

Il Multilateral instrument e le sue contraddizioni: il mito del multilateralismo tra conferme e ridimensionamenti

L'entrata in vigore della Convenzione multilaterale BEPS pone il problema della sua applicazione ed interpretazione, operazioni tutt'altro che agevoli alla luce del modo con cui le sue norme sono redatte



Stefano Dorigo

Ricercatore di diritto tributario e docente di diritto tributario internazionale all'Università di Firenze, dottore di ricerca in diritto internazionale e dell'UE all'Università di Pisa

Il 1° luglio 2018 è entrata in vigore sul piano internazionale la Convenzione multilaterale attuativa del BEPS. Uno strumento apparentemente rivoluzionario, che modifica in un colpo solo le CDI in vigore tra gli Stati parte. Rivoluzionario per il metodo, ma anche per i contenuti: le CDI avranno, d'ora in poi, una clausola generale anti-abuso. Viene, inoltre, disciplinata la procedura arbitrale per la risoluzione delle controversie in materia di doppia imposizione e di doppia non-imposizione. Restano, tuttavia, molte contraddizioni. L'ampia possibilità per gli Stati di apporre riserve, di delimitare gli effetti oggettivi della Convenzione attuativa del BEPS, di evitare l'applicazione di talune norme (tranne quelle che impongono un minimum standard) rende la disciplina frammentaria e di difficile ricostruzione interpretativa. Tanto è vero che serve un particolare algoritmo – la cui efficacia è tutta da provare – per comprendere come le singole CDI sono applicabili in concreto ed entro quali limiti. Questa frammentarietà è il prezzo che gli Stati hanno pagato per avere una convenzione multilaterale. Si misura qui, ancora una volta, la tensione irrisolta tra sovranità e multilateralismo, tra lotta alla pianificazione aggressiva e interessi di taluni Stati ad avere accesso a propri paradisi fiscali.

I. Il Multilateral instrument e la concretizzazione del progetto BEPS

La Convenzione multilaterale di attuazione del progetto *Base Erosion and Profit Shifting* (BEPS), che d'ora innanzi identificheremo più semplicemente come *Multilateral instrument* (o MLI), porta a compimento una parte delle azioni suggerite dall'Organizzazione per la cooperazione e lo sviluppo economico (OCSE) nell'ambito – appunto – dei lavori del BEPS^[1]. In particolare, essa realizza quanto era stato auspicato dall'Action 15, nella quale era stata evidenziata l'opportunità di effettuare un aggiornamento simultaneo delle convenzioni contro le doppie imposizioni (CDI) vigenti, in modo da tradurre in pratica le nuove regole suggerite dal progetto, attraverso uno strumento multilaterale^[2].

Il *Multilateral instrument*, adottato nel novembre 2016 da oltre 100 Stati, è in effetti entrato in vigore il 1° luglio 2018, a seguito del deposito dello strumento di ratifica da parte della Slovenia, conformemente a quanto previsto dall'art. 34^[3].

I. Il Multilateral instrument e la concretizzazione del progetto BEPS.....	81
II. La contraddittoria conservazione di ampi spazi di autonomia per gli Stati parte del Multilateral instrument.....	83
III. La struttura-tipo delle norme del Multilateral instrument.....	84
IV. La rilevanza del minimum standard.....	85
V. L'interpretazione delle CDI coperte come modificate dal MLI: un groviglio difficilmente districabile	86
VI. Conclusioni	88

[1] Il progetto BEPS è stato sviluppato dal Comitato Affari Fiscali dell'OCSE e condiviso dal G20 nella sua riunione del settembre 2013. Dopo un biennio di lavori, che hanno visto coinvolti gli Stati membri dell'OCSE e quelli partecipanti al G20, nel novembre 2015 sono state approvate le 15 azioni del cd. "BEPS Package".

[2] L'Action 15, intitolata "Developing a Multilateral Instrument to Modify Bilateral Tax Treaties", conferiva agli Stati un vero e proprio mandato a costituire un gruppo *ad hoc* per la discussione e la stesura del testo della Convenzione. Tale gruppo, approvato dal G20 del febbraio 2015, ha visto coinvolti 99 Stati, anche non facenti parte dell'OCSE, nonché organizzazioni internazionali e regionali. Si è trattato, da questo punto di vista, di un riuscito esperimento di negoziazione collettiva.

[3] Tale disposizione prevede, infatti, che il trattato entri in vigore il primo giorno del mese successivo alla scadenza di un periodo di tre mesi conseguente al deposito del quinto strumento di ratifica. La Slovenia, quinta giurisdizione, ha effettuato il deposito nel marzo 2018. Va, peraltro, osservato che – per gli Stati nei confronti dei quali il MLI è entrato in vigore – i suoi effetti modificativi delle CDI coperte si produrranno a partire dal 2019, secondo il complesso meccanismo previsto dall'art. 35. Sul punto, si veda DANIELE CANÈ, In vigore dal 1° luglio la Convenzione multilaterale BEPS. Funzione, struttura ed effetti, 23 luglio 2018, in: www.dirittobancario.it (consultato il 07.02.2019).

Esso ha l'obiettivo di realizzare un profondo cambiamento rispetto al precedente modo di concepire le regole del diritto tributario internazionale, portando in qualche modo a compimento un percorso durato svariati decenni. Nella concezione classica, fondata sull'esclusiva attribuzione allo Stato della sovranità fiscale, gli unici strumenti utilizzabili per coordinare le pretese di Stati diversi erano le CDI: esse, infatti, presuppongono una consapevole autolimitazione della sfera sovrana dello Stato conseguente sia alla scelta dello Stato *partner* (che viene individuato in relazione all'intensità ed all'importanza dei rapporti con esso instaurati), sia alla determinazione della disciplina applicabile[4]. Solo a queste condizioni, che evitano a ciascuno Stato sorprese vuoti sul versante soggettivo vuoti su quello oggettivo, può realizzarsi quella parziale rinuncia alla propria sovranità tributaria che costituisce il presupposto della disciplina convenzionale.

Solo in tempi più recenti, grazie anche alla pressione indotta dagli effetti della crisi economica globale[5], si è assistito ad una, sebbene circoscritta, diffusione di strumenti multilaterali: ciò, tuttavia, è avvenuto pressoché esclusivamente nel contesto della cooperazione fiscale, dunque con riguardo a profili procedurali e non sostanziali. Il caso della Convenzione di Strasburgo sulla mutua cooperazione in ambito fiscale e del repentino successo da essa conosciuto a seguito del Protocollo di Parigi del 2010 – dopo un ventennio di inoperatività – rappresenta l'esempio più chiaro di una tendenza che, senza sconsigliare la perdurante conservazione del potere fiscale sostanziale in capo agli Stati, ne mitiga tuttavia gli effetti di tipo applicativo con riferimento alle fattispecie con elementi di transnazionalità[6].

Ebbene, rispetto a questo assetto il *Multilateral instrument* si colloca in una posizione intermedia, come vedremo non priva di ambiguità. Si tratta, infatti, di un trattato multilaterale, il quale tuttavia ha la sola funzione di modificare il sistema delle CDI degli Stati che ne divengono parte. Il carattere multilaterale, dunque, appare in qualche modo servente rispetto all'obiettivo di mantenere fermo il centro di gravità della disciplina fiscale delle fattispecie sovranazionali su strumenti di tipo bilaterale.

Sotto questo profilo, il nuovo strumento parrebbe confermare, piuttosto che smentire o aggiornare, l'impostazione bilaterale che abbiamo poco fa definito classica. Il multilateralismo da esso manifestato non servirebbe ad inaugurare un percorso realmente nuovo nella gestione della disciplina sostanziale delle fattispecie con elementi di estraneità; piuttosto, rappresenterebbe un *escamotage* per definire una volta per tutte un

nuovo assetto normativo, saldamente basato sulle CDI, senza dover attendere il negoziato e la conseguente modifica di ciascuna delle innumerevoli CDI in vigore per ciascuno Stato[7].

Insomma, solo considerazioni ispirate al pragmatismo – l'esigenza di comprimere i tempi e di evitare per quanto possibili soluzioni difformi a seconda dei casi, garantendo invece una disciplina uniforme – avrebbero suggerito di ricorrere ad uno strumento multilaterale, senza tuttavia che ciò significasse l'abbandono della concezione bilaterale del diritto tributario internazionale.

Non v'è dubbio che quanto appena esposto evidenzia una situazione reale. Tuttavia, tale constatazione non esaurisce i profili di inquadramento sistematico della nuova Convenzione. Vi è, infatti, nel suo intero impianto una funzione meno evidente ma altrettanto rilevante: quella di trasformare in diritto positivo quanto meno una parte delle raccomandazioni formulate all'esito del progetto BEPS.

Le azioni BEPS, presentate dall'OCSE nel settembre 2015, sono di per sé prive di una diretta rilevanza giuridica. Si tratta di mere raccomandazioni, rivolte agli Stati, di modificare la propria legislazione fiscale, se del caso mediante adattamento delle CDI vigenti, in coerenza con gli indirizzi maturati in ambito sovranazionale[8]. Ciò vale anche per quelle azioni che delineano i "*minimum standards*", ovvero discipline minimali ritenute necessarie per combattere fenomeni di *base erosion* e di *profit shifting* e come tali, in astratto, obbligatorie per gli Stati partecipanti al progetto[9]. La natura delle azioni, che è di meri strumenti di *soft law*, esclude, infatti, di per sé che – nonostante l'intenzione dei redattori – possa da esse scaturire alcun vincolo formale in capo agli Stati medesimi[10].

Tuttavia, il *Multilateral instrument* realizza una piena giuridificazione di tali azioni, in particolare attribuendo forza cogente ai regimi di "*minimum standard*" ed è, quindi, in questa funzione che si apprezza il contributo dello strumento multilaterale all'evoluzione dei concetti del diritto tributario internazionale[11]. Si vuol dire, in altri termini, che per quanto l'approdo finale si collochi nel solco degli orientamenti precedenti – riguardando le CDI – e non sia (come meglio si vedrà *infra*) scevro da profonde problematicità, vi è comunque una rilevanza autonoma dello strumento multilaterale, che non si limita agli obiettivi pragmatici cui si accennava poco sopra,

[7] Del resto, come si è visto, il mandato conferito agli Stati dell'*ad hoc Group* era proprio quello di delineare un trattato multilaterale che potesse in un colpo solo apportare le modifiche concordate a tutte le CDI.

[8] Sugli effetti del MLI sugli ordinamenti tributari nazionali, cfr. ARNO CRAZZOLARA, Il trattato multilaterale BEPS è self-executing?, in: www.rivistadiritto tributario.it (consultato il 07.02.2019).

[9] Lo sottolinea ANDREAS LANGER, The Legal Relevance of the Minimum standard in the OECD/BEPS Project, in: Michael Lang/Pasquale Pistone/Alexander Rust/Josef Schuch/Claus Staringer (a cura di), The OECD Multilateral Instrument for Tax Treaties. Analysis and Effects, Alphen aan den Rijn 2018, p. 89 ss.

[10] Sulla rilevanza della *soft law* nel diritto tributario internazionale, cfr. GIUSEPPE MELIS, Coordinamento fiscale nell'Unione europea, in: Enciclopedia del diritto, Annali, I, Milano 2007, p. 407 ss.

[11] Cfr. LANGER (nota 9), p. 90.

[4] Si veda, al proposito, ROBERTO CORDEIRO GUERRA, Il Modello OCSE contro le doppie imposizioni, in: Roberto Cordeiro Guerra (a cura di), Diritto tributario internazionale. Istituzioni, Milano 2016, p. 391 ss. e bibliografia ivi indicata.

[5] Sulla quale si rinvia, per tutti, a GIULIO TREMONTI, Le cause e gli effetti politici della prima crisi globale, in: Rivista di diritto finanziario e scienza delle finanze, 2010, p. 3 ss.

[6] Sia consentito rinviare, sull'evoluzione recente della Convenzione di Strasburgo, a STEFANO DORIGO, La cooperazione fiscale internazionale dopo il protocollo di modifica alla Convenzione di Strasburgo: qualche luce e molte ombre, in: Rivista di diritto tributario, 2011, V, p. 157 ss.

ma che al contrario aspira a realizzare una funzione considerevole di portata sostanziale.

Questo approccio sembrerebbe, quindi, realizzare un superamento per quanto ancora parziale dell'ottica esclusivamente bilaterale propria dell'assetto previgente; e ciò nella consapevolezza che, da un lato, la *soft law* non può aspirare a influenzare con certezza la condotta degli Stati; e che, dall'altro, soluzioni bilaterali ma non coordinate, sotto i profili temporali e sostanziali, perpetuano quella situazione di vuoto normativo nella quale si sono formati e rafforzati fenomeni di *base erosion* e di *profit shifting*.

Se, in conclusione, non si può certamente ancora parlare di una multilateralizzazione dei profili sostanziali del diritto tributario internazionale, è certo che con il *Multilateral instrument* per la prima volta si è assistito ad uno sforzo concertato tra più Stati per tradurre in norma, attraverso l'aggiornamento delle CDI, gli indirizzi della Comunità internazionale in tema di lotta all'evasione ed all'erosione fiscale internazionale^[12].

II. La contraddittoria conservazione di ampi spazi di autonomia per gli Stati parte del *Multilateral instrument*

Se, come detto, le finalità che connotano la Convenzione multilaterale e lo sforzo per individuare regole il più possibile uniformi paiono in generale apprezzabili, va tuttavia preso atto che il modo con cui essa è stata in concreto redatta manifesta non poche contraddizioni, idonee a indebolire oltremodo le possibilità che siffatti elementi possano realmente influenzare il modo d'essere del diritto tributario internazionale. Il contenuto del *Multilateral instrument* si pone, infatti, in più punti in contraddizione con l'obiettivo di garantire un'applicazione il più possibile uniforme e coordinata delle regole del BEPS, e ciò con il chiaro intento di concedere agli Stati parte la possibilità di difendere le proprie prerogative sovrane e quindi di graduare gli effetti della nuova disciplina.

L'uniformità è, infatti, ampiamente temperata da una serie di meccanismi che attribuiscono a ciascuno Stato il potere di modellare i confini applicativi ed il contenuto delle regole oggetto dell'accordo, ciò che finisce tuttavia per frammentare il regime comune, rendendo tra l'altro – come meglio si vedrà in seguito – la sua interpretazione pratica di difficile intelligibilità.

Due sono le modalità attraverso le quali si giunge ad un simile assetto. Da un lato, la Convenzione multilaterale consente a ciascuno Stato di individuare le CDI "coperte", alle quali cioè si estendono le modifiche previste (art. 2 par. 1 lett. a MLI). Vi è, dunque, la possibilità di includere nelle modifiche solo alcuni delle CDI vigenti per uno Stato, escludendone viceversa altri, e ciò naturalmente sulla base di considerazioni di opportunità, non avulse da influssi politici circa i rapporti con alcune delle giurisdizioni *partner*.

[12] Su tale aspetto, cfr. YARIV BRAUNER, *MC BEPS: The MLI – The First Multilateral Tax Treaty That Has Never Been*, in: *Intertax*, 2018, p. 6 ss., il quale osserva che "the MLI introduces ambivalence into the international tax regime, breaking with its orthodoxy in a meaningful, even if not yet significant manner" (p. 7).

In secondo luogo, anche con riferimento alle CDI "coperte" ciascuno Stato mantiene la possibilità di modellare, almeno entro certi limiti, la disciplina applicabile. Il *Multilateral instrument*, infatti, consente di apporre riserve, con le quali escludere in tutto o in parte l'applicazione di ciascuna disposizione ovvero avvalorare una certa interpretazione; nonché di scegliere tra due o più soluzioni alternative esercitando opzioni espressamente consentite.

Tale congerie di strumenti, variamente collocati tra il testo delle singole norme e disposizioni di carattere più generale, costituisce il marchio del compromesso che ha di fatto caratterizzato la negoziazione della Convenzione multilaterale: un compromesso che costituisce di fatto il prezzo che la comunità internazionale ha dovuto sopportare per poter giungere alla conclusione del *Multilateral instrument*. In assenza di meccanismi di flessibilità, capaci cioè di permettere agli Stati di adattare la nuova disciplina alle proprie esigenze preservandone la sovranità, il raggiungimento di un accordo di tipo multilaterale sarebbe stato problematico.

Questo atteggiamento pragmatico rischia, tuttavia, di depotenziare la portata innovativa del *Multilateral instrument*: in particolare, viene impedita sia l'applicazione delle regole BEPS all'intero complesso delle CDI degli Stati parte, sia l'uniformità del contenuto di tali regole all'interno delle CDI coperte. Si delinea, anzi, una pericolosa proliferazione di sistemi distinti sia in relazione a ciascuno Stato (per il quale la scelta di limitare le CDI "coperte" farà emergere una divisione tra *partner* con i quali le regole BEPS operano ed altri che ne sono invece esclusi) sia con riferimento a singoli istituti (alcuni Stati – mediante il meccanismo delle opzioni e delle riserve – avranno scelto una certa disciplina ed altri che, invece, ne potranno avere introdotta una differente).

Un quadro – questo – ulteriormente complicato dalla posizione degli Stati Uniti d'America (USA), che pure avevano svolto un ruolo attivo nell'ambito dei lavori del BEPS, nel senso di non sottoscrivere per adesso il *Multilateral instrument*^[13].

Appare giustificato, allora, parlare della Convenzione multilaterale come di un passo avanti verso il multilateralismo, ma in un contesto di perdurante ancoraggio del diritto tributario internazionale agli schemi e, si potrebbe dire, alla mentalità fondata su un approccio bilaterale.

Lo iato evidente tra l'esito delle azioni BEPS e l'incerta traduzione di parte di esse in regole positive costituisce, infine, una smentita della rilevanza della *soft law* nella nostra materia. La resistenza da parte degli Stati nell'accettare *tout court* il contenuto delle azioni BEPS ed il conseguente mantenimento di ampi spazi di discrezionalità messo in luce dal testo del

[13] Una scelta che si affianca a quella di non partecipare al *Common reporting standard* (CRS) e che ha spinto alcuni commentatori a criticare le ambiguità dell'amministrazione americana, che appare più preoccupata di perseguire i propri obiettivi di finanza interna e di politica internazionale che non realmente interessata all'individuazione di strumenti comuni di lotta ai fenomeni di erosione ed evasione internazionale.

Multilateral instrument indicano che tra gli auspici di carattere politico e la concretezza delle scelte normative in materia fiscale sussiste ancora uno iato, figlio proprio della difesa ad ogni costo di margini di sovranità statale. Con la conseguenza che va escluso che mere raccomandazioni, per quanto promananti da consessi altamente rappresentativi, possano – in assenza di atti di recepimento positivo da parte degli Stati – essere considerate alla stregua di fonti del diritto tributario internazionale[14].

III. La struttura-tipo delle norme del *Multilateral instrument*

L'ambiguità dell'intero impianto del *Multilateral instrument* si coglie con precisione nel modo con cui le sue norme sono strutturate. È proprio il modo barocco con cui esse sono state scritte che influenza in maniera decisiva l'efficacia della regola, che pure in astratto sembrerebbe muoversi nella corretta direzione.

In termini generali, infatti, ciascun articolo si occupa, in prima battuta, di dettare la disciplina sostanziale dell'istituto oggetto di regolamentazione. Tuttavia, l'estensione della portata di esso è subito dopo oggetto di modellamento, attraverso l'operare – congiunto o meno – di tre tipologie di strumenti.

Vi è, innanzitutto, la previsione di clausole di compatibilità, le quali si occupano di evitare che – nell'applicazione delle regole del *Multilateral instrument* alle singole CDI – sorgano conflitti; e ciò attraverso la disciplina di quali siano le modifiche che il trattato successivo, in questo caso il MLI, apporta al testo delle CDI già vigenti[15]. Attraverso questo genere di clausola, dunque, le parti della Convenzione multilaterale stabiliscono in che misura l'introducenda regolamentazione opera rispetto alle CDI coperte, in modo che la disciplina che ne scaturisce non risulti contraddittoria.

Si tratta di una tecnica ben conosciuta nel diritto internazionale pubblico[16] e della quale non mancano esempi anche nel contesto delle CDI[17]. L'obiettivo è quello di evitare le incertezze che le regole interpretative tradizionali – incentrate sul principio della modifica di un trattato mediante un accordo successivo incompatibile e sui limiti imposti dal rispetto di regole di *ius cogens* – potrebbero comportare.

[14] Si vuole altrimenti dire che il fatto che vi sia stato un ampio consenso sulle azioni BEPS, ma che al momento di tradurle in strumenti vincolanti gli Stati abbiano inteso difendere i propri spazi di libertà al riguardo (giungendo anche nel caso degli USA a non parteciparvi affatto), testimonia la percezione della soft law internazionale come assai poco pericolosa per gli interessi nazionali. E quindi, di fatto, questo atteggiamento ne conferma l'assoluta irrilevanza sul piano degli obblighi internazionali.

[15] Cfr. SRIRAM GOVIND/PASQUALE PISTONE, *The Relationship Between Tax Treaties and The Multilateral Instrument: Compatibility Clauses in the Multilateral Instrument*, in: Lang/Pistone/Rust/Schuch/Staringer (nota 9), p. 111 ss.

[16] Art. 30 della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati (Convenzione di Vienna; RS 0.111), sul quale cfr. BENEDETTO CONFORTI, *Consistency among Treaty Obligations*, in: Enzo Cannizzaro (a cura di), *The Law of Treaties. Beyond the Vienna Convention*, Oxford/New York 2011, p. 187 ss.

[17] Si veda, tra gli altri, l'art. 27 par. 2 della Convenzione di Strasburgo sulla mutua cooperazione in materia fiscale, come modificato nel 2010.

Il *Multilateral instrument*, come evidenziato nel suo *explanatory statement*[18], utilizza al riguardo quattro possibili formule di compatibilità:

- che la disposizione si applichi “al posto di” una disposizione della CDI coperta, salvo che questa non contenga alcuna disciplina corrispondente[19];
- che si applichi o modifichi la regola preesistente, senza che vi sia una sostituzione e sempre salvo che la disciplina corrispondente manchi[20];
- che la norma della Convenzione multilaterale si applichi “in assenza di” una disposizione corrispondente[21];
- e, infine, che essa si applichi “al posto” di una norma corrispondente, realizzando un effetto sostitutivo pieno anche nel caso in cui una disposizione manchi nella CDI coperta[22].

Appare, dunque, evidente che – considerata la vastissima platea delle CDI potenzialmente interessate dagli effetti del *Multilateral instrument* – la previsione di clausole di compatibilità così diversamente atteggiate comporti un primo rilevante profilo di complessità del sistema.

Vi è, poi, il regime delle opzioni, ovvero discipline alternative che spetta a ciascuno Stato parte di scegliere, in tal modo modellando conseguentemente il regime scaturente dalle proprie CDI coperte[23]. Si tratta, ancora una volta, di uno strumento di flessibilità offerto agli Stati come contropartita per la loro partecipazione alla Convenzione multilaterale e che si articola in due meccanismi principali.

Si rinvergono, infatti, nel testo del *Multilateral instrument* sia clausole di “opt-out”, attraverso le quali uno Stato può escludere l'applicazione di una certa disciplina in tutto o in parte[24] sia clausole di “opt-in”, che al contrario consentono allo stesso Stato di sottoporsi volontariamente ad una regolamentazione non necessariamente imposta dalla Convenzione multilaterale[25]. Inoltre, come era stato prefigurato nell'Action 15 del BEPS, viene fatto in taluni casi ricorso a discipline alternative, la cui scelta è rimessa alla volontà del singolo Stato parte[26].

[18] Tale documento, sul quale ci soffermeremo *infra* a proposito delle problematiche interpretative del MLI, è stato adottato in contemporanea con il testo del *Multilateral instrument* e reca un commento ed un'esplicazione delle sue norme. In questo senso, esso appare avere una funzione affine a quella del Commentario al Modello OCSE di Convenzione fiscale (M-OCSE).

[19] Ad es. si veda l'art. 5 par. 7 MLI circa i metodi per eliminare la doppia imposizione.

[20] Ne è un esempio l'art. 7 par. 5 MLI.

[21] Ad es. l'art. 3 par. 4 MLI.

[22] Ne sono esempio le lett. b e c dell'art. 16 par. 4 MLI in tema di procedura amichevole.

[23] Su tale regime, cfr. ALEXANDRA MILADINOVIC/ALEXANDER RUST, *Options Under the Multilateral Instrument*, in: Lang/Pistone/Rust/Schuch/Staringer (nota 9), p. 139 ss.

[24] Cfr. art. 6 par. 3 MLI, che consente ad uno Stato parte di introdurre nel preambolo delle proprie CDI coperte una formula aggiuntiva a quella del primo paragrafo della medesima disposizione.

[25] Ad es. in tema di arbitrato.

[26] Si vedano gli esempi riportati da MILADINOVIC/RUST (nota 23), p. 144.

Rispetto alle clausole di compatibilità, che sono in qualche modo indispensabili specialmente in un contesto nel quale un unico trattato multilaterale aspira ad applicarsi ad un numero imprecisato, ma sicuramente alto, di CDI, le opzioni rappresentano, invece, una precisa scelta dei redattori del *Multilateral instrument*, non imposta se non dall'esigenza di conferire a questo strumento la flessibilità necessaria per garantirne una diffusa accettazione da parte della Comunità internazionale. Esse si inseriscono, pertanto, in un contesto più politico che non genuinamente giuridico, contribuendo in modo assai più rilevante a rendere complesso e scarsamente uniforme l'assetto derivante dall'implementazione dell'accordo BEPS.

Ultimo tassello di questa costruzione – ma sicuramente primo per importanza e per influenza sul profilo appena accennato – è dato dal regime delle riserve[27]. A differenza di quanto si è detto con riguardo alle clausole di compatibilità e alle opzioni, il regime delle riserve si ricava sia da quanto previsto da ciascuna singola disposizione convenzionale, sia anche dal contenuto di una norma di chiusura, l'art. 28 MLI, che delimita in termini generali il ricorso alle riserve, elencando i casi ove esse sono ammesse, e ne delinea le modalità di formulazione e gli effetti.

La regola posta dai redattori del MLI è che solo le riserve espressamente consentite possono essere formulate[28]. Vi è, dunque, un numero chiuso di riserve possibili, ciò che conferisce al sistema un elevato grado di certezza. Tuttavia, le riserve – ove previste e formulate – non sono in generale soggette ad accettazione, con la conseguenza che è sufficiente il semplice rispetto delle forme previste per la formulazione e la notificazione della riserva per garantire l'effetto di modificare la disciplina applicabile, secondo i termini ivi stabiliti, con riferimento a tutte le CDI coperte dello Stato riservante[29], salvo che uno degli Stati *partner* non interponga un'obiezione.

L'unica eccezione a tale assetto concerne le riserve relative alla disciplina dell'arbitrato obbligatorio di cui alla Parte VI^o del *Multilateral instrument*, le quali sono al contrario sottoposte ad accettazione da parte dello Stato *partner* (art. 28 par. 2 MLI). La ragione di una simile particolarità può forse rinvenirsi nella natura tipicamente bilaterale dello strumento arbitrale, i cui caratteri pertanto necessitano di essere espressamente condivisi da entrambe le parti per garantire un'efficace applicazione della procedura.

[27] Il tema delle riserve è uno dei più classici del diritto internazionale dei trattati. Si veda, per tutti, GIORGIO GAJA, *Unruly Treaty Reservations*, in: *Le droit international à l'heure de sa codification. Études en honneur de Roberto Ago*, Milano 1987, p. 307 ss. Con riferimento al regime delle riserve nel MLI, cfr. BENJAMIN WALKER, *Reservation to the Multilateral Instrument*, in: Lang/Pistone/Rust/Schuch/Staringer (nota 9), p. 165 ss.

[28] L'art. 28 par. 1 MLI adotta una formulazione ambigua. Esso, infatti, dichiara in linea di principio che nessuna riserva è ammessa, se non quelle indicate negli articoli che indica. Il numero di tali disposizioni è però così alto da ribaltare di fatto la regola, rendendo normale l'ipotesi della formulabilità della riserva e, invece, eccezionale quella dell'esclusione di esse.

[29] L'art. 28 par. 3 MLI nel descrivere gli effetti della formulazione di una riserva, non fa alcun riferimento all'accettazione dell'altro Stato parte.

Il sistema delle riserve è quello che, in modo più evidente, connota il *Multilateral instrument* come strumento internazionale ambiguo. È, infatti, tramite le riserve che ciascuno Stato parte può conseguire l'obiettivo di modellare il contenuto delle CDI coperte secondo le proprie finalità politiche e di sistema[30]. Esse, pertanto, nel mentre garantiscono un'ampia partecipazione alla Convenzione multilaterale BEPS, allo stesso tempo – e quasi paradossalmente – ne indeboliscono gli effetti, consentendo che la disciplina in concreto applicata segua due velocità, una più rigorosa per gli Stati che accettino *tout court* quanto stabilito nel testo concordato, l'altra assai più lasca per quelle giurisdizioni che, invece, decidano di adattarne il contenuto per soddisfare proprie specifiche esigenze.

IV. La rilevanza del *minimum standard*

Vi è, peraltro, un ulteriore e non secondario profilo di complicazione del sistema che scaturisce dal *Multilateral instrument*. Il meccanismo sin qui delineato, infatti, trova una sua peculiare applicazione con riferimento a quelle disposizioni che stabiliscono un *minimum standard*, ovvero un livello minimo di regolamentazione che non può essere derogato se non nel senso di garantire un livello più elevato di efficacia della risposta a fenomeni di *base erosion* e *profit shifting*.

Si è già accennato in precedenza alla particolare valenza delle disposizioni che pongono un *minimum standard*, trattandosi di norme che attribuiscono valore giuridico formale a mere raccomandazioni contenute nelle azioni finali del progetto BEPS[31]. Si tratta ora di verificare come esse operano in concreto, con riferimento in particolare al modo generale di funzionamento della Convenzione multilaterale descritto nel precedente paragrafo.

Va detto che non vi è nel *Multilateral instrument* una definizione di cosa sia il *minimum standard*[32]. Solo due disposizioni vi fanno espresso richiamo:

- l'art. 7 MLI, riguardante la clausola generale antiabuso, e
- l'art. 16 MLI sulle procedure amichevoli.

Peraltro, è opinione condivisa, anche sulla scorta di quanto si trova esposto nell'*explanatory statement*, che almeno altre due norme si riferiscano a tale concetto, pur senza nominarlo espressamente[33]. Si tratta dell'art. 6 MLI, che impone la modifica del titolo e del preambolo delle CDI coperte in modo da esplicitarne l'obiettivo – concorrente con quello tradizionale di combattere la doppia imposizione – di combattere le transazioni abusive, ovvero quelle aventi come scopo principale quello di ottenere un vantaggio convenzionale la

[30] Quella indicata nel testo è, in termini generali, la funzione tipica delle riserve nel diritto dei trattati. Tuttavia, l'elevato numero e la varietà di tecniche di formulazione delle riserve contemplati dalla Convenzione multilaterale la rendono senza dubbio un esempio del tutto peculiare, se non proprio unico.

[31] Lo stesso progetto BEPS aveva evidenziato l'importanza di prevedere regole non derogabili, se non in casi particolari, in quanto poste a tutela di interessi essenziali.

[32] Lo evidenzia LANGER (nota 9), p. 90.

[33] LANGER (nota 9), p. 97 ss.

cui concessione non sarebbe in accordo con l'oggetto e con lo scopo della disposizione rilevante; e dell'art. 17 MLI, riguardante l'obbligatorietà degli aggiustamenti compensativi in presenza di una rettifica concernente i prezzi di trasferimento.

Non è questa la sede per approfondire l'esame della disciplina sostanziale di queste norme^[34]. Qui è sufficiente mettere in evidenza le ulteriori complicazioni procedurali che scaturiscono dall'individuazione di alcune disposizioni più importanti, come quelle che fissano un *minimum standard*.

Da un lato, infatti, la lettura delle norme incluse in questa categoria mostra che non sono consentite opzioni, nella forma di clausole di "opt-out", se non nella misura in cui le CDI coperte non contengano già una disciplina conforme allo *standard* minimo previsto dal MLI. Dall'altro, anche le riserve non sono ammesse, a meno che esse non siano finalizzate a mantenere in vita una preesistenza regolamentazione pattizia ritenuta quantomeno equivalente a quella costituente il *minimum standard*. Viene dunque negata in radice la possibilità per uno Stato parte di escludere in toto, mediante una riserva, l'applicazione alle proprie CDI coperte di tale regime rafforzato.

Il sistema, peraltro, è complicato dalla circostanza che in certi casi il regime di *minimum standard* non è delineato una volta per tutte in modo univoco, ma comprende varie soluzioni alternative, tutte ritenute conformi con esso ma in concreto rimesse alla scelta del singolo Stato. L'esempio più eclatante di quanto si viene dicendo si trova nell'art. 7 MLI, concernente il contrasto a forme di abuso dei trattati. Una disposizione centrale nell'ambito del BEPS, volta a sollecitare l'introduzione di una clausola generale anti-abuso nel contesto delle CDI, in special modo nella forma di una clausola *principal purpose test* (PPT)^[35] che, non a caso, l'OCSE ha ritenuto essere già parte del diritto internazionale generale a prescindere dalla sua concretizzazione in uno o più trattati^[36].

Ebbene, l'art. 7 MLI non prevede un'unica clausola di *minimum standard*, indica piuttosto che tale livello minimo può essere conseguito in più modi: con l'introduzione nelle CDI di una clausola PPT, che pure rappresenta la soluzione preferita; ovvero affiancandovi una previsione semplificata sulla limitazione dei benefici convenzionali (clausola LOB); oppure infine adottando una clausola *limitation on benefit* (LOB) dettagliata e tale da includere un meccanismo di contrasto alle strutture *conduit*.

[34] Si veda, comunque, un'ampia panoramica del contenuto del *Multilateral instrument* in: MARTINO PINELLI, *La Convenzione multilaterale BEPS e il suo recepimento in Svizzera*, in: NF 9/2018, p. 389 ss.

[35] Per i primi commenti a questa disposizione, cfr. VIKRAM CHAND, *The Principal Purpose Test in the Multilateral Convention: An in-depth Analysis*, in: *Intertax*, 2018, p. 18 ss.; e BŁAŻEJ KUŹNIAK, *The Principal Purpose Test (PPT) in BEPS Action 6 and the MLI: Exploring Challenges Arising from Its Legal Implementation and Practical Application*, in: *World Tax Journal*, 2018, p. 233 ss. Per un'analisi dell'impatto della nuova clausola sul diritto fiscale svizzero, si rinvia a SAMUELE VORPE, *La nuova clausola anti-abuso nelle convenzioni pattuite dalla Svizzera*, in: *RtiD*, II-2017, p. 727 ss.

[36] Tale posizione si trova manifestata nel par. 14 del *Final Report* concernente l'Action 6 del progetto BEPS. Sul punto, cfr. STEFANO MORRI/STEFANO GUARINO, *PPT Rule, diritto italiano e libertà europee: la PPT è un principio del diritto tributario internazionale*, in: *Corriere tributario*, 2017, p. 2331 ss.

Tale risultato si ottiene combinando il testo della regola sostanziale dell'art. 7 MLI, che fa riferimento alla clausola PPT, con il regime delle riserve, che sono consentite solo laddove le CDI coperte contengano già una regolamentazione di quel genere ovvero nel caso in cui gli Stati intendano, per l'appunto, seguire una delle due alternative sopra menzionate.

Vi è, dunque, una contraddizione tra l'obiettivo della norma del *Multilateral instrument*, che è quello di far sì che tutte le CDI coperte siano dotate di un efficace presidio contro gli abusi, ed il suo contenuto, il quale consente che esso possa essere realizzato in più modi e, perciò, lascia di fatto gli Stati arbitri del modo con cui garantire nei casi concreti il *minimum standard*.

Del resto, il cuore di tale contraddizione sta nel fatto che la sostanziale indeterminatezza dei modelli di clausola anti-abuso prefigurati dall'art. 7 MLI attribuisce agli Stati parte un potere notevole – e difficilmente sindacabile – con riguardo alla disciplina in concreto scelta.

V. L'interpretazione delle CDI coperte come modificate dal MLI: un groviglio difficilmente districabile

La sensazione prevalente che resta dopo l'esame della struttura e del contenuto del MLI è di insoddisfazione. L'indubbia novità di uno strumento multilaterale destinato a mutare la sostanza di molte regole di nuovo conio nel diritto tributario internazionale risulta controbilanciata dalla conservazione di eccessivi margini di scelta per gli Stati parte a causa del modo con cui le norme che incorporano quelle regole sono state redatte^[37].

Non si tratta solo di constatare l'esito in qualche modo "anarchico" che scaturirà verosimilmente dalla completa attuazione del *Multilateral instrument*, in conseguenza della frammentazione delle discipline che potrà verificarsi sia con riferimento a ciascun singolo Stato (per effetto della scelta di limitare le CDI coperte), sia in relazione al complesso delle nuove regole (a causa del sistema delle riserve e delle opzioni, che muta il regime – anche in modo rilevante – e inevitabilmente lo rende assai poco omogeneo).

Vi è, infatti, un altro problema che si porrà in relazione all'assetto comunque derivante dalle modifiche che il MLI determinerà nel sistema delle CDI. L'interpretazione delle norme modificate dalla Convenzione multilaterale si presenta, infatti, particolarmente complessa, e ciò sotto svariati profili.

Un primo aspetto di incertezza è legato all'individuazione della disciplina in concreto applicabile nei rapporti tra due Stati legati da una CDI. Occorre, infatti, in primo luogo comprendere se tale CDI è, per uno o entrambi gli Stati, da considerarsi coperta; poi, è necessario ricostruire la concreta disciplina dettata dalle singole norme della CDI medesima in conseguenza dell'influenza del MLI, tenendo conto tuttavia degli effetti delle riserve e delle opzioni.

[37] Tale giudizio è condiviso da LUÍS EDUARDO SCHOUERI/GUILHERME GALDINO, *Action 2 and the Multilateral Instrument: Is the Reservation Power Putting Coordination at Stake?*, in: *Intertax*, 2018, p. 104 ss.

L'intreccio delle scelte unilateralmente compiute dai due Stati parte e la probabile diversità dei regimi introdotti in conseguenza di quelle rendono quanto mai nebulosa l'individuazione di quale norma sia applicabile e in che cosa essa si sostanzia. L'OCSE, consapevole di queste problematiche, ha posto in essere un apposito strumento – il *matching database* –, basato su uno speciale algoritmo e capace di dare conto dello stato delle CDI vigenti per ciascuna giurisdizione[38]. La complessità di funzionamento e gestione di un simile strumento è messa in evidenza sia dalla prospettiva di successive implementazioni indicata nel suo manuale di utilizzo; sia ancor più dal *disclaimer* che lo accompagna, nel quale l'OCSE evidenzia come non si tratti di uno strumento giuridico e che la presenza di errori potrebbe renderne non del tutto attendibili gli esiti.

Questa posizione, da un lato, esprime plasticamente l'estrema complessità del sistema scaturito dal MLI; dall'altro, chiama ad un imponente sforzo le autorità fiscali degli Stati parte, le quali dovrebbero – nell'interesse dei propri uffici, ma soprattutto a tutela della posizione dei contribuenti – realizzare e aggiornare periodicamente (onde tenere conto dell'evoluzione della disciplina a seguito dell'entrata in vigore del MLI per nuove giurisdizioni) versioni consolidate delle CDI. Sotto questo profilo, l'impiego di tecnologie fondate sull'intelligenza artificiale si rivela inevitabile[39], anche se la possibile fallacia delle risposte – che restano pur sempre collegate ad algoritmi ideati da esseri umani – pone seri interrogativi in merito alle conseguenze giuridiche di errori nell'interpretazione ed applicazione di una disposizione convenzionale modificata dal MLI.

Non è, tuttavia, solo questo l'aspetto che desta preoccupazione, pur essendo esso già particolarmente rilevante.

Quand'anche si riuscisse con precisione a determinare lo "stato" di una disposizione convenzionale bilaterale a seguito delle influenze del *Multilateral instrument*, residuerebbe comunque la questione di come essa si debba interpretare in caso di incertezza. Due sono gli aspetti che vengono in considerazione a questo riguardo.

Il primo attiene all'influenza della disposizione modificativa del MLI sul testo della singola CDI oggetto di modifica. Si tratta, infatti, di comprendere se l'interpretazione di quest'ultima – secondo le regole della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati e dell'art. 3 par. 2 del Modello OCSE di Convenzione fiscale (M-OCSE), laddove una norma di tal genere sia effettivamente presente[40] – debba tenere conto del testo della norma del MLI a monte e, in tal caso, quali siano gli strumenti interpretativi utilizzabili in relazione a questa.

[38] MLI Matching Database (beta), in: <http://www.oecd.org/tax/treaties/mli-matching-database.htm> (consultato il 15.02.2019).

[39] Sul punto, cfr. ANTONIO DELLA CARITÀ/LUCA BONFANTI, *Riserve, opzioni e algebra booleana nella Convenzione multilaterale BEPS*, in: *Corriere tributario*, 2017, p. 2661 ss.

[40] Sull'interpretazione delle CDI in materia fiscale, cfr. GIUSEPPE MELIS, *L'interpretazione del diritto tributario europeo e internazionale*, in: Claudio Sacchetto (a cura di), *Principi di diritto tributario europeo e internazionale*, Torino 2016, p. 23 ss.

Ebbene, anche questo profilo appare di particolare complessità. La disposizione della singola CDI coperta, infatti, dev'essere interpretata facendo riferimento ai metodi previsti dalla Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati – in particolare, i suoi artt. 31, 32 e 33 –, mentre solo nel caso in cui si debba interpretare un termine non altrimenti definito, lo Stato che sta dando applicazione al trattato fiscale dovrà utilizzare il significato che quel termine ha secondo la propria legislazione interna, salvo che però il contesto non imponga altrimenti[41].

Si può ritenere che il "contesto" cui fa richiamo l'art. 3 par. 2 M-OCSE comprenda anche la corrispondente disposizione del *Multilateral instrument*, atteso che il par. 2 dell'art. 31 Convenzione di Vienna fa rientrare in tale nozione "ogni accordo in rapporto col trattato e che è stato concluso tra tutte le parti in occasione della conclusione del trattato". Sebbene tecnicamente la CDI coperta non sia "conclusa" in occasione della conclusione del MLI, pure le sue modifiche possono farsi ad esso risalire e dunque non pare irragionevole sostenere che quest'ultimo rientri nel contesto rilevante per l'applicazione dell'art. 3 par. 2 M-OCSE.

Il *Multilateral instrument*, al riguardo, contiene a sua volta una disposizione di interpretazione analoga a quella appena menzionata del M-OCSE. L'art. 2 par. 2 fa, infatti, riferimento, nel caso in cui sorga dubbio sull'interpretazione di un termine non altrimenti definito, all'esigenza di impiegare la definizione contenuta nella CDI coperta, ancora una volta a meno che il contesto non spinga ad una differente soluzione.

Nell'estrema complicazione pratica di un simile meccanismo, sembra tuttavia potersi affermare che – in caso di incerta attribuzione di significato ad un termine convenzionale non definito né dalla singola CDI né dal MLI – debba farsi riferimento alla definizione domestica, salva la necessità di valutare che il contesto non implichi un esito differente. Il riferimento al contesto che – al termine del percorso circolare attivato dal rimando che l'art. 3 par. 2 M-OCSE fa al MLI e che l'art. 2 par. 2 di quest'ultimo ribalta nuovamente nella direzione del primo – dovrebbe comprendere anche quello relativo al *Multilateral instrument*[42]. L'ampliamento della nozione di "contesto", che deriva dalla soluzione proposta, dovrebbe di conseguenza restringere l'ambito di operatività dell'interpretazione domestica unilaterale, conformemente gli auspici che emergevano già dai lavori del BEPS.

Questo primo profilo problematico ne introduce, allora, immediatamente un secondo, ad esso strettamente connesso. Il *Multilateral instrument* è accompagnato da un

[41] È questo, in sostanza, il contenuto della regola speciale di interpretazione di cui all'art. 3 par. 2 M-OCSE.

[42] Di fatto, il rinvio reciproco che l'art. 3 par. 2 CDI – ove redatto in conformità al M-OCSE – e l'art. 2 par. 2 MLI si fanno, conduce a ritenere che nel caso in cui la disposizione convenzionale modificata dal MLI contenga un termine non altrimenti definito, occorre riferirsi al significato che esso ha secondo la normativa interna dello Stato che sta dando applicazione alla CDI medesima, salvo che il contesto relativo alla disposizione modificativa del MLI non richieda altrimenti.

documento esplicativo, denominato *explanatory statement*, che si incarica di spiegare la portata delle singole disposizioni della Convenzione multilaterale. Una sorta di commentario, quindi, che tuttavia – a differenza di quello che accompagna il M-OCSE[43] – ha ricevuto una veste giuridica formale, essendo stato approvato dagli Stati firmatari del MLI in concomitanza con l'adozione della Convenzione multilaterale nel novembre 2016. In questo modo, l'*explanatory statement* costituisce un mezzo di interpretazione supplementare ai sensi dell'art. 31 par. 3 lett. a Convenzione di Vienna, che fa infatti riferimento a "ogni accordo ulteriore intervenuto tra le parti circa l'interpretazione del trattato o l'attuazione delle disposizioni in esso contenute".

Ciò, tuttavia, potrebbe valere solo con riferimento alle disposizioni del *Multilateral instrument* e non, invece, per quelle delle singole CDI, mancando un esplicito richiamo a tale atto in relazione ad esse. Peraltro, una soluzione diversa – nel senso cioè della rilevanza interpretativa formale dell'*explanatory statement* anche per le singole CDI coperte – potrebbe postularsi sulla base del particolare modo attraverso cui il MLI opera la modifica di quelle. L'effetto di adattamento, infatti, è automatico e consegue all'entrata in vigore della Convenzione multilaterale: non vi è, dunque, una successiva fase di negoziazione e sottoscrizione delle singole CDI, in occasione della quale possa porsi il caso previsto dalla sopra citata norma della Convenzione di Vienna[44].

Pertanto, la contestualità tra accordo sul contenuto del MLI e modifica delle CDI coperte comporta la possibilità di considerare che anche rispetto a queste ultime l'*explanatory statement* rappresenti un accordo ulteriore concernente l'interpretazione, secondo l'art. 31 par. 3 lett. a Convenzione di Vienna, con conseguente rilevanza interpretativa del medesimo anche per le singole CDI.

Nessuna rilevanza formale, al contrario, dovrebbero avere le azioni del BEPS ed il relativo commentario, nonostante che esse abbiano formato la base del negoziato e poi dell'accordo relativo al MLI. Si tratta, infatti, di mere raccomandazioni che risultano superate, sul piano delle fonti, dall'assetto voluto dagli Stati parte del *Multilateral instrument* come trasfuso nel testo dell'accordo. L'assai remota possibilità di annoverare tali documenti tra i lavori preparatori e dunque come mezzi secondari di interpretazione di cui all'art. 32 Convenzione di Vienna – remota dal momento che questa ne consente l'utilizzo solo nel caso in cui l'interpretazione ex art. 31 Convenzione di Vienna lasci il significato ambiguo o oscuro oppure conduca ad un risultato non ragionevole – non esclude tuttavia che il loro contenuto possa servire, in via informale e di fatto[45], a scopi interpretativi, secondo un orientamento piuttosto

risalente già sperimentato con riguardo al commentario al M-OCSE. Anzi, la complessità dell'interpretazione secondo i canoni formali conferisce inevitabilmente ai documenti del BEPS un ruolo de facto assai importante al fine di dirimere in casi concreti questioni interpretative.

Come si vede da queste sommarie considerazioni, l'aspetto interpretativo appare – al pari di quello concernente la disciplina applicabile – particolarmente frammentato ed insidioso, rappresentando allo stato il principale ostacolo alla buona riuscita di un progetto multilaterale, già ampiamente ridimensionato dall'eccessivo peso di scelte politico-diplomatiche che, se anche ne hanno consentito l'entrata in vigore, hanno ampiamente stemperato la portata innovativa delle sue regole rispetto agli iniziali auspici.

VI. Conclusioni

Per lo studioso di diritto tributario internazionale, la vicenda che ha interessato il *Multilateral instrument* costituisce un severo monito ad evitare di leggere gli sviluppi della prassi con il metro delle proprie personali aspettative. Nonostante il carattere multilaterale della Convenzione, essa realizza infatti un assetto molto conservatore.

Risulta, in primo luogo, accuratamente preservata la capacità degli Stati di modellare le nuove norme, adattandole alle proprie esigenze. E ciò, come mostra il caso degli USA, fino al punto di rigettare del tutto la disciplina conseguente ai lavori del BEPS. Resta dunque confermato come ancora allo stato attuale la fiscalità internazionale – quanto meno sul piano delle regole sostanziali che presiedono alla tassazione di fenomeni transnazionali[46] – sia dominata dagli interessi degli Stati e, quindi, da meccanismi più politici che non genuinamente giuridici. Certo, la conclusione e l'entrata in vigore di uno strumento multilaterale va senza dubbio salutato con favore e con esso l'individuazione di talune regole che dovrebbero valere per l'intera comunità internazionale; tuttavia, non appena – come si è visto – si oltrepassa il dato formale per analizzare il modo di funzionamento ed applicazione della disciplina introdotta si comprende come il multilateralismo risulti contraddetto proprio per effetto della discrezionalità attribuita ai singoli ordinamenti.

Il secondo aspetto degno di nota, peraltro collegato al primo, è che il passaggio dalle mere enunciazioni teoriche alla loro inclusione in documenti vincolanti si rivela insoddisfacente per le ragioni del diritto. Finché si tratta di assumere – per quanto solenni – posizioni di principio non vincolanti, il consenso è ampio, come dimostra l'accoglienza riservata alle azioni del BEPS. La traduzione però di tali indirizzi in norme positive rivela la perdurante riluttanza di molti Stati ad abbandonare spazi di sovranità nella materia tributaria.

Da qui, come si è visto, la necessità di una formulazione di compromesso delle norme positive, con l'emersione di

[43] Sulla cui valenza giuridica incerta, cfr. SJOERD DOUMA/FRANK ENGELEN, *The Legal Status of the OECD Commentaries*, Amsterdam 2008.

[44] Dà atto di una incertezza al riguardo, pur condividendo la soluzione preferita nel testo, CRAZZOLARA (nota 8).

[45] Quindi con riferimento all'attività dei giudici interni nonché delle amministrazioni fiscali nazionali, in quest'ultimo caso con possibili ricadute nel contesto delle procedure amichevoli.

[46] Altro è da dirsi per la cooperazione internazionale, quindi per le norme procedurali.

numerose e complesse problematiche pratiche in punto di interpretazione ed applicazione delle norme convenzionali modificate dal MLI; problematiche che, a loro volta, impongono alle amministrazioni fiscali nazionali ed ai contribuenti (nonché ai loro consulenti) uno sforzo notevole non sempre destinato a dissipare le nubi di incertezza che circondano l'assetto corrente.

Nonostante gli obiettivi dei redattori del *Multilateral instrument*, i tempi non sono ancora maturi per realizzare nel settore della fiscalità un'evoluzione verso forme di autentico multilateralismo^[47]. Resta, invero, la più limitata prospettiva di una evoluzione indotta dal basso, cioè dagli operatori pratici – ed in primo luogo i giudici – che possono godere di una maggiore libertà nella scelta delle fonti e nella costruzione dei principi, in tal modo potendo superare le resistenze politiche dei governi. Il diritto giurisprudenziale è in molti settori – anche nel nostro – una realtà e, prescindendo dalle problematiche di certezza ed affidamento che esso inevitabilmente pone, rappresenta ad oggi il mezzo più realistico per aspirare a realizzare una più profonda uniformità nelle regole applicabili a fattispecie transnazionali.

Certo, rispetto all'enfasi del BEPS si tratta di una prospettiva assai più ristretta. Tuttavia, le regole ed i temi posti dal MLI sono un riferimento importante e non è detto che, come accaduto di frequente, con riferimento ad essi non possa essere proprio la prassi ad influenzare poi gli orientamenti dei governanti.

[47] Mi pare che questa sia anche la posizione di BRAUNER (nota 12), p. 16, secondo il quale "the core mission of the MLI is to support the current, bilateral treaty based international tax regime". Una funzione, dunque, piuttosto conservatrice.