ci si riferisce a questo tipo di disposizioni, ma a quelle che da alcuni autori sono state definite come *backdoor rules*, create senza nessun intervento diretto o delegato di un Parlamento nazionale (M. A. Caamaño, J. M. Calderón, 2002, 262). A questo proposito cfr. P. Pistone (2010, 3) che configura il *soft law* tributario internazionale come «any type of social rule or any principle lacking an actual binding force, but nevertheless capable of exercising some kind of suasion on the addressees to comply with it on a voluntary basis». Nello stesso senso A. Vega, (2014, 3): «certain non-binding instruments (such as guidelines and recommendations) and which considers that it has become a relevant instrument for the regulation of international affairs». Per la dottrina italiana cfr. A. Algostino, *La soft law comunitaria e il diritto statale: conflitto fra ordinamenti o fine del conflitto democratico?*, in “Costituzionalismo. it”, 2016, pp. 254 ss., secondo cui «la locuzione soft law si riferisce ad un insieme di atti eterogenei che, nella duttilità e flessibilità di forme e legittimazione, presentano un tratto comune: esercitano effetti giuridici rilevanti pur senza possedere efficacia giuridica vincolante».

14. M. A. Caamaño, J. M. Calderón, 2002, 263.

15. P. Pistone (2010, 5) rileva a questo proposito come Austria e Svezia abbiano modificato la loro regolamentazione in materia di scambio di informazioni per evitare di essere annoverate tra i paesi che non si adeguano agli standard dell’OCSE.

16. Cfr. sull’argomento, nella letteratura spagnola, J. A. Rozas Valdés, 2016, *passim* e J. M. Calderón, A. Quintas, 2015, *passim*. Per la dottrina italiana si veda, tra gli altri, C. Melillo, *L’evol-*

nuova forma di accertamento dei tributi che, introdotta per la prima volta nel Diritto tributario australiano, poi recepita in Europa dai Paesi Bassi e dal Regno Unito, si è successivamente sviluppata grazie all'interesse manifestato dall'OCSE<sup>17</sup>.

Non a caso, questo modello di organizzazione dei rapporti tributari tra fisco e contribuente ha avuto una prima traduzione normativa negli ordinamenti giuridici con riguardo alle relazioni tra Amministrazione finanziaria e imprese multinazionali, ossia quelle imprese che svolgono la loro attività commerciale a livello globale<sup>18</sup>.

Invero, in questo particolare settore si è assistito alla trasformazione del modello classico di regolamentazione e monitoraggio del rapporto con i contribuenti: si è in presenza di un esempio paradigmatico – sia per il contenuto delle proposte normative avanzate, sia per la metodologia impiegata – di come il Diritto tributario contemporaneo sia stato fortemente influenzato dagli orientamenti del *soft law* internazionale, laddove le soluzioni legislative in materia di tassazione delle attività commerciali *cross-border* assunte da alcuni paesi – Australia, Paesi Bassi, Regno Unito, in questo caso – hanno finito con l'essere adottate anche in altri ordinamenti giuridici.

Come già segnalato, l'OCSE e l'IFA hanno assunto un ruolo decisivo nella creazione di questi nuovi modelli di rapporti tributari tra fisco e contribuente i quali, attuati nei paesi aderenti che li hanno adottati, costituiscono espressione di un vero e proprio coordinamento fiscale internazionale realizzato tramite strumenti di *soft law*<sup>19</sup>.

La partecipazione collaborativa tra le parti – Amministrazione finanziaria e rappresentanti delle associazioni delle professioni tributarie – si realizza in

*luzione del rapporto Fisco-Impresa secondo le linee guida dell'OCSE*, in "Rass. Trib.", 2015, pp. 932 ss.

17. L'OCSE ha iniziato a dirigere la propria attenzione su questo argomento con la dichiarazione di Seoul (2006). Cfr. OCSE: *Study into the Role of Tax Intermediaries*, Paris, 2008; *Co-operative Compliance: A Framework – From Enhanced Relationship to Co-operative Compliance*, Paris, 2013. Anche l'IFA ha elaborato importanti documenti su questo argomento (*Initiative on the Enhanced Relationship – Key Issues Report*. IFA, gennaio, 2012).

18. Nel Diritto tributario italiano, per esempio, il Decreto Legislativo 5 agosto 2015, n. 128, emanato in attuazione dell'art. 6 della legge 11 marzo 2014, n. 23, ha introdotto un nuovo sistema di accertamento per le grandi imprese, denominato "*adempimento collaborativo*", consistente in un regime opzionale di collaborazione fra l'Agenzia delle Entrate e i contribuenti titolari di un sistema di rilevazione, misurazione, gestione e controllo del rischio fiscale, volto a prevenire e/o risolvere controversie fiscali. Sull'argomento cfr., da ultimo, F. Pistolesi, *Le regole procedurali nel provvedimento di attuazione dell'adempimento collaborativo*, in "Corr. trib.", 2017, pp. 2412 ss.

19. «The special characteristic of the ER [*enhanced relationship*] è la originaria denominazione della *cooperative compliance*], that it is to do with the attitudes and behavior of the parties rather than with their legal positions, means that the most suitable way of implementing it is through soft-law instruments» (M. T. Soler, 2012, 294).



primo luogo in sede di elaborazione degli strumenti normativi (regolamenti, formulari e questionari) tramite procedimenti di consultazione pubblica<sup>20</sup> (che danno vita a codici di comportamento costituenti appunto uno strumento di *soft law*)<sup>21</sup>, nonché in sede di interpretazione delle norme che devono trovare applicazione nel caso concreto, attraverso forme specifiche di interpelllo preventivo con procedura abbreviata.

Il fulcro di questo approccio cooperativo è rappresentato dalla volontaria accettazione del contribuente di adempimenti idonei a rafforzare l'attività di accertamento da parte dell'Amministrazione finanziaria. Il regime in esame prevede un impegno effettivo del contribuente ad assumere comportamenti orientati alla *compliance* e a fornire volontariamente, o a richiesta, informazioni complete e tempestive sulle transazioni che presentano maggiori rischi fiscali o che possano suscitare potenziali divergenze interpretative. A fronte di un incremento di trasparenza, l'Amministrazione finanziaria assume un concreto impegno a rispondere alle esigenze del contribuente e a consentire la risoluzione delle questioni fiscali di più ampio rilievo in maniera tempestiva ed equilibrata<sup>22</sup>.

In piena coerenza con le recenti raccomandazioni dell'OCSE<sup>23</sup>, la *cooperative compliance* presuppone un sistema di controllo interno e di "*tax governance*" aziendale (*Tax Control Framework*)<sup>24</sup>: le nuove modalità di gestione del rischio fiscale consentono all'Amministrazione finanziaria di svolgere una più efficiente attività di accertamento, attraverso il riscontro dell'affidabilità e coerenza del sistema di controllo adottato dal contribuente, concentrando le azioni di verifica sulle forme più complesse di evasione.

20. Con particolare riguardo alla Spagna può farsi riferimento al *Foro de Grandes Empresas* ([http://www.agenciatributaria.es/AEAT.internet/Inicio/\\_Segmentos/\\_Empresas\\_y\\_profesionales/Foro\\_Grandes\\_Empresas/Foro\\_Grandes\\_Empresas.shtml](http://www.agenciatributaria.es/AEAT.internet/Inicio/_Segmentos/_Empresas_y_profesionales/Foro_Grandes_Empresas/Foro_Grandes_Empresas.shtml)) e al *Foro de Asociaciones y Colegios de Profesionales Tributarios* ([http://www.agenciatributaria.es/AEAT.internet/Inicio/\\_Segmentos/\\_Colaboradores/Foro\\_de\\_Asociaciones\\_y\\_Colegios\\_de\\_Profesionales\\_Tributarios/Foro\\_de\\_Asociaciones\\_y\\_Colegios\\_de\\_Profesionales\\_Tributarios.shtml](http://www.agenciatributaria.es/AEAT.internet/Inicio/_Segmentos/_Colaboradores/Foro_de_Asociaciones_y_Colegios_de_Profesionales_Tributarios/Foro_de_Asociaciones_y_Colegios_de_Profesionales_Tributarios.shtml)).

21. Cfr. il *Código de buenas prácticas tributarias* nato nel *Foro de Grandes Empresas* ([http://www.agenciatributaria.es/static\\_files/AEAT/Contenidos\\_Comunes/La\\_Agencia\\_Tributaria/\\_Segmentos\\_Usuarios/Empresas\\_y\\_profesionales/Foro\\_grandes\\_empresas/CBPT\\_publicacion\\_web\\_es\\_es.pdf](http://www.agenciatributaria.es/static_files/AEAT/Contenidos_Comunes/La_Agencia_Tributaria/_Segmentos_Usuarios/Empresas_y_profesionales/Foro_grandes_empresas/CBPT_publicacion_web_es_es.pdf)).

22. Con il D.Lgs. n. 147 del 14 settembre 2015 il legislatore italiano ha introdotto una nuova disciplina dedicata agli "accordi preventivi per le imprese con attività internazionale" in sostituzione del precedente ruling internazionale. Sull'argomento cfr. M. Grandinetti, *Gli accordi preventivi per le imprese con attività internazionale*, in "Rass. Trib.", 2017, pp. 660 ss.

23. Cfr. *Cooperative Compliance – A Framework: From Enhanced Relationship to Co-operative Compliance* – 2013.

24. Per l'esperienza italiana cfr. P. Valente, "*Tax governance*" ed erosione della base imponibile: modelli di gestione del rischio fiscale, in "Fiscalità e commercio internazionale", 2013, pp. 5 ss.; A. Santoro, R. Lupi, A. Manzitti, *Ricchezza non registrata e pianificazioni fiscali aggressive: in che consiste la «cooperative compliance» della delega fiscale?*, in "Dialoghi tributari", 2014, pp. 127 ss.

Appare evidente che i regimi di adempimento collaborativo costituiscono espressione di *soft law*, trattandosi di una materia la cui regolamentazione è stata sinora rimessa alla prassi<sup>25</sup>, attraverso accordi tra le autorità fiscali e i contribuenti stipulati sulla base di provvedimenti amministrativi.

Può ravvisarsi, infine, una manifestazione di *soft law* in tutte le forme di carattere mediatorio-transattivo (cosiddetto *ADR* – *Alternative Dispute Resolution*), finalizzate a risolvere le controversie fiscali senza l'intervento dell'autorità giudiziaria: ne sono esempio le procedure amichevoli (*Mutual Agreement Procedure* – *MAP*) per la composizione delle controversie internazionali in materia di doppia imposizione.

#### 4. LA DISCIPLINA DEI PREZZI DI TRASFERIMENTO

L'espressione "prezzo di trasferimento" si rinviene nell'art. 9 del Modello di Convenzione dell'OCSE che statuisce il principio cosiddetto "*arm's length principle*" ai fini della corretta determinazione dei prezzi applicati ai trasferimenti infragruppo di beni e servizi (cosiddetto *transfer pricing*). L'applicazione di tale principio, sviluppata dall'OCSE in una Raccomandazione<sup>26</sup> e in apposite *Guidelines*<sup>27</sup>, implica che per valutare le transazioni tra imprese "associate" di diversi paesi deve farsi riferimento al prezzo che sarebbe stato convenuto tra parti indipendenti per transazioni finanziarie o commerciali comparabili e in situazioni comparabili (cosiddetto "*comparable uncontrolled transactions*")<sup>28</sup>.

In seno al Rapporto BEPS molta attenzione è dedicata alla trasparenza fiscale internazionale<sup>29</sup> e in questo contesto è stato raccomandato l'obbligo del *country-by-country reporting* (CBCR, cosiddetta *rendicontazione paese per paese*)<sup>30</sup>, consistente nell'obbligo, posto a carico dei gruppi multinazionali con

25. Cfr. F. Gallo, *Brevi considerazioni sulla definizione di abuso del diritto e sul nuovo regime del c.d. adempimento collaborativo*, in "Dir. prat. trib.", 2014, p. 952.

26. OCSE: *Recommendation of the Council on the Determination of Transfer Pricing between Associated Enterprises* [13 July 1995 – C (95)126/FINAL]. L'ultima modifica di questo documento è recentissima [3 April 2017 – C(2017)37].

27. OCSE: *Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations*, Paris, 2017. Tali direttive dal 1992 sono formalmente considerate come Commenti all'art. 9 del Modello OCSE.

28. I metodi per stabilire i prezzi di trasferimento costituiscono il fulcro dell'accertamento della base imponibile ai fini della tassazione delle imprese multinazionali e assumono rilievo anche in altri rami del diritto come, per esempio, nel Diritto doganale.

29. In particolare l'*Action 13 del Progetto BEPS* individua misure per accrescere la trasparenza nelle operazioni di *transfer pricing* ("*Guidance on the Implementation of Transfer Pricing Documentation and Country-by-Country Reporting*", pubblicato il 5 ottobre 2015). Sull'argomento cfr. C. Sacchetto, *Il Transfer pricing internazionale: una normativa alla ricerca della propria identità*, in "Rass. Trib.", 2016, pp. 886 ss.

30. Si tratta di un documento avente l'obiettivo di fornire alle amministrazioni finanziarie un

ricavi consolidati annui pari o superiori ad euro 750 milioni (o ad un equivalente ammontare denominato nella valuta locale) di inviare un documento contenente una serie di informazioni riferibili all'allocazione globale dei ricavi, dei redditi e delle imposte pagate insieme a degli indicatori relativi alla localizzazione delle attività economiche all'interno degli stessi<sup>31</sup>.

A questo riguardo è peraltro da rilevare una consistente trasformazione dei documenti di *soft law* in *hard law*: il contenuto del *country-by-country-report*, ad esempio, ha costituito oggetto di disciplina nel Diritto della Unione Europea con apposita Direttiva<sup>32</sup>, con il conseguente recepimento nel Diritto tributario nazionale degli Stati membri<sup>33</sup>.

Sulla base delle considerazioni svolte è agevole ritenere che la creazione, il contenuto e lo sviluppo della disciplina in materia di prezzi di trasferimento, e la documentazione collegata alla sua applicazione, si configuri come *soft law*. Non può certamente negarsi che, come già detto, in questo particolare settore il *soft law* è stata recepita nel Diritto tributario comunitario ed internazionale, nonché nella legislazione e regolamentazione amministrativa nazionale di molti Stati membri. Ma è altrettanto vero che la normativa interna di ogni paese, ed anche la giurisprudenza, continuano a fare riferimento, anche sotto il profilo della corretta interpretazione della disciplina in materia di *transfer pricing* ai documenti dell'OCSE, in particolare alle sue *Guidelines*<sup>34</sup>.

## 5. EUROSTAT E LA MISURA DEL DEBITO PUBBLICO

L'ultimo esempio di presenza, via via sempre più rilevante, del *soft law* inter-

quadro globale delle strategie implementate dalle imprese multinazionali, da utilizzarsi principalmente per l'analisi di rischio

31. Si tratta di una misura finalizzata a consentire alle amministrazioni finanziarie degli Stati membri l'acquisizione delle informazioni necessarie per effettuare una valutazione del rischio sui prezzi di trasferimento dei gruppi di imprese multinazionali di maggiori dimensioni.

32. Cfr. Direttiva (UE) 2016/881 con la quale è stato esteso l'ambito di applicazione dello scambio automatico di informazioni introducendo nel testo della Direttiva 2011/16 l'art. 8-bis bis, rubricato "*Ambito di applicazione e condizioni dello scambio automatico obbligatorio di informazioni in materia di rendicontazione paese per paese*". Cfr. P. Valente, *Transfer pricing e operazioni di riorganizzazione: le disposizioni consolidate dell'OCSE*, in "Il fisco", 2016, pp. 4160 ss.

33. Le indicazioni contenute nel BEPS – Action 13 in tema di CBCR sono state recepite nell'ordinamento interno italiano con la legge 28 dicembre 2015, n. 208 (Legge di Stabilità 2016), che ne ha rimesso il disegno di dettaglio a un decreto del ministro dell'Economia e delle Finanze (il "Decreto Attuativo"), la cui emanazione era prevista entro 90 giorni dalla data di entrata in vigore della Legge di Stabilità 2016 (ossia entro il 31 marzo 2016). Cfr. Decreto ministeriale 23 febbraio 2017 su cui si veda C. Romano, A. Borrelli, *Il country-by-country reporting: perimetro, obbligo di local filing e alternative disponibili*, in "Corr. Trib.", 2017, pp. 917 ss.

34. Cfr. A. Vega, 2012, 19-28 e D. Cañabate, 2016, *passim*. È un esempio di ciò che nella dottrina amministrativistica è stato definito come incorporazione del *soft law* in *hard law* per "riferimento" o "rinvio" (D. Sarmiento, 2008, 142).

nazionale nel Diritto finanziario degli Stati non riguarda la fiscalità in senso proprio ma il settore della spesa e dell'indebitamento pubblico.

Nel percorso verso la creazione dell'unione monetaria europea le teorie finanziarie sulla spesa pubblica (James M. Buchanan e la *public choice theory*) e le relative proposte sulla esigenza di introdurre limiti costituzionali all'indebitamento pubblico sono state accolte dal Diritto dell'Unione Europea e dei suoi Stati membri. Il Trattato di Maastricht prima e, soprattutto, il *Fiscal Compact*<sup>35</sup> hanno prescritto delle limitazioni normative alla politica economica degli Stati membri che hanno fortemente inciso sul Diritto finanziario, avendo influenzato in modo significativo le politiche di bilancio degli ordinamenti nazionali<sup>36</sup>.

Se è vero che la normativa sulla limitazione della spesa e dell'indebitamento pubblico esiste e si configura come *hard law*, è altrettanto vero che la disciplina della contabilità pubblica europea si è sviluppata sulla base di un sistema comune, l'*European System of National and Regional Accounts (ESA2010)* creato da due istituzioni internazionali, l'Eurostat<sup>37</sup> e l'*International Public Sector Accounting Standards Board (IPSASB)*<sup>38</sup>, la cui documentazione – decisioni, raccomandazioni, manuali, lettere – rappresenta una fonte fondamentale di *soft law* che condiziona fortemente il sistema di misurazione del *deficit* e dell'indebitamento pubblico<sup>39</sup>.

35. Il Trattato sulla stabilità, coordinamento e governance nell'unione economica e monetaria (cosiddetto *Fiscal Compact*) è stato firmato in occasione del Consiglio europeo dell'1°-2 marzo 2012 da tutti gli Stati membri dell'UE ad eccezione di Regno Unito e Repubblica Ceca.

36. Nel Diritto spagnolo, per esempio, nel 2011 è stato modificato l'art. 135 della Costituzione, e l'anno successivo è stata approvata la legge organica n. 2 del 27 aprile 2012, di *Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera*. In Italia l'obbligo del pareggio di bilancio per lo Stato è stato introdotto nel 2012 attraverso la modifica dell'art. 81 della Costituzione, ai sensi del quale «Lo Stato assicura l'equilibrio tra le entrate e le spese del proprio bilancio, tenendo conto delle fasi avverse e delle fasi favorevoli del ciclo economico. Il ricorso all'indebitamento è consentito solo al fine di considerare gli effetti del ciclo economico e, previa autorizzazione delle Camere adottata a maggioranza assoluta dei rispettivi componenti, al verificarsi di eventi eccezionali».

37. L'Ufficio Statistico dell'Unione Europea (Eurostat) è una Direzione Generale della Commissione europea che raccoglie ed elabora dati dagli Stati membri dell'Unione Europea a fini statistici, promuovendo il processo di armonizzazione della metodologia statistica tra gli Stati membri.

38. L'*International Public Sector Accounting Standards Board (IPSASB)* – Organismo Contabile Internazionale per l'emanazione dei principi contabili del settore pubblico), che opera all'interno di un'istituzione internazionale privata (IFAC – International Federation of Accountant), è un'organizzazione mondiale che unisce ben 157 ordini della professione contabile di 122 paesi e che, tra i suoi vari compiti, si preoccupa di emettere standard anche nei settori dell'*Auditing* (revisione), dell'etica, nonché dell'istruzione e della formazione.

39. Cfr. A. Vega, 2014, *passim*, il quale svolge un'approfondita analisi dimostrando come gli esperti di Eurostat, tramite i comunicati stampa (*press release*), il *Manual on Government Deficit*

Tutto ciò comprova come il Diritto contemporaneo non possa prescindere dagli strumenti del *soft law*, più duttile nella sua configurazione rispetto alle misure del Diritto pubblico classico, specie nei settori caratterizzati da una particolare complessità tecnica – in questo caso la statistica – e che in un campo sovranazionale, come quello europeo, necessitano di un approccio improntato alla logica della collaborazione, del coordinamento e della partecipazione degli esperti nella materia<sup>40</sup>.

## 6. CONCLUSIONI

Si è tentato di dimostrare come, nell'era della globalizzazione e della digitalizzazione, gli ordinamenti giuridici nazionali, nel settore della finanza pubblica – sia quello del bilancio sia quello dell'indebitamento pubblico, ed altresì nel settore del prelievo fiscale –, attingano spesso alla fonte del *soft law* fornito da istituzioni ed organismi internazionali pubblici e, talvolta, anche privati.

Tale fenomeno è comprovato da numerosi casi, come quelli sin qui esposti e che si riassumono:

- i) il modello di monitoraggio degli obblighi tributari, almeno con riguardo alle imprese multinazionali, si sta evolvendo da un paradigma conflittuale verso un procedimento dialettico fondato sulla collaborazione tra fisco e contribuente, attraverso forme di interlocuzione avanzata che privilegiano moduli consensuali nella determinazione della pretesa erariale (la cosiddetta *cooperative compliance*);
- ii) la determinazione della base imponibile dell'imposte sul reddito ai fini della tassazione delle imprese multinazionali, ed in particolare la disciplina dei prezzi di trasferimento, si realizza anche in virtù di atti non normativi provenienti dall'OCSE;
- iii) le regole specifiche della contabilità pubblica, con particolare riferimento alla limitazione del deficit e dell'indebitamento pubblico, si fondano su decisioni e documenti di organismi sovranazionali, non aventi potestà normativa, come l'Eurostat e l'*International Public Sector Accounting Standards Board* (IPSASB).

In tal modo gli ordinamenti nazionali integrano le loro metodologie per affrontare fenomeni economici transnazionali al fine soddisfare anche quelle esigenze di coordinamento e di maggiore partecipazione che il Diritto globale richiede in una società sempre più aperta all'internazionalizzazione.

*and Debt*, nonché le lettere inviate alle Autorità nazionali in materia di statistica, condizionino la politica di bilancio con riguardo, per esempio, ai progetti di collaborazione tra enti pubblici e soggetti privati in relazione al finanziamento delle infrastrutture pubbliche.

40. Cfr., sul versante tecnico della proliferazione degli strumenti di *soft law* per regolare fenomeni complessi d'ambito sovranazionale, D. Sarmiento, 2008, 67.

Se appare necessario uno sforzo per assicurare una maggiore trasparenza dei procedimenti di creazione di questi strumenti, per un miglioramento dei loro contenuti, dal punto di vista della tecnica normativa, nonché per garantire il rispetto dei diritti del contribuente, allo stesso modo non può trascurarsi la circostanza che il Diritto finanziario nazionale non può più prescindere dalla sua dimensione internazionale.

#### RIFERIMENTI BIBLIOGRAFICI

- ALARCÓN GARCÍA Gloria, 2010, «El *soft law* y nuestro sistema de fuentes». En *Tratado sobre la Ley General Tributaria (T. I)*, a cura di Juan Arrieta, Miguel A. Collado e Juan Zornoza, 271-99. Aranzadi, Cizur Menor.
- CAAMAÑO ANIDO Miguel A., CALDERÓN CARRERO José M., 2002, «Globalización Económica y Poder Tributario: ¿Hacia un nuevo Derecho Tributario». *Civitas, Revista española de Derecho financiero*, 114: 245-88.
- CALDERÓN CARRERO José M., 2007, «The OECD Transfer Pricing Guidelines as a Source of Tax Law: Is Globalization Reaching the Tax Law?». *Intertax*, 35, 1: 4-29.
- CALDERÓN CARRERO José M., QUINTAS SEARA Alfredo, 2015, *Cumplimiento cooperativo y Buena gobernanza fiscal en la era BEPS*. EY/Thomson Reuters Civitas, Cizur Menor.
- CAÑABATE CLAU David, 2016, *Manual Precios de transferencia en las operaciones de reestructuración empresarial: modelo de análisis y validación*. Francis Lefebvre/El Derecho, Madrid.
- CAZORLA PRIETO Luis, 2010, *El gobierno de la globalización financiera: una aproximación jurídica*. Aranzadi/Thomson Reuters, Cizur Menor.
- PISTONE PASQUALE, 2010, «Soft Tax Law: Steering Legal Pluralism towards International Tax Coordination». In *Traditional and Alternative Routes to European Tax Integration*, a cura di Dennis Weber, IBFD, Amsterdam, pp. 97 ss.
- RIXEN Thomas, 2008, *Politicization and Institutional (Non-)Change in International Taxation*, Discussion Paper SP IV 2008-306, Wissenschaftszentrum Berlin für Sozialforschung, pp. 6 ss.
- ROZAS VALDÉS José A., 2016, «Los sistemas de relaciones cooperativas: una perspectiva de Derecho comparado desde el sistema tributario español». *Documentos de trabajo del IEF*, 6: 102.
- SARMIENTO Daniel, 2006, «La autoridad del Derecho y la naturaleza del *soft law*». *Cuadernos de Derecho Público*, 28: 221-61.
- ID., 2008, *El Soft Law administrativo*. Thomson/Civitas, Cizur Menor.
- SOLER ROCH M. Teresa, 2012, «Tax Administration versus Taxpayer – A New Deal?». *World Tax Journal*, Oct.: 282-96.
- VEGA Alberto, 2012, *International Governance through Soft Law: The Case of the OECD Transfer Pricing Guidelines*, Max Planck Institute for Tax Law and Public Finance Working Paper, 5: 34.
- ID., 2014, «Eurostat, Soft Law and the Measurement of Public Debt: The Case of Public-Private Partnerships». *European Journal of Legal Studies*, 6, 2: 96-118.