



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI NAPOLI FEDERICO II
FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA

INNOVAZIONE E DIRITTO

DIREZIONE

Prof. Raffaele Perrone Capano (DIRETTORE)
Prof. Carlo Amatucci
Prof. Daria Coppa
Prof. Lorenzo Del Federico
Prof. Eugenio Della Valle
Prof. Maria Cecilia Fregni
Prof. Alessandro Giovannini
Prof. Maurizio Logozzo
Prof. Enrico Marelli
Prof. Giuseppe Melis
Prof. Salvatore Muleo
Prof. Mario Nussi
Prof. Marco Versiglioni
Prof. Marilena Rispoli (Diritto commerciale)
Prof. Francesco Santoni (Diritto del lavoro)
Prof. Alessandra Stefanelli (Diritto dell'economia)

COMITATO SCIENTIFICO

Prof. Carlos Maria Lopez Espadafor - Università di Jaén
Prof. Angeles Garcia Frias - Università di Salamanca
Prof. Daniel Gutman - Università Paris Sorbonne Pantheon
Prof. Carlos Vargas Vasserot - Università di Almeria
Prof. J. A. Rozas Valdes - Università di Barcellona
Prof. Antonella Sciarrone Alibrandi
Prof. Andrea Amatucci
Prof. Fabrizio Amatucci
Prof. Emilio Balletti
Prof. Massimo Basilavecchia
Prof. Gian Luigi Bizioli
Prof. Silvia Cipollina
Prof. Alberto Comelli
Prof. Angelo Contrino
Prof. Roberto Cordeiro Guerra
Prof. Alfonsina De Felice
Prof. Luigi Ferlazzo Natoli
Prof. Valerio Ficari
Prof. Stefano Fiorentino
Prof. Franco Fichera
Prof. Gianfranco Gaffuri
Prof. Franco Gallo
Prof. Antonia Irace
Prof. Agostino E. La Scala

Prof. Raffaello Lupi
Prof. Corrado Magnani
Prof. Alberto Marcheselli
Prof. Giuseppe Marini
Prof. Giovanni Marongiu
Prof. Maurizio Sebastiano Messina
Prof. Leonardo Perrone
Prof. Maria Pierro
Prof. Angela Principe
Prof. Giovanni Puoti
Prof. Gaetano Ragucci
Prof. Francesco Randazzo
Prof. Claudio Sacchetto
Prof. Livia Salvini
Prof. Salvatore Sammartino
Prof. Vittorio Santoro
Prof. Roberto Schiavolin
Prof. Dario Stevanato
Prof. Francesco Tesauo
Prof. Giuseppe Tinelli
Prof. Loris Tosi
Prof. Alessandro Turchi
Prof. Lucia Venditti
Prof. Giuseppe Zizzo

REDAZIONE

Prof. Clelia Buccico (Coordinamento), Dott. Ernesto Aceto, Dott. Gabriella Gimigliani, Dott. Valeria Maresca, Dottor Andrea Perrone Capano, Dott. Gennaro Rotondo, Dott. Maria Villani, Dott. Salvatore Villani.

Innovazione e Diritto – Rivista di Diritto tributario, dell'economia e del lavoro – si impegna a procedere alla selezione qualitativa dei materiali da pubblicare sulla base di una valutazione formalizzata e anonima di cui è responsabile il Comitato scientifico. Tale sistema di valutazione è coordinato dalla Direzione e si avvale anche di esperti esterni al suddetto Comitato. Al fine di garantire l'anonimato, nell'ultimo numero di ciascun anno solare verrà pubblicato l'elenco dei Professori ordinari che hanno collaborato alla rivista in qualità di referee. I lavori sottoposti a revisione esterna sono contrassegnati con un asterisco (*).

INDICE

PARTE PRIMA

Non ci resta che crescere. Ma non può esservi sviluppo con gli squilibri nel prelievo, l'eclissi del diritto tributario, i bonus improvvisati e il "lato oscuro" del fisco, che si appropria di ogni nuovo reddito* p.5

di Raffaele Perrone Capano

In tema di soggettività tributaria delle aggregazioni tra imprese: il problema del contratto di rete* p. 91

di Marco Baldacci

La politica fiscale societaria dell'Unione europea: Quo Vadis?* p. 111

di Luigi Bizioli

La domanda di concordato preventivo: effetti e conseguenze dell'iscrizione al registro delle imprese p. 122

di Valeria Coppola

Le operazioni bancarie per l'acquisto della proprietà* p. 145

di Marilena Rispoli Farina

Le reti di imprese: profili ricostruttivi* p. 222

di Gabriella Gimigliano

Appunti da una ricerca su abuso del diritto e principi costituzionali* p. 259

di Marco Versiglioni

PARTE SECONDA

La dichiarazione è emendabile indipendentemente dal termine previsto dall'art. 2, comma 8-bis, del d.p.r. n. 322/1998* **p. 275**

di Daniela Casale e di Angelo Parente

Sul trattamento fiscale delle assegnazioni gratuite dei certificati grigi dell'EU ETS. Il caso della Repubblica Ceca* **p. 296**

Nota alla sentenza della Corte di Giustizia europea del 26 febbraio 2015 n. C-43/2014

di Valentina Zampaglione

Obblighi informativi dell'intermediario finanziario e responsabilità da errato rating; quale tutela per l'investitore? **p. 315**

Considerazioni sulla sentenza del tribunale di Perugia, sez. III, del 17 marzo 2015, n. 540

di Mario Affinita

L'IRAP, tra novità legislative e oscillazioni giurisprudenziali: la lezione francese* **p. 358**

di Maria Villani

PARTE PRIMA

Non ci resta che crescere. Ma non può esservi sviluppo con gli squilibri nel prelievo, l'eclissi del diritto tributario, i bonus improvvisati e il "lato oscuro" del fisco, che si appropria di ogni nuovo reddito*

di Raffaele Perrone Capano

Professore ordinario di Diritto finanziario e tributario

ABSTRACT

The article begins by positive signs emerged in 2015 in the Italian economy, to highlight the limits and contradictions that prevent Italy from growing, from tax authorities. The article critically examines the process of elaboration and implementation of the tax delegation, focused on self of the Financial Administration, and no attention to legal principles in the legislative production.

In the second part, the study highlights the most obvious problems that arise from the absence of coordination between the main taxes, from evasion of provisions, not suitable for the purpose, for the Administration's inability to testing the endogenous origin.

The author identifies, finally, some guidelines to achieve a fair tax system, competitive, growth-oriented

SINTESI

L'articolo prende avvio dai segnali positivi emersi nel 2015 nell'economia italiana, per evidenziarne i limiti e le antinomie che impediscono all'Italia di crescere, a partire dal fisco. L'articolo analizza criticamente il processo di elaborazione e di attuazione della delega fiscale, incentrato sull'autoreferenzialità dell'Amministrazione finanziaria, e la scarsa attenzione ai principi giuridici, nella produzione legislativa.

Nella seconda parte, lo studio analizza le più evidenti criticità che emergono dall'assenza di coordinamento tra le principali imposte, a partire dalle disposizioni di contrasto all'evasione, inidonee allo scopo, per l'evidente incapacità dell'Amministrazione di analizzarne le origini endogene.

Il lavoro si conclude con l'indicazione di alcune linee guida per realizzare un sistema tributario equo, competitivo, orientato alla crescita.

SOMMARIO: 1. Premessa – 2. La svolta del 2015: qualche segnale positivo in un quadro di crescente instabilità, in cui spicca il freno del fisco – 3. Assenza di principi fondamentali comuni alle varie imposte, tra eclissi del parlamento, contraddizioni della giurisprudenza di legittimità, autoreferenzialità dell'agenzia delle entrate – 4. Crisi della legge e origini giuridiche della crisi fiscale – 5. L'esercizio della delega fiscale consolida il potere dell'Amministrazione, lasciando irrisolte le antinomie tra principi e leggi tributarie – 5.1. La delega fiscale dimentica la giustizia tributaria – 5.2. Delega fiscale, doppio binario processuale e violazione

del principio "ne bis in idem" – 6. Lo scambio dei ruoli tra il Governo e l'Amministrazione finanziaria nelle decisioni di politica tributaria, accentua gli squilibri distributivi delle principali imposte, soffocando la ripresa – 6.1. L'assenza di guida politica del fisco affida all'Amministrazione finanziaria un ruolo improprio che amplifica le antinomie dell'ordinamento tributario – 6.2. L'origine strutturale dell'evasione e limiti dei recenti tentativi di contrastarla – 6.3. La fuga dei redditi dall'IRPEF, moltiplica le disuguaglianze del sistema tributario e ne amplifica la crisi – 7. La sorpresa della ripresa: Italia avanti adagio, IRPEF avanti tutta! – 8. Un sistema tributario rinnovato e competitivo, orientato alla crescita, non è un'utopia – 9. Evasione e sistema tributario in un recente intervento di Vincenzo Visco: un approfondimento – 10. Conclusioni

1. Premessa

"Non ci resta che crescere" è il titolo di una raccolta di saggi curata da un giovane economista, Tommaso Nannicini, pubblicata nel settembre 2011, quindi nel pieno di una crisi politica che aveva innescato gli attacchi speculativi al nostro debito pubblico. Ho preso a prestito questo titolo, per introdurre un ragionamento sulla crisi fiscale, per due ordini di motivi. Innanzitutto perché si tratta di un libro stimolante che raccoglie professionalità diverse, legate da un'aspirazione comune: invertire la tendenza al declino della nostra Comunità, quando la ripresa del 2010 era già alle spalle e nuove nubi di crisi incombevano sull'Italia.

Un confronto di proposte ed idee che aiuta a capire la complessità dei problemi che l'Italia aveva di fronte già 5 anni or sono, che la scorciatoia del Governo tecnico e la seconda più pesante fase recessiva, hanno contribuito ad aggravare ulteriormente.

"Non ci resta che crescere" mi sembra rappresenti in sintesi quel che occorre, ancor più oggi, per spezzare il circolo vizioso tra "interessi protetti e dolce declino", ben descritto da Nannicini in quel saggio. L'altro motivo è legato al particolare momento storico in cui il libro era stato pubblicato: un balcone affacciato sulla nuova crisi incipiente e sui rischi che questa avrebbe portato con sé. Un'intelligente eccezione, nella vasta letteratura sulla crisi di quel periodo oscuro.

Da questo punto di vista, a rileggerlo oggi, il saggio appare premonitore della seconda fase recessiva, molto più lunga e grave, alimentata dagli effetti distruttivi

di una crisi politica, affrontata mettendo in soffitta la politica. Un'analisi critica, che rivendica la propria estraneità rispetto a scorciatoie assertivamente tecniche.

Un Paese condotto alla cieca nel pieno di una crisi, le cui origini, essenzialmente interne, avrebbero dovuto consigliare una soluzione affidata agli elettori.

Si preferì invece il paravento di una scelta tecnica, il FATE PRESTO con al seguito un groviglio di interessi, politici, economici, burocratici, accademici, corporativi, che, in una crescente confusione istituzionale, avrebbe portato di lì a pochi mesi, alla nascita del Governo Monti. Protagonista ed espressione di quegli stessi interessi che avrebbero condotto di lì a pochi mesi al fallimento di quell'esperienza e all'aggravamento della crisi fiscale, innescata dalla controriforma del 2007, occultata dalla recessione del 2008/2009 ed amplificata dalla fiscalità bendata del Governo "tecnico". Lasciando in eredità un processo recessivo-depressivo di intensità e lunghezza senza paragoni nella storia repubblicana, che ha colpito l'Italia in profondità, ben più della crisi finanziaria 2008/2009; ridimensionandone la capacità produttiva e impoverendo per questa via, l'intero Paese.

Il libro poteva essere letto in più modi: una raccolta di saggi che riuniva esperienze e competenze diverse; una scelta editoriale su un tema di attualità caratterizzato da una pluralità di punti di vista; la voglia di un gruppo di giovani studiosi di lasciarsi alle spalle la grande recessione del 2009. A prima vista il lavoro si presentava come un'antologia di argomenti, ben assortita, dove il lettore poteva trovare, a seconda degli specifici interessi, qualche spunto ulteriore di approfondimento e riflessione.

A me, invece, è rimasto impresso il filo conduttore che lega tra loro tra i diversi contributi, economici, giuridici, politico-sociali: l'ancoraggio alla realtà di un Paese caratterizzato da un quadro politico- istituzionale sfilacciato e complesso, con l'ambizione di delineare qualcosa di più di un ennesimo manifesto per la crescita.

Un percorso di sviluppo plurale, concreto, credibile, consapevole dei rischi di una nuova crisi, attento a prendere le distanze da ipotesi tecnocratiche, inidonee a sciogliere i nodi politici ed istituzionali; che la nuova fase recessiva avrebbe

ulteriormente aggravato. Un'intuizione felice, in un quadro di conformismo diffuso, che avrebbe favorito una conduzione dilettantesca della crisi, dettata dagli interessi meglio organizzati, a partire da quelli politici, dagli sviluppi imprevedibili.

Un elemento che mi sembra importante richiamare, perché si tratta di variabili ulteriori, che certo non semplificano la scelta del sentiero da intraprendere, sempre più stretto, che ci consenta di lasciarci finalmente alle spalle quegli anni terribili.

Nel corso del saggio richiamerò le caratteristiche essenziali delle imposte sul reddito dopo la riforma del 2007 e i loro effetti distributivi ed economici, occultati da sette anni di recessione, alla luce dei principi dell'ordinamento tributario, confrontandoli con il gettito del 2015, primo anno di ripresa.

Dati che più di qualsiasi ragionamento, evidenziano le dimensioni della crisi fiscale. Quest'ultima, verrà poi analizzata nel quadro più generale della crisi della legge e delle istituzioni rappresentative a partire dal Parlamento. Questo affievolimento, che appare inarrestabile, delle istituzioni rappresentative, obbliga a porre sotto i riflettori la crescente autoreferenzialità dell'Amministrazione finanziaria, snodo centrale di una pluralità d'interessi e di poteri di cui rappresenta un chiaro riflesso il sostanziale fallimento della delega fiscale, costruita ad immagine degli interessi dell'Amministrazione.

Partendo da questo particolare aspetto, lo studio si sofferma sugli elementi di confusione che caratterizzano il sistema della giustizia tributaria, sia sotto il profilo della mancanza di apparenza di indipendenza, sia della difficile compatibilità del doppio binario processuale tributario e penale rispetto al principio ne bis in idem, sia rispetto alla scarsa professionalità (salvo eccezioni) dei giudici delle Commissioni tributarie. Il saggio non trascura un altro aspetto legato anch'esso all'eccesso di autoreferenzialità, esteso questa volta alla giurisprudenza della Cassazione, in tema di contraddittorio, che ha alimentato incertezze e dubbi; una situazione di criticità che è l'aspetto di una crisi istituzionale più vasta, che neppure la Corte Costituzionale è riuscita a ricondurre a sistema, attraverso la propria giurisprudenza sul punto.

Questa deriva giurisprudenziale viene affrontata attraverso l'approfondimento

di un'interessante contributo di Enrico de Mita sul sole 24 ore, sull'assenza di principi generali codificati nel campo dei tributi e sulla necessità di supplirvi con un'interpretazione costituzionalmente orientata delle diverse disposizioni a contenuto fiscale, che orienti anche la giurisprudenza, a partire da quella di legittimità. L'altro tema di attualità, dovuto a Vincenzo Visco, anch'esso pubblicato sul Sole 24 Ore, affronta il delicato tema della crisi dell'IVA, determinata dall'evasione e degli strumenti per farvi fronte.

Dal confronto emerge sia l'utilità della lettura economica dei tributi, sia la necessità di risolvere le criticità e le antinomie, attraverso il coordinamento delle diverse imposte, all'interno di un sistema di regole ordinate a sistema, disciplinate dal diritto. Conclude lo studio una sintetica analisi tecnica degli strumenti giuridici indispensabili per costruire un sistema di imposte sui redditi delle persone, delle famiglie e delle imprese, in grado di garantire al tempo stesso la parità dei contribuenti nelle leggi tributarie, un ampio gettito e una soddisfacente crescita dell'economia.

In buona sostanza dunque "Non ci resta che crescere".

Il Prof. Nannicini da qualche mese è Sottosegretario alla Presidenza del Consiglio.

Certo, coordinare un libro di studi è più semplice che darvi attuazione, anche se si parte con buone idee; in un'Italia in cui la crisi ha amplificato la forbice delle differenze territoriali e le distanze sociali. Ma il titolo di quel libro spero porti fortuna, al suo autore e ai tanti che non si rassegnano al declino.

2. La svolta del 2015: qualche segnale positivo in un quadro di crescente instabilità, in cui spicca il freno del fisco

E, finalmente, nel 2015 la ripresa è arrivata. Tuttavia si tratta di una ripresa debole, per di più caratterizzata da una preoccupante inversione di tendenza nel secondo semestre 2015, su cui occorrerebbe riflettere. È vero che nello stesso periodo le condizioni di incertezza sullo scacchiere internazionale si sono

aggravate, per i venti di guerra e la minaccia del terrorismo, ormai arrivato a colpire nel cuore dell'Europa. Tuttavia, il crollo del costo dell'energia accentuatosi negli ultimi mesi, ha continuato a dar fiato alla ripresa dei consumi, mentre la svalutazione dell'euro sul dollaro ha favorito, nel 2015, una dinamica positiva delle esportazioni, nonostante il forte rallentamento dell'economia mondiale abbia determinato un calo in alcuni importanti mercati di sbocco a partire dalla Russia.

In effetti una crescita del PIL del +0,8% nel 2015 (0,6% il dato destagionalizzato) con il Mezzogiorno ancora praticamente al palo (+0,1%) e il centro-nord al +1% deve fare riflettere; e soprattutto deve preoccupare l'andamento del PIL, dal +0,3% del primo trimestre, al +0,2% del terzo (in coincidenza con l'Expo!), al +0,1% dell'ultimo quarto dell'anno.

Il rallentamento dell'economia italiana nella seconda parte del 2015, in base alle prime indicazioni fornite dall'Istat, ha evidenziato una frenata dell'industria manifatturiera, compensata dal maggiore contributo al PIL dei comparti dell'agricoltura e dei servizi e dall'ulteriore crescita delle esportazioni. Il dato in sé non deve sorprendere più di tanto, proprio per le incertezze dello scenario internazionale; ed infatti un'indicazione in questo senso si rinviene nel calo delle scorte, che ha inciso negativamente sulla domanda interna.

Un breve sguardo ai dati che provengono dall'industria indica che il cammino da percorrere per recuperare i livelli del 2007 è ancora lungo, e richiederebbe forti investimenti in ricerca e sviluppo, nelle infrastrutture, a partire dalla logistica e dai trasporti, e l'abbattimento delle barriere che impediscono di fatto l'accesso al credito alle attività minori; in buona sostanza una politica industriale di medio periodo, di cui allo stato si intravedono al massimo buone intenzioni. Il che, rispetto alle esperienze recenti, indica quanto meno che si comincia ad avere una percezione perché della complessità dei problemi.

Il settore agroalimentare, trainato dall'incremento quantitativo e qualitativo registrato dalla produzione agricola negli ultimi anni, sostenuta da un regime fiscale di particolare favore per le attività minori, sconosciuto agli altri settori economici (un dato a cui occorrerebbe prestare maggiore attenzione!)

rappresenta ormai la prima realtà industriale italiana, con un fatturato pari a 123 miliardi, e una crescita del 12% rispetto al 2007.

Nello stesso periodo l'industria meccanica, il perno intorno a cui ha ruotato l'industrializzazione italiana nel secondo dopoguerra, una delle più avanzate e competitive al mondo, per flessibilità, originalità dei prodotti e innovazione, ha registrato nel 2015 ricavi pari a 108 miliardi, 18 in meno rispetto al livello pre crisi.

In buona sostanza nel 2015 il contributo dell'industria alla crescita del PIL, in disparte l'agroalimentare, si è concentrato essenzialmente in due settori: quello farmaceutico, caratterizzato negli ultimi anni da forti investimenti in ricerca, i cui ricavi hanno superato di oltre il 20% i livelli del 2007; e quello della produzione di autoveicoli, componentistica compresa, sospinta dai grandi investimenti che hanno caratterizzato dal 2010, a partire dal Mezzogiorno, tutte le fabbriche italiane del gruppo Fiat e dall'arrivo sul mercato delle nuove produzioni.

Due realtà profondamente diverse, caratterizzate negli ultimi anni da un elemento comune: continua innovazione di processo e di prodotto ed elevata concentrazione di investimenti, a partire dalla ricerca.

Appare quindi opportuna la scelta del Governo di incentivare con la legge di stabilità per il 2016 gli investimenti, utilizzando lo strumento del moltiplicatore (140%) degli ammortamenti, estendendone l'applicazione all'ultimo trimestre 2015. Non è un caso che uno dei pochissimi settori che segna un incremento significativo su base annua (+7,3%), è quello dei beni strumentali e dei macchinari. Ma è anche evidente, che per avere un effetto trainante, questi incentivi avrebbero bisogno di un periodo di applicazione più lungo e di un'ampia disponibilità di credito, diffuso anche alle attività minori, che al momento il sistema bancario italiano non è in grado di assicurare; alle prese con le conseguenze della gelata siberiana dell'economia, prodotta dalle politiche di stabilizzazione del 2011/2012 del governo tecnico, con il lascito di fallimenti e sofferenze al seguito.

Lo stesso può dirsi con più forte ragione per gli incentivi a favore dell'occupazione, collegati ai nuovi contratti di lavoro definiti nel cd. Jobs Act, la cui portata, nel 2016, purtroppo, è stata significativamente ridimensionata. Una

scelta che evidenzia l'assenza di un solido disegno programmatico, accompagnato dall'illusione che dando ogni anno con la legge di stabilità un incentivo a un diverso gruppo sociale, si determinino automaticamente le condizioni per sostenere la ripresa, allargando il consenso politico.

E' soprattutto incomprensibile la cecità con cui i governi degli ultimi anni hanno guardato al Mezzogiorno: un area territoriale in cui la crisi in termini di PIL perduto è costata più del doppio del resto del Paese. Mantenere la decontribuzione piena nelle Regioni del Sud per alcuni anni, dopo l'eliminazione (quasi completa) del costo del lavoro dalla base imponibile dell'IRAP, che in precedenza riguardava (parzialmente) le Regioni meridionali, era il solo modo per ridurre il differenziale di convenienza che penalizza l'occupazione, nel Mezzogiorno.

Un quadro complessivo di sofferenza che nel 2015, secondo l'ISTAT si è riflesso perfino nella riduzione della speranza di vita, registrata per la prima volta dopo decenni, nelle regioni periferiche del nostro Paese.

Tuttavia l'elemento a mio modo di vedere più significativo, è rappresentato dal forte rallentamento della crescita del PIL, +0,1% nell'ultimo trimestre 2015, mentre le previsioni per il primo trimestre del 2016, fino all'ultimo molto incerte, con una forbice oscillante secondo l'ISTAT da -0,1% a +0,3%, hanno visto la conferma del dato più ottimistico (+0,3%) accompagnato dal boom delle entrate tributarie.

È soprattutto su questo punto su cui vorrei concentrare l'attenzione sia degli studiosi del diritto tributario, sia degli economisti, perché evidenzia la correlazione stringente che intercorre tra l'andamento dell'economia e gli squilibri distributivi della politica tributaria: Il raffreddamento dell'economia italiana tra ottobre e dicembre, è ormai una costante degli ultimi anni, poco influenzata dall'andamento del ciclo.

La ragione di questa costante è legata, oltre al loro peso complessivo, all'eccessiva concentrazione di versamenti d'imposta da parte di famiglie e imprese, nell'ultimo trimestre di ogni anno, nel quale la pressione fiscale di periodo oscilla stabilmente tra il 51% e il 53%, 55%. Un dato segnalato su questa rivista da alcuni anni, che evidenzia i guasti di un fisco privo di guida politica, squilibrato,

ingiusto, sempre più autoreferenziale, alla ricerca di espedienti sempre nuovi per incrementare il gettito, sottraendo risorse alle attività produttive, indifferente ai problemi della società italiana, chiamata ad assolvere ai propri doveri tributari, con modalità sempre più convulse.

Questo elemento di instabilità, con un po' di attenzione potrebbe essere quanto meno ridimensionato, con una rimodulazione delle scadenze dei versamenti, che tenga conto delle diverse esigenze delle imprese, tassate sia in base al reddito, sia in ragione dell'attività svolta, sia dei contribuenti assoggettati all'IRPEF. Per questi ultimi, che tra IRPEF, addizionali locali e imposte sostitutive da soli sfiorano il 50% delle entrate tributarie dello Stato, un anticipo della scadenza autunnale, potrebbe consentire una rateizzazione analoga a quella che caratterizza il versamento estivo, rendendo il pagamento delle imposte meno affannoso per milioni di famiglie.

Un'esigenza che trova puntuale conferma nelle prime valutazioni della Banca d'Italia sull'andamento del gettito tributario e del debito pubblico nel corso del 2015. Secondo i dati pubblicati dalla nostra ex Banca Centrale, nel 2015 le entrate tributarie dello Stato, al netto dei tributi locali (addizionali IRPEF e IRAP), sono cresciute del 6,4% per un totale di 433,483 miliardi, rispetto ai 407,579 miliardi registrati nel 2014.

Nel solo mese di dicembre le entrate tributarie si sono attestate a 80,144 miliardi contro i 68,525 del 2014.

Le valutazioni della Banca d'Italia, indicano un risultato maggiore di quello registrato dal MEF, che evidenzia nel 2015 un incremento delle entrate tributarie del 4%.

Occorre precisare subito che entrambi i dati, pur non coincidendo perfettamente, sono indicativi di una tendenza depressiva del fisco, preoccupante, proprio perché fin qui ignorata, a motivo della recessione.

La mancata coincidenza piena dei due dati, è spiegata così dalla Banca d'Italia: "Le entrate tributarie del bilancio dello Stato riportate in questa tavola non corrispondono all'ammontare dei tributi erariali effettivamente versati. I flussi

mensili sono, infatti, rilevati al momento della contabilizzazione in bilancio che, dal maggio del 1998, non avviene più contestualmente al versamento. A partire da tale data, i principali tributi erariali vengono versati in tesoreria (nella contabilità speciale "fondi della riscossione") e solo successivamente contabilizzati nei relativi capitoli del bilancio dello Stato."

Il linguaggio, a una prima lettura non è chiarissimo, ma è evidente il senso: dal punto di vista temporale le entrate effettivamente incassate dallo Stato sono quelle rilevate in Tesoreria dalla Banca d'Italia. Il diverso momento della contabilizzazione delle entrate tributarie, in Tesoreria e nel bilancio dello Stato, giostrando un po' tra cassa e competenza, ha consentito quest'anno al MEF qualche operazione di maquillage, con l'obiettivo di non mettere in evidenza il boom delle entrate tributarie del dicembre 2015.

Aggiungo per precisione inoltre, che le entrate tributarie indicate dalla Banca d'Italia, non sono depurate dei rimborsi d'imposta (riportati tra i pagamenti di bilancio) e includono l'IVA destinata all'UE. I flussi mensili sono coerenti con i dati pubblicati dal Ministero dell'economia e delle finanze nel conto riassuntivo del Tesoro.

In buona sostanza le rilevazioni statistiche pubblicate dalla Banca d'Italia, danno conto in modo immediato, chiaro e più trasparente e completo, dello sforzo fiscale a cui sono stati chiamati i cittadini e le imprese nel corso del 2015 (i rimborsi sono debiti dello Stato verso i contribuenti, pagati, spesso con anni di ritardo, con il gettito delle imposte; L'IVA versata dall'Italia all'Europa la pagano i contribuenti, mica il Governo).

Il dato di dicembre, 80,144 miliardi, con +11,6 miliardi di maggiori imposte versate, rispetto agli incassi registrati nel dicembre 2014, in un anno in cui la crescita del PIL si è fermata a +0,8%, per la sua dimensione macroscopica, conferma che una migliore distribuzione temporale del gettito tributario nel corso dell'anno, rappresenta un'esigenza reale, per nulla accademica!

Aggiungo che questa riflessione propone un intervento minimale, che non costerebbe nulla al fisco, e contribuirebbe a ridurre le caratteristiche depressive

del fisco italiano, che non trovano riscontro in nessun'altra economia avanzata. E' perfino ovvio aggiungere che una migliore ripartizione del prelievo, quale quella qui proposta, non si realizza spostando 35,5 miliardi di euro dagli 80,144 miliardi incassati a dicembre, evidenziati dalla banca d'Italia, ai mesi precedenti.

Su questo punto bisogna evitare ogni equivoco; in Italia, per ragioni note la pressione fiscale è elevata. Ma è ancor più elevata anche in Paesi con una struttura economica simile alla nostra, come la Francia.

Quel che fa la differenza quindi, non è la quantità del prelievo, ma la qualità e soprattutto la sua distribuzione, che ha assunto negli ultimi anni una caratterizzazione accentuatamente regressiva, puntualmente registrata dal crollo della domanda interna e dalla crisi delle imprese minori, le più tartassate dal fisco.

E' da questo dato che occorre quindi partire, per diffondere la consapevolezza nelle istituzioni, dell'urgenza di imprimere una svolta profonda al sistema tributario, utilizzandone le potenzialità per riequilibrarne i profili distributivi e finanziare la crescita.

In buona sostanza per spostare alcune decine di miliardi di euro dalle famiglie e dalle imprese alle altre imposte, a partire dall'IVA, consentendole di funzionare. Una sfida impegnativa ma non impossibile, attraverso il riequilibrio dei profili distributivi delle principali imposte, e tra le medesime. In particolare per contrastare l'evasione dell'IVA, occorrerà rivedere il rapporto tra le imposte a carico delle imprese e quelle assolte dalle imprese in qualità di sostituti d'imposta rispetto al fattore lavoro: finché questa seconda voce sarà maggiore della prima, non c'è strumento di controllo, per quanto sofisticato che possa riportare sotto controllo il funzionamento dell'IVA.

Rompere questo stridente squilibrio che non esiste in nessun altro sistema tributario europeo favorirebbe l'emersione di una quota di economia non osservata, che tuttavia opera alla luce del sole, nella quale l'evasione, che da essa trae alimento, non accumula alcun tesoro nascosto; determina soltanto un riequilibrio nella distribuzione del reddito tra i fattori, regolato dal mercato, alimentato dagli squilibri distributivi delle varie imposte e dalla schizofrenia del

sistema tributario. Un processo virtuoso, per il quale ogni aggiustamento dell'attuale fisco è inutile.

Occorre infatti semplicemente ribaltarne la logica, come una clessidra, guardando a quel che avviene nel resto d'Europa.

3. Il peso dell'assenza di principi fondamentali comuni alle varie imposte, tra eclissi del Parlamento, contraddizioni della giurisprudenza di legittimità, e autoreferenzialità dell'Agenzia delle entrate

Partendo da questo imperativo economico, occorrerebbe riflettere con maggiore attenzione ai riflessi giuridici ed ai guasti provocati dalla perdita di rappresentatività e dallo svuotamento di funzioni che ha caratterizzato il nostro sistema parlamentare, lungo l'arco di un ventennio. Una perdita di ruolo alla quale ha corrisposto un rafforzamento contenutistico della funzione di governo soltanto apparente; in realtà un aumento esponenziale del potere delle burocrazie dirigenziali nella selezione degli interessi, non più mediati dal contropotere espresso dalle Assemblee parlamentari: il principale strumento per rappresentare gli interessi diffusi, in un sistema costituzionale come il nostro.

Sotto questo profilo le distorsioni del sistema tributario, che la crisi, occultandone gli squilibri crescenti dal punto di vista distributivo, ha contribuito ad aggravare, rappresentano un esempio illuminante dell'effetto sinergico negativo prodotto dalla marginalizzazione del ruolo del Parlamento e dalle connotazioni sempre più autoreferenziali assunte dall'Agenzia delle Entrate, nelle scelte caratterizzanti la politica tributaria.

Con esiti, sia dal punto di vista economico sia del contrasto all'evasione, che si prestano a fondate riserve, quanto meno sotto il profilo del rapporto costi efficacia.

Un ruolo sempre più centrale e politico (anche per conto della politica) nella conduzione di un'Amministrazione strategica per il funzionamento dello Stato, stretto tra un debito pubblico imponente, la perdita del controllo della politica

monetaria e vincoli sempre più stringenti imposti dall'appartenenza all'UE.

Una dirigenza al servizio dei poteri, soprattutto consapevole del proprio, che ha coagulato intorno a sé, in misura crescente ed in sintonia con la politica, un vero e proprio sistema di interessi legati all'establishment, economici, sindacali, finanziari, accademici, professionali o più semplicemente clientelari, con ampie coperture nei mezzi di informazione.

Una nuova declinazione del modello consociativo, al tempo della mondializzazione dell'economia, che negli anni della crisi ha avuto al centro l'Amministrazione finanziaria e ha costruito la politica tributaria in funzione dei variegati interessi rappresentati da ciascun gruppo, dettando, in sintonia con gli interessi politici di volta in volta prevalenti, al Governo e al Parlamento le leggi, che, istituzionalmente, avrebbe dovuto soltanto applicare.

Basta pensare da ultimo alla lunga guerra di posizione che ha contrapposto negli ultimi mesi dello scorso anno, la dirigenza dell'Agenzia delle entrate, al Consiglio di Stato, nella vicenda delle centinaia di posizioni dirigenziali affidate senza concorso, la cui illegittimità da ultimo era stata riconosciuta dalla Corte costituzionale.

In buona sostanza, all'Agenzia dell'entrate non sembrava una garanzia sufficiente per gli ex funzionari incaricati di funzioni dirigenziali, che i concorsi sarebbero stati banditi e gestiti dalla stessa Agenzia, ponendo comunque gli ex dirigenti in una posizione di vantaggio; occorreva impedire ogni rischio di sorpresa. Un braccio di ferro supportato anche da un importante quotidiano economico, che si è fermato solo per la fermezza di un rappresentante del Governo.

Aggiungo per chiarezza, che a questa concentrazione di poteri, involutiva del ruolo dell'Amministrazione finanziaria, ha certamente contribuito la lunga recessione che ha investito il nostro Paese dal 2008; ma questa tendenza alla concentrazione del potere al di fuori delle sedi istituzionali, ha visto partecipi anche altri soggetti portatori di interessi di grande rilievo, politici, economici, finanziari a partire dalla Banca d'Italia, che è stata la principale protagonista della

politica economica italiana dell'ultimo decennio, con esiti non particolarmente brillanti.

Un ruolo poliedrico, di consulenza, di indirizzo, talvolta direttamente politico (ricordo per tutti la nomina del n. 2 della Banca d'Italia, la dott.ssa Tarantola, ai vertici della RAI) attraverso l'impegno di suoi esponenti tra i più autorevoli, in funzioni di Governo.

E così, nell'eclissi della politica tributaria, intesa come gestione tecnico/amministrativa degli indirizzi proposti dal Governo e convalidati dal voto del Parlamento, ormai sempre più evanescente, l'Agenzia delle entrate è diventato l'unico vero protagonista della politica tributaria italiana.

Uno snodo di poteri nevralgico, autoreferenziale. Un'inversione di ruolo evidente, alimentata dalla debolezza della politica alle prese con una crisi politico istituzionale profonda e con una recessione che appariva senza fine. Una condizione di difficoltà reale, che ha condotto ad un'escalation nell'impiego di strumenti repressivi, anche di natura penale, col fine di agevolare l'Amministrazione finanziaria nell'attività di accertamento e di favorire la riscossione di quanto dovuto dai contribuenti.

Una stretta fiscale poco meditata, che ha moltiplicato le difficoltà di un sistema produttivo, alle prese con una crisi senza precedenti, con la chiusura dei rubinetti del credito ed il crollo della domanda interna; un sistema produttivo in cui quasi la metà della forza lavoro è impiegata in imprese fino a 10 dipendenti.

Un avvitamento recessivo, in cui il fisco ha svolto il ruolo anomalo di moltiplicatore.

Un quadro reso poco percettibile proprio dagli effetti della recessione, che negli ultimi 7 anni ha paralizzato l'economia nazionale, estraneo al disegno costituzionale, che ha impedito all'Italia di ripartire, al contrario di quanto è avvenuto nel resto d'Europa.

Ma proprio questo è il punto. La coalizione di interessi che, nel corso del tempo, ha determinato gli aspetti maggiormente caratterizzanti del sistema tributario, ha semplicemente ignorato l'universo delle attività minori, del lavoro autonomo, delle

imprese individuali, estranee ai propri modelli di riferimento. Un segmento di particolare vitalità dell'economia italiana, il più colpito dalla crisi, stretto tra l'incudine della domanda interna a picco e il martello di un fisco, sempre più aggressivo, in troppe situazioni insopportabile.

In questa realtà composita, centrale per il consolidamento della ripresa, il fisco ha fin qui svolto il ruolo di catalizzatore negativo delle altre difficoltà, a partire dalla burocrazia, dalle carenze infrastrutturali, dalla perdita di qualità dei nostri modelli formativi, dal costo dell'energia e dalla mancanza di credito.

Non è un caso che questo insieme di negatività, presenti un maggior tasso di concentrazione nelle Regioni del Sud, caratterizzate da un sistema economico molto più parcellizzato e fragile, con imprese di dimensioni minori e diffuse carenze infrastrutturali. Beninteso il sud non deve essere inteso come un semplice luogo geografico: la crisi ha purtroppo fatto emergere tanto sud anche nelle regioni più avvantaggiate del centro-nord.

Occorre quindi prendere coscienza che per il rilancio dello sviluppo, serviranno nei prossimi anni investimenti massicci, a partire da quelli pubblici, i più penalizzati dai tagli alla spesa pubblica, nei tanti settori in cui l'Italia è rimasta indietro in questi anni, che qui non occorre elencare, tanto essi sono noti ed evidenti.

Per innescare un circolo virtuoso che alimenti, attraverso la crescita degli investimenti e l'innovazione, il recupero della capacità produttiva perduta nella seconda fase recessiva, aggravata tra il 2011 e il 2013, da macroscopici errori di valutazione nella conduzione della politica economica, a partire dal fisco, è necessario ripartire dal basso, dalle imprese minime, dal micro credito, dal lavoro autonomo. Da quell'insieme di realtà, colpite più di qualsiasi altra dalla recessione, ed abbandonate a sé stesse, in cui la creazione di nuova occupazione ha costi ridotti, ed è decisiva per la crescita dei consumi delle famiglie, del risparmio, e per questa via del sistema economico nel suo insieme.

Beninteso questo non significa affatto rifugiarsi nell'illusione del "piccolo è bello", che è stato l'equivoco su cui si è sostenuta l'economia italiana del dopo

Maastricht, della svalutazione della lira, e della crisi della grande impresa, a partire da quella pubblica. Rappresenta solo la presa di coscienza della profondità della crisi degli ultimi sette anni e la consapevolezza delle ripercussioni profonde che questa ha prodotto attraversando l'Italia da nord a sud da est ad ovest.

Un calo del PIL superiore a quello greco, molto maggiore della Spagna, del Portogallo, dell'Irlanda, pur essendo stati appena sfiorati dalla crisi finanziaria del 2008. Esito inevitabile di una crisi, insieme istituzionale e politica, alimentata dall'illusione di lobbies prive di qualità, che la scorciatoia del Governo tecnico avrebbe, come per incanto, risolto i nodi politici ed istituzionali che l'Italia si trascina irrisolti da un quarto di secolo.

Ripartire dal basso, dell'economia diffusa, probabilmente non è il solo modo possibile per far ripartire l'economia; è tuttavia, in un quadro di risorse scarse, il modo più efficace e rapido per creare le condizioni per consolidare la crescita, partendo dai territori, coinvolgendo una generazione di giovani che ha accumulato un decennio di ritardi, che oggi si sente drammaticamente esclusa.

A beneficio di quel tessuto di imprese medie che anche negli anni più difficili della recessione, ha contribuito a produrre ricchezza, offrendo nuovi prodotti, andando alla conquista di nuovi mercati. Che non ci si può illudere che potrà continuare a lungo a crescere ed espandersi, in una società chiusa in sé stessa, il cui solo obiettivo è quello di sopravvivere. Il "dolce declino" di cui parlava Nannicini nel 2011, che a 5 anni di distanza si presenta come declino tout court.

Esito di una crisi istituzionale mai risolta, che ci riporta alle illusioni degli anni 80 del secolo scorso e ad un sistema in cui da almeno un ventennio si sono interrotte le comunicazioni tra i governi delle Elites, espressi da una classe politica prigioniera dell'establishment, e una società diversificata, complessa, che si sente esclusa dalle scelte e dalle decisioni e si rifugia ed al tempo è preda del populismo.

Per spezzare questa spirale perversa occorre un sistema di regole chiaro negli obiettivi e nelle necessarie coerenze, che investa i diversi aspetti di una politica economica, orientata allo sviluppo.

In questa prospettiva, prima di esaminare alcune criticità che rappresentano

altrettanti aspetti della crisi fiscale italiana, mi sembra opportuno richiamare alcuni principi fondamentali, comuni ai sistemi tributari contemporanei, in tutti i Paesi caratterizzati da ordinamenti democratici e da economie avanzate. Si tratta infatti di elementi caratteristici comuni, in sintonia con i principi fondamentali del diritto europeo, che tuttavia non sempre è dato rinvenire nell'ordinamento italiano, privi di deformazioni o lacune applicative.

Questa condizione di evidente sofferenza, che si riflette negativamente anche nella giurisprudenza di legittimità, non sempre in sintonia con la stessa giurisprudenza costituzionale, è stata richiamata da ultimo da Enrico De Mita in un denso articolo su "Il Sole 24 Ore". Il ragionamento di De Mita parte dalla constatazione che il nostro ordinamento tributario è privo di norme generali comuni a tutti i tributi, sul modello francese, tedesco e c'è spagnolo. Una lacuna che ha ragioni storiche risalenti, che discendono dalla divisione della gestione dei principali tributi tra diversi rami dell'Amministrazione; regole diverse che sono sopravvissute alla unificazione dell'Amministrazione finanziaria e al turbinoso sviluppo che ha caratterizzato l'economia italiana a partire dagli anni '50 del secolo scorso.

La necessità di adottare norme comuni per la disciplina dei principali tributi, che non interferiscono con il presupposto economico, la cui diversificazione, con il limite della ragionevolezza, giustifica un diverso trattamento, rappresenta una esigenza avvertita dal legislatore, che ne aveva previsto puntualmente l'adozione, nelle varie leggi delega di riforma che si sono succedute nell'arco di quasi mezzo secolo.

La mancata soluzione di questo problema trae le proprie origini nella diffusa aspirazione dell'Amministrazione a disciplinare ogni aspetto di singoli tributi, con una serie di disposizioni casistiche che rendono poi inefficaci i principi generali, anche quando sono esplicitati nella legge. In buona sostanza si tratta pur sempre di una questione di potere: la presenza di norme generali chiare e consolidate nel tempo, rappresenta sempre una limitazione alla discrezionalità dell'azione amministrativa, indi del potere della burocrazia.

Un esempio illuminante fino all'entrata in vigore del D.Lgs n.128/2015 era costituito dalla disciplina dell'elusione tributaria, fissata nell'articolo 37-bis del D.p.r. n.600 del 1973, nel quale la nozione di elusione, definita nel primo e nel secondo comma, farebbe pensare ad una disposizione di carattere generale; tuttavia limitata nel suo perimetro applicativo da quanto stabilito nel successivo terzo comma.

De Mita riconosce che la soluzione definitiva del problema di introdurre nel corpus dell'ordinamento tributario una serie di norme generali applicabili a tutti i tributi appartiene al legislatore. Ritiene tuttavia che una interpretazione adeguatrice, costituzionalmente orientata da parte dei giudici di merito e della stessa Cassazione, potrebbe quantomeno porre un freno alle crescenti incertezze contribuendo ad avvicinare la soluzione del problema.

Partendo dalla constatazione che l'interesse fiscale alla riscossione dei tributi è posto dalla Costituzione su un piano di parità rispetto al diritto del contribuente di essere tassato secondo la legge, ne consegue secondo De Mita che nell'applicazione di istituti quali la motivazione, l'accertamento, la solidarietà, la ripetizione dell'indebito, il domicilio fiscale, il contraddittorio, la cui funzione è "tendenzialmente sganciata del presupposto economico, è difficile immaginare l'opportunità di tante discipline quanti sono i tributi. Ora quando avvenga che un istituto sia stato elaborato con riguardo ad un tributo, ma senza essere legato alla particolarità del relativo presupposto economico, la mancata applicazione di esso ad altri tributi, dove esistono le stesse esigenze porta alla disparità di trattamento, qualora non si riconoscano a quella disposizione la portata di norma generale. Se ricorrono discipline diverse le norme possono integrarsi tra di loro, senza di che la norma meno ampia potrebbe meritarsi la censura di illegittimità costituzionale per disparità di trattamento "nella parte in cui non dispone" come si esprime la Corte".

Ho cercato di riassumere il pensiero di de Mita, riportandone le conclusioni, perché ritengo sia necessario valorizzare ogni contributo della dottrina che cerchi di ricondurre nell'ambito di un ordinamento improntato a sistema, la continua produzione "di norme a mezzo di norme".

Un'eredità delle vecchie leggi finanziarie, che si è trasfusa senza alcuna variazione di segno, nella legge di stabilità.

Purtroppo l'esito del percorso indicato da De Mita, spesso suggerito dalla stessa giurisprudenza della Corte costituzionale, è lasciato al caso, per le caratteristiche della giurisdizione tributaria di merito, tanto distante sia dal diritto convenzionale CEDU, sia dai Trattati europei, sia dall'articolo 111 della Costituzione.

Lo stesso può dirsi per la giurisprudenza di legittimità che, a parte i consueti vizi di autoreferenzialità, non diversi da quelli che caratterizzano l'Amministrazione, per la numerosità dei ricorsi e la pluralità di composizione dei collegi, non è in grado di consolidare non dico una giurisprudenza stabile, ma in qualche caso neppure di offrire un'interpretazione costituzionalmente orientata di istituti controversi.

Del resto è stato proprio De Mita a sottolineare nel corso del tempo le contraddizioni e i veri e propri sbandamenti che hanno caratterizzato, a partire dalle sentenze gemelle delle Sezioni Unite del dicembre 2008, alcune decisioni della Suprema Corte in tema di abuso del diritto. Così come sono sembrate altrettanto convincenti le riserve formulate dallo stesso De Mita sulle soluzioni adottate dal legislatore per disciplinare l'abuso del diritto con il D.Lgs n.128/2015.

Ferma restando l'esigenza della redazione di un testo legislativo ad hoc, mi sembra opportuno ricordare che neppure le principali disposizioni della legge 212/2000 (Statuto del contribuente), a cui la stessa legge istitutiva attribuiva la precisa funzione di rappresentare norme generali di diritto tributario, in attuazione dei principi costituzionali al riguardo, ha avuto un'applicazione da parte dell'Amministrazione e della Cassazione, che possa definirsi sempre costituzionalmente orientata, nel senso di estenderne la portata a tutti le ipotesi che non presentino particolari specificità.

Ma sullo Statuto, e sul suo strisciante svuotamento nel corso del tempo, ha sicuramente pesato anche una lettura svalutativa delle disposizioni di principio, che emerge in più di una sentenza della Corte costituzionale al riguardo.

Ritengo quindi che uno dei compiti della dottrina oggi, sia quello di contribuire ad una revisione per principi dello Statuto dei diritti del contribuente, in base ai dati dell'esperienza ormai consolidata, a partire dalla giurisprudenza e all'evoluzione del diritto europeo al riguardo; e di riproporne l'approvazione con legge rinforzata (legge di vedere quale dopo l'arresto sta andando alla è io posso organica) con le stesse modalità con cui nel 2012 si era dato ingresso nell'ordinamento alla legge di attuazione della riforma dell'art. 81 Cost. (Legge 24 dicembre 2012, n. 243)

Questa esigenza emerge in tutta la sua evidenza nello scadimento della giurisprudenza tributaria di legittimità, incapace di offrire un'interpretazione del diritto tributario vivente dotata di un minimo di stabilità, in aderenza ai principi. Basta pensare agli sbandamenti che hanno caratterizzato la giurisprudenza delle Sezioni Unite in tema di obbligo del contraddittorio endoprocedimentale.

Una vicenda peraltro marginale rispetto alle criticità del sistema evidenziate in queste note.

Quel che preoccupa non è l'incompatibilità tra quanto stabilito dalle Sezioni unite con la prima decisione del 2013, che aveva riconosciuto al contraddittorio il carattere di principio fondamentale dell'ordinamento, estensibile anche ad ipotesi non previste dal legislatore in modo espresso, e la brusca marcia indietro della sentenza delle Sezioni Unite del 15 dicembre u.s., che limita il contraddittorio alle sole imposte armonizzate.

E' piuttosto l'affermazione apodittica fatta propria da una parte della dottrina, che, poiché l'armonizzazione fiscale europea non si estende alle imposte dirette, dobbiamo abituarci a convivere e a ragionare nella logica di una pluralità di ordinamenti distinti. In base a questo singolare assunto nelle imposte non armonizzate, il principio del buon andamento della PA, richiamato nell'art. 97 della Costituzione, non avrebbe ingresso; trasformando per questa via il principio di eguaglianza in un optional. Perdendo di vista che le norme generali sul procedimento amministrativo (legge n.241/1990 e legge n.15/ 2005) si estendono, salvo deroghe espresse, a tutte le Amministrazioni, compresa, per questi profili, a quella Tributaria.

Aspetto questo che sfugge infatti all' ultima decisione del dicembre 2015 delle Sezioni Unite sul contraddittorio endo-procedimentale; con l'effetto che essa obbliga l'Amministrazione finanziaria a duplicare gli avvisi di accertamento, con aggravio di costi, in contrasto con l'art. 97 della Costituzione, in tutte le ipotesi di accertamento che riguardi sia le imposte dirette sia l'IVA.

Quanto un ragionamento di questo tipo, fatto proprio dalla sentenza delle Sezioni unite del 15 dicembre 2015, sia compatibile con l'articolo 3 della Costituzione, in punto di ragionevolezza, resta un mistero. Argomento centrale della nuova, articolata e motivata ordinanza di rinvio alla Corte costituzionale della questione, decisa dalla Commissione tributaria regionale della Toscana a fine 2015.

Vi è un altro aspetto che mi preme di sottolineare, che rende urgente la revisione dello Statuto del contribuente, e la sua approvazione con legge organica, in modo da definire alcuni principi, che non possono essere affidati ad interpretazioni contingenti. Se si esaminano separatamente la prima decisione delle Sezioni Unite sul contraddittorio del 29 luglio 2013, quella che ne dà l'interpretazione più estesa, e l'ultima del dicembre 2015, che ne limita l'applicazione alle sole imposte armonizzate, ci si potrebbe limitare ad esprimere una preferenza per l'una piuttosto che per l'altra. In definitiva si tratta di questioni interpretative che presentano sempre qualche margine di opinabilità.

Ma, va detto con chiarezza, dopo la sentenza n. 132/2015 della Corte costituzionale, l'ultimo approdo sul tema da parte delle Sezioni Unite del 15 dicembre 2015, assume un rilievo particolare, del tutto asistematico, che lo rende per un profilo, eversivo.

La Corte costituzionale con la sentenza n. 132/2015, aveva dichiarato inammissibile la questione di costituzionalità posta nell'autunno 2013 dalla sezione tributaria della Cassazione, per scardinare il *decisum* delle Sezioni Unite del luglio di quello stesso anno. Il cui contenuto, sul punto relativo al carattere immanente al sistema del principio del contraddittorio, era stato fatto proprio, senza alcuna limitazione, da parte della Consulta.

La questione sollevata dalla Sezione tributaria della Cassazione riguardava la pretesa l'illegittimità di una norma (l'articolo 37-bis del d.p.r. 600 del 1973) in tema di elusione, rispetto alla corrispondente fattispecie di abuso del diritto tributario, di elaborazione giurisprudenziale. Il contrasto con l'articolo 3 della Costituzione, era determinato dal fatto che l'articolo 37-bis, prevedeva, una serie di garanzie procedurali ai fini del riconoscimento dell'inopponibilità di un'operazione elusiva, che, la Cassazione non aveva esteso all'abuso del diritto di origine giurisprudenziale. Di qui la richiesta, sorprendente, di invocare la violazione del principio di eguaglianza per espungere dall'ordinamento una norma maggiormente garantista.

Una prospettiva, che non mi sembra avesse precedenti, che la Corte costituzionale ha respinto su tutta la linea.

La sentenza della Consulta, infatti, non si è limitata a dichiarare inammissibile il quesito sottoposto dalla Cassazione al suo esame; ha anche affermato, facendo proprie le motivazioni della precedente sentenza delle Sezioni unite del 2013, che il principio del contraddittorio rappresenta un principio immanente al sistema; indi estensibile anche ad ipotesi non espressamente indicate in una legge tributaria.

Ovviamente nessuno mette in dubbio il diritto della Cassazione di offrire l'interpretazione costituzionalmente orientata di qualsiasi norma dell'ordinamento; con il limite tuttavia che questa interpretazione non sia stata già dettata dalla Corte costituzionale. Diversamente si determinerebbe una vera e propria invasione di campo, e un conflitto tra poteri: ennesima spia di una condizione diffusa di incertezza istituzionale, dalla quale è necessario uscire al più presto.

Anche per questo motivo è particolarmente apprezzabile l'ordinanza della Commissione Tributaria regionale della Toscana, che con una motivazione rigorosa, ha rimesso alla Consulta la valutazione dei limiti all'applicazione del contraddittorio in materia tributaria, fissati dalla sentenza delle Sezioni Unite del 15 dicembre 2015, per contrasto con l'articolo 3 della Costituzione.

Quel che rileva in questa vicenda, che va molto al di là della questione del

contraddittorio, e rende urgente la revisione dello Statuto del contribuente e la sua approvazione con legge organica, è determinato dall'incertezza che accompagna in campo tributario l'applicazione dei principi, di cui il contraddittorio endoprocedimentale è soltanto un aspetto. Basta ricordare tra gli altri la sostanziale incompatibilità tra il modello processuale di doppio binario sanzionatorio, amministrativo e penale vigente, e il divieto posto dal principio di civiltà giuridica immanente al sistema, "ne bis in idem", che il nostro sistema di giustizia tributaria non rispetta in una pluralità di situazioni rilevanti.

Ho richiamato questi aspetti giuridici per i riflessi negativi che queste incertezze determinano sull'economia reale ed in definitiva sulla capacità di attrarre investimenti dall'estero; un elemento centrale per favorire la crescita in un'economia mondializzata.

4. Crisi della legge e origini giuridiche della crisi fiscale

Di crisi fiscale è possibile parlare da una pluralità di angoli visuali diversi, a seconda che si considerino gli effetti economici, sociologici, politici, distributivi; sociali, giuridici, dell'ordinamento tributario. Ciascuno di questi profili ha una sua precisa rilevanza, riferibile al campo di indagine osservato.

Il profilo giuridico ha invece questa particolarità, di non limitarsi a utilizzare la tecnica giuridica indispensabile per costruire un determinato tributo, sulla base di input, riferibili ai diversi obiettivi che il decisore politico intende realizzare. Il ruolo del diritto, infatti, di cui la tecnica giuridica costituisce soltanto uno strumento, è ben più ampio; deve non solo contemperare i diversi obiettivi politici, economici e sociali sottostanti a ciascun tributo, ricomponendoli ad unità; deve anche assicurare la rispondenza degli strumenti tecnici adottati, ai principi fondamentali dell'ordinamento tributario.

Il che, in buona sostanza equivale a dire che, il diritto tributario deve non solo assicurare che la normativa sia conforme ai principi, ma che vi corrisponda in fatto (articolo 3 Cost.), attraverso effetti che non si pongano in contrasto con i principi

stessi.

Una centralità dunque, quella del diritto nel campo dei tributi, che nessun altro profilo settoriale, per quanto importante, può permettersi di ignorare.

Questo aspetto viene talvolta trascurato anche dagli studiosi del diritto tributario, quasi che il problema degli effetti dei tributi sia qualcosa di estraneo, di esterno al diritto tributario. Si tratta a mio parere di un errore di prospettiva, alimentato da una interpretazione dilatata della nozione stessa di discrezionalità del legislatore in campo tributario, che tende a svalutare la funzione di garanzia assicurata dei principi costituzionali.

Come vedremo di seguito, il fatto che in un determinato anno le entrate tributarie crescano nel loro complesso, più di quanto aumenti il PIL, costituisce un indice dell'elasticità del sistema rispetto al reddito, ovvero di una manovra fiscale finalizzata a rallentare la domanda per obiettivi di politica economica, ma non un elemento iniziante di un profilo distributivo illegittimo. Tuttavia se nello stesso periodo l'aumento dell'imposta personale sui redditi è pari all'intero aumento del PIL dello stesso periodo, come è avvenuto nel 2015, si pone un problema di conformità dell'imposta ai principi costituzionali, a partire dall'articolo 53 della Costituzione che dovrebbe assicurare la parità dei contribuenti rispetto alla legge tributaria.

In buona sostanza la criticità degli effetti di un determinato tributo non è questione priva di rilevanza giuridica. Spetta ai giuristi dare una risposta chiara a questi problemi, individuando le antinomie che impediscono di conformare il sistema al principio di capacità contributiva.

In Italia, a partire dagli anni '90 del secolo scorso, in parallelo con l'aumento della pressione fiscale, l'attenzione ai profili giuridici dei tributi è andata via via scemando, prevalendo valutazioni economiche di corto respiro; quasi che un sistema tributario destinato a finanziare una società ed un'economia avanzate, possa prescindere da un sistema di regole coerente con i principi fondamentali dell'ordinamento tributario e con le condizioni economiche e sociali della Comunità di cui è chiamato a finanziare la spesa pubblica.

Questo processo, era stato in parte favorito dalla perdita di centralità del Parlamento, nella stagione che aveva condotto all'eclissi della prima Repubblica e all'introduzione di una legge elettorale maggioritaria. Una conseguenza, probabilmente inevitabile, di una più vasta crisi politica, che non poteva non concentrarsi sull'istituzione più rappresentativa della prima Repubblica.

Una tendenza che può essere letta anche diversamente. Vale a dire che siano state le politiche concertative dominanti negli anni in cui occorreva riequilibrare i conti pubblici, per non mancare all'appuntamento con l'euro, ad affievolire sia il ruolo del diritto nelle vicende che attengono ai tributi, sia quello del Parlamento, chiamato a ratificare scelte prese altrove, in uno snodo cruciale del potere nelle democrazie parlamentari.

Si può parlare di crisi fiscale in senso giuridico, quando gli effetti prodotti dall'ordinamento tributario, appaiono distonici rispetto agli obiettivi economico sociali fissati dalla nostra Carta fondamentale. Una condizione che può verificarsi, sia all'interno di un singolo tributo, per effetto delle asimmetrie determinate dalla stratificazione nel corso del tempo di una legislazione dal carattere asistemico; sia per la mancanza di coordinamento tra le diverse imposte che può condurre a forme squilibrate di imposizione in contrasto con i principi costituzionali.

In buona sostanza, nelle pagine che seguono cercherò di evidenziare sinteticamente alcune criticità dell'attuale ordinamento tributario. Si tratta di questioni che, nei limiti in cui attengono all'indirizzo politico, inevitabilmente offrono il fianco a valutazioni di tipo politico, in parte estranee al diritto. Tuttavia questo aspetto, può rimanere sullo sfondo, perché ha coinvolto tutti i governi che si sono succeduti nell'arco dello scorso decennio. Le valutazioni critiche su cui mi soffermerò nelle pagine seguenti, pur presentando un profilo anche politico, non consentono di parlare di sistema tributario, per il carattere episodico della legislazione, per l'assenza di coordinamento tra le diverse imposte, da ultimo per la scarsa attenzione ai valori giuridici, a partire dal fondamentale principio di eguaglianza di fronte alla legge tributaria.

Un esempio chiarirà meglio l'approccio che intendo dare a quest'aspetto

centrale dell'indagine. Se si guarda all'imposta personale sul reddito complessivo (IRPEF), l'imposta dovuta può essere determinata con una pluralità di strumenti diversi, tra cui spiccano le aliquote progressive a scaglioni di reddito, le deduzioni dall'imponibile, e le detrazioni d'imposta.

In genere nei paesi avanzati, dall'insieme dei redditi prodotti dal contribuente per ciascun periodo d'imposta, si deducono una serie di importi, per tener conto del principio di capacità contributiva.

A titolo puramente esemplificativo indico qualche esempio tra i più diffusi di deduzione: 1° la quota di reddito non imponibile, in quanto inferiore al minimo vitale; 2° le spese sostenute per i carichi familiari; 3° quelle socialmente rilevanti, quali le spese mediche, quelle per l'aggiornamento culturale, quelle relative all'acquisto dell'abitazione o a forme di previdenza integrativa; 4° le spese relative ai trasporti per recarsi al lavoro. Ovviamente le diverse legislazioni possono prevedere molte altre tipologie di deduzione sulla base di specifiche esigenze di pubblico interesse. Questo modello è il più diffuso tra i nostri partner europei.

È possibile ottenere il medesimo risultato anziché con deduzioni dall'imponibile, con detrazioni d'imposta in cifra fissa: quest'ultimo modello era quello vigente in Italia dal 1971 e fino alla riforma introdotta con la legge n.80/2003.

Quest'ultima aveva sostituito le detrazioni d'imposta in cifra fissa, con deduzioni dall'imponibile, decrescenti in funzione del reddito prodotto, allo scopo di assicurare l'esenzione della quota di reddito corrispondente al cd. "minimo vitale" e ai "carichi familiari" e una maggiore progressività del tributo. La scelta per l'uno o l'altro modello costituisce una manifestazione di discrezionalità del legislatore, sulla quale si possono esprimere preferenze, tuttavia prive di rilevanza sotto il profilo giuridico.

Nel 2006, con la legge finanziaria per il 2007, il legislatore aveva abbandonato il sistema di deduzioni in vigore dal 2003, ed era tornato al vecchio modello "concertativo" di detrazioni d'imposta, tuttavia non più in cifra fissa, ma rendendole decrescenti come le deduzioni che andava a sostituire. A prima vista

non sembrerebbe sia cambiato nulla; in realtà se si esamina con più attenzione questo nuovo schema, ci si rende conto che questo ha comportato una serie di modifiche strutturali all'impianto dell'imposta, che ne ha mutato profondamente i profili distributivi, per di più in modo non trasparente.

A partire dalle aliquote implicite, cioè quelle effettivamente a carico del contribuente, che aumentano al tasso di decrescita delle detrazioni (l'aliquota del primo scaglione è pari al 23%; a questa in ogni caso si aggiunge un altro 3%, per effetto del carattere decrescente della detrazione personale e un altro 1% per i carichi familiari).

Una modifica introdotta con la motivazione di ridurre i vantaggi per i redditi più elevati, favoriti dalla riforma del 2006; in realtà per aumentare il gettito dell'IRPEF, innanzitutto a carico dei redditi più modesti, nascondendone gli effetti; una soluzione ai limiti dell'illegittimità costituzionale per quanto attiene al profilo delle aliquote, modificato in termini non trasparenti, anzi in contrasto con i principi di affidamento e buona fede.

Vi è un altro aspetto di questo cambiamento strutturale dell'IRPEF, poco osservato, che si riferisce alle addizionali regionale e comunale all'IRPEF. L'abolizione della "no tax area", e della "family area" e la sostituzione con una detrazione d'imposta decrescenti, aveva infatti attratto all'area dell'imponibilità. la quota di reddito in precedenza non tassata, in quanto rientrante nella "no tax area" e nella "family area".

In effetti, con il passaggio dal sistema di deduzioni vigente nel 2006, a quello in vigore, basato su detrazioni d'imposta, le addizionali regionale e comunale vengono attualmente calcolate sul reddito lordo, comprensivo della quota rappresentativa del minimo vitale e dei carichi familiari precedentemente esente. Un aumento delle addizionali a carico dei contribuenti ignari, per il quale, la legge non ha previsto alcuna ulteriore detrazione. Solo la Provincia Autonoma di Bolzano ha completamente esentato i redditi appartenenti al primo e al secondo scaglione ai fini delle addizionali locali.

Mettendo in rilievo un profilo di sicura illegittimità che riguarda oltre il 95 % della

popolazione italiana.

Un esempio classico di un uso distorto di strumenti di illusione finanziaria, per aumentare il gettito della principale imposta del nostro ordinamento tributario, occultandone gli effetti ai contribuenti. È appena il caso di ricordare che non tutti gli interventi che hanno caratterizzato la legislazione tributaria negli ultimi anni hanno assunto queste caratteristiche estreme. Tuttavia la stratificazione delle modifiche tributarie nel corso del tempo ha fatto sì che le disparità di trattamento che caratterizzano attualmente le principali imposte, a partire da quelle sui redditi personali e d'impresa, ma non solo, abbiano reso il sistema tributario sempre più squilibrato e per questa via anche scarsamente efficiente dal punto di vista degli effetti economici.

Per un'analisi dei profili giuridici dell'attuale crisi fiscale, finalizzata al suo superamento, occorre partire da alcuni principi comuni che erano alla base del costituzionalismo liberale dell'ottocento e che sono stati trasfusi, amplificandone la portata garantista, finalizzata alla rimozione delle diseguaglianze, nelle Costituzioni contemporanee.

Penso innanzitutto alla separazione del potere di spendere, affidato al governo, rispetto a quello di imporre i tributi, attribuito ai parlamenti; e al principio di proporzionalità nel concorso ai carichi pubblici, che costituzionalizzava il principio della parità di trattamento dei contribuenti nelle leggi tributarie, fissato in primis nella Carta dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1791 e trasfuso nell'articolo 25 dello Statuto del Regno.

Si tratta di principi che, anche in Italia, hanno contribuito alla nascita e allo sviluppo dello Stato unitario; la cui ricostruzione, dal punto di vista del diritto tributario è stata descritta con sensibilità storica e impegno civile da Gianni Marongiu. Principi trasfusi, nell'equilibrio reso possibile dal rinnovato quadro istituzionale, nella Costituzione del 1948, che la crisi istituzionale degli ultimi 25 anni, non ha modificato sul piano formale; che tuttavia trovano nelle leggi tributarie vigenti riscontri parziali, comunque non coordinati a sistema, indigeni senz'anima.

La prima evidente ragione deve leggersi nella crisi della legge, un portato della mondializzazione dell'economia, determinata dal fatto che molte tra le decisioni che hanno maggiore influenza sullo sviluppo delle società contemporanee, a partire dalla regolazione degli interessi economici, vengono prese al di fuori del Parlamento, alimentando l'eclissi della funzione parlamentare, tradizionale baluardo, in base al principio della riserva di legge tributaria, della separazione dei poteri. D'altra parte la crescita del debito pubblico, non solo in Italia negli ultimi anni, ha rappresentato un indizio della resistenza delle Assemblee parlamentari ad autorizzare continui incrementi della pressione fiscale.

Una condizione riscontrabile anche in Italia, a cui tuttavia non sempre ha corrisposto, in parallelo, un uguale attenzione al rispetto dei principi di capacità contributiva e di parità di trattamento dei contribuenti nella legislazione tributaria ordinaria; la sola fonte legislativa nella quale le Camere hanno mantenuto il controllo dei contenuti della normazione.

Questa perdita di funzioni e di potere è il risultato di un processo lento e graduale, in seguito alla crisi della prima Repubblica, a cui hanno contribuito anche alcune decisioni politiche; dall'elezione diretta dei sindaci, all'introduzione di una legge elettorale maggioritaria per l'elezione delle Assemblee legislative.

Se il punto di partenza delle crisi del sistema parlamentare, ha coinciso con la crisi della prima Repubblica, questo processo è stato accentuato dalla trasformazione in senso maggioritario della legge elettorale, ed è stato amplificato ulteriormente dalla legge Calderoli, che ha condotto alla designazione dell'insieme degli eletti da parte dei partiti, sottraendola alla scelta degli elettori.

Questa condizione anomala che ne aveva ulteriormente ridotto la rappresentatività, è stata aggravata nel corso del tempo dallo svuotamento della funzione legislativa, specie quella economica, trasferita alle Regioni, in seguito alla riforma del titolo V° della Costituzione.

Una riforma priva di equilibrio e dei necessari raccordi con la prima parte della Costituzione, che non ha retto all'accelerazione del processo federalista impresso dalla maggioranza di centrodestra nel pieno della crisi finanziaria internazionale,

nel biennio 2008 -2009.

La lunga emergenza economica che ne è seguita, non ha certo contribuito ad un recupero di ruolo da parte del Parlamento, in tempi a noi vicini.

Nelle scelte relative alla politica tributaria, su cui si concentrerà la nostra attenzione, questo trasferimento di potere, sembra aver favorito l'Esecutivo; ma si tratta di un dato soltanto apparente, di un'illusione ottica, perché il potere reale si è sempre più concentrato in realtà esterne, tuttavia non estranee alla politica.

Si pensi al ruolo di ispiratore della politica economica svolto dalla Banca d'Italia, con l'assunzione di responsabilità di governo da parte di propri dirigenti; o ai vertici dell'Agenzia delle entrate: i principali ispiratori delle decisioni più significative di politica tributaria adottate dai Governi negli ultimi anni.

Per l'Agenzia delle entrate in particolare, si tratta di una trasformazione impropria che non deve sorprendere, in una lunga stagione di strette fiscali, dopo gli anni in cui le principali forze politiche avevano identificato la politica tributaria con la promessa di ridurre le imposte.

Un ulteriore indizio dell'affievolimento della funzione del Parlamento nel campo dei tributi è rappresentato dalla pratica scomparsa, tra le fonti normative, della legge ordinaria. Dei decreti legge, diventati la fonte primaria di produzione di norme di iniziativa del Governo e della crescente difficoltà di esercizio di una effettiva azione di controllo da parte delle Camere, nell'esame delle leggi di conversione, mi sembra superfluo soffermarsi, tanto appaiono scontate le conclusioni. E non basta, perché anche l'esercizio della delega sulla riforma del sistema tributario dello Stato, approvata nell'arco di due legislature, per l'iniziativa e la spinta di quattro governi diversi, ha visto, anche per questa condizione anomala, affievolirsi ulteriormente il potere di controllo sull'evoluzione della legislazione tributaria da parte delle Assemblee legislative.

In buona sostanza la legge delega non aveva alla base un organico progetto di riforma del sistema tributario dello Stato come nel 2003; era stata infatti presentata poco prima delle dimissioni nell'autunno 2011 dal Ministro dell'Economia Tremonti, in seguito alla crisi del debito pubblico italiano, esplosa

nell'estate 2011, con l'obiettivo di riprendere il processo riformatore del 2003.

Ma il tempo era scaduto, e il progetto non si sottraeva alla critica di rappresentare un diversivo per distogliere l'attenzione dell'opinione pubblica dalla crisi politica che aveva investito la maggioranza di centro-destra nell'estate di quell'anno e dalle gravi difficoltà dell'Italia, alle prese con attacchi speculativi al proprio debito sovrano.

5. L'esercizio della delega fiscale consolida il potere dell'Amministrazione, lasciando irrisolte le antinomie tra principi e leggi tributarie

5.1. La delega fiscale dimentica la giustizia tributaria

Non è questa la sede per un esame neppure a volo d'uccello dell'esercizio della delega fiscale, in attuazione della legge n.12/2014, di cui il Governo ha approvato i decreti delegati nella seconda parte del 2015. Mi limiterò semplicemente ad evidenziare alcuni problemi maggiori, tuttora aperti, che la delega ha del tutto ignorato.

Dal punto di vista degli interessi della produzione, seguiti con comprensibile attenzione dai mass media e dalle rappresentanze degli interessi economici, i decreti delegati hanno introdotto alcune novità largamente attese dal mondo delle imprese.

Basta ricordare tra gli altri la delimitazione legislativa dell'abuso del diritto tributario; il decreto sull'internazionalizzazione, che rende maggiormente attrattivi gli investimenti dall'estero in imprese italiane; l'aumento delle soglie di punibilità in tema di sanzioni, che tuttavia ha lasciato insoluti una serie di problemi, aprendone di nuovi. Mi riferisco in particolare al rapporto tra sanzioni amministrative e sanzioni penali, e alla difficile convivenza con il modello di doppio binario amministrativo e penale che caratterizza il processo tributario e più in generale al sistema di giustizia tributaria.

Una giurisdizione domestica che, in una pluralità di situazioni, si pone in

contrasto con principi fondamentali del diritto europeo, in tema di giusto processo, a partire dall'apparenza di indipendenza, e dal divieto di bis in idem in campo penale. Senza dire dell'art. 111 Cost..

In altri casi poi, si pensi alla nuova regolamentazione dell'abuso del diritto-elusione, la normativa appare costruita in funzione di incorporare nella definizione legislativa della nozione di abuso del diritto tributario, la proliferazione incontrollata di ipotesi di abuso, emerse nella giurisprudenza della Sezione Tributaria della Cassazione, comprese quelle più fantasiose, dopo le sentenze gemelle delle Sezioni Unite del dicembre 2008.

Ne è derivata una definizione dilatata della nozione generale di abuso del diritto – elusione, caratterizzata da una serie di esclusioni e da elementi costitutivi non privi di contraddizioni, rispetto al ruolo di una disposizione di carattere generale.

In definitiva uno schema ritagliato sulle esigenze delle imprese di maggiori dimensioni, strutturalmente meglio attrezzate a sostenere le proprie ragioni nei confronti di fisco. Per le altre, la genericità e le contraddizioni che caratterizzano la nozione di abuso del diritto che ha assorbito anche quella di elusione, nell'assenza di confini chiari tra abuso del diritto e legittimo risparmio d'imposta, rende la libertà di scelta del regime fiscale più favorevole, una chimera.

La nuova normativa presenta infatti margini di opinabilità nel rapporto tra elusione, abuso del diritto e legittimo risparmio d'imposta, tali da spingere i contribuenti minori ad evitare il rischio di contenziosi e a far propria la soluzione più vantaggiosa per il fisco.

In ogni caso il sistema sanzionatorio che regola le diverse ipotesi di abuso del diritto, dopo l'entrata in vigore del D.Lgs n.128/2015, che esclude l'applicabilità di quelle penali, ma fa salve quelle amministrative, lascia aperti una serie di problemi in relazione ai limiti di applicabilità, a partire dal principio di proporzionalità, destinati ad alimentare nuove incertezze e ad aprire nuovi contenziosi.

Basta riflettere al fatto che nella maggioranza delle ipotesi delittuose disciplinate dal D.Lgs n.74/2000, non vi è alcuna differenza concettuale tra sanzioni amministrative e penali, salvo un livello soglia, superato il quale, alle

sanzioni amministrative comminate dal giudice tributario, si affiancano sanzioni penali di competenza del giudice ordinario. Un modello che, dando vita a un doppio binario sanzionatorio parallelo, amministrativo e penale, apre la strada a possibili conflitti con il divieto di ne bis in idem.

Una condizione singolare, con contraddizioni evidenti, perché è la stessa legge ad escludere l'equivalenza tra evasione ed elusione d'imposta, dal punto di vista contenutistico, nel momento in cui prevede espressamente l'inapplicabilità delle sanzioni penali all'abuso del diritto; mentre al di sotto della soglia applica le medesime sanzioni ad ipotesi di evasione ovvero di elusione fiscale. Una soluzione irragionevole in contrasto con l'art. 3 Cost..

Se si guarda invece al più ampio e delicato tema della tutela dei diritti dei contribuenti all'interno dell'ordinamento tributario, il bilancio è ancor meno soddisfacente.

Basta pensare che il decreto delegato sul processo tributario ha semplicemente ignorato il problema della mancanza di indipendenza dell'attuale organizzazione della giustizia tributaria; questione non banale, sulla quale pende un'ordinanza di rinvio alla Corte Costituzionale, da parte della Commissione Tributaria Provinciale di Reggio Emilia. Un'ordinanza ben costruita nell'impianto motivazionale, che ha concentrato l'attenzione critica sulla nozione di apparenza di indipendenza, come interpretata dalla Corte EDU, supportata da una serie di elementi tratti da un ampio ed approfondito lavoro del Prof. Marcheselli, sulla giurisprudenza della Corte di Strasburgo, su questo specifico tema.

Un chiaro segnale al Governo ad intervenire sul punto, utilizzando la delega fiscale, all'epoca ancora aperta, del tutto ignorato.

Con riferimento a questo specifico tema ci si potrebbe ad esempio domandare come mai, visto che la formazione professionale dei magistrati ordinari, sia che esercitino la funzione di giudice, sia quella di pubblico ministero è la stessa, (medesimo ciclo di studi universitari, unico concorso) in tempi di spending review, dovendo razionalizzare la spesa pubblica e migliorare la funzionalità di alcuni uffici giudiziari, non si consente che lo stesso magistrato eserciti

alternativamente, secondo necessità, magari a giorni alterni, sia la funzione giudicante sia quella requirente.

Credo non sia necessario possedere una sia pur minima cultura giuridica per darsi una risposta a questa domanda, volutamente provocatoria.

Bene, è quel che accade di continuo nella cosiddetta giustizia tributaria, in cui la maggior parte dei giudici tributari che provengono dalla magistratura, esercita la pubblica accusa nei tribunali della Repubblica e contemporaneamente quella di giudice nelle Commissioni tributarie.

In buona sostanza il nostro sistema di garanzie nel settore della giustizia tributaria, prevede che, nei giudizi in cui tra Stato e cittadini contribuenti si discuta del "mio e del tuo", lo Stato, in qualità di parte in causa, non solo si garantisce attraverso una giustizia domestica, inquadrata presso il Ministero dell'economia e delle finanze, ma affida la funzione di giudici tributari anche a magistrati che nell'esercizio della propria attività professionale rappresentano la pubblica accusa, quindi non sono giudici.

Una condizione paradossale, di cui nessuno parla, in plateale contrasto con le disposizioni della legge sull'ordinamento giudiziario, che accompagnano con una serie di guarentigie e limitazioni stringenti, il passaggio dei magistrati dalla funzione giudicante a quella requirente e viceversa.

A questo modello singolare di giustizia tributaria, difficilmente riconducibile ai dettami dell'articolo 111 della Costituzione, la legge ha affidato tra l'altro l'applicazione di sanzioni amministrative particolarmente afflittive, che, per la giurisprudenza europea, devono essere considerate a tutti gli effetti sostanzialmente penali. Su questo specifico punto vale forse la pena di aggiungere che non solo la giurisprudenza della Corte di Strasburgo, ma la stessa Corte di Giustizia dell'Unione europea, non fanno distinzione tra imposte armonizzate e non armonizzate, in quanto ritengono che la tutela dei diritti fondamentali costituisca il presupposto per consolidare lo sviluppo del Mercato Unico.

In questi giorni sembra che qualcosa si muova da parte della politica, sul tema

della riforma della giustizia tributaria, e della possibilità di istituire sezioni specializzate, nell'ambito della giustizia ordinaria. Il tema sembra fatto apposta per rispondere ad un'esigenza evidenziata fin dagli anni '50 del secolo scorso dai nostri Maestri, con quel che segue in termini di occasioni mancate e di disillusioni.

Nonostante questo credo che la vicenda presenta ambiguità tali, da dover essere interpretata con particolare prudenza; è vero che la qualità della giustizia delle Commissioni tributarie, è caratterizzata da elementi di evidente sofferenza, mentre dell'assenza di apparenza di indipendenza ho dato conto nelle pagine precedenti.

Il primo problema non è quale giudice (giudice speciale, giudice amministrativo, giudice civile), ma di istituire un giudice caratterizzato da un adeguato livello di conoscenza del diritto in genere e in particolare di quello tributario. Qualcosa che oggi semplicemente non esiste e che se si vuole incardinare nella giurisdizione ordinaria, occorre il tempo necessario per bandire un paio di corsi concorsi, idonei a formare magistrati competenti nella materia tributaria.

Allo stato attuale sembra si stia delineando un accordo tra il Governo e la magistratura associata per bandire 700 nuovi posti di magistrato ordinario e poi per l'istituzione di una serie di uffici dirigenziali nei tribunali e nelle Corti d'appello destinati alla giurisdizione tributaria, mentre nulla si dice sulla preparazione dei nuovi giudici tributari; obiettivamente un po' poco per non essere prudenti e soprattutto preoccupati. Preoccupa in particolare l'istituzione di un giudice monocratico scelto tra magistrati ordinari con il grado di magistrati di Corte d'appello, senza alcun riferimento ad una selezione basata sulla conoscenza del diritto tributario. Ennesimo paradosso di un paese in cui ci si ferma ai titoli senza guardare alla sostanza.

5.2. Delega fiscale, doppio binario processuale e violazione del principio "ne bis in idem": una questione non risolta

Da ultimo la questione dell'incompatibilità dell'attuale assetto della giustizia

tributaria con i principi del giusto processo regolati dall'articolo 111 della Costituzione, e dal diritto europeo, attraverso il trattato di Lisbona e la CEDU, è stata rilanciata dalla sentenza Grande Stevens.

In quella decisione la Corte di Strasburgo, per la prima volta con riferimento al nostro diritto interno, aveva ritenuto incompatibile con il fondamentale principio di civiltà giuridica nella materia penale, ne bis in idem, il modello di doppio binario sanzionatorio, amministrativo e penale regolato dall'articolo 183 del TUF, in tema di abusi del mercato. Decisione che nella sostanza si attaglia anche al sistema di doppio binario sanzionatorio, amministrativo e penale, regolato dal D.Lgs n.74/2000, che caratterizza l'ordinamento tributario del nostro Paese.

Occorre aggiungere per completezza, che la possibilità di una duplice condanna penale per gli stessi fatti, trae origine dalla circostanza che le sanzioni amministrative tributarie, per il loro contenuto afflittivo, non risarcitorio, sono considerate penali a tutti gli effetti, sia dalla Corte EDU, sia dalla giurisprudenza della Corte di giustizia europea, con specifico riferimento al diritto tributario. Con effetti diretti sul nostro ordinamento interno che soltanto la nostra Cassazione, persiste a non vedere o ritiene di poter applicare a giorni alterni.

Il riferimento va in particolare a quei principi fondamentali comuni del diritto tributario europeo, ai quali appartiene il diritto al contraddittorio; quest'ultimo infatti non attiene al presupposto economico delle diverse imposte, che potrebbe giustificare l'adozione di schemi di contribuzione diversificati in funzione dei diversi presupposti economici e delle diverse modalità di accertamento.

Risponde invece alla duplice esigenza, nella fase che precede l'accertamento, di consentire il più ampio esercizio del diritto di difesa e di assicurare per questa via, anche il buon andamento nell'esercizio dell'azione amministrativa, ai sensi dell'articolo 97 della Costituzione.

Per un inquadramento sistematico delle ricadute della sentenza Grande Stevens sulla materia tributaria, esaustivo anche per i puntuali riferimenti giurisprudenziali, si rinvia all'articolo di Irene Pini, pubblicato in questa rivista nel numero 5 di quest'anno. Qui basta ricordare che il regime sanzionatorio penale,

introdotto dal D.Lgs n.74/2000, aveva risolto il problema del concorso apparente di norme, sia attraverso il principio di specialità, regolato dall'articolo 19, sia con l'articolo 13, che introduceva una specifica attenuante per chi avesse assolto il proprio debito tributario, versando al fisco quanto dovuto (imposte evase e sanzioni) prima dell'apertura della prima udienza del processo penale.

L'elevata soglia di evasione stabilita per l'applicabilità delle sanzioni penali, e l'attenuante speciale prevista dall'articolo 13, rendeva marginale il rischio di una violazione del principio ne bis in idem. In buona sostanza l'opzione legislativa, anche se preordinata a favorire la riscossione dei tributi evasi e delle relative sanzioni, piuttosto che ad evitare il rischio di un duplice processo, amministrativo e penale, seguito da una duplice condanna per gli stessi fatti, incompatibile con il divieto di bis in idem, rendeva marginale il rischio di una violazione di questo antico principio di civiltà giuridica.

La straordinaria intensità della recessione nel biennio 2008/09, e il suo ulteriore aggravarsi dal 2012 in poi, particolarmente avvertita dalle attività minori e il livello modesto delle soglie di punibilità, ulteriormente ridotte dal governo Monti, aveva condotto nell'arco di pochi anni a una moltiplicazione dei procedimenti penali e all'emersione di un ampio ventaglio di posizioni caratterizzate da un diverso grado di responsabilità, fino all'inesistenza. Alimentando una variegata giurisprudenza, i cui esiti erano determinati in larga misura dalla sensibilità dei giudici.

Un impiego improprio della sanzione penale, strumentale rispetto all'obiettivo di agevolare la riscossione delle Imposte dovute, senza alcuna valutazione delle conseguenze in termini di ragionevolezza che avrebbe determinato, colpendo con la medesima sanzione situazioni tanto diverse tra loro. Di tutto questo vi è ampia traccia nella giurisprudenza, sia di merito, sia di legittimità.

In definitiva una scelta legislativa discutibile, disattenta ai principi, a partire da quello di proporzionalità, introdotta a tutela dell'interesse fiscale, come surrogato della mancata attività di controllo dell'Amministrazione finanziaria, sull'attività delle imprese..

Il tema qui richiamato, relativo alla compatibilità costituzionale della normativa

tributaria vigente, con il principio ne bis in idem, non ha trovato ancora una soluzione soddisfacente, dal punto di vista legislativo, in attesa di una pronuncia sul punto della Corte Costituzionale. Tuttavia non è detto che il nodo sarà realmente sciolto dalla Consulta; la dottrina penalista che si è pronunciata sulla questione, ritiene che l'esito più probabile sia una dichiarazione di inammissibilità della questione per difetto di rilevanza. In ogni caso un ulteriore chiarimento circa l'estensibilità al settore tributario della pronuncia Grande Stevens, dovrebbe giungere tra breve da parte della CGE, che dovrà pronunciarsi in tema di imposta sul valore aggiunto. (Il primo contributo sulla vicenda Grande Stevens è stato pubblicato in questa Rivista, n. 5, 2014, dalla dott. Maria Villani, " Il principio di legalità e le nuove frontiere aperte dal diritto europeo"; per ulteriori approfondimenti si rinvia all'ampio saggio della stessa Autrice, "La giustizia tributaria tra esigenze pratiche e vincoli di diritto interno ed europeo del giusto processo" in corso di pubbl. in Dir. e Pratica Tributaria, n. 3 -2016)

Una conferma di questa valutazione critica sulla funzionalità dell'attuale sistema sanzionatorio, vessatorio e inefficace, viene dalla lettura di pochi dati, comunicati ad inizio di febbraio in una audizione al Senato dal direttore di Equitalia, Ruffini. Bastano pochi numeri per confermarsi nell'idea che i mirabolanti successi che avrebbero accompagnato le politiche di contrasto all'evasione, messe in atto dall'Agenzia delle entrate negli ultimi anni, escono quanto meno fortemente ridimensionati. Mentre nulla si dice sui riflessi negativi che quelle politiche hanno comportato per lo sviluppo dell'economia nel suo insieme.

In 15 anni, tra il 2000 e il 2015 sono stati iscritti a ruolo 795 miliardi di imposte dovute dai contribuenti; (con i contributi sociali la cifra sfiora i 1100 miliardi di euro) di questi 175 miliardi sono stati cancellati in quanto indebiti (pari al 23%); restano 620 miliardi di euro di imposte dovute, da cui occorre sottrarre quelle a carico di contribuenti falliti, deceduti o nullatenenti; così il dato scende ulteriormente a 343,7 miliardi, poco più della metà. Da questa somma ancora consistente, circa il 70%, pari a 242,9 miliardi, è risultato irrecuperabile in fase di esecuzione.

In definitiva partendo da circa 800 miliardi di imposte iscritte a ruolo e da 620

miliardi di imposte sicuramente dovute dai contribuenti, a fine 2015, in un quindicennio lo Stato ne ha incamerati effettivamente solo 35,3 miliardi, mentre altri 14,5 dovrebbero essere incassati nei prossimi anni, in base ai programmi di rateizzazione in corso.

In conclusione secondo il Dott. Ruffini, responsabile di Equitalia, restano ancora 30,7 miliardi (non ancora lavorati) che presentano prospettive favorevoli di recupero: il che significa che dopo 15 anni, se non vi saranno altri imprevisti, l'Amministrazione finanziaria potrà riscuotere al massimo 80 miliardi, probabilmente meno, su un totale di 795 miliardi di imposte accertate e di 620 miliardi di imposte effettivamente dovute. Il bilancio di una politica tributaria fallimentare, sia dal punto di vista dei contenuti, con un'economia obbligata a muoversi con il freno a mano tirato, sia della sua gestione. in cui la "scoperta" dell'evasione conduce i contribuenti (in genere le imprese) al fallimento.

Un apparato fiscale che, tra accertamenti dell'ultima ora, aggressioni dei beni dei contribuenti, formalmente cautelari, nella sostanza punitive, ed un apparato sanzionatorio amministrativo in cui non vi è traccia del principio di proporzionalità, ha prodotto solo accertamenti gonfiati, contribuenti nullatenenti e fallimenti reali, con incassi a favore del fisco che non riescono a sfondare il muro del 5%!!! rispetto a quanto accertato. Il tutto con tempi biblici.

6. Lo scambio dei ruoli tra il Governo e l'Amministrazione finanziaria nelle decisioni di politica tributaria, accentua gli squilibri distributivi delle principali imposte, soffocando la ripresa

6.1. L'assenza di guida politica del fisco affida all'Amministrazione finanziaria un ruolo improprio che amplifica le antinomie dell'ordinamento tributario

Uno dei motivi che rendono almeno in parte diversa l'attività dell'Amministrazione finanziaria italiana rispetto a quella degli altri grandi Paesi europei, è legato al modello di gestione dei tributi assegnato all'Amministrazione

finanziaria, dopo la riforma del 1971. Un modello nel quale l'Amministrazione svolgeva un ruolo attivo nella definizione del dovuto, soltanto ex post, in sede di accertamento.

Uno schema impositivo finalizzato ad escludere la partecipazione dell'Amministrazione finanziaria nella fase della dichiarazione, lasciata alla responsabilità esclusiva del contribuente; l'azione amministrativa nella gestione dei tributi interveniva solo in una seconda fase, eventuale, nell'esercizio dell'attività di controllo. La scelta di questo modello era stata motivata in sede di riforma con l'obiettivo di evitare collusioni tra Amministrazione finanziaria e contribuenti, nella fase della determinazione dell'imposta.

Un modello che, in realtà tanto diverse rispetto all'inizio degli anni '70 del secolo scorso, presenta ormai una serie di limiti, proprio in funzione dell'agire dell'Amministrazione, nei procedimenti caratterizzati da rapporti di tipo partecipativo, finalizzati a evitare lo sbocco delle attività di accertamento con il ricorso al contenzioso.

Questo schema, nel corso del tempo aveva subito molteplici trasformazioni, con l'introduzione di strumenti tecnici finalizzati a favorire l'emersione di base imponibile, nei settori economici in cui la determinazione del dovuto era affidata alla sola dichiarazione dei redditi, predisposta annualmente dai contribuenti.

Fece così capolino nel nostro ordinamento tributario, la minimum tax, indi le prime forme di redditometro, fino all'avvio, all'inizio degli anni '90, di una fase di stabilizzazione del sistema, intorno agli studi di settore.

Un processo necessariamente graduale di affinamento, che aveva condotto negli anni 2000 alla loro estensione alle imprese con un volume d'affari annuo non superiore ai 5 milioni di euro (elevabile in base alla legge a 7 milioni e mezzo).

La maggiore attendibilità degli studi era stata favorita dalla legge n.80/2003, che aveva delegato il Governo ad un'ampia riforma del sistema tributario dello Stato; dai condoni che avevano accompagnato l'avvio della riforma e dalla conseguente revisione degli studi stessi.

Questo era il quadro di riferimento che aveva condotto, in seguito

all'approvazione della legge n.80/2003, a un taglio delle imposte di oltre 18 miliardi di euro, tra il 2003 il 2006, concentrato in prevalenza sui redditi più modesti e medi e su quelli familiari, e a una sensibile riduzione della pressione fiscale. Un risultato particolarmente significativo perché era stato accompagnato nel 2006 da un incremento delle entrate tributarie di 37,8 miliardi, con un'economia in crescita del 2%.

Un incremento del gettito più che doppio rispetto alle previsioni di bilancio, attestate in quell'anno a +15,5, miliardi, determinato da una pluralità di misure che, negli anni precedenti, avevano favorito l'allargamento degli imponibili nelle imposte sui redditi, con effetti benefici anche sul gettito degli altri tributi, a partire dall'IVA. Uno scostamento così ampio, tra previsioni e consuntivo, nel campo delle entrate, per di più in un anno di elezioni generali, in cui il governo ha interesse a presentarsi agli elettori con un bilancio positivo, desta sorpresa.

Indica comunque una perdita di controllo della dinamica dei tributi sottoposti a interventi correttivi, da parte dell'Amministrazione finanziaria, che avrebbe dovuto mettere in guardia i governi che si sono susseguiti nel periodo successivo. Una conferma in questo senso dell'incapacità di governare gli effetti delle manovre sui tributi, da parte dell'Amministrazione finanziaria, è rappresentato dalla riforma dell'IRPEF del 2007, che ha avuto effetti opposti rispetto agli obiettivi dichiarati dal governo, penalizzando i redditi da lavoro dipendente che la riforma intendeva salvaguardare.

È andata, se possibile, ancora peggio con le misure fiscali adottate tra la seconda metà del 2011 e il 2012 dai governi Berlusconi e Monti, sproporzionate rispetto alle necessità di riequilibrio del bilancio e fortemente regressive sul piano dei contenuti. Ricordo, proprio con riferimento agli effetti della manovra di bilancio del 2012 che molti economisti non riuscivano a spiegare come una manovra di bilancio pari a una trentina di miliardi di euro tra aumenti di entrate e tagli della spesa pubblica avesse comportato un calo del PIL di proporzioni più che doppie rispetto quanto normalmente osservato in manovre di questo genere.

Personalmente sono sorpreso della sorpresa; accanto ad una manovra di

bilancio non irrilevante dal punto di vista quantitativo, occorre non dimenticare che la seconda metà del 2011 era stata caratterizzata da una serie di aumenti delle imposte indirette. Se a questo si aggiunge che la manovra di bilancio era stata particolarmente regressiva sia dal lato della spesa pubblica sia da quello delle imposte, ci si rende conto che l'anomalia non era stata rappresentata dagli effetti della manovra, ma dal suo contenuto completamente svincolato da qualsiasi riferimento al principio di capacità contributiva.

Ritornando ai dati del gettito registrati dalle principali imposte nel 2006, si può aggiungere che, la crescita delle entrate, più che doppia rispetto alle previsioni di bilancio, non era del tutto imprevedibile, ed avrebbe richiesto da parte della politica una riflessione attenta, ed ulteriori misure per consolidare quel risultato; a cui avevano contribuito in misura maggiore proprio i redditi soggetti a dichiarazione nell'IRPEF e nell'IRAP. Quel percorso fu invece interrotto quello stesso anno dal cambio della maggioranza parlamentare e dall'avvento del Governo Prodi.

Chi è interessato a ripercorrere i dettagli e i costi economici di quella svolta, che può essere tranquillamente definita dal punto di vista tributario una controriforma, introdotta per di più con modalità improprie, nella legge finanziaria per il 2007, in un corpus di quasi 1400 articoli, sottraendone ogni possibilità di controllo al Parlamento, può trovare ampia documentazione in articoli pubblicati in questa rivista in quegli anni.

Qui basta ricordare che l'abbandono di fatto degli studi di settore, a partire dal 2008, aveva trovato una giustificazione nella loro inattendibilità, per effetto della prolungata recessione che aveva colpito l'Italia in quegli anni, di cui occorreva occultare le origini, anche tributarie.

Ma come spesso accade, la realtà era più complessa, perché il loro accantonamento aveva risposto a una precisa scelta politica. Dopo l'estensione della loro applicazione alle società di capitali, e l'ulteriore affinamento dei parametri che conducono alla determinazione del reddito di riferimento per ciascun settore economico, in parallelo con l'esercizio della delega sulla riforma del sistema tributario dello Stato, stabilita dalla legge n.80/2003, a partire dal

2007, il Governo Prodi, ne aveva trasformato in modo significativo i meccanismi di funzionamento, snaturandone la funzione.

Questo processo si basava su un'ulteriore incremento dei parametri di calcolo del reddito presuntivo, attraverso gli studi di settore, rivisti verso l'alto appena un anno prima e sulla loro applicazione retroattiva ai redditi prodotti nell'anno precedente (il 2006).

Una scelta essenzialmente politica, di legittimità assai dubbia, accompagnata dal loro irrigidimento (era sufficiente lo scostamento di un anno per essere sottoposti a accertamento) finalizzata a far assumere agli studi di settore la funzione di un catasto anomalo, da utilizzare per la determinazione presuntiva del reddito dei lavoratori autonomi, delle imprese individuali e di quelle minori.

Questa forzatura, va ricordato, era stata respinta con decisione dalla giurisprudenza di legittimità, per l'evidente inadeguatezza dello strumento impiegato.

Ne era seguito, complice la recessione, ma non a causa di essa, l'abbandono di fatto degli studi di settore (fenomeno stigmatizzato dalla Corte dei conti nella relazione del 2014 sull'andamento della finanza pubblica) come strumento di elezione ai fini dell'accertamento, e la loro sostituzione con l'introduzione di modelli di controllo della spesa, ben più rozzi rispetto agli studi, affiancati da una forte limitazione dell'uso del contante, dall'intrasferibilità degli assegni e dal contemporaneo inasprimento delle sanzioni penali.

Una scelta che all'epoca si era dimostrata improvvida, perché aveva introdotto ulteriori elementi di rigidità nel sistema, in una fase di profonda recessione, su cui si era innescata una non meno grave crisi politica, amplificandone gli effetti.

Quanto abbiano pesato sulla recessione le diverse componenti che l'hanno alimentata, dalla seconda metà del 2011 a tutto il 2014, e quale sia stato il loro effetto sinergico non è facile dire.

È comunque innegabile che la politica tributaria abbia rappresentato in quegli anni l'elemento che ha maggiormente penalizzato l'economia italiana, sia perché eccessiva rispetto alle necessità di stabilizzazione della finanza pubblica; sia per

il carattere profondamente regressivo dei suoi contenuti, reso possibile dall'accentuarsi della crisi delle istituzioni parlamentari.

Quel che emerge con chiarezza dalla sua evoluzione, è stata la tendenza da parte dei Governi ad accentrare nell'Agenzia delle entrate le decisioni di politica tributaria, finalizzate ad aumentare il gettito. Consolidando un singolare modello di autogestione dei tributi da parte dell'Amministrazione, che ha favorito la scelta di soluzioni legislative, che non solo nella fase della dichiarazione, ma anche in quella dell'accertamento, riducessero il più possibile l'impegno diretto dell'Amministrazione finanziaria.

Fino a giungere da ultimo al paradosso della dichiarazione pre-compilata, a cura dell'Amministrazione finanziaria, nella quale è il dichiarante ad essere assente (fatta salva la possibilità di non adeguarsi).

Un tentativo neppure tanto mascherato di predeterminare i redditi delle attività minori, fidando sul fatto che il contribuente, per stare tranquillo, si sarebbe allineato alla dichiarazione già compilata, predisposta dall'Amministrazione finanziaria.

In buona sostanza l'opposto di quanto avviene in altri ordinamenti caratterizzati da una forte diffusione di imprese individuali e di lavoratori autonomi, come ad esempio la Francia, dove l'Amministrazione affianca il contribuente nella fase della dichiarazione. In ogni caso un'operazione di facciata del tutto inutile se si considera che le dichiarazioni pre-compilate nel 2015 sono state modificate nel 95% dei casi.

L'obiettivo, neppure tanto dissimulato di questo schema, era quello di stabilizzare ulteriormente il modello vigente di imposizione sul reddito delle persone fisiche, preservandone i meccanismi distributivi. Vale a dire quell'insieme di elementi che fanno dell'IRPEF un unicum nello scenario tributario Europeo: un'imposta eccessiva nelle dimensioni del prelievo, profondamente squilibrata dal punto di vista distributivo, indi recessiva negli effetti, in modo da renderne sempre più difficile la riforma.

6.2. L'origine strutturale dell'evasione e limiti dei recenti tentativi di contrastarla

Questa linea guida, emerge ulteriormente nell'analisi del ruolo assegnato all'Amministrazione finanziaria nell'attività di repressione dell'evasione fiscale. Specie negli ultimi anni, le politiche di contrasto del fenomeno sono state sempre più caratterizzate in senso repressivo, piuttosto che preordinate a contenerne la diffusione, attraverso l'impiego di strumenti di prevenzione, che è inutile dire, comporterebbero un maggiore impegno nella gestione amministrativa dei tributi.

In buona sostanza l'attività dell'Amministrazione non appare preordinata a contrastare il fenomeno dell'evasione, prevenendola; si limita ad accertarla ex post, a ridosso dei termini di decadenza, gonfiando i dati dell'evasione scoperta.

Dati utilizzati per giustificare continui aumenti della pressione fiscale, nel quadro di un'involuzione repressiva del sistema, apparentemente sempre più severa, aggressiva, priva di equilibrio, nella sostanza inefficace.

Questa ricostruzione è confermata dalle ultime cifre sui successi della "lotta all'evasione" comunicati dall'Agenzia delle entrate ed amplificate senza alcun approfondimento dagli organi di stampa.

Nel 2015 su un totale di poco più di 14 miliardi di imposte incassate in base alle politiche di contrasto all'evasione (una cifra di indubbio rilievo) solo poco più di 1/3 provengono da iscrizioni a ruolo, vale a dire dalle attività di contrasto all'evasione, poste in campo dall'Agenzia; il resto sono il frutto dei controlli automatizzati, via computer relativi a errori e, in ogni caso basati su dati forniti dagli stessi contribuenti, o da adempimenti spontanei per i quali parlare di contrasto all'evasione è semplicemente fuorviante (es., scontrini di medicinali non scaricabili; rimborsi o crediti d'imposta non riconosciuti dall'Agenzia per irregolarità formali, ecc).

In buona sostanza le attività di scoperta dell'evasione messe in campo dall'Agenzia, valgono lo 0,7% degli incassi dei tributi statali e locali raccolti nello stesso periodo, attraverso il sistema tributario dello Stato.

Sarebbe interessante conoscere il dato relativo ai fallimenti di origine tributaria, per avere il quadro reale di una fiscalità che somiglia a una maionese impazzita,

che viene tenuta insieme, attraverso l'alibi dell'evasione.

Il tema dell'evasione, specie in Italia, è un argomento da maneggiare con cura. La cattiva politica, nel corso del tempo ha utilizzato l'alibi dell'evasione per incrementare la pressione fiscale, a sostegno di una spesa pubblica caratterizzata tutt'ora da diffuse sacche d'inefficienza; le cui dimensioni appaiono sempre meno compatibili con l'incidenza del servizio del debito pubblico, che assorbe da solo quasi 5 punti di PIL.

Il tutto è aggravato dalle caratteristiche distributive, accentuatamente regressive assunte dal sistema tributario in seguito a riforme parziali, negli ultimi anni.

L'analisi dell'evasione, non è oggetto di approfondimento in queste note, indirizzate a mettere in rilievo le gravi carenze che affliggono l'ordinamento tributario, sia sul versante della competitività, sia dal punto di vista distributivo, appena scalfite dall'attuazione della delega fiscale.

Una condizione strutturale che la profonda recessione che ha investito l'Italia dal 2008 al 2014, ha contribuito a mascherare, amplificando ulteriormente, a partire dalla seconda metà del 2011, le caratteristiche depressive strutturali del fisco italiano, contribuendo ad aggravare ulteriormente, con una stretta fiscale senza precedenti, eccessiva nelle dimensioni e accentuatamente regressiva sotto il profilo distributivo, gli squilibri della finanza pubblica, che avrebbe dovuto correggere.

Tuttavia bastava leggere i principali indicatori dell'economia italiana tra il 2008 e il 2014, con la voglia di capire cosa stava accadendo, perché emergesse con estrema chiarezza il ruolo di innesco e di moltiplicatore della recessione, assunto dal fisco italiano in quegli anni.

La recessione profonda degli ultimi anni ha tuttavia avuto il merito di mettere in luce una caratteristica poco osservata dell'evasione italiana, quella di rappresentare uno strumento di redistribuzione dei redditi tra i fattori produttivi regolata dal mercato, alimentato dagli squilibri strutturali di imposte non coordinate nei profili distributivi, tuttavia collegate tra di loro. Una condizione che

determina come conseguenza ulteriore che, questo meccanismo di evasione, proprio per essere in larga prevalenza redistributivo, sottrae una quota consistente di risorse al fisco, ma non costituisce un tesoro nascosto; nel senso che in assenza di una reciproca convenienza a distribuire e a ricevere una parte del salario fuoribusta, questo trasferimento di risorse presto inaridirebbe. Il che equivale a dire che sia in presenza di un fenomeno di evasione che non alimenta alcun tesoro nascosto, a disposizione del fisco ove scoperto. Sono proprio i dati sulla recessione ad avvalorare questa lettura dell'evasione, che obbliga a ripensare profondamente le politiche di contrasto.

Nel quadro così delineato, l'evasione vi rientra per quegli aspetti delle politiche di contrasto, sempre più autoreferenziali, che, nel corso del tempo, hanno moltiplicato le contraddizioni e le antinomie interne all'ordinamento tributario, trascurando le cause endogene da cui l'evasione trae alimento, per questa via contribuendo ad alimentarle ulteriormente.

Il motivo di questo sostanziale insuccesso, trae origine dalle metodologie quantitative utilizzate per analizzare il fenomeno, anche in tempi recenti, trascurando i profili giuridici; il che ha offerto un'immagine deformata del fenomeno stesso, con esiti poco persuasivi, quando non fuorvianti.

Vi sono almeno due indicazioni che confortano questa analisi. La prima si riferisce al carattere strutturale dell'evasione, la cui concentrazione nell'IVA, per la stessa architettura del tributo, si configura in una minore pressione sui consumi finali, ma non costituisce, salvo in presenza di frodi, un tesoro nascosto di cui si possa avvantaggiare il fisco. In caso contrario non si spiegherebbe una recessione così lunga, così pesante, anche rispetto a Paesi assai più coinvolti dell'Italia dalla crisi dei mercati finanziari del 2008/2009, a partire dalla Spagna, dalla Francia e dalla stessa Germania.

Lo stesso può affermarsi per le imposte sui redditi, IRPEF e IRES, in cui l'ammortizzatore fiscale dell'evasione, contribuisce in prevalenza ad una redistribuzione dei redditi tra i fattori, in assenza della quale, la recessione sarebbe stata ancora più drammatica. Un dato quest'ultimo, che trova conferma nel

maggior peso della recessione nelle regioni del Mezzogiorno, oscillante fra il 14% il 15% (mediamente il doppio rispetto al dato medio registrato nelle altre regioni italiane), nelle quali i livelli di reddito pro capite sono poco più della metà rispetto ai residenti nel resto d'Italia.

Un ulteriore indizio della struttura fortemente regressiva assunta dall'ordinamento tributario italiano, a partire dal 2007 e accentuatasi negli anni della crisi.

Mi riprometto di ritornare con gli opportuni approfondimenti su questo argomento in un prossimo articolo.

Nel contesto di questo lavoro mi sembra più produttivo delineare sinteticamente le principali cause endogene dell'evasione; un aspetto che l'Agenzia delle entrate tende ad ignorare, di cui cercherò di mettere in evidenza i profili maggiormente distorsivi, che hanno contribuito ad alimentare nel corso del tempo quella che a buon diritto può essere indicata come "Crisi dello Stato fiscale".

La scelta di questo approccio che può sembrare limitante, nasce dall'esigenza di mettere in rilievo i gravi limiti strutturali e distributivi che caratterizzano il fisco italiano. Limiti che l'eclissi della politica tributaria e l'autoreferenzialità dell'Amministrazione finanziaria, hanno contribuito ad alimentare ulteriormente, con una serie di misure di contrasto all'evasione, inefficaci per contrastarla, tuttavia idonee a paralizzare l'economia, già duramente colpita dalla crisi finanziaria internazionale del 2008.

Vediamo di soffermarci brevemente e senza alcuna pretesa di esaustività, sui più evidenti i motivi strutturali che influenzano l'evasione e ne favoriscono la diffusione.

Il primo, probabilmente il principale, attiene, come detto, ai profili distributivi, che penalizzano, contro ogni logica le attività minori; all'assenza di coordinamento tra le diverse imposte; alla struttura delle aliquote nelle imposte sui redditi, su cui incide l'eccessiva forbice tra aliquote medie e marginali; alle limitazioni alla deducibilità di costi nell'IRES e alla duplicazione dell'imposizione sul valore

aggiunto, sulle vendite e sulla produzione (IVA e IRAP), che non conosce eguali in nessun Paese avanzato. Un carico fiscale e contributivo particolarmente elevato, innanzitutto sotto il profilo distributivo, convogliato attraverso i sostituti d'imposta, che determina una sinergia negativa, endogena al sistema tributario, che sembra studiata a tavolino per alimentare l'evasione, anziché contrastarla.

Un altro esempio d'interferenza tra sistema impositivo e presunte esigenze di contrasto all'evasione fiscale, emerge dall'estensione crescente del "reverse charge" nell'IVA, e dalla sua applicazione ancora più discutibile, in quanto contrastante con il sistema dell'IVA europea, alla PA, attraverso lo "split payment".

Che in alcuni settori, quali quelli relativi ai subappalti nel settore delle costruzioni, ovvero di forniture miste di attrezzature e di prestazioni di servizi subappaltate dalle imprese maggiori, il "reverse charge" rappresenti un utile strumento di contrasto all'evasione, è un dato indiscutibile, su cui non occorre quindi dilungarsi.

Quanto la sua estensione ai beni in larga prevalenza di origine estera, sia altrettanto efficace per contenere l'evasione, è una questione tutta da dimostrare. Si pensi ai prodotti elettronici importati dall'Asia; delle due l'una o i beni importati sono stati sdoganati correttamente e allora l'importatore non potrà che trasferire l'IVA assolta all'importazione, sui propri acquirenti, fino ad incidere, dopo una serie di passaggi, sul consumatore finale. Se invece una parte della merce è stata importata senza assolvere l'IVA, è difficile immaginare che il "reverse charge" risolva il problema: sembra infatti più probabile che i prodotti importati irregolarmente giungano al consumo con un minor carico d'imposta, a prescindere da quale regime Iva venga loro applicato.

Appaiono ancora più evidenti i profili di criticità del meccanismo dello "split payment" nell'IVA, applicato ai fornitori dalla PA. In queste ipotesi il profilo distorsivo è ancora più evidente, perché l'Amministrazione finanziaria, trattenendo l'Iva sugli acquisti, dovuta ai propri fornitori, trasforma l'IVA da imposta pluri-fase sul valore aggiunto, in un'imposta mono fase sull'intero valore della transazione. In buona sostanza, il fisco, dopo aver incassato una quota dell'IVA assolta in

precedenza dai fornitori dell'impresa, a sua volta fornitrice della PA., trattiene tutta l'IVA che avrebbe dovuto trasferire al proprio fornitore; diventando a sua volta debitrice nei confronti del fornitore, dell'eccesso di Iva trattenuta.

Uno schema applicativo che, con il pretesto del contrasto all'evasione, ha stravolto il funzionamento dell'IVA, nei rapporti con la PA, aumentando gli oneri finanziari a carico dei soggetti passivi del tributo, fornitori della PA, riducendone senza alcun motivo plausibile la competitività. Conseguentemente, ha aumentato provvisoriamente il gettito dell'imposta in modo indebito (altro che recupero di evasione) aprendo un ennesimo capitolo sul versante dei rimborsi.

Senza dire che, se ci si riferisce a un fornitore di dimensioni consistenti, che per questo modo di procedere si trovi a essere creditore nei confronti della PA di somme cospicue, in ipotesi di mancato versamento dell'IVA, nei limiti temporali e quantitativi previsti dall'articolo 10 ter del D.Lgs n.74/2000, sarà chiamato a rispondere penalmente del mancato o ritardato versamento.

Il carattere artificioso di questo surrogato di una politica tributaria degna di questo nome, è emerso in modo clamoroso con la pubblicazione dei dati del gettito tributario dei primi tre mesi del 2016, a cura del MEF. Accanto ad una crescita complessiva delle entrate in linea con il trend del 2015, richiamato in precedenza, balza agli occhi il dato anomalo del gettito dell'IVA interna, che cresce di un +17,6%.

Una dinamica anomala, che non trova ovviamente alcun riscontro nell'andamento dell'economia reale, mentre registra nel I° trimestre 2016 i versamenti IVA a consuntivo del 2015; in buona sostanza un incremento del gettito gonfiato dallo "split payment", a cui si affianca il corrispondente aumento della voce relativa ai rimborsi.

Con quali conseguenze sul sistema delle imprese, specie minori è facile immaginare. In base a calcoli prudenziali, l'accumulo dei rimborsi relativi allo split payment ci costerà nel triennio (la misura è provvisoria) tra 0,2 e 0,3 punti di PIL, oltre al peso dei rimborsi, quando la misura cesserà

Tornando a qualche ulteriore riflessione giuridica, ancorata ai principi, da ultimo

Il D.Lgs n.158 del 24/9/2015 sulle sanzioni penali-tributarie, sembrerebbe aver risolto il problema del divieto di bis in idem alla radice, trasformando, nelle ipotesi regolate dall'articolo 10 bis e 10 ter, l'attenuante precedentemente regolata dall'articolo 13 del D.Lgs n.74/2000, in condizione di punibilità.

Si tratta tuttavia di una soluzione soltanto apparente. Nei molteplici casi in cui il contribuente, magari incolpevole, non è nelle condizioni di versare il dovuto e le relative sanzioni, prima dell'apertura del processo penale, il rischio di determinare condizioni obiettive di contrasto con il divieto sancito dal principio del ne bis in idem, tenderà a moltiplicarsi, con le immaginabili conseguenze.

Aggiungo per chiarezza che la ricostruzione operata nel 2013 dalle Sezioni Unite penali della Suprema Corte, per giungere a giustificare la convivenza tra sanzioni formalmente amministrative, sostanzialmente penali, nelle ipotesi di ritardo nel versamento di ritenute certificate da parte dei sostituti d'imposta e di IVA dichiarata e non versata, a carico dei soggetti passivi dell'imposta sul valore aggiunto, non sta in piedi. La teoria della progressione criminosa, elaborata dalle Sezioni Unite, valorizza qualche profilo formale, quale il diverso decorso del tempo, ai fini della determinazione della responsabilità amministrativa e penale.

Ma si tratta di una lettura formalistica, che svaluta la duplicazione della sanzione per i medesimi fatti, determinata dal cortocircuito normativo tra l'articolo 13 e l'articolo 19 del D.Lgs n.74/2000, che neutralizza il principio di specialità e conduce inevitabilmente a determinare il contrasto con il divieto di bis in idem richiamato con chiarezza sia dalla giurisprudenza della Corte EDU, sia da quella della Corte lussemburghese.

L'impressione, sgradevole, che si coglie rileggendo il testo della sentenza è che le Sezioni unite, piuttosto che interpretare le disposizioni implicate alla luce del divieto di "bis in idem", traendone le debite conseguenze, abbiano compiuto un percorso inverso. Dopo aver affermato che il duplice procedimento non viola il principio, poiché gli "stessi fatti" si realizzano con scansioni temporali in parte diverse, ne ha offerto una giustificazione incompatibile con il sistema delle soglie di punibilità che caratterizza il D.Lgs n.74/2000.

Credo di poter aggiungere che un uso distorto delle sanzioni penali tutela solo apparentemente l'interesse fiscale. Le cifre delle imposte evase e delle relative sanzioni effettivamente riscosse, richiamate in precedenza, meno dell'8% del totale di quelle iscritte a ruolo, stanno lì a dimostrarlo. L'Amministrazione finanziaria, protetta dallo scudo delle sanzioni penali per il mancato trasferimento all'erario delle ritenute dovute ad opera dei sostituti d'imposta, non ha mai fatto nulla per tenere sotto controllo la corrispondenza tra quanto dichiarato periodicamente da questi contribuenti e l'afflusso dei corrispondenti versamenti mensili, ripartiti su base territoriale.

L'incrocio dei dati dichiarati, con quelli delle somme effettivamente versate all'erario, non comporta particolari difficoltà informatiche, mentre consentirebbe di conoscere in tempo reale gli scostamenti anomali; l'Amministrazione, in ragione degli elementi posseduti, potrebbe chiedere chiarimenti al sostituto in ritardo con i versamenti delle ritenute, e, nei casi che destano maggiore preoccupazione, inviare in azienda un paio di verificatori.

Un modello semplice, di facile gestione che, attraverso soluzioni concordate, potrebbe favorire l'assorbimento di crisi aziendali temporanee, tutelando al contempo l'interesse fiscale e quello dell'impresa. In ogni caso un intervento preventivo del fisco, un creditore dotato di poteri pubblicistici e di informazioni privilegiate (il ritardo dei versamenti delle ritenute da parte dei sostituti) ben più tempestive per accertare le condizioni dell'azienda, rispetto agli altri creditori, potrebbe contribuire a favorire in caso di crisi aziendali, conclusioni meno traumatiche per tutti i soggetti in causa, a partire dai creditori dei sostituti in difficoltà, non di rado stretti nella morsa di fallimenti, provocati dai mancati controlli del fisco sui sostituti.

Questo monitoraggio, con qualche ulteriore accorgimento informatico potrebbe, forse, in una seconda fase essere esteso anche ai contribuenti IVA. Che effettuano i versamenti dell'imposta con cadenza mensile.

Una condizione strutturale che determina un ulteriore freno alla crescita. Sarebbe interessante conoscere il dato relativo ai fallimenti di origine tributaria,

per avere il quadro reale di una fiscalità che somiglia a una maionese impazzita, che viene tenuta in vita attraverso l'alibi dell'evasione.

Una conferma che certo non mi fa piacere, di un'opinione che ho cercato di documentare da molti anni su questa rivista; vale a dire che l'evasione nel nostro ordinamento tributario è strutturale al sistema, ed è alimentata dai suoi squilibri e dall'assenza di coordinamento tra le diverse imposte. È quindi ingannevole far credere che la si possa contrastare limitando i diritti dei contribuenti ed incrementando le sanzioni, senza intervenire in profondità sulle vere e proprie distorsioni strutturali che caratterizzano l'ordinamento tributario: a partire dai profili distributivi delle principali imposte. Brodo di cultura che alimenta l'evasione fiscale di massa.

6.3. La fuga dei redditi dall'IRPEF, moltiplica le disuguaglianze del sistema tributario e ne amplifica la crisi

Negli ultimi quattro anni i profili distributivi delle principali imposte ricollegabili ai redditi, si sono ulteriormente allontanati dal principio fondamentale di parità di trattamento dei contribuenti di fronte alle leggi d'imposta. L'imposta personale progressiva, ad esempio, pur rappresentando oltre il 40% del gettito tributario complessivo, al netto delle addizionali e delle imposte sostitutive, è ormai un'indistinta sommatoria di regimi diversificati, nel quale è impossibile individuare un filo conduttore comune; salvo il fatto di incidere quasi esclusivamente sui redditi di lavoro, anche in questo caso peraltro, con una serie di disparità, che non trovano giustificazione dal lato dei principi.

Ne indico solo alcuni, a mo' di esempio, senza alcuna pretesa di esaustività. I redditi immobiliari per uso abitativo sono tassati in prevalenza con un'imposta cedolare proporzionale; dunque non solo vengono sottratti al principio di progressività, ma non interferiscono neppure con la determinazione del reddito complessivo del titolare di tali redditi. Quindi di fatto contribuiscono a ridurre la progressività non solo, intuitivamente, nei confronti dei redditi tassati con un'imposta cedolare, ma anche di tutti gli altri.

I redditi dei terreni, assoggettati all'IRPEF non sono determinati in base al reddito effettivo netto, ma alla molto più vantaggiosa rendita catastale (il che non si giustifica se su un terreno coltivabile invece di coltivare ortaggi, installo pannelli solari).

Le rendite finanziarie sono anch'esse sottratte all'imposta progressiva, con un'aliquota del 26%, più che raddoppiata rispetto a pochi anni addietro. Poiché non si tratta di un regime opzionale, ma di un sistema di imposizione sostitutivo, ne deriva che per tutti i contribuenti a reddito medio o basso, l'aliquota applicata del 26% è di gran lunga superiore a quella media corrispondente ai fini IRPEF per queste tipologie di contribuenti. L'effetto regressivo è evidente, così come la violazione del principio di capacità contributiva.

I redditi da partecipazioni sociali qualificate, sono tassati con l'aliquota del 20%, quindi inferiore a quella che colpisce le forme di risparmio più semplici, colpite con l'aliquota del 26%.

I genitori perdono il diritto alla detrazione d'imposta per ciascun figlio a carico, pari a 950 euro, e le eventuali maggiorazioni, se il figlio ha superato nell'anno la soglia di reddito di 2840 euro (al lordo degli oneri deducibili)! Lo stesso accade quando è a carico uno dei coniugi.

Basta scorrere il D.P.R. 917/1986 per individuare un campionario di situazioni analoghe che è sempre più difficile ricondurre nell'ambito della nozione di discrezionalità legislativa e di sistema tributario, in quanto determinano disparità di trattamento che contrastano prima ancora che con i principi, con il buon senso.

Sempre in collegamento con l'imposta personale sui redditi, rileva l'eliminazione quasi completa del costo del lavoro dalla base imponibile dell'IRAP (sono esclusi solo i contratti a tempo determinato, non stagionali).

Una soluzione ragionevole, dopo la più lunga fase recessiva della nostra storia, in cui il primo obiettivo del legislatore, dovrebbe puntare ad eliminare il più possibile le barriere artificiali che determinano effetti negativi reali sull'occupazione.

Come detto, si tratta di una scelta razionale, del tutto condivisibile nell'attuale

contesto economico, che obbliga tuttavia il giurista a una riflessione ulteriore. Da un lato l'eliminazione del costo del lavoro dalla base imponibile dell'IRAP, ha modificato profondamente la natura del tributo. La nuova IRAP non è più una delle molteplici versioni attraverso cui è possibile colpire tanto il valore aggiunto delle vendite quanto quello della produzione. Si è ormai trasformata in un tributo che colpisce essenzialmente il capitale, e il know how e quindi dal punto di vista tributario ha abbandonato lo schema d'imposta sul valore aggiunto di tipo reddito, per avvicinarsi sempre più ad un'imposta di tipo reddituale tout court.

Ma qui sorge un altro problema. L'inclusione del costo del lavoro dalla base imponibile dell'IRAP era stata prevista dal legislatore del 1997, per attrarre nell'ambito dell'imposta regionale sulle attività produttive, accanto alle attività di impresa anche quelle di lavoro autonomo, che all'epoca non erano assoggettate all'ILOR, vale a dire la principale imposta sostituita dall'IRAP.

L'elemento comune ai due diversi tipi di attività era la nozione di autonoma organizzazione; una costruzione artificiosa perché tendeva ad omologare situazioni molto diverse proprio sotto il profilo reddituale; una forzatura evidente, che la Corte costituzionale aveva salvato, risolvendola nel senso che, mentre l'autonoma organizzazione caratterizza qualsiasi tipo di attività di impresa, nelle attività di lavoro autonomo, l'assenza dell'autonoma organizzazione faceva venir meno l'assoggettabilità al tributo.

Una soluzione debole, che ha alimentato un contenzioso amplissimo e una serie di disparità di trattamento crescenti, nell'ambito delle attività di lavoro autonomo e d'impresa individuale, tanto note da essere superfluo richiamarle specificamente.

Sembra evidente che con l'eliminazione del costo del lavoro, nelle attività di lavoro autonomo, la base imponibile dell'IRAP sarà sempre più sovrapponibile a quella dell'IRPEF.

Si pone quindi il problema della compatibilità di un tributo di questo tipo, con il divieto di discriminazione qualitativa dei redditi da lavoro, stabilito con grande nettezza dalla sentenza n.42/1980 della Corte costituzionale, che aveva ritenuto

illegittima la sottoposizione all'ILOR dei redditi da lavoro autonomo, con esclusione di tutti gli altri.

Ma a parte questo profilo, che il legislatore non potrà continuare ad ignorare per molto ancora, con il rischio di vedersi estendere l'esclusione del costo del lavoro dalla base imponibile dell'IRAP nei confronti del lavoro autonomo, in via interpretativa, dalla Suprema Corte, a me sembra sia giunto il momento di riconsiderare un tributo come l'IRAP, che favorisce sul mercato interno le importazioni e penalizza su quello internazionale le esportazioni.

Al riguardo soccorre l'esperienza francese, in cui la componente sul valore aggiunto economico, CVAE all'interno della CET (Contribution Economique Territoriale) è tassata con aliquota progressiva con il tetto massimo dell'1,5% al superamento della soglia dei 50 milioni di euro; con un livello di tassazione per un'impresa medio piccola (3 milioni di fatturato) pari a 1/10 dell'imposta italiana!

Sembra evidente a chi scrive, che non potendo avvicinare l'IRAP alle aliquote francesi, calcolate con particolare attenzione per minimizzarne gli effetti negativi sulla concorrenza, sia sul mercato interno sia sulle esportazioni, la soluzione più ragionevole possa essere quella di immaginare di sostituire l'IRAP con una cash flow tax, che adotti un modello di aliquote simili a quelle adottate della CVAE in Francia, applicate a un modello d'imposta caratterizzato da una base imponibile ancora più ampia rispetto alla CVAE.

Da ultimo sembra opportuna una riflessione su una recente caratterizzazione del nostro sistema tributario: quella dei bonus fiscali.

Se non ricordo male, il primo esempio di bonus con effetto equivalente ad una riduzione dell'IRPEF, tuttavia realizzato in parallelo rispetto all'imposta personale, quindi senza alcun collegamento o coordinamento rispetto all'IRPEF, era stato il "bonus famiglia." Questa misura era stata introdotta con la legge finanziaria per il 2009, a favore delle famiglie caratterizzate da un numero rilevante di componenti e da redditi modesti, con l'obiettivo di assicurare un sostegno al reddito di quelle meno fortunate, su cui la crisi recessiva rischiava altrimenti di pesare in modo insopportabile.

Con questo strumento nel 2009 furono distribuiti a questa tipologia di famiglie 2,4 miliardi di euro, contro una previsione di spesa di 3,6 miliardi. Con qualche sorpresa per i proponenti, alla fine dell'anno ci si accorse che quasi l'85% dei beneficiari del bonus erano concentrati nelle regioni del Mezzogiorno. Un risultato evidentemente impreveduto dai proponenti, ma prevedibilissimo, sol che si guardi alla distribuzione dei redditi nelle regioni italiane, all'esito del quale il bonus famiglia non fu rinnovato.

L'altro bonus, assai più famoso, è stato quello, pari ad € 80 al mese, distribuito alla vigilia delle elezioni europee, ad una quota soltanto di percettori di redditi assoggettati all'IRPEF, entro il limite di € 26.000 all'anno. La disposizione con cui era stato introdotto il bonus nel 2014, alla vigilia delle elezioni per il rinnovo del parlamento europeo, si applicava soltanto ai redditi da lavoro dipendente, ma non a quelli dei pensionati; erano altresì esclusi gli altri redditi da lavoro.

Una disparità di trattamento del tutto irragionevole che si poggia su una lettura singolare dei principi costituzionali in materia tributaria, in base alla quale le disposizioni temporanee, ancorché illegittime, non conducono di fatto ad una declaratoria di incostituzionalità. Un tema che mette in luce i limiti del sindacato di costituzionalità vigente, in un sistema non più proporzionale. Trovo singolare che tra le critiche alla riforma costituzionale, questo profilo non venga mai rilevato, mentre si sottolinea il forte contenimento dell'autonomia fiscale delle Regioni, che per altro ha dato fin qui una prova quanto meno discutibile.

Suscita al riguardo stupore il richiamo dell'ex presidente della Consulta Onida alla garanzia dell'uniforme fruizione e tutela dei diritti civili e sociali, sul territorio dello Stato, prevista dal Titolo V riformato nel 2001, a supporto critico del ridimensionamento dell'autonomia finanziaria delle regioni, operata dalla riforma costituzionale del 2016, in presenza di un modello attuativo che ha obliterato ogni riferimento alla perequazione. La cui contropartita in termini sociali è stata evidenziata nel 2015 dall'ISTAT, che ha certificato per la prima volta dai tempi della guerra, il calo della speranza di vita nelle Regioni del Mezzogiorno.

Discorso ben più serio è invece quello relativo all'indebolimento della funzione

parlamentare, che non è stato certo superato dal nuovo bicameralismo confuso, caratterizzato da una proliferazione di procedimenti legislativi differenziati, che non accelereranno il procedimento di formazione delle leggi, mentre rischiano di determinare nuovi conflitti.

Mentre preoccupa l'indebolimento degli istituti di garanzia, dal Presidente della Repubblica, alla Corte costituzionale.

Da ultimo, con la legge di stabilità per il 2016, è stato introdotto un nuovo bonus di 500 euro a favore dei giovani che compiranno entro il 2016 il diciottesimo anno di età. Una misura spot, di sicuro impatto dal punto di vista dell'immagine; assai più discutibile sotto il profilo delle priorità economiche, trattandosi di un impegno finanziario cospicuo, che avrebbe meritato di essere utilizzato per favorire la diffusione e il sostegno di nuovi canali occupazionali per i giovani.

Ma in questo caso i beneficiari dell'intervento sarebbero stati un sotto- multiplo dei beneficiari del bonus.

Comunque la si consideri, questa gratifica evidenzia una concezione della discrezionalità del legislatore, difficilmente riconducibile al quadro costituzionale.

Aggiungo per completezza, che negli anni della crisi, attraverso una serie di interventi spot, il prelievo, ha subito una serie di modifiche, che hanno coinvolto segmenti molto ampi della popolazione, senza alcun equilibrio o disegno razionale; in buona sostanza, la nozione di parità di trattamento dei contribuenti a parità di capacità contributiva è diventata sempre più evanescente, con il risultato di spingere i contribuenti a contrastare le pretese del fisco, rendendo sempre meno tracciabili i propri comportamenti abituali.

7. La sorpresa della ripresa: Italia avanti adagio, IRPEF avanti tutta!

Sette anni di recessione, con un crollo del PIL del 9,1%, con cali molto più elevati nelle regioni più periferiche (in media -13,3% con punte superiori al -15%) hanno determinato una ampia trasformazione delle abitudini di vita della nostra Comunità, incidendo profondamente sul tessuto economico del Paese; tagliando tra il 2012 e il 2014 la capacità produttiva, a seconda dei settori, tra il 15% e il 20%.

La ristrutturazione del sistema economico ha riguardato praticamente tutti i campi; il crollo della domanda interna, nel triennio 2012/2014, ha colpito soprattutto le attività minori e minime, espellendo forza lavoro dal mercato, ma non ha certo risparmiato le altre.

Basta girare per le nostre città, dal Nord al Sud per rendersi conto di quanto si siano trasformate in questi anni le attività minori; resistono solo quelle di servizi e le imprese familiari; le edicole dei giornali (un settore che non offre margini d'aggiustamento fiscale) in pochi anni si sono dimezzate; la maggioranza dei negozi di prossimità, non ha dipendenti. Un fenomeno che è davanti agli occhi di tutti, di cui soltanto il fisco sembra non accorgersi.

L'Italia non cresce, per una pluralità di ragioni ben note; se ci si sofferma ad esempio sulla produzione industriale, ci si rende immediatamente conto di quanto abbiano inciso il crollo degli investimenti pubblici e il forte calo di quelli privati; mentre il rallentamento dell'economia mondiale, che ha coinvolto alcuni mercati di sbocco importanti per le nostre esportazioni, né ha frenato la crescita.

Non è certo il frutto di una coincidenza fortuita che i settori in controtendenza, in cui i livelli produttivi hanno raggiunto o superato quelli del 2007, quali il farmaceutico, l'automotive e l'agroalimentare, siano anche quelli caratterizzati negli ultimi anni, dai maggiori investimenti.

Ma vi è anche un'altra chiave di lettura, praticamente ignorata, quella degli effetti sulla crescita della politica tributaria. Non mi riferisco al dato della pressione fiscale, beninteso molto elevato, ma alla struttura delle diverse imposte, sia dal punto di vista quantitativo, sia distributivo, tanto diversa da quella dei principali paesi europei; paesi caratterizzati da una pressione fiscale anche maggiore della nostra, che tuttavia crescono, mentre l'Italia è una nave che dopo aver navigato per sette anni con macchine indietro a tutta forza, oggi va, sempre in termini nautici avanti adagio, quasi ferma.

Le politiche di sostegno all'economia, messe in campo dal Governo negli ultimi due anni, per agganciare la ripresa e consolidarla, tutt'altro che irrilevanti, date le condizioni di contesto, anche se richiederebbero maggiore continuità e stabilità,

sono state condizionate negativamente da un fisco autoreferenziale, sempre più squilibrato, aggressivo, distruttore di ricchezza.

Dopo anni in cui il mantra dell'Agenzia delle entrate è stato quello della ricerca del tesoro nascosto dell'evasione, alquanto improbabile in una fase recessiva, senza precedenti per intensità e durata, senza rendersi conto che l'evasione nella realtà italiana nasconde anche in parte ricchezza, ma soprattutto la redistribuisce tra i fattori, finalmente, la ripresa del 2015, +0,8%, ci ha permesso di leggere i dati del fisco in un'economia non più in recessione e disvelare il "lato oscuro del fisco", secondo un'elegante immagine, circolata di recente sui media.

In base ai dati ufficiali pubblicati dal MEF, nel 2015 le entrate tributarie sono aumentate del 4%. Ho già sottolineato in precedenza che le stime della Banca d'Italia indicano un incremento reale molto più elevato (+6,4%) perché il MEF contabilizza in bilancio le entrate dopo il versamento delle somme in Tesoreria, con modalità diverse e non indica tra le entrate tributarie, la quota del gettito dell'IVA versata all'Ue (oltre 2 miliardi di euro nel 2015).

Nello stesso periodo le entrate hanno registrato un incremento del + 2,1% in Francia, interessata da forti incentivi fiscali a favore delle famiglie e delle imprese per rilanciare la crescita economica; nel Regno Unito le imposte sono cresciute del +4,3% mentre la Germania ha registrato un aumento del gettito +4,6%. Insomma in l'Italia nel 2015 le entrate tributarie, in base ai dati del MEF hanno avuto una dinamica assai simile a quelle registrate dai nostri principali partner, mentre la crescita del PIL è stata ben inferiore alla metà.

Ma non è tutto. Nel 2015 il gettito dell'IVA è aumentato in Italia del +4,2%, contro il +3,4% registrato Germania, il +3,3% del Regno Unito e il + 2,5% della Francia. In buona sostanza i due soli dati comparabili, quello relativo al gettito totale delle imposte e quello dell'IVA, indicano in Italia un andamento uguale o maggiore di quello dei nostri principali partner europei, con un tasso di crescita dell'economia che è meno della metà di quello registrato negli stessi Paesi. Ancora più interessante il dato dell'Iva interna versata nei primi tre mesi del 2016, che indica un incremento del prelievo del +17,6%, con una punta del +18,9% nel mese di

gennaio.

Un evidente effetto di trascinamento sui versamenti IVA dei primi mesi del 2016, determinato dagli effetti dello "split payment" nella Pubblica Amministrazione, introdotto nel 2015.

Un incremento abnorme, che proprio per le sue dimensioni ha poco a che vedere con recuperi di evasione, mettendo in luce la pretestuosità della misura, come strumento di contrasto all'evasione; in realtà, un aggravio d'imposta, a danno delle imprese, specie minori, che più di ogni altro dato, evidenzia l'improvvisazione, gli espedienti e il diletterismo con venature ideologiche, che caratterizza il fisco in Italia. Senza dire che l'accumulo di crediti da rimborsare, dopo aver penalizzato le imprese, si ripercuoterà sul gettito nei prossimi anni.

Non sono meno interessanti i dati relativi al gettito dell'IRPEF aumentato di 12,6 miliardi nel 2015 (per memoria: + 25.000 miliardi di lire) rispetto all'anno precedente (+7,7%); nel primo trimestre del 2016 la tendenza all'aumento del gettito si è ulteriormente consolidata, con un tasso di crescita cinque volte superiore all'incremento dell'occupazione. Ancora più accentuata la dinamica delle addizionali regionale e comunale all'IRPEF, con una crescita nel primo trimestre 2016 del 17%. Un'anomalia strutturale dell'IRPEF, determinata dalla forbice eccessiva tra aliquote medie e marginali, che spinge in su il gettito, in presenza di incrementi reddituali anche modesti.

Da questo punto di vista la detrazione aggiuntiva pari a € 80 al mese, introdotta nel 2014, con motivazioni che è meglio dimenticare, ha corretto soltanto parzialmente, per un tempo breve e solo per una parte dei contribuenti con un reddito non superiore a € 26.000, questa vera e propria distorsione strutturale. Come contropartita, per i destinatari dell'aumento della detrazione, la progressività marginale è aumentata ulteriormente.

Una parte consistente degli oltre 12 miliardi di maggiori incassi dell'IRPEF, rispetto al 2014, viene proprio da questa fascia di contribuenti. Una distorsione ulteriore che tra l'altro rappresenta una forte spinta ad evadere l'imposta, nella componente mobile del salario.

Ogni ulteriore intervento su questo versante, limitato alle detrazioni o alle aliquote non avrebbe altro effetto se non di moltiplicare le disparità di trattamento nella principale imposta che dovrebbe assicurare, attraverso la progressività, una ragionevole uguaglianza dei cittadini nel concorso alla spesa pubblica.

Non meno interessanti i dati che provengono del gettito dell'IRAP nel 2015. Come è noto, lo scorso anno, dopo che la legge di stabilità aveva stabilito di ridurre l'aliquota IRAP di mezzo punto, al 3,5%, il Presidente del Consiglio decise di eliminare il costo del lavoro dalla base imponibile dell'IRAP, per tutti i lavoratori con contratto a tempo determinato. È vero che nel corso del tempo il peso del costo del lavoro nell'IRAP era stato ridotto in misura consistente, con una serie di deduzioni in cifra fissa per i nuovi assunti, più elevata per quelli di genere femminile e per tutti i residenti nelle regioni del Mezzogiorno: comunque gli effetti in termini di gettito di una misura del genere sarebbero stati consistenti.

La novità, era stata criticata con vari argomenti, ma traspariva soprattutto il timore che l'esclusione della componente lavoro dalla base imponibile dell'IRAP, oltre ad un calo molto consistente del gettito dell'imposta, avrebbe comportato uno snaturamento del tributo, con una graduale, inevitabile fuoriuscita dall'imposta delle attività di lavoro autonomo, uno degli obiettivi dissimulati della riforma del 1997.

In realtà, le cose sono andate diversamente.

A conti fatti a fine 2015, la riduzione del gettito, pari a 1,1 miliardo di euro, è stata molto inferiore alle previsioni più ottimistiche. Questo risultato è stato determinato sia dalla revoca della riduzione di 0,5 punti dell'aliquota di base, sia dalla decontribuzione triennale per i nuovi assunti a tempo indeterminato, che ha dato una spinta all'occupazione; sia dall'interdipendenza tra l'IRAP e le imposte sui redditi. Quest'ultima in particolare ha comportato un effetto positivo sull'emersione di base imponibile nelle imprese di minori dimensioni, che indica una strada possibile, per ripensare il fisco su basi diverse, orientate alla crescita.

Vi è un aspetto, in particolare, dell'evoluzione del fisco in anni recenti, che dimostra la consapevolezza dell'insostenibilità degli assetti distributivi attuali a

carico del sistema produttivo.

È il tema degli sconti fiscali legati alla flessibilità del lavoro e a recuperi di produttività; un terreno su cui si sono incontrati il governo, e le parti sociali, e ha condotto alla sottrazione dei premi di produttività al regime ordinario dell'IRPEF e alla loro imposizione con l'aliquota ridotta del 10%.

La misura, i cui effetti positivi sul cuneo fiscale e sulle buste paga dei dipendenti sono intuitive, presenta tuttavia un limite di fondo che non può essere ignorato dal giurista; vale a dire, che la riduzione d'imposta, anche consistente, è legata ad obiettivi meritevoli di apprezzamento, tuttavia completamente svincolati dal principio di capacità contributiva. Si tratta di un rilievo di qualche consistenza se si tiene conto che nell'ultimo anno le imprese beneficiarie di questa agevolazione sono state circa 7700 su un totale di oltre 1 milione di società di capitali.

Si può immaginare che questo dato non ha suscitato particolari proteste da parte delle categorie (sindacati e imprese interessate) perché la pratica del fuori busta risolve il problema, ma ne apre altri, non meno rilevanti.

A mio parere una misura di questo tipo, nell'ambito di una riforma dell'IRPEF, andrebbe estesa all'intera platea dei lavoratori dipendenti, secondo uno schema che dovrebbe detassare completamente la quota mobile del salario per tutte le imprese con meno di 10 dipendenti (poco meno della metà dell'intera forza lavoro nel settore privato); per le imprese con un numero di addetti compreso fra 10 e 49 dipendenti l'aliquota potrebbe essere limitata al 5%; mentre l'attuale, del 10% dovrebbe applicarsi alle imprese maggiori, come avviene attualmente.

Vale la pena di sottolineare che una misura con queste caratteristiche, coordinata con le altre imposte a carico delle imprese, avrebbe tra gli effetti collaterali, nell'arco di alcuni esercizi, quello di aumentare in modo consistente il gettito complessivo. Il risparmio d'imposta sulle buste paga, variabile a seconda delle dimensioni delle imprese, ne aumenterebbe il peso, a costo zero per le imprese; d'altra parte la perdita di convenienza a distribuire questa parte del salario al nero, avrebbe effetti positivi sull'emersione di nuova base imponibile, con riflessi immediati sul gettito.

A partire dall'IVA, il cui rendimento è condizionato da un cuneo fiscale tra i più elevati, che, negli ultimi anni, è cresciuto ulteriormente, sia per la particolare struttura delle aliquote, sia per il forte aumento delle addizionali regionale e comunale all'IRPEF.

Una condizione che, unita ad aliquote marginali semplicemente senza senso, alimenta stabilmente la fuoriuscita di una quota del valore aggiunto dall'ambito di applicazione dell'IVA.

Dal quadro che ho cercato di tratteggiare, per sommi capi, emerge un'involuzione crescente del sistema tributario, che sarebbe sbagliato attribuire soltanto a responsabilità della politica. Ho insistito sugli effetti negativi rappresentati dall'eccesso di autoreferenzialità che ha caratterizzato l'evoluzione (o se si preferisce l'involuzione) dell'Amministrazione finanziaria negli ultimi anni, per gli effetti che questa ha determinato sulla legislazione.

I numeri offerti all'attenzione dei senatori dal direttore di Equitalia, Ruffini, sulla capacità effettiva di recupero dell'evasione in termini di maggiori incassi per lo Stato, stanno a dimostrare quanto "questo modello repressivo", che sembra fatto apposta per coprire inefficienze, pigrizie burocratiche e vere e proprie responsabilità amministrative, non solo non funziona, ma così come è strutturato attualmente, non potrà mai funzionare.

La questione del contrasto all'evasione, ad esempio, prima di essere una questione giuridica, che si dipana nel labirinto della legislazione tributaria, sperequata e ingiusta, è essenzialmente una questione culturale. Alla base della fuga davanti all'imposta che caratterizza la larga maggioranza degli italiani, a partire dal lavoro dipendente, non vi è lo scarso senso civico, descritto da qualche opinionista ben retribuito, la cui imposta sui redditi, sicuramente elevata, è tuttavia di gran lunga inferiore, a parità di reddito a quella di un professionista, o di un lavoratore autonomo.

Una disparità priva di qualsiasi giustificazione, di cui è sempre più diffusa la consapevolezza tra i contribuenti, assieme al dato reale rappresentato da un numero crescente di attività minori che, a motivo della fiscalità, al di sotto di

determinate soglie di volume di affari, sono strutturalmente in perdita (ad es. le rivendite di giornali).

8. Un sistema tributario rinnovato e competitivo, orientato alla crescita, non è un'utopia

Il tema di una equilibrata ripartizione del prelievo tra la moltitudine di attori di cui si compone la platea dei contribuenti, rappresenta un vincolo di ordine costituzionale, non soltanto perché ha come bussola di riferimento, il principio di parità di trattamento davanti alla legge fiscale, che è poi la declinazione in campo tributario del principio di eguaglianza.

È, prima di tutto un problema di trasparenza, principio richiamato dalla legge 241/1990 e da ultimo dalla legge generale sul procedimento amministrativo, n. 15/2005.

Per intenderci, oggi la nostra IRPEF è così lontana dal principio di trasparenza che l'aliquota più bassa quella del primo scaglione, è fissata dalla legge nel 23%; tuttavia per il gioco delle detrazioni decrescenti, il 23% deve essere letto come 26%.!

Ma questo è ancora Niente! IRPEF e imposte sostitutive, IVA e IRAP, rappresentano da sole una cifra che oscilla fra il 75% dell'80% del totale del gettito. Abbiamo visto che IRPEF e IVA, per ragioni diverse, tra cui spicca il mancato coordinamento tra l'imposizione a carico delle imprese e quella che l'impresa corrisponde al fisco per conto dei dipendenti, determina una distribuzione di redditi fuori busta, che a loro volta favoriscono un'ampia circolazione di beni e servizi al di fuori del circuito dell'IVA. Non bisogna però dimenticare che al gettito mancante dell'IVA deve necessariamente aggiungersi quello della seconda imposta sul valore aggiunto, l'IRAP, che viene assolta alla produzione ma che ovviamente si trasferisce sui prezzi al consumo.

Un misto di squilibri nella distribuzione del prelievo e di mancato coordinamento tra le imposte che hanno prodotto una serie di tributi che sarebbe

arduo definire un sistema, caratterizzati da squilibri distributivi inaccettabili, in efficienza economica, fuga davanti alle imposte finalizzata in prevalenza a determinare un riequilibrio nella distribuzione dei redditi tra i fattori produttivi, che alimenta l'evasione.

Un modello di fiscalità, che proprio per le sue caratteristiche intrinseche è attraversato da una profonda crisi di cui occorre prendere atto; crisi che rende inefficace qualsiasi intervento di aggiustamento su un singolo tributo.

Non è mia intenzione e in ogni caso non avrebbe senso costruire un modello di fiscalità sui redditi, alternativo a quello vigente.

Mi limiterò ad indicare soltanto alcune priorità e le linee guida indispensabili per costruire un sistema tributario, in sintonia con quello dei nostri principali partner europei, in grado di accompagnare in un sentiero di crescita, l'insieme della nostra Comunità nazionale.

La prima priorità in assoluto è istituzionale. Occorre attribuire la responsabilità politica della guida delle Finanze, a un Ministro, punto di riferimento per l'Amministrazione finanziaria, che ne rivaluti il ruolo servente rispetto alle scelte di Governo e agli indirizzi del Parlamento.

Una necessità, evidenziata non solo dall'eccesso di autoreferenzialità dell'attuale gestione, ma dalla obiettiva difficoltà di guidare insieme, la politica economica e quella tributaria. Una urgenza richiamata da ultimo da Gianni Marongiu al cui impegno, in una breve esperienza di governo, si deve l'approvazione della legge sullo Statuto dei diritti del contribuente.

Una vicenda, quella della guida politica delle finanze messa in particolare evidenza proprio dall'attuale titolare del Ministero dell'economia e delle finanze, che, paracadutato da Parigi a Roma, dopo il tempo necessario a comprendere come "non" funziona l'Italia, ha raccolto un'eredità difficile, senza poter opporre il beneficio dell'inventario.

Guidando con grande impegno, autorevolezza e considerazione sul piano internazionale, l'economia di un Paese, la cui crisi politica ed istituzionale si trascina ormai da un quarto di secolo. Al cui impegno l'Italia deve nel 2016, il via

libera a una flessibilità di bilancio che vale 14 miliardi di euro; un obiettivo importante, per dare continuità alle politiche di sviluppo, che per avere successo devono essere percepite dai destinatari come un segmento di una politica di sviluppo con il fiato lungo. Merito indiscusso di una persona a cui credo va la stima e la considerazione di molti italiani, di diverso orientamento politico.

La seconda priorità, che presenta profili complessi, culturali, economici, giuridici, sociologici, è prendere atto dell'insostenibilità dei profili distributivi delle attuali imposte sul reddito, sia per le persone fisiche, sia per l'impresa, ripensandone le modalità di determinazione dell'imposta e i profili distributivi in stretto collegamento con la capacità contributiva.

Riequilibrio che tenga necessariamente conto del rapporto tra imposte sui redditi e imposta sul valore aggiunto, nella doppia declinazione di IVA e IRAP.

Un tema delicato, perché fortemente condizionato da un vasto establishment, composto da percettori di redditi particolarmente elevati, da lavoro dipendente, sia nel settore privato sia in quello pubblico, che hanno la percezione di essere i soli a pagare imposte elevate.

Il che, sia detto con chiarezza non corrisponde al vero, ed è una, forse la principale ragione che corrode dall'interno il sistema.

Un gruppo sociale composito, che per condizioni economiche e posizioni raggiunte nelle principali articolazioni in cui si formano le scelte e le decisioni che influenzano la società, ha svolto un ruolo decisivo nell'orientamento dell'opinione pubblica, diffondendo una rappresentazione della realtà, deformata dall'interesse di gruppi ristretti a favorire la conservazione degli attuali assetti statalisti, di cui sono i principali beneficiari. Una condizione anomala, che non ha riscontro negli altri grandi paesi europei, favorito dall'indebolimento delle istituzioni rappresentative, a partire dalla politica, che ne è anch'essa condizionata.

Un processo che ho cercato di descrivere nelle pagine precedenti, con riferimento al fisco, cercando di evidenziarne i limiti, le contraddizioni, fino alle distorsioni determinate dall'eccesso di autoreferenzialità dell'Agenzia delle entrate; un'involuzione dei processi di formazione dell'opinione pubblica, favorito

dalla lunga crisi, che, è evidente, non si limita alla vicenda fiscale. Volendosi limitare al campo del diritto, l'esempio probabilmente più eclatante in questo senso è rappresentato dalla deriva giustizialista del sistema penale.

Una degenerazione a cui la giurisprudenza di merito e, talvolta quella di legittimità, cercano ogni giorno di porre un argine, che si arresta di fronte al muro delle Sezioni Unite della Cassazione; in cui il più delle volte prevale la lettura della vicenda più conforme agli orientamenti prevalenti in un'opinione pubblica fortemente condizionata dai media, sempre più conformati all'establishment.

Gli scarni dati che riguardano l'andamento del fisco negli ultimi 15 mesi, che hanno evidenziato nel 2015 un aumento delle entrate di quasi 17 miliardi di euro, pari a +1,1 punti di PIL, rispetto una crescita dell'economia che si ferma a +0,8 con l'IRPEF che da sola si è appropriata di oltre 12 miliardi, vale a dire di tutta la maggiore ricchezza prodotta dagli italiani, non si prestano ad interpretazioni.

Le stime rese note dall'Istat sulla crescita del PIL dell'Italia nel primo trimestre +0,3%, non devono sorprendere; anzi devono essere lette con favore, visto che si collocano al punto più alto delle stime flash fornite dall'Istat negli ultimi mesi (-0,1% a +0,3%); specie se vengono confrontate con i dati del fisco.

Dati che devono far riflettere innanzitutto perché evidenziano una fiscalità in crescita senza freni, fortemente condizionata dalla struttura delle principali imposte, che l'evasione non riesce non dico frenare ma neppure a limitare.

Ma questo non è l'unico elemento di preoccupazione; l'altro, da non sottovalutare è rappresentato dalla difficoltà di contenere la spesa pubblica, a partire dall'acquisto di beni e servizi. Con un disavanzo che rimane troppo elevato e quindi non consente di avviare un circolo virtuoso di riduzione del debito.

Non deve quindi meravigliare, che nell'arco di pochi mesi le previsioni circa la crescita del PIL nel 2016 si siano gradualmente ridotte; con il rischio concreto di non riuscire a sfondare il muro del +1%.

I segnali che vengono dall'economia reale evidenziano accanto a un'accelerazione della deflazione, -0,5% ad aprile, anche alcuni segnali incoraggianti che vengono dal settore dei macchinari e degli altri beni di

investimento. Una conferma positiva rispetto al prolungamento degli incentivi nel settore dell'edilizia, del risparmio energetico e del rinnovo dei macchinari delle imprese, favorito dal super ammortamento al 140%.

In campo tributario, il principale snodo in cui convergono le criticità che impediscono all'Italia di crescere, le indicazioni che emergono dalla lettura dei dati fiscali indicano l'urgenza di una svolta radicale rispetto agli indirizzi perseguiti negli ultimi anni, necessariamente graduale nella fase attuativa.

Il punto di partenza per qualsiasi processo di riforma che si proponga l'obiettivo di realizzare un fisco più equilibrato, più attento alla crescita, più competitivo sul piano internazionale, in aderenza ai principi costituzionali, deve considerare sia l'imposta sui redditi delle persone fisiche, sia il regime di tassazione delle imprese. Questa revisione in contemporanea dell'insieme dell'imposizione sui redditi, si rende necessaria per lo stretto rapporto che lega le imprese all'imposizione personale dei propri dipendenti, nella funzione di sostituti d'imposta.

Per avere un ordine di grandezza del ruolo delle imprese nel pagamento delle imposte, per proprio conto, o come sostituti, nell'attuale sistema tributario, su cui insiste quasi in solitudine il Prof. Raffaello Lupi, mettendone in rilievo le criticità, basta ricordare che nel 2015 il fisco ha incassato attraverso le imprese 76 miliardi di IRPEF; 12 miliardi di addizionali locali all'IRPEF; 33 miliardi di IRES e 17,2 miliardi di IRAP., Pari a 139 miliardi di euro, al netto di altre imposte di settore, dalle accise a quelle di fabbricazione, alle imposte sul patrimonio immobiliare e agli altri tributi locali, tutt'altro che irrilevanti.

Il primo obiettivo per un riequilibrio del sistema dell'imposizione sul reddito deve essere quello di correggerne, gli elementi patologici, che corrodono il sistema dall'interno ed alimentano l'evasione. La soluzione più semplice, ovvia sarebbe quella di far pagare le imposte sul reddito direttamente ai dipendenti anziché dal datore di lavoro; in uno schema di questo tipo, intuitivamente si spezzerebbe il legame fiscale tra l'impresa e propri dipendenti, che attualmente favorisce, in una pluralità di circostanze, la corresponsione di una quota del salario fuoribusta, quindi al nero.

L'impresa infatti non potrebbe più dedurre tra i costi, quelli relativi ai redditi assoggettati a ritenuta alla fonte, corrisposti in nero ai propri dipendenti; ma non risparmierebbe neppure la quota di IRPEF non assoggettata a ritenuta alla fonte, perché in questo schema di evasione il beneficiario sarebbe solo il dipendente.

Un'ipotesi di questo tipo è ovviamente antistorica, indi impraticabile ed anche per alcuni versi irrazionale; serve però a comprendere che, in un sistema produttivo frazionato come quello italiano, in cui quasi la metà dei dipendenti lavora in imprese con meno di 10 addetti, ed oltre i 2/3 in imprese con meno di 50 dipendenti, per impedire accordi opportunistici tra il datore di lavoro e i suoi dipendenti, ai danni del fisco, occorre strutturare il sistema in modo che il totale dei contributi e delle imposte versati dal sostituto d'imposta al fisco, per conto di dipendenti sia inferiore al risparmio fiscale che l'impresa otterrebbe versando in busta paga la parte mobile del salario.

Da questo punto di vista appare quindi evidente l'insostenibilità del modello di detrazioni d'imposta decrescenti, per garantire la non imponibilità del minimo vitale e tenere conto dei carichi familiari, attualmente vigente; sappiamo infatti che le detrazioni decrescenti non sono neutrali rispetto alle deduzioni ad effetto equivalente, perché mentre quest'ultime operando sul reddito lordo, non comportano variazioni dell'aliquota applicabile, lo stesso non può dirsi per le detrazioni decrescenti che comportano un aumento dell'aliquota al tasso di crescita delle detrazioni stesse.

Attualmente l'aumento implicito dell'aliquota (e il corrispondente incentivo all'evasione) determinato dalle detrazioni decrescenti, oscilla tra il 4% e il 3% a seconda che si abbiano o meno carichi familiari.

Sotto questo profilo, d'altra parte è altrettanto evidente che, più è elevata la forbice tra l'aliquota media a carico di ciascun contribuente e l'aliquota marginale, a favore di quest'ultima, più diventa vantaggioso sottrarre una quota di salario al fisco, in quanto il risparmio fiscale è sensibilmente maggiore rispetto ai mancati risparmi di imposta a beneficio delle imprese, determinati dalla corresponsione al nero di una quota del salario.

Il passaggio da un modello di determinazione dell'imposta netta nell' IRPEF basato essenzialmente su detrazioni d'imposta decrescenti, ad un modello incentrato sulle deduzioni, oltre ad essere molto più trasparente, consente di definire meglio i profili distributivi dell'imposta sul reddito, senza determinare le sperequazioni attuali; allo stesso tempo renderebbe possibile il coordinamento della distribuzione degli oneri fiscali tra le diverse imposte, oggi inesistente. Un'anomalia che rappresenta attualmente, con ogni probabilità, il maggior incentivo all'evasione, perché consente, nella maggioranza delle imprese, di occultarla, con un profilo di rischio molto basso, proprio sfruttando la mancanza di coordinamento tra le principali imposte.

Lo schema proposto lascia al decisore politico un'ampia gamma di scelte nel rapporto tra le deduzioni per il minimo imponibile, quelle per i carichi familiari e altre che possono essere introdotte con gradualità e con dei plafond per testarne gli effetti, senza determinare perdite di bilancio difficilmente calcolabili ex ante. Dal mio punto di vista, all'interno di un quadro che ripartisca i redditi in un minor numero di scaglioni (partire da tre scaglioni per scendere eventualmente a due, dopo qualche anno, quando il sistema delle deduzioni variabili si sarà assestato) la preferenza va ad un modello che, in un primo scaglione molto più ampio dell'attuale, adotti la deduzione per il minimo vitale più contenuta possibile (penserei al livello della pensione sociale moltiplicato con un coefficiente collegato all'età).

L'obiettivo è quello di avere fin dall'avvio del nuovo schema di IRPEF, un'aliquota d'ingresso molto più contenuta rispetto all'attuale, dichiarando fin dall'inizio quale sarà il livello a regime, che potrà essere raggiunto gradualmente: favorito dall'eliminazione della confluenza di interessi ad evadere che caratterizza il sistema di riscossione dell'IRPEF e dei contributi attraverso i sostituti d'imposta.

La quota di reddito deducibile in cifra fissa, per i carichi familiari, potrebbe anch'essa essere stabilita a un livello modesto ed essere affiancata da altre deduzioni mirate, in funzione della natura socialmente rilevante della spesa stessa; anche questo modello di deduzioni decrescenti potrebbe essere introdotto

in una prima fase con dei plafond, o in alternativa con un tetto complessivo, in modo da favorire l'emersione di quote di reddito che oggi sfuggono al fisco, innanzitutto per il livello delle aliquote marginali.

Come ho sottolineato in premessa un aspetto del riequilibrio, riguarda anche la tassazione delle imprese. In Italia le imprese che hanno ricavi superiori ai 5 milioni di euro sono un po' meno di 50.000; quelle con ricavi superiori a 7,5 milioni di euro, meno della metà. A queste si affiancano oltre 1 milione di società di capitali con ricavi più modesti. L'imposta sul reddito delle società, l'IRES è applicata con modalità uniformi all'insieme delle società di capitali; la minore dimensione d'impresa, non è considerata ai fini di una riduzione dell'imposizione.

Per avere un'idea di come si distribuisce il carico fiscale medio tra le imprese di maggiori dimensioni, quelle medie, e quelle più piccole, soccorre uno studio di Unioncamere del 2013, sui bilanci del 2012 delle società di capitali. Lo studio è interessante perché riguarda 330.000 bilanci praticamente 1/3 del totale il risultato è che per quelle più piccole il tax rate (IRES è più IRAP) è pari al 26%; nelle imprese medie il carico complessivo sale al 36,5% mentre in quelle di maggiori dimensioni scende al 32,8%.

Aggiungo per chiarezza che si tratta di dati medi, su centinaia di migliaia di bilanci osservati, il che significa che per un grande numero di società si possono rilevare cifre molto maggiori.

Il dato è sicuramente indicativo del fatto che la differenza fra le imprese più piccole, le medie e quelle di maggiori dimensioni, sia il risultato di una contrazione opportunistica dei ricavi nelle imprese minori, che consente di ridurre in misura anche consistente il carico tributario. Mettendo fuori gioco tutti i dotti discorsi sulla bassa produttività italiana, che si scontrano con i dati delle esportazioni, dai quali emerge una realtà alquanto diversa; nella quale il circuito dell'economia grigia, in cui una parte delle merci circolanti sfugge ai controlli fiscali, rende ogni dato inattendibile.

Il problema è che se non riparte l'Italia diffusa, mancheranno le risorse per favorire la crescita del sistema delle imprese, a partire dalle minori, condizionate

nello sviluppo dall'ammortizzatore fiscale dell'evasione, che obbliga le imprese a crescere poco. Questa chiave di lettura è sicuramente realistica, tuttavia costituisce soltanto un lato della realtà, l'altro è rappresentato da una obiettiva minore redditività delle imprese minori, dalle minori economie di scala, dai maggiori costi di alcuni servizi, dalla maggiore rischiosità che caratterizza queste realtà; una condizione che rende del tutto irrealistica l'opinione, diffusa nell'establishment, che si tratti soltanto di un problema di evasione, che vada risolto con le politiche di contrasto e con sanzioni sempre più severe.

I dati richiamati in precedenza sull'aumento del gettito fiscale nel 2015 e sui risultati in termini di gettito recuperato attraverso le politiche di contrasto all'evasione, evidenziano il carattere semplicistico quando non fuorviante di questa ricostruzione, finalizzata a garantire gli attuali assetti economici e di potere e gli interessi che vi sono collegati. Perdendo di vista che l'aumento fuori controllo del prelievo, riduce la pressione sulla necessità di contenere rapidamente i costi di gestione nella Pubblica Amministrazione, in una fase in cui il processo deflazionistico ha consentito all'Italia, nonostante l'ulteriore crescita del debito pubblico, di risparmiare nel 2015. 8 miliardi di euro di interessi sull'anno precedente.

Il tema della tassazione delle persone e delle imprese, non può trascurare, da ultimo, un'imposta come l'IRAP. La vita di quest'imposta è stata tormentata innanzitutto perché era nata nel 1997, dopo la grande svalutazione del 1992 e la marcia di avvicinamento all'Euro, negli ultimi anni del secolo breve, in uno scenario di economia interna e internazionale attraversato da rivolgimenti profondi.

L'esigenza politica di disporre di un'imposta a larga base imponibile per assicurare un sufficiente grado di autonomia tributaria alle Regioni, che aveva condotto all'introduzione dell'IRAP, si era dovuta confrontare con l'accelerazione del processo di mondializzazione dell'economia e contemporaneamente con l'introduzione dell'euro; due realtà diverse che avevano ridotto in un breve arco di tempo la competitività delle nostre merci e obbligato le imprese italiane a trasformarsi, a innovare, ad andare alla ricerca di nuovi mercati di sbocco.

Un processo che nel primo decennio del secolo, ha investito soprattutto le imprese medie, che hanno continuato a crescere anche durante il lunghissimo tunnel della recessione.

Il problema italiano è che il numero di queste imprese nel decennio è cresciuto solo del 28% e alcune di queste non ce l'hanno fatta a scavalcare la crisi. Per davvero davvero una nuova spinta all'economia italiana, occorre che nei prossimi 10 anni le nostre imprese medie si avvicinino alle 10.000 unità, contro le attuali 4400. Un obiettivo purtroppo irrealistico, se non si imprime una svolta all'economia diffusa, quella in cui ogni nuovo occupato costa di meno.

Superare l'IRAP, non è oggi, comprensibilmente, la prima priorità. Il Governo, escludendo il costo del lavoro dall'IRAP, ha già compiuto una scelta rivoluzionaria per le abitudini italiane, innanzitutto contro l'establishment e la difesa di ben oliati equilibri di potere. Un ulteriore segnale positivo in questo senso è venuto da ultimo dalle Sezioni Unite della Cassazione, che hanno stabilito che l'IRAP non è dovuta da quelle attività di lavoro autonomo e d'impresa individuale in cui è presente un solo collaboratore dipendente, che non svolga un ruolo di collaborazione esecutiva, non determinante nella produzione del valore aggiunto (Cass: SU.n. 9451 - 10/5/2016). Una decisione di buon senso verso la quale posso solo aggiungere che le Sezioni Unite nel 2016 non hanno compiuto nulla di rivoluzionario. Più semplicemente hanno rivalutato quell'orientamento giurisprudenziale minoritario del 2006 che era stato indicato in alcune lucide sentenze della quinta sezione civile della Cassazione di cui era stato estensore il dott. Cicala. Il quale ha concluso la sua carriera a fine 2015, come Presidente titolare della sezione tributaria della Cassazione.

Dopo questo ulteriore intervento riequilibratore, assume particolare rilievo, sul versante delle imprese minori (quelle fino a cinque dipendenti) l'obiettivo di elevare l'attuale soglia di abbattimento dell'IRAP (una no tax area), ad un livello molto più elevato dell'attuale, diciamo intorno ai € 50.000, nell'arco di tre anni.

Una riduzione dell'imposta sulle attività produttive che incoraggerebbe, quello che è ormai divenuto l'anello più debole della catena dell'IRAP, a finanziare

qualche nuovo investimento, cogliendo l'opportunità degli incentivi al riguardo, e a creare nuova occupazione, anch'essa incentivata, dalla legislazione vigente.

9. Evasione e sistema tributario in un recente intervento di Vincenzo Visco: un approfondimento

Dopo sette anni di recessione profonda, che ha tagliato il PIL di quasi il -10%, con punte del -15% in alcune regioni del sud, accompagnati da un numero incalcolabile di fallimenti e di cessazioni di attività, l'idea dell'evasione che occulta un tesoro nascosto non mi sembra persuasiva. Ritengo francamente più convincente la tesi che ritiene che nel settore delle imprese minori l'evasione determini prevalentemente un riequilibrio nella ripartizione del reddito tra i fattori, regolato dal mercato, il cui veicolo principale è rappresentato dalla corresponsione di una quota di salario fuoribusta.

È attraverso questo percorso che si alimenta la parte più consistente dell'evasione all'IVA, nella quale l'evasione scende dalla produzione fino al consumo. Che poi attraverso questa pratica evasiva anche il titolare dell'impresa abbia un tornaconto in termini di risparmio di imposta e quindi di reddito disponibile, questo mi sembra scontato; molto meno che questo diffuso comportamento opportunistico, possa essere stroncato con attività di controllo e repressive, e non debba invece essere eliminato alla radice, non rendendolo economicamente conveniente, riequilibrando il prelievo tra i fattori produttivi.

Da ultimo è intervenuto su "Il Sole 24 Ore" ragionando su alcune delle questioni trattate in questo articolo ed in particolare sul tema della lotta all'evasione Vincenzo Visco. Il contributo è di notevole interesse, in primo luogo per il ruolo svolto dall'autore, lo studioso e il politico che ha maggiormente influito sull'evoluzione del fisco in Italia, fin dai tempi in cui, autorevole parlamentare della sinistra indipendente, era l'interlocutore privilegiato di Bruno Visentini: un'influenza che non è mai venuta meno.

In secondo luogo perché dalle esternazioni di Visco si può cogliere qualche

indicazione più precisa sugli orientamenti dell'Agenzia delle entrate.

I temi dell'articolo sono essenzialmente tre:

I) In Italia vi è un enorme evasione fiscale; i 14 miliardi di recupero dell'evasione realizzati dall'agenzia delle entrate nel 2015, rappresentano un elemento di routine delle attività amministrativa e il recupero del gettito è dovuto in prevalenza ad errori e comunque a dati forniti dal contribuente. Su quest'ultimo aspetto sono d'accordo. Sull' evasione, la mia ricostruzione del fenomeno, è più articolata.

II) Servono un mix di misure complementari: interventi amministrativi, utilizzo di nuove tecnologie, organizzazione e formazione del personale, interventi legislativi per abbattere l'evasione all'IVA. L'attività di accertamento viene dopo. Condivido anche questa osservazione. Nel 2014, in un rapporto del NENS, Visco aveva proposto di estendere ad altri settori il "reverse charge" e di introdurre lo "split payment" nella PA. Nel 2015 il governo Renzi ha accolto queste proposte e ne ha sottolineato sovente l'efficacia. Sul "reverse charge", non ho obiezioni di principio, anzi. Sono stato tra i primi ad apprezzarne l'introduzione, attuata da Visco nel 2006 e a evidenziarne gli effetti positivi sul gettito. Il "reverse charge" funziona in alcuni settori è del tutto inutile in altri: ma almeno, come emerge dai dati riportati sulle anomalie del gettito dell'IVA, tra la fine del 2015 e l'inizio del 2016, non è uno strumento anomalo per trasferire dalle imprese al fisco l'incentivo finanziario insito nello schema dell'IVA, come lo "split payment". Su quest'ultimo punto osservo soltanto che non mi sembra un'idea particolarmente brillante aumentare i costi per le imprese fornitrici della PA, nel momento in cui la prima priorità dovrebbe essere quella di ridurli. Ma questo aspetto non preoccupa Visco, secondo cui una riduzione delle imposte non è possibile, finanziandola con riduzioni della spesa pubblica. Questa opinione mi sorprende: se ben ricordo fu proprio Visco a spingere per centralizzare gli acquisti nella PA, e a istituire la CONSIP, messa presto in letargo e rispolverata precipitosamente dopo la crisi del debito pubblico. Quanto alla spesa sociale, per quanto mi riguarda ritengo si debba spendere meglio, non meno. Se questa, presumibilmente, è la preoccupazione di Visco, allora sono d'accordo anche su questo punto.

III) Il terzo passaggio dell'articolo, quello propositivo è indubbiamente quello di maggiore interesse, su cui vale la pena di soffermarsi per un ulteriore approfondimento. Scrive Visco, la proposta: "... riguarda l'introduzione di fatto di un sistema generalizzato di "reverse charge" utilizzando consapevolmente le nuove tecnologie. Si tratterebbe di introdurre una procedura che prevedesse la trasmissione telematica obbligatoria dei dati rilevanti a fini fiscali contenuti nelle fatture IVA emesse che dovrebbero essere inviate contestualmente al cliente e all'agenzia e la loro corrispondenza con quelli inviatigli dal fornitore. Contemporaneamente andrebbe controllato l'avvenuto versamento dell'imposta. In questo modo sparirebbe l'evasione IVA che si verifica nelle cessioni intermedie lungo la catena di IVA e che si traduce in mancati versamenti di imposte regolarmente incassate, si tratta di ben 10 miliardi. La misura avrebbe effetti positivi anche sul gettito derivante dalle vendite finali dove l'evasione è massima. In questo caso, infatti, i contribuenti, oltre a non dichiarare (fatturare) le vendite, tendono a non dichiarare anche acquisti regolarmente fatturati per poter esibire un margine credibile tra vendite e acquisti. Poiché dopo la riforma gli acquisti risulterebbero interamente al fisco, dovrebbero inevitabilmente crescere anche i ricavi dichiarati sempre per poter esibire un mark up credibile..."

Questo passo di Visco è interessante innanzitutto perché dimostra quel che ho sostenuto in queste pagine e cioè che lo "split payment", vale a dire l'inversione contabile negli acquisti della PA, per contrastare l'evasione all'IVA è del tutto inutile. Già attualmente le transazioni con la PA sono regolate con fattura elettronica e sono in possesso della PA, che potrebbe effettuare i controlli proposti da Visco già ora. Il che equivale a dire che per contrastare l'evasione nell'IVA, lo "split payment" non serve.

Il Governo, alle prese con la necessità di dare fiato ad un'economia stremata da una recessione senza fine (se sette anni vi paiono pochi!) e da una fiscalità diretta che è esattamente quella disegnata da Visco tra il 1997 e il 2007, i cui effetti recessivi sono stati moltiplicati dal cumulo di interventi regressivi sulle imposte indirette e sulla spesa pubblica, introdotti a partire dal 2011 (che Visco non

avrebbe mai adottato) ha utilizzato a fini (temporanei) di cassa, la proposta di Visco, che con il contrasto all'evasione non c'entra niente.

La questione seria è invece se davvero la proposta di Visco possa in qualche tempo far sparire l'evasione fiscale nell'Iva, nelle operazioni intermedie come sostiene il suo autore, o quanto meno ridurla. Cercherò di formulare sul punto, garbatamente, qualche obiezione, credo fondata.

La prima, parte da un'analisi dell'evasione a mio parere non realistica; vale a dire che, per evadere l'IVA i soggetti passivi adottino lo stesso metodo delle cartiere, invertito; ossia che, invece di utilizzare fatture alla base delle quali vi è il nulla, per spillare soldi reali al fisco, applicano il metodo inverso vale a dire emettono fattura, incassano l'imposta e non la versano al fisco. Questo modo di procedere infatti presenta una serie di rischi inutili; l'acquirente che ha pagato l'IVA al suo fornitore e vuole recuperarla, registrerà la fattura dal lato degli acquisti e la porterà in detrazione; quindi il rischio per il venditore intermedio, che incassa l'IVA e se ne appropria, senza riversarla, rappresenta un dato reale, non immaginario.

Tutto è possibile, tuttavia le questioni fiscali non sono atti di fede e quindi ho molti motivi di dubitare che quello descritto possa essere un fenomeno di massa.

In ogni caso se il dato richiamato da Visco, secondo cui 10 miliardi di evasione all'IVA si concentra nella filiera intermedia, e si basa su un modello in cui il IVA è regolarmente fatturata, incassata e da ultimo non riversata al fisco, fosse reale, ciò proverebbe che anni di politiche di contrasto all'evasione dal 2006 ad oggi, avviate in parte da Visco e ulteriormente aggravate dai successori, hanno paralizzato l'economia, senza produrre nulla di serio, sul versante del contrasto all'evasione.

Per la buona ragione che hanno guardato esclusivamente al dato economico, ignorando gli indispensabili profili giuridici, che attengono al coordinamento del prelievo tra imposte che incidono con modalità diverse sullo stesso contribuente. Ricordo a me stesso che le società di capitali in Italia sono oltre 1 milione; mentre quelle con un volume di affari superiore a 7.5 milioni di euro sono meno di 25.000;

tra queste, quelle medie, con più di 49 dipendenti sono soltanto 4400.

Non si comprende perché, avendo 1.000.000 di società di capitali a disposizione, per cercare di acquistare una quota di merce senza fattura, un'impresa che operi nella filiera intermedia, debba rivolgersi ad una tra le poche migliaia che hanno una struttura organizzativa e proprietaria che non consenta di distribuire una quota della merce senza fattura.

Del resto, qualche dubbio deve averlo avuto anche Visco, quando parlando delle vendite finali, fa riferimento ad operatori che, pur avendo acquistato regolarmente e fatturato le proprie operazioni di acquisto ed assolto l'IVA, non portano in detrazione l'IVA relativa a una parte delle fatture a monte, per poter rappresentare un volume di affari minore di quello effettivo, tuttavia realistico ai fini delle imposte dirette.

Anche questa affermazione non mi convince perché la concezione di fondo che la ispira, sembra avere alla base l'idea che nell'IVA l'evasione risalga da valle a monte, ossia dalle vendite finali, alla produzione, mentre è un dato di comune esperienza che il cammino dell'evasione è inverso.

In ogni caso in molti settori merceologici, farsi carico di una parte dell'IVA con le attuali aliquote (22%) mi sembra un'operazione economicamente insostenibile.

Non solo, ma che questo schema di evasione, estraneo al modello di IVA europeo, ruoti intorno a un sistema diffuso di imposte pagate, fatturate e non riversate al fisco, mi sembra assai poco probabile: sarebbe infatti molto più semplice e soprattutto meno rischioso, acquistare una parte della merce senza fattura.

Se, invece, si parte dal consumo finale, come momento d'innescio dell'evasione nell'IVA, l'obiezione è abbastanza semplice: se il gettito dell'IVA fosse falciato a partire dalle vendite finali, via via risalendo, il conto dell'evasione stimata non tornerebbe, perché i suoi effetti si limiterebbero in prevalenza al mark up delle vendite finali.

Da un lato il fenomeno sarebbe facilmente identificabile, perché le filiere a monte evidenzierrebbero un valore aggiunto molto simile o comunque di poco

inferiore a quello delle vendite finali; dall'altro, tenuto conto che una quota importante delle vendite finali riguarda settori in cui l'evasione è marginale, quali le forniture di energia a contatore, ovvero la vendita di beni di consumo durevole, la grande distribuzione, l'acquisto di beni e servizi agevolati, i trasporti, e via enumerando, il volume delle altre vendite finali non sarebbe in grado di assorbire un'evasione stimata tra i 35 e 40 miliardi di euro.

Sembra quindi molto più realistica l'ipotesi che l'evasione all'IVA sia alimentata dall'eccesso di fiscalità diretta, soprattutto a carico delle attività minori; una realtà diffusa che favorisce accordi opportunistici che alimentano la filiera delle operazioni realizzate al di fuori del circuito dell'IVA. Un tema che Visco comprensibilmente evita di approfondire, visto che quest'ipotesi metterebbe in discussione i profili distributivi dell'IRPEF riformata proprio da Visco nel 2007.

Per realizzare lo schema di evasione ipotizzato da Visco, non è necessario assolvere l'IVA senza registrare una parte delle fatture relative agli acquisti, e senza riversare l'IVA dovuta al fisco; esponendosi comunque al rischio di essere scoperti, quando è assai più semplice acquistare e vendere una quota delle proprie merci senza fattura.

Lo schema funziona benissimo come strumento di controllo e potrebbe essere applicato da subito nella PA, in sostituzione dello "split payment", dove intuitivamente l'Amministrazione non ha alcun interesse ad evadere l'IVA; mentre in tutti gli altri settori lo schema proposto, copre le operazioni assistite da fattura, mentre è ininfluente in quelle realizzate al di fuori del circuito dell'IVA: proprio quelle che occorre impedire.

Contro queste ultime, lo ribadisco, l'unico rimedio efficace è quello di riequilibrare i profili distributivi delle imposte sui redditi, spezzando la convenienza a corrispondere una quota del salario al nero, che accomuna attualmente cessionario e cedente nell'imposta sul valore aggiunto.

Un tema che, fino alla riforma dell'IRPEF del 1997 e all'introduzione dell'IRAP, era limitato al lavoro nero, ma non si estendeva alla parte mobile del salario, perché prima del '97 l'aliquota d'ingresso nell'IRPEF era il 10% mentre

successivamente è stata elevata al 19%, al 23%, e oggi al 26%/27% (per via delle detrazioni d'imposta decrescenti) a cui fino all'anno scorso occorreva aggiungere l'IRAP su una parte del monte salari.

Aggiungo conclusivamente, che sul tema del contrasto dell'evasione, sul quale l'on. Visco ha costruito il suo percorso politico, qualche volta questa, ha preso la mano al prof. Visco, il quale, da economista pubblico autorevole, sa meglio di qualsiasi altro che nelle crisi gravi, specie se particolarmente lunghe, la selezione del mercato è inevitabile; quindi è buona pratica applicata dai governi in ogni parte del mondo, di allentare le briglie dei controlli nelle fasi di crisi, consentendo alle imprese di rimettersi in regola col fisco, appena le condizioni dell'economia di nuovo lo permettono. Esattamente l'opposto di quanto è stato fatto in Italia negli ultimi otto anni. Ma di quelle politiche, è giusto ricordarlo, Visco non porta alcuna responsabilità.

10. Conclusioni

Questo lungo percorso alla ricerca di un punto di riferimento stabile, all'interno del sistema tributario, a parte un richiamo ai profili distributivi dell'IRPEF, riformata nel 2007, in realtà è racchiuso nel breve spazio temporale di un anno, nel quale sono emerse le principali criticità segnalate.

Di qui l'attenzione ad alcuni aspetti attuativi della delega, a partire dalle sanzioni ed alla organizzazione della giustizia tributaria, che hanno confermato l'autoreferenzialità senza contrappesi istituzionali, dell'Amministrazione finanziaria, sia nella predisposizione dei testi legislativi sia nello svolgimento delle attività di controllo, ai cui trionfalismi si contrappongono i dati relativi alla riscossione delle imposte definitivamente accertate, tutt'altro che esaltante.

Alle criticità legislative e gestionali fanno da pendant quelle relative al funzionamento della giustizia tributaria a partire dalla giurisprudenza della sezione tributaria della Cassazione, non meno autoreferenziale rispetto all'attività amministrativa svolta dalla agenzia delle entrate.

All'interno di questo scenario è emerso il quadro sconcertante delle principali imposte, che camminano ciascuna per suo conto senza un minimo di coordinamento dei profili distributivi e delle modalità di riscossione delle stesse.

Con il risultato di avere a che fare con un ordinamento tributario che, non solo non riesce a tenere sotto controllo l'evasione fiscale, al contrario ne costituisce il principale incubatore ed incentivo.

Di qui la necessità di un processo di riforma unitario, attento a graduare il prelievo in relazione della capacità contributiva e della parità fiscale dei contribuenti, un processo riformatore che favorisca la crescita economica finanziando la riduzione del carico fiscale attraverso l'ampliamento degli imponibili.

All'interno di questo scenario il tema dell'evasione assumerà nel prossimo futuro un rilievo sempre maggiore, per i condizionamenti che questa ha determinato e continua a determinare sulle scelte di politica tributaria.

Non sottovaluto il problema, anzi, ritengo sia centrale. Non mi piace tuttavia che su questo argomento si faccia demagogia, ad ogni livello, come è avvenuto negli ultimi 10 anni; producendo essenzialmente manovre fiscali aggiuntive, sempre nuove, sempre sugli stessi destinatari, a partire da quelle del biennio 2011/2012, che non trovo aggettivi per definire, in una rivista scientifica. Sono convinto, e ho cercato di dimostrarlo dati alla mano, che le modalità con cui sono state attuate negli ultimi 10 anni e politiche di contrasto all'evasione, abbiano determinato una serie crescente di freni alle attività economiche, senza risultati tangibili sul piano degli effetti delle politiche di contrasto. E che insistervi, per assuefazione, senza cercare percorsi alternativi, rappresenti un errore che non possiamo più permetterci.

Aggiungo, per essere ancora più chiaro che quando sottolineo che in Italia la componente principale dell'evasione, a partire dal lavoro dipendente, ma non solo, costituisce prevalentemente una redistribuzione del reddito tra i fattori, e non conduca quindi ad un tesoro nascosto, non esprimo alcun giudizio di valore, indico semplicemente un dato di fatto.

Il problema quindi per una parte importante di quella componente reddituale è creare le condizioni, a partire da quelle fiscali, perché possa emergere. La forbice spaventosa tra accertamenti fiscali e recuperi del gettito evaso, descritti dal direttore di Equitalia e richiamati nel testo, sono un chiaro indizio degli squilibri di un sistema in cui troppe realtà sopravvivono evadendo e falliscono quando, per caso, vengono svelate. Un problema da affrontare senza demagogia, non una questione da nascondere sotto il tappeto, come la polvere.

Ho inserito qualche riflessione, a commento di un recentissimo articolo di Vincenzo Visco, perché vi ho trovato la conferma dei limiti di un'idea di fiscalità, che vede nei meccanismi repressivi lo strumento di elezione per regolare i rapporti tra fisco e contribuente, quando i conti del fisco non tornano. Ricorrendo a spiegazioni ad elevato rischio per il contribuente e dunque ad un ancora più elevato tasso d' improbabilità, quando la circolazione di merci non fatturate e importate sfuggendo ai controlli doganali è amplissima e consente di occultare una quota dei ricavi, a seconda dei settori, praticamente senza rischi.

Intendiamoci, la vistosa anomalia italiana, relativa alla molto minor resistenza dell'IVA all'evasione è un tema che ci portiamo avanti da decenni; i tentativi di Visco di riportarli sotto controllo, non avendo responsabilità dirette, sono encomiabili. Tuttavia se si torna indietro nel tempo, alla metà degli anni 80, quando la riforma tributaria del 1972/73 si era finalmente assestata, ci si rende conto che il rapporto tra evasione all'IVA e il PIL è variato nel tempo, essenzialmente funzione dell'aumento dell'aliquota.

Mentre nell'ultimo quarto di secolo la catena distributiva ha subito un processo di razionalizzazione imponente, che ha inciso sull'evasione, riducendone gli spazi nelle vendite al dettaglio, il dato complessivo non ha subito variazioni significative.

La spiegazione secondo me va ricercata nel rapporto di ciascun contribuente con le diverse imposte, che investe profili giuridici fin troppo sottovalutati; a partire dalla necessità di spezzare la convergenza di interessi tra il datore di lavoro sostituto d'imposta e il lavoratore contribuente, a distribuire una quota di salario al nero.

Una riforma dell'IRPEF e delle sue addizionali, che adotti uno schema applicativo dell'IRPEF simile a quello qui descritto, rendendo non più conveniente la corresponsione di quote del salario fuori busta, avrebbe gli stessi effetti del modello di fatturazione e di scambi d'informazione con l'Agenzia proposto da Visco; una procedura documentale convincente, che sicuramente chiuderebbe qualche rivolo all'evasione nell'IVA, ma sarebbe impotente rispetto al fiume della circolazione di beni senza fattura, che continuerà allegramente.

L'aspetto che mi convince meno del ragionamento di Visco, è quello di offrire un involontario supporto a quel misto di conservazione e moralismo, interessi economici, disinformazione, solidarietà accademiche e tic snobistici, che sono tanta parte del nostro establishment. Un mondo statalista per interesse, ben più che per cultura, che dopo avere occupato il potere, ha utilizzato le liberalizzazioni per consolidarsi come classe privilegiata dal punto di vista economico, lontano anni luce dalla libertà di pensiero, dalle motivazioni ideali dell'azione politica e dalle spigolosità caratteriali di Visco, qualità che ne fanno un politico anomalo, un intellettuale con cui il confronto costituisce comunque un arricchimento.

Sono convinto anch'io che le nuove tecnologie, se utilizzate con equilibrio in un quadro di imposizione riformato, possano condurre a determinazioni dei redditi delle attività minori, imprese individuali e lavoratori autonomi, maggiormente realistiche. Tuttavia, credo che l'errore più grande compiuto dal fisco negli anni della crisi, sia stato quello di pretendere di reagire alla contrazione delle attività determinata dalla recessione, aumentando il prelievo con modalità che hanno spinto i contribuenti a ridurre al minimo gli elementi valutabili dal fisco in sede di accertamento.

Un'incapacità di comprensione di quella realtà, tanto importante nel nostro sistema economico, composta da alcuni milioni di imprese individuali e familiari, e di lavoratori autonomi, che vive a contatto e da lavoro a una quota importante dei lavoratori dipendenti del settore privato e ne condivide le ansie, le difficoltà, le frustrazioni, il timore del domani.

In buona sostanza un'idea di fisco completamente disancorata dalla realtà che

dovrebbe servire. In 10 anni è cambiato il mondo e l'idea di un sistema di imposizione del reddito come quello vigente, con una forbice tra aliquota media ed aliquota marginale amplissima, che non ha riscontro in nessun altro paese avanzato, con l'obiettivo di punire i redditi determinati in base a dichiarazione, attraverso strumenti di adeguamento semiautomatico, tutelando il lavoro dipendente con le detrazioni, ha prodotto soltanto un Paese che stenta a crescere e il cuneo fiscale più elevato al mondo, assieme al Belgio: una realtà statuale da separati in casa, che solo il miglior Berlusconi poteva, ai tempi del federalismo, indicare come modello per l'Italia.

Il Governo è attualmente in una posizione delicata, stretto tra un quadro internazionale incerto e confuso e una UE che ci permetterà margini sempre minori di flessibilità di bilancio. In questo quadro gli spazi di manovra del Ministro Padovan per una politica tributaria di riforme realmente innovative sono ristretti; quello che possiamo ricavare dalla lezione del 2015 è che la scelta dei settori da incentivare è importante, ma ancora di più la sua stabilità nel tempo.

Basta guardare agli incentivi per i lavori di ristrutturazione nelle abitazioni private, per rendersi conto che la loro utilizzazione è in espansione, in parte per la crescita del reddito disponibile; ma soprattutto per il fatto che la loro stabilità, essendo rinnovate nel tempo, ne sta favorendo la diffusione. E a conti fatti, lo sconto fiscale, spalmato in 10 anni è un buon incentivo per le famiglie che anticipano la spesa, ma soprattutto un affare per il fisco che incassa da più parti.

Riformare il fisco non è la stessa cosa di un "pit stop" per cambiare le ruote di un'auto. Una riforma delle quattro grandi imposte italiane, IRPEF, IVA, IRES, IRAP, richiede un apparato di studi ed approfondimenti seri, che hanno ben poco a che vedere con la somma di interventi spot in qualche legge di stabilità.

Serve una vera rivoluzione fiscale, rispettosa dei principi e dei valori della costituzione repubblicana, che ponga fine alla rincorsa degli espedienti, senza preoccuparsi di chi paga il conto; una riforma sottratta ai condizionamenti di Confindustria, costruita sulle capacità di reddito dell'Italia che è rimasta più indietro in questi anni, che dovrebbe poter condividere gli stessi diritti di quella più

fortunata (se ancora si può dire così). In una parola un modello che premi l'impegno e il merito, dia sicurezza al risparmio, incoraggi giovani e meno giovani a mettersi in gioco, a rifiutare il declino, dando al Paese un nuovo slancio. Perciò non ci resta che crescere.

In tema di soggettività tributaria delle aggregazioni tra imprese: il problema del contratto di rete*

di Marco Baldacci

Dottore di ricerca in Diritto degli affari e Diritto tributario dell'impresa
Università di Roma LUISS Guido Carli

ABSTRACT

There is a belief that the network of enterprises is the best solution for the Italian economy, which is characterized by a lot of small companies.

Although there is a variety of regulations, which can be applied to the various forms of collaboration, none of them can totally discipline this matter: a general regulation concerning cooperation between companies (especially for contractual joint ventures) does not exist in the Italian legal framework and this is the reason of the introduction of the "network contract" (Decreto legge n.5/2009).

However, the current regulation of the network contract and its numerous changes over the last six years confirm an ambiguous and sometimes contradictory approach made by the Legislator.

When companies decide to set up a common fund and appoint a common office, the network contract regulation suggests the idea of a contract that aims to create an independent organization, according to a model similar to the consortium's. Therefore, this approach hardly reconciles with the choice of giving the "legal subjectivity" to the network only when specific formal procedures are fulfilled. However, the "legal subjectivity" does not lead to any consequence in terms of applicable rules. In other words, network contract regulation is the same for both the "subject" and the "contract" networks.

Companies willing to cooperate through the network contract and trusting in the text of the DL. 5/2009 may inadvertently give life to an association that is subject to tax, since it is included in the art. 73 of the Corporate Income Tax Code (TUIR).

SINTESI

È convinzione diffusa che le reti di imprese costituiscano il modello ideale per l'economia italiana, caratterizzato da un elevato numero di piccole imprese.

Sebbene vi siano diversi istituti giuridici capaci di dar veste giuridica alle varie forme di collaborazione, nessuno di essi è capace di regolare complessivamente la materia: una disciplina generale relativa alla cooperazione tra imprese (specie per le collaborazioni meramente contrattuali) non esiste nell'ordinamento italiano e tale lacuna ha spinto il legislatore italiano ad introdurre il contratto di rete di cui al Decreto legge n. 5/2009.

Ciononostante, l'attuale disciplina del contratto di rete e le numerose modifiche apportate negli ultimi sei anni confermano un ambiguo e talora contraddittorio approccio del Legislatore.

Quanto le imprese decidono di istituire un fondo ed un organo comune, la disciplina del contratto di rete suggerisce l'idea di un contratto finalizzato ad istituire

un'autonoma organizzazione, analogamente a quanto previsto per i consorzi. Questo approccio, tuttavia, difficilmente si concilia con la scelta di attribuire la soggettività a fronte di un mero adempimento formale. A ben vedere, infatti, la soggettività non comporta alcuna conseguenza in termini di disciplina applicabile. In altre parole, la disciplina della rete è la medesima sia per le reti-contratto che per le reti-soggetto.

Le imprese che intendono collaborare attraverso il contratto di rete e che si affidano alla lettera del Dl. 5/2009 potrebbero dunque inavvertitamente dar vita ad un ente associativo soggetto passivo di imposta, in quanto incluso tra i soggetti IRES di cui all'art. 73 TUIR.

SOMMARIO: 1. Premessa – 2. Brevi cenni sulla soggettività tributaria – 3. Aggregazioni tra imprese e soggettività passiva IRES – 4. La soggettività nei contratti di rete – 5. L'organizzazione comune ed il "ribaltamento" dei ricavi e dei costi – 6. Conclusioni

1. Premessa

Nell'ambito delle aggregazione tra imprese il contratto di rete¹ è venuto ad assumere un ruolo estremamente importante, come dimostrano i dati diffusi da InfoCamere ed aggiornati al 3 marzo 2016, che registrano ben 2.699 contratti, di cui 370 a soggettività giuridica, conclusi tra 13.518 imprese operanti sul territorio nazionale².

Tale disciplina si è affiancata ad altri istituti finalizzati a dare veste giuridica alle "reti di imprese", intese quali forme di collaborazione basate su pattuizioni tra soggetti autonomi che, pur legati da vincoli di cooperazione, mantengono la loro individualità³.

Tra questi, la figura certamente emblematica è il consorzio di cui agli artt. 2602 e seguenti del codice civile, attraverso il quale più imprenditori istituiscono un'organizzazione comune per la disciplina e lo svolgimento di determinate fasi delle rispettive imprese. Altra forma di collaborazione diffusa nella prassi è quella delle ATI (o RTI), nelle quali più imprese si raggruppano, cumulando i propri

¹ La cui disciplina è contenuta nell'art. 3, commi 4-ter e segg., del D.L. 10 febbraio 2009, n. 5, convertito con L. 9 aprile 2009, n. 33.

² Dati pubblicati sul sito <http://contrattidirete.registroimprese.it/reti/>.

³ La bibliografia sul tema è particolarmente ampia. Si vedano, per tutti, i contributi raccolti in F. Cafaggi, P. Iamiceli e G.D. Mosco (a cura di), *Il contratto di rete per la crescita delle imprese*, Milano, 2012.

requisiti tecnici e/o economici, conferendo un mandato collettivo all'impresa capogruppo la quale diviene l'interlocutore principale nei confronti della stazione appaltante.

Non mancano poi nell'ordinamento discipline volte a tutelare la parte debole dell'aggregazione, come nel caso del franchising o della subfornitura.

Il ventaglio degli istituti e dei modelli contrattuali riconducibili alle aggregazioni tra imprese è, in realtà, estremamente ampio e include anche aggregazioni interimprenditoriali basate su accordi atipici, che trovano copertura nel generale principio della libertà contrattuale (è il caso delle cc.dd. *unincorporated* o *contractual joint venture*).

Trattasi, tuttavia, di normative inidonee a regolare le aggregazioni tra imprese in tutte le loro sfaccettature, in quanto limitate a taluni aspetti o a particolari forme di collaborazione. È in questo panorama giuridico, costellato di istituti giuridici "parziali", inidonei a regolare il fenomeno reticolare in tutte le sue varianti e sfaccettature, che il Legislatore ha introdotto il contratto di rete per offrire al mondo imprenditoriale un istituto snello e destinato a dare al sistema maggiore competitività e propensione all'internazionalizzazione.

Il Legislatore definisce tale contratto come l'accordo con il quale più imprenditori perseguono lo scopo di accrescere, individualmente e collettivamente, la propria capacità innovativa e la propria competitività sul mercato e, a tal fine, si obbligano, sulla base di un programma comune di rete, a collaborare in forme e in ambiti predeterminati attinenti all'esercizio delle proprie imprese ovvero a scambiarsi informazioni o prestazioni di natura industriale, commerciale, tecnica o tecnologica ovvero ancora ad esercitare in comune una o più attività rientranti nell'oggetto della propria impresa.

La convinzione diffusa secondo la quale la rete costituisca il modello vincente in un'economia, quale quella italiana, caratterizzata da un elevatissimo numero di piccole e medie imprese, ha inoltre spinto il Legislatore del 2010 ad introdurre un'agevolazione fiscale parametrata all'ammontare degli utili investiti dalle

imprese contraenti nel progetto della rete⁴, con una scelta che, del resto, si pone in linea di continuità con altre iniziative del passato volte a favorire la collaborazione tra imprese. Non sono peraltro mancati numerosi incentivi, sotto forma di contributi e finanziamenti a fondo perduto, erogati sia a livello nazionale che locale, per supportare le aggregazioni realizzate in determinati contesti o per determinate finalità.

Questo vivo interesse verso il contratto di rete e, più in generale, il rinnovato sostegno alla collaborazione interimprenditoriale, richiedono alcune riflessioni in merito al corretto inquadramento, sotto il profilo fiscale, di tali aggregazioni⁵, anche alla luce delle più recenti sentenze di legittimità in materia di rapporti tra consorzio e consorziate, che hanno risollevato questioni in tema di soggettività fiscale mai definitivamente risolte.

2. Brevi cenni sulla soggettività tributaria

La collaborazione tra imprese ricomprende fattispecie molto diverse tra loro, in cui le imprese coordinano le proprie attività per la realizzazione di un progetto comune senza, tuttavia, rinunciare alla propria autonomia.

La caratteristica principale delle reti di imprese pone dunque l'interprete di fronte ad una centrale questione circa la possibilità di attribuire all'aggregazione la soggettività giuridica; nel settore fiscale, peraltro, la natura personale dell'imposizione, specie quella diretta, impone di distinguere quegli accordi di collaborazione che danno vita a soggetti in grado di "possedere" i redditi, dalle operazioni che tali redditi generano.

⁴ Sulla quale vedi A. Uricchio e G. Selicato, *Aggregazioni imprenditoriali e reti di imprese nella prospettiva del fisco*, reperibile on-line sul sito www.ibattellidelreno.uniba.it, 2013; C. Califano, *Profili fiscali del contratto di rete*, in F. Briolini, L. Carota e M. Gambini (a cura di), *Il contratto di rete. Un nuovo strumento di sviluppo per le imprese*, in *Quad. rass. dir. civ.*, 2013, 98; G. Melis, *Le agevolazioni tributarie finalizzate all'aggregazione delle imprese e il contratto di rete: alcune considerazioni*, in F. Cafaggi, P. Iamiceli e G.D. Mosco (a cura di), *Il contratto di rete, cit.*, . 395; C. Califano, *Prime note sui profili tributari del contratto di rete*, in *Innov. e dir.*, 6, 2011, 1; T. Tassani, A. Giovanardi e R. Lupi, *Agevolazioni ai partecipanti alle reti di imprese e simmetrie del sistema fiscale*, in *Dialoghi*, 2011, 602; L. Salvini, *Le reti di imprese: profili fiscali*, in *Corr. merito*, 1, 2010, 15.

⁵ Sulla connessa questione della fiscalità dei distretti produttivi v. L. del Federico e G. Melis (a cura di), *La tassazione dei distretti produttivi*, in *CNDC*, 2006, 1.

L'esigenza di inquadrare le aggregazioni all'interno delle categorie tributarie, peraltro, assume una connotazione fisiologica e non, per così dire, "patologica" ed eventuale come avviene nel diritto comune, in quanto l'esigenza di stabilire quale regime impositivo applicare all'accordo si impone sempre e comunque⁶.

Nonostante il tema sia da tempo dibattuto⁷, è andato consolidandosi il convincimento secondo il quale la soggettività tributaria non possa prescindere (in quanto presuppone) quella civilistica, in considerazione del fatto che l'integrazione della fattispecie impositiva implica la giuridica riferibilità degli eventi, situazioni, atti o attività assunti dal Legislatore a presupposto d'imposta. Muovendo dalle conclusioni cui è giunta la dottrina civilistica, la soggettività giuridica fiscale viene oggi riconosciuta alle persone fisiche, alle persone giuridiche ed alle organizzazioni di beni e di persone, prive di personalità giuridica, ma titolari di una capacità giuridica "ridotta"⁸.

La soggettività passiva (tributaria) è stata dunque estesa a tutta una serie di entità non personificate individuabili in relazione alla loro idoneità ad assumere obbligazioni di natura patrimoniale⁹.

Ciò trova riscontro positivo, in particolare, nella disciplina dell'imposizione diretta nella quale la soggettività passiva IRES, oltre ad essere espressamente attribuita alle persone giuridiche e ad una serie di figure tipiche, viene riconosciuta anche ad altre figure diverse dalle persone fisiche mediante una previsione residuale, generica¹⁰ e con potenzialità antielusive¹¹. La formula di chiusura contenuta nell'art. 73, co. 2, del TUIR, infatti, include tra i soggetti passivi dell'IRES

⁶ P. Boria, *Il principio di trasparenza nella imposizione delle società di persone*, Milano, 1996, 40.

⁷ Sul quale si vedano L. Castaldi, voce *Soggettività tributaria*, in S. Cassese (diretto da), *Dizionario di diritto pubblico*, 2006, VI, 5612 e A. Amatucci, voce *Soggettività tributaria*, in *Enc. giur. Trecc.*, 1994, XXIX, 1, e la dottrina ivi richiamata.

⁸ F. Gallo, *La soggettività ai fini IRPEG*, in AA.VV., *Commentario al testo unico delle imposte sui redditi. Scritti in onore di A. E. Granelli*, Roma, 1990, 518.

⁹ Così E. Potito, voce *Soggetto passivo d'imposta*, in *Enc. dir.*, 1990, XLII, 1226.

¹⁰ E. Potito, voce *Soggetto passivo*, cit., 1243 secondo il quale «la formula utilizzata dal Legislatore per designare la soggettività tributaria di entità non personificate [...] rimane comunque abbastanza vaga e generica e quindi idonea a suscitare qualche perplessità in merito all'esatta individuazione della categoria di soggetti in argomento».

¹¹ G. Zizzo, *La determinazione del reddito delle società e degli enti commerciali*, in G. Falsitta (a cura di), *Manuale di diritto tributario. Parte speciale*, Padova, 2013, 634.

le persone giuridiche, le associazioni non riconosciute, i consorzi e le altre organizzazioni non appartenenti ad altri soggetti passivi, nei confronti delle quali il presupposto dell'imposta si verifica in modo unitario e autonomo¹².

Il Legislatore, dunque, ha individuato nell'IRES (e, in precedenza, nell'IRPEG) l'imposta "soggettivamente residuale"¹³, in quanto applicabile a tutte quelle entità, diverse dalle persone fisiche, produttrici di un reddito unitario e autonomo¹⁴, ovverosia dotate di una certa autonomia dell'organizzazione, che si concretizza nella presenza di organi propri, nell'autonoma gestione e nella non appartenenza del patrimonio a terzi soggetti¹⁵. Non è di per sé sufficiente, dunque, la mera autonomia contabile¹⁶ ovvero la sola autonomia patrimoniale¹⁷, ma occorre anche una apprezzabile autonomia gestionale.

3. Aggregazioni tra imprese e soggettività passiva IRES

Muovendo dalle sopra richiamate premesse di ordine generale in tema di soggettività passiva tributaria, diviene possibile valutare quando un'aggregazione può considerarsi soggetto passivo IRES.

Nessun dubbio sorge circa l'attribuzione della soggettività alle corporate joint venture (quando costituite sotto forma di società di capitali), ed ai consorzi (espressamente richiamati dal citato art. 73)¹⁸, così come certa risulta l'esclusione del GEIE dal novero dei soggetti passivi IRES¹⁹.

¹² Sul quale v. R. Schiavolin, *I soggetti passivi*, in F. Tesaurò (a cura di), *Giur. sist. dir. trib., Imposta sul reddito delle persone giuridiche. Imposta locale sui redditi*, Torino, 1996, 35 e l'ampia dottrina ivi richiamata.

¹³ L. Ferlazzo Natoli, *Il sistema tributario italiano. Lezioni*, Torino, 1993, 169.

¹⁴ Di recente G. Zizzo, *La determinazione del reddito*, cit., 283. Nello stesso senso E. De Mita, *Appunti di diritto tributario*, Milano, 1997, 162. Sul punto v. anche A. Fedele, *Il regime fiscale delle associazioni*, in *Riv. dir. trib.*, 1995, I, 328.

¹⁵ F. Gallo, *La soggettività*, cit., 521.

¹⁶ V. Ficari, *Indici di soggettività tributaria ed art. 87, comma 2, TUIR n. 917/86*, in *Riv. dir. trib.*, 1994, II, 471.

¹⁷ F. Gallo, *La soggettività*, cit., 521, secondo il quale è «indimostrata e improponibile la indefettibilità dell'equazione "responsabilità limitata = soggettività giuridica"».

¹⁸ Sulla cui disciplina fiscale si veda M. Interdonato, *Il regime fiscale dei consorzi tra imprenditori*, Milano, 2004.

¹⁹ Il Regolamento comunitario che lo disciplina (Regolamento del Consiglio CEE 25 luglio 1985, n. 2137/85), all'art. 40, prevede che il risultato delle attività del gruppo è soggetto ad imposta soltanto

Più incerto risulta, invece, il corretto inquadramento delle ATI (e dei RTI). Se, da un lato, infatti, autorevole dottrina civilistica ha da tempo ipotizzato la possibilità di qualificare le ATI come veri e propri consorzi per il coordinamento della produzione e degli scambi²⁰, altri Autori hanno trovato nella disciplina previgente l'attuale Codice degli Appalti, saldi riferimenti normativi per ricostruire l'istituto delle ATI attorno al contratto di mandato²¹.

Pur muovendo da questa ultima posizione, pare comunque preferibile un approccio casistico, volto a valutare singolarmente gli accordi raggiunti tra le parti al fine di stabilire se l'intesa si limiti ad operare nei confini del mandato ovvero se abbia costituito una vera e propria organizzazione tale da integrare un consorzio, al di là del *nomen* utilizzato dai contraenti²².

In sostanza, la (scarna) figura del raggruppamento temporaneo delineata dal Legislatore rappresenta uno schema legale minimo, ricalcato sul mandato e sul vincolo solidale delle imprese riunite. Il raggruppamento, di per sé, non è

tramite imposizione a carico dei singoli membri. Il D.lgs. 240/1991, all'art. 11, stabilisce che il GEIE non è soggetto all'imposta sul reddito delle persone fisiche né giuridiche. I redditi e le perdite, determinati secondo le disposizioni del TUIR, sono imputati a ciascuna impresa aderente indipendentemente dall'effettiva percezione, nella proporzione prevista nel rispettivo contratto di gruppo o, in mancanza, in parti uguali. Per il GEIE è quindi previsto un regime analogo a quello previsto per i soggetti di cui all'art. 5 del TUIR. In dottrina v. A. Lovisolo, *Profili fiscali del GEIE: prime considerazioni*, in *Dir. prat. trib.*, 1989, I, 1170.

²⁰ F. Galgano, *I consorzi tra imprenditori per l'assunzione e per l'esecuzione di opere e di forniture*, in F. Mastragostino (a cura di), *La collaborazione tra imprese nell'appalto per l'esecuzione di opere pubbliche*, Padova, 1988, 35; D. Corapi, *Le associazioni temporanee di imprese*, Milano, 1983, 136; G. Volpe Putzolu, *I consorzi per il coordinamento della produzione e degli scambi*, in F. Galgano (a cura di), *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, 1981, IV, 317.

²¹ A. Borgioli, *Consorzi e società consortili*, in *Trattato di diritto civile e commerciale Cicu-Messineo*, 1985, XLI, 3, 79. Anche la giurisprudenza di legittimità (Cass., sez. trib., 20 marzo 2009, n. 6791 in *Corr. trib.*, 2009, 1873, con nota critica di M. Busico, *Non è soggetto tributario unitario e autonomo l'associazione temporanea di impresa*) attribuisce un preminente - e forse eccessivo - rilievo all'attuale comma 17 per escludere che le ATI diano vita ad organizzazioni qualificabili come soggetti di diritto.

²² È condivisibile, dunque, quanto affermato da D. Bonvicini, voce *Associazioni temporanee di imprese*, in *Enc. giur. Trecc.*, Roma, 1988, 6, secondo il quale, nella figura di raggruppamento prevista dalle disposizioni che riconoscono le ATI «non è necessariamente prevista la formazione di un organismo comune: ciò non impedisce alle imprese riunite con tale formula di porre in essere contrattualmente un rapporto consortile con o senza attività esterna e, in effetti, se la relazione tra le imprese non si esaurisce - come di solito avviene nella prassi - nel conferimento del mandato speciale alla capogruppo, ma gli accordi provvedono a creare un minimo di organizzazione interna per regolare le rispettive prestazioni delle imprese, è da ritenere che un tale rapporto non si discosti dalla sostanza consortile».

qualificabile come contratto associativo, come riconosciuto dalla stessa normativa. Questo schema legale minimo, tuttavia, può essere superato, oltre che attraverso l'esplicita costituzione di un organismo associativo in luogo del mero raggruppamento, anche quando, in concreto, il regolamento dei rapporti tra le imprese raggruppate temporaneamente sia tale da originare un organismo associativo accanto o dentro il mandato alla capogruppo²³.

Non sembrano, dunque, pienamente condivisibili, quanto meno nelle conclusioni, quei documenti di prassi²⁴ (peraltro supportati da autorevole dottrina²⁵) i quali, dopo aver riconosciuto che anche tali accordi (le ATI) possono dar vita ad un ente associativo, hanno ritenuto applicabile il regime di trasparenza di cui all'art. 5 del TUIR: secondo tale interpretazione, quando, nel contesto di un raggruppamento temporaneo, il reddito viene prodotto unitariamente dall'aggregazione, quest'ultima costituisce una società di fatto e, pertanto, il reddito viene tassato non ai fini IRES, ma con il regime fiscale delle società di persone che prevede, da un lato, la determinazione unitaria del reddito nei confronti della società e, dall'altro, la sua tassazione nei confronti dei soci a cui esso è imputato.

Tale ricostruzione, seppur apprezzabile nella parte cui ricerca l'effettiva esistenza di un'autonoma organizzazione, non convince pienamente laddove giunge ad inquadrare la fattispecie all'interno della società di fatto.

Accertata, invero, l'esistenza di un ente associativo oltre al mandato a favore della capofila, l'aggregazione viene inevitabilmente a caratterizzarsi per la sua

²³ D. Bonvicini, *Associazioni temporanee*, cit., 7.

²⁴ Emblematiche la nota 30 marzo 1979, n. 9/571 e la Ris. 13 agosto 1982, 9/2147 dell'Agenzia delle Entrate, ove si afferma che «l'anzidetto principio può essere reso inoperante [...] quando sussistono i presupposti di fatto in base ai quali la gestione dell'opera appaltata al gruppo di imprese riunite non è riferibile a ciascuna impresa autonomamente considerata ma è riconducibile al nuovo soggetto nascente dall'unificazione di una apposita società regolare, il quale in mancanza della costituzione di una apposita società regolare, rientra nella categoria» delle società di fatto, per la quale opera il criterio della trasparenza.

²⁵ L. Perrone, *Lineamenti tributari delle riunioni temporanee di imprese (disciplina vigente e proposte)*, in *Rass. Trib.*, 1984, I, 207; G. Croxatto, voce *Redditi delle persone fisiche (imposte sui)*, in *Nss. dig. it.*, app., 1986, 420; R. Virgilio, *Consorzi e associazioni temporanee di imprese per l'esecuzione di opere pubbliche: profili fiscali*, in *Riv. dir. fin.*, 1985, I, 106. Sul punto si veda anche D. Corapi, *Le associazioni temporanee*, cit., 58 e 139.

finalità mutualistica, in quanto la stessa non opera per realizzare un utile da dividere tra le imprese aderenti, ma agisce per conto di queste ultime e per consentire loro il conseguimento di un vantaggio consistente nell'accaparramento della commessa o, comunque, in un risparmio nei costi di produzione o in un aumento delle vendite dei prodotti delle rispettive imprese.

A ciò si aggiunga che il ricorso alla società di fatto, spesso "utilizzata" dalla giurisprudenza civile per richiamare la responsabilità dei soci di fatto²⁶, non pare possa trovare analoga applicazione in campo tributario. Nell'ambito del diritto civile, infatti, le società di fatto rilevano soprattutto in un'ottica patologica, quando cioè non vengono adempiute le obbligazioni sociali ovvero sorgono conflitti interni tra i soci²⁷.

Il Legislatore tributario invece disciplina le autonome organizzazioni indipendentemente dalla presenza di inadempienze contrattuali o di conflitti interni, avendo quale obiettivo l'individuazione di un autonomo centro di imputazione di fattispecie giuridiche: l'esistenza della società di fatto ai fini fiscali rileva non tanto in termini di responsabilità dei soci verso il fisco, ma semmai di integrazione di fattispecie imponibili²⁸.

Maggiormente convincente pare, dunque, l'inquadramento dell'ente associativo tra i consorzi e, dunque, tra i soggetti passivi dell'IRES.

In questa operazione di riqualificazione, in ogni caso, occorrerà fare riferimento all'esistenza di un'autonoma organizzazione e non già ad elementi secondari, quali l'indivisibilità dell'opera (come peraltro affermato in alcune pronunce dall'Amministrazione finanziaria²⁹). Invero, per accertare l'esistenza di un'organizzazione qualificabile come soggetto di diritto è necessario considerare l'assetto effettivo dei rapporti giuridici intercorrenti tra le imprese e tra queste e

²⁶ Per una completa rassegna di giurisprudenza sul tema v. P. Spera, *La società di fatto. Recenti orientamenti giurisprudenziali*, Milano, 2008.

²⁷ P. Boria, *Il principio di trasparenza*, cit., 40.

²⁸ A. Fedele, *Profilo fiscale delle società di persone*, in *Riv. not.*, 1988, I, 30. Per un approfondimento sui criteri adottati per la dimostrazione dell'esistenza di una società di fatto v. R. Schiavolin, *I soggetti passivi*, cit., 134.

²⁹ Nota 30 marzo 1979, n. 9/571.

l'ente appaltante³⁰.

Sembrano cogliere nel segno, quindi, quelle pronunce³¹ nelle quali si abbandona il riferimento allo svolgimento dell'opera, elevando a elemento discriminante l'autonomia gestionale dell'organizzazione nella realizzazione dell'opera stessa.

Secondo tale interpretazione, l'indice che consente di concludere per l'esistenza di un nuovo soggetto, distinto dalle singole imprese formanti il gruppo, come tale titolare di autonomi rapporti giuridici ed economici, non è dato dalla circostanza che per la natura delle spese emerge l'impossibilità di attribuire a ciascuna impresa i costi ed i ricavi derivanti all'esecuzione unitaria dell'opera, bensì dal fatto che le imprese raggruppate si comportano nella esecuzione dell'appalto in modo unitario ed indistinto, sia all'interno del raggruppamento stesso che nei confronti dei terzi, perdendo la propria autonomia gestionale nei complessi rapporti giuridici posti in essere.

4. La soggettività nei contratti di rete

Nel contratto di rete le problematiche sopra richiamate sono complicate dalla peculiare soluzione espressamente adottata dal Legislatore in tema di soggettività.

Secondo il D.L. 5/2009, il contratto di rete può non prevedere l'istituzione di un fondo patrimoniale comune e la nomina di un organo incaricato di gestire l'esecuzione del contratto o di singole parti o fasi dello stesso. Laddove previsti, comunque, il contratto di rete – così si legge nel decreto – non è dotato di soggettività di diritto comune, salva la facoltà di acquisto della stessa mediante iscrizione nella sezione ordinaria del registro delle imprese nella cui circoscrizione è stabilita la sua sede.

Il comma 4-quater, infatti, rimette l'attribuzione della soggettività ad una scelta (formale) delle imprese aderenti: «con l'iscrizione nella sezione ordinaria del

³⁰ C. Sacchetto e A. Spoto, *Aspetti tributari degli accordi di cooperazione tra imprese indipendenti (le joint venture)*, in *Riv. dir. trib.*, 1993, I, 611.

³¹ Ris. n. 550231 del 28 giugno 1988 e Ris. 16 maggio 1989, n. 550763.

registro delle imprese nella cui circoscrizione è stabilita la sua sede la rete acquista soggettività giuridica. Per acquistare la soggettività giuridica il contratto deve essere stipulato per atto pubblico o per scrittura privata autenticata, ovvero per atto firmato digitalmente».

Tale precisazione rappresenta in realtà una “presa di posizione” del Legislatore su un tema che ha dato vita ad un acceso dibattito dottrinale il quale, tuttavia, non pare possa trovare un appagante epilogo nella richiamata previsione³².

La scelta di acquisire la soggettività, infatti, non incide in maniera apprezzabile sui poteri dell'ufficio comune o sull'autonomia patrimoniale della rete. Il fondo, infatti, beneficia in entrambi i casi di una autonomia patrimoniale analoga a quella dei consorzi con attività esterna, con la particolarità che delle obbligazioni assunte dall'organo comune risponde solo il fondo patrimoniale comune.

L'unica distinzione che viene fatta dal Legislatore è che l'organo comune agisce in rappresentanza della rete, quando essa acquista soggettività giuridica e, in assenza della soggettività, degli imprenditori, anche individuali, partecipanti al contratto salvo che sia diversamente disposto nello stesso. Il rinvio alla regola della rappresentanza organica, piuttosto che al mandato collettivo, tuttavia, è un effetto e non l'indice di una soggettività che comunque risulta priva di altri ulteriori elementi, quali la presenza di un apparato organizzativo, l'imputazione dei beni e dell'attività, ecc...³³

A ben vedere, infatti, la soggettività non è un *nomen*, ma il risultato di un complesso di disciplina³⁴.

³² Cfr. G.D. Mosco, *Frammenti ricostruttivi sul contratto di rete*, in *Giur. comm.*, 1, 2010, 839.

³³ In questi termini M. Bianca, *Il regime patrimoniale della rete*, in F. Briolini, L. Carota e M. Gambini (a cura di), *Il contratto di rete*, cit., 49.

³⁴ M. Bianca, *Il regime patrimoniale*, cit., 50 la quale conclude osservando come i dubbi derivanti dalla curiosa formulazione normativa confermino l'idea che l'opzione per la rete soggetto sia da scartare, anche in ragione del fatto che le agevolazioni fiscali presuppongono l'assenza di soggettività della rete. Perplexità sono manifestate anche da M. Sciuto, *Imputazione e responsabilità nel contratto di rete (ovvero dell'incapienza del patrimonio separato)*, in F. Cafaggi, P. Iamiceli e G.D. Mosco (a cura di), *Il contratto di rete*, cit., 62 in merito al «tentativo, in principio improprio quando proviene dal Legislatore, di voler qualificare, oltre che descrivere, le fattispecie che egli stesso prevede. Il riconoscimento della “soggettività” (o non) ad un determinato “centro di imputazione” [...] dovrebbe infatti, almeno in un “mondo perfetto”, spettare all'interprete e non al Legislatore».

La forte autonomia patrimoniale e la possibilità per le parti di attribuire all'organo comune la gestione autonoma della rete induce a chiedersi se, anche di fronte ad un contratto che non ha acquisito ex lege la soggettività giuridica, debba "veramente" ritenersi esclusa qualunque sua soggettività (specie sotto il profilo tributario). Tale paradossale incertezza deriva dalla curiosa scelta normativa del Legislatore di legare la soggettività giuridica ad un dato meramente formale e di svincolare tale qualifica dal contenuto dell'accordo e dall'autonomia patrimoniale in ogni caso riconosciuta.

A ben vedere, infatti, il ricorso, da parte degli interpreti, alle categorie della personificazione e della soggettivazione, costituisce la via per spiegare una regola positiva di autonomia patrimoniale. Al contrario, nella vigente disciplina del contratto di rete il procedimento sembra muoversi in una direzione inversa, in quanto si attribuisce all'aggregazione una soggettività giuridica "nuda", che non sembra aggiungere ulteriori e importanti elementi di disciplina rispetto alla disciplina della rete contratto³⁵.

La previsione normativa sulla soggettività solleva dunque dubbi di natura metodologica e concettuale, in quanto deriva dal tentativo, in principio improprio quando proviene dal Legislatore, di voler qualificare, oltre che descrivere, le fattispecie che egli stesso prevede. Il riconoscimento della soggettività ad un centro di imputazione dovrebbe infatti spettare all'interprete e non al Legislatore. Non mancano, certo, casi in cui il Legislatore riconosce a persone fisiche o a iniziative impersonali o pluripersonali la personalità giuridica, ma del tutto originale è invece il richiamo alla soggettività, categoria utilizzata dalla dottrina proprio per spiegare fenomeni di autonomia patrimoniale imperfetta³⁶.

In sostanza, l'opzione della soggettività non è corredata da una disciplina civilistica diversa da quella prevista per le reti prive di soggettività (specie sotto il profilo dell'autonomia patrimoniale) in grado di giustificare una differenza tra le

³⁵ Così M. Bianca, *Il regime patrimoniale*, cit., 49.

³⁶ In questi termini M. Sciuto, *Imputazione e responsabilità nel contratto di rete (ovvero dell'incapienza del patrimonio separato)*, in F. Cafaggi, P. Iamiceli e G.D. Mosco (a cura di), *Il contratto di rete*, cit., 63.

due tipologie di reti.

L'intervento risolutore del Legislatore civile è stato, forse inevitabilmente, seguito dall'Agenzia delle Entrate, la quale ha dapprima affermato che l'adesione al contratto di rete non comporta l'estinzione, né la modificazione, della soggettività tributaria delle imprese che aderiscono all'accordo in questione, né l'attribuzione di soggettività tributaria alla rete risultante dal contratto stesso³⁷, salvo poi precisare che ciò non vale per la rete soggetto, la quale costituisce, sotto il profilo del diritto civile, un soggetto distinto dalla imprese che hanno sottoscritto il contratto e, pertanto, sotto il profilo tributario, in grado di realizzare fattispecie impositive ad essa imputabili³⁸.

Ai fini del prelievo fiscale, dunque, la rete soggetto, in quanto entità distinta dalle imprese partecipanti, esprime una propria forza economica ed è in grado di realizzare, in modo unitario e autonomo, il presupposto dell'imposta. In sostanza, ferma restando la sussistenza della soggettività tributaria delle imprese partecipanti, qualora la rete acquisisca soggettività giuridica, la stessa diventa un autonomo soggetto passivo di imposta con tutti i conseguenti obblighi tributari previsti ex lege in materia di imposte dirette e indirette. La rete soggetto costituisce, infatti, una organizzazione non appartenente ad altri soggetti, nei confronti della quale il presupposto di imposta si verifica in maniera unitaria e autonoma.

Le reti soggetto rientrano, dunque, tra gli enti commerciali o non commerciali, diversi dalle società, a seconda che svolgano o meno attività commerciale in via principale o esclusiva e sono inoltre obbligate alla tenuta delle scritture contabili

³⁷ Circ. 4/E del 15 febbraio 2011 e Circ. 15/E del 14 aprile 2011. Interpretazione che, peraltro, rimuove ab origine possibili profili di incompatibilità dell'agevolazione fiscale con l'ordinamento comunitario. Nelle stesse circolari, infatti, l'Agenzia delle Entrate richiama la decisione della Commissione UE C(2010)8939 del 26 gennaio 2011 la quale esclude che la rete costituisca un'impresa ai sensi dell'art. 107, par. 1, del Trattato e che, pertanto, la misura non costituisce aiuto di stato. Tale interpretazione viene confermata con la Ris. 70/E del 30 giugno 2011 nella quale si afferma l'«esclusione di soggettività tributaria in capo alla rete di imprese». In quest'ultima Risoluzione, peraltro, si ammette che la rete possa comunque essere iscritta all'Anagrafe tributaria e per tale via acquisire il codice fiscale in base all'art. 2 del DPR 605/1973.

³⁸ Circ. 20/E del 18 giugno 2013.

in quanto rientranti tra i soggetti di cui all'art. 13 del DPR 600/1973³⁹.

Quanto alla rete contratto, l'assenza di un'autonoma soggettività giuridica e conseguentemente fiscale comporta che gli atti posti in essere in esecuzione del programma di rete producano i loro effetti direttamente nelle sfere giuridico-soggettive dei partecipanti alla rete.

La soluzione prospettata dall'Agenzia pare, a prima vista chiara, semplice e coerente col dato normativo: se vi è l'iscrizione della rete per l'acquisto della soggettività di diritto comune la rete è anche soggetto IRES; se l'iscrizione manca, la rete non acquista soggettività passiva e i redditi vanno imputati alle imprese aderenti⁴⁰.

Come per le ATI (per le quali la previsione normativa non esclude che il regolamento tra le imprese aggregate possa dar vita ad un nuovo ente associativo), tuttavia, la circolare non pare escludere che, nonostante la scelta di non attribuire alla rete la soggettività giuridica, le pattuizioni raggiunte possano comunque configurare un'organizzazione capace di integrare una delle ipotesi previste dall'art. 5 (e, segnatamente, una società di fatto) o dall'art. 73 TUIR.

Eventualità estremamente probabile specie in quei contratti che prevedono un fondo patrimoniale e particolari meccanismi (e organi) decisionali.

L'inciso secondo il quale «il contratto di rete che prevede l'organo comune e il fondo patrimoniale non è dotato di soggettività giuridica, salva la facoltà di acquisto della stessa ai sensi del comma 4-quater ultima parte» potrebbe dunque essere inteso nel senso che l'istituzione del fondo e dell'organo non comporta, di per sé, entificazione della rete, fermo restando che l'eventuale creazione di un'autonoma organizzazione, non seguita dalla formale iscrizione nel registro delle imprese, comporta comunque il sorgere di un autonomo soggetto di diritto,

³⁹ Quanto all'IRAP, le reti sono in ogni caso soggetti passivi d'imposta in relazione all'attività esercitata, ai sensi del combinato disposto degli art. 2 e 3 del D.lgs. 446/97. Ai fini IVA la rete soggetto rientra tra i soggetti nei cui confronti ricorre il presupposto soggettivo di cui all'art. 4 DPR 633/1972, fermo restando che l'applicabilità in concreto della stessa imposta dipende anche dal verificarsi dei presupposti oggettivo e territoriale.

⁴⁰ V. C. Califano, *Prime note, cit.*, 7.

in applicazione dei principi generali in materia di interpretazione dei contratti.

In sostanza, quando l'accordo prevede l'istituzione di un'autonoma organizzazione e viene puntualmente registrato, la rete acquista la soggettività ex lege (sulla base di quella che può essere considerata una presunzione legale assoluta); in mancanza dell'adempimento formale, la soggettività può essere comunque riconosciuta/contestata provando che l'accordo ha creato, di fatto, un nuovo ente associativo, ovvero sia un'organizzazione dotata di autonomia direzionale, che si concretizza nella presenza di organi propri e di autonoma gestione.

E, paradossalmente, se ciò pregiudica la basilare esigenza di certezza del diritto, proprio l'interpretazione da ultimo "paventata" pare quella sistematicamente più corretta. Del resto sono proprio la tecnica legislativa e l'estrema elasticità dell'istituto a creare un'inevitabile incertezza giuridica⁴¹.

In sintesi, quindi, non è da escludere a priori che una rete-contratto dia vita ad un soggetto passivo IRES, come già evidenziato con riguardo alle ATI nelle pagine precedenti.

5. L'organizzazione comune ed il "ribaltamento" dei ricavi e dei costi

Le apparenti certezze circa la soggettività passiva IRES dei consorzi sono state recentemente poste in discussione da una prassi seguita dagli uffici accertatori, poi accolta dalla giurisprudenza di legittimità, che ha valorizzato oltremodo il peculiare ruolo "servente" delle organizzazioni create per la collaborazione tra imprese.

La Suprema Corte, infatti, è stata ripetutamente chiamata ad affrontare un tema apparentemente limitato al profilo della fatturazione, ma che costituisce un immediato riflesso della soggettività fiscale delle aggregazioni tra imprese.

Le fattispecie sottoposte all'esame della Corte erano pressoché analoghe: un consorzio con attività esterna acquisiva commesse dai terzi, stipulando in nome

⁴¹ L. Salvini, *Le reti di imprese*, cit., 14.

proprio i contratti aventi ad oggetto prestazioni di servizi e fatturando i relativi corrispettivi; l'esecuzione dei lavori veniva affidata, in base al regolamento consortile, alle singole imprese consorziate le quali, a loro volta, fatturavano al consorzio la prestazione di servizi eseguita. L'importo fatturato al consorzio dalle imprese, tuttavia, non era pari al valore della prestazione effettuata, in quanto da esso venivano decurtate, quota parte, le spese generali sostenute dal consorzio.

In sostanza, il consorzio non "ribaltava" integralmente il corrispettivo ricevuto alle consorziate, in quanto "tratteneva" una quota del ricavo ricevuto dal terzo a copertura delle spese generali e ripartiva alle consorziate solo la quota residua.

Gli Uffici dell'Amministrazione finanziaria hanno considerato tale condotta una indebita compensazione tra la maggiore quota del ricavo conseguito dal consorzio dai committenti (che avrebbe dovuto essere riversata alle società consorziate) ed il costo che le stesse imprese associate avrebbero dovuto sopportare, pro quota, versando al consorzio, sotto forma di contributi, l'importo corrispondente ai servizi generali prestati dall'ente consortile a favore di tutte le società consorziate.

Nonostante l'operato delle consorziate non pare abbia comportato l'occultamento o l'indebito trasferimento tra soggetti di materia imponibile, è stato contestata alle stesse la sottofatturazione delle prestazioni effettuate.

Al riguardo, la giurisprudenza di legittimità non ha adottato soluzioni univoche, valorizzando, talora il ruolo "servente" dell'organizzazione comune, talora l'autonoma soggettività giuridica del consorzio.

Con il primo orientamento giurisprudenziale⁴², criticato in dottrina⁴³, la Corte, muovendo dalla funzione mutualistica di cui agli artt. 2602 e 2614 c.c., che non si esaurirebbe nell'oggetto o scopo della società consortile, ma informerebbe la stessa causa del negozio consortile, ha affermato che una eventuale elusione

⁴² Cass., Sez. trib., 11 settembre 2013, n. 20778; Cass., Sez. trib., 5 luglio 2011, n. 14780; Cass., Sez. trib., 17 giugno 2011, nn. 13293, 13294 e 13295, in *Banca Dati DeJure*.

⁴³ M. Interdonato, *Il "ribaltamento" obbligatorio di costi e ricavi nei consorzi, tra esasperata valorizzazione della mutualità ed esigenze di contrasto all'abuso di diritto*, in *RTDT*, 2, 2012, 523 e, più recentemente, *Id.*, *L'impresa consortile nelle imposte dirette e nell'IVA*, in V. Ficari e V. Mastoiacovo (a cura di), *Corrispettività, onerosità e gratuità*, Torino, 2014 237.

della stesa attraverso la applicazione della disciplina del tipo societario prescelto, può assumere rilievo, in particolare, ai sensi del successivo art. 1344, se tesa a violare norme tributarie, attesa l'imperatività di queste, venendo a configurare in ambito tributario la fattispecie dell'abuso del diritto.

Secondo l'indirizzo in esame il consorzio, proprio in considerazione della causa negoziale predetta, non può e non deve avere nessun vantaggio economico per sé perché tali vantaggi (così come gli eventuali svantaggi) appartengono, in aderenza alla convenuta finalità negoziale, unicamente, sempre e solo, alle imprese consorziate.

Ne consegue che il consorzio, anche quando costituito in forma societaria, non può trattenere utili né costi derivanti dalla attività svolta nell'interesse delle consorziate, ma deve sempre e comunque trasferire alle consociate l'intero importo del corrispettivo ricavato dai contratti stipulati con i terzi committenti e riaddebitare ("ribaltare") i costi generali (concernenti le spese di funzionamento della organizzazione) e specifici (concernenti le spese sostenute per la stipula ed esecuzione dei singoli contratti) ripartendoli tra le consociate in proporzione alla quota di partecipazione detenuta da ciascuna impresa.

Muovendo da tali premesse, la Suprema Corte, giunge dunque a risolvere i casi sottoposti alla sua attenzione concludendo che la difformità tra il maggior importo fatturato dal consorzio (al terzo committente) e gli importi fatturati dalle singole consociate (al consorzio) occulterebbe una indebita compensazione tra i ricavi del consorzio, che devo invece essere interamente ribaltati alle consorziate, ed il rimborso delle spese da esso sostenute.

Sotto il profilo fiscale, infatti, il consorzio deve limitarsi a fare soltanto da tramite neutro tra il committente esterno e le società consociate che eseguono l'appalto.

Il secondo indirizzo giurisprudenziale⁴⁴, per contro, valorizzando l'autonoma soggettività giuridica e fiscale riconosciuta ai consorzi con attività esterna ed alle

⁴⁴ Cass., Sez. trib., 23 ottobre 2013, n. 24014, in *Banca Dati DeJure*.

società consortili dagli artt. 2612, comma 1, 2615, comma 1 e 2615-ter, comma 1, cod. civ. e dall'art. 73, comma 1, lett. a), del TUIR, desume da tale autonomia la possibilità per il consorzio di trattenere redditi propri derivanti dallo svolgimento dell'attività commerciale.

A ben vedere, infatti, la natura di ente non a fini di lucro, propria del consorzio, non esclude che il medesimo possa svolgere un'attività intrinsecamente commerciale sicché, al pari di tutti i soggetti che svolgono attività commerciale, il suddetto consorzio può trarre da essa dei ricavi, parte dei quali destinati a coprire i costi di gestione.

In sostanza, la mutualità non contraddice allo scopo di lucro, inteso in senso oggettivo come esigenza di economicità della gestione dell'attività svolta dalla società consortile, con la conseguenza che la società consortile ben può conseguire autonomi ricavi dall'attività svolta nei confronti dei terzi, salvo il perseguimento dello scopo mutualistico nei rapporti interni con le imprese consociate. Il consorzio, agendo in conformità allo scopo indicato, può dunque evitare di addossare alle società consociate eventuali maggiori oneri connessi ai costi di gestione (spese generali) della propria attività, ricavando dallo svolgimento dell'attività esterna i proventi necessari a coprire integralmente tali costi.

Tale seconda tesi sembra maggiormente convincente, in quanto più conforme al riconoscimento dell'autonoma soggettività (finanche della personalità giuridica, in caso di società consortile) previsto dal codice civile e dal TUIR.

A tal fine non pare di ostacolo la possibile configurazione delle relazioni interne tra società consortile e società consociate come rapporto di mandato senza rappresentanza (che, come tale, dovrebbe trovare riscontro nella contabilità e nella fatturazione, specie alla luce di quanto previsto dall'art. 3, co. 3, del DPR 633/72): come chiarito dalla dottrina, infatti, la relazione tra consorzio e consorziate deve essere qualificata non già come rapporto di mandato ma, per l'appunto, come rappresentanza organica-consortile, basata sul contratto di consorzio, potendo dunque trovare giustificazione la differenza degli importi fatturati, rispettivamente,

dal consorzio al committente e dalle singole consorziate al consorzio.

Non resta dunque che attendere, al riguardo, il pronunciamento delle Sezioni Unite cui è stato affidato il compito di risolvere il richiamato contrasto giurisprudenziale⁴⁵.

6. Conclusioni

Dalle riflessioni sviluppate nasce l'impressione che gli uffici finanziari e parte della giurisprudenza non colgano in pieno la linea recentemente seguita dal Legislatore, che tende a valorizzare il progetto collaborativo, riconoscendogli una sua dignità.

In particolare, la disciplina sostanziale del contratto di rete, nonostante la criticabile e per certi versi contraddittoria scelta di rimettere ad un adempimento formale l'attribuzione della soggettività giuridica, mostra la volontà di dare autonoma rilevanza al progetto, al quale viene riconosciuta la possibilità di essere guidato da uno specifico organismo decisionale e di essere supportato da un patrimonio dotato di una spiccata autonomia.

Sotto il profilo fiscale, la valorizzazione del progetto perseguito dalle imprese che si aggregano si riflette sulla sua soggettività (IRES) e, dunque, sulla possibilità per lo stesso di conseguire un risultato derivante dall'attività svolta, non risolvendosi dunque l'organizzazione comune in un mero apparato servente, come per contro affermato da talune pronunce giurisprudenziali.

In questo quadro ed alla luce del lamentato "eccesso di potere" con il quale il Legislatore si è di fatto arrogato le prerogative proprie degli interpreti e, segnatamente, quello di inserire un nuovo istituto all'interno delle categorie dottrinali, occorre restituire al ruolo dell'interprete, delle norme e del fatto (meglio: del contratto), il compito di distinguere le pattuizioni con le quali le parti hanno dato vita ad un nuovo ente associativo, dotato di autonomia giuridica, dagli accordi di mera collaborazione, anche al fine di contrastare eventuali nuovi

⁴⁵ Cass., Sez. trib., Ord. 21 gennaio 2015, nn. 946, 947, 948, 949 e 951, in *Banca Dati DeJure*.

soggetti di diritto "camuffati" da semplici contratti di cooperazione.

D'altro canto, proprio sulle imprese viene inevitabilmente a gravare l'onere di prestare particolare attenzione alle pattuizioni con le quali vengono regolati gli accordi di collaborazione, per non riporre eccessiva fiducia in previsioni normative che espressamente escludono l'automatica riconducibilità degli accordi di collaborazione nell'alveo della soggettività giuridica.

Tale esclusione, infatti, non impedisce che la regolamentazione interna all'aggregazione dia comunque origine ad un autonomo centro di imputazione di fattispecie giuridiche e, dunque, fiscali.

La politica fiscale societaria dell'Unione europea: Quo vadis?*

di Gianluigi Bizioli

Professore associato di Diritto tributario
Università di Bergamo

ABSTRACT

The article begins with three initiatives taken by the European Commission between March 2015 and January 2016 in the field of corporate taxes. The article begins with the coordination of fiscal actions taken by the EU in the last 20 years. The analysis starts from the Commission proposal of 2011 to establish common rules for determining the taxable base of companies tax resident in the EU and branches of companies from third countries located in the EU.

On this line, move the proposed Directives made by the Commission last year. The author appreciates the innovative profiles, but it also highlights the lack of connection with the European Union public spending. A shortcoming should be remedied by assigning part of the harmonized tax revenue on income of European societies, the financing of EU spending.

SINTESI

L'articolo parte dall'esame di tre iniziative assunte dalla Commissione Europea tra il marzo 2015 e il gennaio 2016 nel campo delle imposte sulle società. L'articolo prende avvio dai miti delle azioni di coordinamento fiscale attuate dalla UE negli ultimi 20 anni. L'esito di questo percorso a ritroso è rappresentato dalla proposta della Commissione del 2011 di stabilire regole comuni per calcolare la base imponibile delle società fiscalmente residenti nell'Ue e delle succursali di società di paesi terzi ubicate nell'UE.

Su questa linea muovono le proposte di Direttive formulate dalla Commissione nell'ultimo anno. L'autore ne apprezza i profili innovativi, ma ne evidenzia anche l'assenza di collegamento con la spesa pubblica dell'Unione Europea. Una lacuna che andrebbe colmata, assegnando parte del gettito dell'imposta armonizzata sui redditi delle società europee, al finanziamento della spesa dell'UE.

SOMMARIO: 1. Premessa – 2. Il presente. Conferma della strategia più recente e apertura del “fronte” internazionale – 3. Conclusioni

1. Premessa

Dopo qualche anno di sostanziale inerzia, il 2015 ha segnato il risveglio della Commissione Europea sul fronte delle proposte in materia fiscale. Con molta enfasi, in data 17 giugno la Commissione ha pubblicato una Comunicazione, che si può definire programmatica, che identifica cinque diverse azioni (o aree) di

intervento in materia fiscalità societaria¹. Poco prima, in data 18 marzo, era stata pubblicata un'altra Comunicazione sul tema della trasparenza fiscale per contrastare l'evasione e l'elusione fiscale². Da ultimo, lo scorso gennaio è stato presentato il "Pacchetto anti-elusione"³ che comprende, fra le altre proposte, anche la Direttiva Anti-BEPS (*Base Erosion and Profit Shifting*)⁴.

Un risveglio decisamente tumultuoso e irrefrenabile, soprattutto se paragonato alla più recente attività della Commissione in materia fiscale e al generale stato dell'Unione. I recenti (e meno recenti) accadimenti relativi ai rifugiati e alla crisi, per non dire al fallimento, della finanza pubblica di alcuni Paesi dell'area euro mostrano infatti segnali decisamente scoraggianti sul fronte dell'integrazione (giuridica) europea. Le difficoltà, infatti, riguardano i pilastri sopra cui poggia il progetto di integrazione europea: la libera circolazione delle persone e, quindi, il mercato interno, e il coordinamento della politica economica, nonché per certi versi, della politica monetaria. In questo stato di difficoltà, l'armonizzazione e il coordinamento della politica fiscale societaria potrebbe apparire come un esercizio di puro stile, o meramente accademico, perché privo di serie possibilità di realizzazione. Spostando, solo per un attimo, la penna dai fatti alle sensazioni, si potrebbe pensare che l'attivismo dell'Unione europea in materia fiscale sia una rincorsa diretta a riprendersi la visibilità sottratta dall'Ocse con il progetto BEPS. Ma queste affermazioni appartengono alla sfera delle suggestioni e, in quanto tali, si abbandonano immediatamente.

La fattibilità politica delle iniziative della Commissione europea dipende anche,

¹ Commissione europea, *Un regime equo ed efficace per l'imposta societaria nell'Unione Europea: i 5 settori principali d'intervento*, Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio, 17 giugno 2015, COM(2015) 302 final.

² Commissione europea, *Comunicazione sulla trasparenza fiscale per combattere l'evasione e l'elusione fiscali*, Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio, 18 marzo 2015, COM(2015) 136 final.

³ Commissione europea, *Pacchetto anti-elusione: Prossime tappe per assicurare un'imposizione effettiva e una maggiore trasparenza fiscale nell'UE*, Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio, 28 gennaio 2016, COM(2016) 23 final.

⁴ Proposta di Direttiva del Consiglio recante norme contro le pratiche di elusione fiscale che incidono direttamente sul funzionamento del mercato interno, 28 gennaio 2016, COM(2016) 26 final.

e, forse, soprattutto, dai contenuti e dagli obiettivi delle proposte. L'analisi di tali profili è la finalità di questo contributo. Esso sarà strutturato in due parti: la prima è dedicata al passato, ovvero all'evoluzione della politica fiscale europea relativa alle società fino al 2015; nella seconda, diversamente, si prenderanno in considerazione le varie proposte descritte all'inizio di questo paragrafo. Il contributo sarà chiuso da alcune considerazioni finali.

1. Il passato. Inadeguatezza delle azioni di coordinamento fiscale per realizzare il mercato interno

Questa ricostruzione storica procede dai primi risultati raggiunti nel settore dell'imposizione societaria, ovverosia dall'adozione della Direttiva Madre-Figlia e della Direttiva sulle riorganizzazioni societarie. Questi risultati segnano il fallimento del progetto di armonizzazione europea dell'imposta sui redditi delle società elaborati negli anni "60 e "70. Similmente a quanto realizzato nel settore delle imposte sui consumi con l'imposta sul valore aggiunto, questo progetto si proponeva l'introduzione di un modello comune di imposta sulle società, lasciando agli Stati membri la potestà in materia di aliquote e di esenzioni fiscali⁵. La pubblicazione del Libro Bianco sul Mercato Interno⁶ ha segnato la fine del progetto di armonizzazione dell'imposta sui redditi delle società. Nel Libro Bianco, fondamentalmente basato sull'orientamento giurisprudenziale del mutuo riconoscimento elaborato nella sentenza *Cassis de Dijon*⁷, vi erano limitatissimi riferimenti alla materia tributaria. Tali aspetti furono affrontati solo nella successiva Comunicazione relativa alle linee guida sull'imposizione societaria⁸, in cui, per la prima volta, appare il richiamo al principio di sussidiarietà. Invertendo il

⁵ Un'approfondita analisi di tali progetti è offerta da A.J. Martín Jiménez, *Towards Corporate Tax Harmonization in the European Community. An Institutional and Procedural Analysis*, London-The Hague-Boston, 1999, pp. 105 ss.

⁶ Commissione delle CE, *Il completamento del Mercato Interno. Libro Bianco della Commissione per il Consiglio Europeo*, 14 giugno 1985, COM(85) 310 final.

⁷ Corte di giustizia CE, sentenza 20 febbraio 1979, causa 120/78, *Rewe-Zentral AG v Bundesmonopolverwaltung für Branntwein*, in Raccolta 649.

⁸ Commissione delle CE, *Linee guida sulla tassazione societaria*, Comunicazione al Parlamento e al Consiglio, 20 aprile 1990, SEC(90) 601 final.

precedente approccio, il documento afferma che la potestà impositiva in materia societaria è saldamente nelle mani degli Stati membri, salvo quelle situazioni, in prevalenza con elementi di estraneità rispetto al territorio statale, che costituiscono un ostacolo o restrizione all'esercizio delle libertà fondamentali e della libera concorrenza. Coerentemente con questa filosofia, la politica europea era fondata sopra due elementi. In primo luogo, l'esigenza di neutralità dell'imposizione societaria, con particolare riguardo al confronto fra operazioni puramente interne e transfrontaliere; in secondo luogo, si caratterizzava per la selettività delle misure proposte, che riguardavano solo specifici settori (rispetto all'approccio onnicomprensivo adottato dalla Commissione fino ad allora). Nel contesto istituzionale e normativo dell'inizio degli anni '90 questa soluzione appariva obbligata. Per un verso, alcuni Stati membri avevano riaffermato con forza la sovranità tributaria statale e, stante l'assenza di qualsiasi strumento di cooperazione rafforzata nel diritto comunitario, l'unanimità era la sola via per perseguire l'obiettivo di una disciplina comune; per altro verso, l'eliminazione delle frontiere richiedeva comunque la riduzione delle più evidenti disparità di trattamento fra le situazioni interne e quelle transfrontaliere. Il risultato è ampiamente noto, quello delle Direttive Madre-Figlia e sulle riorganizzazioni societarie.

La mancanza di passi in avanti richiese uno sforzo di elaborazione (o d'immaginazione) ulteriore, che consentisse di superare l'*impasse* derivante dalla riserva di competenza a favore del Consiglio e dell'unanimità. Il 1 dicembre 1997, il Consiglio dei Ministri dell'Economia e delle Finanze ("Ecofin") dettava le nuove linee guida in materia di politica fiscale societaria, basate sul completamento delle misure introdotte nel 1990, nei settori dei *passive income* e del trattamento transfrontaliero delle perdite fiscali, e sull'inaugurazione di un nuovo approccio denominato "coordinamento della politica fiscale" con l'adozione del "Codice di condotta in materia di tassazione delle imprese"⁹. Per un verso, dunque, il

⁹ Sul metodo del coordinamento e sulle relazioni di tale filosofia rispetto alla tradizione armonizzazione fiscale, in generale, cfr. G. Melis, *Coordinamento fiscale nell'Unione europea*, in

Consiglio Ecofin confermava l'approccio selettivo adottato in sede di completamento delle misure relative all'instaurazione del mercato interno, informato alla neutralità fiscale e all'eliminazione delle differenze fra situazioni interne e transfrontaliere. Per altro verso, diversamente, il Consiglio e gli Stati membri hanno riconosciuto la necessità di contrastare la concorrenza fiscale dannosa al fine di ridurre le distorsioni del mercato interno, ma anche per prevenire perdite di gettito tributario e consentire politiche che favorissero maggiore occupazione. Questo obiettivo si presentava con una nuova veste: l'azione della Comunità europea era limitata al mero coordinamento delle politiche fiscali nazionali, senza ricorrere al più pervasivo strumento dell'armonizzazione fiscale; non era dunque realizzato attraverso le fonti giuridiche proprie del diritto comunitario, bensì con mezzi di "soft law", non direttamente vincolanti. In sostanza, la Comunità europea si snaturava pur di cercare di realizzare qualche progresso in materia di imposizione societaria.

L'ultima fase di questo percorso storico è un ritorno al passato, quanto agli strumenti e all'approccio. La reazione comunitaria nasce dalla consapevolezza dell'inadeguatezza del solo approccio di coordinamento fiscale (oltre che dell'insufficienza della sola giurisprudenza comunitaria in tema di libertà fondamentali) e dalla necessità di creare un "level playing field" per le società operanti sul mercato europeo. Dopo più di 5 anni di lavori, la Commissione europea, nel marzo 2011, presentava il risultato dei suoi studi: una proposta di direttiva che avrebbe dovuto introdurre una base imponibile consolidata comune per l'imposta sulle società ("CCCTB")¹⁰. La CCCTB "è un regime di regole comuni per calcolare la base imponibile delle società che erano fiscalmente residenti nell'UE e delle succursali ubicate nell'UE di società di paesi terzi. Nello specifico, il quadro fiscale comune prevede regole per il calcolo dei risultati fiscali di ciascuna società (o succursale), il consolidamento di tali risultati, qualora vi siano altri

Enciclopedia del Diritto, Annali, I, Milano 2007, pp. 394 ss. e C. Sacchetto, *Armonizzazione e coordinamento fiscale nell'Unione europea*, in Enciclopedia Giuridica Treccani, Roma, 2009.

¹⁰ Proposta di Direttiva del Consiglio relativa a una base imponibile consolidata comune per l'imposta sulle società, 16 marzo 2011, COM(2011) 121 definitivo.

membri del gruppo, e la ripartizione della base imponibile consolidata tra ciascuno Stato membro ammissibile"¹¹.

Un ritorno, quindi, all'armonizzazione fiscale, ovvero alla elaborazione e introduzione di modelli normativi comuni per l'imposizione societaria, e all'approccio onnicomprensivo, non limitato a specifici settori o ambiti della tassazione societaria. In realtà, con riguardo a quest'ultimo profilo, il grado di armonizzazione è comunque decisamente limitato rispetto agli studi degli anni '60 e '70, perché si trattava di un regime – nella sua versione originaria – facoltativo e applicabile esclusivamente ai gruppi multinazionali, con esclusione dunque delle piccole e medie società nazionali.

È utile rilevare che, nonostante l'ambizioso progetto di armonizzazione dell'imposizione societaria, la Commissione non abbandona comunque il pragmatismo che aveva accompagnato la sua politica fiscale fino al 2011. Accanto a tale progetto, infatti, essa procede comunque all'individuazione degli specifici settori che generano ostacoli e restrizioni alla circolazione societaria transfrontaliera (doppia imposizione, *exit taxation*, ecc.) e continua a predisporre numerosi interventi di *soft law*¹².

2. Il presente. Conferma della strategia più recente e apertura del "fronte" internazionale

Come si è già anticipato al paragrafo 1, il 2015 segna il risveglio dell'azione della Commissione europea in tema di politica fiscale societaria e, tale risveglio, conferma pressoché integralmente gli obiettivi e gli strumenti propri dell'azione elaborata alla fine degli anni '80 e all'inizio del 2000. Tuttavia, in ragione del mutato contesto internazionale, caratterizzato, in primo luogo, dalla progressiva erosione della base imponibile degli Stati economicamente avanzati, con significativi riflessi in termini di perdita di gettito fiscale, la Commissione ha inserito nella

¹¹ Proposta di Direttiva del Consiglio relativa a una base imponibile consolidata comune per l'imposta sulle società, 16 marzo 2011, COM(2011) 121 definitivo, p. 5.

¹² Si veda, per tutte, la Raccomandazione della Commissione del 6 dicembre 2012 sulla pianificazione fiscale aggressiva, COM(2012) 8806 final.

propria agenda anche il coordinamento/armonizzazione delle misure anti-evasione e anti-elusione nei confronti degli Stati terzi. In termini assolutamente schematici (e, dunque, col rischio di perdere efficacia nella rappresentazione del quadro complessivo), la politica fiscale europea in materia di imposizione societaria si compone di due distinti macro-area: quello interno, che, come si vedrà, è basato sul rilancio della CCCTB e quello internazionale, ora caratterizzato principalmente dalla Direttiva anti-BEPS.

Il documento portante della prima macro-area è la Comunicazione della Commissione europea relativa a un sistema equo ed efficace per l'imposizione societaria del 17 giugno 2015. Al centro di tale progetto, che si compone di cinque diverse azioni, si pone ancora la CCCTB, ovverosia l'idea di armonizzare le regole per la determinazione della base imponibile delle società multinazionali. Rispetto al progetto del 2011, due sono le novità. Per un verso, la disciplina europea diviene obbligatoria, se soddisfatti i criteri soggetti individuati; per altro verso, al fine di aumentarne le possibilità di adozione, viene previsto un approccio graduale, rinviando l'introduzione delle regole relative al coordinamento a una fase successiva rispetto a quella della attuazione della disciplina sulla base comune. L'obiettivo principale della CCCTB è quello della creazione di un *"level playing field"* europeo che fermi, o, comunque, cerchi di fermare, la progressiva riduzione delle aliquote dell'imposta sulle società generata dalla concorrenza fra gli Stati membri al fine di attrarre nuovi investimenti e nuova base imponibile. La prima parte del documento, infatti, mostra che, nonostante la sostanzialmente stabilità del reddito aggregato prodotto dalle società, il gettito dell'imposta negli Stati membri è in continua contrazione, frutto non solo della riduzione delle aliquote, bensì di una pianificazione fiscale aggressiva volta a sfruttare le lacune derivanti dalla presenza di sistemi tributari profondamente differenti¹³.

¹³ Commissione europea, *Un regime equo ed efficace per l'imposta societaria nell'Unione Europea: i 5 settori principali d'intervento*, cit., p. 3: "Per molti anni, il codice di condotta non vincolante in materia di tassazione delle imprese è stato considerato uno strumento efficace per affrontare la concorrenza fiscale nel mercato unico. Tuttavia, poiché la pianificazione fiscale delle società è diventata più sofisticata e sono aumentate le forze concorrenziali tra Stati membri, gli strumenti

La scelta di rilanciare la CCCTB come strumento di armonizzazione dell'imposizione societaria europea è fondata sopra due opzioni politiche precise. La prima evidenzia un allontanamento dal principio cardine dell'Ocse relativo alla tassazione degli utili prodotti dai gruppi multinazionali. Mentre quest'ultima Organizzazione, infatti, è fermamente rimasta fedele all'*arm's lenght principle* come criterio di riparto della base imponibile dei gruppi multinazionali¹⁴, la CCCTB opera una netta adesione in direzione del *formulary apportionment* utilizzato dall'imposta federale sulle società degli Stati Uniti.

La seconda scelta riguarda l'ambito soggettivo di applicazione della CCCTB. Tale disciplina, infatti, è stata elaborata e poi tradotta positivamente per i gruppi societari multinazionali. Ciò produce, naturalmente, una cesura fra questi ultimi e le piccole e medie imprese, che continueranno ad applicare la disciplina del solo ordinamento di residenza. Nel caso in cui la disciplina nazionale non subisse una (naturale) convergenza verso le regole della CCCTB, si genererebbe una "concorrenza" fra queste ultime e quelle applicabili alle società a base esclusivamente nazionale. In altre parole, pur mantenendo la competenza nazionale sulle aliquote, si creerebbero due differenti regimi applicabili in relazione alle dimensioni spaziali delle società. Le conseguenze di questa scelta non sono integralmente chiare ma, probabilmente, dovrebbero essere oggetto di ulteriore approfondimento, quanto meno in un Paese, quale il nostro, in cui il tessuto industriale è fortemente composto da piccole e medie imprese.

Una parte delle residue quattro azioni condividono gli strumenti – armonizzazione e coordinamento – e l'obiettivo – il mercato interno – dell'azione politica degli anni precedenti. Viene infatti riproposta l'esigenza di armonizzare il riporto e la compensazione delle perdite transfrontaliere, almeno fino all'adozione

che garantiscono la concorrenza fiscale leale all'interno dell'UE hanno raggiunto il limite delle loro capacità".

¹⁴ OECD, *Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations*, Paris, 2010, p. 39: "[t]he transition to a global formulary apportionment system (...) would present enormous political and administrative complexity and require a level of international cooperation that is unrealistic to expect in the field of international taxation".

delle regole comuni della CCCTB; l'introduzione di una più efficace disciplina del *transfer pricing*, sia in relazione alle regole sia alle procedure e, da ultimo, il miglioramento delle procedure e dei meccanismi per la composizione delle controversie in tema di doppia imposizione.

Tuttavia, come si è già anticipato, l'aspetto probabilmente più interessante, quanto meno dal punto di vista scientifico, è quello del rafforzamento delle iniziative di coordinamento nei confronti dei Paesi terzi. L'azione si propone una duplice finalità. In primo luogo, l'adozione di una lista comune di Paesi non collaborativi, redatta in funzione delle regole sulla buona *governance* proposte dalla medesima Commissione. In una seconda fase, diversamente, "la Commissione è pronta a coordinare eventuali contromisure nei confronti delle giurisdizioni fiscali non collaborative, per affrontare le situazioni di inosservanza del principio di buona governance in ambito fiscale"¹⁵.

Nello stesso senso si pone l'azione volta a ristabilire il legame fra tassazione e attività economica, volta a scongiurare il trasferimento di base imponibile (anche fuori dall'Unione europea). Questa attività appare la traduzione, a livello europeo, del più vasto progetto BEPS e ha iniziato a prender forma con la pubblicazione del già citato Pacchetto anti-elusione¹⁶.

Il Pacchetto si compone, in primo luogo, di una Direttiva anti-BEPS. L'obiettivo della Direttiva è quello di predisporre un sistema normativo volto a garantire "un livello di protezione più elevato delle basi imponibili nazionali per l'imposta sulle società" (art. 3). In questo senso, essa appare uno strumento di protezione degli

¹⁵ Commissione europea, *Un regime equo ed efficace per l'imposta societaria nell'Unione Europea: i 5 settori principali d'intervento*, cit., p. 15.

¹⁶ Commissione europea, *Pacchetto anti-elusione: Prossime tappe per assicurare un'imposizione effettiva e una maggiore trasparenza fiscale nell'UE*, cit., p. 4: "[i]n attesa dell'adozione della proposta rivista di base imponibile consolidata comune per l'imposta sulle società, per l'immediato il piano d'azione adottato in giugno ha indicato altri interventi mirati a garantire un'imposizione effettiva nel luogo in cui sono generati gli utili, migliorando il contesto fiscale per le imprese, facendo ulteriori passi verso la trasparenza fiscale e rafforzando gli strumenti di coordinamento dell'UE. Si tratta di iniziative strettamente collegate al progetto G20/OCSE sull'erosione della base imponibile e il trasferimento degli utili (BEPS), che non era stato ancora finalizzato al momento della pubblicazione del piano d'azione. Da allora sono stati messi a segno buoni progressi in molte di queste iniziative. Tuttavia, in alcuni ambiti del piano d'azione gli interventi a livello UE dipendevano dal completamento del progetto G20/OCSE".

interessi fiscali nazionali, stabilendo un chiaro legame di presupposizione fra i sistemi di finanza pubblica nazionali e l'esistenza stessa dell'Unione europea. Quanto ai contenuti, la Direttiva si applica alle imposte sui redditi delle società degli Stati membri e ne copre le aree più "sensibili", anche in ragione della giurisprudenza europea (deducibilità degli interessi, *exit taxation*, *switch over clause*, clausola generale anti-elusiva, *controlled foreign companies* e *hybrid mismatches*).

Dando attuazione alla Comunicazione del 2015, il Pacchetto propone una Raccomandazione in relazione alla prevenzione dell'abuso dei trattati e all'adozione di una strategia comune nei confronti dei Paesi terzi. Non è questa la sede per approfondire i contenuti di questi documenti e, in particolare, la loro conformità o meno con quanto elaborato e proposto dal BEPS. Ciò che appare utile rilevare, diversamente, è la riaffermazione dell'allargamento degli obiettivi dell'Unione fino al coordinamento delle politiche fiscali degli Stati membri nei confronti dei Paesi terzi al fine di contrastare la pianificazione fiscale aggressiva (e il trasferimento nei Paesi a bassa imposizione della base imponibile).

3. Conclusioni

Questa sintetica ricostruzione dell'evoluzione della politica fiscale europea in materia societaria suggerisce almeno due considerazioni conclusive.

La prima riguarda la base legale di tale politica fiscale. È ampiamente noto che i Trattati non conferiscono alle Istituzioni europee una competenza specifica in materia di "imposte dirette" e che la base giuridica delle direttive è la generale previsione contenuta nell'art. 115 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea ("TFUE"). È altrettanto noto che il ravvicinamento delle disposizioni normative presuppone che esse abbiano un'incidenza "diretta sull'instaurazione o sul funzionamento del mercato interno". In questo senso, il legame fra il mercato interno e la CCCTB, le regole sull'*exit taxation*, la doppia imposizione all'interno dell'Unione sono sufficientemente chiari e intuitivi. Più complesso è stabilire un rapporto (diretto) fra il coordinamento della politica fiscale in materia societaria

nei confronti dei Paesi terzi, in termini di contrasto all'elusione fiscale e di connessione fra tassazione e luogo di creazione del reddito, e mercato interno. Non s'intende affermare che tale rapporto non possa trovare riconoscimento, bensì che può essere inteso solo in termini di protezione dei caratteri propri del mercato interno. In questo senso, tale coordinamento deve assumere la forma di misure volte a prevenire l'artificioso (o fittizio) trasferimento di reddito verso ordinamenti tributari più favorevoli.

In secondo luogo, le comunicazioni presentate nel 2015 e nel 2016 trascurano totalmente il lato fiscale dell'imposizione tributaria, ovverosia il rapporto fra tributi e finanziamento delle spese pubbliche dell'Unione europea. Ciò, naturalmente, potrebbe assumere rilevanza per la CCCTB. Il rilancio della politica fiscale europea potrebbe coincidere con l'integrale (o parziale) ripensamento delle modalità di finanziamento del bilancio dell'Unione europea per giungere, finalmente, all'introduzione di una risorsa tributaria significativa (quella costituita dai dazi doganali, infatti, non consente di finanziare più del 10 per cento della spesa pubblica europea). L'introduzione di una risorsa tributaria avrebbe due effetti (principali): rafforzare il principio democratico all'interno dell'Unione e consentire di ridiscutere dimensioni e finalità del bilancio europeo.

La domanda di concordato preventivo: effetti e conseguenze dell'iscrizione al registro delle imprese

di Valeria Coppola

ABSTRACT

The lawmaker of 2012, by D.L. n. 83, had amended the previous legislation relating to the arrangement with creditors, ruling that the effects of the appeal, that contains the request for an arrangement with creditors, run from its publication to the Business Register by the office of the clerk of the Court before which the appeal is pending.

From that moment on, the creditors existing before the entry of the new legislation are forbidden to start or to continue any action on the debtor's assets that allows them to make a profit (to realize) unilaterally, and outside the composition proceedings, the obligation's content of the composition debtor.

SINTESI

Il legislatore del 2012 col D.L. n. 83 aveva modificato la precedente normativa in materia di concordato preventivo, stabilendo che gli effetti del ricorso contenente la richiesta di concordato preventivo, decorrono dalla sua pubblicazione nel Registro delle Imprese presso l'ufficio del cancelliere del tribunale per tutto il tempo in cui il giudizio sia pendente.

Da quel momento in poi, ai creditori esistenti prima dell'entrata della nuova legislazione è fatto divieto di iniziare o proseguire qualsiasi azione sul patrimonio del debitore che permetta loro di trarre un profitto in modo unilaterale e al di fuori del procedimento di composizione, che determina il contenuto dell'obbligo del debitore.

SOMMARIO: 1. I presupposti di accesso alla procedura di concordato preventivo – 1.1. Il concordato preventivo ordinario ed il concordato con riserva – 1.2. La natura giuridica del concordato preventivo ordinario e con riserva – 2. La pubblicità della domanda di concordato: *ratio* ed effetti – 3. I creditori interessati dagli effetti della pubblicazione della domanda di concordato nel Registro delle Imprese – 4. Azioni vietate ed azioni consentite ai creditori antecedenti all'iscrizione nel Registro delle Imprese della domanda di concordato – 4.1. L'azione di responsabilità dei creditori sociali – 4.2. Conseguenze del divieto – 5. Gli ulteriori effetti nei confronti dei creditori: i richiami operati dall'art. 169 L. fall. alla disciplina fallimentare

1. Premessa

Una delle questioni di maggior rilievo che investono la procedura di concordato preventivo, soprattutto alla luce della riforma attuata con D.l. n. 83/2012, attiene gli effetti che derivano dalla pubblicazione della domanda di concordato al Registro delle Imprese nei confronti dei terzi.

Invero, il Legislatore del 2012 ha modificato la previgente disciplina statuendo che gli effetti della presentazione del ricorso contenente la domanda di concordato decorrono dalla pubblicazione dello stesso, a cura della Cancelleria presso il Tribunale innanzi al quale pende il ricorso, al Registro delle Imprese.

Utile, dunque, soffermarsi, dapprima, sui presupposti necessari ai fini dell'accesso alla procedura concordataria, sul procedimento e sulla natura del concordato preventivo, così operando distinguo tra il concordato ordinario ed il concordato con riserva, per poi incentrare l'analisi sulle principali questioni in punto di effetti che nei confronti dei terzi derivano all'esito della pubblicazione della domanda nel Registro delle Imprese.

In particolare si darà conto della *ratio* e dei precipitati della riforma del 2012, e quindi si segnaleranno i più recenti approdi dottrinari e giurisprudenziali in tema di azioni vietate ed azioni consentite ai creditori antecedenti all'iscrizione al Registro delle Imprese, rivolgendo attenzione anche alla revocatoria ordinaria nell'ipotesi di consecuzione tra la procedura di concordato ed il fallimento.

Ulteriore profilo esaminato da dottrina e giurisprudenza è quello relativo alla possibilità per i creditori sociali di esperire l'azione di responsabilità in costanza di concordato preventivo.

Infine si illustreranno le conseguenze del divieto di proporre, dalla pubblicazione della domanda nel registro delle imprese, azioni esecutive e cautelari da parte dei creditori, soffermandosi anche sui recenti approdi delle Sezioni Unite in tema di rapporto tra concordato preventivo e fallimento.

2. I presupposti di accesso alla procedura di concordato preventivo

Il concordato preventivo è una procedura concorsuale a cui può ricorrere un debitore (sia esso un imprenditore individuale, una società o un diverso ente) che si trovi in stato di crisi aziendale o di insolvenza, per tentare il risanamento anche attraverso la continuazione dell'attività ed eventualmente la cessione dell'attività ad un soggetto terzo oppure liquidando il proprio patrimonio e mettendo il ricavato al servizio della soddisfazione dei crediti, al fine di evitare il fallimento.

I presupposti soggettivi ed oggettivi di accesso alla procedura concordataria sono entrambi disciplinati dall'art. 160 L. Fall.

Tale disposizione assegna in via esclusiva al debitore, *rectius* imprenditore ex art. 1 L. Fall, la legittimazione a formulare la proposta di concordato, con esclusione di qualsiasi iniziativa da parte dei creditori¹.

Alla procedura di concordato possono, dunque, accedere gli imprenditori commerciali, individuali e collettivi, non piccoli, fra quali si ricomprendono anche gli enti di tipo associativo e le fondazioni, a condizione che in concreto svolgano, almeno prevalentemente, attività di impresa commerciale, le società in liquidazione nonché le società irregolari e di fatto (avendo il Legislatore del 2005 eliminato il presupposto dell'iscrizione del debitore nel registro delle imprese).

Non sono, invece, legittimati a chiedere l'ammissione alla procedura di concordato i piccoli imprenditori, gli imprenditori agricoli, le società semplici nonché gli enti pubblici ed i consorzi per il coordinamento della produzione e degli scambi, salvo che siano stati costituiti in forma di società commerciale od organizzati in impresa².

¹ Duplice la *ratio* di tale scelta operata dal legislatore del 2005: da un lato la possibilità che la procedura prenda avvio anche in presenza di una situazione di difficoltà diversa dal vero e proprio stato di insolvenza (il più generale stato di crisi) che, dunque, può anche non manifestarsi all'esterno e che di per sé non legittima i creditori ad aggredire collettivamente il patrimonio del debitore; dall'altro la circostanza secondo la quale la proposta di regolamento della situazione debitoria, *rectius* la proposta di concordato, non può che provenire da chi conosca approfonditamente la situazione patrimoniale, economica e finanziaria dell'impresa.

² Incertezze, invece, ancora si registrano in relazione alla possibilità o meno di proporre domanda di concordato da parte dei gruppi di società.

Due gli orientamenti contrapposti: il primo, tradizionale, evidenzia che le norme in tema di attività di direzione e coordinamento non pregiudicano la soggettività propria di ogni singola società appartenente al gruppo, cosicché sarebbe preclusa la possibilità di proporre una domanda concordataria di gruppo, dovendosi accertare la sussistenza dei presupposti di accesso alla procedura in capo ad ogni singola società che ne fa parte (Cfr. Trib. di Milano, 15.02.2007; Tribunale di Mondovì 16.09.2005); il secondo che, facendo leva sul secondo comma dell'art. 160 L. Fall., ammette il cd. concordato di gruppo (in tal senso M. Sandulli, *sub. Artt. 160, 161, 162, l. fall.*, in A. Nigro – M. Sandulli (a cura di), *La riforma della legge fallimentare*, II, Torino, 2006, pg. 984; A. Jorio, *Sub. art. 160 l. fall.*, in A. Nigro – M. Sandulli – V. Santoro (a cura di), *La Legge fallimentare dopo la riforma*, III, Torino, 2010, pg. 2042; G. Pacchi, *Il concordato preventivo* in E. Bertachini – L. Gualandi – S. Pacchi – G. Pacchi – G. Scarselli, *Manuale di diritto fallimentare*, Milano, 2011, pagg. 435-436.

È tuttavia da segnalare che taluna giurisprudenza di merito ha considerato ammissibile la gestione unitaria del c.d. concordato di gruppo (con unica adunanza dei creditori e computo delle

Per ciò che attiene i presupposti oggettivi è necessario, ex art. 160 L. fall., lo "stato di crisi".

Tuttavia la norma, all'ultimo comma, precisa poi che: "per stato di crisi si intende anche lo stato d'insolvenza".

Lo stato di crisi richiesto ai fini dell'accesso alla procedura concordataria, dunque, ricomprende anche lo stato d'insolvenza – ovvero lo stato di manifesta incapacità di far fronte alle proprie obbligazioni –, ponendosi i due concetti in un rapporto di genere a specie, e sostanziandosi in tutte quelle situazioni difficili in cui può versare l'imprenditore (e che potenzialmente possono sfociare nella, più grave, insolvenza).

Anche la giurisprudenza di legittimità si è orientata in questa direzione, laddove ha affermato che ai fini dell'integrazione del presupposto oggettivo del concordato preventivo è sufficiente uno *"stato di difficoltà economico-finanziaria non necessariamente destinato ad evolversi nella definitiva impossibilità di adempiere alle proprie obbligazioni"* (Cass. Civ. n.18437/2010).

Posto, dunque, che lo stato di crisi è altro rispetto allo stato d'insolvenza, ricompresa al suo interno, occorre ancora chiarire quale sia la fattispecie di crisi minima in presenza della quale l'imprenditore può richiedere l'accesso alla procedura di concordato.

Sul punto parte della dottrina e della giurisprudenza di merito ha privilegiato una nozione lata di "crisi", affermando che l'accesso alla procedura è consentito anche in presenza di uno stato di crisi non irreversibile, ovvero anche all'impresa che non risulti ancora inadempiente, mancando fatti sintomatici dello stato di insolvenza, *rectius* non essendo ravvisabile l'impotenza del debitore a soddisfare

maggioranze riferite all'unico programma concordatario), a condizione che si sia al cospetto di un gruppo inteso quale aggregazione di imprese individuali o collettive, formalmente autonome ed indipendenti, ma sottoposte tutte a direzione unitaria, caratterizzate dall'unicità della struttura organizzativa e produttiva, con integrazione fra le attività esercitate fra le varie imprese e con coordinamento tecnico, amministrativo e finanziario rimesso ad un unico soggetto direttivo (Tribunale di Ancona 22.09.2006; Tribunale di Terni 30.12.2010; Tribunale di Roma 7.03.2011 nonché 25.07.2012; Tribunale di Benevento 18.01.2012).

le proprie obbligazioni e tuttavia sussistendo una situazione di difficoltà economica tale da rendere impossibile la prosecuzione della normale attività d'impresa³.

Tale orientamento, tuttavia, è stato criticato da quanti hanno ritenuto che una simile impostazione anticipi eccessivamente la soglia di ingresso alla procedura *de qua*, così risolvendosi in una sostanziale abrogazione del presupposto oggettivo richiesto dalla norma.

Si è dunque preferito individuare il requisito minimo di accesso alla procedura nella insolvenza non irreversibile, ovvero nella situazione di temporanea difficoltà ad adempiere⁴.

Tesi, quest'ultima, tuttavia criticata da quanti ritengono che la situazione di illiquidità non costituisce una costante della condizione di crisi perché lo stato di malessere economico potrebbe manifestarsi anche in altri e diversi modi, quali, ad esempio, un forte squilibrio nei conti dell'impresa; cosicché lo stato di crisi sarebbe idoneo a ricomprendere anche quelle situazioni, vicine all'insolvenza, ma che se ne distinguono per il loro possibile superamento sia pure attraverso provvedimenti straordinari di riorganizzazione⁵.

Anche parte della giurisprudenza sembra attestarsi su tale ultima posizione, ritenendo che la soglia minima di accessibilità al concordato preventivo sia da rintracciarsi nella situazione di difficoltà finanziaria o industriale, anche non prodromica allo stato d'insolvenza (in tal senso Tribunale di Milano 7.11.2005).

1.1 Il concordato preventivo ordinario ed il concordato preventivo con riserva

Il debitore che presenti tali requisiti soggettivi ed oggettivi può scegliere se

³ In giurisprudenza cfr., *ex multis*, Tribunale di Salerno 4.07.2006; in dottrina G. Jachia, *L'impresa in crisi nel mercato e nel concordato preventivo*, www.csm.it, 2006, 10, pg. 1598.

⁴ In tal senso cfr. Tribunale di Modena 18.10.2005; Tribunale di Sulmona 6.06.2005; Tribunale di Bologna 15.11.2005; Tribunale di Sulmona 2.11.2010, Tribunale di Roma 1.2.2006; in dottrina cfr. D. Galletti, *Sub. Art. 160*, in A. Jorio (diretto da), *Il nuovo diritto fallimentare*, II, Bologna, 2007, pg. 2275.

⁵ Così S. Ambrosini, *Il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in G. Cottino (diretto da), *Trattato di diritto commerciale*, XI, Padova, 2008, pgg. 23 ss.

accedere alla procedura di concordato ordinario, depositando, contestualmente, al Tribunale del luogo presso cui l'impresa ha la sua sede principale, il ricorso contenente la richiesta di ammissione alla procedura di concordato preventivo nonché gli elementi essenziali del piano concordatario, e la documentazione, *rectius* la relazione redatta da un professionista circa la fattibilità del piano e la veridicità dei dati aziendali su cui il piano è basato; ovvero anticipare gli effetti della procedura di concordato attraverso la presentazione dell'istanza ex art. 161, VI comma, L. fall. (cd. concordato in bianco o con riserva), con la quale l'imprenditore si riserva di depositare entro un certo termine, indicato dal Tribunale, la documentazione di legge, *rectius* il piano concordatario, ottenendo tuttavia la tutela anticipata del proprio patrimonio (mediante l'iscrizione al Registro delle Imprese della predetta istanza ex art. 161, VI comma, L. fall.).

Ciò posto, entrambe le procedure di concordato preventivo si articolano in distinte fasi, la prima, ovvero quella relativa alla proposizione della domanda di concordato, che si atteggia differentemente a seconda che l'imprenditore/debitore scelga la procedura ordinaria ovvero con riserva, la seconda volta all'esame della domanda, la terza, finalizzata all'approvazione del piano concordatario da parte dei creditori ed infine la quarta e la quinta fase finalizzata all'omologazione del piano ed all'esecuzione dello stesso.

È bene sottolineare che gli oneri d'informazione in capo al debitore sono di maggior ampiezza allorquando quest'ultimo abbia inteso accedere alla procedura di concordato cd. con riserva.

Ed invero, all'atto di deposito del ricorso con il quale si domanda l'ammissione alla procedura concordataria, il debitore deve depositare i bilanci relativi agli ultimi tre esercizi nonché l'elenco dei creditori.

Il Tribunale, dunque, esamina la domanda e, qualora decida per l'ammissibilità, fissa un termine, compreso tra sessanta e centoventi giorni, prorogabile una sola volta di altri sessanta giorni in presenza di giustificati motivi, per presentare la proposta, il piano e la documentazione di legge, nonché dispone obblighi informativi da adempiere con periodicità almeno mensile.

Tali obblighi, invece, non sorgono in capo al debitore che proponga ricorso al fine di essere ammesso alla procedura di concordato ordinario.

Ed invero, in tale ultimo caso, l'imprenditore allega già a corredo della domanda di ammissione al concordato la proposta ed il piano concordatario da sottoporre al vaglio del Collegio prima e dei creditori poi.

Nel primo caso allo spirare del termine concesso dal Tribunale, il debitore deve dunque depositare la documentazione necessaria ai fini dell'ammissione della procedura e quindi proposta, piano e documentazione di legge.

Qualora, invece, l'imprenditore non adempia agli obblighi informativi prescritti dal Tribunale ovvero non deposita la documentazione, il Collegio si pronuncia per l'inammissibilità della domanda di concordato⁶.

Depositata la domanda e la relativa documentazione il Giudice si pronuncia poi in merito all'ammissione e, deciso in tal senso, dispone la convocazione dei creditori volta alla votazione del piano concordatario.

All'esito dell'approvazione del piano il Tribunale verifica lo stesso e dunque procede all'omologazione.

Il decreto di omologazione comporta la chiusura della procedura di concordato preventivo e l'inizio della fase di esecuzione dello stesso.

1.1.2. La natura giuridica del concordato preventivo ordinario e del concordato preventivo con riserva

Prima di esaminare gli effetti e le conseguenze dell'iscrizione al Registro delle Imprese della domanda di concordato preventivo occorre, seppur brevemente, soffermarsi sulla natura del procedimento e dell'atto introduttivo.

Con riferimento alla domanda di concordato ordinario, ai sensi del I comma dell'art. 161 L. Fall., dottrina e giurisprudenza sono pressoché concordi nel ritenere che la stessa, presentata dal debitore sotto forma di ricorso, debba perciò essere

⁶Se è stata presentata un'apposita istanza di un creditore o se c'è richiesta da parte del P.M., il tribunale può, con separata sentenza, dichiarare il fallimento dell'imprenditore qualora ricorrano, *rectius* siano accertati, i presupposti oggettivi e soggettivi di cui agli artt. 1 e 5 L.Fall.

considerata vero e proprio atto d'impulso processuale, di natura giudiziaria e volta ad innescare un procedimento camerale.

Il ricorso, infatti, reca una domanda giudiziale rivolta al Tribunale a mezzo della quale il debitore chiede di essere ammesso alla procedura di concordato preventivo, accompagnata da una proposta (atto negoziale rivolto ai creditori), dal piano e dalla documentazione richiesta dalla legge.

Si instaura, così, un procedimento che sfocia in un provvedimento finale che determina l'ammissione del debitore alla procedura del concordato preventivo con conseguente nomina del Giudice Delegato e del Commissario Giudiziale e convocazione dei creditori per la votazione circa l'approvazione o meno del concordato, ovvero che rigetta la domanda di ammissione per difetto di uno o più presupposti di legge⁷.

Medesima natura sarebbe da attribuirsi alla domanda di concordato preventivo, così come sostenuto dalla dottrina maggioritaria, sulla scorta tanto dal tenore letterale del VI comma dell'art. 161 L. Fall., nonché degli artt. 182-quinquies, I comma L. Fall., 182-quinquies, IV comma, L. Fall. e 182-sexies, I comma L. Fall. dalla lettura dei quali emerge inequivocabilmente che la domanda di cui all'art. 161, VI comma, L. Fall. è concepita e disciplinata dallo stesso Legislatore quale domanda di ammissione al concordato preventivo, quanto della *sedes materiae* della disposizione, collocata all'interno della norma rubricata "domanda di concordato"⁸.

Così opinando al Tribunale si attribuisce il potere, *rectius* il dovere, già prima della fissazione del termine, di operare una prima valutazione circa la sussistenza

⁷ Cfr. A. Audino, *Art. 161*, in *Commentario breve alla legge fallimentare*, a cura di A. Maffei Aliberti, Padova, 2013, pg. 1075 ss..

⁸ Cfr. V. Donativi, *I requisiti della domanda di concordato con riserva (il difficile equilibrio tra prevenzione degli abusi ed eccessi di formalismo)*, in *Riv. Soc.*, 2013, pg. 1178 ss.; G. Falcone, *Profili problematici del <<concordato con riserva>>*, in *Dir. Fall.*, 2013, pg.395. In tal senso si esprime anche recentissima giurisprudenza di merito che osserva che il Legislatore considera la domanda di concordato preventivo ed il successivo deposito della proposta e del piano come un unicum, così assumendo rilevanza la data di deposito della domanda di concordato con riserva, rispetto alla quale il successivo deposito della proposta e del piano costituisce una mera integrazione e non l'introduzione di un nuovo procedimento, distinto rispetto al primo (Trib. Trento, Sez. fallimentare, 15 ottobre 2015).

dei presupposti di ammissibilità della domanda di concordato preventivo, eccezion fatta per quelle valutazioni legate a filo doppio con la presentazione della proposta, del piano e della documentazione.

Degna di nota è, in ogni caso, quella parte della dottrina che ha ritenuto che il ricorso presentato dal debitore e recante la domanda rivolta al Tribunale debba essere ricostruito come atto che dà impulso ad un primo procedimento destinato a concludersi con la concessione o la negazione del termine a cui seguirebbe un nuovo atto d'impulso, a seguito della presentazione della proposta entro il termine fissato dal giudice, che darebbe luogo ad un secondo procedimento destinato a chiudersi con il decreto di apertura (o di rigetto) della procedura di concordato preventivo⁹.

2. La pubblicità della domanda di concordato: ratio ed effetti

La riforma del 2012 ha inserito, all'interno dell'art. 161, V comma, L. fall., la previsione secondo la quale la domanda di concordato (sia ordinario, sia con riserva) deve essere pubblicata, a cura del cancelliere, nel Registro delle Imprese entro il giorno successivo al deposito in cancelleria della domanda stessa.

Ebbene tale previsione, che risponde alla finalità di risolvere il difetto di coordinamento tra l'art. 168 e l'art. 184 L. Fall. in punto di estensione soggettiva degli effetti del concordato¹⁰, individua nel momento della pubblicazione della domanda il confine tra i creditori concorsuali e non, ovvero fa decorrere gli effetti del concordato (*rectius* dell'omologazione) nei confronti dei terzi a far data dall'iscrizione della domanda nel registro delle imprese.

Ai sensi del combinato disposto degli artt. 161, V comma, 168, I comma e 184 L. fall., il concordato preventivo diviene obbligatorio per tutti i creditori per titolo o causa anteriori alla data del compimento di tale formalità, cosicché gli stessi non

⁹ In tal senso cfr. E. Bertacchini, *Crisi d'impresa tra contraddizioni e giuridica "vaghezza". Riflessioni a margine del c.d. Decreto Sviluppo (d.l. 22 giugno 2012, n.83, conv. Dalla l. 7 agosto 2012, n.134)*, in *Contr. e impr.*, 2013 pg.328, saggio, tuttavia, precedente alle modifiche apportate dal Decreto del Fare.

¹⁰ Cfr. Relazione illustrativa al D.l. n. 83/2012.

potranno più promuovere o proseguire azioni esecutive o cautelari sul patrimonio del debitore, a pena di nullità.

La *ratio* della previsione è stata correttamente individuata dalla dottrina¹¹ nella volontà del Legislatore di impedire la disgregazione del patrimonio del debitore concordatario e quindi di assicurare la realizzazione del piano proposto dal debitore (la cui fattibilità sarebbe vanificata se i creditori fossero liberi di agire individualmente fino alla omologazione del concordato) da un lato, di soddisfare il ceto creditorio nel rispetto della *par condicio creditorum* dall'altro.

Per tali motivi, dunque, dalla pubblicazione della domanda nel Registro delle Imprese, si producono nei confronti dei creditori effetti che incidono significativamente sui loro poteri di aggressione del patrimonio del debitore, così cristallizzando la loro posizione, e, nei confronti del debitore, effetti che gli consentono di preservare utilmente il patrimonio da destinare all'attuazione del piano proposto all'approvazione dei creditori.

Analogo discorso è a farsi per ciò che attiene gli effetti della domanda di concordato con riserva che, salve eccezioni espressamente previste dalla legge ovvero ricavabili per via interpretativa, sono gli stessi che discendono dalla presentazione di una domanda di concordato "completa".

Ed invero, gli effetti c.d. di *automatic stay*, e dunque l'inibitoria a pena di nullità delle azioni esecutive e cautelari e dell'acquisizione di nuovi diritti di prelazione, così come l'inefficacia retroattiva delle ipoteche giudiziali iscritte nei novanta giorni precedenti, che l'art. 168, I comma, L. Fall. fa decorrere dalla pubblicazione della domanda, si verificano comunque con la pubblicazione della domanda nel Registro delle Imprese (come detto curata in automatico dal Cancelliere) e dunque senza preventiva deliberazione od interlocuzione con il Tribunale nonché prima ed a prescindere dalla predisposizione della proposta di concordato¹².

¹¹F. La Manna, *Il cd. decreto sviluppo: breve commento sulle novità in materia concorsuale*, www.ilfallimentarista.it, 2012, pg.14.

¹² Cfr. A. Audino, nt.7, pg. 1087; *ex multis* cfr. Tribunale di Siracusa, 26 luglio 2013 che ha efficacemente affermato che: "L'art. 168 l.f. – nella formulazione successiva al d.l. n.83/2012 – pone il divieto di iniziare o proseguire azioni esecutive e cautelari, sotto pena di nullità, successivamente

La decorrenza degli effetti di cui all'art. 168 e ss. L. Fall. dalla pubblicazione della domanda nel Registro delle Imprese anche nelle ipotesi di concordato preventivo con riserva fa sì che il riconoscimento al Tribunale del potere-dovere di valutare la sussistenza dei presupposti prima di provvedere alla fissazione del termine non comporti né una ritardata applicazione dal punto di vista del *dies a quo*, né una dilatazione dell'effetto sospensivo delle azioni esecutive e cautelari, per ciò che attiene il *dies ad quem*.

Dal momento della pubblicazione della domanda nel pubblico Registro decorre inoltre il termine fissato dal Giudice per la presentazione della proposta di concordato, del piano e della documentazione completa.

Tale soluzione è apparsa preferibile (ovvero pressoché unanimemente recepita dalla giurisprudenza di merito più recente) sia in quanto in mancanza di una specifica previsione normativa la decorrenza non può che coincidere con quella degli effetti protettivi, sia perché si dimostra soluzione in grado di neutralizzare i tempi di decisione del Tribunale¹³.

In entrambe le procedure, ordinaria e con riserva, si verificano, inoltre, gli effetti di sterilizzazione delle norme in materia di perdite e di conseguente scioglimento della società ex art. 182 –sexies, I comma, L. Fall..

Anche l'esenzione da revocatoria disposta dall'art. 67, III comma, lett. e), L. Fall. con riferimento ai *"pagamenti e le garanzie legalmente posti in essere dopo il deposito del ricorso di cui all'art. 161"* non può che riferirsi anche al ricorso recante la domanda in bianco, così come per ciò che attiene gli effetti di cui agli artt. 169

alla pubblicazione, nel registro delle imprese, del ricorso per ammissione al concordato preventivo e fino all'omologazione dello stesso e, quindi, trova applicazione per tutte le ipotesi di concordato preventivo, ivi inclusa quella del concordato con riserva."

¹³Cfr. P. Vella, *"Il controllo giudiziale sulla domanda di concordato preventivo con riserva"*, in *Fallimento*, I, pg. 88; in tal senso, da ultimo, Tribunale di Prato, 23 settembre 2015; Tribunale di Padova, 16 ottobre 2015; Tribunale di Venezia, 18 settembre 2014. *Contra*, ovvero nel senso che il *dies a quo* decorrerebbe dal giorno del deposito in cancelleria del provvedimento, *rectius* dalla data di comunicazione, coloro i quali ritengono che altrimenti l'attività pre-istruttoria o istruttoria diretta ad acquisire elementi necessari per la determinazione del termine o per definire gli obblighi informativi di cui al comma VIII dell'art. 161, L. Fall. finirebbe per ridurlo o vanificarlo (cfr. A. Audino, nt.7).

e 169 –bis L. Fall.¹⁴.

Ciò posto, occorre indagare l'ambito di applicazione soggettivo ed oggettivo degli effetti che si producono in seguito all'iscrizione del Registro delle Imprese della domanda di concordato.

3. I creditori interessati dagli effetti della pubblicazione della domanda di concordato nel Registro delle Imprese

L'art. 168 L. fall. si riferisce espressamente ai "creditori per titolo o causa anteriori", siano essi, dunque, privilegiati o chirografari: i crediti sorti prima della pubblicazione del ricorso nel Registro delle Imprese, in quanto considerati crediti concorsuali, non posso essere azionati mediante l'instaurazione di azioni esecutive o cautelari (ovvero tali azioni, se già proposte, non possono proseguire)¹⁵ fino al momento in cui il decreto di omologazione diventa definitivo (ovvero fino a quando non diventi definitivo il decreto di non omologazione).

Sono da ritenersi crediti anteriori quelli che trovino il loro momento genetico ovvero il loro titolo in un atto o fatto precedente alla data di pubblicazione nel Registro delle Imprese del ricorso di concordato, anche quando i creditori abbiano ottenuto l'accertamento del credito, in sede giudiziaria, in un momento successivo.

Nel divieto è da ritenersi, inoltre, compreso qualsiasi tipo di esecuzione che

¹⁴ In merito all'applicabilità della disciplina di cui all'art. 169 –bis L. Fall. anche al concordato in bianco, cfr. Tribunale di Treviso, 24 febbraio 2015, Tribunale di Venezia, 27 marzo 2014 e Corte d'Appello di Milano, 4 febbraio 2015, che ha espressamente statuito che: "*La disciplina di cui all'art. 169 bis l. fall., inerente la sospensione ovvero lo scioglimento dei contratti in corso di esecuzione, è applicabile tanto al concordato pieno quanto a quello con riserva, così come agli altri istituti delle autorizzazioni al compimento di atti urgenti di straordinaria amministrazione (art. 161, comma 7), ai finanziamenti di cui all'art. 182 quinquies, comma 1 e, nel concordato con continuità, ai pagamenti di crediti anteriori di cui al comma 4. La ratio comune di tali istituti è infatti quella di favorire l'accesso al concordato e la protezione della sua fase preparatoria, anche a pregiudizio degli interessi creditor.*", così confermando che le disposizioni in materia di concordato preventivo non possono che essere rintracciando una *ratio* unitaria nelle disposizioni legislative in parola. *Contra* Tribunale di Roma, 3 luglio 2015, che riferisce l'art. 169 –bis esclusivamente al concordato ordinario.

¹⁵ Utile precisare che, con la riforma del 2012, il Legislatore, laddove fa riferimento ai "creditori per causa o titolo anteriore" ha eliminato la locuzione "al decreto", così definitivamente eliminando i dubbi interpretativi relativi al criterio temporale rilevante ai fini della determinazione della anteriorità del credito ed della relativa preclusione all'esercizio delle azioni esecutive e cautelari.

riguardi il patrimonio del debitore, ad esclusione, invece, di tutti i beni che, per qualsiasi ragione, si trovino nella materiale disponibilità del debitore (come, invece, accade nell'ambito della procedura fallimentare ex art. 51 L. fall.).

Discussa in dottrina la possibilità di estendere il divieto delle azioni *de quibus* anche ai creditori posteriori.

Ebbene, prima della modifica del 2012, è stato sostenuto che il divieto delle azioni esecutive non potesse riguardare i creditori posteriori al decreto di apertura, essendo questi estranei alla procedura di concordato preventivo¹⁶.

Tali creditori, dunque, avrebbero potuto agire esecutivamente dopo la presentazione della domanda e anche dopo l'omologazione del concordato preventivo.

A tale posizione altra, e più condivisibile, se ne è contrapposta sostenendo che, pur riconoscendosi la prededucibilità dei crediti sorti in corso di procedimento, è da escludersi anche per costoro la legittimazione ad assumere iniziative individuali, in quanto lo scopo della norma è da rintracciarsi nella volontà dell'ordinamento di inibire qualsivoglia atto volto ad aggredire e disgregare il patrimonio del debitore¹⁷.

Utile, inoltre, segnalare che il divieto in parola non è da coordinarsi con il disposto di cui al nuovo art. 51 L. Fall. che ha esteso il divieto di azioni esecutive e cautelari anche per i crediti maturati in costanza di fallimento, essendo diverso il regime di spossessamento previsto nelle procedure di concordato preventivo e del fallimento, nonché considerata la possibile prosecuzione del regolare esercizio dell'impresa in corso di concordato preventivo¹⁸.

¹⁶ Cfr. A. Bonsignori, *Sub. Art. 168 l. fall., Concordato preventivo, Commentario Scialoja – Branca*, Bologna – Roma, 1979, pg. 248; P. Bosticco, *Commento sub. Art. 168 l. fall.*, in AA. VV., *Commentario Tedeschi*, 1997, pg. 137.

¹⁷ Cfr. G. Lo Cascio, *Il concordato preventivo*, Milano, 2011, pgg. 343 ss..

¹⁸ Cfr. M. Caffi, *Il concordato preventivo*, in G. Schiano Di Pepe (a cura di), *Il diritto fallimentare riformato*, Padova, 2007, pg. 633.

4. Azioni vietate ed azioni consentite ai creditori antecedenti all'iscrizione nel Registro delle Imprese della domanda di concordato

In termini generali, il divieto prescritto dall'art. 168 L. fall. deve essere interpretato quale divieto di iniziare o proseguire qualsiasi azione sul patrimonio del debitore che consenta ai creditori di realizzare unilateralmente, ed al di fuori della procedura concordataria, il contenuto dell'obbligazione del debitore concordatario.

Sono vietate, dunque, tutte le azioni che si sostanzino in rimedi coattivi che possano essere attuati senza la cooperazione del debitore ed in suo danno, ovvero tutte le azioni esecutive individuali a carattere espropriativo nonché azioni con effetti equivalenti all'esecuzione.

Tra queste ultime sono senz'altro da ricomprendersi sia l'azione ex art. 1515 c.c., sia le azioni di risoluzione contrattuale, qualora l'inadempimento consegua al concordato (salvo che l'azione sia volta alla mera dichiarazione di risoluzione verificatasi antecedentemente alla procedura).

Sono altresì vietate le esecuzioni speciali, invece ammesse nel fallimento, ed in particolare sia l'esecuzione esattoriale, sia l'esecuzione per credito fondiario.

Per ciò che attiene le azioni cautelari, il divieto ha portata generale, senza alcuna distinzione in ragione della loro funzione ed, in particolare, della loro correlazione all'esercizio di una futura azione esecutiva.

Tuttavia ancora attuali appaiono alcune puntualizzazioni della giurisprudenza, anteriori alla modifica del 2012, secondo cui, in considerazione del fatto che non tutte le misure cautelari hanno lo scopo di sfociare in una futura azione esecutiva e quindi finalizzate al disgregamento del patrimonio del debitore in danno della *par condicio creditorum*, alcuni provvedimenti cautelari sarebbero comunque ammissibili.

Il riferimento è al sequestro giudiziario ex art. 670 c.p.c. (considerato che il debitore conserva l'amministrazione del suo patrimonio¹⁹), al sequestro

¹⁹ Cfr. G. Lo Cascio, *Il concordato preventivo*, Milano, 2011, pg.343 ss..

preventivo penale ex art. 316 c.p.p., ai provvedimenti emessi a seguito dei procedimenti di nuova opera e danno temuto.

Consentite, invece, a tutti i creditori concorsuali le azioni di accertamento e di condanna relative a crediti vantati nei confronti del debitore, siano essi precedenti o successivi alla presentazione del ricorso.

Del resto, diversamente da quanto accade nell'ambito della procedura fallimentare, non è previsto nel concordato preventivo l'accertamento dei crediti nei confronti del debitore, cosicché ben potrebbe avere il creditore interesse ad ottenere una pronuncia di accertamento o di condanna che faccia stato nei rapporti con il creditore ammesso alla procedura.

Altresì esclusa dal divieto l'azione di cui all'art. 2932 c.c., qualora intrapresa prima dell'inizio della procedura e a condizione che si traduca in una richiesta di restituzione ovvero di risarcimento danni²⁰.

Parimenti ammesse l'azione del venditore con patto di riservato dominio a seguito dell'inadempimento del compratore, l'azione di restituzione dei beni detenuti in virtù di contratti di leasing, rientrando i beni nel patrimonio del creditore e non del debitore.

Non rientrano, inoltre, nel divieto le azioni di consegna o rilascio e, in particolare, le azioni di rivendicazione, restituzione e separazione di beni non appartenenti al debitore; nonché le azioni possessorie di reintegrazione e di manutenzione.

Il divieto di cui all'art. 168 L. fall. non si estende infine, al pignoramento presso terzi e, quindi, al pagamento effettuato dal "*debitor debitoris*" in favore del creditore procedente, in quanto nell'ambito della disciplina del concordato preventivo non si rinviene una norma dal contenuto analogo a quello dettato dall'art. 44 L. Fall. in tema di atti inefficaci nel il fallimento²¹.

Discusso, invece, se possa essere esperita l'azione revocatoria ordinaria.

Ed invero, a fronte di chi ha negato tale possibilità, osservando che giammai i

²⁰ Cfr. Cass. Civ. n. 3022/2002, in *Foro Italiano*, 2002, I, pg. 1706, nonché, in dottrina, AA.VV. (F.S. Filocamo), *La legge fallimentare*, a cura di M. Ferro, Padova, 2014, pg. 2265.

²¹ In tal senso cfr. Cass. n.24476/2008, in *Fallimento*, 2009, con nota di M. R. La Torre, pg. 24.

creditori potrebbero conseguire vantaggi ulteriori rispetto a quelli previsti dal concordato, alcuni propendono per la sua ammissibilità considerando l'interesse di tutti i creditori, e quindi della procedura, ad azioni volte ad implementare il patrimonio del debitore²².

In tema di revocatoria, utile precisare cosa accada nel caso di consecuzione tra la procedura di concordato e quella di fallimento.

Il d.l. n. 83/2012 è intervenuto in modo specifico sulla questione della consecuzione delle procedure all'art. 69 bis, l. Fall., che così statuisce: "Nel caso in cui alla domanda di concordato preventivo segua la dichiarazione di fallimento, i termini di cui agli artt. 64, 65, 67, primo e secondo comma e 69 decorrono dalla data di pubblicazione della domanda di concordato nel registro delle imprese."

Nel caso di consecuzione di procedure, e quindi nel caso in cui ad un concordato faccia seguito una dichiarazione di fallimento, i termini per la revocatoria fallimentare si riferiscono alla prima procedura e, dunque, alla pubblicazione della domanda di concordato preventivo.

Sul punto la Corte di Cassazione ha precisato che: *"Agli effetti della cosiddetta consecuzione, ossia della considerazione unitaria della procedura di concordato preventivo, cui è succeduta quella di fallimento, che comporta, con riguardo alla revocatoria fallimentare, la retrodatazione al momento dell'ammissione del debitore alla prima di esse del termine iniziale del periodo sospetto, ciò che rileva non è la legittimità di tale ammissione, ma il fatto che un'ammissione vi sia stata e una procedura di concordato sia iniziata, perché ciò impone di considerare la successiva dichiarazione del fallimento come conseguenza del medesimo stato d'insolvenza, già a fondamento dell'ammissione al concordato preventivo; invero, il giudice investito della revocatoria, come non può sindacare la legittimità della sentenza dichiarativa di fallimento, così non può rivalutare i presupposti di ammissione al precedente concordato."*²³.

²² Cfr. Cass. Civ. n. 13944/2012, nonché Tribunale di Milano n. 3003/2011.

²³ Cass. Civ. 8439/2012,

L'art. 168, Il comma, L. Fall., prevede, quale conseguenza del divieto di esperire azioni esecutive, la sospensione dei termini di prescrizione e decadenza che sarebbero state interrotti dall'esercizio di tali atti, sospensione che cessa con il decreto definitivo di omologazione.

L'ultimo comma dell'art. 168 L. fall., inoltre, dispone che i creditori non possano acquistare diritti di prelazione con efficacia rispetto ai creditori concorrenti, salvo che ciò non sia stato autorizzato dal G.D. nei casi previsti dall'art. 167 L. fall.²⁴.

Evidente la ratio di tale disciplina, ovvero improntare la procedura concordataria al principio della *par condicio creditorum*, così come avviene in sede fallimentare.

Del resto, tutt'altro che coerente con tale scopo sarebbe consentire a taluni creditori l'acquisizione del diritto di essere soddisfatti in via preferenziale rispetto ad altri.

Alla luce di tale disposizione, dunque, mentre saranno efficaci le prelazioni sorte e perfezionatisi anteriormente alla pubblicazione della domanda di concordato preventivo nel registro delle Imprese, alcuna efficacia sarà da riconoscersi alle prelazioni le cui fattispecie costitutive si siano perfezionate dopo tale momento.

Infine, un cenno è da rivolgersi all'ultima parte del comma in parola.

La riforma del 2012, infatti, ha esteso la sanzione dell'inefficacia propria, come detto, dei titoli di prelazione successivi alla pubblicazione del ricorso, anche alle ipoteche giudiziali iscritte nei novanta giorni precedenti a tale iscrizione nel Registro delle Imprese, sempre nell'intento di favorire la risoluzione concordata delle crisi d'impresa²⁵.

4.1. L'azione di responsabilità dei creditori sociali

L'azione di responsabilità ex art. 2394 c.c. è proponibile dai creditori sociali

²⁴ Norma questa che, tuttavia, non fa menzione di alcun criterio a cui il Giudice dovrebbe far riferimento ai fini dell'autorizzazione.

²⁵ Nella relazione illustrativa del D.L. n.83/2012, sub, art. 33 si legge espressamente che: "Il secondo periodo aggiunto all'ultimo comma dell'art. 168 dispone, poi, l'inefficacia rispetto ai creditori concordatari delle ipoteche giudiziali iscritte nei novanta giorni antecedenti al deposito della domanda di concordato, disinnescando la corsa dei creditori dell'imprenditore in crisi a costituirsi cause di prelazione, spesso causa del mancato raggiungimento di soluzioni negoziali di risanamento".

anche in costanza di concordato, non rientrando nel divieto di azioni esecutive o cautelari di cui all'art. 168 L. fall.²⁶.

Ed invero, a differenza dell'azione sociale di responsabilità di cui all'articolo 2392 c.c., l'azione spettante ai creditori sociali ai sensi dell'art. 2394 c.c. ha natura autonoma e costituisce conseguenza dell'inosservanza degli obblighi inerenti alla conservazione dell'integrità del patrimonio sociale, la cui natura extracontrattuale presuppone l'assenza di un preesistente vincolo obbligatorio tra le parti ed un comportamento dell'amministratore funzionale ad una diminuzione del patrimonio sociale di entità tale da rendere lo stesso inidoneo per difetto ad assolvere la sua funzione di garanzia generica (art. 2740 c.c.), con conseguente diritto nonché interesse del creditore sociale di ottenere, a titolo di risarcimento, l'equivalente della prestazione che la società non è più in grado di compiere, anche qualora si instauri una procedura di concordato preventivo²⁷.

Trattandosi di un'azione di accertamento e di condanna, quindi, non opera il divieto di cui all'art. 168 L. fall..

Inoltre, l'art. 2394-bis c.c. non include il concordato preventivo tra le procedure che spogliano gli organi sociali della propria capacità processuale e, dunque, il singolo creditore conserva pieno titolo per esperire l'azione di responsabilità di cui all'art. 2394 c.c., anche una volta avviata la procedura di concordato preventivo.

Ulteriore argomento è da trarsi poi dall'art. 184 della L. Fall., che disciplina l'effetto esdebitatorio del concordato preventivo, a far salva questa possibilità per i creditori anteriori alla pubblicazione del ricorso di cui all'articolo 161, L. Fall. nel Registro delle Imprese.

Il vincolo derivante dalla procedura non incide, infatti, sui diritti dei singoli creditori nei confronti della società, i quali mantengono *"impregiudicati i diritti contro i coobbligati, i fideiussori del debitore e gli obbligati in via di regresso"* (art. 184, L.F.).

²⁶ Cfr. M. Fabiani, *Art. 2221, Fallimento e concordato preventivo*, Volume II, Concordato preventivo, in *Commentario al Codice Civile Scialoja – Branca – Galgano*, a cura di G. De Nova, Bologna, 2014, pagg.549; da ultimo Tribunale di Piacenza, 12 febbraio 2015.

²⁷ Cfr. Tribunale di Roma, 9 novembre 2014.

Del resto l'azione di responsabilità aggredisce i singoli amministratori che rispondono ai creditori sociali *"per l'inosservanza degli obblighi inerenti alla conservazione dell'integrità del patrimonio sociale"* (art 2394 c.c.) e non hanno possibilità di rivalsa sulla società.

La norma, dunque, non esclude la possibilità per il creditore di agire nei confronti dei coobbligati e dei garanti per conseguire la differenza tra quanto inizialmente spettante e quanto ricevuto in sede concordataria.

A ciò si aggiunga che l'azione dei creditori sociali ben può concretizzarsi in un utile strumento per ottenere soddisfazione, attraverso il risarcimento dei danni da parte degli amministratori che abbiano, attraverso il compimento di atti di *mala gestio*, causato una diminuzione del patrimonio sociale, in misura corrispondente alla differenza tra il credito iniziale ed il valore di quanto promesso in sede di concordato²⁸.

4.2. Conseguenze del divieto

Per ciò che attiene le azioni esecutive o cautelari che siano proposte successivamente alla pubblicazione del ricorso di concordato al Registro delle Imprese, ovvero quelle che risultino già pendenti, l'art. 168 L. fall. ne commina, espressamente, la nullità.

Tale sanzione comporterebbe che gli effetti delle eventuali azioni intraprese in violazione del predetto divieto non sarebbero in alcun modo recuperabili, anche spirato il termine finale di esecuzione degli obblighi concordatari.

Da ciò deriva che anche in relazione alle azioni esecutive già intentate sarebbe più opportuno, *rectius* più coerente con il dato normativo, parlare di vera e propria estinzione della procedura, piuttosto che di mera sospensione²⁹.

²⁸ Ciò tanto più alla luce della riforma che ha eliminato la soddisfazione integrale dei creditori privilegiati, escluso dal novero dei beni ceduto l'azione sociale di responsabilità, raggruppato i creditori in classi con la previsione di percentuali di soddisfazione differenziate. Sul punto cfr. G. Dongiacomo, *Le azioni di responsabilità nel piano di concordato preventivo*, in *il Fallimentarista*, Giuffrè, 2012, pg.13.

²⁹Cfr. Tribunale di Reggio Emilia, 18 aprile 2012.

Tuttavia, considerando che il fallimento non segue più automaticamente la mancata ammissione alla procedura di concordato ovvero la mancata omologazione dello stesso, più opportuno appare, data la possibilità di un eventuale e futuro ritorno *in bonis* del debitore concordatario, continuare ad applicare il meccanismo della sospensione della procedura esecutiva.

Sui rapporti tra concordato preventivo e fallimento è di recente intervenuto il Plenum della Suprema Corte affermando che la pendenza di una domanda di concordato preventivo, sia esso ordinario o con riserva, non rende improcedibile il procedimento prefallimentare iniziato su istanza del creditore o su richiesta del P.M., né ne consente la sospensione, ma impedisce temporaneamente soltanto la dichiarazione di fallimento sino al verificarsi degli eventi previsti dagli artt. 162,173,179 e 180 L. Fall.³⁰.

In altre parole, il *plenum* della Corte di legittimità ha statuito che in pendenza di un procedimento di concordato preventivo, sia esso ordinario o con riserva, il fallimento dell'imprenditore, su istanza di un creditore o su richiesta del P.M., può essere dichiarato solo quando la domanda di concordato sia stata dichiarata inammissibile, ovvero quando sia stata revocata l'ammissione alla procedura, quando la proposta di concordato non sia stata approvata, ovvero ancora all'esito del giudizio di omologazione (la dichiarazione di fallimento, dunque, non è esclusa durante le eventuali fasi d'impugnazione dell'esito negativo del concordato preventivo).

Dal punto di vista sostanziale, invece, la conseguenza della mancata osservanza del divieto in parola è l'obbligo che sorge in capo al creditore di restituire, in favore dell'intero ceto creditori, tutto quanto abbia indebitamente conseguito attraverso l'esperimento dell'azione vietata.

In tema di azioni cautelari, processualmente, esse sono inammissibili e, se già proposte alla data di iscrizione nel Registro delle Imprese del ricorso, vanno dichiarate improcedibili (su eccezione di parte ovvero sollevata d'ufficio, purché

³⁰ SS.UU. Cass. Civ. n. 9936/2015.

non sia stata già resa ordinanza, anche provvisoria, di aggiudicazione).

Per ciò che attiene, invece, le azioni intentate dopo la pubblicità della domanda di concordato, la norma fa espresso riferimento alla sanzione della nullità, rilevabile sia dalla parte sia d'ufficio, attraverso lo strumento dell'opposizione all'esecuzione (ovvero mediante l'opposizione ex art. 615 c.p.c. esercitata in via surrogatoria dai creditori del debitore concordatario e dunque ammissibile solo in caso di inerzia di quest'ultimo).

5. Gli ulteriori effetti nei confronti dei creditori: i richiami operati dall'art. 169 L. Fall. alla disciplina fallimentare

Gli ulteriori effetti del concordato nei confronti dei creditori sono quelli che derivano dal richiamo, ad opera dell'art. 169, delle disposizioni degli artt. 45, 55, 56, 57, 58, 60, 61, 62, 63 L. fall.

Tuttavia solo alcune delle norme richiamate pongo problemi in relazione alla loro trasposizione nell'ambito della procedura concordataria.

L'art. 169 L. Fall. estende espressamente al concordato preventivo il disposto di cui all'art. 45 L. fall. a tenore del quale: "le formalità necessarie per rendere opponibili gli atti ai terzi, se compiute dopo la data della dichiarazione di fallimento sono senza effetto rispetto ai creditori"; norma, dunque, che esprime il principio di insensibilità ed intangibilità del patrimonio del fallito rispetto alle vicende successive alla dichiarazione di fallimento.

L'applicazione della norma al concordato fa sì che il *discrimen* temporale da tenere in considerazione sia quello della data di presentazione della domanda, così apparendo la disposizione, non modificata dalla riforma del 2012, asimmetrica rispetto a quanto previsto dall'art. 168 L. Fall. che, invece, espressamente individua il momento di decorrenza degli effetti dall'iscrizione del ricorso nel Registro delle Imprese.

Tuttavia, non paiono esservi motivi ostativi all'estensione della decorrenza degli effetti in parola dalla iscrizione del ricorso nel pubblico registro, così tutelando la coerenza del sistema ma, *in primis*, la conoscibilità dei terzi di atti

comunque pregiudizievoli (in quanto volti a rendere inefficaci atti vantaggiosi).

Per ciò che attiene l'ambito oggettivo di applicazione della norma, il Legislatore, attraverso l'utilizzo della locuzione "formalità" pare intendere tutte le ipotesi in cui ai fini dell'opponibilità ai terzi dell'atto che si pone in essere sia necessario dar luogo ad adempimenti formali.

L'art. 45 L. Fall., dunque, deve essere letto in uno alle norme di legge che prescrivono l'adempimento di tali formalità (*ad exemplum* art. 2643 c.c., art. 1264 c.c., art. 2704 c.c.).

L'art. 169 L. fall. richiama anche l'art. 55 L. fall. norma volta ad disciplinare gli effetti della dichiarazione di fallimento sui debiti pecuniari, distinguendo il regime dei crediti chirografari da quello relativo ai crediti privilegiati.

Alla luce di tale quadro normativo, tutti i crediti si considerano scaduti alla data del deposito della domanda di ammissione alla procedura di concordato (*rectius* alla data di iscrizione del ricorso nel Registro delle Imprese), e gli interessi legali o convenzionali sui crediti chirografari restano sospesi.

La sospensione degli interessi legali o convenzionali sui crediti chirografari comporta la conseguenza che il creditore possa ottenere, al massimo, nell'ambito della procedura concordataria, l'importo del capitale e degli interessi maturati fino alla data di presentazione della domanda di concordato³¹.

Tale sospensione, tuttavia, non opera a favore dei coobbligati e dei fideiussori del debitore concordatario, nei cui confronti gli interessi continuano a decorrere.

Per ciò che attiene, invece, i crediti assistiti da privilegio, pegno o ipoteca, la sospensione non si applica in virtù del richiamo operato dall'art. 169 L. Fall. all'art. 54 dello stesso testo di legge, il quale ultimo richiama le norme di diritto comune relative all'estensione della prelazione sugli interessi (artt. 2749 c.c., 2788 c.c. e 2855 c.c.).

Il richiamo operato dagli art. 56 e 169 L. Fall. comporta che i creditori possano

³¹ Resta in ogni caso ferma la possibilità per il debitore di prevedere, nell'ambito della sua proposta, un pagamento percentuale dei creditori chirografari che non tenga conto degli interessi maturati fino alla data di presentazione del ricorso.

compensare con i propri crediti i loro eventuali debiti verso il debitore concordatario.

Si tratta, dunque, di una particolare forma di compensazione legale che, diversamente da quanto previsto nel diritto comune, opera anche allorquando i crediti contrapposti non siano entrambi esigibili.

Anche nell'ipotesi di concordato, così come nel fallimento, presupposto imprescindibile per l'operatività della compensazione è la necessaria anteriorità alla procedura dei fatti genetici delle reciproche e contrapposte ragioni di credito/debito.

Non sono compensabili, dunque, i crediti che derivino da rapporti sorti in corso di procedura con debiti anteriori³².

Per ciò che attiene il momento in cui il creditore concorrente possa e debba far valere la compensazione, incidendo così sulla quantificazione del credito, mancando nel concordato preventivo una fase di accertamento dei crediti, ed essendo le eventuali contestazioni sollevate in adunanza rilevanti solo ai fini del voto, dubbi sono sorti³³.

Tuttavia, la giurisprudenza di legittimità ha sostenuto che la compensazione sarebbe opponibile solo nella fase esecutiva del concordato, così configurandosi come inammissibile un provvedimento di esclusione dal voto del creditore interessato dalla compensazione³⁴.

³²In particolare, in tema di mandato all'incasso, la Cassazione ha sostenuto che il mandatario, poiché il concordato non è causa di scioglimento del rapporto, è obbligato a restituire interamente gli importi incassati durante la procedura, senza poter compensare tale debito di restituzione con il proprio credito concorsuale, a meno che sia stata perfezionata una vera e propria cessione di credito e sempre che non si tratti di crediti futuri (cfr. Cass. Civ. n.9030/1995; Cass. Civ. n. 11432/1999; Cass. Civ. n.10548/2009).

³³G. Lo Cascio, *Il concordato preventivo*, Milano, 2008, pg. 464 ss..

³⁴Cfr. Cass. Civ. n.12928/1992.

Le operazioni bancarie per l'acquisto della proprietà*

di **Marilena Rispoli Farina**

Professore ordinario di Diritto commerciale e bancario

Dipartimento di Giurisprudenza

Università degli Studi di Napoli "Federico II"

ABSTRACT

Banking transactions for the purchase of property, within the "special credit transactions" governed by T.U.B., have suffered over the years a number of changes and innovations.

The relevance of the phenomenon and its relevance is necessary to better understand the discipline, or rather the contract profiles, a thorough examination of the historical evolution legislation which covered the matter under investigation.

The author shows how the real estate lending can not be included among the "purpose loans", if not in the forms of housing credit, and focuses on "substantial" and procedural "privileges that still remain assisting the secured credit. Established the constitutionality of these privileges, the regulation of mortgage credit is still the subject of attention by the courts even to problematic aspects, such as the impact on the validity of the transaction exceeded the eligibility limits. The intrinsic nature of the "target credit" of land credit in fact leads some interpreters to link the funding to the aim pursued.

But the "new frontier" of the discipline of the transactions for the acquisition of property is made by Community law and in particular of the rules that have gradually strengthened the consumer protection of places transparency principals, weaker party in the negotiation under review.

SINTESI

Le operazioni bancarie per l'acquisto della proprietà, annoverabili all'interno delle "particolari operazioni di credito" disciplinate dal T.U.B., hanno subito nel corso degli anni una serie di modifiche ed innovazioni.

La rilevanza del fenomeno e la sua attualità rende d'obbligo, al fine di meglio comprenderne la disciplina, rectius i profili contrattuali, un'approfondita disamina storica dell'evoluzione normativa che ha riguardato la materia oggetto d'indagine.

L'autore evidenzia come sin dall'origine le operazioni di credito fondiario non siano annoverabili tra i "mutui di scopo", se non nelle forme del credito edilizio, e si sofferma sui privilegi "sostanziali" e "processuali" che ancora tuttora assistono il credito fondiario. Superato il vaglio di costituzionalità dei suddetti privilegi, la disciplina del credito fondiario è ancora oggetto di attenzione da parte della giurisprudenza per profili ancora problematici, quali l'incidenza sulla validità dell'operazione del superamento dei limiti di finanziabilità. L'intrinseca natura di "credito di destinazione" del credito fondiario conduce infatti alcuni interpreti a collegare il finanziamento al fine perseguito.

Ma la "nuova frontiera" della disciplina delle operazioni per l'acquisto della

proprietà è costituita dall'ordinamento comunitario e in particolare delle norme che hanno via via rafforzato i presidi di trasparenza posti a tutela dei consumatori, parte debole nella contrattazione oggetto di esame.

SOMMARIO: Sezione I. Le operazioni bancarie per l'acquisto della proprietà e la riforma dei crediti speciali: 1. Premessa – 2. I crediti speciali nel vecchio ordinamento bancario – 3. Problematiche e istanze di riordino – 4. L'attuazione del modello della «banca universale» e il processo di «despecializzazione» dei crediti speciali – 5. La riforma dei crediti speciali nel T.U. in materia bancaria e creditizia – 6. Gli ultimi sviluppi: il d.lgs. n. 342 del 1999 – Sezione II. Le operazioni di credito fondiario: 7. Aspetti generali – 8. Le origini della legislazione italiana in tema di credito fondiario. Il Testo Unico n. 646 del 1905 – 9. Il «credito edilizio» – 10. Il d.PR. n. 7 del 1976 – 11. La legge n. 175 del 1991 – 12. Il decreto legislativo n. 481 del 1992 – 13. L'attuale disciplina del credito fondiario – 13.1. Premessa – 13.2. La nozione di credito fondiario – 13.3. I profili «soggettivi» delle operazioni di credito fondiario: la «riserva» a favore delle banche; profili di costituzionalità della disciplina e ricostruzione dell'operazione in senso oggettivo (il «rapporto qualificato» tra il credito e la cosa) – 13.4. Disciplina del credito fondiario e categoria del «credito edilizio» – 13.5. Il rispetto delle percentuali di finanziabilità – 13.6. La elezione di domicilio – 13.7. Le tecniche di perfezionamento del contratto di credito fondiario: loro incidenza sulla individuazione delle tipologie contrattuali utilizzabili – 13.8. Finanziamenti fondiari con clausole di indicizzazione – 13.9. Le operazioni di credito fondiario e l'esenzione dall'esercizio dell'azione revocatoria fallimentare – 13.10. La disciplina delle «riduzioni» e delle «restrizioni» ipotecarie. Il frazionamento del credito e dell'ipoteca. Gli onorari e le spese notarili – 13.11. Estinzione anticipata e risoluzione del contratto – 13.11.1. Segue. Una disposizione «extra-vagante»: il nuovo art. 40 bis del Testo Unico Bancario – 13.12. Premessa: i «privilegi» del credito fondiario – 13.13. I privilegi procedurali: caratteri generali – 13.14. Atti preparatori dell'esecuzione – 13.15. Il rapporto tra esecuzione individuale e fallimento – 13.16. Credito fondiario e credito ai consumatori

Sezione I – Le operazioni bancarie per l'acquisto della proprietà e la riforma dei crediti speciali

1. Premessa

Le operazioni bancarie per l'acquisto della proprietà vanno con sicurezza inserite nell'ambito delle "particolari operazioni di credito" disciplinate nel Testo unico bancario di recente oggetto di intervento del legislatore.

E' di comune opinione che tra le innovazioni più rilevanti apportate nel 1993 dal Testo Unico in materia bancaria e creditizia (D.lgs n. 385 del 1993) va certamente

inclusa la disciplina dei crediti speciali, introdotta dal Capo VI del Titolo II che, agli artt. 38–48, contiene le «Norme relative a particolari operazioni di credito», e che, come chiarisce la Relazione illustrativa al decreto, intende operare «una razionalizzazione della legislazione sul credito speciale». Non sarebbe, peraltro, possibile, inquadrare correttamente la disciplina delle “particolari operazioni di credito”, né i profili contrattuali ad essa inerenti, senza un riferimento alla evoluzione normativa che segna il passaggio dai “crediti speciali” di un tempo alle operazioni in discorso.

2. I crediti speciali nel vecchio ordinamento bancario

In realtà, con riguardo al comparto dell'ordinamento creditizio detto dei «crediti speciali», il legislatore ha fatto così largo uso dell'ampia delega conferita dalla legge Comunitaria n. 142/92, da procedere ad un'opera di risistemazione dei crediti speciali, che non si limita ad una mera razionalizzazione, ma assume i caratteri di una vera e propria norma, con tratti marcati di novità rispetto al precedente assetto del settore¹.

¹ La legge 19 febbraio 1992, n. 142, recante «Disposizioni per l'adempimento di obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia alla CEE», (Legge comunitaria per il 1991) contiene due deleghe al Governo. La prima, prevista nell'art. 1, comma 1, è ad attuare una serie di direttive, tra cui, la direttiva del Consiglio 89/646, relativa all'accesso all'attività degli enti creditizi e al suo esercizio, per la quale, all'art. 25, comma 1 della legge, si stabiliscono anche i principi informativi, precisandosi inoltre, all'art. 2, gli interventi consentiti «per evitare disarmonie con le discipline vigenti per i singoli settori interessati dalla normativa da attuare»; la seconda delega (subdelega), cui si fa riferimento nel testo, è invece prevista nel medesimo art. 25, al comma 2, e concerne la emanazione, da parte del Governo, di un «... testo unico delle disposizioni adottate...», coordinato con le altre disposizioni vigenti nella stessa materia, apportandovi le modifiche necessarie a tal fine». Il contenuto e i limiti delle due deleghe, data l'ampiezza con cui sono state formulate, sono stati oggetto di ampia discussione, sia dopo la emanazione del d. lgs. n. 481/92, che ha dato attuazione alla II direttiva di coordinamento bancario, che dopo la redazione del T.U., adottato con il D.lgs. n. 385/93. In merito al decreto 481, rinviamo, in particolare agli Atti della tavola rotonda su «Il progetto di decreto legislativo di attuazione della seconda direttiva comunitaria sulle banche», che si leggono in *Dir. banca merc. fin.*, 1993, I, 166, nell'ambito della quale vennero subito avanzati seri dubbi sul rispetto della delega da parte del Governo (v. in proposito, gli interventi di PORZIO, NIGRO, PATRONI GRIFFI, BELLÌ, SANTORO, e RISPOLI FARINA, *La riforma delle banche pubbliche in Italia. Dalla legge Amato alla II direttiva di coordinamento bancario. Verso una nuova legge bancaria*, in ID (a cura di), *Dall'ente pubblico creditizio alla società per azioni*, Napoli, 1993, 64 ss. Perplesività non del tutto condivise da CAPRIGLIONE, *Il recepimento della II Direttiva CEE in materia bancaria. Prime riflessioni*, in BANCA D'ITALIA, *Quaderni di ricerca giuridica*, Roma, 1993. Per la problematica connessa al contenuto e ai limiti della delega per redigere il T.U. in materia bancaria e creditizia, ci

Prima di procedere alla analisi di tali innovazioni – e riprendendo la terminologia adottata dalla Relazione illustrativa al D.lgs n. 385 che, nel chiarire il senso e la portata della nuova disciplina, adotta spesso l'espressione «crediti speciali» – vanno richiamate alcune nozioni e concetti che appaiono essenziali per meglio comprendere l'opera compiuta dal testunificatore.

Va ricordato, ad esempio, che l'espressione «crediti speciali», seppur largamente utilizzata nella pratica bancaria e dalle stesse Autorità di vigilanza, per indicare forme di credito quali il credito agrario, fondiario etc., non ha avuto negli anni di vigenza del vecchio ordinamento bancario un contenuto ben determinato. Non era possibile individuare una categoria giuridica «positivamente definita» di credito speciale, sia perché il legislatore non adottava una definizione del fenomeno, sia perché essa non era desumibile nemmeno in via indiretta dalla legislazione, cosicché alcuni autori² sostenevano piuttosto che la formula, atecnica, stesse ad indicare in termini riassuntivi, una disciplina che si caratterizzava, in sostanza, in negativo, per la sua diversità rispetto al diritto comune delle operazioni di credito. L'oggetto della disciplina dei crediti speciali, contenuta nell'ambito di una vasta produzione legislativa, portava inevitabilmente chi intraprendeva l'opera, assai gravosa, di analizzare tutti i crediti che apparivano «speciali», in quanto «diversi» dal credito ordinario³, ad escludere la possibilità di individuare al loro interno un «sistema» retto da regole e principi uniformi, ma

limitiamo in questa sede a rinviare a GUARINO, che stigmatizza fortemente sia l'operato del legislatore delegante che quello del legislatore delegato, in *L'armonizzazione della legislazione bancaria: la revisione dell'ordinamento bancario del 1936*, relazione al Convegno su *La nuova legge bancaria: disciplina e controllo dell'attività delle banche e degli intermediari creditizi*, Milano, ottobre 1993, e a MINERVINI, *Dal decreto 481/92 al testo unico in materia bancaria e creditizia*, in *Giur. comm.*, 1993, I, 825, nonché ID, *Il vino vecchio degli otri nuovi*, in RISPOLI FARINA (a cura di), *La nuova legge bancaria*, Napoli, 1995, 3.

² In particolare, COSTI, *Le istituzioni finanziarie degli anni ottanta*, Bologna, 1984, 189. La bibliografia in materia di crediti speciali è molto ampia; per tutti, A. GIANNINI, *I crediti speciali*, Milano, 1960; TONDO, *I crediti speciali*, Roma, 1959; LA ROCCA, *Credito speciale e credito agevolato: profili istituzionali*, in *Riv. trim. dir. pubb.*, 1983, 138; GALASSO, *I finanziamenti pubblici*, in *Nov. dig. it.*, App. II, 1982, 764; CLARIZIA, *La causa di finanziamento*, in *Banca borsa tit. cred.*, 1982, I, 602. M. S. GIANNINI, *Problemi della banca come impresa*, in *Banca borsa tit. cred.*, 1981, I, 388, segnalava l'urgenza del problema della «riorganizzazione» dei crediti speciali.

³ COSTI, *L'ordinamento bancario*, Bologna, 2012, 447 ss.

piuttosto il (paziente) interprete era indotto a rassegnarsi, in genere, ad un'analisi di tipo settoriale, mettendo in luce l'evoluzione e i caratteri di un singolo «credito speciale»: l'agrario, il fondiario, etc..

È l'approccio di carattere storico ad aver dato sicuramente un valido contributo alla comprensione del fenomeno, e in primo luogo delle ragioni che stanno alla radice della «specialità». È stato possibile, infatti, rinvenire, alla base di ogni credito speciale, una scelta «politica» del legislatore che ha inteso, in primo luogo, riservare determinati flussi finanziari alle esigenze di particolari comparti produttivi; al fine, poi, di conciliare l'interesse pubblico al finanziamento di determinate attività, con le esigenze di stabilità degli enti erogatori e di sicurezza dei risparmiatori al rientro dei capitali prestati, per operazioni maggiormente rischiose delle ordinarie operazioni di credito, il legislatore stesso ha dato vita a un macrosettore dell'ordinamento creditizio, che come rilevava Amedeo Giannini – uno dei primi studiosi che ha tentato un'analisi a largo raggio dei crediti speciali, nei primi anni '60, in una fase, quindi, di grande espansione del fenomeno – si caratterizza per una particolare «conformazione» della disciplina dei soggetti erogatori e delle operazioni di credito⁴. L'analisi dell'ordinamento positivo dei crediti speciali, nella vasta e disordinata stratificazione normativa in cui esso si è storicamente atteggiato, al di là di dubbi e incertezze interpretative, ha consentito, tuttavia, sul finire degli anni '70, di raggiungere un risultato minimo, consistente nel rilevare, almeno, la presenza di alcuni tratti caratterizzanti⁵, se non unificanti, del sistema, quali:

- la riserva di flussi finanziari a settori produttivi ben individuati;
- un particolare regime dei soggetti erogatori (denominati Istituti di credito speciale), prevalentemente di natura pubblica, precisamente individuati dalla legge e, almeno inizialmente, legittimati (sia per legge che per atto amministrativo) ad operare per settori di attività e in regime di esclusiva (c.d. specializzazione funzionale);

⁴ A. GIANNINI, *I crediti speciali*, cit.

⁵ Di particolare aiuto è l'analisi di LA ROCCA, *Credito speciale*, cit.

- particolari privilegi, a favore di tali istituti, sia di ordine sostanziale, che processuale, per assicurare una tutela particolarmente intensa delle ragioni di credito;

- la precisa individuazione per legge dei soggetti beneficiari;

- una peculiare disciplina dei contratti di finanziamento, per i quali, sovente, appariva prescritta per legge, oltre che la forma tecnica, anche l'obbligo di realizzare un determinato obiettivo, dando luogo, in tale ipotesi, ai c.d. «mutui di scopo legale», come era desumibile, ad es., per il credito agrario.

- la presenza di un sistema di controlli pubblici sull'osservanza delle disposizioni di legge, anche con la previsione di sanzioni (talvolta di natura penale, come per il credito agrario) in ipotesi di inosservanza dell'obbligo di destinazione.

Come si è già sottolineato, non tutti i crediti speciali, frutto di interventi legislativi successivi e disorganici, presentano i caratteri suindicati. Non sempre essi possono rientrare nel novero dei «mutui di scopo legale» ma, spesso, prevalgono le misure di rafforzamento della garanzia alla restituzione delle somme e privilegi di natura procedurale, quali l'esenzione dalla applicabilità dell'azione revocatoria fallimentare in ipotesi di fallimento, come nel caso del credito fondiario⁶, tradizionalmente credito speciale, ma non «di scopo»⁷.

A completare il quadro di sintesi dello «stato» del settore prima della riforma apportata dal T.U., va anche rilevato che non tutti i tratti originari si sono mantenuti inalterati nel tempo, in quanto, progressivamente, si è attenuata la rigida «specializzazione funzionale» degli Istituti di credito per settori di attività⁸,

⁶ COSTI, *op. ult. cit.*, 455 ss.

⁷ Secondo l'opinione dominante, i mutui di scopo sono contratti di credito volti a creare una disponibilità di capitali per un'attività di cui l'utilizzazione sia vincolata, o per espressa previsione di legge (mutui di scopo legali), o per volontà delle parti (mutui di scopo convenzionali). Notevoli le conseguenze in ipotesi di inadempimento dell'obbligo di destinazione, che giungono fino a determinare la risoluzione del contratto. Si rinvia all'amplissima bibliografia in materia, ricca di importanti contributi, a partire dall'opera di FRAGALI, tra cui in particolare, *Il mutuo di scopo*, in *Banca borsa tit. cred.*, 1961, I, 471, fino a quella di MAZZAMUTO, *Mutuo di scopo*, in *Enc. Giur.*, XX, 1993. Ci sia consentito un rinvio anche ai nostri *Mutuo di scopo*, in *Tratt. Rescigno*, XII, UTET, Torino, 1985, p. 692 e *Mutuo di scopo*, in *Dig. disc. Priv.*, Torino, 1994, 556.

⁸ PORZIO, *La disciplina giuridica dell'esercizio del credito*, Napoli, 1991, 138, sottolinea anche il passaggio da una iniziale situazione di monopolio dei soggetti erogatori, alla possibilità di operare da parte di altri istituti. Per i caratteri organizzativi, *ivi*, ampiamente.

principio risalente alla legislazione del credito fondiario e di quello agrario, degli anni '20 e '30⁹ – e quindi preesistente alle leggi bancarie del 1936–1938¹⁰, e in seguito per anni costantemente osservato – la cui «erosione» è da addebitare ad una tendenza, tipica degli intermediari creditizi, ad entrare in nuovi settori, considerati particolarmente remunerativi.

A concludere questo rapido quadro d'insieme, va anche ricordato che i crediti speciali apparivano espressione di un secondo, fondamentale, «principio» desumibile dalle leggi bancarie, quello della «specializzazione temporale» o «separazione per scadenze», basato sulla distinzione tra raccolta del risparmio (e contemporanea erogazione del credito) da un lato a breve e dall'altro a medio–lungo termine, di competenza rispettivamente, la prima, delle aziende di credito, (art. 5 Lb.), la seconda degli Istituti di credito (art. 41 l.b.); principio posto a tutela della stabilità e della liquidità degli enti creditizi e per il quale andava anche distinta l'erogazione del credito di esercizio delle imprese da quella del credito destinato al capitale di impianto, e che ispirava anche la legislazione dei crediti speciali, che in molti casi erano costituiti da finanziamenti a medio e lungo termine.

Ma se la maggior parte dei crediti speciali si concretizzava in finanziamenti a durata protratta, tuttavia, si può osservare, da un lato, che alcuni crediti speciali, quali il credito agrario (e in seguito il credito che ne costituisce una «gemmazione», il credito peschereccio) erano destinati a finanziare sia l'esercizio dell'impresa, che l'acquisto e/o il miglioramento dei fondi [quindi non necessariamente il credito speciale era (solo) a medio e lungo termine]; dall'altro, che l'erogazione del credito agrario era consentita anche ad aziende di credito (operanti nel breve termine ex art. 5 l.b.) per le operazioni di «esercizio», si pensi in particolare alle Casse Rurali e Artigiane, elencate tra le «aziende» operanti nel breve dall'art. 5 l.b., che in base

⁹ Per una analisi, GRECO, *Le operazioni bancarie*, Padova, 1931, 400 ss. Per il credito agrario, OSTI, *Credito agrario e diritto privato*, in *Riv. dir. comm.*, 1928, I, 83; ZAPPULLI, voce *Credito agrario*, in *Nuovo dig. it.*, Torino 1938, p. 395; FERRARA, *L'ordinamento del credito agrario e i suoi difetti essenziali*, in *Foro Italiano*, Roma 1930.

¹⁰ PORZIO, *op. cit.*, 135 ss.

al T.U. del 1937 (art. 16) potevano porre in essere operazioni nel credito agrario di esercizio e, eventualmente, di miglioramento¹¹.

Di fronte ad un quadro così variegato e in progressivo mutamento, si può, in sintesi, affermare che i due principi (specializzazione temporale e funzionale) erano «tendenzialmente» presenti nell'ordinamento creditizio e che poi, progressivamente, nel generale trend verso la «despecializzazione», che ha coinvolto tutto il settore creditizio, come tendenza ad occupare fette di mercato originariamente precluse, sono stati coinvolti anche gli «speciali»¹².

3. Problematiche e istanze di riordino

Relativamente al settore dei crediti speciali, per anni si è sollecitata l'esigenza di un riordino, sia per la sovrapposizione caotica di leggi, che non attribuivano sufficienti certezze agli operatori economici, sia per adeguarsi alle mutate esigenze, tanto del settore finanziario che di quello produttivo, per il quale alcuni tipi di finanziamento apparivano ormai storicamente datati.

A partire dagli anni '70, quando iniziano le grandi trasformazioni di tutto il settore creditizio, vengono avanzati organici progetti di riforma che investono anche gli «speciali», come il credito fondiario, prima, e poi l'agrario; nel contempo la giurisprudenza comincia a mettere in discussione il persistere dei privilegi procedurali che accompagnavano ancora l'esercizio di crediti quali il fondiario, dopo l'importante riforma del 1976, con la quale si comincia ad abbandonare strumenti tradizionali della raccolta (cartelle fondiarie), e ad avvicinarsi alle forme di diritto comune (obbligazioni), in sostanza attenuando quella «specialità» che era alla radice di un trattamento differenziato nell'ambito delle procedure concorsuali, al fine di attuare una maggiore tutela dell'ente finanziatore.

Un nodo fondamentale e quasi inestricabile, per le implicazioni connesse, era costituito dall'intreccio tra credito speciale e credito agevolato creatosi sin dall'origine dei crediti speciali che, quasi al loro nascere, infatti, si trasformarono

¹¹ PORZIO, *op. cit.*, 120.

¹² COSTI, *L'ordinamento bancario*, cit.; ID, *Le operazioni*, cit., 281.

in crediti speciali agevolati, quando non nacquero come crediti agevolati, in seguito alla scelta, da parte dello Stato, di rendere meno costoso, per gli utilizzatori, il costo del credito prevedendo numerose agevolazioni, prevalentemente di natura finanziaria.

Le agevolazioni, in una prima fase più generalizzate e meno selettive, sono state in seguito rivolte a realizzare specifici obiettivi di selezione e/o indirizzo delle attività produttive, in conformità di scelte operate in via programmatica dai pubblici poteri¹³. La sovrapposizione degli incentivi finanziari all'attività di finanziamento svolta in via ordinaria segnò l'attribuzione agli enti creditizi e in particolar modo agli Istituti di credito speciale (ICS), di importanti funzioni nella gestione del rapporto di incentivazione, essenzialmente secondo i due modelli della partecipazione del sistema bancario nella fase istruttoria e/o di erogazione delle somme concesse e nell'espletamento dei controlli sugli stati di avanzamento delle opere finanziate, connessa alla concessione di mutui a tasso agevolato a valere su fondi pubblici; oppure della diretta erogazione di mutui a tasso agevolato, con la contribuzione dello Stato al pagamento degli interessi e/o la prestazione di garanzie da parte dello Stato o di soggetti designati dalle leggi. In sostanza, se già i crediti speciali, come settore fortemente pubblicizzato, si prestavano ad essere strumento della politica economica dello Stato, la scelta veniva a rafforzarsi con l'utilizzazione delle agevolazioni finanziarie in chiave programmatica, come dimostra tutta la legislazione in materia, degli anni '60 e '70.

Gli istituti di credito si sono quindi trovati nella difficile posizione di conciliare

¹³ Sulle agevolazioni finanziarie, la bibliografia è molto ampia; sulla natura delle agevolazioni come sovvenzioni, M. S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, Milano, 1970, II, 1173; PERICU, *Le sovvenzioni come strumento dell'azione amministrativa*, Milano, 1968, II, 248; GALASSO, *Finanziamenti pubblici*, cit., 780. Per l'inquadramento del contratto di finanziamento agevolato nel contratto di diritto pubblico, v. OTTAVIANO, *Argomenti a favore di una configurazione pubblicistica*; COSTI, LIBERTINI (a cura di), *Problemi giuridici delle agevolazioni finanziarie all'industria*, Milano, 1982, 1447. Per una visione critica ed articolata del contratto di finanziamento assistito da agevolazioni finanziarie, rinviamo alla vasta produzione di MAZZAMUTO, operata sulla base degli schemi delle principali leggi di agevolazione e sintetizzata in *La rilevanza pubblicistica dello scopo nei rapporti di credito agevolato*, in MAZZAMUTO (a cura di), *Il finanziamento agevolato delle imprese. Profili giuridici*, Milano, 1987, 577.

la propria natura di imprese, con quella di «strumenti» della pubblica amministrazione¹⁴ e, a partire della fine degli anni '70, si è diffuso il convincimento che l'attività, in particolare degli ICS, non potesse più essere strumento della politica economica e che fosse opportuna una rivalutazione degli elementi di autonomia ed imprenditorialità degli istituti di credito, e più in generale di tutte le componenti del sistema creditizio.

Di fronte all'aggravio di responsabilità che deriva dalla «gestione del credito agevolato», vanno ricordati, da un lato, le posizioni della Banca d'Italia¹⁵, che nella prospettiva di un recupero degli elementi di imprenditorialità del sistema bancario, ha più volte sottolineato l'improrogabile necessità di separare le responsabilità politiche della P.A. da quelle gestionali degli enti erogatori del credito agevolato; dall'altro, il tentativo di attuare tale intento sul piano normativo, culminato nel «decreto Andreatta» del 1981, cui non si è dato poi seguito¹⁶.

Ma soprattutto va ricordata la problematica connessa alla rilevanza pubblica dell'attività posta in essere dagli istituti di credito nell'ambito del credito agevolato. La giurisprudenza penale, infatti, si era attestata su decisioni, nelle quali si affermava la natura di pubblico servizio in senso oggettivo dell'attività

¹⁴ Per la problematica, LAMANDA, *L'evoluzione della disciplina del controllo sul sistema creditizio dalla legge bancaria ad oggi*, in BANCA D'ITALIA, *Quaderni di ricerca giuridica della consulenza legale*, n. 12, 1986; COSTI, *L'ordinamento bancario*, cit., 447 ss.; con particolare riguardo alle istanze di "privatizzazione", v. RISPOLI FARINA, *La riforma delle banche pubbliche in Italia. Dalla "rivoluzione silenziosa" alla legge Amato*, in RISPOLI FARINA (a cura di), *Dall'ente pubblico creditizio alla società per azioni*, Napoli, 1993, 13.

¹⁵ Più volte ribadite: v. i riferimenti in RISPOLI FARINA, *La riforma delle banche pubbliche*, cit., 13.

¹⁶ Sebbene negli anni '80 si fosse profilata l'ipotesi di una riforma del credito agevolato, successivamente alcune importanti leggi di riordino della materia, come la l. n. 64/86, recante la Disciplina organica dell'intervento straordinario nel Mezzogiorno, riconfermarono sostanzialmente il ruolo e le funzioni degli ICS nel procedimento di concessione delle agevolazioni pubbliche. V. il *Commento alla legge 64/86*, a cura di LIBERTINI, in *Le nuove leggi civili comm.*, 1990, 1 ss. Per il ruolo degli ICS, in particolare jn NIVARRA, *Commento all'art. 9*, cit., 163 e RISPOLI FARINA, *Commento all'art. 9*, in (a cura di LIBERTINI) *Commento alla L. 64/86*, 150, e *Nuova legge per l'intervento straordinario e ruolo degli istituti di credito speciale*, in *Riv. dir. imp.*, 1989, 39, nonché PROSPERI, *Notazioni introduttive delle agevolazioni finanziarie*, in *Riv. Giur. mezz.*, 1990, 36. La linea della separazione tra credito ed incentivo è stata seguita dalla legge n. 44/86, nota come legge "De Vito", v. il commento (a cura di BOCCHINI), in *Le nuove leggi civili comm.*, 1988, 1. Sono stati successivamente presentati disegni di legge per separare la concessione del credito dalla assegnazione degli incentivi. Il Testo Unico in materia bancaria e creditizia si è limitato (art. 47) a ribadire e perfezionare, estendendola alla gestione dei fondi pubblici di incentivazione, l'abilitazione generalizzata delle banche all'erogazione dei finanziamenti pubblici.

bancaria¹⁷, indipendentemente dal carattere pubblico o privato dell'istituto di credito cui essa afferiva, argomentando (anche) dall'esercizio dell'attività svolta nel campo del credito agevolato dagli operatori sia pubblici che privati.

Nelle decisioni più recenti, a partire dal 1989, operato un deciso *revirement* rispetto alla qualificazione dell'attività creditizia nel suo complesso, come funzione pubblica, si distingue ancora tra ordinaria attività di raccolta del risparmio ed esercizio del credito – nello svolgimento della quale (per la sua natura privatistica) agli operatori degli enti creditizi, pubblici e privati, non sono riferibili le qualificazioni soggettive di pubblici ufficiali o di incaricati di pubblico servizio – (..) ed attività inerente «la gestione di crediti speciali e agevolati, e in genere, tutti i crediti di scopo legale», di cui si riafferma il carattere pubblico, con particolari conseguenze in merito alla disciplina penale da applicare agli operatori del settore.

Problematiche tutte ancora attuali, anche di fronte al fenomeno più recente del «ridimensionamento» del credito agevolato, ovvero di una progressiva riduzione numerica delle leggi che utilizzano siffatta forma di intervento pubblici nell'economia, o comunque dell'abrogazione di parte delle forme di incentivazione previste da una medesima legge, cui si assiste in conseguenza di una pluralità di fattori.

Va menzionato, in particolare, l'atteggiamento adottato dalle Autorità della UE, protese a una più rigida osservanza della normativa comunitaria, e quindi più rigorose nella valutazione di conformità agli obiettivi del Trattato delle

¹⁷ V. Cass., 10 ottobre 1981, n. 10647, in *Foro it.*, II, 1981, c. 560, con nota di CAPRIGLIONE. Di seguito, come si sottolinea nel testo, la Cassazione Penale ha rivisitato la problematica, distinguendo tra: 1) ordinaria attività di raccolta del risparmio ed erogazione del credito, di cui si è affermato il carattere privatistico; 2) compiti in materia valutaria e fiscale, di cui si afferma la natura pubblica; 3) attività inerente la gestione dei crediti speciali e agevolati, e in genere "tutti i crediti di scopo legale", di cui è altresì affermato il carattere pubblico. In senso critico SEVERINO DI BENEDETTO, *Pubblico servizio e attività di impresa*, in *Banca borsa tit. cred.*, 1989, II, 45, che sottolinea la necessità di distinguere nell'ambito dei crediti speciali, per identificare la presenza di "mutui di scopo legale", nonché l'opportunità, comunque, di differenziare fasi di "natura pubblicistica" (istruttoria, controlli) e fasi in cui prevale l'attività "privata" dell'ente (stipulazione del contratto di credito). Si veda anche AMOROSINO, *Il credito agevolato nel Testo Unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, in *Dir. banc.*, 1995, 194 ss.

agevolazioni pubbliche ai settori produttivi, che ha comportato la soppressione di parte delle agevolazioni previste dal nostro ordinamento; come anche va sottolineata l'esigenza di riduzione delle spese statali e, quindi, anche delle risorse disponibili per gli incentivi di natura finanziaria, avanzata in un'ottica di risanamento del bilancio pubblico, da realizzare in ottemperanza agli impegni sottoscritti con gli accordi di Maastricht¹⁸.

4. L'attuazione del modello della «banca universale» e il processo di «despecializzazione» dei crediti speciali

Il processo di «despecializzazione» del sistema dei crediti speciali avviato parzialmente negli anni '70, ha visto in seguito tappe salienti nella legge n. 218/90 di riforma della banca pubblica (c.d. legge Amato), nella legge n. 175/91 di revisione della normativa del credito fondiario ed edilizio¹⁹, e nel D.lgs. n. 481/92, di recepimento della II direttiva di coordinamento bancario, per raggiungere il suo epilogo con il T.U. delle leggi in materia bancaria e creditizia, che costituisce l'oggetto principale della nostra indagine.

In primo luogo, il d.lgs n. 356/90, di attuazione della legge Amato di riforma della banca pubblica, all'art. 18, comma 1, ha consentito (soltanto) alle società bancarie

¹⁸ Sulla complessa tematica si segnalano, tra gli altri, ANNESI, *L'indagine conoscitiva del Senato sugli "aiuti di Stato". Le incentivazioni alle imprese meridionali e l'ordinamento comunitario*, in *Rivista giuridica del Mezzogiorno*, 1991, n. 1, 37; SERVIDIO, *Incentivi all'industria meridionale e mercato unico*, ivi, 1991, n. 3, 661; SAPIENZA, *La "cabina di regia nazionale" come strumento delle politiche di attuazione degli interventi strutturali comunitari*, ivi, 1996, 9; BARIATTI (a cura di), *Gli aiuti di Stato alle imprese nel diritto comunitario*, Milano, 1998. Sul progetto di riforma del credito agevolato del 1995 si veda AMOROSINO, *La riforma futuribile del credito agevolato*, in *Il lavoro bancario*, 1995, 3.

¹⁹ Per la legge n. 218/90 si rinvia ai saggi contenuti in AMOROSINO (a cura di), *La ristrutturazione delle banche pubbliche*, Milano, 1991, e RISPOLI FARINA (a cura di), *Dall'ente pubblico creditizio alla società per azioni*, cit., con i commenti di BELLÌ, BROZZETTI, CORVESE, MAZZINI, RISPOLI FARINA, ROVINI, PORZIO, SANTORO, SPENA. Per la despecializzazione, "istituzionale, operativa, funzionale e temporale" promossa inizialmente dalla l. 218/1990 e poi proseguita dal D.lgs n. 481/1992, RISPOLI FARINA, *La riforma delle banche pubbliche in Italia*, in *Dall'ente pubblico*, cit., 64 ss. Per la legge di revisione del credito edilizio, nella prospettiva cui fa riferimento il testo, v. TARDIVO, *La revisione della normativa in materia di credito fondiario, edilizio e alle opere pubbliche*, in *Dir. banc.*, 1992, II, 134 ss., ove ampia disamina delle problematiche della disciplina speciale e delle pronunzie giurisprudenziali in materia.

a medio e lungo termine²⁰ – risultanti dai processi di ristrutturazione in forma di s.p.a. di banche pubbliche, che la legge 218 favorisce attraverso procedure di trasformazione vera e propria, fusione o trasferimento d'azienda – di ampliare la propria operatività in qualunque segmento dei crediti speciali, oltre quelli già previsti negli statuti degli enti pubblici originari, sulla base di una esplicita previsione nello statuto della società, approvato dalle autorità di vigilanza nel corso della procedura di ristrutturazione. Si è così dato il via al superamento di quelle segmentazioni che caratterizzavano il settore degli speciali, e che non consentivano l'esercizio congiunto di più forme di credito ad un solo ente creditizio, in particolare (art. 18, comma 2) facendo anche cadere le limitazioni di tipo territoriale, che pure venivano previste dalle leggi e dagli statuti.

In seguito, la citata l. n. 175/91 di riforma del credito fondiario, all'art. 26, ha consentito, previa autorizzazione della Banca d'Italia, a tutte le società per azioni abilitate all'esercizio del credito a medio e lungo termine, di estendere l'oggetto sociale 'a forme di credito differenti da quelle precedentemente svolte, e nel contempo ha previsto la trasformazione in s.p.a. in primo luogo delle Sezioni di credito fondiario esistenti presso ICDP e Casse di risparmio e in seguito degli Istituti di credito fondiario.

Un assetto più compiuto a tali frammenti di disciplina innovativa nel prevedere società bancarie «plurisettoriali», è stato dato con il D.lgs n. 481/92, che secondo l'espressione utilizzata nella stessa Relazione governativa al decreto, nel recepire nell'ordinamento italiano la II direttiva bancaria di coordinamento (n. 646/89), ha introdotto nel nostro sistema il modello della «banca universale», attuando i principi della «despecializzazione istituzionale, operativa e temporale» contenuti nella direttiva stessa. Conviene soffermarsi su questo importantissimo provvedimento, che costituisce un vero e proprio «preliminare» del Testo Unico di seguito approvato, anche con riguardo all'oggetto del nostro tema di indagine.

²⁰ Sull'operatività delle società bancarie risultanti dai processi di trasformazione degli enti creditizi pubblici in s.p.a., v. CASTALDI e TREQUATTRINI, *Disciplina delle società bancarie operanti a medio e lungo termine*, in BANCA D'ITALIA, *La ristrutturazione della banca pubblica e la disciplina del gruppo creditizio*, Roma, 1992, 155; e RISPOLI FARINA, *La riforma delle banche pubbliche*, cit., 45.

Il primo tipo di «despecializzazione» realizzato dal D.lgs n. 481/92 consiste nell'adozione della forma della s.p.a. (art. 9), considerata, per caratteristiche intrinseche, la forma necessaria, in quanto preferenziale, per lo svolgimento dell'attività creditizia, seguendo le tracce già segnate dalla legge Amato, e dalla l. n. 175/91 per il credito agrario e fondiario. Il legislatore ha dato ormai per scontato che la s.p.a. costituisca il modello d'elezione per lo svolgimento di un'attività imprenditoriale, nell'ambito del nuovo ordinamento del credito orientato ai principi di un «mercato concorrenziale» seppur "sottoposto a vigilanza prudenziale"²¹, quale quello che si è inteso assumere come modello di sviluppo del settore.

Il terzo livello di «despecializzazione» realizzato con il D.lgs n. 481/92 ha inciso sulla «specializzazione temporale» che, in linea di tendenza (v. ante, par. 1), caratterizzava il precedente assetto dell'ordinamento creditizio – poiché ha consentito a tutti gli «enti creditizi» (categoria unica che sostituisce ormai quelle delle aziende – di cui all'art. 5 – e degli Istituti di credito speciale, di cui all'art. 41 l.b.) le varie forme di raccolta finora praticate dal sistema bancario, sulla base di apposita previsione nello statuto, approvato dalle autorità di vigilanza. In particolare veniva consentita a tutti gli enti creditizi l'emissione di obbligazioni (art. 4), titoli di cui veniva dettata una speciale disciplina, demandando nel contempo alle autorità di vigilanza il potere di regolamentarne in via amministrativa l'emissione.

Era così superata la precedente (tendenziale) distinzione tra enti che raccolgono (per operare) a breve e enti che raccolgono (per operare) nel medio e lungo termine, rendendo possibile a un medesimo ente creditizio di operare nei due settori, senza articolarsi in una molteplicità di soggetti giuridici (come avveniva in precedenza, col ricorso anche alla tecnica delle Sezioni speciali,

²¹ Così MERUSI, *La relazione del Testo Unico: problemi di tecnica legislativa*, in *Dall'attuazione della II direttiva CEE in materia bancaria al Testo Unico*, a cura di ANTONUCCI, Bari, 1993, 31. Per le modalità e finalità del nuovo sistema di controlli, RISPOLI FARINA, *op. ult. cit.*, 75. Il d. lgs. n. 481/1992 elimina la distinzione tra aziende ed istituti di credito, non consente la costituzione ex novo di enti creditizi in forma di enti pubblici, tuttavia prevede che gli enti pubblici "iscritti all'albo di cui all'art. 29 l.b." possano "continuare ad esercitare l'attività bancaria". La relazione Governativa al d.lgs n. 481/92 è riprodotta in ANTONUCCI (a cura di), *Dall'attuazione*, cit., 261 ss.

costituite presso aziende di credito), finanziandosi sia con l'emissione di titoli tipici della raccolta a breve che con quelli in uso per la raccolta a medio e lungo termine.

Il D.lgs n. 481/92 ha infine realizzato (art. 5, commi 1 e 2) la despecializzazione c.d. «operativa», consentendo a tutti gli enti creditizi l'esercizio, oltre che dell'attività bancaria, intesa nel senso tradizionale accolto dalle nostre autorità creditizie (come raccolta del risparmio e contestuale erogazione del credito), anche delle (una o più) altre attività ammesse al beneficio del mutuo riconoscimento – cioè delle altre attività che la direttiva considera caratterizzanti il modello della «banca universale» – quali leasing, factoring, etc. [indicate nell'allegato alla direttiva medesima e riprodotte pressoché integralmente alla lettera f) dell'art. 1 del decreto 481].

Inoltre, e qui entriamo più nel vivo della problematica dei «crediti speciali», coerentemente col recepimento del modello della «banca universale», come sottolineava ancora la Relazione Governativa, si consentiva (così l'art. 6, comma 1, del decreto) a tutti gli enti creditizi l'esercizio di qualsiasi attività di finanziamento, regolata da leggi speciali, (consistente prevalentemente in finanziamenti a medio e lungo termine), riguardante «settori, categorie di istituti o singoli istituti di credito», realizzando più compiutamente la «despecializzazione funzionale» promossa dalla legge Amato e dalla l. n. 641/91. Condizione essenziale era, anche in tale ipotesi, l'esistenza di una specifica previsione negli statuti degli enti, che venivano sottoposti ad approvazione delle autorità creditizie, sia in sede di costituzione degli enti medesimi che di modificazioni statutarie (art. 9 e art. 21, D.lgs 481).

A tali finanziamenti, inoltre, proseguiva il decreto (art. 6, comma 2) si «applicano integralmente le disposizioni legislative che li disciplinano», comprese: «le misure fiscali e tariffarie e i privilegi di procedura... » che le varie leggi relative a crediti speciali avevano dettato nel tempo, dando luogo ad un'ampia e discussa stratificazione normativa.

Di conseguenza, sottolineava ancora la Relazione Governativa, restavano

inalterate le condizioni operative concernenti forme tecniche, garanzie, durata e limiti di finanziabilità degli interventi creditizi. Cadevano, invece, le distinzioni tra le varie obbligazioni (fondiarie, agrarie) in base alla specializzazione dell'ente emittente, restando comunque ferme le distinzioni relative alle operazioni attive (credito mobiliare, industriale, etc.). Infine (v. art. 6, comma 3), allo scopo di evitare distorsioni concorrenziali tra gli operatori, precisava ancora la Relazione al decreto, si estendeva, superando le settorialità previste dalle leggi speciali, alla generalità degli enti creditizi (nazionali ed esteri) la possibilità di erogare crediti agevolati, alla duplice condizione che fosse stipulata apposita convenzione tra gli enti e la Pubblica Amministrazione e che le operazioni agevolate rientrassero tra quelle effettuabili dai singoli enti a tasso di mercato (attività «svolte in via ordinaria», recitava la norma).

È evidente, ribadiva la Relazione illustrativa, lo spostamento della disciplina, dai «soggetti», ai quali spesso si riferivano particolari regimi fiscali, tariffari e procedurali di agevolazione²², alle particolari «attività», di cui si dichiarava la permanenza in vigore, cosicché la legge che regolava i contratti di finanziamento veniva a rappresentare il riferimento disciplinare delle singole operazioni per ogni ente creditizio che operasse nel settore, mentre nel contempo si eliminava ogni riserva di accesso al settore dei crediti speciali.

Appare evidente la misura della «despecializzazione» che è stata realizzata, in particolare dal decreto di recepimento della II direttiva di coordinamento bancario, alle soglie della compilazione del Testo unico, previsto, come si è detto (v. par. 1) dall'art. 25, comma 2, della l. n. 142/92. In sostanza, agli occhi dei redattori del T. U. si presentava un sistema ormai despecializzato sul piano operativo: tutti gli enti creditizi, previa indicazione nello statuto approvato dalle autorità di vigilanza, potevano operare in tutti i segmenti dei crediti speciali (credito agrario, fondiario, etc.) e del credito agevolato, alle condizioni dettate dall'art. 6 del d.lgs. n. 481. All'ampliamento della capacità operativa degli enti creditizi, corrispondeva,

²² Sottolineata da FERRO LUZZI, in *Commento al d.lgs n. 481/92*, in *L'impresa*, 1983, 45

comunque – va ricordato – un ampio spettro di poteri di controllo in capo alle autorità di vigilanza, che recuperavano in parte, secondo una certa lettura del decreto, la discrezionalità che, nel recepimento della I direttiva di coordinamento bancario realizzato con il D.lgs n. 350/85, avevano perso²³.

Se di riforma dei crediti speciali si vuole parlare, i 3/4 di essa erano già stati realizzati con il D.lgs n. 481, promuovendo una omogeneizzazione sia sul piano della disciplina dell'organizzazione, che dell'operatività degli istituti di credito speciale. Appare ormai scisso, come ha scritto Renzo Costi²⁴ quello «stretto legame tra la disciplina degli enti e la disciplina del rapporto di finanziamento che caratterizzava fortemente i crediti speciali». Permaneva, tuttavia, ancora inalterata la disciplina delle operazioni, secondo il regime predisposto dalle leggi per i crediti speciali, con tutte le problematiche ad esso connesse, secondo il quadro delineato.

5. La riforma dei crediti speciali nel T.U. in materia bancaria e creditizia

A questo punto del proprio iter il riformatore si trovava ad un guado: proseguire nell'opera di ristrutturazione o mantenere inalterato il sistema dei crediti speciali sotto il profilo oggettivo. Appariva evidente come l'occasione data dalla delega conferita al governo dalla legge comunitaria del 1991 per predisporre un T.U. di coordinamento del vecchio ordinamento del sistema bancario con le novità apportate dal D.lgs n. 481, con la possibilità di apportare modifiche alla legislazione previgente, fosse apparsa fin troppo appetibile, per non portare a compimento il lavoro di riforma fino ad allora intrapreso. Ed è su questa linea che

²³ Il tratto caratterizzante la disciplina dei controlli contenuta nel capo III del d. 19s. n. 481 era dato dall'ampliamento del novero e dell'intensità dei poteri degli organi di vertice e in particolare della Banca d'Italia. Il decreto si è posto nel trend che si è manifestato negli anni '90, di una sostanziale delegificazione del settore dell'intermediazione finanziaria, che si è presentato come controtendenza del processo inverso, tipico degli inizi di quel decennio, di «alluvione legislativa» e di un ritorno alla «amministrativizzazione» del settore, caratterizzante la legge bancaria del 1936. Per tale *revirement* si è parlato di «controriforma» nell'ordinamento del credito e di un ritorno alla legge del 1936 (v. le note critiche in merito formulate da CASTIELLO, *op. cit.*, 47). La struttura portante del T.U. del 1993 ha confermato l'evolversi del processo iniziato dal decreto di attuazione della II direttiva di coordinamento bancario.

²⁴ COSTI, *L'ordinamento bancario*, cit., 400.

si è posto il legislatore testunificatore che «a completamento del disegno legislativo avviato con il D.lgs 481, come enuncia la Relazione Illustrativa al T.U.²⁵, procedeva al «coordinamento della legislazione dei crediti speciali», provvedendo ad eliminare «le antinomie e le incongruenze» presenti, così da pervenire ad «una disciplina comune delle operazioni affini, comprensiva, tra l'altro, dei privilegi sostanziali e di procedura».

In sostanza, come risulta dalla disciplina predisposta al Capo VI del T.U., il «coordinamento» si è realizzato con un non indifferente lavoro di «taglia e cuci» sul tessuto dei crediti speciali, che seppure opportuno alla luce delle consistenti critiche al regime previgente, lascia adito a non poche perplessità. Appare in primo luogo discutibile la legittimità dell'operazione, e non tanto per l'annoso quesito in merito al tipo di testo unico cui la legge di delega abbia inteso fare riferimento – poiché appare chiaro che l'art. 25, comma 2, della legge comunitaria, lascia spazio ad un T.U. di coordinamento, ma con potenzialità innovative del materiale da coordinare – quanto piuttosto in relazione ai limiti dell'operazione di innovazione. Fino a che punto poteva spingersi l'opera di modifica? È stato legittimo modificare anche quello che appariva suscettibile di coordinamento, e che quindi non necessariamente andava soppresso? In secondo luogo, perplessità maggiori sorgono dalla scelta del testunificatore che, se è vero che ha eliminato molte

²⁵ Per il testo del d. lgs. 385/93 e della Relazione Illustrativa, v. ABI, *Norme essenziali per la banca*, Bancaria Editrice, 1993, 13 e 89. Per una visione d'insieme della disciplina si veda CASTALDI, *Il testo Unico bancario tra innovazione e continuità*, Torino, 1995; e inoltre CAPRIGLIONE (a cura di) *Commentario al testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, Padova, 1994 e FERRO LUZZI - CASTALDI (a cura di), *La nuova legge bancaria*, Milano, 1995. Al di là della riforma realizzata sul piano della disciplina dei crediti speciali, va rilevato come il superamento del modello di banca specializzata, come inteso nel vecchio ordinamento, non esclude che gli operatori autorizzati, dalle autorità di controllo, possano adottare modelli di diversificazione dell'attività in base ad una logica di specializzazione funzionale. La nozione di «credito speciale» trova ancora una sua giustificazione in quanto per le operazioni di credito disciplinate dagli artt. 38 ss. vengono dettate norme particolari che valgono ancora a differenziarle dalle operazioni ordinarie. I principali tipi di credito speciale conosciuti prima della riforma erano costituiti da: credito fondiario, credito alle opere pubbliche alle imprese di pubblica utilità, credito navale, credito minerario, alla cooperazione, credito industriale, alle piccole e medie imprese, all'artigianato, al commercio, alberghiero, il credito sportivo, peschereccio, cinematografico, all'esportazione e il credito su pegno. Si veda in proposito DE VECCHIS, *Crediti speciali*, in *Dig. disc. pubblic.*, Torino, 1989, 359. Per una efficace ricostruzione storica v., anche COSTI, *L'ordinamento bancario*, cit., 447 ss.

antinomie, ad una analisi più attenta ha consentito il permanere e rafforzarsi di numerose «incongruenze» nel sistema dei crediti speciali, rispetto alle quali la redazione del T.U. rappresenta un'occasione mancata, al fine di abolire alcune disposizioni o istituti che, legati alla storia dei crediti speciali, risultano non più adeguati al contesto normativo in cui sono oggi inseriti.

Venendo più in dettaglio alla disciplina, si può osservare che il D.lgs n. 385/93 ha operato su due livelli: in primo luogo, consente a tutte le «banche» (che nel D.lgs n. 385/93 sostituiscono gli «enti creditizi» previsti dal D.lgs n. 481) di accedere a tutte le forme di credito, anche speciale, ribadendo nella sostanza quanto introdotto con l'art. 6 del D.lgs n. 481; contemporaneamente, e qui la novità è più evidente, il decreto opera una drastica riduzione dei crediti speciali esistenti, che vengono ricondotti a pochi tipi fondamentali, apportando nel contempo sensibili modifiche nella disciplina delle operazioni, così come prevista nella precedente legislazione.

La capacità di ogni banca ad erogare (anche) i crediti speciali, può farsi discendere dall'art. 10 del decreto n. 385, laddove enuncia che l'attività bancaria consiste nella raccolta di risparmio tra il pubblico e nell'esercizio del credito (comma 1) e, di seguito, che detta attività, senza escludere quindi nessun «tipo» di credito, «è riservata alle banche» (comma 2); inoltre, al comma 3, si aggiunge che «le banche possono esercitare, oltre all'attività bancaria, ogni altra attività finanziaria, secondo la disciplina propria di ciascuna di esse». Ne deriva, quindi, che le attività dei c.d. crediti speciali, se si fanno rientrare nell'attività «bancaria», tout court, come pare si possa affermare, possono essere esercitate dalle banche; allo stesso risultato si potrebbe pervenire se, sorti dubbi in proposito, venissero invece ricomprese in quella «finanziaria».

Per attività finanziaria, va specificato, si intendono sicuramente sia le attività ammesse al mutuo riconoscimento, come sottolinea la Relazione illustrativa al T.U. per l'art. 10, e il D.lgs n. 385 considera come tali una serie di attività elencate all'art. 1, comma 2, lett. f (con qualche lieve modifica rispetto al decreto 481), riproducendo in sostanza la lista allegata alla II direttiva di coordinamento), sia

altre attività comunemente intese come finanziarie. In entrambe le due ultime ipotesi i crediti speciali potrebbero rientrare nel concetto di attività finanziaria, sia perché tra le attività che il T. U. considera ammesse al mutuo riconoscimento (e quindi finanziarie) al citato art. 1, letto l), al n. 2 vengono espressamente menzionate le «operazioni di prestito», sia perché certamente si estrinsecano in un'attività «finanziaria» in senso lato.

Tuttavia, e questa argomentazione testuale appare ancora più decisiva, al fine di ricomprendere l'esercizio dei crediti speciali nell'attività di erogazione del credito e, quindi, nell'attività bancaria ai sensi dell'art. 10, comma 1, come si preciserà meglio tra breve, il T.U., al Capo VI, nel dettare la disciplina delle «particolari operazioni di credito» (ovvero delle operazioni di credito speciale mantenute in vita dopo l'operazione di maquillage) espressamente (v. artt. 38, comma 1; 42, comma 1; 43, comma 1) ne consente l'esercizio a (tutte) le banche, eliminando nel contempo quelle riserve di attività previste dalle leggi speciali a favore di alcuni enti (ICS) sulla scia di quanto già disposto dal D.lgs n.481.

In conclusione, pare di poter affermare che con la disciplina delle «particolari operazioni di credito», il legislatore abbia riaffermato l'opportunità che accanto ad operazioni di credito di «diritto comune», permangano «operazioni di credito speciale», seppur sottoposte ad una revisione critica. Gli elementi di diversità, che tuttora permangono, non valgono ad impedire che le operazioni disciplinate dagli artt. 38 ss. rientrino «nell'esercizio del credito» e quindi (se connesse ad attività di raccolta) nell'attività bancaria di cui all'art. 10, comma 1; in virtù di tale inquadramento esse sono riservate alle banche, ai sensi del comma 2, e non consentite ad altri intermediari finanziari, quali quelli un tempo previsti dall'art. 106 ss. e 107 del TU²⁶ (ed ora unicamente nell'art. 106).

²⁶ Per la cui disciplina si rinvia a ANTONUCCI, *Gli intermediari finanziari dalla legge antiriciclaggio al testo unico* e CARRIERO, *Disciplina e operatività degli intermediari finanziari*, in RISPOLI FARINA (a cura di), *Studi sugli intermediari non bancari*, Napoli, 1998, 11 e 21. Il d. 19s. 4-8-1999, n. 342 (G.U. 4 ottobre 1999, n. 233) che ha apportato modifiche al Testo Unico bancario, aveva consentito (art. 21) agli intermediari di cui all'art. 107, iscritti nello speciale elenco previsto da tale norma, che svolgevano attività di concessione di finanziamenti sotto qualsiasi forma, di esercitare anche il credito agevolato, secondo le disposizioni dell'art 47 T.U.B.

Il secondo livello su cui opera il TU., consiste, come si è già sottolineato, in un'operazione di risistemazione dei crediti speciali preesistenti, che vengono esplicitamente abrogati, in tutto o in parte, come risulta dall'art. 161 del decreto, che contiene una lunga elencazione di tutte le discipline (in tutto o in parte) soppresse. Di conseguenza, al Capo VI (Norme relative a particolari operazioni di credito), viene dettata una nuova disciplina per alcuni, tra i più importanti tipi di crediti speciali (artt. 38 ss.) – che viene a sostituire quella preesistente, con le innovazioni di cui a breve si dirà – e il cui l'esercizio viene non solo consentito, ma anche implicitamente riservato, come si è detto, alle banche (artt. 38, 42, 43; ma v. anche art. 153, per la disciplina transitoria).

La Relazione illustrativa sottolinea con note molto stringate l'ulteriore e saliente passo che ha inteso compiere il TU. dopo le innovazioni introdotte con il D.lgs n. 481, procedendo ad una operazione di «razionalizzazione» del settore. A tale scopo si è provveduto, si dice, ad eliminare l'ampia frammentazione delle fonti preesistenti, superando alcune precedenti segmentazioni e raggruppando le operazioni in alcuni tipi fondamentali: credito fondiario, credito alle opere pubbliche, credito agrario e credito peschereccio, e credito pignoratizio. Inoltre, si è inteso eliminare la disomogeneità che in esse si riscontrava tanto relativamente alle tecniche contrattuali previste dai vari crediti speciali, realizzando una semplificazione ed una tendenziale omogeneizzazione delle tecniche contrattuali adottate nei singoli settori dei crediti speciali, quanto per quello che concerneva forme di privilegi, sostanziali e di procedura, come da tempo da più parti si auspicava. Quindi è stata dettata una disciplina comune delle tipologie di operazioni affini, comprendente, tra l'altro i privilegi (sostanziali e di procedura).

Il Capo VI, quindi, contiene le «Norme relative a particolari operazioni di credito», che vengono raggruppate in «pochi, fondamentali tipi»: il credito fondiario e alle opere pubbliche (Sezione I, artt. 38–42), il credito agrario e peschereccio (Sezione II, artt. 43–45), il credito su pegno (Sezione III, art. 48). Presenta particolare

Allo stato tale legittimazione, nel quadro della più generale riforma degli "intermediari del Titolo V" operata dal D.lgs 141 del 2010, è rinvenibile nell'art. 110 del T.U..

interesse, inserita nella Sezione III che disciplina «altre operazioni», la normativa prevista all'art. 46, che porta il titolo «Finanziamenti alle imprese: costituzione di privilegi», che introduce una nuova forma di privilegio convenzionale e speciale su tutti i beni mobili non iscritti in pubblici registri che, come afferma la Relazione illustrativa, sostituisce tutti i previgenti privilegi, convenzionali o legali, generali o speciali. Tale privilegio può essere costituito a garanzia di finanziamenti a medio e lungo termine ad imprese, ma può essere utilizzato anche nell'ambito del credito alle opere pubbliche (art. 42, comma 3), del credito agrario e peschereccio (anche a breve termine, art. 44, comma 1). Si può porre il quesito se anche la «concessione di finanziamenti a medio e lungo termine alle imprese» assistito da tale nuova forma di privilegio, assurga a categoria autonoma nell'ambito dei crediti speciali ristrutturati dal T.U.²⁷.

6. Gli ultimi sviluppi: il D.lgs n. 342 del 1999

L'illustrazione della evoluzione normativa della disciplina dei «crediti speciali» non può concludersi senza il richiamo alle innovazioni, apportate dal D.lgs n. 342 del 1999, di modifica al decreto legislativo 1 settembre 1993, n. 385, recante il testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia²⁸. Va rilevato in primo luogo che, nell'ambito di tale provvedimento, è stata disposta una modifica direttamente incidente sulla specifica materia del credito fondiario (si tratta, in particolare, della «riforma» dell'art. 40).

In secondo luogo, inoltre, il decreto ha costituito, per il legislatore, l'occasione per un intervento più generale sulla materia dei crediti speciali, facendo seguito a critiche ed osservazioni formulate in sede dottrinale, sulla base della prima applicazione della nuova disciplina: così, ad esempio, in materia di credito a medio e lungo termine alle imprese. Nel senso di un ulteriore intento di despecializzazione "operativa" è stata innovata anche la materia del credito

²⁷ Si pone su tale linea interpretativa con cautela COSTI, *op. ult. cit.*, 491 ss.

²⁸ Sul tema, diffusamente, COLAVOLPE, nel suo *Commento*, in *Società*, 1999, 1391 ss. Per le critiche alla tecnica redazionale del Testo Unico bancario, si veda, tra gli altri MINERVINI, *op. ult. cit.*, 12.

agrario e peschereccio, mentre la materia del credito agevolato è stata armonizzata con la direttiva comunitaria in materia di appalti pubblici di servizi.

Anche la materia del credito su pegno non è stata immune dall'intervento del legislatore: eliminando, da un canto, la necessità del «nulla osta» della Banca d'Italia, e, dall'altro, anche la necessità della licenza del questore (prevista, invece, essenzialmente per motivazioni involgenti l'ordine pubblico).

Così inquadrata la disciplina delle "particolari operazioni di credito" ci si intratterrà ora, quindi, sulle operazioni di credito fondiario.

Sezione II – Le operazioni di credito fondiario

7. Aspetti generali

Ha scritto Renzo Costi che non si può comprendere appieno la disciplina delle nuove operazioni di credito se non si tiene conto della storia dei singoli tipi di credito. Il suggerimento appare particolarmente efficace per la «storia» del credito fondiario, che rappresenta, inoltre, uno dei primi esperimenti di credito speciale. Certamente l'analisi dei molteplici tentativi di fornire una interpretazione unitaria della evoluzione normativa delle operazioni di credito fondiario evidenzia all'interprete la marcata tendenza a ricercare le fonti e le radici di tale operazione creditizia in epoca assai risalente²⁹; anzi, talora la dottrina ha mostrato di considerare il credito fondiario come la più antica operazione creditizia³⁰.

Tali affermazioni possono essere accolte se riferite a particolari «conformazioni» o modi di atteggiarsi dell'operazione con riguardo soprattutto ai meccanismi contrattuali inerenti, poiché, evidentemente, appare oltremodo difficoltoso individuare una linea evolutiva che, senza soluzione alcuna di continuità, sia capace di condurre dai «primi esperimenti» dell'operazione³¹ sino

²⁹ Cfr. per tutti, MOGLIE, *Credito fondiario ed edilizio*, Milano, 1989, 3 ss.

³⁰ Cfr. TONDO, *I crediti speciali*, in *Enc. Banca e Borsa*, III, Roma-Milano, 1994, 609; MOGLIE, *op. cit.*, 1989, 3.

³¹ Individuati soprattutto in Germania ed in Francia, ma da taluno anche in Italia: FALASCHI, *Credito edilizio*, in *Nuovo dig. it.*, Torino, 1935; PETRAGLIA (a cura di), *La nuova disciplina del credito fondiario*, Roma, 1997, 13.

alla attuale sistemazione normativa risultante dalle norme di cui agli articoli 38 e seguenti del D.lgs n. 385 del 1993.

Ciò che si può legittimamente tentare in questa sede, quindi, è soltanto una ricostruzione della parte «certa» di quel percorso evolutivo, che prende le mosse da epoche più recenti, ma capace di dare conto delle modifiche nel tempo apportate alla struttura tecnica e normativa dell'operazione di credito fondiario.

A tale riguardo, peraltro, occorre premettere che anche con riguardo al credito fondiario – così come per tutti gli altri «crediti speciali» – l'interesse della dottrina è stato riservato significativamente al tentativo di individuare i tratti differenzianti l'operazione rispetto a quelle correntemente in uso nel comparto del c.d. «credito ordinario».

Già la dottrina degli anni '30³² tendeva a rimarcare la specialità della legislazione sul credito fondiario, evidenziandone le peculiari tecniche di erogazione e altrettanto specifiche tipologie contrattuali, che, per la rilevanza dello scopo del prestito (almeno per quanto riguarda il credito edilizio come «sottotipo» del credito fondiario), presentavano elementi di difformità rispetto alla prassi adottata dalle (allora) aziende di credito.

Le peculiarità del credito fondiario, in particolare, venivano ravvisate – come si avrà tra poco modo di evidenziare – oltre che nelle limitazioni poste dalla legge (art. 1 del T. U. del 1905) all'esercizio di tale forma di credito (solo enti abilitati dalla legge, o sezioni di istituzioni creditizie sottoposte a vigilanza governativa), nei mezzi con cui si operava la raccolta dei capitali (le cartelle fondiarie, al tempo stesso strumento di attuazione del prestito, con la consegna al mutuatario); nel collegamento economico e giuridico tra operazioni attive e passive; nel rafforzamento del credito attraverso mezzi di esecuzione forzata più rigorosi.

Si è posto, poi, con altrettanta frequenza, il problema, più volte ripreso in seguito dalla dottrina e dalla giurisprudenza (e sempre differentemente risolto), della riconduzione degli schemi contrattuali delineati dalle leggi speciali ai tipi già

³² Significativo il contributo del GRECO, *Le operazioni bancarie*, Padova, 1931.

disciplinati dai codici.

Come si è già accennato e come si vedrà poi più ampiamente, l'individuazione di tali peculiarità ha storicamente trovato il suo riflesso anche in una particolare specializzazione degli istituti finanziatori: in particolare, per quanto riguarda gli «istituti di credito immobiliare» (che si distinguevano per ciò stesso dagli «istituti di credito commerciale»), agli stessi veniva assegnata la funzione di agevolare il conseguimento del credito ai proprietari, allo scopo di consentire – come si esprimeva il Greco – l'acquisto, la conservazione, la costruzione o la trasformazione degli immobili³³. Ciò, evidentemente, importava la previsione di enti opportunamente destinati a compiere operazioni passive adeguate a tali finalità, nonché alla maggiore durata che le corrispondenti operazioni attive esigevano. Emergeva, dunque, con particolare evidenza, lo stretto legame tra specializzazione dell'ente erogatore e destinazione specifica del finanziamento.

D'altra parte occorre rimarcare come la rilevanza giuridica dello scopo si poneva esclusivamente – nell'ambito delle operazioni «fondiarie» – per le operazioni di credito edilizio; mentre altrettanto non poteva dirsi con riguardo alle operazioni di credito fondiario «puro»: il fenomeno si presentava soltanto con riguardo a qualche particolare forma di credito fondiario, come la concessione di mutui destinati al miglioramento di fondi rustici, previsti dal d. m. n. 472 del 1910, che condizionava l'erogazione delle somme al piano dei lavori da eseguire e all'obbligo del mutuatario di compierli entro un certo periodo dalla data di stipulazione del contratto, con divieto di sospenderli senza giustificazione e di distrarre la somma dagli scopi.

Cionondimeno, l'esclusione di una rilevanza dello scopo per le operazioni di credito fondiario ("puro") nulla toglie alla «finalizzazione» (intesa in senso lato) delle operazioni di mobilitazione della proprietà immobiliare: caratteristica che apparirà evidente da un esame sintetico delle principali linee evolutive della normativa regolante le operazioni in parola.

³³*Op. cit.*, 134.

8. Le origini della legislazione italiana in tema di credito fondiario. Il Testo Unico n. 646 del 1905

In questa prospettiva il primo punto di riferimento che si pone all'interprete è da individuarsi senz'altro nella legge italiana n. 2983 del 14 giugno 1866, «precedente» della prima sistemazione organica della materia, attuata con il Testo Unico delle leggi sul credito fondiario approvato con r.d. 16 luglio 1905, n. 646 (e relativo regolamento n. 472 del 1910).

Già nell'analisi di tali provvedimenti, infatti, è possibile rinvenire un motivo ricorrente, inerente la «finalizzazione» dell'operazione: quello, cioè, di essere operazione destinata a consentire la cosiddetta «mobilizzazione» della proprietà immobiliare; consentire, cioè, l'accesso al credito a soggetti che vedevano nella proprietà dell'immobile (o del fondo) l'unica fonte di ricchezza; la rata di ammortamento del finanziamento veniva infatti ad essere ragguagliata con il reddito prodotto dall'immobile (dovendo anzi essere inferiore a quest'ultimo, ai sensi dell'art. 6 del r.d. n. 472 del 1910). Era perciò consequenziale che la capacità dell'immobile a supportare un'operazione fondiaria risultasse condizionata dalla circostanza che lo stesso immobile fosse «in reddito».

Le operazioni, previste dal Testo Unico del 1905, venivano «canalizzate» attraverso specifiche tipologie contrattuali, quali essenzialmente:

a) mutui assistiti da garanzia ipotecaria acquisita su immobili, erogati per una somma non superiore alla metà del loro valore;

b) contratti di anticipazione, veicolati da aperture di credito in conto corrente, pure garantite da ipoteca, e sempre con garanzia acquisita su immobili, fino ad un importo massimo non superiore alla metà del loro valore.

Da rimarcare, al riguardo, come i mutui fondiari previsti nella originaria formulazione del Testo Unico del 1905 non fossero assimilabili agli ordinari contratti di mutuo, così come poi disciplinati dal successivo codice civile del 1942, per la circostanza che l'oggetto del mutuo non era una somma di denaro o una data quantità di cose fungibili, ma titoli di credito, ossia le cartelle fondiarie, mentre

oggetto della obbligazione di restituzione da parte del mutuatario restava la consegna di somme di denaro secondo la scansione temporale delle rate di ammortamento del mutuo.

Tale peculiarità, invece, non riguardava le operazioni poste in essere nella forma di apertura di credito in conto corrente, stante la «consensualità» e non «realità» del contratto.

La «liquidazione» delle cartelle fondiari doveva quindi necessariamente intervenire a mezzo di un ulteriore negozio, di borsa (in relazione alla cui esecuzione l'istituto lucrava una propria commissione), attraverso il quale il mutuatario provvedeva ad alienare le cartelle stesse all'istituto mutuante³⁴.

A margine di tali considerazioni, inerenti la forma tecnica del mutuo, giova pure rimarcare come la stessa attribuzione a tale negozio del carattere della realtà si mostri di per sé stessa «imprecisa»: e ciò per la ragione che la conclusione del contratto veniva articolata in due fasi: la prima, caratterizzata dalla conclusione di un negozio avente carattere «preliminare» (e, pertanto, consensuale), denominato tecnicamente «contratto condizionato»; la seconda, caratterizzata, invece, dalla erogazione delle cartelle, e, dunque, dalla realtà, denominata «contratto definitivo». L'evoluzione normativa sarà molto più tardi (con la legge n. 39 del 1962) contraddistinta dall'abbandono del vincolo all'emissione delle cartelle soltanto all'atto del contratto definitivo, liberalizzando, così, l'emissione di tali particolari titoli di credito al momento della stipula del contratto preliminare («condizionato»).

Nella operatività pratica, alla stipulazione del contratto condizionato si perveniva «non appena tratta la certezza della convenienza» dell'operazione dall'istruttoria sulla provenienza, quindi sulla legittimità, del titolo di proprietà del richiedente sul fondo offerto in garanzia³⁵. Dal contratto condizionato, in quanto

³⁴ Operazione che comportava, tra l'altro, la traslazione al mutuatario del rischio inerente il collocamento della cartella sul mercato: GIANNINI, *Dal credito fondiario al credito immobiliare*, relazione al seminario *Il credito speciale nella despecializzazione bancaria. Problematiche istruttorie*, 9-11 ottobre 1996, 3.

³⁵ MOGLIE, *Op. cit.*, 365.

contratto con effetti obbligatori, sorgevano distinte obbligazioni facenti capo all'istituto ed al soggetto finanziato.

In particolare, l'istituto assumeva l'impegno ad erogare il mutuo al verificarsi delle condizioni richieste nel contratto preliminare³⁶: al riguardo perplessità, in ordine 'al verificarsi di con-dizioni «meramente potestative», potevano nutrirsi con riguardo alle specifiche clausole che rimettevano comunque alla valutazione dell'istituto mutuante l'opportunità di addivenire alla erogazione³⁷.

Non sono peraltro mancati tentativi di riconsiderare unitariamente i «due tempi» dell'operazione di credito fondiario, volte a ricomprendere il contratto «condizionato» ed il contratto «definitivo» all'interno di un unico schema negoziale, e, più precisamente, ad individuare nei due contratti «due fasi di un medesimo negozio giuridico»³⁸.

Ma occorre ora porre in risalto il collegamento, storicamente risalente, tra le capacità operative del soggetto erogatore e le specifiche tecniche dell'operazione.

Si è anticipato come il credito fondiario si mostri fin dalle origini legato ad una specializzazione soggettiva dei soggetti erogatori: l'esercizio di tale operazione, infatti, era consentito esclusivamente a taluni istituti specializzati, la cui raccolta si realizzava attraverso la emissione di particolari titoli di credito, le «cartelle fondiarie».

Più in particolare, il meccanismo tecnico della operazione di credito fondiario veniva a fondarsi sulla strettissima correlazione tra erogazione del credito e effettuazione della raccolta, essendo le singole cartelle emesse in ragione di ciascuna, individuata, operazione di finanziamento.

In specifico, come già anticipato, l'erogazione non avveniva in «denaro», bensì in «cartelle», le quali venivano collocate sul mercato (il più delle volte dallo stesso

³⁶ Di qui il termine «condizionato»; ma occorre ricordare l'autorevole posizione del GRECO, *Le operazioni di banca*, Padova, 1931, 415, secondo cui il contratto condizionato non poteva concepirsi come contratto preliminare, ma esclusivamente come contratto di credito sottoposto a condizione sospensiva.

³⁷ Cfr. MOGLIE, *op. cit.*, 365.

³⁸ In questa prospettiva MOGLIE, *op. cit.*, 366.

istituto mutuante), sì da realizzare, attraverso il controvalore, la correlativa provvista. Dunque, come è stato esattamente osservato «questi istituti operavano non con capitali dei quali erano già in possesso, ma con quelli che acquisivano attraverso l'emissione delle cartelle fondiarie»³⁹.

Il credito incorporato nella cartella era garantito da ipoteca di primo grado, ed in ordine al recupero del credito già nella legislazione risalente venivano assicurati agli istituti finanziatori taluni «privilegi», sia di carattere «sostanziale» che di carattere più prettamente «processuale».

L'istituto finanziatore, infatti, garantiva il portatore della cartella in ordine al pagamento degli interessi, anche nell'ipotesi di mora del soggetto finanziato, e, pertanto, l'apprestamento di strumenti adeguati di tutela in ordine al recupero del credito doveva ritenersi strettamente funzionale al sistema di garanzia «non riscosso per riscosso» che gli istituti riconoscevano ai mutuatari.

In particolare, la peculiare struttura apprestata con riguardo al processo esecutivo per il recupero del credito dell'istituto, evidenziava dei fortissimi margini di deroga rispetto alla disciplina dell'ordinario procedimento esecutivo, il più significativo dei quali doveva ravvisarsi nella previsione contenuta nell'art. 42 del Testo Unico, ove si ribadiva che le disposizioni normative in tema di credito fondiario avrebbero trovato applicazione anche in ipotesi di fallimento del soggetto finanziato, così consentendo – per unanime interpretazione giurisprudenziale – l'inizio e la continuazione della procedura esecutiva immobiliare individuale anche in costanza della procedura fallimentare.

La particolare conformazione dell'operazione, se riesce a dare conto delle motivazioni tecniche di tali peculiari «privilegi di procedura», spiega anche la sussistenza di privilegi che, pur indubbiamente rilevanti anche a livello procedurale (e, segnatamente, nella procedura fallimentare) si caratterizzavano per il loro aspetto «sostanziale»: così la esenzione dall'esercizio della revocatoria in ordine alla garanzia ipotecaria (solo che fossero trascorsi dieci giorni dalla

³⁹ Cfr. BOZZA, *Il credito fondiario nel nuovo TU. bancario*, Padova, 1999, 37.

relativa iscrizione) e ai pagamenti effettuati a fronte del finanziamento ottenuto.

9. Il «credito edilizio»

Di particolare significatività, ai fini della individuazione, nell'ambito della evoluzione storica del credito fondiario, dei temi fondamentali che oggi connotano la relativa disciplina, si pone pure il ripercorrere le tappe fondamentali di un'altra forma di «credito speciale», sostanzialmente «gemmata» dall'impianto originario del credito fondiario. Il riferimento è, ovviamente, alla disciplina del credito «edilizio», che nasce in un rapporto di stretta simmetria con la disciplina generale del credito fondiario.

La necessità di apprestare idonei strumenti di finanziamento all'edilizia (quali quelli destinati alla costruzione, ricostruzione, riparazione, sopraelevazione di abitazioni), e, nel contempo, la constatazione della impossibilità di sfruttare all'uopo lo strumento del credito fondiario – essendo quest'ultimo legato al presupposto imprescindibile che l'immobile fosse «in reddito» – resero improcrastinabile la emanazione di una disciplina positiva *ad hoc* che, senza rinunciare – come anticipato – ai meccanismi legali caratterizzanti il credito fondiario, fosse in grado peraltro di adattarsi anche alle diverse esigenze della edilizia.

Anche con riguardo al credito edilizio occorre subito precisare che alla «specialità» della operazione creditizia è risultata corrispondente una specialità degli enti erogatori: data agli anni venti l'apprestamento di una disciplina approfondita degli enti speciali erogatori e della stessa operazione edilizia; così la sezione speciale per l'esercizio del credito edilizio istituita con r.d. n. 2318 del 1919 nell'ambito dell'Istituto Nazionale del Credito per la Cooperazione (poi Banca Nazionale del Lavoro) e l'Istituto di Credito Edilizio, istituito con l. n. 473 del 1925.

Anche il meccanismo di erogazione del credito edilizio prevedeva l'emissione di cartelle (questa volta «edilizie»), il cui trattamento giuridico poteva considerarsi in tutto equiparato a quello riconosciuto alle cartelle fondiarie. Soltanto con la legge n. 474 del 1949 si ammise (per rendere compatibile l'operazione con le erogazioni

del finanziamento a stati di avanzamento dei lavori) che la stessa potesse avere a perfezionarsi anche attraverso l'erogazione di denaro, mentre le cartelle sarebbero state emesse al termine delle erogazioni, e, quindi, collocate sul mercato: liquidate le cartelle, gli istituti avrebbero recuperato il danaro anticipato nei vari stati di avanzamento lavori.

Tuttavia credito fondiario e credito edilizio, così simili sotto il profilo della disciplina, differivano a livello «ontologico» per una fondamentale diversità di natura: l'uno – il credito fondiario – era caratterizzato dalla irrilevanza dell'impiego (*rectius*: della destinazione) delle somme mutate; l'altro – il credito edilizio – era invece caratterizzato dall'obbligo legale e contrattuale di destinazione delle somme mutate, inscrivendosi, così, nella ampia categoria del mutuo di scopo e, più particolarmente, nell'ambito dei mutui di scopo «legale», inteso quale "contratto che intercorre tra un organismo creditizio (che per legge o per autorizzazione amministrativa ha competenza in un determinato segmento dell'attività creditizia) e un soggetto, beneficiario (che rivesta determinati requisiti richiesti dalle leggi), e prevede la predisposizione di un vincolo all'utilizzazione delle disponibilità finanziarie concesse (realizzato con l'inserimento della clausola di destinazione o di «reimpiego») sulla base di espresse disposizioni legislative"⁴⁰.

A tale riguardo occorre ribadire che la disciplina del credito edilizio, così come, in generale, quella di tutti i crediti speciali «di destinazione» appare predisposta dal legislatore in base alla considerazione della particolare rilevanza pubblica del settore e alla opportunità di promuoverne lo sviluppo. Anche nella disciplina del credito edilizio, infatti, si possono cogliere particolari benefici, sia per i soggetti eroganti che per i beneficiari: la previsione di uno stretto legame tra la concessione del credito e l'acquisto o la costruzione di edifici ha storicamente risposto alla volontà di riservare specifici flussi finanziari al settore edilizio, che si è inteso, quindi, promuovere, e quindi ad una esigenza di certezza nella attuazione degli scopi del contratto.

⁴⁰ Cfr. RISPOLI FARINA, *Il mutuo di scopo*, cit., 1985, *passim*.

Significativamente, la particolare conformazione del finanziamento sotto il profilo della destinazione delle somme finanziate, si ripercuoteva sulle caratteristiche della forma tecnica adottata: l'art. 5 del r.d. n. 628 del 1920 prevedeva, infatti, che a supporto dell'operazione creditizia venisse concessa un'apertura di credito, destinata poi a ripianarsi, a costruzione effettuata, mediante la erogazione di un mutuo, ammortizzabile secondo la periodicità convenuta.

I profili di specialità soggettiva dell'operazione vennero soltanto attenuati nel 1949, quando si consentì, con la legge n. 474, anche agli istituti di credito fondiario di porre in essere operazioni di credito edilizio.

Le esigenze allora prese in considerazione erano quelle della ricostruzione, a seguito degli eventi bellici da poco conclusisi: per questo motivo, nel tentativo di «agevolare» il compimento di quelle operazioni, si precisò che i mutui edilizi potevano essere concessi fino ad un importo non superiore al 50 per cento del valore dell'immobile così come avrebbe potuto valutarsi a costruzione ultimata: la garanzia ipotecaria veniva peraltro iscritta al momento della concessione del mutuo, sicché, operando il principio di accessione, il valore della garanzia avrebbe subito un progressivo incremento, correlativo all'incrementarsi della costruzione finanziata.

10. Il d.p.r. n. 7 del 1976

Un punto di «snodo» di fondamentale importanza dell'evoluzione storica della normativa in tema di credito fondiario è senz'altro rappresentato dal d.p.r. n. 7 del 1976: la norma ha inciso direttamente sulle modalità di provvista degli istituti autorizzati a porre in essere operazioni di credito fondiario, poiché, autorizzando questi ultimi alla provvista anche a mezzo di emissioni obbligazionarie, ha di fatto «scisso» il rigido nesso tra (ciascuna delle) operazioni attive e (ciascuna delle) operazioni passive. Il legislatore italiano optò quindi per il c.d. «sistema francese», in alternativa a quello, avuto a modello fino a quel tempo, c.d. «tedesco»⁴¹.

⁴¹ PETRAGLIA, *op. cit.*, 3, 5.

La «riforma» del 1976 importava – evidentemente – anche particolari conseguenze con riguardo alle modalità contrattuali di erogazione dei finanziamenti: venendo meno la specie delle cartelle, risultava evidente come le erogazioni potessero ormai avvenire direttamente in danaro. Le obbligazioni venivano comunque emesse, ma il «rischio» del collocamento sul mercato delle stesse non veniva più in alcun modo «traslato» sul soggetto finanziato, bensì mantenuto in proprio dall'istituto finanziatore fino al momento del collocamento sul mercato.

Il decreto del 1976 importò anche ulteriori modifiche in tema di tecniche di erogazione delle operazioni di credito edilizio, elevando le «percentuali di finanziabilità» fino al 75 per cento del costo di costruzione, importo che veniva elevato fino al 90% del costo, laddove l'operazione finanziata comportasse opere di ricostruzione, riparazione e trasformazione di immobili già esistenti.

11. La legge n. 175 del 1991

L'ultimo «passo» nella evoluzione del credito fondiario ed edilizio prima del Testo Unico del 1993 (e del precedente decreto n. 481 del 1992) è da ravvisarsi nella legge n. 175 del 1991.

La legge si iscrive, seppur in maniera lata, nel solco della normativa – inaugurata dalla «legge Amato» n. 218 del 1990 e dal relativo decreto legislativo di attuazione n. 356 del 1990 – di «despecializzazione» (seppur ancora a livelli iniziali) nella operatività degli istituti di credito specializzati nelle operazioni in discorso.

Alla luce di tali principi veniva quindi disposta la trasformazione in società per azioni delle sezioni di credito fondiario, e veniva pure riconosciuta agli istituti e le sezioni esercenti il credito fondiario ed edilizio la capacità di porre in essere operazioni di credito alle opere pubbliche nonché tutte le altre operazioni creditizie a medio e lungo termine, e di durata, pertanto, superiore ai diciotto mesi.

Con riguardo, invece, alla regolamentazione delle operazioni di credito fondiario e di credito edilizio, la legge 175 specificava ancora la precisa tipologia

contrattuale ritenuta essenziale per le singole operazioni: i contratti di mutuo (di durata non inferiore ai cinque anni) e di anticipazione (di durata non inferiore ai diciotto mesi), e interveniva nuovamente sulla misura delle «percentuali di finanziabilità», che venivano quindi fissate nel 75 per cento del valore dell'immobile per quanto riguarda le operazioni di credito fondiario e nel 90 per cento del costo di costruzione o di intervento per quanto riguarda le operazioni di credito edilizio.

Veniva inoltre stabilito che le operazioni di credito edilizio avrebbero potuto essere poste in essere non soltanto avendo ad oggetto immobili non di lusso, ma qualunque tipo di immobili; e che il credito alle opere pubbliche potesse essere erogato anche nei confronti dei privati.

La legge introduce, poi, anche una ulteriore forma di «liberalizzazione» per quanto concerne le forme tecniche utilizzate dagli istituti per la raccolta, estendendosi ormai le capacità operative degli istituti stessi a tutte le forme di raccolta a medio e lungo termine⁴². Con riguardo specifico alla raccolta a mezzo di emissione di titoli obbligazionari, occorre sottolineare come proprio nella normativa relativa al credito fondiario ed edilizio inizino ad emergere caratteri dei titoli obbligazionari diversi da quelli indicati dal codice civile, nel senso che buona parte della normativa codicistica in tema di obbligazioni non trova applicazione ai titoli obbligazionari emessi dagli istituti: una scelta, quest'ultima che si dimostrerà capace di influenzare il «testunificatore» del 1993, che proprio in tale «precedente» troverà lo spunto per dettare la disciplina ora contenuta nell'art. 12 T.U.

12. Il decreto legislativo n. 481 del 1992

Già la legge n. 175 del 1991, dunque, aveva reso possibile – subordinatamente, peraltro, a specifica approvazione da parte della Banca d'Italia – a tutte le società per azioni abilitate all'esercizio del credito a medio e lungo termine, di ampliare il

⁴² PETRAGLIA, *op. cit.*, 36.

proprio oggetto sociale, sì da ricomprendere tipologie creditizie diverse da quelle tradizionalmente svolte, contemporaneamente prevedendo la trasformazione in società per azioni delle sezioni di credito fondiario dei principali istituti.

L'assetto compiuto del momento innovativo, peraltro, può cogliersi nel Decreto Legislativo n. 481 del 1992, di recepimento nel nostro ordinamento della seconda direttiva bancaria di coordinamento (n.89/646), che ha introdotto il modello della c.d. «banca universale» ed attuato così i principi della despecializzazione istituzionale, operativa e temporale.

Di questi aspetti⁴³ merita, ai fini della presente indagine, evidenziare quelli «operativi», poiché il Decreto 481 non ha consentito a tutti gli «enti creditizi» l'esercizio, oltre che dell'attività bancaria (intesa, «tradizionalmente», come raccolta del risparmio effettuata congiuntamente alla erogazione del credito), anche delle attività ammesse al c.d. «mutuo riconoscimento», ma ha anche consentito ai medesimi enti creditizi l'esercizio di qualsiasi attività di finanziamento, regolata da «leggi speciali» riguardante «settori, categorie di istituti o singoli istituti di credito» (art. 6, comma 1), subordinatamente, peraltro, ad una specifica previsione degli statuti da approvarsi da parte delle autorità creditizie vuoi in sede di costituzione dell'ente creditizio vuoi in sede di modifica dello statuto stesso.

Si aggiungeva, poi (art. 6, comma 2), che a tali finanziamenti si «applicano integralmente le disposizioni legislative che li disciplinano», ivi ricomprendendosi «le misure fiscali e tariffarie e i privilegi di procedura».

Il decreto 481, quindi, non interveniva sulla «operazione» di credito fondiario: incideva tuttavia sull'assetto della capacità degli enti abilitati a porre in essere quelle operazioni (ormai, potenzialmente, tutti gli «enti creditizi»).

Di conseguenza, come sottolineato anche nella Relazione governativa al decreto, restavano inalterate le condizioni operative concernenti forme tecniche, garanzie, durata e limiti di finanziabilità delle operazioni di credito fondiario; ma

⁴³ Sulle problematiche generali della «despecializzazione», si veda ante, Sez. I.

venivano meno, d'altra parte, le distinzioni tra le varie obbligazioni (fondiarie, agrarie, etc.), proprio perché legate alla specializzazione (ormai eliminata) dell'ente emittente.

13. La attuale disciplina del credito fondiario

13.1. Premessa

Nell'accingersi ad una disamina della disciplina del credito fondiario quale risultante dal Testo Unico Bancario⁴⁴ va rilevato innanzitutto che il legislatore «testunificatore», nel formulare la nuova disciplina, in considerazione dell'obiettivo, più volte richiamato, di razionalizzare la materia dei crediti speciali, ha tenuto conto del dibattito dottrinale che ha accompagnato l'evoluzione della legislazione di tale forma di credito speciale nonché degli *input* della giurisprudenza, che in più casi ha mostrato forti perplessità nei confronti dei consistenti e significativi «privilegi» riconosciuti ai finanziamenti fondiari. Va detto poi che numerose appaiono le modifiche al corpus normativo precedente: esse rappresentano il risultato di un'opera di mediazione tra le spinte riformatrici più radicali, che propugnavano una totale soppressione di tali privilegi, quelle che invece sostenevano l'applicazione del particolare e più favorevole regime a tutti i finanziamenti assistiti da garanzia immobiliare, e quelle, ancora, che proponevano dei meri «aggiustamenti» salvaguardando il «cuore» della disciplina. Si tenga conto, inoltre che – come si evidenzierà nel prosieguo – la stessa disciplina del Testo Unico è andata incontro ad una serie di progressivi interventi di adeguamento, quando non addirittura di (forse discutibile) implementazione: quest'ultimo, per esempio, è il caso della introduzione del nuovo art. 40-bis (relativo alla «cancellazione delle ipoteche»), introdotto dal D.lgs n. 141 del 2011.

⁴⁴ Tra i commenti più recenti si segnalano: BOATTO, *Commento sub artt. 38-41*, in COSTA (a cura di), *Commento al Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, I, Torino, 343, 412; SEPE, *Commento sub artt. 38-41*, in CAPRIGLIONE (diretto da), *Commentario al Testo Unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, I, Padova, 2012, 429-501; FALCONE, *Commento sub artt. 38-41*, in PORZIO – BELLI – LOSAPPIO – RISPOLI FARINA – SANTORO (a cura di), *Testo Unico Bancario*, Milano, 2010, 365-415.

Fin dai primi commenti⁴⁵ le norme poste dagli artt. 38–41 del T.U. sono state, pertanto, lette in chiave di maggiore o minore favore per le banche, da un lato; e del «soggetto finanziato» (così la Relazione illustrativa) dall'altro. L'approccio appare condivisibile, alla luce delle istanze riformatrici e del recepimento delle istanze critiche formulate sulla base della previgente disciplina, tuttavia può, sin da ora, anticiparsi che, ad un vaglio più approfondito, non tutte le nuove disposizioni possono essere meccanicamente inserite nell'uno o nell'altro gruppo, poiché alcune di esse rispondono a una mera istanza di semplificazione di procedure complesse, e decisamente datate all'epoca della riforma, e possono ripercuotersi positivamente sia nei confronti della banca che del beneficiario del credito. Vi è da dire, inoltre, che non tutte le innovazioni appaiono inserite in un quadro complessivo e coerente, quasi sia mancato a monte un vero progetto di riforma, lasciando così impregiudicate molte questioni. La nuova disciplina del credito fondiario, del resto, come molte altre norme del Testo unico, aveva assunto così, all'atto della sua emanazione, un carattere «sperimentale», che necessariamente doveva comportare un periodo di «consolidamento»⁴⁶, come veniva confermato dall'intenso interesse che essa ha suscitato, sia sul piano teorico che applicativo, sia da parte delle Autorità di vigilanza – che hanno ritoccato alcune disposizioni emanate in via amministrativa già subito dopo l'emanazione del D.lgs n. 385 del 1993 – sia ancora da parte dello stesso legislatore che è intervenuto in più occasioni a modificare la materia⁴⁷: segnatamente con il D.lgs n. 342 del 1999 (che ha sostituito il primo comma dell'art. 40) e con il D.lgs n. 141 del 2010 (che, come anticipato, ha introdotto il

⁴⁵ Si veda in particolare PETRAGLIA (a cura di), *La nuova disciplina del credito fondiario*, Roma, 1997, con i contributi di Patria, Citoni, Castaldi, Laurini, Locatelli, Carbone. In particolare, LAURINI (*Note sui contratti di credito fondiario*, ivi, 221), individua negli artt. 39, commi 1,2,3, e 4, e 41, commi 1,2,3,4, un gruppo di norme contenente la disciplina di favore per la banca; gli artt. 39, commi 5,6 e 7 e 40, commi 1 e 2 del Testo Unico, conterrebbero, invece, disposizioni volte a rafforzare la posizione del debitore.

⁴⁶ Per IRTI, *L'età della decodificazione*, Milano 1979, spesso le leggi attuali hanno carattere «sperimentale» e richiedono necessariamente «un periodo di consolidazione».

⁴⁷ Profeticamente, MINERVINI, *Il vino vecchio negli otri nuovi*, in RISPOLI FARINA (a cura di), *La nuova legge*, cit, 12, paventava il pericolo che il Testo unico bancario, redatto con notevole ed encomiabile rapidità, ma in un «periodo di transizione» potesse essere presto oggetto di modifiche.

nuovo art. 40-bis), ma anche con il D.lgs n. 122 del 2005, che ha introdotto alcune importanti disposizioni in materia di frazionamento. È augurabile, tuttavia, che il costante perdurare delle sollecitazioni critiche nei confronti della normativa in esame, non conduca a troppe ed ulteriori proposte di aggiustamento, così che si possa, finalmente, pervenire ad un certo «consolidamento» della disciplina.

Vale ricordare ancora oggi il monito di Oppo⁴⁸: «(...) le operazioni di credito fondiario e gli interessi, anche di ordine generale che, per convincimento unanime, vi si collegano, possono realizzarsi secondo l'intento legislativo solo se quelle operazioni sono garantite nelle realtà concreta del meccanismo prefigurato dalla legge, senza mutilarle della garanzia in una o nell'altra vicenda e in una o altra delle componenti che la legge stessa ha ritenuto congrue al raggiungimento del fine».

13.2. La nozione di credito fondiario

Prendendo le mosse dalla prima norma contenuta nella Sezione I (Credito fondiario e alle opere pubbliche), del capo VI del Testo Unico, può rilevarsi innanzitutto la volontà del legislatore di rompere il legame con la disciplina precedente, dando una definizione dell'operazione di credito fondiario che, come rileva la Relazione illustrativa, sostituisca (...) «il riferimento ai mutui e alle anticipazioni, con quello più generale a finanziamenti a medio e lungo termine conservando, quale garanzia delle operazioni, l'ipoteca di primo grado su immobili»⁴⁹.

L'individuazione della nozione di credito fondiario viene, quindi, compiuta, attraverso il ricorso alla nozione di «finanziamento», adottando la stessa tecnica

⁴⁸ Formulato, tuttavia, in un contesto legislativo profondamente diverso, *Il privilegio del credito fondiario, oggi*, in *Rivista di diritto civile*, 1983, II, 424

⁴⁹ Recita l'art. 38: "1. Il credito fondiario ha per oggetto la concessione, da parte di banche, di finanziamenti a medio e lungo termine garantiti da ipoteca di primo grado su immobili".

2. La Banca d'Italia, in conformità delle deliberazioni del CICR, determina l'ammontare massimo dei finanziamenti, individuandolo in rapporto al valore dei beni ipotecati o al costo delle opere da eseguire sugli stessi, nonché le ipotesi in cui la presenza di precedenti iscrizioni ipotecarie non impedisce la concessione dei finanziamenti».

utilizzata per la definizione normativa delle altre «particolari operazioni di credito» (con l'eccezione del credito su pegno, nella cui disciplina tale termine non viene utilizzato).

Nella prospettiva del credito fondiario, peraltro, detta nozione, oltre a connotarsi in ragione della durata (medio–lungo termine) e dall'oggetto e dal grado della garanzia (garanzia ipotecaria di primo grado su immobili), si specifica per la circostanza dell'essere, quello fondiario, un credito concedibile unicamente da «banche».

Il ricorso alla nozione di «finanziamento»⁵⁰ viene per lo più ricondotto alla opportunità di prescindere dal riferimento a specifiche tecniche contrattuali, per accedere ad una visione ampia, tale da ricomprendere tutte quelle tipologie negoziali nelle quali ricorra una «causa di finanziamento», per lo più argomentando dal riferimento, che compare nella rubrica del Capo VI del Testo Unico, al concetto di «operazione»⁵¹; la formula adottata, quindi, sembra prescindere dal concetto di «finanziamento», quale categoria «socio–giurisprudenziale»⁵², intorno alla quale si è sviluppato il dibattito sul c.d. «mutuo di scopo»⁵³, per preferire una nozione atecnica, fatta propria anche dall'Organo di

⁵⁰ Per un'analitica disamina del concetto di «finanziamento» quale utilizzato negli articoli 38 e seguenti del Testo Unico si veda FALCONE, *Riflessioni sulla nozione di «finanziamento» negli artt. 38 segg. del decreto legislativo n. 385 del 1993: il credito fondiario come contratto*, in *Dir. fall.*, 1999, I, 659 ss.

⁵¹ In sostanza concordi BONFATTI, *La disciplina dei crediti speciali nel «testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia»*, in *Giur. comm.*, 1994, I, p 1010–1054; PATRONI GRIFFI, *La nuova disciplina del credito fondiario: requisiti e caratteristiche dell'operazione*, in *Riv. dir. impresa*, 1996, 253; PETRAGLIA, *Il credito fondiario dopo il Testo Unico: profili giuridici, modalità operative e di recupero crediti* in PETRAGLIA (a cura di), *La nuova disciplina del credito fondiario*, Roma, 1997, 33 ss.; PRESTI, *Le particolari operazioni di credito*, in MORERA - NUZZO (a cura di), *La nuova disciplina dell'impresa bancaria*, II, 87–115; SEPE, *Commento sub art. 38, cit.*, 434 (il quale, peraltro, esclude che all'interno della nozione di «finanziamento» possano ricomprendersi anche «quegli strumenti negoziali che, pure assolvendo a una funzione finanziaria, tuttavia non «smobilizzano» cespiti immobiliari attraverso l'acquisizione di una garanzia ipotecaria»); TARDIVO, *Il credito fondiario nella nuova legge bancaria*, Milano, 2006.

⁵² Sul punto ci si permette di rinviare a RISPOLI FARINA, *Mutuo di scopo: identificazione delle fattispecie, innovazioni legislative e prospettive concorsuali*, in BONFATTI - FALCONE (a cura di), *Procedure concorsuali e problemi della prassi*, Milano, 1997, 3 ss.

⁵³ Per la quale si veda RISPOLI FARINA, voce *Mutuo di scopo*, in *Digesto disc. priv.*, Sez. civ., XI, Torino, 1994, 574 ss. Del termine «finanziamento» sono state date varie accezioni: per alcuni il finanziamento è stato identificato con un contratto con cui un soggetto concede credito ad un altro in considerazione dell'attività che questi svolge, contratto riconducibile ad un contratto tipico

Vigilanza⁵⁴. Al legislatore pare interessare, quindi, il risultato economico dell'operazione: la concessione delle disponibilità finanziarie, lasciando impregiudicate le modalità tecniche con cui tale risultato viene realizzato⁵⁵. Del resto, del fatto che il credito fondiario non sia un credito di scopo non si è mai dubitato (se mai, il problema si è posto – e si pone – relativamente alla categoria del credito edilizio)⁵⁶.

La significatività del ricorso alla nozione di finanziamento può cogliersi anche nella circostanza che, ancora nella legge n. 175 del 1991, il legislatore risolveva «positivamente» il problema delle cc.dd. «forme tecniche» compatibili con l'operazione di credito fondiario, individuandole in quelle del «mutuo» e della «anticipazione» (quest'ultima da intendersi quale figura negoziale distinta da quella di cui all'art. 1846 c.c. e «tipicizzata» per effetto della stessa previsione

(mutuo, apertura di credito) o innominato. Per altri (Fragali) poteva parlarsi di un *genus* «negozi di finanziamento», in cui rientravano i contratti volti a procurare, per un tempo determinato, mezzi economici la cui utilizzazione è vincolata per una finalità convenzionale e in cui la clausola di destinazione non determina variazione dai tipi codicistici, *genus* in cui rientrerebbe il mutuo di scopo. Per altri ancora (Zimatore), dalla indagine sulla legislazione sui crediti speciali e in particolar modo agevolati, emerge un tipo contrattuale autonomo, il mutuo di scopo, i cui tratti, distintivi dal mutuo codicistico (consensualità, rilevanza causale dell'obbligo di destinazione, corrispettività) sono desumibili dalla stessa legislazione speciale. Su questa linea interpretativa su è posto un orientamento giurisprudenziale (Cassazione n. 3572 del 1981) che è risultato poi costante, pur non essendo numerose le pronunzie sul punto. Ancora, (Allegri) si è posto in dubbio la possibilità di configurare, sulla base della legislazione speciale, un tipo autonomo, il mutuo di scopo, contraddistinto, tra l'altro dalla consensualità, ravvisandosi piuttosto una tipizzazione di fatto della figura, come emerge dalla prassi contrattuale adottata dagli istituti di credito per concedere i «finanziamenti» previsti dalle leggi. La tipizzazione per altri autori (Rispoli Farina, cit.) investirebbe, sulla base della legislazione speciale, solo la clausola di destinazione, che influisce sulla causa del contratto, ma non può dare luogo ad una forma contrattuale nuova. Va sottolineato un orientamento giurisprudenziale ricorrente (per tutti Cassazione civ, sez. I, 21 luglio 1998, in *Giust. civ. Mass.*, 1998, 1560) che identifica mutuo di scopo e contratto di finanziamento: «il cd. contratto di finanziamento (o mutuo di scopo legale o convenzionale) è una fattispecie negoziale consensuale, onerosa e atipica che (al pari dell'apertura di credito) assolve essenzialmente funzione creditizia».

⁵⁴ «La nuova formula consente quindi il ricorso a nuovi strumenti contrattuali e modalità tecniche in precedenza non utilizzabili per le operazioni fondiarie», BANCA D'ITALIA, *Chiarimenti sul Testo Unico*, febbraio 1994, Bollettino di vigilanza, n. 2, febbraio 1994.

⁵⁵ Del resto la dottrina pubblicistica, si veda soprattutto ANNESI, Voce *Finanziamento pubblico*, in *Enc. dir.*, XVII, Milano, 1968, nel dare contenuto all'espressione «finanziamento» mette in luce il profilo dell'obbligo di restituzione che segue alla concessione di disponibilità finanziarie, in cui si estrinseca il «finanziamento» stesso. Non assume come dato necessario, invece, l'obbligo di destinazione delle somme ricevute.

⁵⁶ Sul punto, recentemente, Cass. Civ., 12 settembre 2014, n. 19282, in www.dirittobancario.it.

normativa)⁵⁷.

Si pone il problema di verificare se, dalla nuova disciplina, emergano elementi che consentano di rinvenire profili di «tipicità» nel contratto di finanziamento fondiario. Il quesito non è di semplice soluzione, poiché la necessaria presenza di taluni elementi caratterizzanti l'operazione (durata, garanzia, rapporti di finanziabilità), si accompagna allo spazio concesso all'autonomia negoziale per completare quel nucleo essenziale con le determinazioni liberamente assunte dai contraenti (non ultime quelle inerenti alla scelta del tipo contrattuale utilizzabile). Pertanto si può avanzare l'ipotesi che la tipizzazione, per lo meno nell'ambito del Testo Unico, verta solo sugli elementi richiesti dalla legge, pur non potendosi escludere, con la pratica attuazione della disciplina, e con la ricorrente utilizzazione di uno o più schemi contrattuali, una qualche forma di tipizzazione almeno sociale del contratto.

13.3. I profili «soggettivi» delle operazioni di credito fondiario: la «riserva» a favore delle banche; profili di costituzionalità della disciplina e ricostruzione dell'operazione in senso oggettivo (il «rapporto qualificato» tra il credito e la cosa)

Sotto il profilo della limitazione alle sole banche della capacità di porre in essere operazioni di credito fondiario, il perdurare di un elemento di «specializzazione soggettiva» – per quanto improprio – conduce a ritenere, a tutt'oggi, il credito fondiario come la particolare operazione di credito che più delle altre disciplinate dal Testo Unico conservi innegabili profili di "specialità"⁵⁸. L'analisi del profilo soggettivo delle operazioni di credito fondiario impone la ricerca di un elemento che consenta di dare conto della disciplina particolare dettata per le operazioni della specie, variamente individuato in relazione alla progressiva evoluzione della normativa in materia: venute meno, peraltro, giustificazioni fondate sulla natura pubblicistica dell'istituto finanziatore (ormai tramontate alla luce del principio di

⁵⁷ TARDIVO, *Il credito fondiario nella nuova legge bancaria*, cit.

⁵⁸ RADICE, *La proposta di direttiva sul credito fondiario dopo la seconda direttiva comunitaria*, in CESARINI-SCOTTI CAMUZZI, *Le direttive della CEE in materia bancaria*, Milano, 1991, 233

«despecializzazione istituzionale» introdotto a partire dal D.lgs n. 481 del 1992) ovvero sulla necessità di apprestare una specifica protezione in capo ai portatori delle cartelle fondiariae (giustificazione, quest'ultima, eclissatisi parallelamente alla erosione del principio della necessaria e specifica correlazione tra singola operazione di finanziamento e singola operazione di provvista, già operata con il D.lgs n. 7 del 1976).

I tentativi di dare conto della perdurante specialità della operazione di credito fondiario fondati su criteri soggettivi (per lo più incentrati sulla rilevanza della riserva alle banche delle operazioni in esame) non sembrano essere del tutto soddisfacenti: tanto può dirsi per la spiegazione che si fonda su di una asserita «maggiore solvibilità» delle banche rispetto agli altri intermediari finanziari⁵⁹; ma neppure la ricostruzione fondata sul principio della tutela costituzionale del risparmio di cui all'art. 47 della Costituzione (a termini della quale le banche si gioverebbero del particolare regime in ragione della riserva in loro favore della raccolta del risparmio), appare tenere nel debito conto la circostanza, ampiamente acclarata dalla dottrina, che il rapporto tra banche e intermediari finanziari disciplinati dal Testo Unico bancario non si pone più nei termini di una distinzione qualitativa, quanto piuttosto in quelli – meramente quantitativi – di una maggiore o minore intensità della soggezione alla Vigilanza: e questo ancor più a seguito della riforma della disciplina degli “intermediari del titolo V” introdotta dal D.lgs n. 141 del 2010, che ha unificato gli intermediari finanziari non bancari sotto il profilo della sottoposizione alla vigilanza della Banca d'Italia, e alla autorizzazione, da parte di quest'ultima della relativa attività, assimilando ancor più, pertanto, la posizione degli intermediari a quella delle banche⁶⁰.

L'assenza di un immediato aggancio a peculiari caratteristiche oggettive o soggettive dell'operazione di credito fondiario ha fatto dubitare della legittimità costituzionale della disciplina così apprestata, soprattutto sotto il profilo di

⁵⁹ ORIANI, *L'espropriazione singolare per credito fondiario*, in *Corr. giur.*, 1995, 370 ss.

⁶⁰ L'argomento è ampiamente sviluppato in FALCONE, *Protezione del credito bancario e “particolari operazioni di credito”*, Napoli, 2012, 257 ss.

potenziale contrasto con l'art. 3 della Costituzione⁶¹, nonché sotto quello, distinto, del diverso trattamento riservato agli altri creditori bancari a medio e lungo termine (riguardo sia alle norme di agevolazione sostanziale che a quelle di agevolazione processuale). Sulla scorta di tali argomentazioni, all'indomani della emanazione del D.lgs n. 481 del 1992 e ancor prima che il Testo Unico venisse alla luce, autorevole dottrina aveva segnalato l'impossibilità di escludere l'applicabilità dei «privilegi» riservati alle operazioni di credito fondiario (quali, segnatamente, l'esenzione dall'esercizio dell'azione revocatoria fallimentare) per le operazioni che oggettivamente si connotassero per la durata oltre il breve termine, per la c.d. «stabilità degli effetti» e per la esistenza di una garanzia ipotecaria⁶². Tuttavia la Corte Costituzionale, chiamata a pronunciarsi proprio sul tema della legittimità costituzionale della disciplina contenuta negli artt. 38 e 39 co. 4 del Testo Unico alla luce dell'art. 3 Cost., ha dichiarato la questione inammissibile⁶³.

Deve peraltro rilevarsi come, in una prospettiva intesa a salvaguardare la legittimità costituzionale della normativa in commento, siano state ipotizzate nuove ricostruzioni fondate sulle caratteristiche oggettive dell'operazione, quali essenzialmente quelle inerenti l'interno rapporto tra credito e garanzia, tale da imporre una riconsiderazione del credito fondiario nei termini di «credito alla cosa», e da consentire un accostamento delle figure negoziali attraverso le quali può realizzarsi l'operazione in discorso a strumenti tipici, quali essenzialmente l'anticipazione bancaria ed il piccolo prestito pignoratizio, pure qualificati dalla presenza di un necessario rapporto (espresso dalla previsione di percentuali di finanziabilità) tra l'importo del finanziamento e la valutazione quantitativa della

⁶¹ PRESTI, *La costituzionalità del credito fondiario alla luce della nuova normativa*, in *Dir. fall.*, 1996, I, 207-221.

⁶² DI SABATO, *Operazioni di credito e garanzia ipotecaria: prospettive di esonero dalla revocatoria*, in *Banca borsa tit. cred.*, 1993, I, 555.

⁶³ C. Cost., 22 giugno 2004, n. 175, in *Fallimento*, 2004, 864: la realtà, peraltro – come nota FALCONE, *Protezione del credito bancario*, cit., 81-82 – è che la questione di costituzionalità non è stata rimessa alla Corte sotto il profilo della diversità di trattamento riservata agli altri intermediari finanziari, quanto, piuttosto, sul diverso (e per certi aspetti poco attinente) problema della mancanza all'interno della disciplina di meccanismi di controllo sull'utilizzo delle somme finanziate.

cosa costituita in garanzia⁶⁴.

Una simile ricostruzione appare ancor più avvalorata alla luce di una ricognizione storica intorno alla individuazione della funzione assegnata alle operazioni di credito fondiario: quella, cioè, di consentire essenzialmente una «smobilizzazione» della proprietà immobiliare⁶⁵.

13.4. Disciplina del credito fondiario e categoria del «credito edilizio»

La definizione normativa del credito fondiario appare, almeno nella prospettiva del primo comma dell'art. 38, prescindere da riferimenti al «credito edilizio», che storicamente ha costituito una categoria autonoma rispetto al credito fondiario, sebbene caratterizzata da una disciplina mutuata o spesso addirittura coincidente con quella dettata per il credito fondiario. La relazione illustrativa, in modo piuttosto *tranchant*, asserisce che la norma (l'articolo 38, primo comma), coordinando gli artt. 4 e 9 della legge 175/91, unifica la disciplina del credito fondiario ed edilizio sotto l'unica denominazione di credito fondiario. A prescindere dalla contraddizione, piuttosto evidente, tra la dichiarazione di voler effettuare il «coordinamento», di due norme della legge 175 mentre, nel contempo, con altra disposizione si opera la abrogazione della stessa legge (come risulta dall'art. 161, che contiene appunto le norme soppresse), dalla stessa Relazione pare desumersi che il nuovo credito fondiario debba sostituire sia il vecchio credito fondiario che quello edilizio nelle particolari operazioni che la disciplina di entrambi prevedeva, salve le modifiche, già rilevate, introdotte dalla nuova legge. Ovvero... «*due obiettivi con un cannone*», per dirla con espressione cara al Merusi. La Relazione prosegue, poi, sempre in forma piuttosto concisa, precisando che il comma 1 (dell'art. 38) sostituisce il riferimento ai mutui e alle anticipazioni,

⁶⁴ Secondo FALCONE, *Protezione del credito bancario*, cit., 257 ss. la attuale interpretazione "aperta" (e non più "bancocentrica") dell'art. 47 Cost., da un lato e la recente riforma della disciplina degli intermediari finanziari non bancari intervenuta con il d.lgs n. 141 del 2010, dall'altro, fanno sì che la riserva a favore delle sole banche della operatività nel credito fondiario abbia definitivamente perduto la possibilità di un "ancoraggio" costituzionale.

⁶⁵ COSTI, *L'ordinamento bancario*, Bologna, 2012, 455 ss.

presente nella disciplina previgente, con quello più generale a finanziamenti a medio e lungo termine e conservando, quale garanzia delle operazioni, l'ipoteca di primo grado su immobili. Sull'intenzione del legislatore, e sugli effetti dell'unificazione tra le due vecchie categorie di crediti speciali si è molto discusso. Tra le immediate conseguenze di tale differente impostazione, da alcuni autori è stata assunta a principale quella del venir meno del credito edilizio come mutuo di scopo legale⁶⁶, poiché la nozione di credito fondiario ricomprenderebbe finanziamenti con varia e non vincolata destinazione⁶⁷. È stato tuttavia rilevato⁶⁸ come il riferimento, presente nel secondo comma dell'art. 38, al «costo delle opere da eseguire», sui beni oggetto di ipoteca, non sia influente, nell'interpretazione della norma e consenta l'individuazione di una categoria di operazioni sostanzialmente assimilabili a quelle già disciplinate dall'art. 9 della legge n. 175 del 1991 sotto la nozione di «credito edilizio», avanzandosi quindi l'idea che sia a tuttora configurabile un tipo «credito edilizio», individuato come «sottospecie» del credito fondiario, che abbia autonoma rilevanza e in cui abbia rilievo legale la destinazione del prestito⁶⁹. In tale ottica si lamenta che il testunificatore non sia stato «sufficientemente esplicito» nell'attribuire rilievo giuridico allo scopo del finanziamento, sì da rendere più agevole l'applicazione del regime dei «mutui di scopo legale»⁷⁰. A tale ricostruzione si oppone l'opinione di chi nega una

⁶⁶ BONFATTI, *La disciplina dei crediti speciali nel «testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia»*, in *Giur. comm.*, 1994, 1013.

⁶⁷ La Banca d'Italia ha precisato (*Chiarimenti*, ult. cit.) che la norma non prevede che il credito sia caratterizzato dallo scopo e che non sussistono pertanto vincoli di destinazione ex lege delle somme erogate.

⁶⁸ Sia consentito ancora il rinvio a RISPOLI FARINA, *Mutuo di scopo*, cit., 1994.

⁶⁹ Attribuisce per esempio rilevanza allo scopo Trib. Nola, 24 febbraio 2009, in *Foro it.*, 2009, 7-8, I, 2243, che considera nullo, per difetto di causa, il contratto di mutuo con cui si prevede che il finanziamento erogato da una banca venga destinato alla realizzazione di un programma di investimenti concernente l'acquisto di un immobile industriale, qualora risulti che le parti non abbiano inteso perseguire la finalità apparentemente convenuta.

⁷⁰ V. RISPOLI FARINA, *Prime riflessioni sulla riforma dei crediti speciali operata dal Testo Unico in materia bancaria e creditizia*, in RISPOLI FARINA, *La nuova legge bancaria*, Napoli, 1995, p. 181-182. È d'obbligo ricordare, anche se pare che l'iniziativa non ha avuto più seguito, che risale al 1987 un progetto di direttiva sul credito fondiario, orientata a dare rilievo legale alle finalità dei finanziamenti fondiari (si veda in merito alle problematiche sollevate, FALCONE, *Riflessioni sulla nozione di finanziamento*, cit., 673). Riveste invece notevole valore la previsione della legge francese sulla disciplina delle attività finanziarie (Loi n. 99-532 du 25 juin 1999 relative à l'épargne

qualsivoglia forma di autonoma rilevanza concettuale della categoria del «credito edilizio» all'interno di quella del «credito fondiario», ritenendo che «il credito edilizio oggi non esista più, assorbito come è nella nozione di credito fondiario»⁷¹.

Appare trascendere la valenza di entrambe le teorie ora prospettate una tesi ancor più radicale, secondo la quale lo stesso credito fondiario in sé considerato (e in realtà mai individuato in passato come fattispecie di mutuo di scopo legale) sarebbe caratterizzato esso medesimo da uno scopo, identificabile essenzialmente nella "valorizzazione della proprietà immobiliare"⁷², dando in tal modo nuovo vigore, alle ricostruzioni volte a considerare quello fondiario un finanziamento destinato più alla «cosa» che al "soggetto"⁷³. In considerazione del particolare valore sociale connesso al suddetto obiettivo si intende anche sottolineare la giustezza della particolare tutela riservata dal legislatore per ritenerlo, di conseguenza, esente dalle censure di anticonstituzionalità che pur sono state avanzate. Si tratterebbe, nella specie, tuttavia, di un credito di destinazione in senso «debole», e non in senso «forte», non essendo chiare nella legge le modalità di tutela dello scopo di particolare valore sociale perseguito dal legislatore. Sul punto, peraltro, la recente giurisprudenza di legittimità ha espresso un avviso contrario⁷⁴.

13.5. Il rispetto delle percentuali di finanziabilità

Riveste particolare valore, nell'ottica prima accennata (giustificare la persistenza di trattamenti particolarmente favorevoli alle banche erogatrici di

et à la sécurité financière) che esplicitamente all'art. 94, comma primo, riconosce natura di credito di destinazione ai finanziamenti posti in essere dalle società di credito fondiario.

⁷¹ BONFATTI, *L'accertamento del passivo nelle procedure concorsuali: i crediti pignorati e ipotecari*, in BONFATTI - FALCONE (a cura di), *Procedure concorsuali e problemi della prassi*, Milano, 1997, 37.

⁷² BREGOLI, *L'inquadramento della fattispecie del credito fondiario nell'ambito del finanziamento ipotecario*, in *Dir. banc.*, 1999, I.

⁷³ In questa prospettiva pare muoversi anche la ricostruzione di PETRAGLIA nel suo *Commento*, in AA.VV., *La nuova disciplina del credito fondiario*, Roma, 1997.

⁷⁴ Cass. Civ., 12 novembre 2014, n. 24038, in *Diritto & Giustizia*, 2014, secondo cui "la natura fondiaria di un credito non è subordinata all'esclusivo scopo acquisitivo di un immobile, assistito da garanzia ipotecaria necessariamente id primo grado". Si tenga presente anche la già citata Cass., 12 settembre 2014, n. 19282, in www.diritto bancario.it.

crediti fondiari), il secondo comma dell'art. 38, più volte citato, che nel descrivere il meccanismo di individuazione degli importi massimi finanziabili, ne rimette la quantificazione alla determinazione della Banca d'Italia, in conformità delle deliberazioni del CICR, avendo, come già si è sottolineato, come parametro di riferimento il «valore dei beni ipotecati» nonché il «costo delle opere da eseguire» sugli immobili acquisiti in ipoteca. Uguale meccanismo è previsto per l'individuazione delle «ipotesi in cui la presenza di precedenti iscrizioni ipotecarie non impedisce la concessione dei finanziamenti».

La materia viene per tale via «delegificata», posto che, per entrambe le situazioni, la legge n. 175 del 1991 apprestava una disciplina specifica.

In particolare, per quanto riguarda i limiti di finanziabilità, come si è già ricordato, questi venivano fissati nel 75% del valore dell'immobile (per le operazioni di credito fondiario); e nel 90% del costo delle opere (per le operazioni di credito edilizio).

In attuazione della previsione normativa, il CICR, con deliberazione del 22 aprile 1995, ha fissato l'ammontare massimo dei finanziamenti nell'80% del valore dei beni ipotecati o del costo delle opere da eseguire sugli stessi, ammontare elevabile fino al 100% nell'ipotesi di ricorrenza di talune garanzie integrative, specificamente indicate (fideiussioni bancarie e assicurative, polizze di compagnie di assicurazione, cessioni di annualità o contributi a carico dello Stato e di enti pubblici, fondi di garanzia, ovvero «altre idonee garanzie, secondo i criteri previsti dalla Banca d'Italia»), La Banca d'Italia, nel dare attuazione, nel giugno 1995, alla deliberazione CICR, ha ampliato l'elenco delle garanzie integrative con la previsione di «garanzie rilasciate da fondi pubblici di garanzia o da consorzi e cooperative di garanzia fidi» e, con successivo provvedimento del 12 aprile 1996, ha ricompreso nell'elenco anche il «pegno su titoli di Stato».

Quanto, invece, alla determinazione del grado di compatibilità con la «fondiarietà», dell'operazione della acquisizione di garanzie ipotecarie di grado successivo al primo, la Banca d'Italia ha riconosciuto la sussistenza di detta compatibilità laddove, sommando il capitale residuo del finanziamento

precedente con l'importo del nuovo finanziamento da concedersi, la somma risultante si mantenga nel limite dell'80% del «valore dell'immobile» o del «costo delle opere».

In precedenza era invece stabilito – anche in questo caso direttamente dalla legge – che «non è di ostacolo alle operazioni di credito edilizio la precedenza di iscrizioni, ove il valore di esse, unito alla somma da mutuare o da concedere in anticipazione, non ecceda la percentuale prevista...» (art. 9, comma quarto, legge n. 175 del 1991).

La previsione normativa della necessità di un limite di finanziabilità, oltre ad essere caratteristica storicamente costante della disciplina del credito fondiario (ed oggettivamente legata ad un criterio «cauzionale» in ordine alla necessaria copertura del prestito⁷⁵) si pone con particolare rilievo nella nuova sistemazione data alla materia del credito fondiario, laddove proprio nella specifica connessione tra credito e garanzia (connessione «qualificata» dalla previsione di percentuali di finanziabilità) si tende ad individuare le ragioni di una perdurante «peculiarità» (e di una possibile legittimazione della specialità di disciplina) del credito fondiario. Di tale circostanza ha finito per prendere atto anche la giurisprudenza che, a fronte del mancato rispetto dei limiti di finanziabilità, ha preso posizione, in modo oscillante, sulla materia. Se inizialmente, infatti, si era optato per la soluzione di una nullità parziale del contratto di finanziamento (per la parte eccedente il limite massimo fissato⁷⁶ e con applicazione del meccanismo civilistico della conversione), si è poi giunti ad un atteggiamento più severo (nel senso di doversi comunque accertare la circostanza che le parti avrebbero comunque voluto un contratto dal contenuto ridotto⁷⁷) ed a prefigurare finanche la possibilità di pervenire ad una declaratoria di nullità dell'intero contratto⁷⁸.

⁷⁵ SEPE, *op cit.*, 437 ss.

⁷⁶ Tale ricostruzione è rinvenibile in Trib. Roma, 2 febbraio 1989, in *Temi Romana*, 1989, 80.

⁷⁷ Così Cass. Civ., 1 settembre 1995, n. 9219, in *Vita not.*, 1996, (1), 102 ss., e, più recentemente, Trib. Cagliari, 4 aprile 2013, in www.ilcaso.it, 2013.

⁷⁸ Trib. Milano, 26 ottobre 1995, in *Fallimento*, 1996, 485 ss., e, più recentemente, Trib. Venezia, 26 luglio 2012, in *Fallimento*, 2013, 211 ss.

Tuttavia deve registrarsi in materia il recentissimo orientamento della Suprema Corte, secondo cui la violazione della disciplina che stabilisce il limite di finanziabilità nelle operazioni di credito fondiari o non determina nullità del contratto (né totale, e neppure parziale), essendo la disciplina di detti limiti dettata essenzialmente nell'interesse della banca, potendo, se mai, originare irrogazione di sanzioni amministrative o responsabilità della banca finanziatrice⁷⁹.

13.6. La elezione di domicilio

La previsione della facoltà per le banche, ai fini dell'iscrizione ipotecaria, di eleggere domicilio presso la propria sede (e non già – come d'ordinario avverrebbe ex art. 2839 c.c. – nella circoscrizione in cui ha sede il competente ufficio dei registri immobiliari), sebbene costituisca un momento evolutivo rispetto al precedente assetto normativo – in cui l'elezione di domicilio presso la propria sede rappresentava, per la banca, l'oggetto di un onere⁸⁰ – risulta in linea di continuità rispetto alle previsioni già contenute nella legge n. 175 del 1991 (art. 6, comma quarto), e, viene, pertanto, considerata «base per una agevolazione procedurale di non rilevante contenuto sostanziale»⁸¹.

13.7. Le tecniche di perfezionamento del contratto di credito fondiario: loro incidenza sulla individuazione delle tipologie contrattuali utilizzabili

La disposizione di cui al secondo comma dell'art. 39 ha riguardo al tema delle

⁷⁹ Così Cass. Civ., 28 novembre 2013, n. 26672, in *Giur. comm.*, 2014, II, 156 ss., con nota di FALCONE, *Ancora sul superamento dei "limiti di finanziabilità" nelle operazioni di credito fondiario*; nonché in *Banca borsa tit cred.*, 2014, II, 123 ss., con note di DOLMETTA, *Identità del credito fondiario e "premio dell'irragionevolezza"*, MINNECI, *Mutui fondiari e interesse del cliente: est modus in rebus*; e ONNIS CUGIA, *Credito fondiario, nullità "a vantaggio del cliente" e legittimazione di altri*; nonché in *Nuova giur. civ. comm.*, 2014, I, 386 ss., con nota di TOMMASINI, *Il superamento del limite di finanziabilità nel credito fondiario*; in *Rivista di diritto bancario*, 2014, (3), con nota di CAMPAGNA, *Mutuo fondiario: la violazione del limite di finanziabilità non comporta la nullità del contratto ex art. 38, co. 2 TUB*. Lo stesso principio la Suprema Corte ha adottato nella successiva pronuncia del 6 dicembre 2013, n. 27380, in *Foro it.*, 2014, 2, I, 499.

⁸⁰ SEPE, *op. cit.*, 447.

⁸¹ Così CAPANNA in FERRO LUZZI - CASTALDI (a cura di), *La nuova legge bancaria*, Milano, 1996, I, 639: rientra, quindi come sottolineato da alcuni interpreti della disciplina, tra le norme di favore per le banche.

modalità di perfezionamento dell'operazione di credito fondiario (qui con riferimento esplicito al «contratto» con cui la «operazione» ha a realizzarsi): la materia, già in precedenza disciplinata dall'art. 5 della legge n. 175, si presenta di specifico rilievo, in quanto di diretta attinenza al tema della ricostruzione della natura del contratto di credito fondiario.

La norma, infatti, nel consentire alla banca di realizzare la «stipulazione del contratto» e la «erogazione del denaro» tanto a mezzo di un «unico atto», che a mezzo di «atti separati», può trovare adeguata comprensione alla luce della evoluzione normativa in materia. La individuazione di un duplice regolamento negoziale costituiva infatti la regola nel sistema del Testo Unico del 1905, ove si prevedeva la stipula di un «contratto condizionato» (con efficacia sospesa fino alla iscrizione ipotecaria ed al successivo accertamento delle altre condizioni fissate dalla legge) e di un successivo «contratto definitivo» (destinato a perfezionarsi attraverso la consegna al mutuatario delle «cartelle fondiarie» con contestuale quietanza da rilasciarsi da quest'ultimo). L'art. 3 del d.p.r. n. 7 del 1976 (sostanzialmente riprodotto nell'art. 5 della legge n. 175) nel lasciare di fatto inalterato il descritto meccanismo di perfezionamento, ha peraltro «rinunciato» ad esprimersi nei termini di un doppio «contratto», facendo piuttosto riferimento alla stipulazione del contratto seguita, al verificarsi delle condizioni, dalla erogazione delle somme con contestuale rilascio di quietanza.

È solo con l'art. 2 della legge n. 458 del 1988 che si prevede (con esclusione, peraltro, delle operazioni di credito edilizio) la possibilità di stipulare con un unico atto (ricomprensivo della stessa erogazione), previsione che l'intervento del secondo comma dell'art. 39 del Testo Unico ha reso applicabile anche a quelle operazioni che, benché riferibili ormai all'unica categoria del «credito fondiario», in quanto dirette ad «eseguire opere», sarebbero rientrate nel comparto precedentemente definito dal «credito edilizio».

La facoltà riconosciuta dal secondo comma dell'art. 39 importa, quale conseguenza inevitabile, la rivalutazione del ruolo ricoperto, almeno quanto alla individuazione delle modalità di perfezionamento del contratto, dall'autonomia

negoziale delle parti, incidendo direttamente anche sulla individuazione delle forme negoziali, tipiche o atipiche, «compatibili» con l'uno o con l'altro meccanismo di perfezionamento: le perplessità, sorte già nel quadro del pregresso assetto normativo, quanto alla qualificabilità come «mutuo» (in senso codicistico) del contratto di credito fondiario si legittimavano, da un lato, sul perdurante orientamento giurisprudenziale – fortemente contrastato in dottrina – a sottolineare la necessaria realtà del mutuo, e, dall'altro, sulla difficoltà a concepire l'esistenza di un contratto reale con efficacia sottoposta a condizione sospensiva; ciò aveva spinto a riconoscere nel «contratto condizionato» un «mutuo consensuale» che, in quanto oggetto di autonoma disciplina legislativa, doveva riconoscersi del pari «tipico», benché nettamente distinto dal mutuo codicistico⁸².

La rimessione all'autonomia contrattuale delle parti della determinazione delle modalità di perfezionamento del contratto di mutuo, unitamente alla circostanza che il ricorso al concetto di «finanziamento» rende possibile – almeno in linea di principio – il ricorso a tutte le forme tecniche compatibili con la «causa di finanziamento», sembrano ora smorzare l'attualità del tema, sebbene quest'ultimo venga senz'altro a riproporsi nel caso concreto, laddove ci si chieda se il singolo tipo contrattuale possa di fatto «adattarsi» allo specifico meccanismo di perfezionamento individuato dalle parti; ciò soprattutto quanto alle operazioni di «credito fondiario–edilizio», laddove si ritenga che il riferimento al «costo delle opere da eseguire», di cui al primo comma dell'art. 38, consenta ancora di individuare un'autonoma categoria (rappresentabile secondo lo schema del «mutuo di scopo legale»), dotata di specifici caratteri⁸³. In tale ultima ipotesi non sembrerebbe dubbia la necessità di ricorrere unicamente a tipologie contrattuali che si rendano compatibili con la tecnica di erogazione per «stati di avanzamento lavori», essendo quest'ultima necessitata dalla destinazione legale delle somme.

Tali considerazioni appaiono valide anche alla luce della disciplina delle «annotazioni» ipotecarie, contenuta nello stesso secondo comma dell'art. 39, per

⁸² TARDIVO - VENTOLA, *Il credito fondiario ed edilizio nella legislazione vigente*, Roma, 1988 (2), 45.

⁸³ RISPOLI FARINA, *Prime riflessioni*, cit., 181.

l'ipotesi in cui le parti abbiano adottato – per il perfezionamento del contratto – lo schema del «doppio atto»: in tale ultimo caso, l'annotazione dell'avvenuto pagamento e dell'eventuale variazione del saggio di interessi, effettuata dal conservatore dei registri immobiliari a margine dell'iscrizione già effettuata all'atto della stipulazione, fa sì che gli interessi, al saggio determinato successivamente, siano collocati nello stesso grado ipotecario. Si è, anzi, ritenuto che proprio nella possibilità di procedere alla variazione del saggio di interessi sia da individuarsi la ragione economico–sostanziale della previsione di un duplice atto.

Sulla natura della annotazione prevista dalla disciplina previgente la Corte di Appello di Napoli, con sentenza del 16 dicembre 1992, n. 2718 (cassata peraltro da Cass., 24 aprile 1997, n. 3618⁸⁴), si era espressa nel senso della efficacia «costitutiva» della annotazione medesima, ipotizzando così l'ipoteca già iscritta come "ad efficacia sospensivamente condizionata dall'evento della futura annotazione di conferma"⁸⁵. L'orientamento è ormai peraltro superato, non per solo per le innegabili difficoltà ravvisabili alla luce della disciplina generale dell'ipoteca⁸⁶, ma anche in considerazione della attuale sistemazione della disciplina del credito fondiario, ove la possibilità del «doppio atto» (e, dunque, la possibilità stessa della «annotazione») è concepita in termini non di necessità, ma di mera eventualità. La tesi della opponibilità dell'ipoteca anche in mancanza di successiva annotazione è ormai consolidata in giurisprudenza.⁸⁷

A tale quadro ricostruttivo occorre aggiungere come lo stesso settore bancario abbia dato riscontro ai numerosi problemi sorti nell'applicazione della disciplina, attraverso la elaborazione, da parte della Associazione Bancaria Italiana, di un «contratto di finanziamento fondiario stipulato in atto unico e capitolato di patti e condizioni generali». L'iniziativa dell'ABI si è rivelata come un vero e proprio «banco di prova» della evoluzione normativa, mirante a recepire anche

⁸⁴ In Vita not., 1997, 760, con nota di TARDIVO (*Brevi osservazioni in tema di erogazioni per scrittura privata per finanziamento edilizio non annotate*).

⁸⁵ PETRAGLIA, *Il credito fondiario dopo il Testo Unico*, cit., 85.

⁸⁶ Id., 87.

⁸⁷ Oltre alla citata Cassazione del 1997, si veda Cass., 24 febbraio 2004, n. 3613.

adeguamenti intervenuti in settori contigui, e purtuttavia non coincidenti con la tematica del credito fondiario: si pensi, ad esempio, alla considerazione dell'impatto della normativa in tema di «clausole abusive», nonché alla stessa disciplina, più "antica", in tema di "trasparenza bancaria"⁸⁸.

Nell'ambito di tale regolamento contrattuale, va evidenziata la prevista, eventuale, indicazione dello «scopo del finanziamento»⁸⁹. Va stabilito in che misura tale indicazione incida sulla qualificazione del credito fondiario come credito di scopo, essendo l'informazione in merito ai motivi della richiesta del finanziamento acquisita comunque in via normale dalle banche in ragione delle esigenze istruttorie cui si connette il consueto scrutinio del merito creditizio dei richiedenti⁹⁰. In assenza di una chiara ed esplicita configurazione, da parte del legislatore, della necessità di indicare lo scopo del finanziamento fondiario, che non è stata effettuata nemmeno nelle recenti modifiche al Testo unico bancario, deve ritenersi che possa ravvisarsi nella fattispecie l'ipotesi di un mutuo convenzionale (o volontario)⁹¹.

⁸⁸ Si veda al riguardo ABI, *Circolare Serie legale n. 41 dell'11 agosto 1997*.

⁸⁹ Si veda *Circolare* ult. cit., 37. La nota 5 dell'articolato così precisa: «Qualora si intenda esplicitare in contratto lo scopo del finanziamento la frase può continuare con la previsione: «allo scopo di...». Va ricordato che anche la Banca d'Italia (*Chiarimenti sul testo unico*, in *Bollettino di vigilanza*, n. 2, 1994), nel precisare che l'art. 38 «non prevede che il credito sia caratterizzato dallo scopo e che non sussistono vincoli di destinazione ex lege delle somme erogate» non esclude «ovviamente la possibilità per le parti di concludere contratti di credito fondiario in cui sia individuata la destinazione dei finanziamenti».

⁹⁰ Non si dimentichi, poi, che la esplicitazione in sede negoziale dello scopo per il quale viene richiesto il finanziamento potrebbe rilevare sotto differente profilo: sotto quello, cioè, della valutazione della eventuale ricorrenza della fattispecie criminosa di cui all'art. 137, co. 1 del Testo Unico (c.d. mendacio bancario).

⁹¹ Sia consentito ancora il rinvio a RISPOLI FARINA, *Mutuo di scopo*, in *Digesto*, cit., 1995. Nel mutuo di scopo convenzionale gli scopi in vista dei quali il credito è concesso possono permanere a livello di motivi, estranei al negozio, o rivestire carattere condizionale o modale o, ancora, con l'inserimento della clausola di destinazione, assumere, nel contesto contrattuale, rilevanza causale. Diverse le conseguenze in ipotesi di inadempimento dello scopo prefissato, che possono determinare anche la risoluzione del rapporto. La circolare ABI, (cit. n.89) non accenna a tale problematica, si limita a indicare quali delle norme del testo unico possano applicarsi, non valutando le conseguenze dell'inserimento in contratto dell'obbligo di destinazione delle somme, come per esempio avveniva in alcuni contratti di finanziamento (a tasso ordinario) redatti da istituti che esercitavano il credito mobiliare; v., per la modulistica, ALLEGRI, *Credito di scopo e finanziamento bancario alle imprese*, Milano, 1984 e RISPOLI FARINA, *Mutuo di scopo*, cit., in *Trattato Rescigno*, 1985. Va, poi, ricordato che la prevalente giurisprudenza (sulla scia della sentenza della Cassazione del 10-6-1981, cit.) ha assimilato invece le figure del mutuo di scopo

13.8. Finanziamenti fondiari con clausole di indicizzazione

L'ipotesi del finanziamento fondiario «indicizzato» è presa in considerazione dal terzo comma dell'art. 39, che stabilisce che, in tal caso, il credito vantato dalla banca è garantito dalla ipoteca iscritta fino alla concorrenza dell'importo dovuto per effetto della clausola che prevede il meccanismo di indicizzazione, a condizione, peraltro, che quest'ultimo venga riportato nella nota di iscrizione ipotecaria; anche in questo caso viene confermato rassetto normativo già figurante nella legge n. 175 (art. 18, commi secondo e terzo), ma con una più marcata tendenza formalistica, nel senso della insufficienza di una generica indicazione del meccanismo, e della necessità di una esplicita indicazione della clausola di indicizzazione⁹².

13.9. Le operazioni di credito fondiario e l'esenzione dall'esercizio dell'azione revocatoria fallimentare

Tra i «privilegi» conservati a favore degli enti erogatori riveste particolare importanza l'esenzione dall'esercizio dell'azione revocatoria fallimentare, disciplinata dal quarto comma dell'art. 39, che sottrae a quest'ultima le «ipoteche» (iscritte almeno dieci giorni prima della pubblicazione della sentenza dichiarativa di fallimento) e i «pagamenti effettuati dal debitore a fronte di crediti fondiari»; la formulazione, peraltro, non appare totalmente «simmetrica», poiché mentre – quanto alle ipoteche – il riferimento è all'azione revocatoria fallimentare, con riguardo ai «pagamenti», questi vengono sottratti alla «applicazione» dell'art. 67 1. fall.: ciò che ha suscitato l'interrogativo se, con riguardo a tale ultima ipotesi, debba ritenersi escluso anche l'esercizio dell'azione revocatoria ordinaria⁹³.

legale e di quello convenzionale, anche per le conseguenze connesse all'inadempimento della clausola di destinazione, tra cui acquista particolare rilievo la nullità del contratto (da ricollegare per alcune teorie alla presenza di una causa illecita, per contrarietà a norme imperative, ex art. 1343 c.c.), e il conseguente venir meno delle garanzie.

⁹² Così CAPANNA, in *La nuova legge bancaria*, cit., 641. Al riguardo, SEPE, *op. cit.*, 450, parla di un temperamento alla deroga del principio di specialità dell'ipoteca.

⁹³ BONFATTI, *La disciplina dei crediti speciali*, cit., p. 1010 ss. In senso favorevole all'esercizio

La differenziata previsione normativa, peraltro, appare frutto del coordinamento di una previsione (il consolidamento abbreviato dell'ipoteca) già contenuta nella pregressa disciplina (art. 18 T.U. n. 646 del 1905, art. 4 d.p.r. n. 7 del 1976, art. 6 legge n. 175 del 1991), con una disposizione (la esenzione dalla revocatoria per i pagamenti) avente carattere di sostanziale novità⁹⁴.

Quanto alla esenzione stabilita per i «pagamenti», si ritiene comunque che la previsione non escluda la revocabilità dei pagamenti effettuati con le somme erogate in ragione del finanziamento fondiario⁹⁵; e, quanto alla previsione che riguarda l'ipoteca, si ritiene che l'esclusione non operi, ove l'intera operazione sia finalizzata ad un intento solutorio realizzato in maniera anomala⁹⁶, o comunque con un meccanismo di frode ai creditori⁹⁷. La circostanza, poi, che la norma in discorso abbia riguardo ai «pagamenti effettuati dal debitore» aveva portato taluno ad escludere dall'ambito di applicazione della norma qualunque pagamento effettuato da un "terzo", pur se non si mancava di rilevare come della nozione di «debitore» contenuta nella norma possa darsi una interpretazione estensiva, volta a ricomprendervi "tutti quei soggetti portatori di un interesse qualificato ad adempiere, quali ad esempio, oltre il finanziato originario, anche gli accollanti, i fideiussori e i terzi acquirenti del bene ipotecato"⁹⁸. In particolare, si è escluso che la disposizione in discorso impedisca l'applicabilità degli articoli 64, 65 e 66 della legge fallimentare.

Viceversa, quanto alla esenzione relativa alle ipoteche, si ritiene – pressoché unanimemente – che la stessa si renda operante unicamente con riguardo alle

dell'azione revocatoria ordinaria si veda, Cassazione, 2 aprile 1996, n. 3066, in *Fallimento*, 1996, p. 989.

⁹⁴ SEPE, *op. cit.*, 452.

⁹⁵ È questo l'avviso di BONFATTI, *La disciplina dei crediti speciali*, cit., 1010 ss.

⁹⁶ Ancora recentemente Cass. civ., 18 aprile 2013, n. 9482, in *Diritto & Giustizia*, 2013, ha ritenuto che in caso di mutuo fondiario stipulato all'esclusivo scopo di estinguere una debitoria pregressa, non può assumersi la nullità del contratto; purtuttavia non potrà trovare la disciplina di esenzione da revocatoria per l'iscrizione ipotecaria, prevista dall'art. 39, co. 4. Analogamente Trib. Ravenna, 20 gennaio 2014. In precedenza, sempre nello stesso senso, App. Milano, 17 ottobre 2006, in *Giur. it.*, 2007, 10, 2246, e Trib. Padova, 5 giugno 2003, in *Giur. merito*, 2004, 925; Cass. Civ., 1 ottobre 2007, n. 20622, in *Giust. civ. Mass.*, 2007, 10.

⁹⁷ Cass. Civ., 13 settembre 2013, n. 21020, in *Diritto & Giustizia*, 2013.

⁹⁸ PETRAGLIA, *Il credito fondiario dopo il Testo Unico*, cit., 127.

ipoteche "contestuali"⁹⁹. Resta da individuare il regime di revocabilità delle garanzie diverse da quella ipotecaria: al riguardo, se, in linea di principio, appare condivisibile, stante il tenore letterale della norma, l'esclusione del regime di esenzione, maggiore approfondimento meriterebbero le sorti delle «garanzie integrative», previste nelle istruzioni applicative della Banca d'Italia come presupposto per l'innalzamento al 100% dei massimali di finanziabilità.

La disposizione, che contiene il riferimento all'art. 67 della legge fallimentare, deve oggi essere esaminata alla luce della modifica che a quest'ultima norma è stata apportata dalla riforma della legge fallimentare intervenuta con il d.l. n. 35 del 2005, convertito in legge n. 80 del 2005, il cui ultimo comma dispone oggi in maniera lineare che "le disposizioni di questo articolo non si applicano (...) alle operazioni (...) di credito fondiario": di talché ci si è chiesti quale sarebbe il contenuto innovativo della riforma rispetto alle operazioni di credito fondiario, quale sia cioè la parte di tale disposizione che si inserisce innovativamente rispetto al quadro già delineato dall'art. 39 co. 4 del Testo Unico.

Al riguardo si è sostenuto che, in forza della riforma dell'art. 67, le ipoteche fondiarie dovrebbero ritenersi immuni dall'esercizio dell'azione revocatoria fallimentare, ancorché iscritte nel lasso temporale di dieci giorni dal momento della iscrizione rispetto a quello della pubblicazione della dichiarazione di fallimento; che siano esonerati anche i pagamenti effettuati da terzi (se non configurano atti a titolo gratuito). Addirittura, si è sostenuto che la nuova formulazione dell'art. 67 ult. cpv. l. fall. potrebbe importare una implicita abrogazione dello stesso art. 39, co. 4 del Testo Unico¹⁰⁰.

13.10. La disciplina delle «riduzioni» e delle «restrizioni» ipotecarie. Il frazionamento del credito e dell'ipoteca. Gli onorari e le spese notarili

Ricompresa invece tra le norme «di favore» per il soggetto finanziato, la

⁹⁹ Per tutti PETRAGLIA, *Il credito fondiario dopo il Testo Unico*, cit., 119 ss.

¹⁰⁰ Così SEPE, *op. cit.*, 454. Per una rassegna di tali posizioni si veda FALCONE, *Commento sub art. 39*, in PORZIO – BELLI – LOSAPPIO – RISPOLI FARINA – SANTORO, *Testo Unico Bancario*, Milano, 2010, 392 ss.

disposizione di cui al quinto comma dell'art. 39 attribuisce ai debitori, ogni qual volta abbiano estinto la quinta parte del debito originario, il diritto ad una proporzionale riduzione della somma iscritta. La norma, sostanzialmente riproduttiva della disposizione di cui all'art. 2873, comma secondo, c.c., resta distinta da quest'ultima quanto alla legittimazione attiva alla richiesta di riduzione, che viene riservata dal Testo Unico ai «debitori» (mentre nel codice civile l'ambito di detta legittimazione non viene descritto): la distinzione viene ritenuta peraltro superabile con motivazioni identiche a quelle poste a fondamento della interpretazione della nozione di «debitore», di cui al precedente comma, quale «portatore di interesse qualificato»¹⁰¹.

Con carattere di maggiore innovatività si pone invece la previsione di un diritto (sempre in capo ai «debitori») ad ottenere la liberazione parziale di uno o più degli immobili ipotecati «quando, dai documenti prodotti o da perizie, risulti che per le somme ancora dovute i rimanenti beni vincolati costituiscono una garanzia sufficiente ai sensi dell'art. 38» (c.d. «restrizione ipotecaria»): la corrispondente previsione contenuta nel codice civile (art. 2874), infatti, esclude la presenza di un tale diritto per le ipoteche volontarie (limitandola ad alcune ipotesi di ipoteca legale ed alle ipoteche giudiziali, sempreché «i beni compresi nell'iscrizione» abbiano «un valore che eccede la cautela da somministrarsi o se la somma determinata dal creditore nell'iscrizione eccede di un quinto quella che l'autorità giudiziaria dichiara dovuta»).

Di particolare momento appare la previsione della necessità che la restrizione si compia nel rispetto delle percentuali di finanziabilità di cui all'art. 38¹⁰² (da intendersi riferite non ai massimali, ma alle percentuali in concreto fissate nel contratto¹⁰³), che appare confermare la ricostruzione in termini oggettivi della operazione fondiaria, in ragione del particolare – e qualificato – rapporto tra credito e garanzia.

¹⁰¹ PETRAGLIA, *Il credito fondiario dopo il Testo Unico*, cit., 88 ss.

¹⁰² V. al riguardo Trib. Ancona, 16 luglio 2011, in *Foro it.*, 2011, 11, I, 3181.

¹⁰³ PETRAGLIA, *Id.*, 90.

La disciplina contenuta nei commi da 6 a 6 quater dell'art. 39 è stata oggetto dell'intervento sostitutivo (rispetto all'originario impianto) compiuto dal D.lgs n. 122 del 2005: si tratta sempre e comunque di disposizioni di favore per il debitore, che realizzano una deroga al principio di indivisibilità dell'ipoteca (art. 2809, co. 2, c.c.)¹⁰⁴. E' previsto, infatti, che, in caso di edificio o complesso condominiale per il quale può ottenersi l'accatastamento delle singole porzioni che lo costituiscono, il debitore, il terzo acquirente, il promissario acquirente o l'assegnatario del bene ipotecato o di parte dello stesso (questi ultimi limitatamente alla porzione immobiliare da essi acquistata o promessa in acquisto o in assegnazione), hanno diritto alla "suddivisione del finanziamento in quote" e, correlativamente, al "frazionamento dell'ipoteca a garanzia". Rispetto alla formulazione originaria del Testo Unico si nota innanzi tutto un ampliamento della platea dei soggetti titolari del diritto: oltre al debitore e al terzo acquirente (già presi in considerazione della precedente formulazione) il diritto viene esteso al promissario acquirente e all'assegnatario. D'altra parte, il riconoscimento del diritto in parola anche al «terzo acquirente» aveva già rappresentato, con l'emanazione del Testo Unico, un elemento di novità rispetto al precedente assetto normativo, che ne limitava l'estensione soggettiva al solo mutuatario (così l'art. 3, commi 5 e 6, del d.p.r. n. 7 del 1976 e l'art. 5, commi 5 e 6, della legge n. 175 del 1991¹⁰⁵); alla base di tale riconoscimento vi era la considerazione dell'indubbio pregiudizio derivante all'acquirente dallo svolgimento di azioni esecutive sull'intero «edificio» o «complesso condominiale» nell'ipotesi in cui non si fosse fatto luogo al frazionamento. La prevenzione della possibilità di subire una azione esecutiva che abbia per oggetto l'intero edificio o complesso che non sia stato frazionato, è stata

¹⁰⁴ Al riguardo Cass. Civ., 11 gennaio 2006, n. 264 in *Giust. civ. Mass.*, 2006, 1, ha infatti precisato che in mancanza della disciplina del frazionamento soltanto il creditore ipotecario avrebbe diritto a rinunciare alla indivisibilità dell'ipoteca.

¹⁰⁵ Tuttavia C. Cost., 8 luglio 2010, n. 248, in *Foro it.*, 2010, 9, I, 2257 ha dichiarato manifestamente inammissibile per difetto di rilevanza la questione di legittimità costituzionale dell'art. 5, co. 5, della legge n. 175 del 1991, nella parte in cui non prevede che la suddivisione del mutuo in quote e, correlativamente, il frazionamento dell'ipoteca a garanzia, possa avvenire anche a richiesta del terzo acquirente del bene ipotecato, in riferimento all'art. 3 Cost. (questione rimessa da Trib. Catania, 10 novembre 2008, in *Foro it.*, 2009, 2, I, 554)-

considerata una situazione meritevole di protezione anche con riguardo agli altri soggetti previsti dalla novella.

Ci si è domandati (anche prima della riforma del 2005) se il diritto al frazionamento – nel silenzio della legge – debba ritenersi subordinato alla condizione dell'adempimento da parte del debitore: sul punto peraltro pare da ritenersi condivisibile l'avviso negativo (così come si doveva ritenere anche prima della riforma). Piuttosto, la novella ha avuto come obiettivo quello di rendere cogente l'obbligo della banca di provvedere al frazionamento, stabilendo dei limiti temporali al suo esercizio¹⁰⁶, e sanzionando con la possibilità di ricorso al presidente del Tribunale della circoscrizione in cui è situato l'immobile l'inadempimento della banca stessa¹⁰⁷. In questo caso è prevista una sorta di "esecuzione in forma specifica" dell'obbligo della banca, designando il Presidente un notaio che redige – sottoscritto da lui medesimo – un atto pubblico di frazionamento. E' stata notata la singolarità di tali attribuzioni al notaio, che comunque sarà sempre tenuto al rispetto delle percentuali di finanziabilità¹⁰⁸.

Il frazionamento deve intendersi condizionato al rispetto delle percentuali di finanziabilità espresse nel contratto (a loro volta rispettose dei limiti di legge), anche se si è ritenuta ammissibile una deroga su accordo delle parti che – nel salvaguardare il rispetto di quei limiti con riguardo al complesso dell'edificio – possa non rispettare il criterio con riguardo alle singole unità¹⁰⁹.

L'espressa attribuzione al finanziato, al terzo acquirente, al promissario acquirente e all'assegnatario della posizione di vantaggio ora illustrata consente

¹⁰⁶ Al riguardo l'Arbitro Bancario e Finanziario, nella pronuncia n. 781 del 13 aprile 2011, in *Foro it.*, 2012, 1, I, 301, ha affermato che in caso di ritardo nel frazionamento dell'ipoteca, che abbia precluso l'erogazione dell'ultima *tranche* del finanziamento, la banca è tenuta a risarcire al mutuatario, cui era stata "medio tempore" concessa una linea di credito, una somma pari al maggior importo applicato a titolo di interessi, cui va aggiunta un'ulteriore somma, da liquidare in via equitativa, a fronte della perdita della chance di vendere altre unità immobiliari (diverse da quelle già oggetto di contratti preliminari) e del pregiudizio all'immagine correlato a tale perdita e alle conseguenti difficoltà finanziarie.

¹⁰⁷ Secondo Cass. Civ., 21 giugno 2013, n. 15865, in *Foro it.*, 2013, 10, I, 2816, al procedimento instaurato a seguito dell'inadempimento della banca all'obbligo di frazionamento non devono partecipare altri soggetti oltre al mutuante e al soggetto che ha richiesto il frazionamento.

¹⁰⁸ SEPE, *op. cit.*, 460.

¹⁰⁹ SEPE, *op. cit.*, 458-459.

di concludere in ordine alla natura imperativa della disposizione e di concordare con l'opinione di chi ha al riguardo escluso che il diritto in discorso possa essere limitato od escluso attraverso un'apposita regolamentazione negoziale¹¹⁰.

L'ultimo comma dell'art. 39, nel fare implicitamente seguito alla disposizione di cui al precedente comma secondo, stabilisce che «agli effetti dei diritti di scritturato e degli emolumenti ipotecari, nonché dei compensi e dei diritti spettanti al notaio, gli atti e le formalità ipotecarie, anche di annotazione, si considerano come una sola stipula, una sola operazione sui registri immobiliari e un solo certificato»: ciò nella implicita ricorrenza del presupposto che alla conclusione del contratto si sia addivenuti attraverso il meccanismo di perfezionamento del «doppio atto». Si aggiunge, infine, che «gli onorari notarili sono ridotti alla metà»: a tale riguardo è stata espressa l'opportunità che la ricorrenza dei presupposti di applicabilità della disciplina in esame e, dunque, anche della riduzione degli onorari, emerga a livello testuale dal regolamento contrattuale¹¹¹.

13.11. Estinzione anticipata e risoluzione del contratto

A) Estinzione anticipata.

Le modalità di estinzione e di risoluzione del contratto di finanziamento fondiario, stabilite dal Testo unico bancario risentono in larga misura del dibattito precedente alla riforma. Su di esse, tuttavia, il legislatore è tornato a pochi anni di distanza dalla emanazione del Testo Unico. Per quanto concerne il primo istituto, il primo comma dell'art. 40 del Testo Unico – così come modificato per effetto dell'art. 6 del D.lgs n. 342 del 4 agosto 1999 (recante le «modifiche» al Testo Unico stesso) – stabilisce che «i debitori hanno facoltà di estinguere anticipatamente, in tutto o in parte, il proprio debito, corrispondendo alla banca esclusivamente un compenso onnicomprensivo per l'estinzione contrattualmente stabilito. I contratti

¹¹⁰ BANCA D'ITALIA, *Chiarimenti sul Testo Unico*, in *Bollettino di Vigilanza* n. 2, 1994; TREQUATTRINI, *Le operazioni di credito fondiario*, in FERRO LUZZI - CASTALDI (a cura di), *La nuova legge bancaria*, cit., I, 632.

¹¹¹ LAURINI, *Note sui contratti di credito fondiario*, in PETRAGLIA (a cura di), *La nuova disciplina del credito fondiario*, cit., 221 ss.

indicano le modalità di calcolo del compenso, secondo i criteri stabiliti dal CICR al solo fine di garantire la trasparenza delle condizioni». Lo stesso art. 6 del D.lgs n. 342 ha poi però cura di precisare, al suo secondo comma, che «la disposizione del secondo periodo del comma 1 dell'art. 40 T.U. (ossia la regola che fissa l'obbligo di indicare le modalità di calcolo del compenso secondo i criteri fissati dal CICR) «non si applica ai contratti stipulati prima dell'entrata in vigore del medesimo».

La norma appena richiamata viene letta – unitamente a quella contenuta nel comma successivo dello stesso art. 40, nonché ad alcune altre contenute nel successivo art. 41 – in funzione di tutela del soggetto finanziato¹¹², poiché normalmente il termine per l'adempimento dell'obbligazione restitutoria si presume fissato a favore di entrambe le parti¹¹³, e non del solo debitore, come invece la disposizione in commento appare presupporre.

A tale facoltà riconosciuta al debitore viene unicamente collegata la necessità della corresponsione di un «compenso» alla banca finanziatrice, per comprendere la natura del quale occorre rifarsi ai «precedenti» normativi della disposizione. Questi ultimi debbono essere rintracciati nel meccanismo di stretta correlazione tra operazioni di provvista ed operazioni di impiego caratterizzante il credito fondiario, vigente fino al d.p.r. n. 7 del 1976: è stato infatti esattamente rilevato come la restituzione anticipata, nel quadro di quel meccanismo, importasse delle perdite per la banca nel collocamento delle obbligazioni¹¹⁴.

La necessità, poi, che il compenso venga determinato contrattualmente è stata considerata come riprova che il fondamento della commissione non può più ravvisarsi nelle norme sul credito fondiario (come invece la legislazione precedente al Testo Unico sembrava autorizzare a ritenere), mentre il previsto

¹¹² Sul punto FALCONE, *Commento sub art. 40*, in PORZIO – BELLÌ – LOSAPPIO – RISPOLI FARINA – SANTORO (a cura di), *Testo Unico Bancario*, Milano, 2010, 398 ss. Secondo BOATTO, *op. cit.*, 385 ss., in realtà tanto il primo che il secondo comma dell'art. 40 TUB conterrebbero delle disposizioni volte a meglio tutelare tanto gli interessi del debitore che quelli della banca.

¹¹³ In questa prospettiva, per tutti, PETRAGLIA *Il credito fondiario dopo il Testo Unico: profili giuridici, modalità operative e di recupero crediti*, in AA.VV., *La nuova disciplina del credito fondiario*, Roma, 1997, 112.

¹¹⁴ PETRAGLIA, *op. ult. cit.*, 113.

intervento del CICR in tema di fissazione dei criteri per la determinazione del compenso conferma poi l'importanza del momento negoziale, poiché, come indicato ora *apertis verbis*, tale intervento si fonda e si giustifica – esclusivamente – in ragione della necessità di apprestare una sufficiente garanzia di trasparenza¹¹⁵. Permane anche nell'attuale quadro normativo il problema rappresentato dalla individuazione delle serie obbligazionarie da estinguere: da un lato, infatti, allo stato attuale della disciplina sembrerebbe da confermarsi la tesi per cui la banca resta libera di individuare le serie obbligazionarie da estinguersi in conseguenza dell'esercizio della facoltà di anticipata estinzione del finanziamento; dall'altro, però, occorre avere riguardo alla circostanza che la determinazione di un criterio di scelta si rende ormai necessaria non tanto come conseguenza dei principi evincibili direttamente dalla disciplina del credito fondiario, quanto, soprattutto, dalle norme (legislative e secondarie) dettate in materia di trasparenza bancaria. Al riguardo occorre ricordare l'opinione secondo cui sarebbe stato opportuno «prevedere nel regolamento delle emissioni successive all'entrata in vigore del D.lgs n. 342/99 una correlazione che preveda e consenta l'estinzione anticipata delle obbligazioni in caso di estinzione anticipata dei finanziamenti fondiari»¹¹⁶. Il CICR è intervenuto a dare esecuzione alla previsione contenuta nel primo comma dell'art. 40 con propria deliberazione del 9 febbraio 2000. Con tale deliberazione il Comitato ha precisato che il compenso esclusivo ed onnicomprensivo deve essere espresso accompagnato dalla relativa formula di calcolo (e dalla agevole consultabilità degli eventuali indici finanziari che in tale formula vengano impiegati), e che i contratti devono riportare uno o più esempi applicativi della formula; inoltre è previsto che nelle comunicazioni periodiche relative all'esecuzione del rapporto venga indicato il compenso che il soggetto finanziato sarebbe tenuto a corrispondere ove intendesse estinguere anticipatamente il rapporto alla data della comunicazione.

¹¹⁵ Così TARDIVO nella relazione al seminario ABI su *Le disposizioni integrative e correttive del testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, Roma 11 novembre 1999, 2 del dattiloscritto. S

¹¹⁶ TARDIVO, *op. ult. cit.*, p. 3.

Un ultimo accenno deve peraltro compiersi ancora al tema dei rapporti tra disciplina di legge e potere dispositivo dei privati: se è vero, infatti, che l'articolo 40 comma 1 – anche successivamente alla «riforma» – rinuncia a prendere posizione sul tema della «entità» complessiva della commissione da corrispondersi dal debitore, accontentandosi che questa resti fissata da un accordo negoziale tra la banca ed il soggetto finanziato, non sono mancate condivisibili considerazioni volte a rintracciare aliunde limiti «massimi» comunque non superabili dalle parti: così si è fatto riferimento alla possibile «frizione» con i principi dettati dalla normativa in tema di «clausole abusive» (ora contenute nel «codice del consumo»)¹¹⁷; o, addirittura, con le stesse disposizioni dell'art. 644 del codice penale, in tema di reato di usura¹¹⁸.

Infine, la disposizione contenuta nell'art. 40, co. 1, TUB è stata oggetto di interesse anche con riferimento alle possibili sue implicazioni di carattere concorsuale, essenzialmente sotto due principali aspetti: a) se la disposizione debba trovare applicazione anche nell'ipotesi di fallimento del finanziato; b) se l'estinzione anticipata prevista dalla norma possa comportare l'applicazione dell'art. 65 l. fall. in materia di revocatoria fallimentare (inefficacia dei pagamenti per debiti non scaduti).

Quanto al primo punto, si è condivisibilmente negato che la norma possa trovare applicazione anche nel caso di fallimento del finanziato¹¹⁹; quanto al secondo, altrettanto condivisibilmente, la suprema Corte ha ritenuto che l'art. 65 l. fall. non possa trovare applicazione quando il diritto alla estinzione anticipata sia attribuito al mutuatario direttamente ed inderogabilmente da disposizioni di legge¹²⁰.

¹¹⁷ PETRAGLIA, *op. ult. cit.*, 113.

¹¹⁸ PETRAGLIA, *Le modifiche nel Testo Unico bancario in materia di crediti speciali*, in atti del convegno su *Modifiche al Testo Unico bancario*, Milano 6 ottobre 1999, 4 del dattiloscritto.

¹¹⁹ Così BOATTO, *op. cit.*, 388, il quale evidenzia che nel caso di fallimento «la scadenza anticipata non consegue certo ad un adempimento dell'obbligazione ma tutto al contrario è imposta dalla legge al fine di garantire il concorso di tutti i creditori»; la tesi della applicabilità della norma in caso di fallimento del finanziato era stata sostenuta da BOZZA, *La perpetuazione dei privilegi degli istituti di credito fondiario*, in *Fallimento*, 1994, 785 ss.

¹²⁰ Cass., 18 luglio 2008, n. 19978. Per la giurisprudenza di merito, Trib. Monza, 22 marzo 2006,

B) La risoluzione del contratto.

Alla risoluzione del contratto di credito fondiario è dedicato il secondo comma dell'art. 40, che stabilisce che «la banca può invocare come causa di risoluzione del contratto il ritardato pagamento quando lo stesso si sia verificato almeno sette volte, anche non consecutive. A tal fine costituisce ritardato pagamento quello effettuato tra il trentesimo e il centottantesimo giorno dalla scadenza della rata».

Anche questa disposizione costituisce evoluzione e compimento di principi rinvenibili nella previgente normativa in materia di credito fondiario: in particolare, norme che «limitassero» l'incidenza della risoluzione per inadempimento nel contratto di credito fondiario sono ravvisabili già nel Testo Unico del 1905, che – come già illustrato *supra* – rappresenta la prima disciplina organica e «sedimentata» della materia.

Si è parlato di «limiti» all'incidenza della risoluzione per inadempimento: e l'espressione utilizzata – volutamente generica – si rende opportuna perché dottrina e giurisprudenza sono state spesso discordi nell'individuare la natura giuridica di tali limiti, ora identificati in una «clausola risolutiva ex lege» (così veniva talora qualificato il meccanismo apprestato dall'art. 39 del T.U. del 1905), ora invece individuati come specifica applicazione del principio della decadenza dal beneficio del termine di cui all'art. 1186 c.c.¹²¹.

Il tenore letterale della norma di cui al secondo comma dell'art. 40, peraltro, induce oggi alcuni interpreti della normativa a ritenere senz'altro quella in esame una ipotesi di risoluzione contrattuale, seppure come fattispecie derogatoria di quella individuata dal codice civile, in quanto «limitativa del potere di risoluzione o di recesso»¹²².

Il citato meccanismo «limitativo» della potestà risolutoria del negozio si fonda sulla distinzione tra «ritardato» e «mancato» pagamento: il primo («ritardato») «quello effettuato tra il trentesimo e il centottantesimo giorno dalla scadenza della

in *Riv. dott. comm.*, 2007, 2, 291.

¹²¹ PETRAGLIA, *op. ult. cit.*, p 115-116

¹²² PETRAGLIA, *op. ult. cit.*, p 116-117.

rata»; il secondo («mancato») quello che risulta non intervenuto alla scadenza del centottantesimo giorno dalla scadenza della rata.

La valenza «limitativa» della norma risiede quindi nella inibizione, per la banca, ad avvalersi del potere di risolvere il contratto (per inadempimento) laddove si versi in ipotesi di mero «ritardato» inadempimento, se non quando quest'ultimo abbia avuto a verificarsi «almeno sette volte, anche non consecutive», introducendo così una sorta di «diritto all'elasticità di adempimento»¹²³.

È sicuramente condivisibile, al riguardo, l'opinione secondo la quale con tale disciplina il legislatore abbia voluto prevedere una «soglia», al di sotto della quale l'inadempimento del soggetto finanziato debba considerarsi necessariamente «non importante» ai sensi dell'art. 1455 del codice civile.

Occorre peraltro rimarcare come la previsione di limitazioni all'esercizio della potestà risolutoria del contratto in capo alla banca non osti – almeno in linea di principio – all'operatività del diverso istituto della decadenza dal beneficio del termine, previsto e disciplinato dall'art. 1186 c.c.¹²⁴.

13.11.1. Segue. Una disposizione “extra-vagante”: il nuovo art. 40 bis del Testo Unico Bancario

L'ultima (in ordine di tempo) “grande” riforma del Testo Unico – quella operata con il D.lgs n. 141 del 2010 – ha comportato anche l'ingresso, all'interno della disciplina delle particolari operazioni di credito (e, più in particolare, all'interno della disciplina del credito fondiario), del nuovo art. 40-bis, in materia di “cancellazione delle ipoteche”. Si tratta (con l'apporto di alcune modifiche) della disciplina che era stata già emanata con l'art. 13, co. 8, da *sexies* a *septies*, da

¹²³ Si veda in particolare, BONFATTI, *La nuova disciplina dei crediti speciali*, in *Giur. comm.*, 1994, I, 1015. Sul punto si veda Trib. Salerno, 4 febbraio 2011, secondo cui la clausola risolutiva espressa che preveda la possibilità per la banca di risolvere il mutuo in caso di mancato integrale pagamento anche di una sola rata, sarebbe nulla per contrasto con l'art. 40, co. 2, TUB, visto come norma imperativa.

¹²⁴ In questa prospettiva PETRAGLIA, *op. ult. cit.*, 118; PIGA, *La risoluzione per inadempimento e il ritardo nell'adempimento nelle operazioni di credito fondiario*, in *Giust. civ.*, 1996, II, 47. In questa prospettiva Trib. Napoli, 17 luglio 2012, in *Banca borsa tit. cred.*, 2013, 5, II, 575, con nota di FRIGENI.

novies a undecies e quaterdecies, del decreto legge n. 2 /2007 (cosiddetto "Bersani bis"), poi convertito in legge n. 40 dello stesso anno¹²⁵.

Senonché già ad una prima lettura della norma si comprende come la disciplina ivi contenuta non assume specifico rilievo con riguardo alla disciplina del credito fondiario, giacché trova applicazione per "mutui e finanziamenti, *anche non fondiari*, concessi da banche ed intermediari finanziari, ovvero concessi da enti di previdenza obbligatoria ai propri dipendenti o iscritti", di talché, come è stato condivisibilmente affermato in dottrina, la scelta della "sede smateriae" operata dal legislatore appare quanto mai "improvvida"¹²⁶. Attesa la sostanziale estraneità della materia alla specificità della operazione fondiaria, in questa sede ci si limita pertanto a rinviare alla copiosa produzione dottrinale in materia¹²⁷.

13.12. Premessa: i «privilegi» delle operazioni di credito fondiario

L'analisi del «corpus» di disposizioni relative ai cosiddetti «privilegi processuali» o «procedurali» riconosciuti alle operazioni di credito fondiario, attualmente collocato nel contesto dell'art. 41 T.U., conduce, preliminarmente, a rilevare come l'intervento del legislatore non sia stato indirizzato nel senso di un ampliamento delle disposizioni «speciali» o, comunque, derogatorie rispetto ai principi generali, quanto, piuttosto, in quello di un generale snellimento normativo.

Prima di riscontrare quanto di «antico» sia rimasto, perdurante segno della «specialità» del credito fondiario, occorre infatti dare conto di ciò che più non figura nella disciplina esecutiva del credito fondiario: è stato eliminato l'art. 38 del r.d. n. 646 del 1905, che disponeva che «il pagamento di interessi, annualità, compensi, diritti di finanza e rimborsi di capitale dovuti all'istituto, non può essere

¹²⁵ Sul punto si veda FALCONE, *Le operazioni di credito fondiario alla luce delle disposizioni del decreto legge n. 7 del 2007, convertito nella legge n. 40 del 2007 (c.d. "Decreto Bersani Bis")*, in *Dir. fall.*, 2007, I, 721 ss., e ID, *Commento sub art. 40 bis*, in PORZIO – BELLI – LOSAPPIO – RISPOLI FARINA – SANTORO (a cura di), *Testo Unico Bancario. Addenda di aggiornamento ai d. lgs. n. 141/2010 e 218/2010*, Milano 2011, 1 ss.

¹²⁶ Così FALCONE, *Commento sub art. 40 bis*, cit., 1.

¹²⁷ Tra i commenti, oltre a quello di FALCONE appena citato, si segnala in particolare quelli di SEPE, *op. cit.*, 477-490, e di BOATTO, *op. cit.*, 395-407.

ritardato da alcuna opposizione», e così pure l'art. 40 dello stesso regio decreto, che assicurava agli istituti la possibilità di rivalersi dei beni del soggetto finanziato «coll'istessa procedura di cui si giova lo Stato per la riscossione delle imposte dirette».

Analogamente, il potere dell'istituto di immettersi nel possesso dell'immobile ipotecato (art. 41), quello di promuovere la vendita al prezzo fissato nel contratto di mutuo (art. 49), il potere di surroga nell'espropriazione intrapresa da altro creditore (art. 51) e la previsione della possibilità di ridurre i termini processuali – già nell'art. 52 – risultano parimenti non riprodotti nel contesto normativo del Testo Unico.

La mancata riproduzione di talune norme è stata spiegata, da un lato, adducendo la circostanza che il contenuto precettivo di alcune è ora assicurato dal tenore dell'attuale codice di rito, dall'altro con la scarsissima applicazione di altre¹²⁸.

Al termine della rassegna delle disposizioni non riprodotte, deve poi necessariamente aggiungersi la eliminazione della disposizione – già contenuta nell'art. 20 del regio decreto – secondo cui, ed in deroga alle disposizioni del codice di rito, veniva previsto che «i successori a titolo universale o particolare del debitore e gli aventi causa debbono notificare giudizialmente all'istituto come essi sono sottentrati nel possesso o godimento del fondo ipotecato», aggiungendosi che, in forza di tale notifica, «l'istituto procederà contro di loro nel modo stesso come avrebbe proceduto contro l'originario debitore» e stabilendo, in mancanza, che «gli atti giudiziari ... possono essere diretti contro il debitore iscritto, quando anche il fondo o per morte o per vendita o per qualsiasi altro titolo, anche di godimento temporaneo, sia nel frattempo passato nelle mani di uno o più eredi, ovvero di aventi causa o terzi, con o senza divisione». La norma, invero, risultava già non riprodotta nel contesto della legge n. 175 del 1991 e ciò aveva originato dubbi in merito alla perdurante vigenza della stessa nell'ordinamento¹²⁹, dubbi che

¹²⁸ PETRAGLIA, *Il credito fondiario dopo il Testo Unico*, cit., 140.

¹²⁹ TARDIVO, *L'ultravigenza provvisoria dell'art. 20 del T.U. sul credito fondiario e il rimedio dell'art. 615*

neppure la reiterata sottoposizione al vaglio del giudice costituzionale, ma soltanto l'espressa abrogazione sancita dal primo comma dell'art. 161 del Testo Unico, ha definitivamente fugato; scelta, quest'ultima, salutata come opportuna in ragione della «falcidia dei diritti dei terzi» e del sovvertimento del sistema pubblicitario che la disposizione abrogata importava¹³⁰.

13.13. I privilegi procedurali: caratteri generali

Con riguardo ai privilegi di natura processuale che il Testo Unico ha inteso conservare, giova preliminarmente rimarcare l'opera di razionalizzazione che ha portato alla riunione delle disposizioni relative nell'unico articolo 41.

Nel contempo, anche con riguardo alle norme di carattere procedurale dovrà – come relativamente alle altre disposizioni «di favore» – rilevarsi come in tanto dette disposizioni trovano una ragione di sopravvivenza e di razionalizzazione, in quanto le stesse vengano a fondarsi non più sulla asserita «specialità» del soggetto che le ponga in essere – come già, invece, nel corpo del Testo Unico del 1905 – ma sui connotati oggettivi della «operazione» di credito fondiario.¹³¹

Sempre con riguardo all'ambito applicativo delle disposizioni oggetto di indagine, non potrà mancarsi di rilevare, infine, come anche le disposizioni procedurali relative alle operazioni di credito fondiario trovino applicazione ulteriore – in ragione dei richiami effettuati dall'art. 42 comma 4 e dall'art. 44 ultimo co. – anche alle operazioni di credito agrario e di credito alle opere pubbliche, ove siano rispettati i parametri oggettivi richiesti per la «fondiarietà» dell'operazione (ipoteca di primo grado, rispetto delle percentuali di finanziabilità).

13.14. Atti preparatori dell'esecuzione

c.p.c. per il proprietario acquirente: riconoscimento del contraddittorio nel processo esecutivo?, nota a Cass., 3 aprile 1995, n. 3910, in *Vita not.*, 1995, 1254 ss.

¹³⁰ PETRAGLIA, *Il credito fondiario dopo il Testo Unico*, cit., 141.

¹³¹ SALETTI, *L'espropriazione per credito fondiario nella nuova disciplina bancaria*, in *Riv. dir. proc.*, 1994, 985 ss.; ORIANI, *L'espropriazione singolare per credito fondiario*, in *Corr. giur.*, 1995, 370 ss.; PETRAGLIA, *Il credito fondiario dopo il Testo Unico*, cit., 139.

Ancora una norma di favore della banca: il primo comma dell'art. 41 conferma l'esclusione, in capo alla banca che abbia posto in essere un'operazione di credito fondiario, dell'obbligo di notificare il titolo contrattuale esecutivo. La disposizione era già contenuta nel primo comma dell'art. 43 del Testo Unico del 1905.

La disposizione appare derogatoria nei confronti del principio generale, fissato dall'art. 479 c.p.c., in forza del quale «se la legge non dispone altrimenti, l'esecuzione forzata deve essere preceduta dalla notificazione del titolo in forma esecutiva e del precetto».

È stato peraltro ritenuto che il tenore della norma sia nel senso di un esonero della banca solo dal notificare il contratto spedito in forma esecutiva, e non già anche dall'obbligo di notificare – comunque – il contratto unitamente al precetto¹³²; diversamente opinando, infatti, ove mai l'esecuzione fosse iniziata in danno di un terzo accollante il finanziamento, quest'ultimo non potrebbe altrimenti essere messo a conoscenza del titolo contrattuale, qualora questo non gli fosse trasmesso a cura del debitore originario.

La «ratio» della norma dovrà pertanto intendersi unicamente nel senso di concedere alla banca maggiore speditezza operativa, esonerandola dalla necessità di ottenere dal notaio rogante la copia in forma esecutiva, col conseguente allungamento dei tempi e appesantimento procedurale¹³³.

A tale riguardo occorre ricordare come i contratti di finanziamento, per costituire titolo esecutivo, debbono essere redatti per atto pubblico, giusta il principio di cui all'art. 474 c.p.c.; forma, peraltro, non necessaria per l'iscrizione ipotecaria che necessariamente accede al finanziamento medesimo, posto che per quest'ultima è sufficiente la scrittura privata autenticata. Vi sono casi, peraltro, in cui il contratto, pur redatto per atto pubblico, non potrà assumere la valenza di titolo esecutivo: ciò accadrà, più precisamente, nell'ipotesi in cui l'operazione si concluda con il sistema del «doppio atto». In tale ultimo caso il valore di titolo esecutivo dovrà piuttosto riconoscersi all'atto pubblico di erogazione e quietanza,

¹³²SEPE, *op. cit.*, 495-496.

¹³³ SEPE, *op. cit.*, 495-496.

rogato a seguito dell'antecedente contratto "condizionato"¹³⁴.

13.15. Il rapporto tra esecuzione individuale e fallimento

Il secondo comma dell'articolo in commento riserva alla banca la facoltà di iniziare o eseguire l'azione esecutiva sui beni ipotecati a garanzia del finanziamento fondiario «anche dopo la dichiarazione di fallimento del debitore», aggiungendo che «il curatore ha facoltà di intervenire nell'esecuzione» e che «la somma ricavata dall'esecuzione, eccedente la quota che in sede di riparto risulta spettante alla banca, viene attribuita al fallimento».

La Relazione al Testo Unico spiega la formulazione della norma nei termini di un accoglimento legislativo della interpretazione giurisprudenziale consolidatasi anteriormente alla emanazione del Testo Unico. Più in generale, lo scopo della norma è stato individuato in quello di «consentire alla banca un più celere realizzo della garanzia, senza dover attendere i tempi e la definizione della procedura fallimentare»¹³⁵.

È stato giustamente rilevato come lo scopo prefisso dalla norma sia particolarmente "ambizioso"¹³⁶, avuto riguardo al tema, oggetto di un intenso dibattito dottrinale e giurisprudenziale sotto la previgente normativa. La soluzione ora accolta espressamente dal Testo Unico veniva fatta in precedenza scaturire dalla interpretazione del combinato disposto degli articoli 42 del Testo Unico del 1905 e 51 della legge fallimentare. In ragione del primo «le disposizioni delle leggi e dei regolamenti sul credito fondiario sono sempre applicabili anche in caso di fallimento del debitore per i beni ipotecati dagli istituti del secondo», mentre, a norma del secondo, vengono fatte salve le diverse disposizioni di legge (individuate da dottrina e giurisprudenza proprio nel citato articolo 42) rispetto alla regola generale secondo la quale dal giorno della dichiarazione di fallimento non possono essere iniziate o proseguite azioni esecutive individuali.

¹³⁴ PETRAGLIA, *Il credito fondiario dopo il Testo Unico*, cit., 142.

¹³⁵ SEPE, *op. cit.*, 497 ss.

¹³⁶ PETRAGLIA, *Il credito fondiario dopo il Testo Unico*, cit., 150.

A fronte di tale ricostruzione non si era mancato, peraltro, di rimarcare come tale norma non prevedesse – in verità – alcuna deroga espressa al divieto delle azioni esecutive individuali, quanto un mero «rinvio» alle disposizioni relative al credito fondiario, non essendo idonea, in quanto tale (mancando nella disciplina del credito fondiario una deroga espressa al principio fatto proprio dall'art. 51 1. fall.), a fondare una facoltà, per la banca, di iniziare o proseguire, in costanza di fallimento, una azione esecutiva individuale.

Anche la possibilità per il curatore, a fronte di una espropriazione già iniziata dalla banca, di intraprendere un'altra, concorrente, azione esecutiva, dovrebbe oggi revocarsi in dubbio, ammettendosi unicamente, in capo al curatore medesimo, un potere di intervento nella procedura esecutiva già instaurata, dichiarata espressamente dalla seconda parte del comma 2 dell'articolo oggetto di analisi: soluzione ora esplicitamente dettata dal legislatore, ma in precedenza concordemente raggiunta dalla dottrina e dalla giurisprudenza.

D'altro canto, occorre soffermarsi anche sulla reale natura della posizione giuridica soggettiva che compete al curatore a fronte di una procedura esecutiva individuale già promossa dalla banca: è pur vero, infatti, che detta posizione viene ricostruita dalla legge in termini di «facoltà» di intervento; tuttavia, dovendo ritenersi preclusa, agli altri creditori, la possibilità di intervenire nella procedura esecutiva individuale, l'intervento del curatore rappresenta, in pratica, il mezzo indispensabile per assicurare il rispetto della «par condicio»; pertanto, più opportunamente, la posizione giuridica del curatore è stata spiegata nei termini di un «diritto-dovere»¹³⁷.

Proprio questa ricostruzione ha consentito a una recente giurisprudenza di legittimità¹³⁸ di escludere che la banca abbia l'onere di insinuarsi al passivo del fallimento al fine di assicurare la titolarità delle somme conseguite in sede esecutiva: in tal modo, la mai sopita disputa intorno alla natura – sostanziale o meramente processuale – del privilegio attribuito dal comma in discorso alla

¹³⁷ PETRAGLIA, *Il credito fondiario dopo il Testo Unico*, cit., 152.

¹³⁸ Cass., 15 giugno 1994, n. 5806, in *Fallimento*, 1994, 1161, con nota di PANZANI.

banca verrebbe a risolversi a tutto vantaggio della prima soluzione. In realtà deve oggi pervenirsi alla soluzione opposta, sulla base delle previsioni della riforma della legge fallimentare: infatti l'art. 53 l. fall., dopo aver affermato il principio per cui "ogni credito (...) deve essere accertato secondo le norme stabilite dal Capo V, salvo diverse disposizioni della legge", aggiungendo che tale principio si applica "anche ai crediti esentati dal divieto di cui all'art. 51" (e il credito fondiario, è per l'appunto, uno di detti crediti).

Al riguardo occorre, però, domandarsi se l'espletamento della funzione che così si è inteso attribuire al curatore sia sufficientemente garantito dalla effettiva portata della norma, ché, anzi, una visione critica di quest'ultima – propria di recente giurisprudenza di merito – ha fatto dubitare della legittimità costituzionale della stessa sotto il profilo della tutela del diritto di difesa ai sensi dell'art. 24 della Costituzione¹³⁹.

Anzi, non si è mancato di osservare come al curatore competa anche l'onere di evitare che il prezzo base d'asta dell'immobile possa essere fissato in misura inferiore al valore di mercato – fosse pure per facilitarne la aggiudicazione – in quanto ciò andrebbe "a scapito dei creditori concorsuali cui giova l'eventuale supero del prezzo di aggiudicazione rispetto al credito vantato dalla banca procedente"¹⁴⁰.

Si aggiunge anche che la somma ricavata dall'esecuzione che risultasse, in sede di riparto, superiore alla quota spettante alla banca, dovrà essere attribuita al fallimento. In questa prospettiva, l'intervento del «testunificatore» ha avuto un obiettivo chiarificatore rispetto al testo della normativa previgente, ove veniva stabilito (art. 55 del Testo Unico del 1905) che detta somma dovesse attribuirsi «a chi di ragione».

L'obbligo, per il curatore, di versare alla banca le rendite dei beni ipotecati, dedotte le spese di amministrazione e i tributi era già previsto dall'art. 42, comma

¹³⁹Trib. Ivrea, 10 maggio 1995, in *Fallimento*, 1996, 183, con nota di COLOMBINI; Trib. Firenze, 13 settembre 1995, in *Dir. fall.*, II, 1996, 565, con nota di VINDIGNI.

¹⁴⁰ SEPE, *op. cit.*, 498-499.

1, del Testo Unico del 1905; analogo obbligo era disposto, per il sequestratario, dall'art. 48 dello stesso provvedimento; il terzo comma dell'art. 41 conserva la disposizione, accorpandola in un'unica norma, ed estendendo espressamente l'obbligo al custode dei beni pignorati.

È stato osservato come l'esecuzione di tale obbligo si renda possibile soltanto «a seguito della presentazione del conto (parziale) e della sua approvazione da parte del giudice, in conformità a quanto disposto dagli articoli 560, comma 1, e 593 c.p.c.»¹⁴¹.

Quanto alla individuazione del soggetto tenuto alla custodia dei beni pignorati (e, quindi, al versamento delle somme), ad un atteggiamento giurisprudenziale volto ad individuare tale soggetto unicamente nella figura del curatore ha fatto seguito una ricostruzione contraria, volta cioè a rendere possibile anche la nomina a custode di una terza persona, ed a riservare la scelta non già al giudice delegato del fallimento, bensì al giudice dell'esecuzione¹⁴², rendendosi centrale la disciplina della esecuzione individuale sia nell'ipotesi in cui la dichiarazione di fallimento preceda il pignoramento (qui il curatore potrà chiedere, in quanto intervenuto, la nomina del custode), sia in quella in cui il pignoramento preceda il fallimento (qui il custode è già stato nominato dal giudice dell'esecuzione); viene rilevato, peraltro, come l'avvenuta abrogazione dell'art. 45 T.U. potrebbe risultare argomento contrario alla ricostruzione effettuata dal giudice di legittimità¹⁴³.

È forse in questa prospettiva che deve leggersi l'ampia articolazione dei soggetti tenuti all'obbligo del versamento delle somme: «custode», «amministratore giudiziario», «curatore».

Quanto al carattere – definitivo o provvisorio – del versamento delle rendite, si ritiene che la soluzione della provvisorietà sia più accettabile – anche con riguardo al problema dei versamenti effettuati dagli aggiudicatari, di cui ai successivi commi – in ragione della regola per cui provvisoria è anche l'attribuzione delle

¹⁴¹ SEPE, *op. cit.*, 499.

¹⁴² Cass., 2 giugno 1994, n. 5352, in *Fallimento*, 1994, 1277.

¹⁴³ PETRAGLIA, *Il credito fondiario dopo il Testo Unico*, cit., 146. 84 ID., 144.

somme in sede esecutiva.

Ricalca il contenuto dell'art. 55 del Testo Unico del 1905 il quarto comma dell'art. 41 del Testo Unico, ove si afferma che il giudice dell'esecuzione, con il provvedimento che dispone la vendita o l'assegnazione deve prevedere che l'assegnatario o l'aggiudicatario che non intendano avvalersi della facoltà di subentrare nel contratto di finanziamento (consentita dal comma successivo) versino direttamente alla banca la parte del prezzo corrispondente al complessivo credito della stessa; in mancanza di tale adempimento nel termine fissato dallo stesso giudice dell'esecuzione, gli stessi, aggiunge la norma, «sono considerati inadempienti ai sensi dell'art. 587 del codice di procedura civile», con la conseguenza, quindi, della decadenza dalla aggiudicazione o dall'assegnazione.

Quanto alla facoltà di subentro nel contratto di finanziamento (con assunzione dei relativi obblighi), il quinto comma dell'art. 41 la riconosce all'aggiudicatario o all'assegnatario senza necessità di autorizzazione del giudice dell'esecuzione (altrimenti necessaria ex art. 508 c.p.c.), subordinatamente, peraltro, alla circostanza che entro quindici giorni dal decreto ex art. 574 c.p.c. o dalla data dell'aggiudicazione o dell'assegnazione vengano pagate alla banca le rate scadute, gli accessori e le spese. Si aggiunge, ancora, che «nel caso di vendita in più lotti, ciascun aggiudicatario o assegnatario è tenuto a versare proporzionalmente alla banca le rate scadute, gli accessori e le spese».

La facoltà di subentro era già prevista negli artt. 61–62 del Testo Unico del 1905, condizionatamente, peraltro, al pagamento, da parte del subentrante, di un prezzo di aggiudicazione superiore di due quinti al residuo credito dell'istituto.

Si è anche sostenuto – ancor prima della emanazione del Testo Unico – che la facoltà di subentro configurerebbe, in capo agli aggiudicatari ed agli assegnatari, un «diritto potestativo» ad ottenere una «reviviscenza» del contratto di finanziamento anche in ipotesi di avvenuta risoluzione del medesimo ma non si è mancato di rilevare come tale possibilità, sia pur teoricamente apprezzabile, risulti,

di fatto, di difficile realizzabilità¹⁴⁴.

L'ultimo comma dell'art. 41 stabilisce, infine, che il trasferimento del bene espropriato e il subentro nel contratto di finanziamento «restano subordinati all'emanazione del decreto previsto dall'art. 586 del codice di procedura civile»; nel comma in discorso si è colta una forma, sia pure indiretta, di controllo giurisdizionale, esercitabile anche con riguardo al potere di sospendere la vendita¹⁴⁵.

13.16. Credito fondiario e credito ai consumatori

Si è evidenziato come il credito fondiario, nell'ambito delle "particolari operazioni di credito", si distingua per l'assenza di qualsivoglia scopo legale del finanziamento. A ciò si può anche aggiungere che le qualità soggettive del finanziato neppure rilevano. Potrà quindi verificarsi la circostanza in cui al credito fondiario intenda accedere una persona fisica, animata dal perseguimento di finalità diverse dalla attività imprenditoriale o professionale eventualmente svolta: vale a dire da un soggetto operante nella qualità di "consumatore".

Ci si potrebbe pertanto domandare, in questi casi, se debba trovare applicazione la disciplina degli artt. 38 ss. T.U., o non, piuttosto, quella del "credito ai consumatori" di cui agli artt. 121 ss. del medesimo T.U..

La soluzione al problema è offerta dallo stesso T.U., che individua i margini di applicabilità dell'una o dell'altra disciplina. Dall'art. 122 si ricava che la disciplina del credito ai consumatori non si applica per i finanziamenti "di importo superiore a 200 euro e superiore a 75.000 euro"; né ai finanziamenti "destinati all'acquisto o alla conservazione di un diritto di proprietà su un terreno o su un immobile edificato o progettato; né ai finanziamenti garantiti da ipoteca su beni immobili aventi una durata superiore a cinque anni.

In linea di principio, quindi, la disciplina sul credito fondiario (ricorrendone, beninteso, i presupposti di applicabilità propri) troverà esclusiva applicazione,

¹⁴⁴ Id., 149.

¹⁴⁵ Id., 149.

ancorché il finanziato operi in qualità di consumatore, nei casi di finanziamenti superiori a 75.000 euro, di durata superiore a cinque anni, e sempreché non siano destinati all'acquisto o alla conservazione di un diritto di proprietà su un terreno o su un immobile edificato o progettato.

La questione si pone tuttavia in quanto l'ordinamento domestico è chiamato a dare attuazione anche alle disposizioni della direttiva 2014/17/UE, in tema di contratti di credito ai consumatori relativi a beni immobili residenziali 146)¹⁴⁶. Anche con riferimento a tale direttiva, che assume connotati di specificità rispetto alla precedente direttiva 2008/48/CE (di cui le disposizioni del t.u.b. in materia di credito ai consumatori costituiscono attuazione), si porranno necessariamente problemi di coordinamento con la disciplina in materia di credito fondiario: essa infatti sarà destinata a trovare applicazione anche ai casi di "contratti di credito garantiti da un'ipoteca o da un'altra garanzia analoga comunemente utilizzata in uno Stato membro sui beni immobili residenziali oppure da un diritto connesso ai beni immobili residenziali" (art. 3).

Vale a completare il discorso ricordare che la direttiva 2014/17/UE del 4 febbraio 2014, pubblicata nella Gazzetta Ufficiale UE del 28 febbraio 2014, ha la finalità di fornire regole comuni nel settore dei mutui e conseguentemente una tutela rafforzata ai consumatori che concludono contratti immobiliari, con ciò scongiurando le pratiche scorrette ed ingannevoli diffuse (specialmente in riferimento ai contratti garantiti da ipoteca) negli ultimi anni, e che hanno condotto ad una profonda crisi del sistema immobiliare.

Il termine per l'adeguamento della legislazione interna dei singoli Stati membri ai principi stabiliti dalla direttiva è stato fissato al 21 marzo 2016, nel tentativo di garantire una soglia minima di tutela e trasparenza, attraverso la diffusione di regole comuni relative ai contratti di finanziamento, individuate sulla base delle specificità dei contratti di credito relativi ai beni immobili, oltre che di approfondite

146) Un quadro generale della Direttiva in LA CASAS, "INFORMAZIONI GENERALI" E "INFORMAZIONI PERSONALIZZATE" NELLA NUOVA DIRETTIVA SUI MUTUI IPOTECARI AI CONSUMATORI, in *Impresa e mercato*, 2015, 251 ss.

valutazioni circa il merito creditizio, basate su accurate indagini nella fase pre-contrattuale e su criteri uniformi di valutazione degli immobili che costituiscono oggetto di garanzia.

L'ambizioso obiettivo della direttiva è quello di creare un autentico mercato interno, con un livello elevato ed equivalente di protezione dei consumatori, per cui stabilisce disposizioni (che dovranno essere oggetto di piena armonizzazione) relativamente alle informazioni precontrattuali – che saranno fornite attraverso un Prospetto informativo europeo standardizzato (PIES) – e al calcolo del TAEG.

Infatti, per garantire ai consumatori del settore creditizio un quadro coerente e per ridurre al minimo gli oneri amministrativi per i creditori e gli intermediari del credito, la direttiva impone che siano fornite al consumatore: le informazioni contenute nella pubblicità relativa ai contratti di credito concernenti beni immobili residenziali con un esempio rappresentativo; informazioni precontrattuali dettagliate su un prospetto informativo standardizzato; spiegazioni adeguate prima della conclusione del contratto di credito; chiarimenti in ordine al calcolo del tasso annuo effettivo globale (TAEG), spese notarili escluse.

La finalità della direttiva è in sostanza quella di garantire un elevato livello di protezione dei consumatori che sottoscrivano contratti di credito relativi a beni immobili, per cui ambisce a migliorare le condizioni per l'instaurazione e il funzionamento del mercato interno ravvicinando le legislazioni degli Stati membri e definendo standard qualitativi per alcuni servizi, in particolare per quanto riguarda la distribuzione e l'erogazione di crediti attraverso creditori ed intermediari del credito.

Quando la nuova disciplina sarà a regime, come si è già rilevato, anche la disciplina interna del credito fondiario, che ha subito negli anni molteplici modificazioni, non potrà non tenere in conto l'impatto del recente quadro normativo.

Le reti di imprese: profili ricostruttivi*

di Gabriella Gimigliano

Dottore e assegnista di ricerca in Diritto commerciale e bancario

1. Dai distretti alle reti di imprese: continuità e discontinuità

L'analisi del quadro normativo rivela un certo grado di continuità funzionale ed istituzionale tra la nozione di "distretto" e quella di "rete". In linea generale, entrambi sono disciplinati come strumento di supporto alla crescita ed alla competitività delle imprese e rappresentano forme di sostituzione gestoria delle imprese nei rapporti con i privati e le pubbliche amministrazioni, con le banche o con gli altri intermediari finanziari abilitati alla concessione di credito, con gli enti locali regionali e le agenzie fiscali ed entrambi valorizzano il ruolo delle camere di commercio, industria ed artigianato.

I distretti industriali sono stati istituzionalizzati con la l. n. 317 del 1991 come «le aree territoriali locali caratterizzate da elevata concentrazione di piccole imprese, con particolare riferimento al rapporto tra la presenza delle imprese e la popolazione residente nonché alla specializzazione produttiva dell'insieme delle imprese». Nella nozione giuridica di "piccola impresa" è compresa la «a) piccola impresa industriale quella avente non più di 200 dipendenti e 20 miliardi di lire di capitale investito, al netto di ammortamenti e rivalutazioni monetarie; b) piccola impresa commerciale e piccola impresa di servizi, anche del terziario avanzato, quella avente non più di 75 dipendenti e 7,5 miliardi di lire di capitale investito, al netto di ammortamenti e rivalutazioni monetarie»¹.

Due considerazioni possono essere svolte in merito alla disciplina del distretto di cui alla l. n. 317 del 1991. In primo luogo la nozione giuridica di distretto accolta è coerente con una certa letteratura economica (Becattini, 1989) che, muovendo dall'idea marshalliana di distretto industriale, lo ha inquadrato alla stregua di un'«entità socio-territoriale caratterizzata dalla compresenza attiva, in un'area

¹Cfr., art. 1, co. 2, l. 317/1991.

territoriale circoscritta, naturalisticamente e storicamente determinate, di una comunità di persone e di una popolazione di imprese industriali».

Pertanto, è ben comprensibile che il distretto produttivo non presenti una propria dimensione nel sistema di diritto civile. Non è configurabile né come organizzazione né come contratto. E' essenzialmente un contesto socio-economico-territoriale che coinvolge regioni, associazioni di categoria e consorzi di sviluppo industriale. Soltanto il consorzio di sviluppo industriale, legislativamente qualificato come ente pubblico economico, è abilitato ad agire come ente esponenziale nei rapporti giuridici che interessano le imprese del distretto. Infatti, i consorzi di sviluppo industriale.

«(...) promuovono nell'ambito degli agglomerati industriali attrezzati dai consorzi medesimi, le condizioni necessarie per la creazione e lo sviluppo di attività' produttive nei settori dell'industria e dei servizi. A tale scopo realizzano e gestiscono, in collaborazione con le associazioni imprenditoriali e con le camere di commercio, industria, artigianato e agricoltura, infrastrutture per l'industria, rustici industriali, servizi reali alle imprese, iniziative per l'orientamento dei lavoratori, dei quadri direttivi e intermedi e dei giovani imprenditori, e ogni altro servizio sociale connesso alla produzione industriale»².

Il distretto diviene, quindi, il *contesto* nel quale le linee di politica nazionale si coordinano con le specificità territoriali che sono tradotte dagli enti regionali, in stretto coordinamento con le camere di commercio, industria ed artigianato, nelle priorità che poi orienteranno gli accordi di programma tra regioni, associazioni imprenditoriali, camere di commercio. In base alle priorità di intervento saranno poi selezionati i progetti considerati innovativi, finanziati direttamente dalle regioni.

Una seconda considerazione: il distretto rappresenta soltanto uno degli

² Art. 36, co. 5, L. 317/1991. La delibera CIPE 21 marzo 1997 sulla programmazione negoziata confora la tesi che il distretto industriale è istituzionalizzato come contesto di sviluppo piuttosto che come un soggetto distinto dalle imprese che vi fanno capo: in quella sede, ad esempio, nel disciplinare i patti territoriali, sono riconosciuti come soggetti sottoscrittori, tra gli altri, i consorzi di sviluppo industriale operanti nel territorio oggetto del patto.

strumenti contemplati dal legislatore italiano per sostenere lo sviluppo, l'innovazione e la competitività al livello nazionale ed internazionale delle piccole imprese. Si inserisce in un ventaglio di iniziative dirette ora a promuovere l'ammodernamento del ciclo produttivo della singola (piccola) impresa³ ora ad agevolare la crescita dimensionale delle imprese italiane favorendo forme aggregative come i consorzi, le società consortili, le società cooperative⁴.

Terza considerazione: l'incentivo allo sviluppo è il riconoscimento di agevolazioni fiscali, essenzialmente nella forma del credito di imposta ovvero di contributi in conto capitale, secondo una tecnica che, come vedremo, trova conferma nella disciplina delle reti.

Il quadro giuridico decisamente cambia con la L n. 266 del 2005 (la legge finanziaria del 2006)⁵. I distretti – precisamente i distretti produttivi – sono definiti come

« (...) libere aggregazioni di imprese articolate sul piano territoriale e sul piano funzionale, con l'obiettivo di accrescere lo sviluppo delle aree e dei settori di riferimento, di migliorare l'efficienza nell'organizzazione e nella produzione, secondo principi di sussidiarietà verticale ed orizzontale, anche individuando modalità di collaborazione con le associazioni imprenditoriali»⁶.

³ Sono considerati investimenti innovativi la realizzazione di sistemi di meccanizzazione delle fasi di lavorazione, montaggio, manipolazione, controllo, misura, trasporto, magazzinaggio del ciclo produttivo; la realizzazione o l'acquisizione di sistemi elettronici per l'elaborazione dei dati; l'acquisizione di brevetti industriali o licenze funzionali allo svolgimento delle attività produttive e così di seguito (cfr. art. 5, L n. 317 del 1991).

⁴ E' promossa la costituzione di società consortili o consorzi tra piccole imprese aventi ad oggetto la promozione dello «sviluppo, anche tecnologico, e la realizzazione della produzione, della commercializzazione e della gestione delle imprese consorziate». L'art. 19, L n. 317 del 1991, scende nel dettaglio ed elenca le attività che possono formare oggetto di questi consorzi o società consortili: l'acquisto di beni strumentali o l'acquisizione di tecnologie avanzate, la creazione di una rete distributiva comune, l'acquisizione di l'acquisizione, costruzione e gestione in comune di magazzini o di centri per il commercio all'ingrosso la partecipazione nei mercati nazionali ed esteri a gare ed appalti indetti da enti pubblici e privati e così via.

⁵ Per la precisione tra la l. 317/1991 e la legge finanziaria 2006 intercorrono altri due provvedimenti normativi che tuttavia non presentano cambiamenti degni di rilievo ai fini dell'indagine in corso. Il riferimento è, ad esempio, alle società finanziarie per l'innovazione e lo sviluppo che possono accedere al credito di imposta in misura proporzionale alle partecipazioni assunte nella forma di quote di SRL, di azioni di SPA, di opzioni su quote o azioni o, ancora, mediante la sottoscrizioni di obbligazioni convertibili in piccole imprese.

⁶ La disciplina dei distretti produttivi è considerata applicabile anche ai distretti rurali.

A questo punto il distretto non è più soltanto un *contesto*: è un'aggregazione di imprenditori (non solo piccoli imprenditori), individuati in ragione dell'appartenenza ad un determinato territorio ovvero ad un medesimo settore merceologico.

Ne è rimasta inalterata la funzione: infatti, il distretto è un'aggregazione finalizzata ad accrescere la produttività delle imprese che vi fanno capo ed a rendere più efficiente la produzione e l'organizzazione. Scompare l'elencazione delle forme di organizzative privilegiate ovvero degli investimenti considerati come innovativi e quindi ammessi ai benefici fiscali.

Non è chiaro se il distretto-aggregazione rappresenti un soggetto giuridico unitario e distinto dagli imprenditori che vi fanno capo. Consideriamo che spetta al distretto ripartire il carico tributario tra le imprese interessate osservando criteri di trasparenza e parità di trattamento; che il distretto può concordare con gli enti locali, in forma vincolante e per almeno un triennio, il volume dei tributi che le imprese appartenenti al distretto devono versare e può fungere da "intermediario" tra le imprese che vi afferiscono e le pubbliche amministrazioni. Quindi, sembra atteggiarsi come un'aggregazione con una rilevanza esterna: infatti, nei rapporti commerciali i distretti hanno «la facoltà di stipulare, per conto delle imprese, negozi di diritto privato secondo le norme in materia di mandato di cui agli articoli 1703 e seguenti del codice civile»; sono abilitati a stipulare convenzioni con banche ed intermediari finanziari residuali per facilitare l'accesso del distretto in quanto tale ovvero di singoli imprenditori partecipanti ad una linea di credito; possono costituire, insieme a soggetti pubblici e privati, fondi di investimento in capitale di rischio delle imprese che aderiscono al distretto medesimo.

I dati normativi sono divergenti: la disciplina sembra quasi suggerire che il distretto sia un soggetto giuridico nuovo e distinto dagli imprenditori che vi fanno capo, però non fa alcun cenno a profili di autonomia patrimoniale ovvero al regime di responsabilità per obbligazioni assunte in nome proprio (sia pure per conto degli imprenditori-mandanti). Al riguardo gioca un rilievo essenziale la circostanza che il distretto non possa offrire una garanzia patrimoniale sussidiaria alle

obbligazioni assunte dalle imprese che vi fanno capo, nonostante nel procedimento di costituzione di idonee garanzie per l'accesso al credito⁷ sia caratterizzato da un merito creditizio valutabile distintamente rispetto al merito creditizio delle imprese che vi fanno capo.

Il punto per un giurista non è se il distretto-aggregazione possa risolversi in un semplice accordo tra gentiluomini ovvero essere costruito in forma di consorzio o società consortile, ad esempio, quanto stabilire quali requisiti siano necessari e sufficienti perché l'aggregazione possa essere qualificata come distretto produttivo e, di conseguenza, accedere ai relativi benefici fiscali, alle agevolazioni amministrative, alla disciplina civilistica corrispondenti.

Dunque, considerando le coordinate normative, l'omesso riferimento all'esercizio in comune di un'attività economica, alla mancanza di ogni riferimento alla costituzione di un fondo comune ed al rinvio alla disciplina del mandato in merito ai rapporti tra distretto e consorzio, sembra ragionevole sostenere che il raggruppamento non rappresenti un autonomo centro di imputazione di situazioni giuridiche attive e passive e che la natura del raggruppamento (contrattuale o gerarchica) ovvero la forma contrattuale assunta (contratti bilaterali collegati; contratti plurilaterali a comunione di scopo) sia influente ai fini della qualificazione del raggruppamento come distretto produttivo. Piuttosto si rivela qualificante la condivisione di un "progetto produttivo" che conferisce al raggruppamento-distretto un avviamento e quindi un merito creditizio diverso, presumibilmente superiore, rispetto a quello delle imprese che lo compongono singolarmente considerate. Il progetto produttivo può essere condiviso mediante diverse forme contrattuali, dal franchising, alla subfornitura, al consorzio con attività esterna alla cooperativa. Pertanto, in funzione della forma organizzativa

⁷ Già la L n. 317 del 1991 aveva affrontato il problema dell'accesso al credito e del reperimento del capitale di rischio. Non a caso l'art. 29 ss. contempla l'intervento dei consorzi di garanzia collettiva dei fidi e consente alle società finanziarie per l'innovazione e lo sviluppo di beneficiare di agevolazioni nella forma del credito d'imposta in proporzione agli investimenti effettuati in piccole imprese nella forma della sottoscrizione di obbligazioni convertibili, di acquisto di quote di s.r.l. ovvero di azioni di s.p.a.

privilegiata dal raggruppamento, i rapporti del distretto con l'esterno possono essere intrattenuti dalla capogruppo, da una delle imprese (ad esempio, l'impresa-leader nei rapporti di subfornitura) che opera nell'interesse ed in nome delle imprese che vi fanno capo in forza di un mandato collettivo.

Solo con il D.L. n. 112 del 2008 alla figura del distretto si affianca l'altra della rete di imprese (e di catene di fornitura). Entrambi sono definiti come «*libere aggregazioni di singoli centri produttivi coesi nello sviluppo di politiche industriali, anche al fine di migliorare la presenza sui mercati internazionali*». Le finalità delle reti non sono molto diverse da quelle dei distretti: i) lo scambio e la diffusione di maggiori tecnologie; ii) lo sviluppo di servizi di sostegno; iii) lo sviluppo di forme di collaborazione tra «realità produttive» interregionali; iv) il rafforzamento delle misure organizzative e di integrazione della filiera; v) il sostegno di processi di internazionalizzazione.

Un decreto del Ministro dell'economia e delle finanze, da emanare previa intesa con la Conferenza Stato-Regioni, avrebbe dovuto definire le caratteristiche e le modalità di individuazione delle reti (e delle catene di fornitura) alle quali applicare, per espresso rinvio legislativo, la L 266/2005 in tema di distretti. Il decreto non è mai stato adottato e, pertanto, non sono stati offerti chiarimenti su quella «sorta di soggettività» alla quale, secondo la Camardi (2009),

«(...) sembra riconducibile un obiettivo di mera semplificazione dei procedimenti, e che assomiglia di più ad una forma di rappresentanza legale e di centro di gestione dati, che non ad un vero e proprio centro di imputazione di diritti ed obblighi, patrimonialmente autonomo e dotato di propri organi e mezzi, sganciato pertanto dal meccanismo della rappresentanza».

Nonostante la evidente lacunosità del quadro normativo, la scelta di affiancare ai distretti le reti di imprese sembra aver fatto sintesi delle riflessioni in atto nel sistema economico italiano: gli economisti avevano evidenziato, sia pure con sfumature diverse, l'esigenza di una profonda riorganizzazione del sistema economico italiano, soprattutto al fine di migliorare la «flessibilità – oggi spontanea e destrutturata – delle imprese e dei sistemi produttivi al fine di creare

un tessuto connettivo che consenta di massimizzare i costi di governo della varietà, della variabilità e dell'indeterminatezza a quelli delle grandi imprese ma, anche, di codificare e replicare conoscenze e metodi» (Sprovieri, 2010).

Sembra interessante la tesi del c.d. capitalismo globale della conoscenza che postula una continua rigenerazione dei vantaggi competitivi individuali. Al cuore un concetto che ritorna spesso nelle letture gius-economiche: non vi sono più situazioni di instabilità intervallate da fasi di relativa stabilità nelle quali l'elemento di rischio/incertezza rappresenta un'eventualità possibile ma costante; piuttosto gli imprenditori versano in una «condizione in cui l'insicurezza domina incessantemente la scena economica, delineando un paesaggio in cui gli elementi costanti sono pochi e collocati su un orizzonte che sembra continuamente allontanarsi» (Sanguigni – Bilotta, 2011). In un contesto di questo tipo («dove l'unica certezza è l'incertezza», appunto), è stato sostenuto che soltanto la conoscenza rappresenti la vera risorsa per dominare la complessità. Secondo l'approccio del *Knowledge Management*, la conoscenza produce valore se conferisce carattere distintivo in rapporto ai concorrenti e se diventa parte integrante del processo economico. Ma questo secondo risultato sembra possa essere raggiunto soltanto quando la conoscenza viene immessa in un processo di propagazione che dà luogo ad un effetto moltiplicativo. Le reti rappresenterebbero, appunto, il veicolo di diffusione e lo strumento moltiplicativo per antonomasia: «le reti costituiscono il sistema attraverso cui la conoscenza fluisce, si propaga e si rigenera, alimentando i processi produttivi e di consumo in cui siamo immersi» (Sanguigni – Bilotta, 2011).

Quale che sia l'approccio adottato, il dato costante degli studi economici verte nella consapevolezza degli imprenditori di operare in contesti incerti, nei quali la necessità di rimodulare continuamente le risorse e le competenze a fronte della turbolenza dei mercati, dell'intensa competitività internazionale e del ritmo accelerato dei processi innovativi, si misura con la difficoltà di accesso al capitale di debito. In un contesto siffatto, la competitività non può essere recuperata soltanto promuovendo la crescita dimensionale ma puntando anche all'aumento

della capacità produttiva che «potenzialmente induce anche ad una successiva crescita dimensionale» (Capuano, 2010; Vella, 2011).

2. La rete come contratto: Evoluzione del quadro normativo

Un primo cenno ai sistemi di rete di imprese risale all'art. 6-bis, L. n. 133/2008, che ha convertito in legge il D.L. n. 112 del 2008. Le reti sono definite come «libere aggregazioni di imprese» e gli imprenditori che le formano o aderiscono possono beneficiare delle semplificazioni contabili e procedurali previste per la partecipazione ai distretti industriali secondo l'art. 1, L. n. 266 del 2005, fatta eccezione dei tributi dovuti agli enti locali.

Il concetto giuridico di *rete* è inquadrato esclusivamente da un profilo funzionale come un istituto che stimola lo scambio e lo sviluppo di nuove tecnologie, il superamento del regionalismo produttivo ed, infine, l'accesso ai mercati internazionali. Queste finalità legislative rimarranno tendenzialmente costanti nell'evoluzione della figura della rete di imprese.

Nell'art. 3, L. n. 33 del 2009⁸, che ha convertito il D.L. n. 5 del 2009, la rete prende forma come contratto bi- o plurilaterale, concluso tra imprenditori.

La rete è disciplinata come un contratto a comunione di scopo, del quale il c.d. scopo-fine è accrescere la capacità innovativa e la competitività sul mercato dei partecipanti, mentre lo scopo-mezzo è individuato nell'esercizio in comune di una o più attività economiche riconducibili ai rispettivi oggetti sociali.

Quanto alla forma del contratto, deve essere redatto per atto pubblico o per scrittura privata autenticata, anche se non ne è chiara la valenza giuridica. Potrebbe essere condizione di validità del contratto, considerate le assonanze funzionali con il consorzio, ma anche rivestire una rilevanza prettamente probatoria, ai fini dell'iscrizione dell'atto presso gli uffici del registro delle imprese nei quali sono iscritti i partecipanti.

⁸ Con il contratto di rete «due o più imprese si obbligano ad esercitare in comune una o più attività economiche rientranti nei rispettivi oggetti sociali allo scopo di accrescere la reciproca capacità innovativa o competitività sul mercato».

Del contratto in esame è stabilito anche un contenuto minimo. Precisamente, il contratto deve indicare (i) la denominazione sociale delle imprese aderenti, (ii) le attività comuni, (iii) il programma della rete, quindi i diritti e gli obblighi dei partecipanti, le modalità di conseguimento dello scopo comune, (iv) il fondo patrimoniale comune e le relative modalità di gestione, così come l'oggetto e la misura dei contributi dei singoli partecipanti ed i criteri di valutazione dei medesimi; ovvero, in alternativa, la possibilità per i partecipanti di ottemperare alla propria obbligazione deliberando la costituzione di patrimoni destinati ex art.2447-bis, lett. a), c.c., (v) la durata del contratto, (vi) le ipotesi di recesso, (vii) l'istituzione di un organo comune incaricato di eseguire il programma di rete, con l'indicazione dei suoi poteri, eventualmente di rappresentanza, nonché delle modalità di partecipazione all'attività dell'organo comune di ogni imprenditore aderente alla rete.

Nello stesso anno, nel quadro degli interventi a sostegno dello sviluppo⁹, la disciplina del contratto di rete è stata leggermente modificata:

- Originariamente il ventaglio dei soggetti qualificati come parti era limitato alle società di capitali, mentre la novella al testo legislativo amplia la partecipazione ad ogni tipologia di imprenditore;
- Nel regolamento contrattuale devono essere precisati non soltanto le attività da svolgere insieme ma altresì gli «obiettivi strategici», chiamati a fungere da parametro per la valutazione dei miglioramenti della capacità innovativa e competitiva delle imprese aderenti;
- Al fondo patrimoniale comune, del quale era già prevista la necessaria istituzione, è disposta l'applicazione, nei limiti della compatibilità, degli artt. 2614 e 2615 c.c.;
- Il contratto di rete è disciplinato come contratto aperto sia in entrata che in uscita: era già prevista l'indicazione delle cause di recesso, ora è prescritta l'indicazione delle condizioni di accesso. Considerata l'ampia autonomia

⁹ Art. 1, L. n. 99 del 2009 di conversione del D.L. n. 5 del 2009.

contrattuale riconosciuta alle parti nella costruzione del contratto di rete, potremmo immaginare che gli imprenditori partecipanti possano optare per la costituzione di una rete chiusa?;

- In merito alla disciplina dell'organo comune è ampia l'autonomia contrattuale riconosciuta alle parti. L'elemento di novità è rappresentato da una norma dispositiva che conferisce all'organo comune il potere di rappresentanza degli imprenditori partecipanti alle rete nelle procedure di programmazione negoziata con le pubbliche amministrazioni, nelle procedure concernenti interventi di garanzia per l'accesso al credito o di promozione e tutela dei prodotti italiani all'estero. L'organo comune non è mai espressamente indicato come rappresentante della rete, piuttosto come rappresentante degli imprenditori partecipanti, individualmente o collettivamente considerati.

La L. n. 122 del 2010 ha sostituito la disposizione al comma 4-ter rimodellando i tratti giuridici del contratto di rete, quasi a comprendere ogni forma di collaborazione tra imprenditori.

La rete è disciplinata come un contratto plurilaterale, con il quale i partecipanti perseguono lo scopo di «accrescere, individualmente e collettivamente, la propria capacità innovativa e la propria competitività sul mercato». Quanto allo scopo-mezzo il programma di rete può prevedere

- La collaborazione in forme ed ambiti determinati attinenti alle rispettive imprese;
- Lo scambio di informazioni o di prestazioni di natura industriale, commerciale, tecnica o tecnologica;
- L'esercizio in comune di una o più attività che sono riconducibili all'oggetto delle rispettive imprese.

Sono indicati precisi requisiti di forma - l'atto pubblico o la scrittura privata autenticata – e l'efficacia del contratto inizia a decorrere dalla data dell'ultima

iscrizione. L'efficacia verso i terzi o anche tra le parti? Secondo l'Agenzia delle Entrate, l'osservanza del requisito formale presenta un'efficacia costitutiva in senso lato. In questi termini, sembra completamente esclusa la possibilità della partecipazione occulta o di fatto o della rete irregolare. Può l'autonomia contrattuale dei privati elaborare un contratto di rete atipico?

Al contrario, il contenuto essenziale del contratto è rimasto inalterato. E' previsto che il regolamento indichi

- le parti (nome, ditta, ragione o denominazione sociale);
- gli obiettivi strategici di innovazione e competitività, le modalità concordate dalle parti per «misurare l'avanzamento verso tali obiettivi»;
- la definizione del programma di rete con l'indicazione dei diritti e degli obblighi delle parti, le modalità di realizzazione dello scopo comune e l'eventuale costituzione di un fondo patrimoniale e di un organo comuni;
- l'indicazione della durata del contratto, delle condizioni di accesso alla rete, delle eventuali cause di recesso anticipato unitamente alle modalità di esercizio del relativo diritto, fatta salva in ogni caso l'applicazione delle disposizioni in tema di scioglimento totale o parziale dei contratti plurilaterali comunione di scopo¹⁰.

Le modifiche di maggior rilievo interessano l'istituzione dell'organo comune e del fondo patrimoniale: entrambi diventano elementi accidentali del contratto.

L'ufficio dell'organo comune può essere rivestito da una persona fisica o giuridica, incaricata dell'esecuzione del programma di rete o di una o più fasi di esso. Alle parti spetta disciplinarne i poteri e le modalità di sostituzione. Nel tentativo di chiarire il rapporto tra l'organo ed i partecipanti alla rete da un canto ed i terzi dall'altro, è disposto che nell'esercizio dei poteri di amministrazione e di rappresentanza l'organo comune agisce in qualità di mandatario - dei partecipanti alla rete, come sottinteso -, quasi a voler escludere qualsiasi rapporto di

¹⁰ Le cause facoltative di recesso si aggiungono alle cause di recesso previste dal codice civile per i contratti plurilaterali a comunione di scopo.

immedesimazione organica con la rete in sé. Spettano all'organo comune i poteri di rappresentanza dei partecipanti, individualmente o collettivamente considerati, i) nelle procedure di programmazione negoziata con le pubbliche amministrazioni, ii) nelle procedure inerenti interventi di garanzia per l'accesso al credito e di rilancio del sistema imprenditoriale nei processi di internazionalizzazione; iii) nei processi di utilizzazione di strumenti promozionali e di tutela dei prodotti e dei marchi di qualità o di provenienza, alle quali fa espressamente riferimento il dato normativo, delle quali sono le ultime rappresentano una vera novità. Le parti possono, con apposita pattuizione contrattuale, escludere i poteri di rappresentanza dell'organo comune summenzionati.

In tema di *governance* è ampio lo spazio riservato all'autonomia contrattuale delle parti. In linea di massima è possibile distinguere le decisioni che spettano all'organo comune che agisce in qualità di mandatario dalle materie o gli aspetti del programma di rete che non sono riconducibili all'area di competenza dell'organo comune e sulle quali il regolamento contrattuale è chiamato a stabilire le regole per l'assunzione delle decisioni dei partecipanti; la disciplina ha confermato il principio dell'unanimità per le modifiche del programma di rete, salvo che sia espressamente prevista la modificabilità a maggioranza, assicurando trasparenza sulle modalità di assunzione delle decisioni.

Oltre l'istituzione dell'organo comune anche la costituzione di un fondo patrimoniale comune è divenuta facoltativa. La mancanza, però, preclude il buon esito del procedimento di asseverazione da parte degli organi competenti e, di conseguenza, l'accesso alle agevolazioni fiscali per le reti di imprese¹¹.

La nuova disciplina, infatti, ha istituito anche un sistema di agevolazioni *ad hoc* per le reti di imprese¹², che consente l'accesso ad un regime di sospensione di

¹¹ La disciplina conserva la possibilità che ciascuna parte ottemperi al requisito patrimoniale mediante l'istituzione di un patrimonio destinato di cui all'art. 2447-bis, lett. a), c.c., laddove sia consentito dal contratto.

¹² Fino al 2009 il legislatore si era limitato a prevedere l'estensione alle reti degli interventi agevolativi previsti per i distretti industriali, dei quali la novella prevedeva una ricognizione. Questo aspetto sarà successivamente chiarito dal decreto del Ministero delle Finanze del 25 Febbraio 2011 e dalla circolare n. 15/E dell'Agenzia delle Entrate del 14 Aprile dello stesso anno.

imposta sugli utili d'esercizio destinati alla realizzazione del programma di rete ed opera in sede di saldo ai fini delle imposte sui redditi dovute per il periodo in cui si riferiscono gli utili accantonati¹³. Ne possono beneficiare sia le imprese residenti che quelle non nel territorio della Repubblica italiana purché aventi nel territorio una stabile organizzazione.

L'accesso è subordinato alla sussistenza degli elementi del contratto di rete di imprese «riconosciuto» e dei requisiti di partecipazione degli imprenditori aderenti. Sarà compito degli «organismi di espressione dell'associazionismo imprenditoriale» abilitati a questo incarico o di organismi pubblici con i medesimi requisiti, stabili con decreto dal Ministro dell'Economia e delle Finanze. All'Agenzia delle Entrate spettano i poteri di accertamento e di controllo sull'esecuzione dei contratti di rete e sulla realizzazione degli investimenti che hanno dato accesso all'agevolazione. L'attività di controllo insiste su

- L'accantonamento a riserva del patrimonio netto di una quota degli utili di esercizio, da destinare appunto al patrimonio destinato o al fondo comune, del quale dare evidenza nella nota integrativa (limitatamente ai soggetti che sono tenuti a redigerla);
- L'asseverazione del programma di rete: è questo l'atto conclusivo del procedimento mediante il quale gli organismi deputati attestano la presenza dei requisiti da parte delle imprese aderenti alla rete e degli elementi costitutivi del contratto¹⁴.

Tuttavia, gli investimenti devono essere realizzati entro l'esercizio successivo a quello al quale risale la delibera di accantonamento degli utili ovvero di costituzione del patrimonio destinato. Le imprese in rete decadranno dalla sospensione d'imposta in caso di scioglimento unilaterale del contratto, di utilizzazione degli utili per scopi diversi dagli investimenti programmati, salvo il

¹³ I costi ammissibili sono i costi relativi a beni, servizi e personale che sono destinati («messi a disposizione») alla rete. Gli imprenditori della rete hanno l'onere di dimostrare, producendo adeguata documentazione contabile ed amministrativa, che i predetti costi sono stati sostenuti per la realizzazione degli investimenti previsti dal programma di rete.

¹⁴ Decreto MEF 25.02.2011.

caso di copertura di perdite di bilancio, e di scioglimento del contratto di rete.

Con la novella del 2012¹⁵ è stata introdotta la distinzione tra rete con e senza soggettività giuridica.

Conservando il profilo funzionale del contratto e l'accidentalità del fondo patrimoniale e dell'organo comune, è stabilito che quando il contratto di rete di imprese contempla i due elementi accidentali *può* acquisire la soggettività giuridica se, scelta una sede della rete, il contratto nella forma dell'atto pubblico o della scrittura privata autenticata è iscritto presso il registro delle imprese nella cui circoscrizione la sede della rete è collocata. Se un automatismo può essere riscontrato è tra l'iscrizione presso l'ufficio del registro delle imprese nel quale è posta la sede della rete e l'acquisto della soggettività giuridica; al contrario, nessun automatismo consta tra la previsione contrattuale di un organo comune e di un fondo comune e l'acquisto della soggettività giuridica. Alla rete-soggetto non si applica una particolare disciplina, se non per i seguenti aspetti che fanno implicitamente o esplicitamente riferimento al caso:

- Entro due mesi dalla chiusura dell'esercizio annuale l'organo comune è chiamato a redigere una situazione patrimoniale osservando, nei limiti della compatibilità, le norme sul bilancio di esercizio delle s.p.a., provvedendo al deposito presso l'ufficio delle imprese del luogo in cui «ha la sede»;
- Salvo che non sia diversamente disposto, l'organo comune agisce in rappresentanza della rete «quando questa acquista soggettività giuridica» nelle procedure di programmazione negoziata con le pubbliche amministrazioni, nelle procedure su interventi di garanzia per l'accesso al credito, nelle processi di internazionalizzazione e di innovazione, nonché di promozione e tutela di marchi e brevetti di qualità.

¹⁵ Il riferimento è al D.L. n. 83 del 22 giugno 2012, recante "Misure urgenti per la crescita del Paese", in G.U. n. 147 del 26 giugno 2012 n. 129, convertito con modifiche in l. n. 134 del 7 agosto 2012, pubblicata in G.U. n. 187 dell'11 agosto 2012 n. 171; D.L. n. 179 del 18 ottobre 2012 recante "Ulteriori misure urgenti per la crescita del Paese", pubblicato in G.U. n. 245 del 19 ottobre 2012 n. 194, convertito dalla L. n. 221 del 17 dicembre 2012, in G.U. n. 294 del 18 dicembre 2012, n. 208. Da ultimo, il D.L. n. 95 del 6 luglio 2012 recante "Disposizioni urgenti per la revisione della spesa pubblica con invarianza dei servizi ai cittadini", in G.U. n. 156 del 6 luglio 2012 n. 141.

- Infine, nei limiti della compatibilità, si applica la disposizione all'art. 2615 bis, co 2, c.c., a tenore del quale negli atti e nella corrispondenza della consorzio o, meglio, della rete devono essere indicati la sede, l'ufficio del registro delle imprese presso il quale è iscritto ed il numero della registrazione.

La novella del 2012 non modifica la disciplina sul profilo funzionale, il contenuto minimo ed i requisiti formali del contratto di rete di imprese. Prova, però, a migliorare l'affidabilità e la *spendibilità* sul mercato dell'attività della rete. Infatti, dispone che – anche in caso di incompatibilità tra l'assetto della rete e le disposizioni agli artt. 2614 e 2615 c.c.- il fondo comune patrimoniale gode di autonomia patrimoniale, almeno nel rapporto con i terzi. Infatti, è disposto che «in ogni caso, per le obbligazioni contratte dall'organo comune in relazione al programma di rete, i terzi possono far valere i loro diritti esclusivamente sul fondo comune».

Provando a considerare quali e quante articolazioni della rete di imprese:

- Il contratto di rete presenta il contenuto minimo prescritto ma non contempla l'istituzione né di un organo comune né di un fondo patrimoniale comune (o di patrimoni destinati): in questo caso la fattispecie sarà riconducibile a quella tipizzata, quale che sia la forma utilizzata, ma non potrà accedere ai benefici fiscali. Stessa conclusione se il contratto di rete prevede l'istituzione di un organo comune ma non quella di un fondo comune patrimoniale o di patrimoni destinati¹⁶;

- Il contratto di rete presenta il contenuto minimo prescritto, prevede l'istituzione di un fondo patrimoniale comune ovvero consente agli imprenditori partecipanti di contribuire mediante l'istituzione di patrimoni destinati all'affare, con o senza l'istituzione di un organo comune. In tal caso il contratto corrisponde alla fattispecie tipizzata e, se è stato stipulato come atto pubblico o scrittura privata autenticata, può essere iscritto presso l'ufficio del registro delle imprese ove sono iscritti gli imprenditori partecipanti ed, a fronte del noto procedimento di

¹⁶ Quale che sia la forma osservata nel contratto di rete.

asseverazione, accedere ai benefici fiscali. La rete, però, non acquista una distinta soggettività giuridica (anche in presenza di un organo comune);

- Il contratto di rete prevede l'istituzione di un organo comune, di un fondo patrimoniale comune e di una sede della rete e l'atto è stipulato nella forma dell'atto pubblico o della scrittura privata autenticata: le parti possono chiedere l'iscrizione del contratto nella sezione ordinaria del registro delle imprese nella circoscrizione in cui è posta la sede della rete. In questo caso, la rete può diventare soggetto di diritto distinto dagli imprenditori-partecipanti.

La disciplina appena tratteggiata solleva più di un dubbio con il quale il giurista è chiamato a misurarsi:

- Se la causa del contratto è configurabile come la funzione economico-individuale, ci si chiede se il giudizio sulla causa (del contratto di rete) dovrà essere limitato ad una verifica del livello minimo di razionalità dell'operazione ovvero se lo scrutinio debba spingersi fino al punto di accertare la maggiore o minore realizzabilità del programma di attività. Secondo Scognamiglio (2009)

«(...) solo il contratto di rete che prefiguri un programma di attività fin dal principio irrealizzabile (obiettivi strategici totalmente al di fuori di quelli ragionevolmente perseguibili dalle parti, anche, in ipotesi, alla luce dell'inadeguatezza del fondo comune; attività comuni, poste a base della rete, al contrario radicalmente estranee a quelle espletate, ed espletabili, dai contraenti) potrà incappare in un giudizio di invalidità per radicale carenza del requisito della causa»¹⁷.

- La mancanza di ogni forma di tutela dei partecipanti alla rete secondo un'opzione legislativa che ha privilegiato la logica del contratto rispetto a quella

¹⁷ Diversamente, la maggiore o minore idoneità del contratto di rete a migliorare la capacità innovativa o competitiva sul mercato dei partecipanti alla rete può essere causa di risoluzione del contratto per impossibilità sopravvenuta se accertato una volta iniziata l'esecuzione del contratto. Cfm., Cafaggi, 2009.

dell'organizzazione societaria solleva molti dubbi sulla modalità di composizione dei conflitti tra i partecipanti. Al riguardo la Camardi (2009) ha individuato nei momenti di ingresso o nell'espulsione nel/dal sistema oppure nelle eventuali modificazioni del regolamento contrattuale i c.d. momenti di "debolezza contrattuale" rispetto ai quali sembra difficile immaginare, secondo la Studiosa, che le parti siano in grado di trovare una soluzione equilibrata a fronte di comportamenti opportunistici. Ad esempio, come sono distribuiti i costi ed i benefici derivanti dall'attuazione del programma di rete? Ad avviso di Cafaggi (2009) i benefici potrebbero essere distribuiti in funzione del rischio assunto da ciascun partecipante ovvero proporzionalmente al valore della prestazione di ciascun partecipante intesa come la quota del valore di mercato del bene ovvero del servizio prodotto all'interno del piano di collaborazione con ovvie difficoltà rispetto alla valutazione dei contributi in conoscenza. Stesso discorso può essere fatto nella distribuzione dei costi, criterio che può costruito in modi differenti sia pure nel perimetro segnato dall'abuso di dipendenza economica;

- L'attitudine della nozione di contratto di rete a disciplinare le reti costruite attraverso contratti bilaterali collegati piuttosto come contratti plurilaterali¹⁸. La Camardi (2009) ammette la possibilità di applicare la nuova disciplina a diverse fattispecie contrattuali basate sul collegamento negoziale nella misura in cui è possibile individuare un programma di rete esercitato in comune. Al contrario, la Maugeri [2009] ha sollevato forti perplessità sull'attitudine dell'intervento legislativo in esame ad attribuire rilevanza al collegamento negoziale considerando che è arduo enucleare una nozione unica ed onnicomprensiva di collegamento rilevante:

«Ciò che si vuol dire che il collegamento sembra assumere senso non in sé ma

¹⁸In questo caso la disciplina dei rimedi, dell'invalidità, dell'inadempimento, dell'interpretazione, della risoluzione del contratto, dell'estensione del regolamento negoziale dal contratto principale a quelli collegati, il regime della responsabilità tra e verso le imprese della rete per violazione degli obblighi positivi di cooperazione scaturenti dal collegamento (negoziale) dovrebbero essere inquadrate e disciplinate proprio in virtù di quel collegamento negoziale.

in funzione del tipo di interesse che si intende proteggere e del conflitto che si intende risolvere, cosicché il collegamento cui attribuire eventualmente rilevanza ai fini dell'interpretazione potrebbe dover essere affatto diverso da quello a cui attribuire rilevanza ai fini della responsabilità nei confronti dei terzi e quest'ultimo a sua volta potrebbe dover essere diverso da quello a cui attribuire rilevanza per individuare la responsabilità dei diversi nodi della rete».

- Quando sono costituiti patrimoni destinati piuttosto che un fondo comune, è dubbio se, in forza del contratto di rete, possa essere stabilito un collegamento «con efficacia reale» tra gli atti istitutivi dei singoli patrimoni destinati. La Iamiceli (2009), in particolare, si chiede se «proprio l'unicità del fine non possa valere, almeno a certe condizioni, unicità dell'affare, con la conseguenza che, a prescindere dal patrimonio direttamente coinvolto nella singola operazione, il creditore possa aggredire uno qualsiasi dei patrimoni destinati al medesimo affare». Al quesito, la Iamiceli offre una risposta tendenzialmente affermativa: una separazione intra-reticolare sarebbe giustificata esclusivamente dalla specificità del rischio economico sopportato rispetto alle altre imprese partecipanti. Laddove la natura del rischio economico non consenta di individuare profili di specificità, l'autorità giudiziaria sarebbe legittimata a squarciare il velo della separazione intra-reticolare e trattare la rete alla stregua di una rete con fondo comune. Di posizione opposta a quella della Iamiceli, Villa (2010) ad avviso del quale il vincolo di destinazione impresso ai patrimoni presenta un rilievo meramente interno, alla stessa stregua dei patti parasociali dotati di un'organizzazione o delle società meramente interne di professionisti o ancora delle *joint ventures*, con la conseguenza che i beni destinati al programma di rete non potranno che essere riferiti all'originario titolare del patrimonio destinato ed all'organo comune spetteranno poteri di rappresentanza dei singoli contraenti e non della rete-persona giuridica;

- Le modalità di applicazione del "principio di compatibilità" in base al quale modulare il richiamo agli artt. 2614 e 2615: la compatibilità deve essere verificata

tra la disciplina legale del contratto di rete le disposizioni richiamate ovvero tra le medesime ed il regolamento contrattuale concretamente adottato dalle parti?

- Come qualificare il contratto se non presenta il contenuto minimo? Se, ad esempio, manca degli obiettivi strategici, del programma di rete, dell'indicazione delle modalità di realizzazione dello scopo comune? A rigore, non sarà riconducibile alla fattispecie tipizzata e, quindi, non sarà un contratto di rete. Sarà un diverso contratto di collaborazione, tipico come il consorzio o atipico.

3. Il contratto di rete e la dottrina

La formalizzazione del contratto di rete di imprese ha suscitato due diverse reazioni della dottrina economica e della letteratura giuridica.

La disciplina del contratto di rete è stata salutata dalla dottrina economica come un buon risultato perché ha avuto il merito di mettere a disposizione degli imprenditori, in particolare delle piccole e medie imprese, uno strumento di collaborazione delle imprese snello e duttile (Sprovieri, 2010; Sanguigni-Bilotta, 2011).

Al contrario, la dottrina giuridica ha ostentato un atteggiamento di tendenziale scetticismo, sia pure temperato da una profonda curiosità.

Ragionando sul quadro normativo del 2009, le riflessioni della letteratura giuridica un comune denominatore nelle critiche sollevate alla qualità del testo legislativo. In particolare, è stata evidenziata la lacunosità e l'imprecisione della disciplina giuridica¹⁹. Cafaggi (2009), che è tra i più ferventi sostenitori della bontà del contratto di rete, ha evidenziato che il quadro normativo avrebbe dovuto

- precisare uno o più modelli del contratto di rete, stabilendo un preciso collegamento tra il modello organizzativo ed il regime di responsabilità patrimoniale corrispondente;
- conferire alle reti un'evidente dimensione trans-nazionale;

¹⁹ Tuttavia è lo stesso Cafaggi (2009) a sostenere la necessità di un intervento normativo per supportare il processo di innovazione organizzativa soprattutto per quelle imprese che non hanno le risorse necessarie per avvalersi di esperti che elaborino nuovi modelli operativi.

- realizzare un compiuto coordinamento con le altre forme di aggregazione contrattuale previste nel sistema del codice civile, infine disciplinare le ipotesi di abuso nella rete.

Al di là delle rilievo critici in tema di tecnica legislativa ed approccio normativo, la letteratura giuridica si è concentrata sull'inquadramento del contratto di rete interrogandosi sulle differenze rispetto a forme associative tipiche. In linea di massima, possono essere individuati nel tempo tre filoni dottrinali.

Nel primo filone si collocano i sostenitori (Cafaggi, 2009; Iamiceli, 2009; Scognamiglio, 2009) dell'inquadramento del contratto di rete come uno schema di contratto trans-tipico che può essere impiegato per assolvere funzioni diverse, singole o combinate, e che può dar vita a reti meramente interne ovvero a reti a rilevanza esterna alle quali applicare, in forza del principio di compatibilità, le disposizioni di cui agli artt. 2614 e 2615 c.c. Aderendo alla tesi del modello trans-tipico, Macario (2009) ha sostenuto che esso riesce ad esprimere la difficoltà di comprimere in un determinato tipo la complessità dei rapporti di rete visto che è ragionevole pensare che «il rapporto tra le imprese della rete si realizzi con modalità tali da "attraversare" e sintetizzare, eventualmente, una pluralità di tipi (a seconda delle variegate esigenze delle imprese volta per volta interessate)». Cafaggi è del parere che sebbene il contratto di rete postula un collegamento funzionale tra l'attività o le attività esercitate in comune e le imprese dei partecipanti, cosicché il venir meno del nesso di accessorietà o di strumentalità tra l'attività della rete e l'attività dei partecipanti rappresenta un tratto discriminante tra la fattispecie del contratto di rete e l'altra del contratto di consorzio.

Nel secondo filone si inquadrano diversi commentatori della disciplina in esame che, con argomentazioni non coincidenti, sostengono la indistinguibilità giuridica del contratto di rete rispetto al contratto di consorzio (Granieri, 2009; Maugeri,

2009; Marasà, 2010; Cuffaro, 2010)²⁰. E' interessante il ragionamento svolto da Marasà che, raffrontando la fattispecie e la disciplina del contratto di rete e del contratto di consorzio con funzioni cooperative, non ravvisa sostanziali differenze. Non sarebbero rintracciabili differenze sotto il profilo della fattispecie perché a) sono contratti stipulati tra imprenditori; b) perseguono scopi coincidenti: la finalità del contratto di rete di accrescere la reciproca capacità innovativa e la competitività sul mercato può essere perseguita anche attraverso i consorzi di cooperazione. Non a caso i consorzi con attività esterna presentano ad oggetto lo svolgimento in comune di una o più fasi delle rispettive imprese, mentre il contratto di rete ha ad oggetto l'esercizio in comune di una o più attività economiche riconducibili all'oggetto delle imprese partecipanti.

Il passaggio successivo del ragionamento di Marasà sta nel porre a confronto le rispettive discipline, per verificare se ci si trovi in presenza di una medesima fattispecie con due alternativi regimi giuridici tra i quali gli imprenditori possono scegliere. Tuttavia, l'Autore ha concluso in senso negativo anche rispetto a questo profilo. Prestando attenzione alla disciplina privatistica, Marasà ha considerato che

- sia il contratto di consorzio che l'altro di rete presuppongono la stipulazione in forma scritta (l'Autore aderisce alla tesi della forma scritta *ad substantiam*) e devono essere iscritti nel registro delle imprese (non importa solo il contratto di consorzio deve essere iscritto presso l'ufficio nella cui circoscrizione ha sede il consorzio stesso);
- entrambi prevedono che i partecipanti siano obbligati a corrispondere dei contributi che concorrono a formare un fondo comune patrimoniale analogamente al regime patrimoniale del consorzio con attività esterna, conclusione rafforzata dal richiamo agli artt. 2614 e 2615 c.c.²¹;

²⁰ Non a caso, riflettendo sull'opportunità di definire il contratto di rete, la Maugeri sostiene che resta il sospetto di trovarsi di fronte ad un'operazione di *re-branding* visto che non sono chiare le ragioni che non consentivano al consorzio di svolgere la medesima funzione.

²¹ L'Autore non sembra condividere la tesi che, in forza del principio di compatibilità, ammette l'applicazione degli artt. 2614 e 2615 c.c. ai contratti di rete solo nei casi in cui la rete dia luogo

- infine, entrambi contemplano l'indicazione dell'organo incaricato di eseguire il contratto, i suoi poteri di rappresentanza, la durata del contratto, le modalità di adesione e di recesso; tutti aspetti rimessi all'autonomia contrattuale con ampia corrispondenza rispetto alla disciplina del consorzio.

Questa valutazione comparativa consente a Marasà di concludere che «(...) il legislatore, non si sa se condizionato da vecchi pregiudizi nei confronti dei consorzi e/o suggestionato – come direbbe Ascarelli – dalla magia delle parole, ha preferito utilizzare il nuovo *nomen juris* di contratto di rete anziché quello di consorzio»²².

Al terzo filone possono essere ricondotti gli studi che, pur non condividendo la tesi del contratto trans-tipico, riconoscono al contratto di rete un'autonomia concettuale [Mosco, 2010; D'Auria, 2010].

Ad esempio, D'Auria individua nel contratto di rete un "meta-contratto" piuttosto che un contratto trans-tipico e ne individua la funzione economica del contratto di rete nel sostenere i fenomeni virtuosi di integrazione imprenditoriale e regolare l'esistente. Pertanto, il contratto di rete sarebbe da configurare alla stregua di un contratto quadro o contratto normativo rispetto ai rapporti contrattuali sottostanti.

Mosco²³, a sua volta, sostiene che il contratto di rete è, comunque, un contratto

all'esercizio di un'attività con terzi capace di generare obbligazioni da imputare ad un patrimonio autonomo e distinto da quello dei singoli partecipanti. Ma, si chiede Marasà (Marasà, 2010, 11), se «è la stessa definizione di contratto di rete che prevede, come connotato qualificante, l'esercizio in comune di una o più attività economiche, e, dunque, come potrebbero esercitarsi tali attività senza che ne scaturiscano diritti ed obblighi nei confronti dei terzi e, quindi, senza che ne derivi l'applicazione degli artt. 2614 e 2615 c.c.?».

²² In senso critico Mosco (2010, 848) considera non soltanto che la disciplina del contratto di rete non fa in alcun modo riferimento al contratto di rete ma altresì che il contratto di consorzio deve disciplinare o svolgere una fase del ciclo produttivo delle imprese consorziate a favore delle medesime, mentre alla rete può essere affidato anche l'esercizio di un'intera attività economica ai sensi dell'art. 2082 c.c. rivolgendosi, a tal fine, al mercato.

²³ Mosco non sembra pienamente persuaso della tesi del contratto trans-tipico avanzata da Cafaggi essenzialmente per due ordini di ragioni: in primo luogo non può essere sottovalutata l'opera di definizione legislativa svolta anche in occasione del contratto di rete ed, in aggiunta, perché lo scopo di accrescere la reciproca capacità innovativa rappresenta in ogni caso un profilo caratterizzante il contratto che, nonostante sia scarsamente "osservabile" da un punto di vista causale, imprime un preciso indirizzo all'attività esercitata in comune ed alla collaborazione.

plurilaterale a comunione di scopo. Se, però, è istituito un fondo patrimoniale comune, il contratto dà vita ad una rete necessariamente "entificata" dotata di una propria organizzazione: a sostegno di questa ricostruzione Mosco considera decisivo l'abbinamento legislativo del fondo patrimoniale comune e l'esercizio in comune di un'attività economica che ben può assumere i caratteri di un'attività di impresa. Al contrario, se il contratto contempla la costituzione di patrimoni destinati ad un specifico affare si avrà rete "non entificata" contraddistinta dalla relatività del vincolo giuridico e dalla libertà anche di etero-organizzazione, dal momento che «(...) il patrimonio destinato comporta una dissociazione contabile e reale ma non soggettiva di una parte del patrimonio, restando questa, pur destinata ad uno specifico affare, all'interno del soggetto giuridico costituente» (Mosco, 2010, 857). Questa distinzione ha anche ricadute organizzative con la necessità di predisporre un'organizzazione di rete che si avvalga dell'organo comune, inteso come organo con il compito di attuare il programma di rete e gestire il fondo. Tuttavia la distinzione ammette il passaggio (non novativo, precisa Mosco) dal modello della rete contrattuale a quella della rete organizzativa, rispettando quella elasticità che contraddistingue la prassi delle reti, e che può rappresentare semplicemente l'evoluzione di un disegno strategico già inizialmente recepito nel regolamento contrattuale.

Rispetto al quadro delineato con la L. n. 122 del 2010, il confronto ha evidenziato una tendenza alla *flessibilizzazione*. Considerando gli elementi del contratto di rete in una logica di continuità-discontinuità rispetto alla definizione ed alla disciplina previgente emergono una serie di tratti interessanti.

In primo luogo, il contratto di rete è (o, meglio, è rimasto) un contratto di impresa: è espressamente stabilito che possa essere stipulato soltanto da imprenditori. Non vi è dubbio che è imprenditore chi esercita professionalmente un'attività economica organizzata al fine della produzione o dello scambio di beni o servizi ex art. 2082 c.c. Non può, però, secondo Gentili (2010; *contra* Maltoni, 2011), essere obliterata la dimensione europea del diritto italiano, con la conseguenza che possono essere parti del contratto di rete anche professionisti

e gli enti senza scopo di lucro, visto che la nozione europea di impresa comprende chiunque eserciti un'attività economica, a prescindere dalla forma organizzativa assunta, ovvero dalla natura pubblica o privata del soggetto che la esercita. In questo modo riceve indiretta conferma l'idea che le associazioni di consumatori o gli enti pubblici non preposti istituzionalmente all'esercizio di un'attività economica, come gli enti autarchici territoriali o le università, non possono essere parti del contratto di rete. Il che non esclude che essi si leghino alla rete-collettività come soggetti esterni.

Nella disciplina del 2010 scompare il riferimento alla possibile struttura bilaterale del contratto di rete visto che la disposizione si limita a stabilire che il contratto è stipulato tra più imprenditori. Il dato normativo suggerisce che il contratto di rete si configura come contratto naturalmente plurilaterale senza però escludere – sostiene un'ampia dottrina – che anche due soli imprenditori possano validamente stipularlo (Cafaggi, 2010a; Gentili, 2010), nonostante sia pure difficile raggiungere il medesimo risultato.

Ma, alla luce dell'art. 1325 c.c., quali sono gli elementi essenziali del contratto di rete?

Da un punto di vista formale, la stipulazione nella forma dell'atto pubblico ovvero della scrittura privata autenticata non sembra condizionarne la validità ma l'efficacia, anche se non è chiaro se ne condizioni l'efficacia anche tra le parti o solo rispetto ai terzi (e così anche le successive modificazioni). Infatti, è espressamente stabilito che gli effetti del contratto iniziano a decorrere dal momento in cui l'ultima registrazione è stata effettuata. Pertanto, un contratto di rete è valido anche se difetta della forma prescritta (perché, ad esempio, è stipulato con scrittura privata semplice), nonostante non sarà in grado di superare il procedimento di asseverazione e quindi accedere ai benefici fiscali. Si dice che la forma assume un'efficacia costitutiva (Maltoni, 2011) ovvero che l'iscrizione nel registro delle imprese assuma un'efficacia costitutiva (Gentili, 2011).

Secondo Maltoni (2011) il requisito di forma sarebbe prescritto non tanto nell'interesse delle parti o di eventuali terzi creditori, «quanto nella volontà di

evitare che i partecipanti possano sfruttare in maniera impropria i vantaggi, anche fiscali, che la legge connette alla partecipazione alla rete». Tuttavia, l'accesso ai vantaggi fiscali è subordinato al procedimento di asseverazione degli organismi di diritto privato a ciò abilitati, che sono appunto chiamati a controllare i requisiti soggettivi delle parti così come la congruità del programma di rete alla disciplina legislativa. Inoltre, l'Agenzia delle Entrate verifica l'imputazione a riserva degli utili in sospensione di imposta e dei successivi utilizzi.

Il profilo causale del contratto di rete rimane sostanzialmente inalterato. Al riguardo, Maltoni (2011) individua nel contratto di rete una figura contrattuale a doppio livello funzionale distinguendo tra scopo-fine e scopo-mezzo: lo scopo-fine individua il livello qualificante dello schema negoziale – il miglioramento della capacità innovativa e competitiva delle imprese –, mentre lo scopo-mezzo indica il livello "specifico" della singola fattispecie concreta che coincide con l'obiettivo strategico del contratto. Con la nuova definizione legislativa è venuto meno l'*improvvido* – prendendo a prestito le parole di Cafaggi – richiamo all'esercizio in comune di una o più attività economiche, pertanto la funzione economico-individuale del contratto di rete può essere individuata nell'esercizio in comune di una o più attività economiche ma, in alternativa o in aggiunta, nello scambio di informazioni o prestazioni ovvero nella collaborazione in ambiti predeterminati. Secondo Maltoni il conseguimento dello scopo-mezzo – alla luce dei criteri di misurazione convenuto nel regolamento contrattuale – non implica l'onere di svolgere sulla causa uno scrutinio diverso da quello operato per ogni altro contratto. Così, confermando la tesi già sostenuta da Scognamiglio (2009), l'Autore conferma che «solo se l'obiettivo risulti a priori irrealizzabile, perché fuori da quelli ragionevolmente perseguibili dalle parti o radicalmente estraneo alle attività esercitate dalle imprese aderenti, si potrà ipotizzare la mancanza di causa» (Maltoni, 2011, 13). Se l'impossibilità della causa sopravviene in modo definitivo ed integrale, la dottrina non nutre dubbi sulla risoluzione non retroattiva del contratto; se l'impossibilità sopravvenuta interessa soltanto singole prestazioni, il contratto si scioglie relativamente alle medesime salvo che il loro apporto fosse

essenziale ai fini dell'accrescimento dell'innovazione e della competitività.

Altro aspetto da ricondurre al profilo causale del contratto è la reciprocità dei costi e dei benefici: la definizione legislativa del 2010 ha precisato che l'accrescimento della capacità innovativa e della capacità competitiva sul mercato debba interessare sia il singolo partecipante alla rete che la rete come raggruppamento. Tuttavia nessun criterio è posto dalla disciplina del contratto di rete per valutare l'equilibrio contrattuale raggiunto. A parere di Gentili (2011) una corretta interpretazione della legge già garantisce un certo equilibrio: le prescrizioni normative, ad esempio, impongono che ciascun contraente debba ricevere benefici e questo beneficio non può che essere proporzionale all'apporto, «perché un diverso riparto richiederebbe una giustificazione che non si vede in che cosa possa risiedere». A rafforzare la sua tesi Gentili, che aderisce alla ricostruzione del contratto di rete come contratto trans-tipico, considera misura di presidio dell'equilibrio contrattuale il ricorso alla disciplina dell'abuso di dipendenza economica o di vessazione nell'affiliazione commerciale, visto che il contratto di rete può essere contemporaneamente sussunto in disposizioni diverse da quelle della legge regolatrice. Ora, a prescindere dall'adesione o meno alla tesi del contratto trans-tipico, la prima argomentazione avanzata lascia qualche dubbio visto che nelle società – anche nelle società di persone che più si approssimano all'organizzazione di rete – la proporzionalità rappresenta soltanto il regime naturale della disciplina della partecipazione agli utili ed alle perdite mentre alle parti è riservata la possibilità di articolare diversamente la partecipazioni agli utili ed alle perdite dei soci sia pure con il limite del divieto di patto leonino.

Le modifiche del profilo causale sollevano nuovamente il quesito sulla causa associativa del contratto di rete. Se le parti prevedono in concreto solo o anche l'esercizio in comune di un'attività economica, allora *nulla quaestio*. Tuttavia, come cambia la configurazione dell'operazione economica se le parti privilegiano lo scambio di informazioni o servizi ovvero genericamente forme di collaborazione? Al riguardo, sembra interessante la ricostruzione di "scopo associativo" avanzata

da Gentili (2011) che individua la comunione di scopo nell'ordinamento comune alla base della rete e che ne consente il funzionamento.

L'oggetto del contratto – possibile, lecito, determinato o determinabile – può essere individuato secondo approcci teorici non coincidenti. Sembra aderire alla tesi che riconduce l'oggetto del contratto al contenuto normativo del medesimo Gentili (2011) allorquando indica l'oggetto del contratto in esame nel programma comune di rete che presenta un contenuto minimo necessario, legislativamente determinato, nell'enunciazione dei diritti e degli obblighi di ciascun partecipante, nell'indicazione degli obiettivi strategici di innovazione e competitività nonché nelle modalità di attuazione e verifica dei progressi effettuati. Quindi la carenza di uno o più di queste indicazioni renderebbe oggettivamente indeterminato il rapporto con la conseguente nullità del contratto ex art. 1346 c.c. La valutazione diviene più complessa quando queste indicazioni sono presenti ma in forma generica o incompleta. Viene in gioco la validità del contratto o semplicemente il superamento del giudizio di asseverazione? Un dubbio analogo si pone nel caso in cui le parti decidano di istituire un fondo patrimoniale comune ovvero un organo comune senza offrire le indicazioni, prescritte dalla legge, in merito – ad esempio – alla misura ed alla valutazione degli apporti degli imprenditori o al perimetro dei poteri di rappresentanza dell'organo comune. Quindi, nella ricostruzione di Gentili, l'accertamento dell'oggetto si salda sulla valutazione del contenuto del contratto così come snocciolato dalla lett. a) alla lett. f) del co. 2-bis.

Infine, l'accordo delle parti: nella nuova disciplina del contratto di rete si ammette espressamente che la rete possa essere a struttura aperta, il che, però, non implica che lo sia necessariamente. Le modifiche del contenuto dell'accordo possono essere anche prese a maggioranza, se così è previsto nel contratto. In questo modo, però, a fronte di un possibile irrigidimento degli obblighi a carico di tutti i partecipanti, è possibile immaginare un diritto di recesso. Mi chiedo però se il recesso sia un valido correttivo all'applicazione del principio maggioritario in un contratto, come quello di rete, che fa perno sulla condivisione di un progetto produttivo e che quindi postula un'interdipendenza funzionale dei partecipanti.

In presenza degli elementi essenziali, il contratto di rete può dirsi validamente stipulato. Con quali effetti? Secondo Gentili (2011) non soltanto ne discendono vincoli obbligatori reciproci a carico dei partecipanti, nel senso che i medesimi divengono creditori delle prestazioni promesse dalle altre parti, ma anche effetti reali (trasferimento pro quota alle altre imprese partecipanti, della comproprietà di un bene strumentale). Quindi, possiamo immaginare che una parte possa agire nei confronti dell'altra in caso di inadempimento agli obblighi assunti nel contratto di rete? Oppure la legittimazione attiva spetta soltanto alla rete? Inoltre, se l'obiettivo strategico non è stato di fatto raggiunto per cause imputabili ad una o più delle imprese partecipanti, si configura un'ipotesi di inadempimento degli obblighi assunti con il contratto di rete? Gentili (2011), ad esempio, suggerisce che questa è un'ipotesi di revoca dei benefici fiscali assegnati, con la conseguenza che potrebbe essere richiesta la restituzione dei benefici dalla rete con il diritto di rivalsa degli imprenditori non inadempienti nei confronti degli imprenditori inadempienti.

L'organo comune ed il fondo patrimoniale comune sono divenuti elementi accidentali del contratto di rete.

L'organo comune può essere una persona fisica o una persona giuridica visto che la disciplina legislativa prescrive l'indicazione nel contratto del nome, della ditta, della ragione o denominazione sociale e sembra possa essere – in difetto di indici legislativi di segno opposto – anche un soggetto esterno al gruppo dei partecipanti alla rete. Non è chiaro se possa essere un organo collegiale ovvero debba necessariamente essere un organo monocratico visto il richiamo all'organo come mandatario dei partecipanti: possiamo considerare l'attuazione del programma di rete come un unico affare alla stregua di quanto prescritto in tema di mandato collettivo? Donativi (2011) sostiene che l'organo comune del contratto di rete sia da assimilare all'organo costituito per l'attuazione del contratto ex art. 1332 c.c., il cui rapporto con i partecipanti alle rete sarebbe disciplinato dalle norme sul mandato ove non espressamente derogate da apposite clausole del contratto di rete.

Al fondo patrimoniale comune si applicano, nei limiti della clausola di compatibilità, le disposizioni agli artt. 2614 e 2615 c.c., il che ripropone nella disciplina delle reti dubbi già avanzati dalla dottrina in tema di consorzi. Il riferimento è alla distinzione tra le obbligazioni assunte in nome del consorzio dalle persone che ne hanno la rappresentanza e delle quali risponde il solo fondo consortile rispetto le obbligazioni assunte dagli organi consortili per conto dei singoli consorziati delle quali rispondono in solido il fondo consortile ed i singoli consorziati con il loro patrimonio. Sono da ricondurre alle obbligazioni del consorzio soltanto le obbligazioni contratte per il funzionamento dell'organizzazione consortile? Ovvero, la distinzione deve essere operata in ragione dell'interesse che l'atto da cui scaturisce l'obbligazione è destinato a soddisfare? Queste difficoltà applicative sembrano essere destinate ad accrescersi in un contratto di rete in considerazione del profilo causale che lo caratterizza.

Il nuovo quadro normativo conferma, però, la possibilità che i partecipanti alla rete possano istituire patrimoni destinati ad uno specifico affare ex art. 2447-bis c.c. I dubbi già posti nel vigore della disciplina del 2009 rimangono sostanzialmente inalterati. Gentili (2011) ne aggiunge altri che condivido e, per questo motivo, intendo riproporre in questa sede. In primo luogo la disciplina del contratto di rete riferisce ad ogni partecipante alla rete la facoltà di istituire un patrimonio destinato, ma possono aderire alla rete anche imprenditori individuali, società di persone e società di capitali diverse dalla s.p.a., come se fosse stata introdotta una deroga alla disciplina generale che riserva alle s.p.a. tale facoltà. Inoltre, l'istituzione del patrimonio destinato è funzionale all'esecuzione di uno specifico affare: l'esecuzione del programma di rete può essere considerata tale? Infine, la disciplina generale consente l'istituzione di un patrimonio destinato nei limiti del dieci per cento netto: la disciplina della rete consente delle deroghe?

Le modifiche apportate alla definizione ed alla disciplina del contratto di rete hanno tenuto acceso il confronto sul suo inquadramento giuridico. In alcuni casi i cambiamenti del quadro normativo sono stati raccolti come conferma di ipotesi

già avanzate: il mio riferimento è a Cafaggi (2010°) che ha individuato nel rinnovato assetto giuridico una conferma della qualificazione del contratto di rete come contratto *trans-tipico*. Questa configurazione, secondo Cafaggi, consente di impiegare modelli contrattuali già esistenti o di crearne dei nuovi, cosicché la disciplina del contratto di rete si colloca «tra quella generale del contratto e quella del singolo tipo».

Questa tesi è molto interessante ma non ne comprendo fino in fondo le conseguenze in termini di disciplina. La *trans-tipicità* sembra postulare la sovrapposizione della disciplina di diversi tipi giuridici: si realizza una semplice giustapposizione?

Cafaggi (2010a), inoltre, sostiene che gli imprenditori-parti del contratto di rete sono in rapporto di reciproca interdipendenza sotto il profilo del progetto produttivo ma sono autonomi giuridicamente ed economicamente. Sotto questo profilo, pertanto, la rete è proposta come un modello alternativo al gruppo, ma – è bene precisarlo – la disciplina giuridica non subordina la validità o l'efficacia del contratto di rete alla stipulazione tra imprenditori giuridicamente ed economicamente autonomi. Pertanto, non vi sono elementi letterali che ostano alla coesistenza della figura del gruppo con quella della rete.

Considerando l'oggetto della rete, l'Autore distingue tra reti c.d. leggere e reti c.d. pesanti, richiamando sul piano causale «diversi equilibri tra interesse collettivo ed interesse individuale»²⁴.

Alle reti c.d. leggere sono riconducibili, secondo Cafaggi, i contratti plurilaterali di scambio²⁵, laddove lo scambio può interessare le informazioni, know-how o prestazioni. In quest' caso si configurerebbe un «sistema di scambio non puramente bilaterale in cui ciascun contraente presti a favore della collettività non

²⁴Secondo Cafaggi, il contratto di rete si atteggia come contratto quadro quando combina più funzioni. Già nel vigore della precedente disciplina Cafaggi [2009] aveva qualificato il contratto di rete come contratto quadro ma solo nell'ipotesi in cui presenti una rilevanza meramente interna: in questo caso gli imprenditori si obbligano alla stipulazione di atti ed al compimento di attività dirette a perseguire lo scopo comune.

²⁵ E' il c.d. contratto plurilaterale di scambio di cui già Villa [2009].

soggettivizzata dei partecipanti alla rete». E' il caso degli scambi tra subfornitori di diverso livello.

La rete "pesante" o complessa per antonomasia è il contratto che presenta ad oggetto l'esercizio in comune di una o più attività economiche, rispetto alla quale l'espressione "esercizio in comune dell'attività" deve essere intesa, secondo Cafaggi, secondo un'accezione più ampia di quella tipica delle società, fino a comprendere «forme miste di coordinamento e svolgimento in comune di attività complementari». Il richiamo dell'Autore è ai "micro-mercati", come nel caso dei mercati telematici di beni o servizi o, ancora, le reti telematiche di trading nelle quali il gestore della rete pone le regole generali mentre i singoli traders, membri della rete (nel caso di rete chiusa) ovvero anche terzi (nel caso di rete aperta), definiscono le condizioni contrattuali di contratto.

Nel mezzo, si collocano le reti di collaborazione nelle quali «sul piano delle finalità la collaborazione identifica certamente un elemento dello scopo comune ai partecipanti ma differisce dall'esercizio in comune perché mantiene un livello di indipendenza delle singole attività di impresa assai elevato, pure nell'ambito della collaborazione»²⁶. Vi è collaborazione anziché scambio di prestazioni o esercizio in comune di attività quando, ad esempio, la rete coordina attività complementari dirette ad un risultato finale unitario come la produzione di uno o più beni finali: la creazione di un marchio comune per attività svolte individualmente dalle imprese. Inoltre, vi è collaborazione anziché scambio quando vi è incertezza sul risultato finale della rete: «la formula del contratto di collaborazione va presumibilmente impiegata per quelle ipotesi in cui il contenuto delle prestazioni dei partecipanti alla rete non sia ex ante perfettamente definibile perché le parti devono collaborare per definire le caratteristiche di un nuovo processo che possa conferire maggiore competitività» (Cafaggi, 2010a, 8). In realtà non è per me affatto chiara questa

²⁶ Nell'elaborare l'esempio, Cafaggi indica come esempio di collaborazione la creazione di un marchio comune da utilizzare individualmente dalle imprese, nelle rispettive attività, alla quale si accompagna l'elaborazione nel programma di rete di un disciplinare che i partecipanti si impegnano a rispettare con l'obiettivo di tutelare il bene collettivo associato al marchio, precisamente la reputazione della rete. Cfm., Cafaggi, 2010a, 8.

distinzione e le conseguenze in termini di disciplina. Ad esempio, l'esercizio in comune di un'attività non postula l'imputazione della medesima attività al gruppo anziché al singolo, a prescindere dal grado di autonomia degli imprenditori che vi hanno concorso?

Un'interessante ricostruzione del contratto di rete è svolta da Donativi (2011) che lo qualifica come contratto con comunione di scopo a rilevanza esterna ma di natura non associativa, che si caratterizza come contratto di organizzazione attraverso il quale promuovere la diffusione di forme di collaborazione orizzontale intermedie tra gerarchia e mercato.

Contro la natura associativa del contratto di rete Donativi considera che la disciplina giuridica non prescrive l'indicazione di un "nome" o di una sede della rete, che il regime della pubblicità legale del contratto di rete segue le iscrizioni nel registro delle imprese dei singoli partecipanti, che l'indicazione dell'organo come organo comune dei partecipanti e non come organo della rete ne fa qualcosa di diverso dal «centro di produzione ed di imputazione nell'ambito di un fenomeno di immedesimazione organica» tipico della persona giuridica perché in quel caso l'organo non sarebbe «comune» alle parti contraenti, ma sarebbe riferibile, in via diretta ed esclusiva, alla rete quale soggetto giuridico entificato» (Donativi, 2011, 33). Infine, l'Autore considera il richiamo agli artt. 2614 e 2615 c.c. ed evidenzia che nel momento in cui la disciplina legislativa ne ammette l'applicabilità non alla rete in quanto tale bensì direttamente al fondo patrimoniale comune implica che siamo in presenza di un patrimonio comune «acefalo», di una sorta di cassa comune. Nel suo ragionamento, Donativi finisce per conferire una diversa valenza all'espressione "esercizio in comune" contemplata dalla disciplina del contratto di rete. A suo avviso, il sintagma "in comune" non dovrebbe essere inteso come esercizio imputato ad un soggetto entificato di emanazione comune delle imprese aderenti alla rete, quanto come esercizio coordinato di attività che rimane imputabile alle singole imprese anche se è svolta attraverso un'organizzazione comune. In un approccio sistematico, mi chiedo come giustificare la diversa accezione attribuita alla locuzione "esercizio in comune" nella disciplina della

società o dei consorzi rispetto alla disciplina delle reti.

Nel confronto tra il quadro giuridico del 2010 e l'attuale cosa rimane inalterato? La natura plurilaterale del contratto di rete, la sua qualità come contratto di impresa, lo scopo-fine della crescita, individuale e collettiva, della capacità innovativa e competitiva degli imprenditori partecipanti alla rete, lo scopo-mezzo dello scambio di informazioni e/o servizi, della collaborazione e dell'esercizio in comune di un'attività economica, l'individuazione di scopi strategici condivisi e di modalità concordate di misurarli, l'elaborazione di un programma di rete. Cosa cambia? Il legislatore prova a fugare i dubbi sulla soggettività o meno della rete di imprese e pone le condizioni per il suo acquisto quale che sia lo scopo-mezzo perseguito (scambio, collaborazione o esercizio in comune). Pertanto allo stato attuale si distingue la rete con attività meramente interna (la c.d. rete contrattuale) dalla rete con attività esterna che in ogni caso presenta un organo comune ed un fondo patrimoniale comune ma può essere o meno dotata di soggettività giuridica.

La modifica intervenuta in tema di soggettività ripropone un tema risalente sulla differenza tra soggettività e personalità, già avanzato in tema di società di persone ad esempio. Secondo Sestini (2013) la soggettività deve essere intesa come idoneità ad essere titolare di diritti e di doveri o, meglio, di situazioni giuridiche attive e passive e, quindi, consiste nella capacità giuridica, mentre la personalità implica essere un soggetto portatore di un interesse proprio e distinto rispetto a quello dei soggetti che ne fanno parte. Quindi, la rete con rilevanza esterna (quindi con fondo patrimoniale comune ed organo comune) godrà della stessa autonomia patrimoniale di un consorzio, mentre la rete con rilevanza esterna ma iscritta nel registro delle imprese sarà trattata alla stregua di una società di capitali?

Molte sono le questioni giuridiche, limitata nel tempo e nello spazio l'esperienza del contratto di rete di imprese. Secondo Capuano (2010) la difficoltà di diffusione delle reti di imprese presso le micro imprese e le imprese artigiane è anche una questione di ordine culturale, inteso come «percezione della convenienza a partecipare alla "rete" da parte di una piccola impresa». Non sembra sia colto che la produzione in rete è più efficiente, flessibile e creativa: infatti, abbassa il costo

della conoscenza impiegata e prodotta, consente agli imprenditori di adattarsi in modo più agevole ai cambiamenti intervenuti nella domanda, infine consente di coltivare meglio la propria "differenza creativa" accedendo ad un complesso variegato di idee, risorse e capacità produttive.

Parte I - Bibliografia

Becattini, GIANNI, Riflessioni sul distretto industriale marshalliano come concetto socioeconomico, in *Stato e Mercato*, n. 25, 112 ss.

PORTER M.E. (1998), The Adam Smith address: location, clusters, and the "new" microeconomic competition, in *Business Economics*, vol. 33 (1);

CAFAGGI F. (2004), Reti di imprese tra regolazione e norme sociali, Bologna;

MAZZONI E. (2005), La social network analysis a supporto delle interazioni nelle comunità virtuali per la costruzione di conoscenza, in *TD35*, n. 2, 54 ss.;

CAMPOBASSO M. (2008), Diritto commerciale, vol. I - III, Torino.

MAUGERI M.R. (2009), Reti di imprese, contratto di rete e reti contrattuali – non minor virtus est tueri et perficere rem inventam...quam reperire, in *Obbligazioni e Contratti*, vol. 12, 951;

GRANIERI M. (2009), Il contratto di rete: una soluzione in cerca di problema?, in *I Contratti*, vol. 10, 934;

MACARIO F. (2009), Il "contratto" e la "rete": brevi note sul riduzionismo legislativo, in *I Contratti*, vol. 10, 951;

VETTORI G. (2009), Contratto di rete e sviluppo dell'impresa, in *Obbligazioni e Contratti*, vol. 5, 390;

SCOGNAMIGLIO C. (2009), Il contratto di rete: il problema della causa, in *I Contratti*, vol. 10, 961;

CAMARDI C. (2009), Dalle reti di imprese al contratto di rete nella recente prospettiva legislativa, in *I Contratti*, vol. 10, 928;

CAFAGGI F. (2009), Il contratto di rete e il diritto dei contratti, in *I Contratti*, vol. 10, 915;

- IAMICELI P. (2009), Il contratto di rete tra percorsi di crescita e prospettive di finanziamento, in *I Contratti* vol. 10, 942;
- CUFFARO V. (2010), Contratti di impresa e contratti tra imprese, in *Il Corriere di Merito*, vol. 1, 5;
- MARASÀ G. (2010), Contratti di rete e consorzi, in *Il Corriere di Merito*, vol. 1, 5;
- D'AURIA M. (2010), Dal concetto di rete di imprese al contratto di rete, in *Il Corriere di Merito*, vol. 1, 5;
- CIRIANNI F. (2010), La costituzione del contratti di rete: aspetti operativi, in *Il Corriere di Merito*, vol. 1, 5;
- CAFAGGI F. (2010a), Il nuovo contratto di rete: "learning by doing"?, in *I Contratti*, vol. 12, 1143;
- SCARPA D. (2010), La responsabilità patrimoniale delle imprese contraenti per le obbligazioni assunte a favore di una rete da loro costituita, in *La Responsabilità Civile*, vol. 6, 406;
- VILLA G. (2010), Reti di imprese e contratto plurilaterale, in *Giurisprudenza Commerciale*, vol. 6, 944;
- SPROVIERI F. (2010), I distretti e le reti di impresa. Finalità e prospettive, in *Rivista Giuridica del Mezzogiorno*, vol. 2, 687;
- MOSCO G. (2010), Frammenti ricostruttivi sul contratto di rete, in *Giurisprudenza Commerciale*, vol.6, 839;
- CAPUANO G. (2010), Lo «Small Business Act»: per una nuova politica per le micro e piccolo imprese, in *Rivista Giuridica del Mezzogiorno*, vol. 4, 955;
- CAFAGGI F. (2011), Il contratto di rete nella prassi. Prime riflessioni, in *I Contratti*, vol. 5, 504;
- SANTAGATA R. (2011), Il "contratto di rete" fra (comunione di) impresa e società (consortile), in *Rivista di Diritto Civile*, vol. 3, 323;
- MALTONI M. (2011), Il contratto di rete. Prime considerazioni alla luce della novella di cui alla L. n.122/2010, in *Notariato*, vol. 1, 64;
- DONATIVI V. (2011), Aggregazioni orizzontali e reti tra imprese dell'indotto, in *Analisi Giuridica dell'Economia*, vol.2, 321;

- GENTILI A. (2011), Il contratto di rete dopo la L. n. 122 del 2010, in *I Contratti*, vol. 6, 617;
- EDITORIALE (2011), in *Analisi Giuridica dell'Economia*, vol. 2, 191;
- SANGUIGNI V. – BILOTTA A. (2011), Le reti come schema interpretativo per veicolare la conoscenza e governare la complessità, in *L'Industria*, vol. 2, 357;
- GUACCERO A. (2011), Il finanziamento delle imprese dell'indotto, in *Analisi Giuridica dell'Economia*, vol. 2, 309;
- IAMICELI P. (2011), L'indotto e la disciplina del contratto: note a margine dello «Statuto dell'impresa» in *Analisi Giuridica dell'Economia*, vol. 2, 293;
- MAURIELLO D. (2011), Filieri produttive e network imprenditoriali: i cambiamenti nelle strategie organizzative alla luce del nuovo scenario economico, in *Analisi Giuridica dell'Economia*, vol.2, 219;
- TAFURO A. (2011), Il contratto di rete: una lettura in chiave economico-aziendale, in *Rivista dei Dottori Commercialisti*, vol. 3, 643;
- VELLA F. (2011), Qualche regola per diventare grandi, in *Il Mulino*, vol. 4, 562;
- GUELPA F. (2012), Accelerare il cambiamento: ma verso dove?, in *L'industria*, vol. 1, 69;
- SCARPA D. (2012), Contratto di rete tra imprese e trasformazione societaria, in *Giustizia Civile*, fasc. 4, 177;
- VELLA F. (2012), La cornice, le regole, i mezzi, in *Rivista di Storia Economica*, vol. 1, 45;
- GALLO D. (2012), Il contratto di rete e l'organo comune: governance e profili di responsabilità, in *La Responsabilità Civile*, vol. 1, 6;
- DORIA G. (2012), Gestione rappresentativa e gestione associativa nella rete di imprese, Torino.
- BENAZZO P. (2012), I diritti di voice e di exit nei contratti di rete «riconosciuti», in *Rivista delle Società*, vol. 4, 677;
- SESTINI E. (2013), Reti-Soggetto e Reti-Contratto: l'evoluzione delle reti di imprese, in *Amministrazione e Finanza*, vol. 2, 7;

MILELLA M. (2013), La soggettività nel contratto di rete tra imprese, in *I Contratti*, vol. 4, 401.

BENTIVOGLI C. – QUINTILIANI F. – SABBATINI D. (2013), Le reti di imprese, *Occasional Papers* (n. 152), Banca d'Italia, Roma.

Appunti da una ricerca su abuso del diritto e principi costituzionali

di Marco Versiglioni

Professore Ordinario di Diritto tributario

Dipartimento di Economia

Università degli Studi di Perugia

ABSTRACT

The article anticipates the results of a study to be published soon from which various profiles of possible falsity emerge in the (necessary) relationships between the new anti-abuse legislation and Articles 23 and 53 of the Constitution, in particular where that legislation seems to base taxation on 'non-laws' and 'metaphors'.

SINTESI

L'articolo anticipa i risultati di una ricerca di prossima pubblicazione¹ dalla quale emergono vari profili di possibile falsità delle relazioni (necessarie) tra la nuova legislazione anti abuso e gli articoli 23 e 53 della Costituzione, in specie laddove tale legislazione sembra far conseguire l'imposta a 'non-leggi' e a 'metafore'.

SOMMARIO: 1. Premessa – 2. Approccio logico – 2.1. Apparente illogicità delle «norme antiabuso» rispetto alla *ratio* ad esse attribuita – 2.2. Apparenti illogicità, di metodo e di merito, delle «norme antiabuso» – 2.3. «Norme antiabuso» e 'discrezionalità' – 2.4. «Norme antiabuso» e 'anormalità' – 2.5. «Norme antiabuso», 'equivalenza', 'analogia' e 'metafora' – 3. Approccio normativo – 3.1. «Norme antiabuso» e art. 23 della Costituzione – 3.2. «Norme antiabuso» e art. 53 della Costituzione – 4. Conclusioni e cenni *de iure condendo*

1. Premessa

Il recente panorama dottrinale e giurisprudenziale in tema di abuso del diritto sembra mostrare un favor verso la nuova disposizione statutaria che, per un verso, avrebbe fornito elementi utili per ricostruire l'essenza di categorie astratte o per verificare la realtà di applicazioni concrete e che, per altro verso, avrebbe opportunamente enunciato il principio per cui "resta ferma la libertà di scelta del contribuente tra regimi opzionali diversi offerti dalla legge e tra operazioni

¹ Si tratta della ricerca (M. VERSIGLIONI, *Abuso del diritto, riserva di legge e capacità contributiva*) destinata ad essere inserita, almeno in parte, negli Scritti in onore di Pasquale Russo e nella Collettanea di prossima pubblicazione, a cura di Eugenio della Valle e Giuseppe Marini, dedicata all'abuso del diritto. Pare opportuno segnalare che le parole tra 'apicetti' individuano concetti elaborati dall'autore, le parole tra «sergentini» esprimono invece concetti tratti dalla letteratura o dalla giurisprudenza in materia e le parole tra "virgolette" seguono l'uso comune.

comportanti un diverso carico fiscale". Questo diffuso favor si estende alle valutazioni concernenti la coerenza costituzionale, pur se restano divergenze tra giurisprudenza e dottrina in ordine al fondamento costituzionale del divieto di abuso del diritto. Muovendo dall'assunto, comune ad entrambe, che il principio e la disposizione anti-abuso sono conformi all'art. 23, la Suprema Corte rinviene tale fondamento nell'art. 53, ossia nei principi di capacità contributiva e di progressività dell'imposta, mentre la dottrina considera il richiamo all'art. 53 non conferente o almeno irrilevante al fine di verificarne l'attitudine a "coprire costituzionalmente" il nuovo art. 10-bis.

Prendendo spunto dai risultati cui sono approdate giurisprudenza e dottrina, è sembrato interessante svolgere una ricerca su alcuni profili costituzionali della legislazione anti-abuso tentando di osservare preliminarmente se i suoi caratteri intrinseci siano o no in grado di rendere 'vere' le relazioni che la legano ai suoi (necessari) parametri di validità costituiti dagli articoli 23 e 53 della Costituzione. Poiché la ricerca, ormai conclusa ma tuttora in via di pubblicazione, ha condotto a risultati che appaiono non corrispondere a quelli che sembrano ricavabili dal panorama giurisprudenziale e dottrinale, è parso opportuno anticipare (a fini eventualmente dialettici) brevi appunti tratti da quella ricerca. Sono così riepilogate per punti le ipotesi formulate sia in via logica, sia in via normativa.

2. Approccio logico

2.1. Apparente illogicità delle «norme antiabuso» rispetto alla ratio ad esse attribuita

Innanzitutto, almeno in astratto, sembra logica e corretta (ancorché non necessaria) la volontà legislativa di regolare a livello generale il processo creativo o applicativo del diritto nei settori (come quello tributario) nei quali non è logicamente ammissibile una libertà o, meglio, un potere svincolato dalla verità.

Così, non sembra inopportuno che il Legislatore, nel raccogliere le giuste sollecitazioni provenienti dalla Giurisprudenza nazionale e comunitaria, si sia posto il duplice fine di superare i tradizionali criteri interpretativi fissati dall'art. 12

delle preleggi al c.c. (pensati, almeno principalmente, per 'diritti senza verità') e di rendere espliciti canoni d'uso del diritto basati sulla logica apofantica del confronto tra norme o tra norme e sistema; logica questa, tipica dei 'diritti con verità'.

Un primo problema si riscontra, però, quando concretamente si osserva il merito della nuova legislazione «antiabuso», laddove questa sembra presentare palesi contraddizioni sia con il suo esternato carattere di generalità, sia con la *ratio* di regolare l'uso del diritto nei termini predetti. In effetti, essa possiede un ambito logico di esistenza assai ristretto se non nullo; dunque, tutt'altro che generale. D'altro canto, essa si affida a logiche e a elementi ermeneutici già noti, tanto che, da questo punto di vista, essa pare semplicemente ordinare di fare (o di non fare) ciò che già per altri versi si può fare (o non fare). In effetti, l'art. 10-*bis*, contrariamente alla sua natura e alla sua *ratio*, non si occupa dei diversi tipi delle verità che caratterizzano le relazioni che le disposizioni intrattengono le une con le altre e con il sistema nel suo complesso; né, soprattutto, chiarisce (come invece dovrebbe fare) gli effetti di eventuali falsità di quelle relazioni.

In senso apparentemente opposto alla *ratio* manifestata, la nuova disposizione (altrimenti inutile, oltreché non necessaria) tenta di giustificare se stessa occupandosi di eventuali situazioni fisiologicamente o patologicamente non apofantiche (ossia non relazionali, perciò né lecite, né illecite) ma ibride (da ciò il cd. *tertium genus*) nelle quali in un settore del diritto 'con verità' sono erroneamente qualificati legittimi o veri diritti 'senza verità', o falsi diritti 'con verità', e dunque situazioni comunque erronee che, in ragione della natura di quel settore, meriterebbero di essere corrette e ricondotte ad una tipica relazionalità binaria (vero/falso o lecito/illecito). Con la conseguenza che la disciplina antiabuso, dovendo per necessità di cose scontrarsi con l'impossibilità di mutare una realtà storica certa e legittima, mostra da sé, sul piano logico, prima ancora di esser confrontata con i suoi parametri sovraordinati e con le disposizioni costituzionali che regolano l'eliminazione di quegli errori, di essere incapace di produrre realmente un reale effetto sostanziale (necessariamente ancorabile

soltanto al suo reale presupposto), e di essere eventualmente suscettibile di incidere realmente, anche se marginalmente, sul solo piano reale della condotta di chi possa aver profittato consapevolmente *medio tempore* dell'errore ordinamentale.

2.2. Apparenti illogicità, di metodo e di merito, delle «norme antiabuso»

Altri profili critici delle «norme antiabuso» sembrano ravvisabili sia nella selezione, arbitraria e non logica, sia nell'ordine, assoluto e non relativo, aprioristico e non consequenziale, dei criteri ermeneutici, ossia delle regole date all'«uso del diritto». In effetti, l'art. 10-bis, similmente al principio di fonte comunitaria, seleziona, d'autorità e senza verità, alcune logiche possibili e dà loro rilievo primario e decisivo (ad esempio, la *ratio*, la normalità, l'equivalenza, la sostanza); per contro, considera marginali e recessive altre logiche anche esse possibili (ad esempio, il senso letterale, la forma). Ma, prima del merito, è già il metodo della selezione che appare non corretto. Infatti, il tipo di logica usabile nel ragionamento giuridico 'con verità' non può essere fissato *a priori* perché esso è in natura necessariamente mutevole, ossia proporzionalmente conseguente alla mutevolezza del tipo delle cose, dei fatti o dei concetti che, di volta in volta, sono suscettibili di formare oggetto del discorso di cui la disposizione è veicolo. Ad esempio, fermo restando che vale anche il reciproco, il ragionamento detto «sostanziale» non possiede realmente nulla che possa lasciarlo ritenere *a priori* e in assoluto migliore, quanto a forza cognitiva o deliberativa, rispetto a quello detto «formale».

Infatti, nei 'diritti con verità', il ragionamento deve collegare realmente effetti reali a fatti reali; dunque, il tipo di ragionamento da usare realmente dipende, di volta in volta, dal tipo reale della disposizione da applicare, tanto che, se la disposizione è costruita su un concetto realmente 'formale', l'effetto reale consiste proprio nella conseguenza che si ricava dall'uso in quel caso del ragionamento 'formale', e viceversa. In definitiva, 'sostanza' e 'forma' non sono alternative ma equivalenti, ossia uguali nella loro capacità di trovare la verità, purché si applichi

la 'norma d'uso', 'proporzionale', per cui *'ciò che nasce formale deve essere usato in modo formale e ciò che nasce sostanziale deve essere usato in modo sostanziale'*, avendo cura di attribuire all'"uso-attività" lo stesso significato e lo stesso concetto di 'formale' e 'sostanziale' ricavabili dal 'codice genetico' della disposizione da usare. Inoltre, nel merito, aggiunge al discorso altre criticità l'aver legislativamente accolto *de plano* il criterio giurisprudenziale che attribuisce quasi esclusivo rilievo alla *ratio* della disposizione «aggirata» e al suo confronto con la *ratio* della disposizione «applicata»; infatti, per un verso, si tratta di segni altamente errabili, e, per altro verso, di segni che specificano categorie concorrenti a creare e a confinare la «discrezionalità» presupposta dal concetto di «abuso del diritto», perciò segni comunque non utilizzabili logicamente come corretti criteri di «scelta».

2.3. «Norme antiabuso» e 'discrezionalità'

Ulteriori criticità logiche sono ravvisabili, poi, proprio nel rapporto tra «discrezionalità» e «abuso del diritto». Se questo rapporto è osservato nei 'diritti con verità', ove non sono ammissibili né libertà, né poteri svincolati dalla verità, il 'potere discrezionale', anche laddove legittimamente esercitabile, è in ogni caso limitato da una 'verità intervallare' che, perciò, implica in ogni caso giudizi binari di legittimità/illegittimità o di liceità/illiceità, senza lasciare alcuno spazio di esistenza a ipotesi di «abuso del diritto» costituenti un *tertium genus* tra lecito e illecito. Se questo rapporto è invece osservato nei veri diritti 'senza verità', allora un «potere» svincolato dalla verità, e dunque compatibile a quello assunto a base del concetto di «abuso del diritto», può essere logicamente ammesso; cosa che, invece, non è possibile in presenza di non veri diritti 'senza verità'. D'altro canto, i veri diritti 'senza verità', quali sono quelli solitamente considerati contenitori della «autonomia privata», tendono spesso a combinarsi con i 'diritti con verità'; così, ad esempio, pare avvenire nel diritto tributario sostanziale, laddove effetti reali si producono in funzione del realizzarsi di presupposti la cui realtà a sua volta dipende, per un verso, dal come vanno le cose (profilo ontologico) e, per altro verso,

dal come l'«uomo giuridico» vuole che le cose debbano andare (profilo deontologico), ossia, più precisamente, dal se e dal come quell'«uomo» esercita il potere insito nell'autonomia privata, sia quando la scelta è offerta dal diritto privato, sia quando l'opzione è concessa dal diritto tributario. Dunque, in questo ristretto e indiretto ambiente, il tema dell'«abuso del diritto» posto dall'art. 10-*bis* (e dal principio che l'ha preceduto) sembra effettivamente sovrapporsi a quello della discrezionalità, al punto che la definizione dello spazio di esistenza di questa individua il possibile spazio di esistenza di quello. Da codesto punto di vista, dopo aver sottoposto a confronto critico le opposte tesi sulla «discrezionalità» elaborate da Pino e da Taruffo (con riferimento al tema dell'abuso del diritto), e dopo aver ricostruito un concetto di «discrezionalità» compatibile con l'«ipotesi» di lavoro, è tuttavia emerso che, almeno nel diritto tributario, dovendosi escludere l'ammissibilità di tale concetto sia al cospetto di disposizioni (scientifiche) «non controvertibili», sia dinanzi a disposizioni (etiche) «infinitamente controvertibili», la «discrezionalità» compatibile con l'«abuso del diritto» potrebbe essere teoricamente solo quella esercitabile rispetto a disposizioni (etiche) «controvertibili entro certi limiti», fermo restando che il rischio di «abuso» sarebbe inversamente proporzionale al numero delle soluzioni comprese nell'intervallo, al punto che esso diverrebbe nullo laddove queste fossero in numero non finito.

Dunque le «norme antiabuso» sembrano irrazionali almeno perché rendono sproporzionato il rapporto tra l'ampiezza del rischio di abuso insito nella loro obiettivamente incerta applicabilità e la ristrettezza (se non la nullità) del loro ambito di ammissibilità logica.

2.4. «Norme antiabuso» e «anormalità»

Ancor più forti problematicità logiche sembrano individuabili rispetto al tipo di normalità (altamente errabile) che le «norme antiabuso» fanno proprio. In effetti, si tratta di normalità di tipo «etico» (e non già di tipo «scientifico») e, soprattutto, di normalità di tipo deliberativo (e non già di tipo «cognitivo»). Non solo. La nuova disposizione usa la normalità non per stabilire come le cose sono andate (e

dunque, eventualmente, per provare che, probabilmente, quello che si dice essere accaduto, essendo anormale, non è realmente accaduto); essa usa invece la normalità per predire come le cose (che afferma certamente non verificarsi) avrebbero dovuto, semmai, verificarsi. Dunque, la disposizione pare irrazionale sotto molteplici punti di vista. Sembra certamente irrazionale rispetto al modo con cui, almeno sul piano sostanziale del tributo, essa osserva il reale 'uso-risultato' (senza poggiare su alcuna massima di comune esperienza di tipo cognitivo) o prevede il non-reale 'uso-risultato' che avrebbe dovuto essere (sul presupposto che non sia realmente esistito). Sembra poi irrazionale rispetto al modo con cui essa osserva il reale 'uso-attività' perché se, da un lato, si avvale di efficaci elementi sintomatici (divergenza di *ratio*, colleganza negoziale, assenza di normalità etc.), i quali depongono a favore della sua logicità, tuttavia, dall'altro, pare priva di un elemento, quello psicologico, che è invece logicamente indispensabile per qualificare «abusiva» la condotta.

2.5. «Norme antiabuso», 'equivalenza', 'analogia' e 'metafora'

Tuttavia, il maggior numero di contraddizioni tra loro combinate, ed anche il maggior grado di irrazionalità della normativa antiabuso pare ravvisabile, dal punto di vista logico, sul piano della c.d. «equivalenza»; in effetti, come si è visto, secondo dottrina e giurisprudenza, questa logica è parte necessaria del funzionamento del principio e della legislazione antiabuso. Più analiticamente, la teorica dell'«abuso del diritto» implica l'«equivalenza, quanto a capacità contributiva, della fattispecie reale e della fattispecie aggirata». Analizzare sul piano logico un così generale assunto induce a cercare innanzitutto la relazione che esiste tra equivalenza e analogia. Così, se equivalenza implica analogia (anche se come tipo ideale di essa) e se analogia e diritto tributario sostanziale sono incompatibili, allora nel diritto tributario sostanziale, non può ammettersi uno spazio di esistenza dell'«abuso del diritto», almeno se questo, a sua volta, implica, come in effetti implica, «equivalenza».

D'altro canto, alla medesima conclusione si arriva, per altra via, se viene (non

condivisibilmente) disgiunta l'analogia dall'interpretazione estensiva (sul non condivisibile assunto che l'ampliamento semantico non implicherebbe analogia) e viene invece congiunta l'«equivalenza» all'interpretazione estensiva. In effetti, da ciò deriva automaticamente l'inammissibilità dell'«abuso del diritto» come *tertium genus* tra lecito e illecito, ossia l'identità tra «abuso del diritto» e 'violazione di norma d'uso', vale a dire, l'implosione dell'intera struttura dell'art. 10-*bis* e del principio antiabuso di fonte giurisprudenziale.

Se, però, per completezza, non si dà semplice seguito a tale meccanismo/argomento 'autodistruttivo' che l'art. 10-*bis* (come il principio antiabuso) pare portare con sé, e si osserva invece la disposizione alla luce dell'«analogia» ricostruita (per 'ipotesi') partendo dalla premessa che la sua logica, purché applicata secondo le 'norme d'uso di se stesse' che le disposizioni giuridiche incorporano, costituisce parte integrante e imprescindibile dell'uso del diritto tributario (*ivi* compreso di quello sostanziale), allora è possibile individuare sia le tipologie ('etica' e 'scientifica'), sia i tipi ('assoluto', 'puntuale', 'intervallare' e 'impossibile') dell'«analogia tributaria». Ma, così facendo, si torna esattamente al punto cui conduce una delle ipotesi già viste. In effetti, anche in questo caso, essendo l'«equivalenza» parte del concetto 'analogia tributaria', cioè tipica 'norma d'uso del diritto', e implicando l'«abuso» 'analogia' (*sub specie* 'equivalenza'), ossia un discorso apofantico riconducibile alla logica lecito/illecito, non può ammettersi un *tertium genus* tra lecito e illecito, ma una semplice 'violazione di norma d'uso' dell'analogia. Di qui il venir meno, anche in questo caso, della complessa architettura delle «norme antiabuso».

Se, infine, si prende in esame il tipo di analogia tributaria che pare meglio corrispondere alla tipologia 'etica' ('intervallare' o 'impossibile') delle «norme antiabuso», ossia all'«analogia attributiva/sostitutiva», tenuto conto del fatto che queste norme assumono, per definizione, come 'non-reale' la fattispecie detta «aggirata», allora si nota l'opportunità di ricostruire il concetto di 'metafora' (che notoriamente si basa sulla non-realtà) e di porre tale concetto in relazione con quello di 'analogia'. Così facendo, sembra che i due concetti, pur avendo alcuni

elementi descrittivi in comune, costituiscano però due tipi logici funzionalmente distinti, poiché mentre il primo, anche nel passaggio obbligato dall'ambiente impossibile all'ambiente possibile, tende a conservare, per sua stessa essenza, la reale specificità tra le cose poste a confronto, l'altro, invece, tende ad abbandonare, per sua stessa essenza, la reale specificità delle cose poste a confronto. Dunque, mentre l'una è tanto più efficace quanto più è reale, l'altra è tanto più efficace quanto più è non-reale. In definitiva, poiché la 'metafora' appare l'unica logica idonea a spiegare l'irrealtà in discorso, sembra possibile congiungere all'«abuso del diritto», inteso come *tertium genus* tra lecito e illecito, solo la logica della 'metafora', ossia la logica che, più di ogni altra, pare contraddire un 'diritto con verità', quale è il diritto tributario.

3. Approccio Normativo

3.1. «Norme antiabuso» e art. 23 della Costituzione

Così, dopo aver raccolto, in ambito logico, gli elementi ermeneutici indispensabili per esaminare la relazione corrente tra «norme antiabuso» e art. 23 della Costituzione, si può affrontare il dubbio che anche la nuova disposizione possa implicare un eccesso di discrezionalità e così violare il principio di certezza del diritto. Più in dettaglio, si può valutare l'ipotesi che al termine «legge» contenuto nell'art. 23 Cost. possa attribuirsi il significato di 'legge non obiettivamente incerta' e dunque fonte di assoluta indisponibilità. In effetti, se così fosse, allora l'art. 10-bis, poiché 'disposizione obiettivamente incerta' e foriera di discrezionalità, potrebbe falsificare la relazione che corre tra essa e l'art. 23 della Costituzione. In realtà, tale interpretazione dell'art. 23 non pare convincente perché il principio di certezza del diritto non sembra parametro costituzionale invalidante le leggi oggettivamente incerte (che, come si è osservato, sono parte di una tipologia di leggi propria dei 'diritti con verità').

Del resto, anche la Corte Costituzionale pare ritenere legittime le leggi che producono effetti giuridici proprio in virtù della possibile esistenza di leggi obiettivamente incerte (si pensi, ad esempio, alle disposizioni dedicate alle

sanzioni o al diritto di interpello); dunque, la Corte ammette un siffatto tipo di disposizioni giuridiche, e lo fa proprio tenendo in conto la obiettiva incertezza che la loro applicazione comporta. D'altra parte, un'interpretazione costituzionalmente orientata delle «norme antiabuso» potrebbe far certamente leva su numerosi elementi isonomici (contraddittorio, interpello, motivazione, tipizzazione dei mezzi di prova, delle regole di allegazione e di riparto dell'onere probatorio etc.). In definitiva, almeno da questo punto di vista, l'art. 10-*bis* non sembra suscitare alcun dubbio di illegittimità costituzionale rispetto alla prestazione patrimoniale imposta; potrebbe, semmai, porne rispetto alle sanzioni, ma questo aspetto esorbita i limiti della ricerca.

Ben più ampia è la problematicità insita nel raffronto tra l'art. 23 e le «norme antiabuso» svolto sul piano dell'individuazione dei 'tipi' e del 'modo d'uso' delle logiche costituzionalmente funzionali al corretto uso delle 'leggi di imposta', sia laddove il debito o il credito tributario è conseguenza di come le cose avvengono, sia laddove esso è conseguenza di come il contribuente (che può *ex lege* esercitare un'opzione) vuole che le cose debbano avvenire. Da questo punto di vista, poiché l'art. 23 è fonte sia dei 'tipi' di indisponibilità, ossia dei 'tipi' di logica, sia del 'modo' in cui tali indisponibilità e tali logiche 'devono' caratterizzare l'applicazione del diritto tributario sostanziale, la verifica di legittimità costituzionale dell'art. 10-*bis* implica accertare se sussista o no una corrispondenza con siffatti 'tipi' di indisponibilità e di logiche e, soprattutto, una corrispondenza con il 'modo' in cui tali logiche devono poter realmente esplicare i loro reali effetti nel concreto.

A tal fine, non pare ravvisabile alcun ostacolo riguardo all'individuazione dei 'tipi' delle logiche (essendo sicuramente ammissibile, per quanto argomentato in merito all'«analogia tributaria», pure la innovativa logica dell'equivalenza che le «norme antiabuso» portano con sé). Sembra invece sussistano ostacoli insuperabili riguardo alla fissazione del 'modo' (necessariamente mutevole) con cui le logiche in discorso debbano poter realmente operare nel concreto. In effetti, ai sensi dell'art. 23, le 'norme d'uso' delle leggi di imposta, in quanto 'leggi con verità', devono poter porre un reale collegamento tra il tipo reale della legge da

applicare e il tipo reale della logica da usare, tanto che il tipo della logica da usare nel concreto è sempre relativo e dipendente, di volta in volta, dal tipo di legge da applicare nel concreto. Ma l'art. 10-*bis* (così come il principio antiabuso) detta un assoluto e indipendente ordine che antepone, d'autorità e senza verità, logiche impropriamente dette «sostanziali» a logiche impropriamente dette «formali», ossia fissa un aprioristico ordine vincolante delle logiche applicabili 'a prescindere' dal tipo di legge che ricorre nel concreto. Tale caratteristica costituisce, pertanto, un'insanabile non-corrispondenza con l'art. 23 della Costituzione, salvo che l'art. 10-*bis* sia interpretato proprio nel senso voluto dall'art. 23, vale a dire come disposizione non idonea a vincolare *a priori* l'ordine d'uso' delle logiche applicative del diritto tributario sostanziale. Tuttavia, una siffatta interpretazione adeguatrice (improbabile e in ogni caso lontana da quella indicata da dottrina e giurisprudenza), laddove fosse ammessa, farebbe comunque venir meno la palesata ragione giustificatrice dell'art. 10-*bis* e del principio giurisprudenziale antiabuso.

In ogni caso, la pietra di volta della relazione tra l'art. 10-*bis* e l'art. 23 Cost. è la congiunzione (tramite il connettivo *in base*) di una *prestazione imposta* a una *legge*, laddove questa, per essere valida, deve essere 'con verità', ossia idonea a rendere vere le relazioni necessarie che essa intrattiene con parametri costituzionali (o comunque sovraordinati). Dottrina e giurisprudenza paiono non avvertire pienamente l'intensità del dubbio che una legislazione antiabuso può suscitare rispetto all'art. 23 e sembrano ritenere che un dubbio neppure possa porsi, poiché la prestazione imposta sarebbe quella conseguente alla disposizione aggirata. Ma questa tesi non sembra pienamente condivisibile. Pare, infatti, che la «norma antiabuso» determina o concorre a determinare una prestazione patrimoniale che viene imposta da una fonte o, meglio, da un concorso di fonti che, in ogni caso, non rispetta né la struttura del connettivo 'in base' né, tantomeno, quella del concetto 'legge' presenti nell'art. 23, almeno se entrambi sono interpretati in conformità alle 'norme d'uso di se stessa' che questa disposizione custodisce da secoli nel proprio 'codice genetico'. In effetti, ciò che questo codice incorpora e

che rende valida la disposizione costituzionale è l'etica reale della società e dell'economia che congiunge il tributo reale al consenso reale. L'articolo 23 è disposizione 'con verità' perché esso, come il suo codice genetico gli chiede di fare, congiunge realmente un tributo reale a una legge reale (dove questa altro non è che un elemento del consenso reale); in altre parole, esso replica perfettamente, trasferendola a valle, la struttura apofantica della relazione che trova a monte. Ne è prova il fatto che il suo enunciato diviene falso se, mediante una struttura non apofantica, un tributo reale è congiunto 'non-in base' a una legge (ossia se è congiunto non realmente), o se è congiunto in base a una 'non-legge' (ossia se viene congiunto in base a una legge non reale). D'altro canto, *a fortiori*, poiché la 'legge' che è oggetto dell'art. 23 è la 'legge di imposta', la 'legge' in discorso implica sempre e comunque una struttura apofantica nella quale, cioè, non può mancare l'aggancio alla realtà (e per converso alla non-realtà). Infatti, ai sensi dell'art. 53, essa deve congiungere realmente il reale concorso di ciascun 'uno' alla 'sua' reale capacità contributiva.

Invece, l'art. 10-*bis* (copiando il principio comunitario) introduce nel diritto tributario italiano un discorso che ha struttura non-apofantica, ossia che attribuisce un effetto reale (tributo) 'a prescindere' dalla realtà (e dalla non-realtà) della fattispecie sostanziale (espressiva di capacità contributiva), anzi, sulla premessa definitoria che la realtà di tale fattispecie non rilevi in alcun modo. Perciò, l'art. 10-*bis* sembrerebbe contraddire palesemente l'art. 23, che, nel disciplinare il veicolo/contenitore, fa proprio, e impone di fare, un discorso con struttura apofantica, ossia con verità ('legge') ed evita, e impone di evitare, un discorso con struttura non apofantica, ossia disgiunta dalla verità ('non-legge').

3.2. «Norme antiabuso» e art. 53 della Costituzione

Mutata prospettiva, e presa in esame la relazione tra le «norme antiabuso» e l'art. 53 della Costituzione, risalta innanzi tutto l'apparente contraddizione tra l'estrema puntualità ('scientifica') del discorso ontologico contenuto nell'art. 53 (che pone realmente ciascun 'uno' in relazione univoca alla 'sua' reale 'unità' di

capacità contributiva secondo la reale 'ragione di divisibilità' '*da ciascuno il suo*') e l'infinita ampiezza del discorso deontologico contenuto nella disposizione antiabuso, la quale sembra determinare *a priori*, d'autorità e senza verità, un non-reale 'diritto normalizzato', figlio di un'altrettanto immaginifica stasi indefinita della società e dell'economia.

D'altro canto, se pure si rendono omogenei i piani di confronto (ontologico su ontologico) e si assume, in subordine alle conclusioni già raggiunte, la logica per assurdo ...*se l'art. 23 non esistesse...*, la relazione tra l'art. 10-bis (o il principio antiabuso) e l'art. 53 presenta nondimeno due chiare e ancor più pregnanti criticità: una relativa alla funzione e una relativa alla fattispecie di imposta o, meglio, agli elementi di essa. Dal primo punto di vista, l'art. 53 impone alla 'legge di imposta' di collegare realmente, ossia in modo univoco, il tributo reale dovuto da ciascun 'uno' alla sua reale 'unità' di capacità contributiva. In effetti, mentre è necessariamente mutevole il tipo degli elementi (qualità o quantità, forma o sostanza, oggetto o soggetto etc...) che il legislatore può scegliere di volta in volta per dividere una fattispecie di imposta dall'altra (operazione questa che può generare fattispecie tra loro analoghe, se non addirittura equivalenti), è invece necessariamente non mutevole il tipo (univoco) della relazione che deve congiungere la reale 'unità' di capacità contributiva (qualunque sia la fattispecie in cui essa sia inclusa) al reale debito (credito) tributario. Sicché, quanto presuppongono le «norme antiabuso» (ossia l'esistenza di due tributi diversi tra loro, ma correlati a «due fattispecie tributarie equivalenti sul piano della capacità contributiva», vale a dire espressive di uguali 'unità' di capacità contributiva, ma aventi altri elementi differenziali) non è, ai sensi dell'art. 53, costituzionalmente ammissibile.

D'altro canto, se vigesse una siffatta legge di imposta (giuridicamente ingiusta), allora una patologia così grave, ben lungi dal rappresentare un'«imperfezione del sistema»² qualificabile come elemento metagiuridico tollerabile,

² Una siffatta imperfezione non potrebbe essere superata neppure per via interpretativa giacché, altrimenti, cadrebbe l'ipotesi definitoria dell'abuso del diritto come *tertium genus* tra lecito e illecito.

rappresenterebbe una tipica questione di illegittimità costituzionale cui la Costituzione riserva un regime tipico, come tale non modificabile da una disposizione quale è quella rappresentata dall'art. 10-bis. Tanto che, se questa disposizione fosse altrimenti interpretata, magari allo scopo di individuare una soluzione ermeneutica conforme all'art. 53 (cosa che, in ogni caso, non pare possibile), essa si rivelerebbe però in chiaro contrasto con le norme che regolano il controllo di legittimità costituzionale delle 'leggi'.

Dal secondo punto di vista, riguardo alla fattispecie, l'ottica non-reale aperta dal principio giurisprudenziale antiabuso e seguita dall'art. 10-bis pone il problema di trovare la logica con la quale si possano individuare gli elementi di essa che anche una 'non-funzione' potrebbe congiungere a un tributo reale; così, mentre tale individuazione non potrebbe logicamente far uso dell'analogia, perché questa esalta e tende alla realtà, potrebbe invece logicamente far uso della 'metafora', che esalta e tende alla non-realtà. Del resto, ciò troverebbe conferma proprio nella natura non-reale della fattispecie che, per definizione, è posta a base dell'applicazione delle «norme antiabuso». Ma, così facendo, si creerebbe un '*tributo metaforico*', ossia un tributo reale collegato da una relazione irreali a una base irreali e perciò, in via paradigmatica, ad una legge di imposta che contraddirebbe la realtà (cioè l'effettività, la 'verità'...) che è parte del 'codice genetico' dell'art. 53 (ossia della 'norma d'uso di se stesso' che esso incorpora).

4. Conclusioni e cenni *de iure condendo*

Premessa del nuovo art. 10-bis dello Statuto, come quella del principio giurisprudenziale antiabuso, è l'ammissibilità logica e normativa di un *tertium genus* (prima chiamato «elusione» ed ora chiamato «abuso») posto tra lecito (non-evasione) e illecito (evasione). *Tertium genus* che, nei 'diritti senza verità' (ossia nei diritti pensati e disposti per la pura autonomia privata), ha da tempo trovato sostenitori in coloro i quali, comunque, relazionano in via interpretativa quei diritti a un parametro di giustizia, ossia di verità, e così ipotizzano una tripartizione tra ciò che è «lecito» (entro il diritto e giusto), ciò che è «abuso» (entro il diritto e

ingiusto) e ciò che è «illecito» (oltre il diritto e ingiusto).

Tuttavia, un vero 'diritto senza verità' (ossia un diritto la cui validità non fosse realmente subordinata ad alcun parametro) pare irrealistico perché implicherebbe una libertà, o meglio un potere svincolato dalla verità. Ma anche laddove fosse reale, tale tripartizione sarebbe possibile entro di esso e non fuori di esso, poiché entro un *falso* 'diritto senza verità' (ossia un diritto la cui validità fosse realmente subordinata a parametri sovraordinati) un *tertium genus* non sarebbe comunque possibile, essendo escluso dalla logica binaria (vero/falso, lecito/illecito). Che è, del resto, ciò che c'è nei 'diritti con verità', ossia nei diritti, come il diritto tributario italiano, le cui leggi hanno relazioni necessarie con parametri sovraordinati (costituzionali, comunitari e internazionali) e, perciò, sono valide se verificano quelle relazioni, mentre sono invalide se le falsificano. In altri termini, in un 'diritto con verità', non essendo ammissibile una libertà o un potere svincolato dalla verità, il c.d. *tertium genus* può essere ammesso solo in presenza di un *falso* 'diritto con verità', ossia laddove sia vigente una legge che, in quanto erronea, falsifichi la relazione con il suo parametro sovraordinato. Così, l'«abuso» definito dall'art. 10-*bis* sembra ammissibile solo nell'uso (singolo e profittevole) di leggi 'metagiuridicamente ingiuste' perché veramente 'senza verità' o di leggi 'giuridicamente ingiuste' perché falsamente 'con verità' (eppur vigenti sino a pronuncia di illegittimità costituzionale). Infatti, non pare altrove ipotizzabile un potere di scelta confinato da una legge vigente e al tempo stesso svincolato dalla verità, dunque disgiunto dall'alternativa binaria vero/falso, lecito/illecito.

Probabilmente è proprio questa criticità logica ciò che genera varie irrazionalità e contraddittorietà ravvisabili nelle relazioni tra le «norme antiabuso» e gli articoli 23 e 53 della Costituzione. In effetti, se, tra finite soluzioni alle quali la legge congiunge effetti extratributari analoghi, è dato scegliere quella fiscalmente meno onerosa, l'abuso dell'art. 10-*bis* può essere possibile solo quando la legge di imposta è una falsa proporzione tra le varie soluzioni, ossia è una disuguaglianza tra i vari rapporti (effetto extratributario/tributo) che rende le soluzioni tra loro asimmetriche. Perciò, se esistono leggi di imposta false, quali sono quelle leggi

che congiungono falsamente conseguenze tributarie reali a situazioni reali, ciò che un diritto 'con verità' può fare per non contraddire se stesso (o, meglio, per non disporre 'a prescindere' dalla realtà, come richiesto dagli articoli 23 e 53 Cost.) è eliminare quelle leggi. E laddove questo non fosse possibile, e fosse però reale un 'senso comune' che giudicasse 'ingiusta e illecita' la condotta dei singoli che profittano dei reali effetti di leggi di imposta false, ossia di effetti tributari contrari allo spirito (=parametro) di tali leggi, quel diritto dovrebbe introdurre, semmai, leggi sanzionatorie *ad hoc*.

In questo modo, forse, il legislatore potrebbe preservare alla 'legge di imposta' la funzione di congiungere realmente il tributo reale alla fattispecie reale che 'deve' giustificarlo, e alla 'legge sanzionatoria' la funzione di congiungere realmente la sanzione reale al fatto reale che 'deve' giustificarla. Così come, del resto, la Costituzione afferma, e deve affermare che sia, affinché le sue disposizioni, come tali e come parametri di verità delle leggi, corrispondano al 'senso comune' che né il tributo, né la sanzione possano esistere 'a prescindere' dalla realtà del consenso ('legge') e dalla realtà dello loro fattispecie ('verità'), essendo l'uno e l'altra impediti, nella società, prima ancora che nella Costituzione, a 'non-leggi' e/o a 'metafore'. Se, però, come sembra, la funzionalità dell'art. 10-*bis* implicasse anche 'non-leggi' e 'metafore', allora andrebbero probabilmente rimediate in senso costituzionale le conseguenze del c.d. «abuso del diritto», apparendo possibile congiungere realmente ad esso sanzioni reali (purché fossero previste *ad hoc*), e apparendo impossibile congiungere realmente ad esso tributi reali.

PARTE SECONDA

La dichiarazione è emendabile indipendentemente dal termine previsto all'art. 2, comma 8-bis, del d.p.r. n. 322/1998*

Commento a Cassazione, Sez. VI-T, Ord. 12 gennaio 2016 (17 settembre 2015), n. 313 - Pres. Rel. Dott. Marcello Iacobellis

di Daniela Casale

Dottore di ricerca in Diritto Tributario

Seconda Università degli Studi di Napoli

e Angelo Parente

Dottore di ricerca in Diritto Tributario dell'Impresa

Seconda Università degli Studi di Napoli

LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE

SESTA SEZIONE CIVILE-T-

Composta dai Sigg.ri Magistrati:

Dott. Marcello Iacobellis

Dott. Marcello Caracciolo

Dott. Mario Cigna

Dott. Antonello Cosentino

Dott.ssa Roberta Crucitti

ha pronunciato la seguente:

Presidente Rel.

Consigliere

Consigliere

Consigliere

Consigliere

ORDINANZA

sul ricorso proposto da:

Società Cooperativa a r.l. Edile Sogno, in persona del legale rapp.te pro tempore, elett.te dom.to in (*omissis*), presso lo studio dell'avv. (*omissis*), rapp.to e difeso dall'avv. (*omissis*), giusta procura in atti-----

-----Ricorrente

Contro

Agenzia delle Entrate, in persona del legale rapp.te pro tempore, domiciliata in Roma, via dei Portoghesi n. 12, presso l'Avvocatura Generale dello Stato che lo rappresenta e difende per legge-----

-----Controricorrente

per la cassazione della sentenza della Commissione Tributaria Regionale della Lombardia n. 20/20/2011 depositata il 18/02/2011;

Udita la relazione della causa svolta nella Camera di consiglio del giorno 17/09/2015 dal Dott. Marcello Iacobellis;

* I paragrafi 1-3 sono a cura di Daniela Casale; i paragrafi 2-4 sono a cura di Angelo Parente.

Svolgimento del processo

La controversia promossa dalla Società Cooperativa a r.l. Edile Sogno contro l'Agenzia delle Entrate ha ad oggetto l'impugnativa della cartella di pagamento n. 06420080001227160 per Ires e Irap 2004. Con la decisione in epigrafe, la CTR ha rigettato l'appello proposto dalla contribuente contro la sentenza della CTP di Mantova n. 21/5/2009 che ne aveva respinto il ricorso, sul rilievo che la dichiarazione integrativa era stata presentata oltre il termine annuale di cui all'art. 2, comma 8-*bis*, del d.p.r. 322/1998.

Il ricorso proposto si articola in due motivi. Resiste con controricorso l'Agenzia delle Entrate. A seguito di relazione ex art. 380-*bis* c.p.c. è stata fissata l'udienza del 17 settembre 2015 per l'adunanza della Corte in Camera di Consiglio, con rituale comunicazione alle parti costituite.

Motivi della decisione

Con primo motivo la ricorrente assume l'insufficiente motivazione circa l'interpretazione dell'art. 2, comma 8 e comma 8-*bis*, del d.p.r. n. 322/1998.

La censura è inammissibile in quanto relativa alla interpretazione di una norma giuridica.

Con secondo motivo la ricorrente assume la violazione e falsa applicazione dell'art. 2, comma 8 e 8-*bis*, del d.p.r. n. 322/1998, in relazione all'art. 360, comma 1, n. 3, c.p.c. laddove la CTR ha ritenuto non suscettibile di contestazione la pretesa impositiva contenuta nella cartella impugnata.

La censura è fondata. Questa Corte (sent. 6665/2015) ha affermato l'emendabilità, in via generale, di qualsiasi errore, di fatto o di diritto, contenuto in una dichiarazione resa dal contribuente all'Amministrazione fiscale, anche se non direttamente rilevabile dalla stessa dichiarazione. Ed invero la dichiarazione non si configura quale atto negoziale e dispositivo, bensì reca una mera esternazione di scienza o di giudizio, modificabile in ragione dell'acquisizione di nuovi elementi di conoscenza e di valutazione sui dati riferiti, e costituisce un momento dell'*iter* procedimentale volto all'accertamento dell'obbligazione tributaria (sent. n. 2229 del 6 febbraio 2015; sent. n. 4049 del 27 febbraio 2015; Cass. sez. 5, n. 5852 del 13 aprile 2012; sentenza n. 14932 del 6 luglio 2011).

Il termine annuale di cui all'art. 2, comma 8-*bis*, del d.p.r. n. 322/1998, previsto per la presentazione della dichiarazione integrativa e finalizzata all'utilizzo in compensazione il credito eventualmente risultante, così come non interferisce sul termine di decadenza di quarantotto mesi previsto per l'istanza di rimborso di cui all'art. 38 del d.p.r. n. 602/1973 (Cass. sez. 5, sent. n. 4049 del 27 febbraio 2015; sez. 5, sent. n. 19537 del 17 settembre 2014; sez. 5, sent. n. 6253 del 20 aprile 2012), non esplica alcun effetto sul procedimento contenzioso instaurato dal contribuente per contestare la pretesa tributaria, quand'anche fondata su elementi o dichiarazioni forniti dal contribuente medesimo. Il diverso piano sul quale operano le norme in materia di accertamento e riscossione, rispetto a quelle che governano il processo tributario, nonché il rispetto dei principi della capacità contributiva di cui all'art. 53 Cost., comportano l'inapplicabilità in tale sede, di

decadenze relative alla sola fase amministrativa. Oggetto del contenzioso giurisdizionale instaurato è l'assoggettamento del contribuente ad oneri contributivi che il medesimo assume diversi e più gravosi di quelli che, sulla base della legge, devono restare a suo carico. Di talché in tale sede, laddove ci si opponga ad un atto impositivo emesso sulla base di dati forniti dal contribuente, non si verte in tema di "dichiarazione integrativa" ex art. 2 cit., bensì in ordine alla fondatezza della pretesa tributaria, alla luce degli elementi addotti dalle parti, nel rispetto dei relativi oneri probatori. In tal senso va quindi riconosciuta la possibilità per il contribuente, in sede contenziosa, di opporsi alla maggiore pretesa tributaria dell'amministrazione finanziaria, allegando errori, di fatto o di diritto, commessi nella sua redazione ed incidenti sull'obbligazione tributaria, indipendentemente dal termine di cui all'art. 2 cit. (v. Cass. 10775/2015; Cass. sez. 6-5, ordinanza n. 3754 del 18 febbraio 2014; Sez. 5, sentenza n. 2226 del 31 gennaio 2011).

Consegue da quanto sopra la cassazione della sentenza impugnata in relazione al motivo accolto ed il rinvio, anche per le spese di questo giudizio di cassazione, ad altra sezione della CTR della Lombardia.

P.Q.M.

La Corte rigetta il primo motivo di ricorso, accoglie il secondo, cassa la sentenza impugnata e rinvia, anche per le spese di questo giudizio di cassazione, ad altra sezione della CTR della Lombardia.

Così deciso in Roma, 17 settembre 2015

Depositato in Cancelleria, 12 gennaio 2016

ABSTRACT

The declaration submitted by the taxpayer may be amended, not only within the limits of the right to reimbursement, but also in litigation in order to oppose the increased tax claim of the tax authorities. This interpretation is confirmed by the recent pronouncement of the Supreme Court, with the decree of January the 12, 2016, n. 313.

SINTESI

La dichiarazione presentata dal contribuente può essere da questi emendata, non soltanto entro i limiti in cui la legge prevede il diritto al rimborso, ma anche in sede contenziosa al fine di opporsi alla maggiore pretesa tributaria azionata dal Fisco. Questa la linea interpretativa confermata anche dalla recente pronuncia della Cassazione, con l'ordinanza in commento del 12 gennaio 2016, n. 313.

SOMMMARIO: 1. Premessa. – 2. La fattispecie in esame – 3. Sulla emendabilità della dichiarazione pro contribuente: i differenti orientamenti giurisprudenziali – 4. La Decisione della Corte di Cassazione nella pronuncia in commento: osservazioni

1. Premessa

Nella pronuncia in commento, i giudici di legittimità affrontano nuovamente il complesso tema della emendabilità della dichiarazione¹, ossia della ritrattabilità di quest'ultima da parte del contribuente.

Come è noto l'art. 2 del d.p.r. 22 luglio 1998, n. 322, prevede la possibilità per il contribuente di rettificare la dichiarazione originaria mediante la presentazione di una nuova dichiarazione, cosiddetta "integrativa".

Non è raro, infatti, che solo successivamente alla presentazione della dichiarazione, talvolta anche decorsi alcuni anni, il contribuente si renda conto di aver commesso degli errori, che anche a proprio svantaggio incidono sulla

¹Tra le più recenti, si veda G. Antico e M. Genovesi, *I termini per rettificare pro contribuente la dichiarazione fiscale: una questione ancora aperta*, in *il fisco*, 2016, n. 1, p. 1-49; R. Fanelli, *La parola alle Sezioni Unite sui termini per emendare la dichiarazione*, in *Corr. trib.*, 2015, n. 47, p. 4637; V. Guarini e G. Cataldi, *Sull'emendabilità della dichiarazione in sede contenziosa devono prevalere i principi costituzionali*, in *GT - Riv. giur. trib.*, 2015, n. 12, p. 925; G. Marongiu, *Lo statuto dei diritti del contribuente nell'accertamento e nel processo*, in *Dir. prat. trib.*, 2014, n. 6, p. 10954; M. Damiani, *I limiti strutturali all'emendabilità delle dichiarazioni fiscali*, in *Corr. trib.*, 2012, n. 25, p. 1913; S. Ginanneschi, *Ammissibilità di nuovi profili giuridici e divieto di nuove «eccezioni» nei giudizi di appello sul «silenzio rifiuto» di rimborso*, in *GT - Riv. giur. trib.*, 2012, n. 12, p. 954; M. Nussi, *L'emendabilità degli errori della dichiarazione in sede di impugnativa del ruolo tra esigenze sostanziali e pericolose implicazioni processuali*, in *GT - Riv. giur. trib.*, 2012, n. 4, p. 303; A. Baldassarre, *Il rapporto tra la dichiarazione integrativa in melius e l'istanza di rimborso*, in *Dir. prat. trib.*, 2009, n. 3, p. 20485; C. Grimaldi, *La CTP di Modena amplia l'emendabilità della dichiarazione*, in *GT - Riv. giur. trib.*, 2009, n. 12, p. 1084; M. Nussi, *Ancora sull'emendabilità della dichiarazione dei redditi (anche) tramite istanza di rimborso*, in *GT - Riv. giur. trib.*, 2009, n. 1, p. 77; I. Sala, (Sent. n. 18076/2008: Iva) - è emendabile la dichiarazione Iva entro lo stesso termine utilizzato dall'Ufficio ai fini della rettifica, in *Rass. trib.*, 2009, n. 4, p. 1167; M. Logozzo, *Unicità del termine per la rettifica della dichiarazione da parte dell'Amministrazione finanziaria del contribuente*, in *GT - Riv. giur. trib.*, 2008, n. 10, p. 872; G. Boletto, *Brevi note in tema di dichiarazione "ultratardiva"*, in *Rass. trib.*, 2007, n. 1, p. 102; AA.VV., *Ritrattazione della dichiarazione tributaria: ipotesi ricostruttive*, in *Dialoghi dir. trib.*, 2005, p. 835; F.A. Genovese, *Dichiarazione errata, si può rettificare. È possibile farlo fino all'emissione dell'avviso di accertamento*, nota a Cass., SS.UU., 27 luglio 2004, n. 14088, in *D&G - Dir. e giust.*, 2004, p. 17; S. Sebastiani, *La ritrattabilità della dichiarazione tributaria tra giurisprudenza innovativa e "jus superveniens"*, in *Boll. trib.*, 2004, p. 976; R. Baggio, *Nuovi sviluppi in tema di emendabilità della dichiarazione tributaria*, nota a Cass., SS.UU., 9 gennaio 2003, n. 120; Cass., Sez. trib., 1° marzo 2004, n. 4128; Idem, 2 marzo 2004, n. 4238, in *Riv. dir. trib.*, 2004, II, p. 654; L. Ferlazzo Natoli, P. Montesano, *Il "pasticciccio brutto" tra termini di ritrattabilità della dichiarazione e termini di rimborso*, in *Boll. trib.*, 2004, p. 1104; N. D'Amati, *Aspetti istituzionali della dichiarazione tributaria*, *ivi*, 2003, p. 1445; R. Mancusi, *La retrattabilità della dichiarazione tributaria*, nota a Cass., Sez. trib., 20 giugno 2002, n. 8972, in *Dir. prat. trib.*, 2003, II, p. 398; M. Logozzo, *Le SS.UU. della Cassazione riconoscono la ritrattabilità della dichiarazione tributaria*, commento a Cass., SS.UU., 25 ottobre 2002, n. 15063, in *Corr. trib.*, 2003, n. 1, p. 55.

determinazione dell'imponibile e/o sulla liquidazione dell'imposta che potrebbe risultare superiore a quella effettivamente dovuta.

La prefata norma, in termini generali, consente al contribuente di correggere gli errori commessi in sede dichiarativa con una nuova dichiarazione "integrativa". Tale facoltà, è contemplata nei commi 8 e 8-bis, seppur con alcune differenze². Mentre il comma 8, contiene, infatti, un generico riferimento ad "errori ed omissioni" – senza specificare se si tratta di errori che abbiano cagionato un danno al contribuente ovvero al Fisco – per correggere i quali è fissato il termine di cui all'art. 43 del d.p.r. 29 settembre 1973, n. 600³; il successivo comma 8-bis fa uno specifico riferimento a quegli errori « ... che abbiano determinato l'indicazione di un maggior reddito o, comunque, di un maggior debito d'imposta o un minor credito ...» per la cui correzione viene stabilito quale termine ultimo quello previsto per la presentazione della dichiarazione relativa al periodo di imposta successivo. Quest'ultimo comma, poi, a differenza del precedente prevede, altresì, la possibilità di utilizzo in compensazione del credito eventualmente emergente dalla dichiarazione integrativa.

Le citate discrasie hanno sollevato una *querelle* sulla emendabilità della dichiarazione, o meglio, sulla possibilità per il contribuente che abbia commesso un errore a proprio svantaggio di ricorrere alla dichiarazione integrativa in forza del solo comma 8-bis e, pertanto, entro il più breve termine da questo previsto, ovvero se si possa applicare a tale fattispecie anche il disposto del precedente comma 8, che come detto, consente di rettificare la dichiarazione entro il più lungo termine decadenziale dell'attività accertatrice⁴.

² In tal senso Borgoglio A., *L'emendabilità delle dichiarazioni dei redditi*, in *il fisco*, n. 37, 2009, p. 6105.

³ L'art. 43, comma 1, del d.p.r. n. 600/1973, in tema di imposte dirette, dispone che: «*Gli avvisi di accertamento devono essere notificati, a pena di decadenza, entro il 31 dicembre del quarto anno successivo a quello in cui è stata presentata la dichiarazione*».

⁴ Sul punto si vedano D. Liburdi, *La dichiarazione integrativa pro contribuente: lo stato dell'arte dopo le ultime indicazioni dell'Agenzia delle Entrate*, in *il fisco*, 2014, n. 22, p. 1-2179; A. Borgoglio, Cass., n. 2226 del 31 gennaio 2011 - *Emendabilità della dichiarazione anche in contenzioso*, in *il fisco*, 2011, n. 7, p. 1085.; M. Chiorazzi, A. Iacono, *Modalità e termini per la correzione delle dichiarazioni fiscali: problematiche applicative ed orientamento della giurisprudenza di legittimità*, in *il fisco*, 2006, n. 4, p. 1-524; A. Carotenuto, *La dichiarazione correttiva: profili sanzionatori*, in *il fisco*, 2005, n. 5, p. 1487;

Si tratta di una questione piuttosto controversa che ha visto dottrina e giurisprudenza assumere diverse posizioni, non tanto sulla ammissibilità della rettifica *pro Fisco*, quanto piuttosto sulle differenti ipotesi di modifica della dichiarazione a favore del contribuente, ritenuta non sempre lecita.

2. La fattispecie in esame

La sentenza che si annota trae origine dal ricorso presentato dal contribuente avverso la sentenza della CTR che, confermando la decisione di primo grado, aveva rigettato l'appello sul rilievo che la dichiarazione integrativa era stata presentata oltre il termine annuale di cui all'art. 2, comma 8-*bis*, del d.p.r. n. 322/1998.

Il ricorso si articola in due motivi.

Con primo motivo il ricorrente assume l'insufficiente motivazione circa l'interpretazione dell'art. 2, comma 8⁵ e comma 8-*bis*⁶, del d.p.r. n. 322/1998.

Mazzella E., *Sulla ritrattabilità delle dichiarazioni fiscali*, in *il fisco*, 2004, n. 22, p. 3336; R. Dolce, *Ritrattabilità della dichiarazione dei redditi: spunti di riflessione anche alla luce della sentenza n. 4238/2004 della Corte di Cassazione*, in *il fisco*, 2004, n. 41, p. 6982; T. Sciarra, *La dialettica tra giurisprudenza e normativa in tema di rettificabilità della dichiarazione tributaria*, in *Rass. trib.*, 2004, n. 1, p. 117; E. Grassi, *Ancora un chiarimento - questa volta da parte delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione - sull'emendabilità e la ritrattabilità delle dichiarazioni dei redditi*, in *il fisco*, 2003, n. 7, p. 989; S. La Rocca, *La ritrattabilità delle dichiarazioni fiscali alla luce delle novità rese dal d.p.r. n. 435/2001 e a seguito dell'attesa pronuncia delle Sezioni Unite della Suprema Corte di Cassazione depositata lo scorso 25 ottobre 2002*, in *il fisco*, 2002, n. 43, p. 6841.

⁵ Art. 2, comma 8, d.p.r. n. 322/98: "Salva l'applicazione delle sanzioni, le dichiarazioni dei redditi, dell'imposta regionale sulle attività produttive e dei sostituti d'imposta, possono essere integrate per correggere errori od omissioni mediante successiva dichiarazione da presentare, secondo le disposizioni di cui all'articolo 3, utilizzando modelli conformi a quelli approvati per il periodo d'imposta cui si riferisce la dichiarazione, non oltre i termini stabiliti dall'articolo 43 del decreto del presidente della Repubblica 29 settembre 1973, n. 600 e successive modificazioni".

⁶ Art. 2, comma 8-*bis*, d.p.r. n. 322/98: "Le dichiarazioni dei redditi, dell'imposta regionale sulle attività produttive e dei sostituti di imposta possono essere integrate dai contribuenti per correggere errori od omissioni che abbiano determinato l'indicazione di un maggior reddito o, comunque, di un maggior debito d'imposta o di un minor credito, mediante dichiarazione da presentare, secondo le disposizioni di cui all'articolo 3, utilizzando modelli conformi a quelli approvati per il periodo d'imposta cui si riferisce la dichiarazione, non oltre il termine prescritto per la presentazione della dichiarazione relativa al periodo d'imposta successivo. L'eventuale credito risultante dalle predette dichiarazioni può essere utilizzato in compensazione ai sensi dell'articolo 17 del decreto legislativo n. 241 del 1997".

Con secondo motivo il ricorrente ha rilevato la violazione e falsa applicazione dell'art. 2, comma 8 e 8-*bis*, del d.p.r. n. 322/1998, in relazione all'art. 360, comma 1, n. 3, c.p.c. laddove la CTR ha ritenuto non suscettibile di contestazione la pretesa impositiva contenuta nella cartella impugnata.

La Corte ha ritenuto inammissibile l'ipotizzata censura con il primo motivo in quanto relativa alla interpretazione di una norma giuridica.

Relativamente al secondo motivo, invece, la Corte ha ritenuto fondata la censura, affermando come sia ammissibile l'emendabilità, in via generale, di qualsiasi errore, di fatto o di diritto, contenuto in una dichiarazione resa dal contribuente all'Amministrazione fiscale, anche se non direttamente rilevabile dalla stessa dichiarazione. E tanto perché la dichiarazione non si configura quale atto negoziale⁷ e dispositivo, bensì reca una mera esternazione di scienza⁸ (o di giudizio), modificabile in ragione dell'acquisizione di nuovi elementi di conoscenza

⁷ Sulla tendenziale riconduzione, ad opera della teoria costitutiva, della dichiarazione ad atto genetico dell'obbligazione, come valenza negoziale, cfr. G. Falsitta, *Struttura della fattispecie dell'accertamento nelle imposte riscalate mediante ruoli*, in *Studi sul procedimento amministrativo*, Milano, 1971, p. 46 ss.; Idem, *Il ruolo di riscossione*, Padova, 1972, p. 89 ss.; Idem, *Manuale di diritto tributario*, Padova, 1996, p. 377 ss.;

⁸ Sulla ricomprensione della dichiarazione tributaria tra le dichiarazioni di scienza, cfr. (*ex multis*) E. Vanoni, *La dichiarazione tributaria e la sua irretrattabilità*, in *Riv. dir. fin. sc. fin.*, 1937, I, p. 255; E. Capaccioli, *L'accertamento tributario*, in *Riv. dir. fin. sc. fin.*, 1966, I, p. 3 ss.; P. Russo, *Natura ed effetti giuridici della dichiarazione tributaria*, Milano, 1969, p. 311 ss.; L. Perrone, *Appunti in tema di omissione della dichiarazione dei redditi*, in *Riv. dir. fin. sc. fin.*, 1967, II, p. 26 ss.; E. Potito, *Azione di accertamento e ripetizione dell'indebito in materia tributaria*, in *Riv. dir. fin. sc. fin.*, 1974, I, p. 125; Idem, *L'ordinamento tributario italiano*, Milano, 1978, p. 381 ss.; A. Cicognani, *Le fonti dell'obbligazione tributaria*, Padova, 1977, p. 293 ss.; S. La Rosa, *Scienza, politica del diritto e dato normativo nella disciplina dell'accertamento dei redditi*, in *Riv. dir. fin. sc. fin.*, 1981, I, p. 561 ss.; E. Nuzzo, *Natura ed efficacia della dichiarazione tributaria*, in *Dir. prat. trib.*, 1986, I, p. 39 ss.; G.A. Micheli, *Corso di diritto tributario*, Torino, 1989, p. 175 ss.; G. Gaffuri, *Lezioni di diritto tributario*, Padova, 1989, p. 70; R. Lupi, *Diritto tributario, Parte generale*, Milano, 1995, p. 140;

e di valutazione sui dati riferiti⁹, e costituisce, in quanto tale, un momento dell'*iter* procedimentale volto all'accertamento dell'obbligazione tributaria¹⁰.

Il termine annuale di cui all'art. 2, comma 8-*bis*, del d.p.r. n. 322/1998, previsto per la presentazione della dichiarazione integrativa e finalizzata all'utilizzo in compensazione del credito eventualmente risultante, così come non interferisce sul termine di decadenza di quarantotto mesi previsto per l'istanza di rimborso di cui all'art. 38 del d.p.r. n. 602/1973¹¹, non esplica alcun effetto sul procedimento contenzioso instaurato dal contribuente per contestare la pretesa tributaria, quand'anche fondata su elementi o dichiarazioni forniti dal contribuente medesimo.

La Corte di cassazione, con la sentenza in commento, consolida dunque un'evoluzione dottrinale e giurisprudenziale piuttosto eterogenea su uno dei temi più dibattuti nell'ultimo decennio in diritto tributario, vale a dire la ritrattabilità della dichiarazione tributaria viziata da errori in danno del contribuente. L'orientamento giurisprudenziale afferma il principio della piena ritrattabilità della dichiarazione, anche al di là dei termini fissati dalla succitata normativa, e persino in sede contenziosa¹². Tale ritrattabilità, però, non è assoluta – stando alle varie pronunce giurisprudenziali di merito che sul punto hanno assunto posizioni differenti¹³ –

⁹ Rispetto alle posizioni dottrinali di cui alle note precedenti, appare distinta l'opinione di F. Tesauero, *Il rimborso d'imposta*, Milano, 1975, p. 108 ss., secondo il quale la dichiarazione dovrebbe considerarsi mero atto di riconoscimento dell'imponibile al quale la legge riallaccia la costituzione dell'obbligazione tributaria; lo stesso autore afferma che la dichiarazione contiene l'esposizione di fatti (contenuti narrativi, che rappresentano altrettante "dichiarazioni di scienza") ed, inoltre, la qualificazione giuridico-tributaria di tali fatti (cioè dei giudizi): a ciò seguono degli effetti giuridici, che la legge ricollega a quanto dichiarato e, dunque, si tratta di effetti che derivano dalla dichiarazione non in quanto "voluti" dal dichiarante, ma in quanto previsti dalla legge; ne consegue che la dichiarazione fiscale non è una dichiarazione di volontà, ma un mero atto (cfr. F. Tesauero, *Istituzioni di diritto tributario*, Torino, 2012, p. 153 ss.).

¹⁰ Cfr., Cass., sent. n. 2229 del 6 febbraio 2015; Cass., sent. n. 4049 del 27 febbraio 2015; Cass. sez. 5, n. 5852 del 13 aprile 2012; Cass., sent. n. 14932 del 6 luglio 2011.

¹¹ Cfr., Cass. sez. 5, sent. n. 4049 del 27 febbraio 2015; Cass. sez. 5, sent. n. 19537 del 17 settembre 2014; Cass. sez. 5, sent. n. 6253 del 20 aprile 2012.

¹² L'emendabilità in corso di causa, in particolare, è stata reputata, dalla stessa Cassazione (cfr., Cass. civ., n. 5399/2012 nonché, sul tema, Cass. civ., nn. 2226/2011, 26512/2011, 10647/2013 e 4049/2015), una logica e irrinunciabile necessità di interesse generale, nel senso dell'ossequio da dare, alla luce degli artt. 53 e 97 della Costituzione, alla esattezza del prelievo fiscale.

¹³ Cfr., Cass. civ., nn. 5399/2012, 5852/2013, 12149/2014, 20415/2014, 26187/2014.

dovendo essere limitata a errori materiali e formali, così da essere esclusi interventi su quella parte di dichiarazione attinente a una precisa manifestazione di volontà del contribuente¹⁴.

3. Sulla emendabilità della dichiarazione *pro* contribuente: i differenti orientamenti giurisprudenziali

Sul tema della emendabilità degli errori commessi dal contribuente in sede di dichiarazione, prima della nota sentenza delle Sezioni Unite del 2002¹⁵, l'orientamento della giurisprudenza era tutt'altro che univoco.

Un primo filone¹⁶ non esitava ad affermare l'emendabilità da parte del contribuente degli errori, anche non materiali e di calcolo, contenuti nella

¹⁴ Cfr., Cass. civ., nn. 7294/2012, 1427/2013 e 18757/2014 e, in particolare, Cass. civ., n. 20208 del 08.10.2015 la quale ha statuito che la mancata indicazione del credito d'imposta in dichiarazione non è emendabile, poiché, in tale circostanza, la dichiarazione ha valore di atto negoziale. Il caso esaminato dalla Suprema Corte si riferiva alla rettifica operata dall'Agenzia delle Entrate che, a seguito della liquidazione automatizzata ex art. 36-*bis* del d.p.r. n. 600/1973, emetteva una cartella di pagamento nei confronti di una s.r.l., recuperando le imposte non versate e un credito di imposta non indicato nella dichiarazione e ciò nonostante utilizzato in corso di periodo. La contribuente impugnava la cartella, risultando vittoriosa in entrambi i gradi di merito; in particolare, secondo la CTR, l'omessa dichiarazione del credito di imposta consisteva in un mero errore materiale, e perciò rettificabile anche nel contraddittorio processuale. L'Agenzia delle Entrate, ricorrendo in Cassazione, rilevava che la legge istitutiva del credito di imposta richiedeva espressamente l'indicazione di tale credito nella dichiarazione dei redditi relativa al periodo di imposta nel corso del quale il beneficio era concesso; di conseguenza, secondo l'Amministrazione Finanziaria l'omessa tempestiva indicazione costituiva causa di decadenza dall'agevolazione. La Corte di Cassazione osservava che, in linea generale, le denunce dei redditi costituiscono dichiarazioni di scienza, emendabili in presenza di errori che espongano il contribuente al pagamento di maggiori tributi di quelli effettivamente dovuti; tuttavia, nel caso in cui il legislatore subordini la concessione di un beneficio fiscale ad una precisa manifestazione di volontà da parte del contribuente, da compiersi direttamente nella dichiarazione, questa assume il valore di un atto negoziale, irretrattabile anche in caso di errore. Nel caso di specie, la dichiarazione nel quadro RU del credito d'imposta era un atto negoziale non emendabile in ipotesi di omissione (salvo dichiarazione rettificativa nei termini), posto che si trattava di un'indicazione inidonea a costituire un mero errore formale, essendo volta a mutare la base imponibile, e al contestuale inserimento del credito in oggetto. In tale situazione, il contribuente, per far valere l'errore commesso, sarebbe stato onerato di fornire la prova della rilevanza dell'errore, con riguardo ad entrambi i requisiti dell'essenzialità e dell'obiettiva riconoscibilità; tale prova non risultava dagli atti del procedimento e, di conseguenza, la Corte di Cassazione accoglieva il ricorso dell'Agenzia delle Entrate e, decidendo nel merito, respingeva l'impugnazione della cartella, rendendola definitiva.

¹⁵ Cass, Sezioni Unite, 25 ottobre 2002, n. 15063.

¹⁶ Sul punto si veda Cass., sez. 1, sent. 9 febbraio 1999, n. 1088 nella quale si era stabilito che l'Amministrazione finanziaria non può procedere alla rettifica dell'originaria dichiarazione dei redditi di società di capitali qualora la stessa abbia provveduto alla rettifica della originaria dichiarazione, ancorché oltre il termine di un mese dall'approvazione del bilancio, posto che per la rettifica della dichiarazione da parte del contribuente non è previsto un termine specifico e pertanto

dichiarazione sul presupposto che la dichiarazione non ha valore confessorio o costitutivo del debito di imposta, ma costituisce atto iniziale di un procedimento amministrativo volto all'accertamento ed alla riscossione dei tributi legalmente dovuti, *"sempre che la rettifica, intesa ad evidenziare l'inesistenza di fatti realmente giustificativi del prelievo venga operata entro ragionevoli limiti di tempo"*.

Le dichiarazioni fiscali, a parere dei suddetti giudici, sono dichiarazioni di scienza non negoziali, costituiscono pertanto strumenti attraverso i quali vengono portati a conoscenza dell'Amministrazione finanziaria dei dati, ed in quanto tali sono modificabili, a patto che non sia intervenuta la prescrizione del debito restitutorio del Fisco¹⁷.

Un secondo orientamento, molto più rigido, invece, pur ammettendo la natura di dichiarazioni di scienza e non di volontà, non transigeva sui tempi a disposizione del contribuente per eventuali correzioni che sarebbero dovute avvenire entro il termine di presentazione della dichiarazione¹⁸.

la stessa può essere presentata quando non si siano verificate preclusioni di natura processuale o concernenti la contestazione del debito tributario; e ancora sul tema, Cass., sez. 1, sent. 3 luglio 1997, n. 5989, con la quale era stata ritenuta ammissibile la richiesta di rimborso dell'imposta locale sui redditi precedentemente versata in base alla erronea dichiarazione e contabilizzazione come «sopravvenienza attiva» delle somme percepite a titolo di risarcimento del danno, allegando l'inesistenza totale dell'obbligo di pagamento, in quanto con tale istanza ben poteva essere richiesto anche il rimborso di imposte versate per errore di diritto. In tale fattispecie la Cassazione aveva addossato al contribuente l'onere di provare l'errore commesso e di dimostrare che le somme indicate genericamente come «sopravvenienze attive» non corrispondano ad alcun elemento reddituale, ma derivano, appunto, dal risarcimento del danno.

¹⁷ C. Grimaldi, *La CTP di Modena amplia l'emendabilità della dichiarazione*, in *GT - Riv. giur. trib.*, 2009, n. 12, p. 1084.

¹⁸ Così si sono espressi i giudici di legittimità nella sentenza n. 10055/2000, secondo cui le dichiarazioni fiscali dei contribuenti, integrando il momento di avvio, di un, più o meno articolato, procedimento di diritto pubblico (volto all'accertamento del concreto contenuto dei rapporti tributari ai quali si riferiscono) da intendersi, in quanto tale, ispirato ad esigenze di razionale svolgimento e di conseguimento, quanto più rapido possibile, di risultati di stabilità, comportano l'automatismo di effetti propri degli atti giuridici in senso stretto, e, perciò, devono aversi per assoggettate a vincoli di forma e di tempo che ne implicano una sostanziale irretrattabilità: da questa conseguendo che, al di fuori delle ipotesi di errori materiali o di calcolo, non richiedenti una vera e propria rettifica, essendo desumibili ab intrinseco dal testo stesso dell'atto, le dichiarazioni medesime possono essere ravvisate emendabili e ritrattabili esclusivamente nei termini accordati espressamente dalla legge per la presentazione di una valida dichiarazione (cfr., nello stesso senso, Cass., Sez. I Civ., sent. n. 6957 del 25/VII/1997).

L'evidente contrasto interpretativo, ha reso necessario l'intervento delle Sezioni Unite, alle quali, nel 2001¹⁹, viene rimessa la questione per giungere ad una soluzione univoca.

Orbene, con la sentenza n. 15063/2002, le Sezioni Unite affermano la piena emendabilità e rettificabilità della dichiarazione, senza alcuna limitazione, sia nell'ipotesi in cui l'errore riguardi circostanze di fatto, sia nelle ipotesi in cui si sia in presenza di errori di diritto, ciò perché la dichiarazione non costituisce titolo dell'obbligazione tributaria, ma integra un momento dell'*iter* procedimentale inteso all'accertamento di tale obbligazione e all'accertamento delle ragioni erariali che ne sono l'oggetto.

A parere dei supremi giudici, infatti, la dichiarazione dei redditi, non avendo natura di atto negoziale e dispositivo ma recando una mera esternazione di scienza e di giudizio, è sempre modificabile in ragione dell'acquisizione di nuovi elementi di conoscenza e di valutazione dei dati riferiti.

Ne deriva, in linea di principio, che *"è emendabile e ritrattabile ogni dichiarazione dei redditi che risulti, comunque, frutto di un errore del dichiarante nella relativa redazione, sia tale errore testuale o extratestuale, di fatto o di diritto, quando da essa possa derivare l'assoggettamento del dichiarante medesimo ad oneri contributivi diversi, e più gravosi, di quelli che per legge devono restare a suo carico"*.

Per l'effetto, un sistema normativo che non consentisse la rettificabilità della dichiarazione sottoponendo il contribuente, sulla base di tale atto, ad un prelievo fiscale sostanzialmente indebito, si rileverebbe un insanabile contrasto con i principi costituzionali della capacità contributiva e dell'oggettiva correttezza dell'azione amministrativa: questa appare la riflessione alla base della citata pronuncia.

La rimovibilità degli effetti della dichiarazione dei redditi trova conferma, secondo la Cassazione anche, nella previsione di cui all'art. 38, primo comma, del d.p.r. n. 602/1973, sulla possibilità di rimborso. Ne deriva che la domanda

¹⁹ Cass., sez. 5., ord. n. 78/2001.

recuperatoria può essere esperita, nei limiti temporali previsti, per ottenere la restituzione anche del tributo diretto versato in autotassazione e perciò anche delle imposte pagate in adempimento degli obblighi risultanti dalla dichiarazione sull'allegato presupposto dell'erroneità²⁰.

La Suprema Corte sembrava, quindi, aver tracciato una linea interpretativa univoca, mettendo finalmente un punto fermo alla complessa evoluzione dottrinale e giurisprudenziale sul tema della *ritrattabilità* della dichiarazione, affermando che la dichiarazione dei redditi è rettificabile a favore del contribuente e che la rettifica è operabile mediante istanza di rimborso nei termini previsti per la presentazione della stessa, a prescindere dalla natura giuridica dell'errore commesso ma a condizione che, sotto il profilo probatorio, il contribuente riesca a dare contezza del carattere indebito delle somme versate²¹.

Ciononostante, l'annosa questione sui confini dell'emendabilità della dichiarazione dei redditi continua a trovare risposte differenti nelle pronunce sia di merito che di legittimità, in particolar modo con riferimento alla tempestività o meno della rettifica operata.

Sul punto, infatti, nel panorama giurisprudenziale è tutt'oggi possibile individuare due filoni interpretativi.

Secondo un primo orientamento giurisprudenziale²², che potrebbe apparire più conforme al dato normativo, il contribuente che intendesse correggere "a proprio favore" la dichiarazione fiscale trasmessa, eliminando errori od omissioni che incidono sulla base imponibile e/o sull'ammontare dell'imposta, troverebbe un limite temporale invalicabile nel termine previsto per la presentazione della

²⁰ In tal senso C. Grimaldi, *Correzione ampia per le dichiarazioni anche in sede di contenzioso*, in *Corr. trib.*, 2011, n. 15, p. 1266.

²¹ G. Boletto, *Brevi note in tema di dichiarazione "ultratardiva"*, in *Rass. trib.*, 2007, n. 1, p. 102.

²² Cass. civ., n. 20415/2014 con commento di F. Veroi, *Dichiarazione integrativa a favore oltre il termine di presentazione solo per errori formali*, in *il fisco*, 2014, n. 14, p. 4071; nello stesso senso Cass. civ., n. 14294/2014; Cass. civ., n. 5372/2014; Id. n. 5373/2012; cfr. anche Cass. civ., n. 5852/2012. In tal senso anche Comm. trib. prov. Lombardia Cremona, sez. 3, 30 ottobre 2014, n. 227; Comm. trib. Il gr. di Trento, sentenza 25 giugno 2014, n. 54; Comm. trib. reg. Basilicata Potenza, sez. 2, 10 ottobre 2012, n. 91; Comm. trib. reg. Molise Campobasso, sez. 3, 20 ottobre 2011, n. 70.

dichiarazione relativa al periodo d'imposta successivo. L'esercizio della facoltà di rettifica riconosciuta al contribuente per evitare un prelievo fiscale maggiore di quello dovuto, secondo tale orientamento, risulta vincolato al termine per la presentazione della dichiarazione dell'anno successivo²³.

Differentemente, un secondo filone giurisprudenziale²⁴ ritiene che il termine indicato nel comma 8-bis dell'art. 2 del d.p.r. n. 322/1998, non vada inteso come limite temporale entro cui esercitare la facoltà di emendare la dichiarazione, ma deve essere riferito esclusivamente all'opportunità di utilizzare in compensazione il credito eventualmente esposto nella dichiarazione rettificata, opportunità riconosciuta al contribuente dalla proposizione finale del citato comma.

Seppur diverse sono le interpretazioni dei giudici interessati della questione, pacifica appare tuttavia, in base al dettato normativo, la possibilità, in linea di principio, di rettificare quanto dichiarato. Tale certezza deriva senza dubbio dalla necessità di garantire il rispetto dell'art. 53 Cost., che sancisce il principio della capacità contributiva, nonché del successivo art. 97 Cost., sulla correttezza dell'azione amministrativa²⁵.

In ossequio a tali principi costituzionali sembra essersi sviluppato, nel corso degli ultimi anni, l'orientamento della Cassazione, la quale²⁶ ha previsto la

²³ Sul punto si veda V. Guarini, G. Cataldi, *Sull'emendabilità della dichiarazione in sede contenziosa devono prevalere i principi costituzionali*, in *GT - Riv. giur. trib.*, 2015, n. 12, p. 925.

²⁴ Cass. civ., n. 19537/2014; Id., n. 11153/2014; Id., n. 11500/2013; Id., n. 23574/2012; Id., n. 6253/2012; Id., n. 5399/2012; cfr. in tal senso anche Commissione trib. reg. Lombardia, sez. 11, sentenza n. 1791/2014 del 7 aprile 2014.

²⁵ Cfr. Cass., 30 maggio 2014, n. 12149.

²⁶ Cass. civ., n. 22443/2015; Id., n. 10775/2015; Id., n. 6665/2015; Id., n. 5947/2015; Id., n. 4049/2015; Id., n. 434/2015; Id., n. 175/2015; Id., n. 26187/2014; Id., n. 18765/2014; Id., n. 3754/2014; Id., n. 10647/2013; Id., n. 10649/2013; Id., n. 5399/2012; Id., n. 26512/2011; Id., n. 14932/2011; Id., n. 4776/2011; Id., n. 2725/2011; Id., n. 2226/2011; Id., n. 29738/2008; Id., n. 22021/2006; Id., n. 12791/2004; Id., n. 12405/2004; Id., n. 6787/2004; Id., n. 4238/2004; Id., n. 8153/2003; Id., n. 17394/2002; Id., n. 15063/2002; in tal senso anche Comm. trib. prov. di Mantova n. 314/2014, commentata da Gallio F., *"Dichiarazione dei redditi emendabile a favore del contribuente in 4 anni"*, in *il fisco*, 2014, n. 45, p. 4489. Queste valutazioni sono state estese anche al tema della emendabilità della dichiarazione di successione: cfr. al riguardo Cass. civ., n. 2229/2015; Id., n. 2366/2013; Id., n. 18024/2009; Id., n. 4755/2008; Id., n. 22523/2007; Id., n. 14088/2004; in tal senso anche Comm. trib. reg. Roma n. 3292/1/2015.

possibilità per il contribuente, anche al di là dei termini fissati dalla succitata normativa, di emendare la dichiarazione persino in sede contenziosa.

L'emendabilità in corso di causa è stata reputata, infatti, dalla stessa Suprema Corte²⁷, una logica ed irrinunciabile necessità di interesse generale alla luce dei citati artt. 53 e 97 Cost., e della necessità di garantire l'esattezza del prelievo fiscale.

Tale possibilità, a parere dei giudici di legittimità, trova giustificazione nella stessa natura giuridica della dichiarazione. Quest'ultima, infatti, come ancora si legge anche nelle più recenti pronunce, non riveste valore negoziale né tantomeno dispositivo dei propri diritti, unitamente alla circostanza di non avere consistenza di atto confessorio né di fonte/titolo dell'obbligazione tributaria, ma si esaurisce in una mera esternazione di scienza e di giudizio, come tale modificabile in presenza di errori che possano sottoporre il contribuente ad un prelievo fiscale superiore a quello effettivamente dovuto.

Impedire al dichiarante di rettificare la propria dichiarazione dei redditi esponendolo ad oneri più gravosi di quelli che in base alla legge dovrebbero restare a suo carico, apparirebbe incompatibile sia con i principi costituzionali della capacità contributiva (art. 53 Cost.) e dell'obiettiva correttezza dell'azione amministrativa (art. 97, Cost.), sia con l'art. 10 della Legge n. 212/2000, secondo cui non è conforme alla buona fede percepire somme non dovute anche se indicate in dichiarazione²⁸.

Ulteriore argomento a sostegno di questa tesi viene individuato nella inapplicabilità al processo tributario delle decadenze relative alla fase amministrativa, destinate – in quanto tali – ad operare su un piano differente²⁹.

²⁷ Cfr. Cass., n. 5399/2012; Id., n. 2226/2011; Id., n. 26512/2011; Id., n. 10647/2013; Id., n. 4049/2015.

²⁸ Sul punto si veda S. Capolupo, P. Compagnone, L. Vinciguerra, P. Borrelli, *Le ispezioni tributarie*, Milano, Ipsoa, 2014.

²⁹ G. Antico, M. Genovesi, *I termini per rettificare pro contribuente la dichiarazione fiscale: una questione ancora aperta*, in *il fisco*, 2016, n. 1, p. 49.

Anche tale circostanza, quindi, legittimerebbe il contribuente ad opporsi in sede giudiziale alla maggiore pretesa avanzata dall'Amministrazione.

In questo quadro generale, in cui incontestabile appare il dato Costituzionale³⁰, rafforzativo è il dato normativo, e ove la Cassazione sembra uniformarsi³¹, la stessa Amministrazione finanziaria, in un suo documento di prassi³², ha affermato che l'emendabilità è da ritenersi «*diretto corollario della natura della dichiarazione, quale atto di scienza e non di volontà*».

Tuttavia, in merito alla natura giuridica da riconoscere alla dichiarazione fiscale, appare opportuno rammentare, che altro orientamento giurisprudenziale di legittimità³³, seppur residuale, ne riconosce una parte negoziale, come tale irretrattabile. Secondo tale indirizzo, infatti, la suddetta emendabilità non è assoluta, ma deve essere limitata ad errori materiali e formali, escludendo perciò interventi su quella parte di dichiarazione attinente ad una precisa manifestazione di volontà del contribuente. Secondo tale orientamento, il profilo negoziale della dichiarazione, pur essendo solo parte del sistema di una natura di dichiarazione di scienza, non è emendabile³⁴.

Alla luce di quanto brevemente ricostruito, da cui emerge ancora oggi l'assenza di una univoca interpretazione normativa in merito al problema della emendabilità

³⁰ Al riguardo G. Marongiu, *Lo Statuto dei diritti de Contribuente nell'accertamento e nel processo*, in *Dir. prat. trib.*, 2014, n. 6, p. 10954.

³¹ Così Cass., sez. trib., 10 settembre 2001, n. 11545. Cfr. anche Cass., sez. trib., 20 giugno 2002, n. 8972 «... ovviamente ha precisato la Corte, la prova dell'inesistenza della obbligazione tributaria a causa di un errore e la prova del verificarsi di un indebito grava sul contribuente, che deve fornire gli elementi costitutivi della sua pretesa». E invero, ha soggiunto in altra sentenza la Suprema Corte, va riconosciuta un'ampia emendabilità, espressione di un principio generale del sistema tributario (operante non solo nel campo delle imposte indirette), considerato che: a) la dichiarazione non ha valore confessorio; b) essa non costituisce fonte dell'obbligazione tributaria, ma si inserisce nell'ambito di un più complesso procedimento di accertamento e di riscossione; c) i principi della capacità contributiva e di buona amministrazione rendono intollerabile un sistema legale che impedisse al contribuente di dimostrare, entro un ragionevole lasso di tempo, l'inesistenza di fatti giustificativi del prelievo». Ne consegue che «il contribuente può procedere alla rettifica di errori di qualsiasi genere, anche dopo la scadenza del termine per la presentazione della dichiarazione e tale rettifica, se formulata, deve essere presa in considerazione dall'ufficio ai fini della liquidazione dell'imposta dovuta ...».

³² Cfr. circ. 17 gennaio 2006, n. 12/E.

³³ Cfr. Cass. n. 7294/2012; Id, n. 1427/2013; Id. n. 18757/2014.

³⁴ C. Beccalli, *Irretrattabile la dichiarazione per i contenuti di tipo negoziale*, in *il fisco*, 2015, n. 39, p. 1-3774.

della dichiarazione fiscale, appare facilmente comprensibile la rimessione, con l'ordinanza n. 18383 depositata il 18 settembre 2015, della questione alle Sezioni Unite.

I giudici della quinta sezione tributaria della Cassazione, dopo aver ripercorso i differenti orientamenti sviluppatasi in questi anni nella materia *de qua*, hanno ritenuto opportuno effettuare la predetta rimessione, tenuto conto «*della particolare rilevanza dei principi, anche costituzionali e statutari, sottesi alla soluzione, con possibili ricadute sull'azione dell'Amministrazione finanziaria*».

4. La decisione della Corte di Cassazione: osservazioni

La Corte di Cassazione nella pronuncia in commento si adegua ai principi contenuti nella sentenza delle Sezioni Unite³⁵, nonché alle (ormai tante) sentenze della stessa Suprema Corte³⁶ che hanno affermato l'emendabilità, in via generale, di qualsiasi errore, di fatto o di diritto, contenuto in una dichiarazione resa dal contribuente all'Amministrazione fiscale³⁷, anche se non direttamente rilevabile

³⁵ Già in precedenza infatti, la Corte di Cassazione a Sezioni Unite con la sent. n. 15063/2002, aveva chiarito – in riferimento alla normativa in vigore nel 1993 – che “*è emendabile e ritrattabile ogni dichiarazione dei redditi che risulti, comunque, frutto di un errore del dichiarante nella relativa redazione, sia tale errore testuale od extratestuale, di fatto o di diritto, quando da essa possa derivare l'assoggettamento del dichiarante medesimo ad oneri contributivi diversi, e più gravosi, di quelli che per legge devono restare a suo carico*”.

³⁶ Tra le più recenti, Cass., sent. n. 6665 del 01.04.2015; Cass., sent. n. 2229 del 06.02.2015; Cass., sent. n. 4049 del 27.02.2015; Cass. sez. 5, sent. n. 5852 del 13.04.2012; Cass., sent. n. 14932 del 06.07.2011.

³⁷ La posizione assunta dall'Amministrazione finanziaria, relativamente alla emendabilità della dichiarazione, almeno in passato, è risultata alquanto rigida (ora, si spera, che a seguito della numerose sentenze della Suprema Corte, la stessa abbia mutato orientamento...). Infatti, all'epoca in cui era vigente il solo comma 8 del d.p.r. n. 322/1998, l'Amministrazione aveva affermato – in particolare con la c.m. n. 98/E del 17.5.2000, e con la c.m. n. 55/E del 14.6.2001 – la possibilità di rettifica della dichiarazione a favore del contribuente. Tale orientamento, tuttavia, è mutato allorché è stato introdotto nel nostro ordinamento il comma 8-*bis* del d.p.r. n. 322/1998, il quale disciplina espressamente l'ipotesi della emendabilità della dichiarazione a seguito di rettifica *pro* contribuente. In particolare, nella circ. n. 6/E del 25.1.2002, l'Agenzia delle entrate ha affermato che la dichiarazione integrativa a favore non può essere presentata decorso il termine stabilito per la dichiarazione successiva. Successivamente, dalla lettura della ris. n. 12/E del 17.1.2006, poteva desumersi un “*cambio di rotta*” dell'Agenzia, laddove la stessa sembrava “*aprire*” alla possibilità di rettifica della dichiarazione senza particolari limiti temporali. Si trattava, evidentemente, di un auspicio dei contribuenti cui non faceva seguito la reale interpretazione dell'Amministrazione finanziaria, la quale ribadiva che l'ipotesi esaminata non verteva su una dichiarazione a favore ma riguardava l'integrazione di una dichiarazione nella quale non erano stati indicati separatamente i

dalla stessa dichiarazione. Ed invero, come già anticipato in precedenza, la Corte Suprema ritiene che la dichiarazione dei redditi è, in linea di principio, un atto emendabile e ritrattabile poiché non ha natura di atto negoziale e dispositivo, ma reca esclusivamente una mera esternazione di scienza e di giudizio, modificabile a seguito dell'acquisizione di nuovi elementi di conoscenza e di valutazione sui dati riferiti e costituisce un momento dell'*iter* procedimentale volto all'accertamento dell'obbligazione tributaria³⁸. La Corte, dunque, parte dal presupposto che la dichiarazione tributaria non costituisce fonte dell'obbligazione tributaria, la quale, come è noto, ai sensi dell'art. 23 Cost., trova la sua fonte direttamente nella legge e, pertanto, né la dichiarazione, né l'avviso d'accertamento dell'Ufficio hanno natura costitutiva del debito tributario³⁹. Ne consegue che la stessa, non esplica alcun effetto sul procedimento contenzioso

costi relativi a rapporti con imprese situate in Paesi a fiscalità privilegiata. L'Agenzia delle entrate ritiene, dunque, che la dichiarazione a favore del contribuente di cui all'art. 2, comma 8-*bis*, del d.p.r. n. 322/1998 non possa essere presentata dopo che è decorso il termine relativo alla presentazione della dichiarazione successiva. Per argomentare la propria posizione l'Agenzia ha affermato, *in primis*, che la dichiarazione integrativa a favore è inquadrabile nel comma 8-*bis* dell'art. 2, del d.p.r. n. 322/1998 e, inoltre, che il principio di emendabilità della dichiarazione a favore del contribuente nei termini previsti per l'istanza di rimborso andava riferito, esclusivamente, alla disciplina previgente all'1.1.2002 poiché l'orientamento della Cassazione si è formato con riferimento a un periodo nel quale non vi erano norme specifiche che disciplinavano la fattispecie in esame e quindi risultava applicabile soltanto al periodo antecedente all'1.1.2002. A supporto di tale affermazione la stessa Agenzia fa leva sul fatto che la giurisprudenza della Cassazione, riferita sempre a situazioni antecedenti all'1.1.2002 (sent. n. 17394 del 6.12.2002, e n. 4238 del 02.03.2004), ha sempre richiamato l'assenza di una norma *ad hoc*. Nella ris. n. 24/E del 14.02.2007, l'Agenzia delle entrate, oltre a ribadire l'impossibilità di presentare una dichiarazione integrativa a favore decorso il termine di presentazione della dichiarazione successiva, sembra non consentire nemmeno la possibilità di chiedere il rimborso dell'indebito versamento presentando un'istanza di rimborso ai sensi dell'art. 38 del d.p.r. n. 602/1973.

³⁸ Cfr. Cass., sent. n. 16063/2002).

³⁹ Sin dalla fine degli anni cinquanta, con l'introduzione nel nostro ordinamento della c.d. dichiarazione Vanoni, si è discusso della natura giuridica della dichiarazione tributaria, ed in particolare della dichiarazione dei redditi. Tradizionalmente, si sono contrapposte due tesi circa la natura della dichiarazione, vedendosi in essa la negozialità (dichiarazione di volontà) o la mera ricognizione (dichiarazione di scienza). E proprio l'evoluzione verso l'idea di una dichiarazione di scienza e di giudizio (cfr., *ex multis*, Cass. civ., nn. 15063/2002, 17394/2002, 10356/2006, 21944/2007, 29700/2008, 2226/2011, 2725/2011, 26512/2011, 26187/2014; si veda anche Comm. trib. reg. Puglia, n. 921/2015) ha condotto, storicamente, a reputare ammissibile una revoca o una rettifica di quanto indicato. Oggi, se vi è un punto fermo nell'ambito della procedura di accertamento, esso va individuato proprio nella natura giuridica della dichiarazione tributaria. Ormai è unanime il parere della dottrina e l'orientamento della giurisprudenza, nell'assegnare alla dichiarazione dei redditi (e alle altre dichiarazioni tributarie) la natura di dichiarazione di scienza, o di manifestazione di scienza.

instaurato dal contribuente per contestare la pretesa tributaria, anche se fondata su elementi o dichiarazioni forniti dal contribuente⁴⁰.

Nella sentenza che qui si annota, tuttavia, la Suprema Corte non rileva esplicitamente che tale facoltà di modifica potrebbe non essere assoluta, in quanto non sarebbe comunque consentito al contribuente di revocare e sostituire la precedente dichiarazione⁴¹, di talché il potere di modifica del contribuente, in tali circostanze, andrebbe circoscritto all'indicazione dei dati relativi alla quantificazione delle poste reddituali positive e negative, che integrino errori materiali, quali errori di calcolo o errate liquidazioni degli importi, o formali, quali quelli inerenti l'esatta individuazione della voce del modello da compilare.

La Corte asserisce, più in generale, che, in un sistema improntato⁴² ormai ai principi di tutela dell'affidamento e della buona fede, deve riconoscersi al contribuente la possibilità di far valere, attraverso la procedura del rimborso disciplinata compiutamente dall'art. 38 del d.p.r. n. 602 del 1973, ogni tipo di errore materiale o di diritto – ancorché non rilevabile *ictu oculi* dalla dichiarazione – commesso in buona fede nel momento della redazione della dichiarazione e da cui

⁴⁰ Difatti, dire che la dichiarazione dei redditi ha natura di dichiarazione di scienza, significa attribuire ad essa un'efficacia non vincolante per il contribuente. La dichiarazione consiste soltanto nella prospettazione all'Amministrazione, nelle forme e nei termini stabiliti dalla legge, del presupposto di imposta, ossia dei redditi, secondo la visione di fatto e giuridica che ne ha il contribuente. Il contenuto proprio della dichiarazione è l'individuazione e la determinazione dei singoli redditi e delle relative imposte. Essendo i redditi delle entità giuridiche convenzionalmente definite dalla legge, l'errore, a danno del contribuente, è sempre possibile. Il che conduce a dire, in prima battuta, che per l'imposta erroneamente dichiarata e versata, il contribuente può richiedere all'Amministrazione finanziaria la restituzione di quanto indebitamente pagato.

⁴¹ Come in effetti ha fatto in passato la Suprema Corte (cfr., Cass., sez. trib. sent. 11 maggio 2012, n. 7294), laddove ha operato una significativa "*apertura*" nel consentire un riscontro della volontà espressa dal contribuente nella dichiarazione e quindi permette un suo riesame per verificare se ricorrano in essa eventuali errori nella manifestazione di volontà, in tal modo conferendo organicità al principio della emendabilità della dichiarazione, al quale vanno ricondotti anche gli errori in cui si può incorrere nell'esprimere, nella dichiarazione, le scelte consentite dalla normativa fiscale. Non si deve, però, trattare di modificazioni di scelte consapevoli manifestate in precedenza per tenere conto di nuove valutazioni di convenienza operate dal contribuente ma di veri errori che debbono avere i requisiti propri degli atti unilaterali per i quali trova applicazione analogica l'art. 1324 c.c. che permette di accedere alla disciplina dettata dall'art. 1428 c.c. che tratta proprio della rilevanza dell'errore, al quale è attribuita valenza giuridica se è essenziale ed è riconoscibile dall'altra parte (l'Amministrazione finanziaria). In tal senso, vedi M. Damiani, *I limiti strutturali all'emendabilità delle dichiarazioni fiscali*, in *Corr. trib.*, 2012, n. 25, p. 1913.

⁴² Anche per effetto dell'entrata in vigore dello Statuto del contribuente (l. n. 212 del 27.07.2000).

sia derivato un pagamento indebito. Invero, i giudici di legittimità hanno ritenuto che la questione della emendabilità della dichiarazione tributaria deve essere inquadrata sulla base del principio della capacità contributiva di cui all'art. 53 Cost. e non quale conseguenza di una dichiarazione non corretta.

Sostiene, infatti, la Corte che l'oggetto del contenzioso giurisdizionale instaurato dal contribuente è, in particolare, l'assoggettamento ad oneri contributivi, che se non rettificati con la dichiarazione integrativa, risulterebbero più gravosi di quelli che, sulla base della legge, devono restare a suo carico.

Si tratta, in sostanza, di dare attuazione alle tre fondamentali norme costituzionali in materia tributaria: i) l'art. 53 Cost., in base al quale ogni contribuente è tenuto a concorrere alle spese pubbliche in ragione della propria *effettiva* capacità contributiva; ii) l'art. 97 Cost., secondo cui l'ente impositore ha il dovere di buona amministrazione, che si esplica nell'osservanza dei principi di buona fede oggettiva e di leale collaborazione con il contribuente per l'attuazione del rapporto tributario⁴³; e iii) l'art. 23 Cost., che individua nella sola legge i presupposti della nascita dell'obbligazione tributaria: al verificarsi del presupposto d'imposta, il contribuente deve comunicare all'Amministrazione finanziaria la realizzazione dello stesso, determinare il *quantum* della base imponibile, liquidare e versare l'imposta. Tali adempimenti si concretizzano, in osservanza delle prescrizioni e dei termini stabiliti con riferimento a ciascuna imposta, nella redazione della dichiarazione tributaria, che, come ribadito dalle Sezioni Unite della Cassazione, ha natura di dichiarazione di scienza, come tale rettificabile da parte del contribuente.

È, quindi, palese che l'obbligazione tributaria nasce al verificarsi del presupposto, ossia da quella manifestazione di ricchezza che rivela capacità contributiva: il contribuente non può ritenersi esposto ad oneri impositivi diversi e più gravosi di quelli che dovrebbero essere posti a suo carico in base alla legge.

⁴³ Principi, peraltro, sanciti dall'art. 10, comma 1, della L. 27 luglio 2000, n. 212 (Statuto dei diritti del contribuente).

Ammettere il diritto ad emendare eventuali errori presenti nella dichiarazione, peraltro, risponde all'esigenza di assicurare un rapporto paritario fra contribuente e Fisco, posto che l'esistenza della dichiarazione non può precludere al medesimo contribuente la possibilità di dimostrare, pur nei tempi e nei modi previsti dalla legge, la inesattezza dei dati in essa contenuti.

Il punto fermo in dottrina e giurisprudenza è, dunque, rappresentato dal principio di ritrattabilità della dichiarazione tributaria, che deve essere intesa come possibilità per il contribuente di dimostrare l'inesistenza parziale o totale del presupposto d'imposta dichiarato⁴⁴.

Ne consegue che in tali circostanze, secondo i giudici di legittimità, non si verte più in tema di "dichiarazione integrativa" ex art. 2 del d.p.r. n. 322/1998, bensì in ordine alla fondatezza della stessa pretesa tributaria. E per tale ragione, deve sempre essere riconosciuta, al contribuente, la possibilità, anche in sede contenziosa – e a prescindere dal termine di cui al citato art. 2 – di opporsi alla maggiore pretesa tributaria della Amministrazione finanziaria, rettificando errori, di fatto o di diritto, commessi nella redazione della dichiarazione "originaria" e incidenti sulla corretta determinazione dell'obbligazione tributaria.

Nella ordinanza in questione, quindi, la Suprema Corte, in linea con l'ormai consolidato orientamento giurisprudenziale, considera la dichiarazione ritrattabile, affermando, altresì, nuovamente, che tale modifica può avvenire anche in sede contenziosa al fine di opporsi alla maggiore pretesa avanzata dall'Amministrazione finanziaria. Si tratta di un'ulteriore conferma della prevalente interpretazione secondo cui – in linea di principio – è emendabile *«qualsiasi errore, di fatto o di diritto, contenuto in una dichiarazione resa dal contribuente all'Amministrazione fiscale, anche se non direttamente rilevabile dalla stessa dichiarazione»*, quando da essa possa derivare l'assoggettamento del dichiarante

⁴⁴ L'emendabilità in corso di causa, in particolare, è stata reputata, dalla stessa Cassazione una logica e irrinunciabile necessità di interesse generale, nel senso dell'ossequio da dare, alla luce dei citati artt. 53 e 97 della Costituzione, alla esattezza del prelievo fiscale (cfr., Cass. civ., nn. 4049/2015, 10647/2013, 5399/2012, 26512/2011 e 2226/2011).

ad oneri contributivi diversi e più gravosi di quelli che per legge devono essere posti a suo carico.

Sul trattamento fiscale delle assegnazioni gratuite dei certificati grigi dell'eu ETS. Il caso della repubblica ceca*

Nota alla sentenza della Corte di giustizia europea del 26 febbraio 2015 n. c-43/2014)

di Valentina Zampaglione

Avvocato e dottore di ricerca in Istituzioni e politiche ambientali, tributarie, finanziarie e previdenziali

Dipartimento di giurisprudenza

Università degli Studi di Napoli "Federico II"

ABSTRACT

This work analyzes the recent statement with which the European Court of Justice has declared the contrast of all fiscal measures with the principle of gratuitousness (art. 10 of the directive Et) and with the purpose of the emissions trading scheme and, besides, the necessity of allocating the saleable certificates in all the sectors implicated in the Eu ETS. The judgment ends a gap of the system and gives us the occasion to remember not only how much is important – in this historical period – the free allocation of the certificates, but also that the gradual application of Eu ETS has not a discrimination.

SINTESI

Il presente lavoro propone alcune riflessioni in nota alla recente sentenza della Corte di Giustizia europea che ha sancito l'incompatibilità di qualsiasi onere fiscale con il principio di gratuità di cui all'art. 10 della direttiva 2003/87 e con gli obiettivi perseguiti con l'emissions trading, nonché la necessità che le quote assegnabili a titolo oneroso siano ripartite tra tutti i settori cui si applica il sistema. La pronuncia in commento pone fine ad una importante lacuna del sistema e costituisce l'occasione per ribadire sia l'importanza - in tale momento storico - di un'assegnazione gratuita delle quote sia il carattere non discriminatorio di un approccio per fasi nell'applicazione dell'ET.

Parole chiave: *emissions trading* – scambio delle quote di emissione – imposta sulle donazioni nella Repubblica Ceca – assegnazione gratuita – asta – *grandfathering* – *auctioning* – fuga di carbonio – *carbon leakage* – *free-riders* – certezza del diritto – parità di trattamento – libera concorrenza – art. 10 direttiva Et.

SOMMARIO: 1. Introduzione: il nuovo approccio al problema ambientale – 2. La questione dell'imposta sulle assegnazioni gratuite dei certificati grigi – 2.1. Il caso della Repubblica Ceca – 2.2. La pronuncia della Corte di giustizia europea – 3. Spunti di riflessioni – 3.1. L'assegnazione gratuita delle quote come freno al fenomeno del *carbon leakage* – 3.2 Il bilanciamento degli interessi: la tutela dell'ambiente e la tutela dello sviluppo economico, dell'occupazione e della libera concorrenza – 4. Riflessioni conclusive

1. Introduzione: il nuovo approccio al problema ambientale

È in una fase relativamente recente della storia che il problema della protezione ambientale ha acceso su di sé i riflettori, attirando l'attenzione di opinione pubblica e di operatori giuridici sia di diritto interno che di diritto internazionale.

L'esigenza di affrontare il problema dei cambiamenti climatici e, più in generale, della protezione dell'ambiente è nata di pari passo con il processo di industrializzazione che, generando forme di inquinamento sempre più cospicue e pericolose, ha via via spinto gli Stati ad adottare misure di tutela a livello macroscopico.

Al fine di cercare di arginare l'imminente problema ambientale, con la direttiva 2003 n. 87¹ l'Unione Europea ha dato vita, sulla scia degli Stati Uniti,² ad un sistema di scambio di quote di emissione per le imprese rientranti in determinati settori con forti emissioni di gas serra. È stato, così, superato quell'approccio di tipo *command and control*³ (o di regolamentazione diretta) che ha caratterizzato l'intervento europeo fino agli anni ottanta del secolo scorso.

L'adozione di un sistema di *emissions trading*⁴ è espressione della tendenza

¹ Si tratta della direttiva istitutiva dell'*European Union Emissions Trading Scheme*: strumento innovativo per la riduzione delle emissioni di gas serra e conformarsi, così, agli impegni assunti con la convenzione quadro delle nazioni unite sui cambiamenti climatici (UNFCCC) del 1992 e con il Protocollo di Kyoto del 1997.

² Negli Stati Uniti sono negli anni settanta del secolo scorso furono adottati molteplici *credit-based emissions trading scheme* con l'intento di rendere più flessibile il sistema di *command and control* assunto nella politica sulla qualità dell'aria con il *Clean Air Act* (CAA) del 1970, in modo da ridurre i costi delle imprese e consentire la crescita economica anche nelle zone in cui i limiti massimi di concentrazione dei gas inquinanti erano stati già raggiunti o addirittura superati.

³ L'approccio *command and control* consiste nella fissazione di regole comuni eterogenee, quali *standards* di diversa natura, norme sulle tecnologie da utilizzare o sulle possibili forme di disinquinamento, che devono essere rispettate al fine di contenere l'inquinamento entro limiti prefissati. Tale sistema si è rilevato insufficiente, eccessivamente rigido nell'approcciare le diverse situazioni geografico-ambientali, dispendioso, scarsamente incentivante ed inadeguato. In tal senso. M. CLARICH, *La tutela dell'ambiente attraverso il mercato*, in *Diritto Pubblico*, 2007. Per un'elencazione esaustiva degli strumenti di *command and control* v. M. FAURE, *Environmental regulation*, in *Gouckaert-boudewin- de geest –gerrit* (a cura di), *Enciclopedia of law and economics*, 2000, 452 ss.

⁴ Si tratta dell'idea dei diritti di inquinamento trasferibili (anche *tradable pollution rights*) proposta negli anni sessanta del secolo scorso dal canadese J. H. Dales che nel suo libro *"Pollution, property and prices"*, dopo aver affermato apertamente di dovere molto alle teorie di Coase, oltre a quelle di Gordon e Reich. I diritti di inquinamento trasferibili possono essere inquadrati concettualmente tra gli strumenti di gestione ambientale di tipo coasiano, che prevedono l'attribuzione di *property rights* sulle risorse da gestire.

propria di quegli anni di fare ricorso ad un sempre più massiccio degli strumenti di mercato, economici e fiscali,⁵ consacrata nel sesto programma di azione ambientale,⁶ attuativo delle raccomandazioni OCSE degli anni settanta.⁷

La disciplina comunitaria del sistema si presenta, però, lacunosa e molto spesso atecnica, generando incertezza e confusione tra gli operatori. Esemplare in tal senso è la questione del trattamento fiscale dell'assegnazione gratuita delle quote di emissione, oggetto di approfondimento nel presente lavoro.

2. La questione dell'imposta sulle assegnazioni gratuite dei certificati grigi

La questione della compatibilità degli oneri fiscali con il principio di gratuità di cui all'art. 10 della direttiva è stata di recente portata all'attenzione della Corte di Giustizia Europea dalla Corte Suprema amministrativa della Repubblica Ceca.

2.1. Il caso della Repubblica Ceca

Il Governo della Repubblica Ceca con la legge n. 357/1992⁸ ha esteso l'applicazione dell'imposta sulle donazioni anche all'acquisto a titolo gratuito delle quote di emissione di gas ad effetto serra effettuati negli anni 2011 e 2012. L'imposta ha colpito essenzialmente i produttori di elettricità: oggetto d'imposta erano, infatti, le assegnazioni gratuite di quote utilizzate per la copertura delle

⁵ Si tratta di tutte quelle misure che incidono sulle scelte tra diverse alternative tecnologiche o di consumo, attraverso la modificazione delle convenienze in termini di costi e benefici privati. OECD, *Economic instrument for environmental protection*, Paris, 1989.

⁶ Il sesto programma d'azione ambientale costituisce il quadro della politica ambientale comunitaria nell'arco di tempo 2002-2012; esso ha lo scopo di assicurare un livello elevato di protezione ambientale, tenendo conto del principio di sussidiarietà e della diversità di situazioni nelle varie regioni della Comunità e di sganciare le pressioni ambientali dalla crescita economica. Tale programma si è concentrato sul miglioramento nell'applicazione della legislazione ambientale esistente, all'integrazione delle tematiche ambientali nelle altre politiche ed alla collaborazione col mercato, con le imprese ed i consumatori per trovare strumenti per lo sviluppo sostenibile. Inoltre, il programma ha promosso la partecipazione attiva dei cittadini con una modifica concreta dei comportamenti.

⁷ L'utilizzo degli strumenti fiscali in campo ambientale ha le proprie radici nei primi anni settanta del secolo scorso in una serie di raccomandazioni dell'OCSE: la prima del 26 maggio del 1972 C (72) 128 e la seconda del 14 novembre 1974, C (74) 223 in OECD, *The pollute pays principle*, Paris 1975 e N GRECO, *Nascita, evoluzione ed attuale valore del principio chi inquina paga*, in Studi parlamentari e di politica costituzionale, n. 2 e 3, 1991, 28.

⁸ La legge n. 357/1992 concernente l'imposta di successione, l'imposta sulle donazioni e l'imposta sul trasferimento della proprietà, è stata riformata dalla legge n. 402 del 2010.

emissioni scaturenti dall'attività di produzione di energia elettrica. Più precisamente, erano colpiti solamente quegli impianti che a far data dell'1 gennaio 2005 producevano energia elettrica per la vendita a terzi e che svolgevano una delle attività – rientranti nell'ambito d'applicazione della direttiva - unicamente mediante combustione.⁹ La base imponibile era individuata nel valore medio di mercato della quota, così come fissato annualmente dal Ministero dell'ambiente alla data del 28 febbraio, moltiplicato per il numero di quote ricevute a titolo gratuito per la produzione di elettricità nello stesso anno.¹⁰ L'aliquota era fissata al 32%.¹¹ Ma non mancavano esenzioni.¹²

In applicazione di tale disposizione, l'ufficio tributario aveva richiesto, tra le altre, anche alla KO-Energo - un'impresa della Repubblica Ceca che negli anni 2011 e 2012 aveva ricevuto gratuitamente quote di emissione per la produzione di energia elettrica - la somma di 20 473 152 corone ceche a titolo di imposta sulle donazioni; l'impresa, ritenendo incompatibile tale prelievo con il principio di gratuità di cui all'art. 10 della direttiva Et, ricorreva d'innanzi alla Corte amministrativa che accoglieva la sua istanza. La pronuncia, poi, è stata impugnata

⁹ In particolare l'art. 6, paragrafo 8, della suddetta legge prevede che «è soggetto all'imposta sulle donazioni l'acquisto a titolo gratuito di quote di emissioni di gas ad effetto serra per gli anni 2011 e 2012 ai fini della produzione di energia elettrica in un impianto che, alla data dell'1 gennaio 2005 o successivamente produceva energia elettrica per la vendita a terzi e nel quale un'attività cui si applica lo scambio di quote per l'emissione di gas serra è effettuata unicamente mediante combustione (...), da parte di un produttore di elettricità».

¹⁰ L'art. 7 rubricato «base imponibile dell'imposta per le quote acquistate a titolo gratuito» prevede che «relativamente alle quote acquistate a titolo gratuito la base imponibile dell'imposta sulle donazioni è costituita dal valore medio di mercato della quota di emissione di gas ad effetto serra, alla data del 28 febbraio dell'anno civile di riferimento, moltiplicato per il numero di quote acquistate a titolo gratuito per la produzione di elettricità per l'anno civile di riferimento; il valore medio di mercato della quota di emissione di gas ad effetto serra alla data del 28 febbraio dell'anno civile di riferimento è pubblicato dal Ministero dell'Ambiente con modalità tali da consentire l'accesso a distanza».

¹¹ L'aliquota è, invece, fissata dal successivo art. 14 in base al quale «l'aliquota d'imposta sulle donazioni per le quote acquistate a titolo gratuito è fissata al 32%».

¹² Venivano esentati dal pagamento dell'imposta solamente gli acquisti a titolo gratuito da parte della Repubblica Ceca o di un altro Stato membro dell'Unione Europea, della Norvegia o dell'Islanda, nonché il trasferimento di beni a titolo gratuito da parte della Repubblica Ceca, ad eccezione dell'acquisto a titolo gratuito di quote e dell'acquisto di beni provenienti da un altro Stato europeo (art. 20 punto 1); inoltre erano oggetto di esenzione dall'imposta sulle donazioni l'acquisto a titolo gratuito di un numero di quote corrispondente alla proporzione del quantitativo di energia elettrica prodotto mediante generazione combinata di energia e di calore rispetto al quantitativo totale di energia elettrica prodotta nel 2005 e nel 2006 (art. 20 punto 15).

innanzi alla Suprema Corte amministrativa che ha chiesto alla Corte di Giustizia europea se il prelievo in questione fosse compatibile con l'art. 10 della direttiva *emissions trading*, che prevede la gratuità dell'assegnazione di almeno il 90% delle quote di emissione per il periodo 2008-2012.

2.2. La decisione della Corte di Giustizia europea

La questione è stata decisa il 26 febbraio 2015¹³ con la dichiarazione da parte della Corte di Giustizia europea dell'incompatibilità dell'art. 10 della direttiva comunitaria con l'applicazione di qualsivoglia onere gravante sull'assegnazione gratuita delle quote.¹⁴

Invero, il principio di gratuità postula che non siano posti oneri all'assegnazione delle quote sia *ex ante* attraverso la fissazione di un prezzo sia *ex post* ponendo a posteriori oneri relativi all'assegnazione.¹⁵ Gli Stati, dunque, non possono porre alcun onere sull'assegnazione ma possono incidere sull'utilizzazione delle quote assegnate gratuitamente. Nessuna disposizione della direttiva pone limiti all'utilizzazione delle quote assegnate gratuitamente; né nega il diritto degli Stati membri di adottare misure di politica economica (quali il controllo dei prezzi praticati sui mercati) volte ad influire sulle implicazioni economiche dell'utilizzazione di tali quote.¹⁶ L'adozione delle predette misure, però, non deve neutralizzare il principio dell'assegnazione a titolo gratuito e, tantomeno, pregiudicare gli obiettivi della direttiva 2003/87.¹⁷

L'imposta sulle donazioni della Repubblica Ceca viola l'art. 10 della direttiva in quanto applica l'imposta (del 32%) sull'assegnazione gratuita – e non sulla successiva utilizzazione – delle quote;¹⁸ la Corte non ha accolto la tesi del Governo della Repubblica Ceca secondo cui l'articolo 10 della direttiva non sarebbe violato dal momento che l'imposta grava per meno del 10% del "valore totale" delle quote

¹³ N. C-43/2014.

¹⁴ Punto 17 della sentenza in commento.

¹⁵ Punto 22 della sentenza in commento.

¹⁶ Punti 19 e 20 della sentenza in commento.

¹⁷ Punto 21 della sentenza in commento.

¹⁸ Punto 24 della sentenza in commento.

di emissione di gas assegnate da tale Stato membro.¹⁹ Invero, ha osservato la Corte, l'art. 10 prevede il principio dell'assegnazione gratuita di almeno il 90% delle quote senza fare riferimento al loro valore;²⁰ inoltre, l'imposta delle donazioni della Repubblica Ceca contrasta con l'obiettivo, perseguito dall'articolo 10 della direttiva 2003/87, di attenuare provvisoriamente l'impatto economico dell'introduzione da parte dell'UE di un mercato delle quote di emissione di gas ad effetto serra, evitando la perdita di competitività di alcuni settori di produzione rientranti nell'ambito applicativo della direttiva.²¹ Tale obiettivo comporta che il limite del 10% del numero di quote che possono essere oggetto di una assegnazione a titolo oneroso sia valutato dal punto di vista degli operatori di ciascuno dei settori, e non rispetto a tutte le quote emesse dallo Stato membro, nel rispetto del principio di uguaglianza.

Sulla base di tali motivazioni la Corte di Giustizia europea ha rinviato al giudice 'a quo' per verificare se l'imposta sulle donazioni della Repubblica Ceca rispetti il massimale del 10% dell'assegnazione a titolo oneroso delle quote di emissione previsto dall'articolo 10 della direttiva 2003/87.

3. Spunti di riflessione

La pronuncia in esame ci spinge a riflettere in ordine ad alcuni aspetti particolarmente rilevanti della disciplina dell'*emissions trading* comunitario, quali l'importanza di un'assegnazione gratuita delle quote e di un bilanciamento dell'interesse della tutela dell'ambiente con quello della tutela dello sviluppo economico, dell'occupazione e della libera concorrenza.

3.1. L'assegnazione gratuita delle quote come freno al carbon leakage

Nella sentenza in commento la Corte di Giustizia tutela il principio di gratuità dell'assegnazione delle quote di emissione alle imprese.

L'assegnazione gratuita oltre a garantire l'accettabilità politica, è presidio di

¹⁹ Punto 26 della sentenza in commento.

²⁰ Punto 27 della sentenza in commento.

²¹ Punto 28 della sentenza in commento.

efficacia e di efficienza del sistema.

Per ben comprendere tale assunto è opportuno soffermarsi, seppure brevemente, sui possibili metodi di allocazione delle quote individuandone i punti di forza e di debolezza.

In un sistema di tipo *cap-and-trade*²² i diritti di inquinamento possono essere distribuiti con il metodo dell'*auctioning* – ovvero mettendoli all'asta- o con quello del *grandfathering* – distribuendoli gratuitamente ai partecipanti al sistema in base al loro inquinamento pregresso. È possibile, inoltre, una vendita a prezzo fisso o l'adozione di soluzioni miste, che mirino a porre rimedio alle difficoltà insite nell'uno o nell'altro metodo.

L'importanza della scelta del metodo di allocazione delle quote non è indifferente. Invero, il metodo della distribuzione iniziale dei permessi può incidere sull'efficienza dei sistemi di *emissions trading* e, di riflesso, sui costi complessivi per ottenere i risultati di riduzione delle emissioni previsti. Inoltre, esso ha un notevole impatto sui vari segmenti sociali coinvolti, in quanto può provocare distorsioni della concorrenza tra imprese, tra settori economici e persino tra Stati.

Il metodo del *grandfathering*, il più utilizzato dai sistemi esistenti, diversamente dagli *auctioning*, fa sì che gli operatori devono procurarsi sul mercato solo i permessi eventualmente necessari per coprire le emissioni in eccesso rispetto a quanto consentito dall'allocazione iniziale gratuita: i *tradable pollutions rights* vengono assegnati gratuitamente agli impianti esistenti sulla base dell'inquinamento pregresso; per cui gli impianti che in passato hanno inquinato di più finiscono per ricevere il maggior numero di permessi, da qui il rischio che gli

²² L'*European Union Emissions Trading Scheme* è un sistema di tipo *cap-and-trade*.

I principali sistemi di *emissions trading* possono essere distinti in due sottocategorie: da una parte vi sono quelli di tipo *cap-and-trade* e dall'altro quelli di tipo *baseline and credit*. Nei primi la pubblica autorità stabilisce l'obiettivo di qualità ambientale che intende raggiungere e, dunque, il livello massimo consentito dall'inquinante che si vuole controllare in un determinato periodo di tempo e in una determinata area. Successivamente l'autorità emette i permessi di emissione – nella quantità corrispondente alle quote di inquinamento totale consentito – e le distribuisce agli inquinatori, i quali saranno autorizzati ad emettere una quantità di inquinante pari ai permessi di cui sono titolari; nei sistemi di tipo *baseline and credit*, invece, viene individuato un livello di riferimento cui viene rapportato il bilancio di emissioni di ogni singolo inquinatore. I crediti vengono rilasciati solamente laddove l'operatore sia riuscito a ridurre l'inquinamento al di sotto del livello di riferimento.

operatori siano spinti ad aumentare le emissioni prima che il sistema di *emissions trading* entri in funzione in modo da assicurarsi un maggior numero di permessi.²³ Ma non si tratta dell'unico risvolto negativo. Tale sistema favorisce gli operatori esistenti e svantaggia i nuovi entranti²⁴, cui spetta sostenere un costo aggiuntivo rispetto ai primi in quanto devono comprare i diritti di emissione sul mercato.²⁵ Si corre il rischio, poi, che le imprese esistenti facciano incetta di permessi per impedire l'ingresso di nuovi operatori, con conseguente paralisi del mercato.

Il sistema della messa all'asta periodica, invece, sembra preferibile rispetto al sistema del *grandfathering*. Invero, esso riconosce a tutte le imprese la possibilità di acquistare diritti di emissione in condizioni di parità ed in maniera trasparente, senza alcuna distinzione tra settori e tra impianti esistenti e nuovi. Dà applicazione al principio chi inquina paga e permette di utilizzare le somme così ricavate per mantenere inalterato il livello delle entrate, per promuovere l'efficienza energetica, la ricerca e lo sviluppo o per effettuare investimenti pubblici per altri interventi di abbattimento delle emissioni.

Tuttavia, tale criterio di assegnazione delle quote presuppone il raggiungimento di un'intesa globale in materia ambientale. Invero, esso comporta una perdita di competitività per gli operatori, i quali per poter continuare la loro attività devono affrontare un costo aggiuntivo ovvero investire in nuove infrastrutture eco-compatibili o acquistare i certificati grigi; pertanto, le imprese sottoposte ad un regime di *emissions trading* sono svantaggiate rispetto alle imprese concorrenti di altri Paesi che non devono sostenere tale costo, con conseguente rischio di incappare nel fenomeno della fuga delle imprese comunitarie sul territorio di paesi

²³ Pertanto, è necessario prendere come riferimento un periodo sufficientemente lontano nel tempo rispetto al momento in cui avviene l'allocazione ma senza andare eccessivamente indietro nel tempo, per non utilizzare dati non corrispondenti alla realtà dei fatti. In alternativa, per tenere in conto delle attività di riduzione già intraprese si può altresì prevedere la costituzione di una riserva di permessi da utilizzare per attribuire un bonus ai gestori degli impianti che hanno intrapreso *early action* oppure impiegare dei fattori di correzione da applicare al metodo di allocazione in modo che gli impianti più efficienti dal punto di vista ambientale ricevano più permessi rispetto a quelli meno efficienti. In tal senso JACOMETTI V. opp. Cit.

²⁴ È disincentivata l'apertura di nuove imprese rientranti nell'applicazione della direttiva 2003/87.

²⁵ Non si dimentichi che le nuove imprese non hanno effettuato alcun investimento prima dell'istituzione del sistema di scambio delle quote di emissione e non corrono il rischio di sopportare costi per attività bloccate.

non firmatari (c.d. *carbon leakage*) con risvolti fortemente negativi per l'economia nazionale. Inoltre, tale sistema riducendo la domanda e di conseguenza il prezzo di carbone, gas, petrolio e tutto ciò il cui utilizzo produce emissioni di CO₂, agevola ulteriormente le imprese concorrenti non rientranti nel sistema, che non essendo soggette ad alcuna restrizione continuano ad avvalersi di tali sostanze.

Pertanto, al fine di garantire l'efficacia e l'efficienza del sistema, in attesa di un accordo globale in materia ambientale, la direttiva Et ha previsto l'assegnazione gratuita del 100% delle quote alle imprese operanti nei settori considerati ad alto rischio di rilocalizzazione e, negli altri settori, un passaggio graduale al meccanismo dell'assegnazione mediante asta delle quote.²⁶

A far data dal terzo periodo di scambio²⁷ l'allocazione gratuita delle quote avviene sulla base del metodo del *benchmarks*: le assegnazioni sono effettuate sulla base di parametri di riferimento, ovvero di un tasso *standard* di *performance* rappresentato da un fattore di emissioni o da un tasso di efficienza energetica per unità di prodotto, di *input* o di tecnologia usata. Tale nuova metodologia permette di ovviare ad alcune criticità dell'assegnazione gratuita sulla base dell'inquinamento pregresso ma richiede la disponibilità di molti dati e l'espletamento di molteplici adempimenti amministrativi, per cui presenta l'inconveniente di favorire i Paesi con bassa intensità di carbonio.

3.2. Il bilanciamento degli interessi: tutela dell'ambiente e tutela dello sviluppo economico, dell'occupazione e della libera concorrenza

La Corte di Giustizia ha rilevato, inoltre, l'incompatibilità della normativa della Repubblica Ceca con gli obiettivi della direttiva *emissions trading*.

Con la direttiva 2003/87 l'Unione europea ha implementato un mercato comunitario di scambio di quote di emissione al fine di ridurre le emissioni inquinanti di gas ad effetto serra e quindi di ostacolare il cambiamento climatico²⁸,

²⁶ Negli altri settori, l'art. 11 della direttiva prevede che le quote assegnate a titolo gratuito diminuiscano dell'80% del quantitativo delle quote da assegnare nel 2013 al 30% nel 2027.

²⁷ Il terzo periodo di scambio è iniziato l'1 gennaio 2013 ed è attualmente in atto.

²⁸ Cfr. sentenze della corte di giustizia europea del 29 marzo 2012, commissione/Polonia, C-504/09 P e Commissione/Estonia.

in attuazione degli impegni assunti a livello internazionale con la Convenzione quadro delle Nazioni unite sul cambiamento climatico del 1992²⁹ e con il Protocollo di Kyoto del 1997.³⁰ Come risulta dalla relazione alla direttiva Et, l'obiettivo della tutela dell'ambiente deve essere perseguito con il minor costo per lo sviluppo economico, l'occupazione e la libera concorrenza.³¹

Tali obiettivi sono ostacolati dalla legislazione della Repubblica Ceca non soltanto perché neutralizza il principio di gratuità ma anche perché viola il principio comunitario di parità di trattamento.³² Le imprese di tale Stato si trovano ad affrontare costi non sopportati dagli altri operatori dei Paesi comunitari ed extra-comunitari; inoltre, poiché l'imposta sulla donazione colpisce esclusivamente alcuni operatori ovvero quelli operanti nel settore della produzione dell'energia elettrica a far data dall'1 gennaio 2005, disparità di trattamento vi sarebbero anche tra operatori della Repubblica Ceca rientranti nell'ambito d'applicazione del sistema di *emissions trading*.³³ Tale trattamento differenziato e non giustificato, viola il principio della parità di trattamento con conseguente pregiudizio per lo sviluppo economico, del principio della libertà della concorrenza e dell'occupazione. Non bisogna dimenticare, infatti, che i giudici nazionali sono tenuti ad interpretare il loro diritto nazionale in conformità alla direttiva Et e a garantire un'interpretazione della direttiva conforme ai diritti fondamentali tutelati dall'ordinamento giuridico comunitario, agli altri principi generali del diritto comunitario e alle libertà fondamentali del Trattato.³⁴

Si potrebbe, però, obiettare che anche il legislatore comunitario

²⁹ Accordo raggiunto durante il *summit* di Rio con il quale, i paesi firmatari, hanno assunto l'obiettivo della stabilizzazione a livello planetario della concentrazione dei gas ad effetto serra.

³⁰ Con il Protocollo di Kyoto sono stati formalizzati in veri e propri obblighi quanto è stato sancito nel 92.

³¹ Cfr. relazione alla proposta di direttiva *emissions trading*.

³² Cfr. corte di giustizia europea, sentenza 12 luglio 2005, cause riunite C-154-04 e C-155/04, *Alliance for Natural Health e a.*, Racc. pag. I-6451, punto 115.

³³ La Corte di Giustizia nella sentenza in commento ha affermato che il principio di parità di trattamento postula che il quantitativo di quote che può essere assegnato a titolo oneroso vada ripartito tra tutti i settori soggetti all'*emissions trading*. La Corte, dunque, ha censurato la tesi del Governo della Repubblica Ceca anche perché affermava che il suddetto limite andasse calcolato avendo riferimento al valore totale delle quote assegnate dallo Stato. Ma, come ha osservato la Corte di Giustizia, l'art. 10 della direttiva non fa alcun riferimento al valore delle quote.

³⁴ Cfr. Trib. I grado Unione europea sez. III, 2 marzo 2010, n. 16/04.

nell'implementare il sistema di *emissions trading* sia incorso in tale violazione. Invero, il sistema ha trovato un'applicazione graduale: nella fase iniziale la partecipazione obbligatoria al sistema è stata prevista unicamente per le grandi emissioni puntuali di CO₂. Tale obiezione non è condivisibile. Invero, come affermato in più occasioni dalla Corte di Giustizia, la logica economica del sistema di scambio delle quote di emissioni consiste nell'ottenere riduzioni delle emissioni di gas ad effetto serra al minor costo possibile e senza pregiudicare lo sviluppo economico e l'occupazione, per cui si rende necessario il coinvolgimento del maggior numero di industrie ed impianti: aumentando i partecipanti al mercato dei permessi di emissione, si accrescono le opportunità di scambio fra gli operatori e questi ultimi, a loro volta, hanno maggiori possibilità di scegliere le migliori opportunità di prezzo per acquistare e vendere i loro permessi e, quindi, per adempiere agli obblighi di riduzione senza compromettere le esigenze produttive. Pertanto, ai fini dell'implementazione del sistema vanno prese in considerazione tutte le attività economiche che producono gas serra e la diversa quantità di gas emessa dalle industrie di ciascun settore non può costituire, di per sé, un criterio decisivo per escludere dall'ambito d'applicazione alcuni settori, perché ciò che unicamente rileva è la loro capacità di produrre inquinamento. Tuttavia, per ritenere sussistente una violazione del principio di uguaglianza non basta che due situazioni uguali siano trattate in maniera diversa, ma occorre anche che il differente trattamento non sia giustificato sulla base di criteri obiettivi e ragionevoli. Ebbene, il mercato delle quote di emissione si presenta innovativo e complesso, non solo sul piano politico ed economico-sociale, ma anche sul piano della costruzione normativa e dell'amministrazione, per cui il legislatore comunitario – come in tutti i casi del genere – vanta un ampio margine di discrezionalità³⁵ e può scegliere se ricorrere ad un approccio per fasi.³⁶ Dunque, il fatto che, in una prima fase siano state considerate le emissioni di un solo gas ad effetto serra e solamente alcuni settori trova ad avviso della Corte di giustizia, la

³⁵ Cfr. Corte CE, 10 gennaio 2006, causa C-344/04.

³⁶ Cfr. Corte CE, 29 febbraio 1984, causa 37/83; sentenza 18 aprile 1991, C-63/89; sentenza 13 maggio 1997, C-233/94.

sua giustificazione oggettiva e ragionevole nella complessità della gestione di un sistema con un numero molto elevato di imprese, che richiede alti costi amministrativi e di controllo.³⁷

4. Riflessioni conclusive

La corte di Giustizia con la sentenza in commento ha colmato un'importante lacuna nella disciplina dell'EU ETS, rafforzando, così, la fiducia degli operatori verso un sistema chiaro, che gli permetta di meglio valutare la strategia da mettere in campo.

Oltre a far luce su una questione ancora aperta, la Corte ha, poi, impedito agli Stati membri di effettuare trattamenti fiscali differenziati ed ingiustificati sulle assegnazione gratuite dei certificati grigi, i quali comportando costi differenti e ingiustificati tra gli operatori, si pongono in contrasto con gli importanti principi comunitari della parità di trattamento, della libera concorrenza, posti a presidio dello sviluppo economico e dell'occupazione comunitaria, evitando il fenomeno del *carbon leakage* ovvero della fuga delle imprese in territori extra-comunitari.

Pertanto, la tutela dell'ambiente va di pari passo con la tutela dei fondamentali principi comunitari; per cui, agli Stati membri si chiede di interpretare il loro diritto nazionale in conformità della direttiva Et e di garantire un'interpretazione della direttiva conforme ai diritti fondamentali tutelati dall'ordinamento giuridico comunitario, agli altri principi generali del diritto comunitario e alle libertà fondamentali del Trattato.

Per evitare la distorsione della concorrenza tra le imprese dei diversi Stati europei, il legislatore comunitario ha previsto che il metodo di distribuzione dei permessi sia prevalentemente lo stesso in tutti gli Stati membri e da ultimo ha dettato una disciplina uniforme e accentrata a livello comunitario delle procedure di assegnazione gratuita e delle vendite all'asta.

In particolare, è stata prevista l'assegnazione gratuita del 100% delle quote nei settori ad alto rischio di *carbon leakage* e negli altri settori un'assegnazione

³⁷ Cfr. sentenza corte di giustizia del 16 dicembre 2008 n. 127.

gratuita che gradualmente cede il passo all'assegnazione mediante asta.

Il principio di gratuità postula che non siano posti oneri né *ex ante*, fissando un prezzo delle quote, né *ex post*, mediante un prelievo fiscale. Oneri fiscali, come quelli della Repubblica Ceca, neutralizzano il principio di gratuità e violano i principi fondamentali della parità di trattamento e gli obiettivi della direttiva.

La scelta del legislatore di garantire l'effettività del principio di gratuità dell'assegnazione delle quote, tuttavia, va letta alla luce del particolare periodo storico in cui essa è stata pronunciata, caratterizzato ancora da una scarsa sensibilità per la tutela dell'ambiente. Invero, il problema ambientale per sua natura richiede un'azione congiunta dei vari livelli di governo e, soprattutto, il coinvolgimento delle più importanti potenze a livello mondiale; ciò non solo perché tutti si avvantaggiano come dei *free-riders* degli sforzi degli altri; ma anche perché solamente con l'intervento dei maggiori emettitori di gas serra è possibile valutare effettivamente i risultati del sistema. Un sistema globale, inoltre, è un sistema efficace in cui il costo delle emissioni e degli investimenti realizzati ai fini della riduzione delle emissioni viene essenzialmente determinato dai meccanismi di mercato.

Al fine di evitare il fenomeno della fuga del carbonio, in attesa che siano raggiunte tali intese, è necessario bilanciare i diversi interessi in gioco: da una parte quello comunitario della riduzione delle emissioni e della tutela dell'ambiente e dall'altro quello del minor aggravio per le imprese, che si trovano comunque di fronte a dei costi. In tali termini va giustificata la preferenza temporanea del legislatore comunitario all'assegnazione gratuita delle quote di emissione, rispetto al preferibile meccanismo dell'asta, il quale presenta l'indiscusso vantaggio di dare applicazione al principio del chi inquina paga e di garantire una parità di trattamento tra le imprese già avviate e le nuove entranti.

La pronuncia, dunque, garantendo uniformità del trattamento fiscale sulle assegnazioni gratuite delle quote, si inserisce nel più ampio disegno del legislatore comunitario, iniziato con la direttiva del 2009 n. 29, di uniformare quanto più possibile il sistema di *emissions trading*, in modo da semplificare i controlli,

accrescere la fiducia degli operatori e consentire il collegamento tra diversi sistemi di *emissions trading*.

Tuttavia, la strada da percorrere è ancora lunga. Quella affrontata dalla Corte di Giustizia nella sentenza in esame rappresenta solamente una delle tante questioni che hanno acceso gli animi degli operatori. Invero, la disciplina comunitaria si presenta atecnica e lacunosa e non solo in materia fiscale.³⁸ Per cui si rende necessario un intervento chiarificatore ed uniformatore.

Nonostante tali difficoltà e gli insoddisfacenti risultati raggiunti, l'EU ETS gode ancora della fiducia dell'Unione europea, anche, per l'indubbio vantaggio di essere fortemente flessibile: esso consente alle imprese di scegliere, in base ad una propria valutazione dei costi e dei benefici, se coprire le emissioni di gas inquinanti prodotte restituendo un quantitativo corrispondente di certificati grigi o, al contrario, se ridurre le emissioni investendo in nuove infrastrutture con minore impatto ambientale.

Si tratta sicuramente di una strategia vincente che ha permesso al legislatore comunitario di far fronte al problema ambientale facendo tesoro degli insegnamenti dei primordiali sistemi statunitensi e dai primi sistemi adottati a livello nazionale nel Regno Unito³⁹ ed in Danimarca,⁴⁰ senza cristallizzare lo strumento a sua disposizione ma facendolo rivivere aggiornandolo ed adattandolo costantemente alle diverse esigenze del tempo.

³⁸ Per un approfondimento del trattamento fiscale dello scambio delle quote di emissione si veda: ZAMPAGLIONE V., *Il trasferimento dei certificati grigi alla luce della legge di stabilità per il 2015*, in *Innovazione e diritto*, 2015, 3.

³⁹ Nel 2002 è stato avviato nel Regno Unito un particolare sistema di *emissions trading* integrato con altre politiche di lotta al cambiamento climatico. Per approfondimenti v. JACOMETTI V., *Lo scambio delle quote di emissione. Analisi di un nuovo strumento di tutela ambientale in prospettiva comparatistica*, Giuffrè, 2010, parte II, cap. IV.

⁴⁰ La Danimarca è stato il primo Stato membro dell'Unione europea ad avere adottato un sistema di permessi negoziabili di emissione di anidride carbonica per il periodo 2001 al 2004. Per approfondimenti si veda PEDERSEN S.L., *The danish CO2 emission trading system*, in *RECIEL*, 2000, 223 ss.; MORTENSEN B.O., *Co2 quotas for electricity production: the danish experiment*, in *env. Liab.*, 2003, 48 ss.; JACOMETTI V., *I tradable pollution rights: nozioni, origine e caratteristiche*; DAL MASO D., ZANONI D., ZANETTI R., *Tradable pollution rights ed emissions trading: le esperienze applicative realizzate ed il ruolo dei soggetti coinvolti*, in POZZO B. (cur.), *La nuova direttiva sullo scambio di quote di emissione. La prima attuazione europea dei meccanismi previsti dal Protocollo di Kyoto*, Milano, 2003, 13 ss. e 128 ss.

**CORTE DI GIUSTIZIA DELL'UNIONE EUROPEA, SEZIONE II,
26 febbraio 2015, N. 43/14**

Nella causa C-43/14, avente ad oggetto la domanda di pronuncia pregiudiziale proposta alla Corte, ai sensi dell'articolo 267 TFUE, dal Nejvyšší správní soud (Corte suprema amministrativa, Repubblica ceca), con decisione del 18 dicembre 2013, pervenuta in cancelleria il 27 gennaio 2014, nel procedimento ŠK.-EN. s.r.o. contro Odvolací finanční reditelství

La Corte (seconda sezione)

Composta da R. SILVA DE LAPUERTA (presidente di sezione) - K. LENAERTS (vicepresidente della corte, facente funzione di giudice della seconda sezione) J.-C. BONICHOT (relatore), A. ARABADJIEV E J.L. DA CRUZ VILAÇA (giudici), J. KOKOTT (avvocato generale), M. ALEKSEJEV (cancelliere)

vista la fase scritta del procedimento e in seguito all'udienza del 19 novembre 2014, considerate le osservazioni presentate:

- per la ŠK.-EN. s.r.o., da T. Za., consulente;
- per l'Odvolací finanční reditelství, da D. Je. e E. Ne., in qualità di agenti;
- per il governo ceco, da M. Sm. e J. Vl., in qualità di agenti;
- per la Commissione europea, da E. Kr., P. Ne. e K. Mi.-Bo., in qualità di agenti,

sentite le conclusioni dell'avvocato generale, presentate all'udienza dell'11 dicembre 2014,

ha pronunciato la seguente

sentenza

1 La domanda di pronuncia pregiudiziale verte sull'interpretazione dell'articolo 10 della direttiva 2003/87/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 ottobre 2003, che istituisce un sistema per lo scambio di quote di emissioni dei gas a effetto serra nella Comunità e che modifica la direttiva 96/61/CE del Consiglio (GU L 275, pag. 32).

2 Tale domanda è stata presentata nell'ambito di una controversia tra la ŠK.-EN. s.r.o. (in prosieguo: la "ŠK.-EN.") e l'Odvolací finanční reditelství (Direzione tributaria), in merito al pagamento di un'imposta sull'assegnazione delle quote di emissioni di gas a effetto serra per il 2011 e il 2012.

Contesto normativo

Il diritto dell'Unione

3 Secondo il considerando 5 della direttiva 2003/87, quest'ultima è intesa a contribuire ad adempiere gli impegni a ridurre le emissioni antropiche di gas a effetto serra assunti dalla Comunità europea e dai suoi Stati membri, in conformità della decisione 2002/358/CE del Consiglio, del 25 aprile 2002,

riguardante l'approvazione, a nome della Comunità europea, del protocollo di Kyoto allegato alla convenzione quadro delle Nazioni Unite sui cambiamenti climatici e l'adempimento congiunto dei relativi impegni (GU L 130, pag. 1), mediante un efficiente mercato europeo delle quote di emissioni dei gas a effetto serra, con la minor riduzione possibile dello sviluppo economico e dell'occupazione.

4 Il considerando 7 della direttiva 2003/87 così recita: "Sono necessarie disposizioni comunitarie sull'assegnazione di quote di emissioni da parte degli Stati membri onde contribuire a preservare l'integrità del mercato interno ed evitare distorsioni della concorrenza".

5 L'articolo 1 della direttiva 2003/50, intitolato "Oggetto", prevede quanto segue: "La presente direttiva istituisce un sistema per lo scambio di quote di emissioni di gas a effetto serra nella Comunità (...), al fine di promuovere la riduzione di dette emissioni secondo criteri di validità in termini di costi e di efficienza economica".

6 L'articolo 10 della direttiva 2003/87, intitolato "Metodo di assegnazione", così dispone: "Per il triennio che ha inizio il 1° gennaio 2005 gli Stati membri assegnano almeno il 95% delle quote di emissioni a titolo gratuito. Per il quinquennio che inizia il 1° gennaio 2008, gli Stati membri assegnano almeno il 90% delle quote di emissioni a titolo gratuito".

Il diritto ceco

7 La legge n. 357/1992 concernente l'imposta di successione, l'imposta sulle donazioni e l'imposta sul trasferimento della proprietà, come modificata dalla legge n. 402/2010 (in prosieguo: la "legge n. 357/1992"), prevede disposizioni che assoggettano l'acquisto a titolo gratuito di quote di emissioni di gas a effetto serra a un'imposta sulle donazioni.

8 L'articolo 6, paragrafo 8, della legge n. 357/1992 prevede quanto segue: "E' soggetto all'imposta sulle donazioni l'acquisto a titolo gratuito di quote di emissioni di gas a effetto serra per gli anni 2011 e 2012 ai fini della produzione di energia elettrica in un impianto che, alla data del 1° gennaio 2005 o successivamente, produceva energia elettrica per la vendita a terzi e nel quale un'attività cui si applica lo scambio di quote per l'emissione di gas a effetto serra è effettuata unicamente mediante combustione (...), da parte di un produttore di elettricità".

9 L'articolo 7a di tale legge, intitolato "Base imponibile dell'imposta per le quote acquistate a titolo gratuito", così recita: "1) Relativamente alle quote acquistate a titolo gratuito la base imponibile dell'imposta sulle donazioni è costituita dal valore medio di mercato della quota di emissione di gas a effetto serra, alla data del 28 febbraio dell'anno civile di riferimento, moltiplicato per il numero di quote acquistate a titolo gratuito per la produzione di elettricità per l'anno civile di riferimento. 2) Il valore medio di mercato della quota di emissione di gas a effetto serra alla data del 28 febbraio dell'anno civile di riferimento è pubblicato dal Ministero dell'Ambiente con modalità tali da consentire l'accesso a distanza".

10 L'articolo 14a di detta legge, intitolato "Aliquota dell'imposta sulle donazioni per le quote acquistate a titolo gratuito", precisa quanto segue: "L'aliquota

d'imposta sulle donazioni per le quote acquistate a titolo gratuito è fissata al 32%".

11 L'articolo 20, punti 1 e 15, della legge n. 357/1992 è così formulato: "1) è esente dall'imposta sulle successioni e dall'imposta sulle donazioni l'acquisto di beni a titolo gratuito a) da parte della Repubblica ceca o di un altro Stato membro dell'Unione europea, della Norvegia o dell'Islanda (in prosieguo: "un altro Stato europeo"), nonché il trasferimento di beni a titolo gratuito da parte della Repubblica ceca, ad eccezione dell'acquisto a titolo gratuito di quote e dell'acquisto di beni provenienti da un altro Stato europeo; (...) 15) è oggetto di esenzione dall'imposta sulle donazioni l'acquisto a titolo gratuito di un numero di quote corrispondente alla proporzione del quantitativo di energia elettrica prodotto mediante generazione combinata di energia e calore rispetto al quantitativo totale di energia elettrica prodotta nel 2005 e nel 2006".

Procedimento principale e questione pregiudiziale

12 La ŠK.-EN. ha acquistato a titolo gratuito, per gli anni 2011 e 2012, quote di emissioni di gas a effetto serra per la produzione di energia elettrica per le quali il Finanční úřad (Ufficio tributi) le chiede la somma di 20 473 152 corone ceche (CZK) a titolo dell'imposta sulle donazioni.

13 La ŠK.-EN. ha contestato invano tale tassazione presso il Finanční reditelství, e ha poi investito della causa il Krajský soud v Praze, dinanzi al quale ha sostenuto che tale imposta non era conforme all'articolo 10 della direttiva 2003/87.

14 Il Krajský soud v Praze ha accolto la sua domanda.

15 Adito in sede d'impugnazione, il Nejvyšší správní soud esprime dubbi in ordine alla conformità di tale imposta con il diritto dell'Unione, in particolare con l'articolo 10 della direttiva 2003/87, che prevede la gratuità dell'assegnazione di almeno il 90% delle quote di emissioni per il periodo 2008-2012.

16 In tale contesto, il Nejvyšší správní soud ha deciso di sospendere il procedimento e di sottoporre alla Corte la seguente questione pregiudiziale: "Se l'articolo 10 della [direttiva 2003/87] debba essere interpretato nel senso che esso osta all'applicazione di disposizioni normative nazionali che assoggettano all'imposta sulle donazioni l'assegnazione gratuita di quote di emissioni nel periodo pertinente".

Sulla questione pregiudiziale

17 Con la sua questione, il giudice del rinvio chiede, in sostanza, se l'articolo 10 della direttiva 2003/87, nella parte in cui impone agli Stati membri di assegnare almeno il 90% delle quote di emissioni di gas a effetto serra a titolo gratuito per il periodo 2008-2012, debba essere interpretato nel senso che osta all'applicazione di un'imposta sulle donazioni come quella di cui trattasi nel procedimento principale.

18 Come risulta dal suo tenore, secondo cui, durante il periodo di cui trattasi nel procedimento principale, gli Stati membri assegnano almeno il 90% delle quote di emissioni di gas a effetto serra a titolo gratuito, l'articolo 10 della direttiva 2003/87 osta a oneri percepiti in relazione all'assegnazione delle quote medesime (sentenza Iberdrola e a., C-566/11, C-567/11, C-580/11, C-591/11, C-620/11 e C-

640/11, EU:C:2013:660, punto 27).

19 La Corte ha tuttavia precisato che né l'articolo 10 della direttiva 2003/87 né altre disposizioni della richiamata direttiva riguardano l'utilizzazione di tali quote di emissioni o limitano espressamente il diritto degli Stati membri di adottare misure idonee a influire sulle implicazioni economiche dell'utilizzazione di tali quote (sentenza Iberdrola e a., EU:C:2013:660, punto 28).

20 In tali circostanze, gli Stati membri possono, in linea di principio, adottare misure di politica economica, quali il controllo dei prezzi praticati sui mercati di taluni beni o risorse essenziali, determinando la maniera in cui il valore delle quote di emissioni di gas a effetto serra assegnate a titolo gratuito si ripercuote sui consumatori (sentenza Iberdrola e a., EU:C:2013:660, punto 29).

21 L'adozione di siffatte misure non può tuttavia neutralizzare il principio dell'assegnazione a titolo gratuito delle quote di emissioni di gas a effetto serra, né pregiudicare gli obiettivi della direttiva 2003/87 (sentenza Iberdrola e a., EU:C:2013:660, punto 30).

22 A tale proposito, il principio di gratuità previsto dall'articolo 10 della direttiva 2003/87 osta non solo alla fissazione diretta di un prezzo per l'assegnazione di quote di emissioni di gas a effetto serra, ma anche al prelievo a posteriori di oneri in relazione all'assegnazione di tali quote (sentenza Iberdrola e a., EU:C:2013:660, punto 31).

23 Nella fattispecie, dal fascicolo trasmesso alla Corte emerge che l'imposta sulle donazioni di cui trattasi nel procedimento principale grava, con un'aliquota del 32%, sulle quote di emissioni di gas a effetto serra acquistate a titolo gratuito per la produzione di energia elettrica mediante combustione, con eccezione della generazione combinata di energia e calore.

24 Si deve pertanto dichiarare che una misura come quella di cui al procedimento principale, che contempla unicamente l'assegnazione di quote di emissioni e non la loro utilizzazione, peraltro in un settore determinato e durante un periodo limitato corrispondente in parte a quello durante il quale il legislatore dell'Unione ha sancito, in via transitoria, il principio della quasi gratuità delle assegnazioni delle quote, costituisce un onere che grava sull'assegnazione a titolo gratuito delle quote di emissioni di gas a effetto serra incompatibile con il requisito della gratuità stabilito dalla direttiva 2003/87.

25 Occorre altresì aggiungere che siffatta misura, la quale, come emerge dalla decisione di rinvio, era destinata a trovare risorse supplementari per gli operatori delle centrali fotovoltaiche, persegue obiettivi diversi da quelli della direttiva 2003/87. Di conseguenza, essa non può nemmeno essere considerata una misura di protezione rafforzata ai sensi dell'articolo 193 TFUE (v., per analogia, sentenze Deponiezweckverband Eiterköpfe, C-6/03, EU:C:2005:222, punti 49 e 52, nonché Azienda Agro-Zootecnica Franchini e Eolica di Altamura, C-2/10, EU:C:2011:502, punto 50).

26 Il governo ceco ha tuttavia sostenuto che l'articolo 10 della direttiva 2003/87 non osta a un'imposta sulle donazioni come quella di cui trattasi nel procedimento principale, dal momento che essa grava in pratica per meno del 10% del valore totale delle quote di emissioni di gas a effetto serra assegnate da tale Stato

membro.

27 A tale proposito occorre tuttavia osservare che la seconda frase di tale articolo prevede, per il periodo di cui trattasi, il principio dell'assegnazione a titolo gratuito di almeno il 90% delle quote, senza fare riferimento al loro valore.

28 E' altresì necessario sottolineare che l'interpretazione difesa dal governo ceco è in contrasto con l'obiettivo, perseguito dall'articolo 10 della direttiva 2003/87, di attenuare provvisoriamente l'impatto economico dell'introduzione da parte dell'Unione europea di un mercato delle quote di emissioni di gas a effetto serra, evitando la perdita di competitività di taluni settori di produzione rientranti in tale direttiva (sentenza Iberdrola e a., EU:C:2013:660, punto 39). Tale obiettivo comporta infatti che il limite del 10% del numero di quote che possono essere oggetto di un'assegnazione a titolo oneroso sia valutato dal punto di vista degli operatori di ciascuno dei settori interessati, e non rispetto a tutte le quote emesse dallo Stato membro, nel rispetto del principio di uguaglianza.

29 Alla luce di tali considerazioni spetta al giudice del rinvio verificare se l'imposta sulle donazioni di cui trattasi nel procedimento principale rispetti il massimale del 10% dell'assegnazione a titolo oneroso delle quote di emissioni previsto dall'articolo 10 della direttiva 2003/87.

30 Si deve pertanto rispondere alla questione posta dichiarando che l'articolo 10 della direttiva 2003/87 dev'essere interpretato nel senso che esso osta all'applicazione di un'imposta sulle donazioni come quella di cui trattasi nel procedimento principale, se tale imposta non rispetta il massimale del 10% dell'assegnazione a titolo oneroso delle quote di emissioni previsto da tale articolo, circostanza che spetta al giudice del rinvio verificare.

Sulle spese

31 Nei confronti delle parti nel procedimento principale la presente causa costituisce un incidente sollevato dinanzi al giudice nazionale, cui spetta quindi statuire sulle spese. Le spese sostenute da altri soggetti per presentare osservazioni alla Corte non possono dar luogo a rifusione.

P.Q.M.

L'articolo 10 della direttiva 2003/87/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 ottobre 2003, che istituisce un sistema per lo scambio di quote di emissioni dei gas a effetto serra nella Comunità e che modifica la direttiva 96/61/CE del Consiglio, dev'essere interpretato nel senso che esso osta all'applicazione di un'imposta sulle donazioni come quella di cui trattasi nel procedimento principale, se tale imposta non rispetta il massimale del 10% dell'assegnazione a titolo oneroso delle quote di emissioni previsto da tale articolo, circostanza che spetta al giudice del rinvio verificare.

Obblighi informativi dell'intermediario finanziario e responsabilità da errato rating; quale tutela per l'investitore?

Considerazioni sulla sentenza del tribunale di Perugia, sez. III, del 17 marzo 2015, n. 540

di Mario Affinita

ABSTRACT

The rules of conduct of financial intermediaries have been subject to a major overhaul due to the MiFID regulations. The current legislation is geared towards greater accountability of investors, rather than to a direct protection of the same.

However, failure to comply with obligations of intermediaries, causing significant damage to the investors, keeps on being the subject of many legal cases; in particular, failure to comply with the information rules. On the other hand, in recent times, the role of rating Agencies, has taken on increasing importance within the investor's decision-making process, which is precisely based on the rating assessment.

The present work inspired by a recent judgment of the Court of Perugia, analyzes the typical case of disputes between intermediaries and investors, without neglecting the analysis of responsibility of Rating Agencies, in the light of the judgment in question.

SINTESI

Le regole di condotta degli intermediari finanziari sono stati oggetto di una profonda revisione a causa della normativa MiFID. L'attuale legislazione è orientata verso una maggiore responsabilità degli investitori, piuttosto che ad una tutela diretta degli stessi.

Tuttavia, il mancato rispetto degli obblighi degli intermediari, causando danni significativi agli investitori, continua ad essere oggetto di numerose controversie legali; in particolare, il mancato rispetto delle regole di informazione. D'altra parte, negli ultimi tempi, il ruolo delle agenzie di rating ha assunto sempre maggiore importanza all'interno del processo decisionale dell'investitore, che si basa appunto sulla valutazione di rating.

Il presente lavoro, ispirato da una recente sentenza del Tribunale di Perugia, analizza il caso tipico delle controversie tra intermediari e investitori, senza trascurare l'analisi delle responsabilità delle agenzie di rating, alla luce della sentenza in questione.

SOMMARIO: 1. Premessa – 2. Il caso di specie – 3. Nullità degli ordini per violazione di norme imperative – 4. Annullamento per vizio del consenso – 5. Risoluzione per inadempimento – 6. Pretese risarcitorie. Tutela esclusiva e concorrente – 6.1. La distribuzione dell'onere della prova tra intermediario finanziario e investitore – 7. Gli obblighi informativi dell'intermediario e l'adesione al consorzio "patti chiari". Il quadro giurisprudenziale – 8. La posizione del Tribunale di Perugia. La responsabilità delle agenzie di rating – 9. Considerazioni

conclusive

1. Premessa

Buona parte del contenzioso fra investitori e intermediari finanziari si basa sull'inosservanza di disposizioni "imperative"¹ – contenute per la maggior parte nel TUF, d.lgs. 28 febbraio 1998, n. 58, e nei successivi Regolamenti Consob – il cui obiettivo primario è l'integrità della posizione giuridica soggettiva della clientela, a sua volta strumentale all'integrità dei mercati. Infatti, tali vicende assumono rilevanza, oltre che dal punto di vista del singolo risparmiatore danneggiato, su un piano più generale, come eventi che compromettono la funzionalità del mercato e la fiducia che in esso ripongono i potenziali investitori².

¹ Cfr. Autelitano, *La natura imperativa delle regole di condotta degli intermediari finanziari*, in *Contratti*, 2008, 1157 e ss.

² In dottrina il contributo monografico sul tema è pressoché sterminato; cfr. oltre a Pellegrini, *Le controversie in materia bancaria e finanziaria*, Padova, 2007; Ambrosini-Demarchi (a cura di), *Banche, consumatori e tutela del risparmio: servizi di investimento, market abuse e rapporti bancari*, Milano, 2009; Bersani, *La responsabilità degli intermediari finanziari*, Torino, 2008; Durante, *Intermediari finanziari e tutela dei risparmiatori*, Milano, 2009; Facci, *Il danno da informazione finanziaria inesatta*, Bologna, 2009; Greco, *Informazione pre-contrattuale e rimedi nella disciplina dell'intermediazione finanziaria*, Milano, 2010; Inzitari-Piccinini, *La tutela del cliente nella negoziazione di strumenti finanziari*, Padova, 2008; Viglione, *La responsabilità degli intermediari finanziari*, Padova, 2009. Inoltre, più di recente, Scipione, *Banca e borsa*, in Cendon (a cura di), *La prova e il quantum nel risarcimento del danno*, III, Utet, Torino, 2013, 1949-2024; Lucantoni, *Le regole di condotta degli intermediari finanziari*, in Aa.Vv., *I contratti del mercato finanziario*, a cura di Lener-Gabrielli, I, Torino, 2011, 239 ss.; cfr. Gioia, *Tutela giurisdizionale dei contratti del mercato finanziario*, *ibidem*, 90 ss.; Sempre in tema, cfr. anche Bruno, *L'esperienza dell'investitore e l'informazione "adequata" e "necessaria"*, in *Giur. Comm.*, 2008, II, 391 ss.; Bulfaro, *La responsabilità contrattuale dell'intermediario per violazione del dovere di informazione*, in *Nuova Giur. Comm.*, 2007, I, 1092 ss.; Cottino, *La responsabilità degli intermediari finanziari. Un quadro ben delineato: con qualche novità e corollario*, in *Giur. it.*, 2010, 607 ss.; Greco, *Obbligazioni Cirio e violazione dell'obbligo di informazione: un ulteriore tassello sul tavolo della roulette della giurisprudenza*, in *Resp. civ. prev.*, 2010, 428 ss.; Mancini, *La tutela del risparmiatore nel mercato finanziario tra culpa in contrahendo e vizi del consenso*, in *Rass. Dir. Civ.*, 2007, 51 ss.; Marianello, *Bonds argentini e responsabilità dell'intermediario finanziario: corrispondenza diacronica o sincronica?*, in *Obbl. contr.*, 2007, 1009 ss.; Sangiovanni, *Mancata pubblicazione del prospetto e risarcimento del danno nel nuovo art. 100-bis TUF*, in *Danno e Resp.*, 2008, 965 ss.; Id., *Operazioni inadeguate e doveri informativi dell'intermediario finanziario*, in www.dirittobancario.it; Id., *Operazione inadeguata dell'intermediario finanziario fra nullità del contratto e risarcimento del danno alla luce della direttiva MIFID*, in *Contratti*, 2007, 243 ss.; Id., *Obbligazioni Lehman Brothers e tutele degli investitori*, in *Contratti*, 2010, 221 ss.; Scognamiglio, *Regole di validità e di comportamento: i principi ed i rimedi*, in *Eur. Dir. Priv.*, 2008, 599 ss.; Signorelli, *Violazione delle regole di comportamento dell'intermediario finanziario e risoluzione per inadempimento*, in *Società*, 2009, 55 ss.; Todorova, *Violazione delle regole di comportamento degli intermediari finanziari. Responsabilità precontrattuale o risoluzione per inadempimento*, in *Giur. It.*, 2008, 1307 ss.; Tommasini, *Commento all'art. 21 TUF*, in De Cristofaro-Zaccaria (a cura di), *Commentario breve al diritto dei consumatori*, Padova, 2010, 1483 ss.

Le regole di condotta degli intermediari finanziari sono state oggetto di una profonda revisione per effetto della normativa MiFID³, attuata in Italia con il d.lg. 19 settembre 2007, n. 164⁴. Si può affermare che la normativa attuale risulta orientata verso una maggiore responsabilizzazione degli investitori/risparmiatori più che verso una protezione diretta degli stessi⁵.

Resta comunque il fatto che l'obbligo degli intermediari, in senso ampio, di agire con diligenza è al centro di ogni contestazione che lamenti la mancanza di correttezza e, dunque, l'inosservanza delle regole da cui è derivato danno agli investitori/consumatori di servizi finanziari⁶. In particolare, come costantemente afferma la giurisprudenza, il canone di buona fede di cui all'art. 1337 c.c. "assume

³ Per ulteriori approfondimenti sulla normativa MiFID v. Irace-Rispoli Farina (a cura di), *L'attuazione della direttiva Mifid. Decreto legislativo 17 settembre 2007, n. 164*, Torino, 2010; v. anche le monografie Del Bene (a cura di), *Strumenti finanziari e regole MiFID*, Torino, 2009; De Mari (a cura di), *La nuova disciplina degli intermediari dopo le direttive MiFID: prime valutazioni e tendenze applicative*, Padova, 2009; Martorano-De Luca (a cura di), *Disciplina dei mercati finanziari e tutela del risparmio*, Milano, 2008. Cfr. inoltre, Nigro, *La nuova regolamentazione dei mercati finanziari: i principi di fondo delle direttive e del regolamento MiFID*, in *Dir. Banc. Merc. Fin.*, 2008, I, 3 ss.; Rosati, *Il sistema dell'intermediazione mobiliare italiano e la MIFID*, in www.consob.it; Salini, *Relazione al convegno Forex su "Direttiva MiFID: cosa cambia per gli operatori finanziari, dai sistemi di negoziazione alle regole di comportamento"*, Torino, 2 febbraio 2007, pubblicata in www.consob.it; Conti-Sabatini-Comporti, *La direttiva MiFID e gli effetti del suo recepimento*, in *Quaderni Associazione per lo Sviluppo degli Studi di Banca e Borsa*, n. 238, marzo 2007 reperibile in www.assbb.it; Anolli-Petrella-Faissola-Cammarano, *L'impatto della Direttiva MiFID sui mercati*, in *Quaderni dell'Associazione per lo Sviluppo degli Studi di Banca e Borsa*, n. 233, maggio 2007, in www.assbb.it; sulla genesi della Direttiva 2004/39/CE v. Carozzi, *Il metodo Lamfalussy: regole e vigilanza del mercato finanziario europeo*, Roma, 2007.

⁴ Peraltro, in data 12 giugno 2014 sono state pubblicate nella Gazzetta ufficiale dell'Unione europea del 12 giugno 2014 le nuove disposizioni di revisione del quadro normativo MiFID. La cd. MiFID II, che dovrà essere attuata dagli Stati membri entro il 3 luglio 2016, stabilisce requisiti in relazione ai seguenti elementi: autorizzazione e condizioni di esercizio per le imprese di investimento; prestazione di servizi di investimento o esercizio di attività di investimento da parte di imprese di paesi terzi mediante lo stabilimento di una succursale; autorizzazione e funzionamento dei mercati regolamentati; autorizzazione e condizioni di esercizio dei prestatori di servizi di comunicazione dati e vigilanza, collaborazione e controllo dell'applicazione della normativa da parte delle autorità competenti.

⁵ Cfr. Rispoli Farina, *Obblighi di comportamento degli intermediari finanziari, attuazione della direttiva MiFID e crisi finanziarie. Verso una diversa tutela dei risparmiatori?*, in Principe (a cura di), *Impresa bancaria e crisi dei mercati finanziari*, Napoli, 2010, 195-224.

⁶ Così Pellegrini, *Le controversie in materia bancaria e finanziaria*, Padova, 2007, 323. Rileva sul punto l'orientamento giurisprudenziale che riconduce il dovere di correttezza in ambito contrattuale ad un "obbligo di solidarietà" che impone a ciascuna parte di comportarsi in modalità idonee alla salvaguardia anche dei diritti dell'altra parte; cfr. Cass. 5 novembre 1999, n. 12310, in *Giust. civ. Mass.*, 1999, 2190; Cass. 27 settembre 2001, in *Corr. giur.*, 2002, n. 3, 329; Cass. 4 marzo 2003, n. 3185, in *Giust. civ. Mass.*, 2003, 444; Cass. 17 febbraio 2004, n. 2992, in *Giust. civ. Mass.*, 2004, 2.

*il valore di una clausola generale, il cui contenuto non può essere predeterminato in maniera precisa, ma certamente implica il dovere di trattare in modo leale, astenendosi da comportamenti maliziosi o anche solo reticenti e fornendo alla controparte ogni dato rilevante, conosciuto o anche solo conoscibile con l'ordinaria diligenza, ai fini della stipulazione del contratto"*⁷. In tale contesto assume centralità, sicuramente, il mancato rispetto degli obblighi di informazione, obblighi volti a realizzare la trasparenza *inter partes* sul presupposto che questa concorra a determinare condizioni ottimali di efficienza allocativa del risparmio, non solo dal punto di vista dell'interesse del singolo investitore, ma anche nell'ottica dell'intero sistema complessivamente considerato⁸. Ma è anche vero che, negli ultimi tempi, il giudizio di *rating*, affidato ad apposite Agenzie, è venuto ad assumere sempre maggiore rilevanza all'interno del processo decisionale dell'investitore. Conseguentemente si è posto il problema dei rimedi esperibili dagli investitori danneggiati.

La giurisprudenza, in un primo tempo, al fine di scoraggiare comportamenti capaci di compromettere la funzionalità dei mercati finanziari, apprestando nel contempo agli investitori danneggiati una efficace tutela, ha ritenuto nulli i contratti da questi conclusi con gli intermediari per contrarietà alle norme imperative da cui derivano gli obblighi violati. La pronuncia di nullità ha aperto la strada alle azioni restitutorie consentendo al risparmiatore di recuperare facilmente tutte le somme investite, dispensandolo dall'onere di provare tanto l'ammontare del danno subito⁹, quanto la riconducibilità causale dello stesso alla condotta dell'intermediario, escludendo, altresì, l'eventuale rilevanza del fatto

⁷ Cass. 29 settembre 2005, n. 19024, *Contratti*, 2006, 446, con nota di Poliani 2006, 448 ss.; *Danno e Resp*, 2006, 25, con nota di Roppo e Afferni 2006, 27 ss.

⁸ Cfr. Scalisi, *Dovere d'informazione e attività di intermediazione mobiliare*, in *Riv. dir. civ.*, 1994, II, 168 ss.; cfr. Sangiovanni, *La violazione delle regole di condotta dell'intermediario finanziario fra responsabilità precontrattuale e contrattuale*, in *Contratti*, 2006, 1133 ss., il quale rileva che l'acquisizione d'informazioni è finalizzata alla conclusione del contratto, è strumentale allo stesso ed è effettuata "in vista" dello stesso. E una volta concluso il contratto, non è che venga meno il dovere informativo dell'intermediario. Questi è obbligato, sempre, sia a raccogliere informazioni dall'investitore sia a fornirgli quelle notizie che possono essere rilevanti per l'investimento già effettuato o in funzione di nuovi investimenti.

⁹ Cfr. Roppo-Afferni, *Dai contratti finanziari al contratto in genere: punti fermi della Cassazione su nullità virtuale e responsabilità precontrattuale*, in *Danno e resp.*, 2006, 31.

colposo dello stesso investitore danneggiato¹⁰. Diversamente, le Agenzie di *rating* hanno tradizionalmente goduto di una sorta di immunità, e del resto, rari sono i casi in cui gli investitori hanno pensato di promuovere azioni contro le stesse, probabilmente mal supportati da una alquanto carente normativa interna in materia.

Appare chiaro, in ogni caso, che l'individuazione dei rimedi esperibili non può dipendere soltanto da valutazioni di convenienza e di opportunità, ma deve necessariamente trovare fondamento nelle regole dell'ordinamento giuridico.

2. Il caso di specie

Orbene, la sentenza che qui si commenta, la n. 540 del 17 marzo 2015, resa dal Tribunale di Perugia, sez. III, merita di essere segnalata, non tanto per la decisione in sé, quanto per la valutazione "*de iure condendo*", effettuata dal Giudicante, in ordine alla legittimazione passiva (decisione che, tuttavia, desta, come vedremo, non poche perplessità), in caso di azioni promosse dagli investitori per danni subiti a causa di omesse informazioni sugli investimenti, spostando, in tal modo, la "lente" sulle Agenzie di *rating*, nonché sul Consorzio interbancario "Patti Chiari".

Ma si proceda con ordine. La sentenza in commento rientra nel filone giurisprudenziale del cd. "risparmio tradito" - tradizionalmente favorevole al "contraente debole" del rapporto¹¹ - ma allo stesso tempo se ne allontana quanto

¹⁰ Così Perrone, *Servizi d'investimento e violazione delle regole di condotta*, in *Riv. soc.*, 2005, 1015 ss., secondo il quale la ripetizione dell'indebito consentirebbe all'investitore di recuperare integralmente le somme investite anche quando la perdita sia in parte riconducibile a fattori causali diversi. Viceversa nell'ottica della responsabilità civile trova applicazione la norma dell'art. 1227, co. 1, c.c., sul concorso di colpa del risparmiatore. In questa logica Cass. 3 marzo 2001, n. 3132, in *Giust. civ.*, 2001, I, 907 ss., ha ritenuto che nella determinazione del danno risarcibile il giudice di merito debba prendere in considerazione anche l'eventuale condotta imprudente degli investitori che, ad esempio, avrebbero dovuto essere indotti ad una maggiore cautela da informazioni poco rassicuranti relative a determinati titoli, diffuse dai mezzi di comunicazione.

¹¹ Cfr. Nicotra, *Investimenti a rischio e responsabilità degli intermediari finanziari*, in *Rivista elettronica di Diritto, Economia, Management*, n. 2, 2012, 123, la quale evidenzia l'eterogeneità degli orientamenti giurisprudenziali successivi alle S.U. del 2007, ed una generale tendenza verso l'equilibrio, caratterizzata dal fatto che "per un verso diverse sentenze hanno affermato la responsabilità degli intermediari finanziari nei confronti degli investitori in conseguenza della violazione degli obblighi imposti dalla normativa di settore. Per altro verso, non poche pronunce hanno rigettato le richieste risarcitorie dei risparmiatori tese, prevalentemente, a riversare sugli intermediari le conseguenze negative di investimenti (spesso altamente rischiosi) rispetto ai quali non è stata ravvisata alcuna condotta illecita da parte degli intermediari finanziari".

alla soluzione del caso di specie, respingendo la domanda attorea diretta ad ottenere il rimborso delle somme investite, o quantomeno il risarcimento del danno, ed escludendo l'inadempimento della banca agli obblighi informativi assunti. Si afferma, infatti, che in materia di contratti intermediazione finanziaria, allorché risulti necessario accertare la responsabilità contrattuale per danni subiti dall'investitore, va verificato se l'intermediario abbia diligentemente adempiuto alle obbligazioni scaturenti dal contratto di negoziazione.

Più precisamente, il Giudice di prime cure, respinge la domanda del risparmiatore, assumendo che il *default* della banca americana Lehman Brothers¹² era da considerare evento imprevisto ed imprevedibile, e ciò anche in considerazione del fatto che il soggetto emittente godeva di un *rating* elevato da parte delle cd. "tre sorelle" (*Standard & Poor's*, *Moody's* e *Fitch Ratings*).

La Lehman Brothers aveva infatti conservato il proprio *rating* in categoria A fino al 15 Settembre 2008, giorno in cui è stata dichiarata fallita (dal 16 Settembre 2008 è stata sospesa a tempo indeterminato la negoziazione di tali titoli).

Il Tribunale perugino identifica, tra l'altro, nel *rating* attribuito ai titoli Lehman uno dei fattori scriminanti per la banca intermediaria affermando l'impossibilità di prevedere il fallimento del colosso americano e, per tale via, giunge ad affermare che *"eventuali omissioni informative nei confronti degli investitori potrebbero farsi risalire ac livelli superiori a quello dell'intermediario ed imputarsi probabilmente alle Agenzie di rating ed al Consorzio Patti Chiari per aver diffuso e pubblicizzato informazioni errate sulla reale solvibilità della banca americana emittente"*.

Il Giudice, nell'argomentare la sentenza, "risponde" a tutte le domande proposte dalla parte attrice, sviscerando in modo chiaro tutte le regole sottostanti al rapporto intermediario/investitore nella disciplina dell'intermediazione finanziaria.

La presente nota di commento è, dunque, anche un'occasione per ripercorrere parte della disciplina delle regole di comportamento degli intermediari finanziari

¹² Per la storia del "fallimento" si veda Vattermoli, *Chapter 11 e tutela dei creditori (note a margine del caso Lehman Brothers)*, in *Dir. banc.*, 2009, II, 67 ss.).

(con particolare riferimento alle conseguenze della violazione delle predette regole), che di seguito si andrà ad esaminare prima di affrontare, senza alcuna pretesa di completezza, il tema "caldo" della responsabilità delle Agenzie per errato *rating*.

3. Nullità degli ordini per violazione di norme imperative

Parte attrice eccepisce la nullità dei contratti aventi ad oggetto l'acquisto delle obbligazioni Lehman Brothers e per l'effetto, chiede la condanna della convenuta alla restituzione della somma corrisposta per l'acquisto, oltre il risarcimento del danno. Il Giudice rigetta ineccepibilmente la domanda rilevando che *"la nullità si verifica solo nelle ipotesi espressamente previste dal legislatore e, quindi, o per inosservanza della forma scritta del contratto quadro (artt. 23 co. 1 TUF) ovvero per la presenza di pattuizioni di rinvio agli usi (art. 23 co. 2) e, nel caso in esame, non ricorre nessuna delle predette ipotesi"*.

Già nel 2005, la Suprema Corte¹³ ebbe a precisare che la cd. *nullità virtuale* del contratto per contrarietà a norme imperative, ai sensi dell'art. 1418, co. 1, c.c., opera solo quando siffatta violazione attenga ad elementi intrinseci della fattispecie negoziale, cioè relativi alla struttura o al contenuto del contratto. Pertanto, l'illegittimità della condotta tenuta nel corso delle trattative per la formazione del contratto, ovvero nella sua esecuzione, non determina la nullità del contratto, indipendentemente dalla natura delle norme con le quali sia in contrasto, a meno che questa sanzione non sia prevista espressamente. Tale sentenza ridimensiona fortemente il campo della nullità virtuale.

Sul punto le Sezioni Unite del 2007, cui il Giudice perugino si conforma appieno, in continuità con la decisione del 2005, negano, definitivamente, che la violazione dei doveri di comportamento degli intermediari possa essere causa di nullità dei contratti stipulati con i clienti, a meno che non vi sia un'espressa previsione in tal senso.

Il punto di partenza delle sentenze cd. "gemelle" della Cass. del 2007 n. 26724

¹³ Cass. 29 settembre 2005, n.19024, in *Foro it.*, 2006, I, 1105.

e n. 26725¹⁴, è la distinzione tra norme di comportamento dei contraenti e norme di validità del contratto¹⁵: *"la violazione delle prime, tanto nella fase prenegoziale quanto in quella attuativa del rapporto, ove non sia altrimenti stabilito dalla legge, genera responsabilità e può essere causa di risoluzione del contratto, ove si traduca in una forma di non corretto adempimento del generale dovere di protezione e degli specifici obblighi di prestazione gravanti sul contraente, ma non incide sulla genesi dell'atto negoziale"*.

Di qui la conclusione che le ipotesi di nullità conseguente all'inosservanza di regole inderogabili di condotta sono solo quelle che ricadono nell'ambito delle nullità testuali contemplate dal co. 3 dell'art. 1418 c.c.¹⁶. Al di fuori di tali ipotesi, non è sufficiente la generica violazione di una norma imperativa di condotta perché possa ritenersi nullo il contratto. Le Sezioni Unite negano, del resto, che nello specifico settore del diritto del mercato finanziario siano riscontrabili principi diversi da quelli del codice civile.

Dunque, secondo le Sezioni Unite *"la violazione dei doveri d'informazione del cliente e di corretta esecuzione delle operazioni che la legge pone a carico dei soggetti autorizzati alla prestazione dei servizi d'investimento finanziario può dar luogo a responsabilità precontrattuale, con conseguente obbligo di risarcimento dei danni, ove tali violazioni avvengano nella fase precedente o coincidente con la stipulazione del contratto d'intermediazione destinato a regolare i successivi rapporti tra le parti; può, invece, dar luogo a responsabilità contrattuale, ed eventualmente condurre alla risoluzione del predetto contratto, ove si tratti di violazioni riguardanti le operazioni d'investimento o disinvestimento compiute in esecuzione del contratto d'intermediazione finanziaria in questione"*.

Si precisa che l'impostazione seguita dalla Suprema Corte, e cioè della duplice responsabilità precontrattuale e contrattuale, riflette la distinzione tra contratto quadro (che le sentenze definiscono contratto d'intermediazione finanziaria ed

¹⁴ Cass. Sez. un., 19 dicembre 2007, n. 26724, tra le altre in *Corr. giur.*, 2008, 227 ss., e Cass. sez. un., 19 dicembre 2007, n. 26725, tra le altre in *Giur. it.*, 2008, I, 350 ss.

¹⁵ Cfr. D'Amico, *Regole di validità e regole di comportamento nella formazione del contratto*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2002, I, 56 ss.

¹⁶ Cfr. Gallo, *Asimmetrie informative e doveri d'informazione*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2007, 667.

accostano alla figura del mandato¹⁷), stipulato dall'intermediario con il cliente e le successive operazioni che il primo compie per conto del secondo¹⁸.

Gli obblighi di comportamento degli intermediari si collocano, infatti, in parte nella fase che precede la stipulazione del contratto-quadro ed in parte nella fase esecutiva di esso.

Alla fase prenegoziale attengono: l'obbligo di consegna del documento informativo e l'obbligo d'informarsi sulla situazione finanziaria del cliente (cd. *Know your customer rule*): deve ritenersi che quest'obbligo permanga anche dopo la stipulazione del contratto quadro, dal momento che la situazione del cliente non è statica.

L'inosservanza di tali obblighi comporta una responsabilità di tipo precontrattuale a carico dell'intermediario¹⁹, che può farsi valere dal cliente non solo nel caso di rottura ingiustificata delle trattative o di conclusione di un

¹⁷ Il contratto-quadro (*master agreement*) ha "la funzione di regolamentare in via generale il servizio prestato dall'intermediario in favore del cliente indicando quali regole l'intermediario medesimo deve osservare per consentire al risparmiatore di porre in essere una consapevole scelta d'investimento, ma è del tutto privo - come invece avviene nel mandato - di un seppur minimo programma negoziale. Si può dire che il contratto-quadro, sotto questo profilo, abbia un contenuto "vuoto" ... nel contratto-quadro non è dato sapere neppure in minima parte quali tipi di investimenti mobiliari porrà in essere il cliente ... essendo tutto rimesso alla disciplina delle singole contrattazioni" (Trib. Venezia, 30 maggio 2007, in www.ilcaso.it). I singoli ordini di acquisto impartiti dal cliente ed accettati dall'intermediario - accettazione che può manifestarsi con la diretta esecuzione - danno vita ad autonome fattispecie negoziali, configurabili come contratti di mandato in caso di negoziazione per conto terzi e come veri e propri contratti di compravendita in caso di negoziazione per conto proprio (così Luminoso, *Contratti d'investimento, mala gestio dell'intermediario e rimedi esperibili dal risparmiatore*, in *Resp. Civ. prev.*, 2007, 1422; sul punto v. anche Dellacasa, *Negoziazione di titoli obbligazionari e insolvenza dell'emittente: quale tutela per il risparmiatore non adeguatamente informato?*, in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 2006, I, 601; Mancini, *op. cit.*, 56 ss.). Secondo un'altra opinione, invece, il contratto-quadro riproduce lo schema del mandato ed i successivi ordini d'acquisto impartiti dal cliente all'intermediario debbono essere ricondotti nell'ambito delle "dichiarazioni di volontà prive di natura negoziale alla stregua degli atti esecutivi posti in essere dal mandatario su incarico del mandante in adempimento del contratto di mandato" (Trib. Catania, 23 gennaio 2007; Trib. Parma, 21 marzo 2007, entrambe in www.ilcaso.it).

¹⁸ Pur riconoscendosi la loro natura negoziale, le operazioni che l'intermediario compie per conto del cliente sono considerate alla stregua di un "momento attuativo del precedente contratto d'intermediazione"; nel senso, invece, che i singoli acquisti, genericamente programmati nel contratto-quadro, costituiscono un "essenziale momento decisionale", Gentili, *Disinformazione e invalidità: i contratti di intermediazione dopo le Sezioni Unite*, in *Contratti*, 2008, 398.

¹⁹ Cfr. Trib. Foggia, 30 giugno 2006, in *Contr.*, 2007, 423 con n. di Scalzo, *La responsabilità precontrattuale dell'intermediario per violazione degli obblighi di informazione*; Trib. Trani, 10 ottobre 2006, in *Banca borsa tit. cred.*, 2007, II, 621, con n. di Tucci, *La violazione delle regole di condotta degli intermediari fra "nullità virtuale", culpa in contrahendo e inadempimento contrattuale*; Trib. Trani, 6 marzo 2007; Trib. Roma, 20 marzo 2008; Trib. Siracusa, 13 maggio 2008, tutte in www.ilcaso.it.

contratto invalido, "ma anche se il contratto concluso sia valido e, tuttavia, risulti pregiudizievole per la parte rimasta vittima del comportamento scorretto". In tal caso, però, il risarcimento del danno non sarà limitato all'interesse negativo, ma andrà ragguagliato al "minor vantaggio o al maggior aggravio economico" determinato dal comportamento tenuto in violazione dell'obbligo di buona fede²⁰.

Attengono, invece, al momento esecutivo del contratto: l'obbligo di fornire al cliente informazioni adeguate sulla natura, i rischi e le implicazioni delle singole operazioni d'investimento o disinvestimento, l'obbligo di comunicare l'esistenza di eventuali situazioni di conflitto d'interesse, l'obbligo di non consigliare e di non effettuare operazioni di frequenza o dimensioni eccessive rispetto alla situazione finanziaria del cliente (cd. *suitability rule*).

Questi obblighi, nonostante trovino fonte nella legge, sono destinati ad integrare il contenuto negoziale secondo il meccanismo dell'art. 1374 c.c., con la conseguenza che la loro violazione assume i connotati di un vero e proprio inadempimento (o non esatto adempimento), che, oltre a dar luogo a responsabilità di tipo contrattuale a carico dell'intermediario, può essere anche causa di risoluzione del contratto.

4. Annullamento per vizi del consenso

Parte attrice, in via subordinata, chiede l'annullamento dei contratti per vizi del consenso²¹. Orbene, secondo la disciplina comune (artt. 1427 e ss. c.c.) i presupposti per poter richiedere l'annullamento sono l'essenzialità e la riconoscibilità del vizio del consenso.

In effetti, il comportamento dell'intermediario che abbia taciuto informazioni che, se note, avrebbero fatto desistere l'investitore dal concludere il contratto,

²⁰ V. par. 6

²¹ L'orientamento giurisprudenziale che prospetta il ricorso al rimedio dell'annullabilità si è consolidato dopo la sentenza della Cassazione n. 19024 del 2005: cfr. Trib. Pinerolo, 14 ottobre 2005; Trib. Parma, 6 dicembre 2006; Trib. Napoli, 7 novembre 2006; Trib. Lanciano, 30 aprile 2007, tutte in www.ilcaso.it. In dottrina, il rimedio dell'annullabilità è ritenuto pienamente applicabile nelle ipotesi in discorso da Vigo, *La reticenza dell'intermediario nei contratti relativi alla prestazione di servizi di investimento*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2005, II, 668.

assume, in astratto, la connotazione del dolo omissivo²². Tuttavia, ai fini dell'annullamento del contratto, non è sufficiente il semplice silenzio o la reticenza del contraente che si sia limitato a non contrastare la percezione della realtà alla quale sia pervenuto l'altro contraente²³, ma occorre che il silenzio *"s'inserisca in un complesso comportamento adeguatamente preordinato, con malizia od astuzia, a realizzare l'inganno, determinando l'errore del deceptus"*²⁴.

Laddove manchi la prova di artifici o raggiri che abbiano indotto l'investitore a rappresentarsi una situazione diversa da quella reale, si ammette che questi possa comunque ottenere l'annullamento del contratto, se prova di essere incorso in un errore essenziale e riconoscibile dall'intermediario²⁵. Anzi, tra le cause di annullabilità, la più plausibile sembra essere, piuttosto che l'errore sulla natura o sull'oggetto del contratto, un errore del cliente sull'identità o su di una qualità

²² Così Bove, *Le violazioni delle regole di condotta degli intermediari finanziari al vaglio delle Sezioni Unite*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2009, II, 156. Ove la controparte si sarebbe comunque determinata a concludere l'affare ma a condizioni diverse, le false o omesse indicazioni possono comportare l'obbligo per il contraente mendace o reticente di risarcire il danno (cd. dolo indicente).

²³ In tal senso Bianca, *Diritto Civile*, 3, *Il contratto*, Milano, 1998, 625; Albanese, *op. cit.*, 114, il quale circoscrive l'efficacia invalidante della reticenza ai soli casi espressamente previsti dalla legge (ad es. l'art. 1892 c.c., prevede l'annullabilità del contratto di assicurazione in caso di "reticenze del contraente, relative a circostanze tali che l'assicuratore non avrebbe dato il suo consenso o non lo avrebbe dato alle medesime condizioni se avesse conosciuto il vero stato delle cose"). Diversamente v. Sacco-De Nova, *Il contratto*, in *Trattato Sacco*, Torino, I, 1993, 430 ss.; Greco, *Risparmio tradito e tutela: il "subbuglio" giurisprudenziale*, in *Danno e resp.*, 2007, 575; Greco, *Intermediazione finanziaria: violazione delle regole comportamentali e tutela secondo le Sezioni Unite*, in *Resp. Civ. prev.*, 2008, 565; Maffei, *Discipline preventive nei servizi d'investimento: le sezioni unite e la notte (degli investitori) in cui tutte le vacche sono nere*, in *Contr.*, 2008, 406 ss., secondo cui l'omissione di specifiche informazioni dovute integra sempre dolo omissivo.

²⁴ Cass. 15 marzo 2005, n. 5549, in *Giust. civ.*, 2006, I, 647; Cass. 20 aprile 2006, n. 9253, *ivi*, 2007, I, 1454; nel senso, invece, che "il dolo quale vizio di annullamento del contratto non deve necessariamente consistere nell'inganno posto in essere con una condotta positiva di raggiro e/o mediante la comunicazione di notizie false, ma può anche ravvisarsi quando siano state taciute, da uno dei contraenti all'altro, in violazione del principio di buona fede, fatti e circostanze decisivi che, se conosciute dall'altra parte, l'avrebbero indotta a non prestare il consenso", Cass. 7 aprile 2002, n. 11896, in *Riv. dir. civ.*, 2004, II, 911, con nota di De Poli, *Servono i "raggiri" per annullare il contratto per dolo? Note critiche sul concetto di reticenza invalidante*; in tal senso Trib. Messina, 3 marzo 2011 in *www.ilcaso.it*, afferma, in particolare, che la parte attrice, "se fosse stata adeguatamente informata circa la natura dell'operazione non avrebbe concluso quel contratto. Il dolo omissivo, consistito nell'inosservanza degli obblighi di informazione, pertanto, non ha avuto semplicemente l'effetto di far accettare all'attrice condizioni economiche più gravose, ma ha assunto rilievo decisivo nella determinazione di addivenire alla sottoscrizione del piano finanziario My way (...), i fatti taciuti o non adeguatamente rappresentati dalla banca hanno determinato un vizio della volontà, ponendosi come fattori determinanti in assenza dei quali il contratto non sarebbe stato concluso".

²⁵ Cfr. Albanese, *op. cit.*, 115.

essenziale dell'oggetto della prestazione che, secondo il comune apprezzamento o in relazione alle circostanze, deve ritenersi determinante il consenso²⁶.

È piuttosto raro, tuttavia, configurare un vizio genetico del contratto quadro, dal momento che gli obblighi informativi incidenti sul processo formativo della volontà (si pensi, ad esempio, all'obbligo di fornire al cliente informazioni adeguate sulla natura, sui rischi e le implicazioni delle singole operazioni d'investimento) si collocano, per lo più, dopo la conclusione del contratto quadro, e quindi attengono alla fase della sua esecuzione.

Nella pratica la domanda di annullamento per errore, in varie varianti, viene svolta assai spesso, ma si ha la netta impressione che alla sua base ci sia un semplice atteggiamento di prudenza, con la conseguenza che essa, non sufficientemente argomentata e pressoché trascurata in sede istruttoria, viene normalmente rigettata²⁷.

Anche nel caso in commento, infatti, la domanda di annullamento viene rigettata: le asserite omesse informazioni da parte di un intermediario finanziario in merito all'acquisto dei valori mobiliari, quali i rischi insiti nelle operazioni, non sono ritenute elementi determinanti quali presupposti per ottenere l'annullamento

²⁶ Cfr. Trib. Napoli, 7 novembre 2006, in www.ilcaso.it che ha ravvisato la fattispecie dell'errore essenziale di cui all'art. 1429 c.c., nell'ipotesi di acquisto di obbligazioni di società delle quali l'intermediario, per la sua qualità, avrebbe dovuto conoscere la preoccupante situazione finanziaria del tutto ignorata dall'investitore; Trib. Parma, 6 dicembre 2006, *ibidem*, secondo cui si versa in ipotesi di errore essenziale riconoscibile qualora l'investitore presti il proprio consenso nel convincimento di sottoscrivere un piano d'investimento basato sull'accantonamento di una somma mensile, senza avere la consapevolezza di aver contratto un mutuo e che le somme pagate mensilmente ne rappresentavano in realtà la rata di rimborso; Trib. Lanciano, 30 aprile 2007, *ibidem*, secondo cui è configurabile un'ipotesi di errore essenziale riconoscibile allorché la violazione da parte dell'intermediario dei propri doveri informativi induca gli investitori a porre in essere un'operazione speculativa non voluta con rischio medio-alto di perdita del capitale. Il rimedio dell'annullamento per vizio del consenso non sarebbe, invece, applicabile qualora "il deficit informativo della banca non abbia determinato l'errore del cliente sulla tipologia del titolo acquistato, bensì l'inesatta percezione dei rischi connessi all'investimento". Cfr. anche Trib. Rimini, 1 dicembre 2005, *ibidem*; Trib. Prato, 5 marzo 2009, *ibidem*.

²⁷ Ad esempio, Trib. Forlì, 21 marzo 2009, in www.ilcaso.it; Trib. Torino, 10 novembre 2008, *ivi*. Cfr. sul punto anche Cottino, *Una giurisprudenza in bilico: i casi Cirio, Parmalat, bonds argentini*, in *Giur. it.*, 2006, 539; Gobbo-Salodini, *I servizi d'investimento nella giurisprudenza più recente*, in *Giur. comm.*, 2006, II, 36 ss.; Dolmetta, *Strutture rimediali per la violazione di "obblighi di fattispecie" da parte di intermediari finanziari (con peculiare riferimento a quelli di informazione e di adeguatezza operativa)*, 2007, in www.ilcaso.it, 2; Gobbo, *Le sanzioni applicabili alla violazione delle regole di condotta in tema di investimenti mobiliari: la prima pronuncia nomofilattica su nullità e responsabilità precontrattuale*, in *Giur. comm.*, 2008, II, 366 ss.

delle medesime operazioni per un errore essenziale sull'oggetto del contratto o sull'identità dell'oggetto della prestazione o sulla qualità della stessa (ex art. 1429, co. 1, nn. 1, e 2 c.c.) o addirittura per dolo, atteso che si tratta di caratteristica comune ai titoli acquistati, contraddistinti - per l'appunto - da oscillazioni sensibili nelle quotazioni e da elevata redditività, che non incidono sulla natura o sull'oggetto del contratto.

La qualità del prodotto, dunque, è irrilevante, giacché la redditività del titolo è solo un attributo connesso, non già alle qualità del prodotto, ma ad una serie di circostanze che, complessivamente considerate, individuano e delineano la rischiosità dell'investimento. Quest'ultima non attiene all'oggetto del contratto ma alla sfera dei motivi in base ai quali un cliente si è determinato a concludere un determinato contratto con la conseguente irrilevanza della sua valutazione al fine della formazione del consenso dell'investitore. In definitiva, il Tribunale di Perugia ha ritenuto che *"tutte le omissioni informative lamentate ricadono nell'ambito della valutazione relativa alla maggiore o minore convenienza economica dell'operazione, che è concetto estraneo alle norme in materia di vizi del consenso"*.

5. Risoluzione per inadempimento

Le attrici, ancora in via subordinata, domandano la risoluzione dei contratti di acquisto dovuta a fatto di colpa esclusiva della banca convenuta, e la conseguente restituzione di tutta la somma investita.

Invero, sul punto, si può constatare che la decisione seguita dalle S.U. del 2007 lascia comunque spazio ad un ampio margine di operatività per i rimedi di tipo demolitorio²⁸, cioè ad azioni volte ad ottenere l'annullamento o ancora funzionali ad una pronuncia che ne disponga la risoluzione.

Tale ultimo rimedio si collega alla responsabilità contrattuale del prestatore di

²⁸ Così Maggiolo, *Tutela restitutoria e tutela risarcitoria nella prestazione di servizi d'investimento*, in *Giur. comm.*, 2010, I, 497, il quale sottolinea come il discorso attenga, però, solo ad alcuni tra i servizi d'investimento, e segnatamente, i servizi di negoziazione per conto proprio, di ricezione e trasmissione di ordini, ed in certa misura anche il servizio di gestione di portafogli d'investimento (art. 1, co. 5, lett. a), b), d) TUF). Si tratta così di quel sottogruppo ipotizzato da Maffei, *La natura e la struttura dei contratti d'investimento*, 2009, in *www.ilcaso.it*, 3, nt. 12.

servizi d'investimento il quale abbia violato la disciplina dedicata alla sua attività. Predicando tale responsabilità contrattuale, è evidente come si apra una strada rimediale che conduce ad una possibile risoluzione del contratto per inadempimento²⁹. È altrettanto evidente come la risoluzione riguardi il contratto quadro e, dunque, la violazione dei doveri imposti al prestatore di servizi d'investimento costituisca un inadempimento³⁰.

Di qui una serie di implicazioni, relative da un lato al giudizio sulla gravità dell'inadempimento, imposto dalla norma dell'art. 1455 c.c.; e relative, dall'altro lato, alla sorte dei singoli ordini d'acquisto inoltrati sulla base del contratto quadro.

Sotto il primo profilo, la violazione rappresentata dalla vicenda di un singolo ordine d'acquisto nel cui ambito non siano state rispettate le regole di comportamento potrebbe infatti essere giudicata alternativamente grave, con risoluzione del contratto quadro e caducazione di ogni operazione eseguita in base ad esso; oppure, come nel caso in commento, di non particolare gravità nel tessuto complessivo del regolamento di interessi³¹. Se l'inadempimento non è importante, il contratto quadro sopravvive, e si tratta allora di capire se ogni

²⁹ Nella giurisprudenza più recente, Trib. Milano, 9 aprile 2009, in www.ilcaso.it. Esclude, invece, il rimedio della risoluzione per inadempimento del contratto, Albanese, *Regole di condotta e regole di validità nell'attività di intermediazione finanziaria: quale tutela per gli investitori delusi?*, in *Corr. Giur.*, 2008, 120 ss., nel presupposto che si tratti di un rapporto avente ad oggetto esclusivamente obblighi (di protezione) a carico di una sola parte. Secondo Luminoso, *op. cit.*, 1430, il problema è di poco rilievo pratico, perché il cliente comunque potrà recedere, per giusta causa dal rapporto.

³⁰ Secondo una diversa opinione la risoluzione del contratto determina la nullità dei singoli ordini d'acquisto, per la mancanza sopravvenuta di un requisito imposto obbligatoriamente dalla legge (Trib. Firenze, 18 febbraio 2005, in *Giur. merito*, 2007, 49; Trib. Firenze, 10 giugno 2006, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2007, I, 545). Seguendo quest'impostazione, tuttavia, si perverrebbe, in via indiretta, per effetto della risoluzione del contratto-quadro, alla declaratoria di nullità del contratto d'acquisto di strumenti finanziari, (così Febbrajo, *Violazione delle regole di comportamento e rimedi civilistici*, in Di Nella (a cura di), *La tutela del consumatore di servizi finanziari*, Napoli, 2007, 162). Altre pronunce hanno, invece, dichiarato la risoluzione non già del contratto-quadro, ma del singolo contratto d'acquisto realizzato dall'intermediario con il terzo sul mercato. (cfr. Trib. Milano, 26 aprile 2006, in *Danno e resp.*, 2006, 874; Trib. Lodi, 12 gennaio 2007, in www.ilcaso.it). Sebbene gli obblighi d'informazione siano funzionali al singolo contratto d'acquisto di strumenti finanziari, tali obblighi si collocano comunque in una fase anteriore alla sua stipula, e "non si può risolvere un contratto per violazioni di obblighi che non nascono dal contratto resolvendo. Solo rispetto al contratto quadro, la violazione dei doveri informativi può atteggiarsi alla stregua di un vizio funzionale che legittima la risoluzione" (Roppo, *La tutela del risparmiatore fra nullità e risoluzione (a proposito di Cirio bond e Tango bond)*, in *Danno e resp.*, 2006, 629).

³¹ Come rileva Sartori, *La rivincita dei rimedi risarcitori; note critiche a Cass. SS.UU. 19 Dicembre 2007*, n. 26725, in www.ilcaso.it, 9, nt. 14, le decisioni della Cass. del 19 dicembre 2007, non sviluppano tale profilo, trattandosi di questione di fatto.

operazione posta in essere in base ad esso debba o no sopravvivere.

Si giunge così al secondo profilo. La violazione commessa prima del conferimento del singolo ordine di acquisto (ad esempio la violazione degli obblighi d'informazione in sede di stipulazione del contratto) non può, infatti, essere considerata inadempimento del rapporto negoziale, comunque lo si voglia intendere, rappresentato dall'ordine stesso e non può, quindi, dar luogo al rimedio risolutorio³². Tale condotta, infatti, verificandosi in una fase in cui il vincolo sinallagmatico non si è ancora instaurato, non può in alcun modo alterare l'equilibrio tra gli obblighi che vincoleranno le parti solo in un momento successivo, ma può soltanto impedire che esse ne abbiano una rappresentazione corretta e puntuale. Sulla base di argomenti analoghi, del resto, si era già stabilito, sia pure con riguardo a fattispecie diverse, che la violazione dell'obbligo precontrattuale di buona fede, consistente nella mancata comunicazione di circostanze significative rispetto all'economia dell'affare, non può essere dedotto a fondamento della domanda di risoluzione ai sensi dell'art. 1453 c.c., essendo a tal fine necessaria la violazione di una specifica obbligazione nascente dal contratto³³. Pertanto, la violazione delle regole di condotta che precedono l'ordine potrà, semmai, dare luogo solo al risarcimento del danno (conseguente alla conclusione di un contatto diverso e meno vantaggioso di quello che sarebbe altrimenti concluso).

Seguendo questo ragionamento logico, considerato l'ordine di acquisto come un'operazione di tipo prettamente esecutivo del rapporto di mandato (costituito mediante la conclusione del contratto quadro di negoziazione), e pertanto, non suscettibile di risoluzione, il Giudice rigetta la domanda di risoluzione, avendo la banca convenuta ottemperato ai propri obblighi informativi, sia nella fase delle trattative che dopo, e, pertanto, non essendole imputabile alcun inadempimento.

6. Pretese risarcitorie. Tutela esclusiva e concorrente

³² Cfr. Perrone, *Regole di comportamento e tutele degli investitori*, in (a cura di) De Mari, *op. cit.*, 95 ss.; Trib. Mantova, 31 marzo 2009, in www.ilcaso.it.

³³ Così Cfr. Cass. 19 novembre 1994, n. 9202, in *rass. Loc.*, 1995, 65.

A questo punto, risulta utile alla presente indagine affrontare, sia pure brevemente, il tema del risarcimento dei danni subiti per la violazione degli obblighi informativi ed inadeguatezza delle operazioni³⁴. Occorre una precisazione: la tutela risarcitoria può concorrere o meno con altre tutele, e il discorso è parzialmente diverso per l'una e per l'altra ipotesi, perché diverso è l'oggetto dell'obbligazione risarcitoria.

Nell'ipotesi in cui sia attivata la sola tutela risarcitoria, per determinare l'entità dell'obbligazione alla stregua di quanto previsto agli artt. 1223 ss. c.c., occorre innanzitutto considerare che il danno da inadempimento o da fatto illecito precontrattuale si manifesta dopo l'acquisto dello strumento finanziario, e che dopo il verificarsi del danno da inadempimento lo strumento finanziario rappresenta un valore residuo nelle mani del cliente. Per determinare la perdita subita occorre, dunque, sottrarre dall'importo nominale del capitale investito il valore attuale degli strumenti finanziari, determinato in riferimento al momento della scadenza.

Il debito risarcitorio è di valore e, quindi, la somma risultante da questa sottrazione va valutata alla data del danno³⁵, corrispondente alla data del *default*, sino alla liquidazione³⁶. Trattandosi di illecito contrattuale gli interessi legali, dovuti sulla somma rivalutata³⁷, vanno computati non dalla data del fatto dannoso, bensì dalla data di costituzione in mora del debitore, effetto della proposizione della domanda giudiziale. Pertanto, si versa in ipotesi di mora *ex persona*, in quanto il caso di mora *ex re* previsto dall'art. 1219, co. 2, n. 1, c.c., si rifarebbe alla sola responsabilità extracontrattuale³⁸. Dunque, l'interesse moratorio esige la

³⁴ Per una più accurata analisi in ordine alle problematiche sottese alla risarcibilità dei danni subiti dagli investitori nel mercato bancario e borsistico si veda Scipione, *op. cit.*, in particolare, con numerosi riferimenti alle recenti pronunce giurisprudenziali, pp. 1986-2022.

³⁵ Può essere utile ricordare come nei debiti di valore la rivalutazione rilevi non come conseguenza dannosa da risarcire in ragione del ritardo del pagamento, bensì come effetto occasionale del decorso del tempo in riferimento all'esigenza di adeguare la prestazione all'effettivo valore da reintegrare (così Quadri, *Le obbligazioni pecuniarie*, in *Trattato di dir. priv.*, diretto da Rescigno, I, 9, Torino, 2005, 576).

³⁶ Per la decorrenza degli interessi legali dalla data della domanda giudiziale, v. peraltro Trib. Torino, 20 novembre 2008, in www.ilcaso.it.

³⁷ Cass. 14 novembre 1997, n. 11265, in *Rep. Foro it.*, 1997, voce "Danni civili" n. 305.

³⁸ Cass. 9 febbraio 2005, n. 2654, in *Rep. Foro it.*, 2005, voce "Danni civili" n. 403; Cass. 25 ottobre

costituzione in mora del debitore, quest'ultima ottenibile con la proposizione della domanda ed inoltre, non operando la regola sulla mora automatica di cui all'art. 1219, co. 2, n. 3, c.c., il credito risarcitorio è considerato "*querable*" cioè eseguibile nel domicilio del debitore³⁹.

Per altro verso, pare evidente che l'intermediario non debba corrispondere interessi sulla somma investita con riferimento al periodo precedente il verificarsi del danno. Parimenti, il cliente non deve in restituzione le cedole, i dividendi o gli altri frutti prodotti dagli strumenti finanziari dall'acquisto al *default*⁴⁰. Nell'uno e nell'altro caso si tratta infatti di proventi legittimamente percepiti. In effetti, se il risarcimento ha la funzione di ricostruire la situazione che sarebbe venuta ad esistenza senza il fatto dannoso, quegli importi devono restare in mano dei percipienti, senza bisogno che istituti quali la *compensatio lucri cum damno* od altro vengano presi in considerazione⁴¹, in un modo che sarebbe, peraltro, improprio⁴².

Quanto alla componente del mancato guadagno, in linea generale, opera la regola dell'art. 1224, co. 2, c.c.⁴³. La prova di un maggior danno non è facilissima:

1982, n. 5580, in *Rep. Foro it.*, 1982, voce "danni civili", n. 164.

³⁹ Cfr. Bianca, *Diritto civile*, IV, *L'obbligazione*, Milano, 1990, 249; Cannata, *L'adempimento delle obbligazioni. L'adempimento in generale*, in *Trattato di dir. priv.*, diretto da Rescigno, I, 9, Torino, 2005, 132; Cass. 14 maggio 2002, n. 7021, in *Rep. Foro it.*, voce "Obbligazioni in generale", n. 31; Cass. 11 aprile 2000, n. 4599, in *Rep. Foro it.*, 2000, voce "Competenza civile", n. 142), con la conseguente insussistenza di una mora *ex re* ai sensi dell'art. 1219, co. 3, c.c.

⁴⁰ Per il vero, l'importo delle cedole percepite viene talora detratto dal capitale investito: in questo senso ad. Es., Trib. Biella, 17 luglio 2008; Trib. Milano, 18 febbraio 2009; Trib. Torino, 20 novembre 2008, tutte in *www.ilcaso.it*. In altri casi la detrazione viene invece ammessa in astratto, ma esclusa in assenza di domanda: v. Trib. Gorizia, 30 gennaio 2009, in *www.ilcaso.it* e Trib. Milano, 7 gennaio 2009, *ivi*. Più correttamente, altre decisioni concepiscono tale importo come un lucro del tutto legittimo e, quindi, non deducibile dalla somma liquidata a titolo di risarcimento: per questa soluzione, v. App. Milano, 24 aprile 2009 e Trib. Mantova, 31 marzo 2009, *ivi*.

⁴¹ Per un' utilizzazione del principio *compensatio lucri cum damno*, v., invece, i casi decisi da Trib. Forlì, 3 marzo 2009 e Trib. Forlì, 21 marzo 2009, in *www.ilcaso.it*.

⁴² È noto infatti, come la *compensatio lucri cum damno* operi là dove il fatto dannoso abbia causato sia il pregiudizio, sia il lucro, perché per valutare l'entità del peggioramento prodotto dall'azione dannosa occorre considerare tutti gli effetti di quest'ultima, favorevoli e sfavorevoli (cfr. Cass., 28 luglio 2005, n. 15822, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2006, 629 ss.; Cass., 28 gennaio 2002, n. 985, in *Contr.*, 2003, 13 ss.). Evidentemente, il reddito prodotto dagli strumenti finanziari non è causato dal fatto dannoso del prestatore di servizi d'investimento, e l'istituto della *compensatio* non può quindi trovare applicazione (v. Trib. Mantova, 5 febbraio 2009, in *www.ilcaso.it*).

⁴³ Nelle obbligazioni pecuniarie dove gli interessi moratori siano dovuti al tasso legale il creditore che dimostri di aver subito un maggior danno ha diritto al risarcimento ulteriore.

se in via di principio si può sempre ricorrere alla regola sancita dalle Sezioni Unite, per cui a titolo di maggior danno va riconosciuta la differenza tra tasso di rendimento annuo netto di titoli di stato di durata inferiore a dodici mesi e saggio degli interessi legali⁴⁴, più specificamente si può pensare all'esempio di un'operazione d'investimento effettuata con capitali appositamente disinvestiti da un'altra allocazione nel mercato mobiliare. Se l'investimento originario avrebbe reso al risparmiatore un rendimento ovviamente netto, superiore al tasso di rendimento annuo netto di titoli di stato di durata inferiore a dodici mesi, può ritenersi raggiunta la dimostrazione del danno maggiore realmente verificatosi, pari alla differenza tra il rendimento dell'investimento originario nel periodo tra il danno e il risarcimento e il saggio legale degli interessi applicati alla somma investita per lo stesso periodo⁴⁵.

Dunque, nell'ipotesi in cui il rimedio risarcitorio operi in via esclusiva, la tutela del cliente opera secondo la logica dell'interesse contrattuale positivo⁴⁶.

Il discorso cambia dove il rimedio risarcitorio sia affiancato ai rimedi demolitori, e dunque alla tutela restitutoria. In questi casi si mira infatti a ricostruire un cd. "assetto distributivo dato"⁴⁷, cioè la condizione patrimoniale di partenza alterata dal contratto poi invalidato. Quindi, la tutela risarcitoria che concorre con le restituzioni opera secondo la logica dell'interesse contrattuale negativo o, al più, secondo la simile logica del minor vantaggio o maggior aggravio economico⁴⁸, seguita dalle Sezioni unite del 2007. Il cliente ha, dunque, diritto di ricevere una

⁴⁴ Cass., Sez. un. , 16 luglio 2008, n. 19499, in *Foro it.*, 2008, I, 2786 ss.; Per un'applicazione del principio cfr. Trib. Vigevano, 8 maggio 2009; Trib. Mantova, 11 dicembre 2008, in www.ilcaso.it, e, con la precisazione che tali interessi decorrono dal momento della domanda in difetto di prova della mala fede dell'intermediario, Trib. Bologna, 2 marzo 2009, *ivi*. Viene, talora, invocato anche l'art. 1226 c.c., con un risultato economico peraltro equivalente: Trib. Mantova, 31 marzo 2009, in www.ilcaso.it.

⁴⁵ Cfr. App. Salerno, 29 settembre 2009, in www.ilcaso.it e Trib. Bologna, 2 marzo 2009, e Trib. Pisa, sez. Pontedera, 13 ottobre 2008, *ivi*. Talora la soluzione viene argomentata in via di liquidazione equitativa: Trib. Venezia, 17 febbraio 2009, *ivi*.

⁴⁶ Così espressamente Trib. Milano, 18 febbraio 2009, in www.ilcaso.it. In altri termini il cliente riceve a titolo di risarcimento una somma sufficiente a porlo nelle condizioni patrimoniali in cui si sarebbe venuto a trovare nell'ipotesi in cui il suo investimento fosse stato ragionevolmente fortunato.

⁴⁷ Cfr. Di Majo, *La tutela civile dei diritti*, Milano, 2003, 49 ss.

⁴⁸ Tale logica si ispira alla dottrina di Bianca, *Diritto civile, III, Il contratto*, Milano, 2000, 667.

somma che serve a coprire i costi sostenuti per il contratto e le occasioni perdute, per il caso in cui quanto ricevuto in sede di restituzioni non sia sufficiente a raggiungere l'importo, insufficienza che, raramente, rappresenta una situazione in concreto plausibile.

Il danno emergente (consistente nei costi del contratto) è in effetti sostanzialmente assorbito da spese e commissioni percepite dal prestatore di servizi d'investimento che le addebita al cliente e viene così ricompreso nel capitale da restituire in sede di ripetizione.

Per altro verso, il lucro cessante (consistente nelle occasioni perdute) presuppone la dimostrazione dell'investimento alternativo che il cliente abbia trascurato per orientarsi verso gli strumenti finanziari oggetto del contratto nullo, annullato o risolto. Solo se riesce la prova di un investimento alternativo, e solo se viene dimostrato che il rendimento dell'investimento alternativo supera gli interessi sul capitale che vanno restituiti ai sensi dell'art. 2033 c.c., può immaginarsi un risarcimento pari alla differenza tra rendimento alternativo ed interessi. Ma questo scenario sembrerebbe alquanto teorico⁴⁹.

6.1. La distribuzione dell'onere della prova tra intermediario finanziario e investitore

Tralasciando in questa sede l'analisi di ulteriori problematiche relative al risarcimento del danno⁵⁰, è utile fornire una panoramica quanto più completa della problematica inerente alla distribuzione dell'onere della prova tra intermediario finanziario e investitore ai fini della determinazione del *quantum* risarcibile. Tale aspetto non era stato sufficientemente approfondito dalla Corte di Cassazione nell'ambito delle sentenze del 2007 ma, data la proliferazione di giudizi in tema di responsabilità dell'intermediario finanziario, appare di fondamentale importanza.

⁴⁹ Si segnala, per un'esaustiva analisi dei criteri di determinazione del *quantum* risarcibile, la sentenza del Trib. Torino, 11 novembre 2010, in www.ilcaso.it.

⁵⁰ Si pensi alla prevedibilità del danno (art. 1225 c.c.), alla valutazione equitativa dello stesso (art. 1226 c.c.) e al concorso del fatto colposo del danneggiato (art. 1227 c.c.) con le conseguenti considerazioni in ordine al principio della cd. assunzione del rischio dell'investimento da parte dell'investitore.

Sul punto, la Suprema Corte con sentenza del 17 febbraio 2009, n. 3773⁵¹, dopo aver ribadito quanto già affermato nel 2007 in tema di rimedi applicabili in caso di violazione degli obblighi comportamentali da parte dell'intermediario finanziario (responsabilità precontrattuale e contrattuale), ha dedicato alcuni passaggi al problema dell'*onus probandi*. In particolare, quanto alla posizione dell'investitore, soggetto che nella maggioranza dei casi ricopre nel giudizio la veste di attore, la Corte ha specificato che su di esso incombe un onere della prova così articolato: i) provare l'inadempimento, da parte dell'intermediario, della normativa di rango legislativo e regolamentare; ii) provare la sussistenza di un danno; iii) provare il nesso di causalità tra la condotta dell'intermediario ed il danno medesimo.

Quanto al primo profilo di prova, compito della difesa attrice non è solamente quello di indicare le norme che si ritiene essere state violate nel caso concreto, ma, in conformità alle regole del rito civile, quello di specificare sotto quale profilo le stesse siano state disattese dall'intermediario convenuto. Quanto, invece, al secondo onere probatorio, occorre preliminarmente chiarire come, nella generalità dei casi, il danno consista nella perdita di valore, totale o parziale, dello strumento finanziario negoziato. Fornire tale prova può risultare certamente agevole, essendo generalmente sufficiente dimostrare al giudice (anche con l'aiuto delle quotazioni di mercato) quale fosse il valore iniziale e quello finale dello strumento finanziario acquistato (il danno sarà pari alla differenza tra i due valori)⁵².

Maggiori problemi pone, invece, la prova relativa al nesso di causalità. Questo, non solo perché può essere difficile stabilire una correlazione tra la "violazione" di un dovere comportamentale e la realizzazione di un danno patrimoniale (soprattutto quando la condotta inadempiente è in violazione degli obblighi di astensione sanciti dalla legge), ma, anche, perché, in virtù delle caratteristiche proprie del bene negoziato - che deve il suo valore anche all'andamento dei mercati - è legittimo chiedersi se l'andamento sfavorevole del mercato mobiliare possa di per sé costituire causa di interruzione del nesso causale tra condotta ed

⁵¹ Cass., 17 febbraio 2009, n. 3773, in *Danno e resp.*, 2009, 503 ss. con nota di Sangiovanni; in *Giur. it.*, 2010, 338 ss., con nota di Fiorio.

⁵² Cfr. Luise, *Il dovere di correttezza dell'intermediario finanziario*, in *Obbl. e contr.*, 2010, 703.

evento. Ciò nonostante, la più recente giurisprudenza, mostrando un certo favore nei confronti della parte "debole" del rapporto (quindi dell'investitore) e consapevole delle suddette difficoltà probatorie, ha mostrato sul punto minore rigore. La stessa sentenza del 2009, infatti, ha ammesso che la prova del nesso causale possa essere data anche per "presunzioni", mostrandosi così in linea con la precedente sentenza di legittimità n. 2305/2007⁵³, in cui si stabiliva che il giudice è legittimato a desumere il legame eziologico tra il comportamento ed il danno lamentato attraverso "presunzioni probabilistiche".

Posizioni ancora più favorevoli sul punto si riscontrano in quelle pronunce della giurisprudenza di merito che si è trovata ad affrontare il problema della prova del nesso eziologico tra il comportamento dell'intermediario in violazione degli obblighi di "non fare" (operazioni in conflitto di interessi o inadeguate) ed il danno patito⁵⁴. Si ritiene, dunque, che "la ricostruzione della volontà ipotetica dell'investitore (come l'informazione omessa avrebbe inciso sulla formazione della volontà del cliente), al pari del giudizio ipotetico sull'ordine degli eventi che si sarebbero altrimenti verificati, resta del tutto irrilevante, atteso che, una volta riconosciuto che si è in presenza di un divieto legale di agire, l'illecito consiste e si consuma nel semplice fatto di agire in violazione di un divieto". Si tratta, del resto, di un principio pienamente in linea con il disposto dell'art. 1222 c.c., il quale ha la funzione di sottrarre, per taluni aspetti, le obbligazioni negative dalla disciplina generale dell'inadempimento (disposizioni sul ritardo nell'adempimento). Infatti, in considerazione della natura dell'obbligo negativo (di "non fare") che incombe sul debitore, l'inadempimento si manifesta per queste obbligazioni in modo immediato, definitivo ed irreversibile.

Pertanto, come ogni fatto compiuto in violazione di un obbligo di non fare

⁵³ Cass., 2 febbraio 2007, n. 2305, in *Riv. dir. industriale*, 2008, II, 133.

⁵⁴ Così, ad esempio, Trib. Milano, 14 febbraio 2009, in *Corriere giur.*, 2009, 973 ss., con nota di Inzitari, *Violazione del divieto di agire in conflitto di interessi nella negoziazione di strumenti finanziari*, ha stabilito che nella fattispecie di conflitto di interessi (e di inadeguatezza) deve considerarsi irrilevante l'indagine sul nesso causale tra condotta ed inadempimento, ciò in quanto il divieto legale a carico dell'intermediario di compiere operazioni in difetto di informazione e di successiva autorizzazione del cliente opera sul semplice presupposto di un interesse in conflitto ed indipendentemente dall'incidenza dell'interesse sulla condotta dell'intermediario o sui termini dell'operazione.

costituisce di per sé un inadempimento, in egual misura, la condotta dell'intermediario in violazione dei divieti di non agire imposti dalla normativa in tema di intermediazione finanziaria realizza, immediatamente, un illecito⁵⁵.

La tematica è stata affrontata anche dal Tribunale di Venezia, il quale ha statuito che *"se in generale grava specificamente sull'investitore l'onere di dimostrare il nesso di causalità tra inadempimento degli obblighi comportamentali e danno... vi sono, tuttavia, talune ipotesi nelle quali, come emerge inequivocabilmente dalla lettura della sentenza n. 27624/2007 delle Sezioni Unite della Suprema Corte, il nesso di causalità in questione deve ritenersi in re ipsa, come nel conflitto di interessi e nelle operazioni inadeguate"*⁵⁶.

Tornando ora al problema della distribuzione dell'onere probatorio, è necessario in ultimo richiamare l'art. 23 co. 6, TUF, quale norma regolatrice del dovere probatorio incombente sull'intermediario finanziario. Tale norma stabilisce che *"nei giudizi di risarcimento dei danni cagionati al cliente nello svolgimento dei servizi di investimento e di quelli accessori, spetta ai soggetti abilitati l'onere della prova di aver agito con la specifica diligenza richiesta"*⁵⁷, e, in particolare di avere osservato le obbligazioni poste a carico dell'intermediario dall'articolo 21, co. 1, TUF, secondo cui, nello svolgimento dei servizi e delle attività di investimento, i soggetti abilitati devono: a) comportarsi con diligenza, correttezza e trasparenza, per servire al meglio l'interesse dei clienti e per l'integrità dei mercati; b) acquisire le informazioni necessarie dai clienti e operare in modo che essi siano sempre adeguatamente informati; c) utilizzare comunicazioni pubblicitarie e promozionali corrette, chiare e non fuorvianti; d) disporre di risorse e procedure, anche di controllo interno, idonee ad assicurare l'efficiente svolgimento dei servizi e delle attività⁵⁸.

⁵⁵ Inzitari, *Violazione del divieto di agire in conflitto di interessi*, op. cit., 976.

⁵⁶ Trib. Venezia, 28 febbraio 2008, in *Contr.*, 2008, 557 ss., con nota di Maffei, *Dopo le Sezioni Unite: l'intermediario che non si astiene restituisce al cliente il denaro investito*.

⁵⁷ Dunque, è di tutta evidenza come la "diligenza" cui si fa riferimento sia di tipo professionale e come, pertanto, la disposizione civilistica all'uopo applicabile sia quella di cui all'art. 1176 co. 2, c.c.

⁵⁸ Cfr. Cass., 19 febbraio 2009 n. 3773, in *Giust. Civ. Mass.*, 2009, 2. L'art. 21 TUF, così come modificato dall'art. 4 del d.lgs. n. 164 del 17 settembre 2007, aggiunge, poi, al comma 1-bis, che le banche e le altre imprese di investimento italiane ed extracomunitarie, nonché gli intermediari di

L'onere della prova ricade, dunque, sull'intermediario finanziario e consiste anche nel dare dimostrazione che il danno non si è prodotto in conseguenza di un comportamento a lui imputabile. Il cliente dovrà solo provare la violazione delle regole di condotta, l'intermediario dovrà, invece, fornire la prova che il danno non è attribuibile al suo comportamento.

Questo è, dunque, il quadro della pretesa: nell'azione di invalidità il cliente avrà diritto alla restituzione dell'intero controvalore del "prezzo" versato per l'operazione d'investimento; nell'azione di responsabilità, secondo quanto già affermato nella sentenza della Cassazione del 2005, il risarcimento andrà commisurato al "minor vantaggio ovvero al maggior aggravio economico conseguente al comportamento dell'intermediario", a meno che l'investitore non riesca a dimostrare la sussistenza del maggior danno.

Si segnala, sul punto, la recente pronuncia del Tribunale di Torino del 10 giugno 2014 n. 4208, con cui il Giudice ha considerato una serie di elementi: quali la composizione del patrimonio mobiliare della parte attrice, e gli acquisti dalla stessa effettuati in precedenza, la composizione del portafoglio del deposito titoli e la sua operatività pregressa per tipologia, oggetto, dimensione o frequenza, l'equilibrio del patrimonio mobiliare, gli intendimenti dell'attrice e le informazioni che potevano esserle fornite dalla convenuta. Tali elementi sono stati ritenuti utili per ritenere congrua un'operazione rispetto agli obiettivi di investimento ed al profilo di rischio della cliente, con il conseguente rigetto della domanda di risarcimento per violazione degli obblighi informativi ed inadeguatezza delle operazioni, stante la prova, fornita dalla banca sulla base dell'analisi del profilo dell'investitore (che si desume dall'entità e dalla composizione del suo portafoglio titoli e dalla sua operatività), che l'investitore, anche se avesse ottenuto maggiori

cui all'art. 107 TUB, devono: a) adottare ogni misura ragionevole per identificare i conflitti di interesse che potrebbero insorgere con il cliente o fra clienti, e gestirli, anche adottando idonee misure organizzative, in modo da evitare che incidano negativamente sugli interessi dei clienti; b) informare chiaramente i clienti, prima di agire per loro conto, della natura generale e/o delle fonti dei conflitti di interesse quando le misure adottate ai sensi della lettera a) non sono sufficienti per assicurare, con ragionevole certezza, che il rischio di nuocere agli interessi dei clienti sia evitato; c) svolgere una gestione indipendente, sana e prudente e adottare misure idonee a salvaguardare i diritti dei clienti sui beni affidati.

informazioni sulle caratteristiche dei titoli, li avrebbe acquistati ugualmente, con la conseguente insussistenza della necessaria relazione causale tra il prospettato inadempimento dell'intermediario ed il danno lamentato⁵⁹.

7. Gli obblighi informativi dell'intermediario e l'adesione al Consorzio "Patti Chiari". Il quadro giurisprudenziale

Per quanto riguarda gli obblighi informativi, le informazioni sulla tipologia e sulla rischiosità dei prodotti finanziari costituiscono un punto delicato sul piano della trasparenza.

Il nocciolo della questione della sentenza in commento parte proprio dalla considerazione degli obblighi informativi, con particolare riferimento al cd. Rischio emittente⁶⁰. Infatti, al Tribunale perugino viene richiesto di *"accertare se al momento dell'acquisto era prevedibile il default della Lehman Brothers da parte degli intermediari ovvero se essi disponevano di dati ed informazioni da cui poter desumere il pericolo di solvibilità dell'emittente e quindi per tal via giungere ad affermare che la banca non poteva non sapere che il titolo che le attrici stavano acquistando era connotato da elevata volatilità e rischiosità tanto da considerarsi come titolo speculativo"*.

Come sopra ricordato, l'art. 21, co. 1, lett. b) TUF, impone agli intermediari di operare *"in modo che (i clienti) siano sempre adeguatamente informati"*; alcune decisioni, pur minoritarie, proprio sulla base di quest'ultima norma, hanno ricostruito un *"dovere di informare l'investitore dell'andamento dello strumento finanziario anche successivamente al suo acquisto"*⁶¹. Nel senso della

⁵⁹ Trib. Torino, 10 giugno 2014 n. 4208, disponibile in www.ilcaso.it.

⁶⁰ Per "rischio emittente", si intende il rischio di mancato rimborso legato al deterioramento dell'emittente e misurato dal *rating*. L'altro parametro di rischio fondamentale (sulla base del quale un titolo può essere inserito o eliminato dal Listino Patti Chiari) è dato dal VaR ("Valore a Rischio") ovvero il rischio di una perdita di valore del titolo sul mercato finanziario tale da comportare una perdita per il risparmiatore, laddove il medesimo decida di vendere il titolo prima della scadenza (v. Guida Patti Chiari, 16, in www.pattichiari.it).

⁶¹ Così Trib. Cosenza, 1 marzo 2006; nello stesso senso Trib. Roma, 25 maggio 2005, entrambe in www.ilcaso.it; in dottrina, per un accenno in tal senso, in riferimento alla l. 1\91, Di Majo, *La correttezza nell'attività di intermediazione immobiliare*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1993, I, 298; v. anche Cottino, *Una giurisprudenza in bilico: i casi Cirio, Parmalat, bonds argentini*, in *Giur. it.*, 2006, 538, argomentando dalla disciplina del mandato; pone il problema prospettando una soluzione

"continuatività" degli obblighi informativi sembra essere anche la disciplina attuativa della MiFID, anche se tale direttiva non sembra prevedere un obbligo generalizzato di controllo sull'andamento degli investimenti del cliente, salvo il caso dei contratti di gestione patrimoniale ovvero nel caso di specifiche pattuizioni contrattuali (molto frequenti nei contratti di consulenza) in tal senso stipulate con l'investitore⁶². Il problema potrebbe risolversi sulla base di quanto autorevolmente osservato in ordine alla norma sul contratto in frode alla legge: la presenza di una clausola generale insieme a norme di dettaglio, se da un lato non consente la libera creazione *ex post* di nuovi obblighi di informazione, per un altro verso permette estensioni analogiche delle regole che espressamente li prevedono, sempre fermo il rispetto delle scelte fondamentali del sistema⁶³. In tale logica, risulta impraticabile il richiamo al combinato disposto dall'art. 21 TUF e dell'art. 28 R.I. 11522/98, dal quale emerge che, in riferimento all'attività di negoziazione, un obbligo di informativa sulla natura e sulle caratteristiche del titolo sussiste unicamente fino al momento dell'investimento⁶⁴; risulta, inoltre, impraticabile un riferimento al comma 4 dell'art. 28 R.I. 11522/98, in quanto relativo ad una fattispecie connotata da specifiche peculiarità di tipo gestorio⁶⁵. Tuttavia, un obbligo di informazione continuativo sembra potersi modellare sulla

differente a seconda che si concepisca il servizio di negoziazione come una "sequenza di atti giuridici" ovvero come una "attività", Dellacasa, *Collocamento di prodotti finanziari e regole di informazione: la scelta del rimedio applicabile*, in *Danno e resp.*, 2005, 1246.

⁶² Come osservato da Giudici, *Mercato finanziario (i contratti del)*, in V. Roppo-Benedetti (a cura di), *Trattato dei contratti*, Milano, 2014, 1050. In giurisprudenza, cfr. Trib. Milano, 18 ottobre 2006, secondo il quale: "L'intermediario non è tenuto ad informare l'investitore della perdita di valore dei titoli verificatasi in data successiva all'acquisto, a meno che non si versi nelle ipotesi previste dall'art. 28 reg. Consob n. 11522/2998, commi 3 e 4, con riferimento rispettivamente a strumenti finanziari derivati e al rapporto di gestione patrimoniale"; nonché Trib. Modena, 20 gennaio 2006: "In presenza di semplici disposizioni di negoziazione di prodotti finanziari ed in assenza di un contratto di gestione patrimoniale, si deve escludere che l'intermediario abbia l'obbligo di monitorare l'andamento dei titoli presenti nel portafoglio dei clienti e quindi di consigliare loro l'eventuale disinvestimento" (conformi Trib. Milano, 25 luglio 2005, in *Contratti*, 2006, II 460; Trib. Parma, 24 maggio 2007; Trib. Busto Arsizio, 13 febbraio 2007; Trib. Vasto, 9 novembre 2006; Trib. Venezia, 4 maggio 2006, tutte in www.ilcaso.it).

⁶³ In questi termini Sacco, in Sacco-De Nova, *op. cit.*, 124.

⁶⁴ V. Trib. Parma, 9 gennaio 2008, in www.ilcaso.it.

⁶⁵ V. Dolmetta-Minneci, voce *Borsa (contratti di)*, in *Enc. dir. Aggiornamento*, Milano, 2001, 173, testo e nota 59; Annunziata, *La disciplina del mercato mobiliare*, Torino 2004, 110, identifica la *ratio* della disciplina nel "più elevato rischio di abusi da parte dell'intermediario".

base del comma 3 dello stesso articolo, in materia di strumenti finanziari derivati: più specificamente risultando configurabile nel ricorrere di una perdita assai consistente (pari al 50% del capitale investito), potenzialmente destinata ad aumentare e, nel contempo, facile da osservare così da limitare il costo di monitoraggio e, quindi, non pregiudicare l'efficienza allocativa del servizio prestato dall'intermediario⁶⁶.

Sul punto merita di essere richiamata, inoltre, una sentenza del 2010 del Tribunale di Torino⁶⁷, anche questa in tema di obbligazioni Lehman Brothers. La controversia verteva proprio sul mancato adempimento da parte della Banca degli obblighi informativi sulla stessa gravanti in relazione all'andamento delle predette obbligazioni a suo tempo acquistate dal cliente (detti titoli, ritenuti inizialmente a basso rischio, si rivelavano ben presto soggetti a improvviso crollo della quotazione, in conseguenza del cd. *crack Lehmann*). Il Giudice ha ritenuto la responsabilità risarcitoria dell'intermediario, riconoscendo un obbligo di informazione continuativa "convenzionale". Nel caso specifico rilevava una clausola presente nell'ordine d'investimento la quale specificava che: *"in base agli andamenti di mercato il titolo potrà uscire dall'elenco successivamente alla data dell'ordine. Il cliente sarà tempestivamente informato se il titolo subisce una variazione significativa del livello di rischio"*.

Inoltre, la Banca aveva aderito al Consorzio "Patti Chiari". In effetti, il predetto Consorzio era sorto su iniziativa dell'Autorità Bancaria Italiana, successivamente ai gravi *default* finanziari (quali quelli relativi ai bond argentini, Cirio e Parmalat), proprio per fornire ai risparmiatori un servizio informativo continuo ed ispirato ai valori di chiarezza, comprensibilità e comparabilità del prodotto. In particolare, il Consorzio aveva diffuso un documento dal titolo "Investire informati", che, tra

⁶⁶ Sul punto, si segnala, con riferimento ai titoli greci, Trib. Prato 13 giugno 2015, n. 700, in www.ilcaso.it. La pronuncia in parola, assume sussistente in capo alla banca intermediaria un obbligo di informazione (continua) relativa all'andamento del titolo, anche successivamente alla sua sottoscrizione. La sentenza si richiama, più nello specifico, all'art. 28, comma 3, Reg. Consob n. 11522/1998, vigente *ratione temporis* nel caso di specie

⁶⁷ Trib. Torino, 22 dicembre 2010, n. 7674, in www.ilcaso.it ed anche in *Resp. Civ. prev.*, 2011, 1350, con nota di Greco, *Il consumatore risparmiatore e gli obblighi informativi continuativi tra fonte legale e fonte convenzionale*.

l'altro, offriva agli utenti accesso ad una banca dati contenente informazioni su circa 2.000 titoli detti a basso rischio. Lo stesso documento precisava che in caso di aumento "rilevante" del livello di rischio, il cliente sarebbe stato informato "entro due giorni"⁶⁸.

In questo caso, ad avviso del Tribunale di Torino, l'inserzione di un ulteriore contenuto contrattuale (di cui alla clausola contenuta nell'ordine di investimento), sottoscritto in calce all'ordine da entrambe le parti (cioè dal cliente e dal funzionario della banca intermediaria) ed aggiuntivo rispetto a quello, standardizzato, tipico dell'ordine di investimento, costituisce una vera e propria pattuizione contrattuale ed integra, dunque, una fonte di obblighi di natura convenzionale specificamente assunti dalla banca nei confronti del suo cliente investitore. In altre parole, la fonte convenzionale è stata ritenuta prevalente ai fini della decisione, in quanto stabiliva obblighi di monitoraggio delle variazioni di rischio del titolo ancora più stringenti (informazione "tempestiva" al cliente) rispetto a quelli di cui alla Guida Pratica Patti Chiari (informazione entro "due giorni" al cliente).

Tale orientamento giurisprudenziale, ancorché non pacifico, traeva proprio dal dovere generale di correttezza e trasparenza nell'esecuzione del contratto e dalla formulazione letterale dell'art. 21, co. 1, lett. b), l'obbligo dell'intermediario di mantenere la controparte stabilmente informata delle notizie riguardanti i prodotti sottoscritti o acquistati. Così ragionando è stato ritenuto che gli obblighi di informazione "postcontrattuale" costituiscano sempre espressione dei generali principi di correttezza e buona fede.

In questa prospettiva troverebbero piena attuazione le regole contenute nell'art. 26, co. 1, lett. e), Reg. Consob n. 11522/1998 (*know your merchandise rule*), nel combinato disposto degli artt. 21, co. 1, lett. b), TUF, e 28, co. 1, lett. a), Reg. Consob n. 11522/1998 (*know your customer rule*) e nell'art. 29, co. 1, Reg. Consob n. 11522/1998 (*suitability rule*). Trattasi dei doveri di informarsi ed informare, sussistenti sia nella fase prenegoziale che durante la fase esecutiva del relativo

⁶⁸ Guida Pratica Patti Chiari, p. 25, in www.pattichiari.it.

rapporto.

In altre parole, la previsione dell'art. 21, co. 1, lett. b), del TUF, nella parte in cui dispone che nella prestazione dei servizi di investimento gli intermediari debbano operare in modo che essi siano sempre adeguatamente informati, legittimerebbe un'estensione dell'obbligo di informazione⁶⁹ (l'obbligo dell'intermediario di mantenere la controparte stabilmente informata delle notizie riguardanti i prodotti sottoscritti o acquistati). Proprio l'avverbio "sempre", lascerebbe pensare che gli obblighi informativi non possano mai ritenersi conclusi con l'esaurirsi del momento della negoziazione, giustificando, bensì, obblighi di informazione "postcontrattuale", pur sempre espressione dei generali principi di correttezza e buona fede.

Di qui, l'orientamento giurisprudenziale favorevole agli investitori-attori, che si fonda principalmente sulla presenza di *rumors* (già circolanti nei mercati finanziari negli anni precedenti il fallimento dell'emittente) su significative variazioni del rischio dei titoli emessi da Lehman correlate al precario stato economico-finanziario dell'emittente medesimo, di cui l'intermediario avrebbe dovuto tenere conto non potendosi limitare ad una passiva verifica del solo *rating*⁷⁰. Tale indirizzo è stato, tuttavia, criticato, in quanto, sovente, questa giurisprudenza si è limitata a richiamare genericamente gli obblighi informativi gravanti sull'intermediario, senza affrontare concretamente il tema della prevedibilità del *default* su basi tecnico-finanziarie⁷¹.

Peraltro, avanzamenti in tal senso, sono stati recentemente operati dalla più recente giurisprudenza che si è spinta fino al riconoscimento della responsabilità

⁶⁹ Così Trib. Roma, 25 maggio 2005; e Trib. Cosenza, 1 marzo 2006, in www.ilcaso.it.

⁷⁰ Trib. Milano 9 gennaio 2015, in www.ilcaso.it; App. Lecce 4 novembre 2013, n. 787, in www.dirittobancario.it; Trib. Udine 5 marzo 2010, n. 376 in www.ilcaso.it; Trib. Salerno 20 ottobre 2012, n. 2200 in www.ilcaso.it; Trib. Catanzaro 19 ottobre 2011, n. 685 in www.dirittobancario.it. Cfr. anche App. Torino 28 febbraio 2014, n. 767 e Trib. Aosta 9 marzo 2012, n. 131, in www.dirittobancario.it, le quali imputano altresì all'intermediario l'omessa informazione al cliente circa la natura di banca d'affari dell'emittente e pertanto la conseguente inclinazione della medesima a strategie di elevato carattere speculativo.

⁷¹ Cfr. Zuccarello-Garavello, *Lehman Brothers. Commento a sentenza n. 44/2015 del Tribunale di Cuneo*, in *Riv. dir. banc.*, 2015, disponibile sul sito www.dirittobancario.it.

solidale tra Consorzio e banche intermediarie⁷².

A questo orientamento si contrappone la giurisprudenza che ritiene che l'intermediario non sia tenuto a dare alcuna informazione all'investitore circa la perdita di valore dei titoli verificatasi in data successiva all'acquisto. La motivazione comunemente rinvenibile nelle pronunce che respingono le domande attoree e che reputano la condotta dell'intermediario immune da censure si fonda sulla presunta impossibilità di previsione del *default* dell'emittente (che, secondo tale ragionamento, si sarebbe palesato in modo del tutto imprevedibile ed improvviso), a fronte della mancata previsione in tal senso da parte delle agenzie di *rating* nonché della permanenza dei titoli Lehman nell'elenco "Patti Chiari".

La presenza delle obbligazioni all'interno dell'Elenco Patti Chiari rappresenterebbe, secondo tale indirizzo, un elemento di garanzia del prodotto tale per cui nessuna ulteriore informazione doveva essere rilasciata dall'intermediario al momento dell'investimento. Viene evidenziato che gli obblighi informativi gravanti sugli intermediari sarebbero da riferirsi unicamente al momento della prestazione del servizio di investimento, non sussistendo alcun obbligo giuridico successivo, in capo a quest'ultimi, di informare l'investitore di circostanze sopravvenute utili a rivalutare il *rating* dell'investimento, salvi i casi in cui i primi abbiano stipulato con i secondi contratti di gestione patrimoniale oppure specifiche previsioni contrattuali in tal senso⁷³.

⁷² In particolare, Trib. Cuneo 14 gennaio 2015, n. 44 in www.ilcaso.it, il quale, avvalendosi della consulenza tecnica d'ufficio al fine di analizzare i principali indicatori di rischio dell'investimento, ha accertato che il fallimento di *Lehman* poteva essere previsto già da prima del settembre 2008, condannando in solido l'intermediario e (per la prima volta) il Consorzio "Patti Chiari", quali responsabili dei danni patiti dagli investitori. La pronuncia sancisce la corresponsabilità dei due soggetti per non aver provveduto al costante monitoraggio dei titoli, sia sotto il profilo del *rating* (per il rischio di mancato rimborso da parte dell'emittente) sia sotto il profilo del VaR (per il rischio di una perdita di valore dei titoli sul mercato);

Analogamente, Trib. Padova 23 aprile 2015, in www.ilcaso.it, ha dichiarato la responsabilità solidale dell'intermediaria (con cui l'investitore aveva stipulato specifiche previsioni contrattuali circa l'informativa sul monitoraggio delle variazioni di rischio del titolo) e del Consorzio per violazione degli obblighi di monitoraggio continui (nel caso specifico afferenti al VaR, come da esiti della disposta CTU). La sentenza qualifica come contrattuale la responsabilità del Consorzio "Patti Chiari", responsabile in solido, ex art. 2615 c.c., con l'intermediario.

⁷³ *Ex multis*, Trib. Parma, 9 gennaio 2008, in www.ilcaso.it, ha affermato che "l'attività di consulenza finanziaria che si accompagna implicitamente al contratto di negoziazione trova sempre un limite invalicabile nella negoziazione finalizzata all'acquisto o al disinvestimento, dovendosi escludere che gravi sull'intermediario un obbligo specifico di monitorare l'andamento del titolo al fine di suggerire

Sulla scorta di tale indirizzo "filointermediaristico", può ricordarsi la già citata sentenza del Tribunale di Torino n. 4208/2014, con la quale si è ritenuto che l'obbligo di informazione "continuativa" non sarebbe desumibile dall'obbligo contrattuale derivante alla banca per aver aderito al Consorzio "Patti chiari", atteso che quest'ultimo prevede(va) solo la periodica verifica dell'adeguatezza del portafogli cliente nel suo insieme, e non già per ogni singolo titolo in esso presente.

Infatti, per il Giudice torinese l'elenco "Patti chiari" può essere considerato uno strumento informativo per rendere disponibili a tutti i risparmiatori in modo semplice e gratuito le stesse informazioni che usano le banche per fare le loro scelte d'investimento. L'elenco fornisce un'informazione semplice e importante: l'obbligazione (nel caso di specie *Lehman Brothers*) è emessa da un soggetto affidabile ed ha un basso rischio di perdita⁷⁴. L'adesione della Banca al predetto consorzio comporta l'assunzione di una specifica obbligazione di fornire ai propri clienti una chiara informativa prima, durante e dopo le scelte di investimento ma nei limiti di due profili di rischio e precisamente: a) variazione del *rating* assegnate dalle agenzie riconosciute a livello internazionale al di sotto di A-⁷⁵; b) variazione dell'indice VaR (Valore a Rischio) superiore all'1% su base settimanale.

Non sussisterebbe, dunque, alcun obbligo di informazione in ordine ad una

all'investitore di intervenire sul mercato per ridurre eventuali conseguenze negative collegate al probabile default". Più di recente, Trib. Pordenone 8 novembre 2013, n. 898; Trib. Rimini 27 marzo 2013, in *Ex Parte Creditoris* - www.expartecreditoris.it; App. Trieste 11 maggio 2012, in *Giur. comm.*, 2013, II, 454; Trib. Milano 22 marzo 2011; Trib. Torino, 20 novembre 2012; Trib. Novara 23 giugno 2011, n. 519 e Trib. Savona 18 maggio 2010, n. 454 tutte in www.ilcaso.it; Trib. Venezia 5 novembre 2009, in *Corr. mer.*, 2010, 145; cfr. anche Trib. Roma, 25 maggio 2005, in *Contratti*, I, 2005, 795; Trib. Cosenza, 1 marzo 2006, in *Riv. dir. comm.*, 2006, II, 111 con nota di Emiliozzi. Ma vedi sul superamento della distinzione tra servizi anche Cass. civ., 25 giugno 2008, n. 17340, in *Foro it.*, 2009, I, 189.

⁷⁴ In precedenza Trib. di Monza, 10 dicembre 2013, reperibile sul sito www.expartecreditoris.it, per cui: *"Il Consorzio 'Patti chiari', per quanto ovvio, non garantisce l'insolvenza dei titoli in quanto non ha affatto lo scopo di tutelare e garantire il pubblico risparmio bensì, semmai, di adottare tutte quelle iniziative volte alla semplificazione delle informazioni utilizzabili da chiunque nel momento in cui si accinge ad effettuare un investimento in strumenti finanziari con l'adozione di specifici 'impegni' codificati dal Consorzio nella Guida"*.

⁷⁵ Cfr. Trib. di Firenze, 20-02-2014, n.587, in www.expartecreditoris.it, per cui *"In generale, in base cioè alle regole di comportamento poste a carico delle banche aderenti al Consorzio 'Patti chiari', esiste un obbligo di avvertire la clientela nelle sole ipotesi di declassamento dell'emittente al di sotto del rating A- (declassamento che, quanto a Lehman Brothers, non è mai avvenuto)"*.

variazione del rischio calcolata sulla base di altri eventuali criteri di valutazione, quale ad esempio l'andamento dei Crediti *Default Swap*⁷⁶.

Esaminato così il quadro giurisprudenziale, una posizione netta di appoggio verso l'uno o l'altro orientamento, sopra evidenziati, non sembra preferibile. In particolare, più che di informazione per l'investitore *tout court*, sarebbe opportuno parlare di informazione adeguata, cioè di informazione che valorizzi la specificità di ciascuna contrattazione e quindi del profilo di ciascun investitore⁷⁷ (ed in tal senso, la giurisprudenza più recente, sopra richiamata in nota⁷⁸). Si promuove, dunque, una modulazione dell'attività informativa in relazione all'esperienza dell'investitore⁷⁹. In altre parole il riferimento all'adeguatezza presuppone che le informazioni debbano essere sempre modellate dall'intermediario alla luce della peculiarità del rapporto con il cliente con la conseguenza che, a seconda della controparte, l'operatore finanziario dovrà calibrare diversamente gli obblighi informativi soddisfacendo le specifiche esigenze informative proprie del singolo rapporto⁸⁰. In tal senso, il requisito dell'adeguatezza⁸¹ diviene uno strumento di

⁷⁶ Nel caso delle obbligazioni Lehman, il *rating* assegnato ai titoli dalle principali agenzie era rimasto, infatti, a livelli elevati fino alla data di deposito del ricorso per l'ammissione alla procedura Chapter 11 (avvenuto il 15 settembre 2008); inoltre non si era mai verificata, fino alla data del default, una modifica percentuale del VaR in misura superiore all'1% su base settimanale (nel caso di specie, si sono ritenute irrilevanti le variazioni della curva dei prezzi lamentate dall'attore).

⁷⁷ Per una più articolata disamina del ruolo dell'informazione in materia di intermediazione anche con riferimento al recepimento della direttiva MiFID si veda: Greco, *Informazione pre-contrattuale e rimedi nella disciplina dell'intermediazione finanziaria*, in *Quad. di Banca borsa tit. cred.*, Milano, 2010.

⁷⁸ V. nt. 72.

⁷⁹ Il dato è ribadito in una decisione del Trib. Gorizia, 19 febbraio 2009, in www.ilcaso.it, secondo la quale una generica prospettazione di inadeguatezza di investimento non soddisfa l'obbligo di informazione. Sul punto v. anche Trib. Mantova, 31 marzo 2009, in www.ilcaso.it.

⁸⁰ Cfr. Sartori, *Autodeterminazione e formazione eteronoma del regolamento negoziale: il problema dell'effettività delle regole di condotta*, in *Riv. dir. priv.*, 2009, 93, ove si evidenzia che si tratta di un'impostazione ribadita con fermezza dal legislatore comunitario con la Direttiva 39/04/CE laddove impone alle imprese di investimento di fornire ai clienti o potenziali clienti informazioni appropriate e in forma comprensibile su tutti gli elementi rilevanti, in modo da metterli nelle condizioni di prendere le decisioni in materia di investimenti con cognizione di causa. In argomento v. anche Capriglione, *Intermediari finanziari, investitori, mercati*, Padova, 2008, 165.

⁸¹ In generale sull'adeguatezza v. tra gli altri, Greco, *Informazione pre-contrattuale e rimedi nella disciplina dell'intermediazione finanziaria*, op. cit.; Sangiovanni, *L'adeguatezza degli investimenti prima e dopo la Mifid*, in *Corr. giur.*, 2010, 1385 ss.; Fiorio, *La non adeguatezza delle operazioni di investimento tra nuova e vecchia disciplina*, in Ambrosini-Demarchi (a cura di), *Banche, consumatori e tutela del risparmio. Servizi di investimento, market abuse e rapporti bancari*, Milano, 2009, 125 ss.; Mazzini, *La giurisprudenza sull'adeguatezza dell'operazione del cliente*, in *Dir. banca merc. fin.*, 2006, I, 607.

riequilibrio della disparità di posizioni contrattuali, consentendo all'informazione di essere modellata in maniera da costituire un contrappeso allo stato di manifesta asimmetria a favore del soggetto dotato di maggiore possibilità di accesso alla conoscenza.

In definitiva, diligente è, dunque, l'intermediario che informa il cliente in maniera corrispondente ai criteri indicati dalla normativa. La valutazione gravita intorno alla chiarezza, correttezza e non decettività dell'informazione ricevuta dal risparmiatore sullo strumento finanziario.

8. La posizione del Tribunale di Perugia. La responsabilità delle Agenzie di Rating

Venendo al caso di specie, il Giudice perugino è chiaro nell'escludere ineccepibilmente la violazione, da parte dell'intermediario degli obblighi di informazione (attiva e passiva) su di esso incombenti.

Infatti, il Tribunale accerta sulla base di prove documentali agli atti che la banca convenuta aveva provveduto a consegnare il documento informativo sui rischi generali e ad acquisire informazioni sulla conoscenza, esperienze, obiettivi dell'investimento delle attrici. Era stata, inoltre, effettuata la valutazione di adeguatezza dell'operazione rispetto al profilo di rischio dichiarato dalle parti attrici; in particolare, la banca aveva valutato correttamente sulla base delle informazioni acquisite, quali: livello di conoscenza "alta" di strumenti finanziari e obbligazioni strutturate; coerenza con l'orizzonte temporale dell'investimento dichiarato dalle attrici; natura non speculativa del titolo; esperienza pregressa delle attrici in operazioni simili.

Le attrici avevano, altresì, sottoscritto la clausola sul conflitto di interessi dichiarando di essere a conoscenza dello stesso con riferimento alla specifica operazione la cui esecuzione veniva espressamente autorizzata.

Di conseguenza il Tribunale esclude la responsabilità della banca, sotto ogni profilo (sia pre-contrattuale che contrattuale), in quanto *"l'ottimo rating assegnato alle obbligazioni per cui è causa da tutte le Agenzie di rating fino al giorno prima del default e la conferma della loro alta affidabilità, anche da parte del consorzio*

*interbancario "Patti Chiari", costituiscono fatti storici univoci e incontrovertibili che portano a concludere che la banca non disponeva di informazioni diverse da quelle riferite alle investitrici, che il titolo non poteva essere qualificato come speculativo e che l'operazione non poteva che essere valutata come "adeguata", da un lato, al profilo dell'investitore e, dall'altro, al rischio dell'emittente", non potendo giustificare, del resto, l'accoglimento della domanda attorea l'esistenza di "semplici rumors" sul Gruppo Lehman (ovvero "incerti ed equivoci dati richiamati dalle attrici derivanti dall'analisi di strumenti speculativi") che come tali non possono prevalere ex post sulle informazioni univocamente positive provenienti dalle agenzie di rating nonché dalla permanenza delle obbligazioni nell'Elenco "Patti Chiari". Questo il *decisum* del Giudice di prime cure.*

Tuttavia, la sentenza merita di essere segnalata per l'ultima parte in cui il Giudice compie una valutazione, forse più di prospettiva che attuale, relativa ai soggetti potenzialmente responsabili, in questa tipologia di cause. In sostanza, il Giudice punta il dito, e lo fa incisivamente, in particolare contro le Agenzie di *rating*, soggetti, come si ricordava in premessa, tradizionalmente considerati avulsi da qualsiasi profilo di responsabilità nei rapporti con gli investitori.

Secondo il giudice perugino, infatti, *"se omissioni vi sono state le stesse possono farsi risalire a livelli superiori a quello dell'intermediario ed imputarsi probabilmente alle citate Agenzie ed al menzionato consorzio per aver diffuso e pubblicizzato informazioni errate sulla solvibilità della banca americana emittente"*.

Orbene, non va sottaciuta la potenziale portata innovativa del "consiglio" finale del Tribunale di Perugia, che potrebbe aprire la strada in un mondo, quello delle azioni di responsabilità contro le Agenzie di *rating*, pressoché inesplorato (o inesplorabile).

Non è questa la sede opportuna per sviscerare puntualmente questa tematica, davvero molto ampia e che probabilmente necessiterebbe di una visione più internazionalistica, in raffronto ad altri ordinamenti (in specie, a quello statunitense)⁸². Tuttavia, senza pretesa alcuna di completezza, pare opportuno, ai

⁸² Si tratta, infatti, di una problematica sorta principalmente nel sistema giuridico statunitense. Il

fini dell'economia della presente indagine, esaminare la (forse carente) disciplina in materia.

Orbene, il tema della responsabilità delle Agenzie di *rating* gode di grande considerazione anche a causa del "ruolo di custodi dell'accesso ai mercati finanziari" a queste ultime riconosciuto; esse, infatti, con le loro valutazioni finiscono con l'incidere sulla promozione e sulla realizzazione delle operazioni economiche, sull'acquisto, la vendita o il mantenimento di titoli, producendo effetti che si ripercuotono inevitabilmente sulla sfera economica e giuridica di tutti i soggetti operanti sui mercati finanziari; di qui, l'obbligo, in capo a colui che ha rilasciato o diffuso informazioni false o errate, di risarcire i danni subiti dai terzi che su di esse hanno riposto un affidamento incolpevole⁸³. Non a caso, uno dei presupposti essenziali del corretto e regolare funzionamento del mercato è proprio il dovere degli operatori economici di rendere disponibili le informazioni di cui sono a conoscenza, per ridurre, o, se possibile, annullare il *gap* informativo che li pone in una posizione di incontestabile vantaggio rispetto agli investitori, soggetti deboli del rapporto.

Nel corso degli anni la dottrina, in particolar modo, al di là dell'inquadramento giuridico, ha sempre riconosciuto come presupposto fondamentale di tale responsabilità, l'affidamento incolpevole degli investitori sul rischio di credito di un titolo o sulla solvibilità di un emittente, che viene tradito e leso quando la valutazione dell'agenzia è erronea, inesatta o incompleta.

In ogni caso, si registra una certa disomogeneità ad inquadrare e qualificare giuridicamente il fenomeno.

tema della responsabilità delle agenzie di è stato ampiamente analizzato dalla dottrina (*ex multis*, Drigo, *La responsabilità delle agenzie di rating per il danno all'informato. L'esperienza statunitense*, in *Rass. dir. civ.*, 2006, 494). Si pensi, inoltre, al *Dodd-Frank Act* che ha rappresentato il primo atto volto a scardinare (o perlomeno a tentare) il consolidato orientamento giurisprudenziale statunitense, in forza del quale si ammette la "irresponsabilità" delle agenzie di *rating* per il caso di danni subiti dalla massa degli investitori a causa dei voti di *rating* colposamente errati e portati a conoscenza del pubblico.

⁸³ In tal senso: Busnelli, *Itinerari europei nella terra di nessuno tra contratto e fatto illecito: la responsabilità da informazioni inesatte*, in *Contr. e impr.*, 1991, 539; Perlingieri, *L'informazione come bene giuridico*, in *Rass. dir. civ.*, 1990, 326 ss; Facci, *Il danno da informazione finanziaria inesatta*, Bologna, 2009.

Quello della responsabilità si presenta, dunque, come un aspetto problematico già sotto il profilo della qualificazione, atteso che lo stesso ordinamento nazionale non individua una disciplina specifica⁸⁴, ma necessita di richiamarsi ai principi generali dell'illecito civile, alla luce degli obblighi comportamentali imposti dalle nuove norme comunitarie a carico delle società di *rating* sia sotto l'aspetto organizzativo che più strettamente relativo all'esercizio dell'attività vera e propria⁸⁵

La giurisprudenza e, soprattutto, la dottrina europee non hanno fornito, infatti, una ricostruzione pacifica della materia, individuando, di volta in volta, una potenziale responsabilità contrattuale⁸⁶, ovvero una di natura aquiliana⁸⁷, o ancora

⁸⁴ Cfr. Saponaro, *Il danno da rating: se e come le agenzie sono tenute a rispondere*, in *Danno e resp.*, 2013, 186, secondo cui: "In Italia, in assenza di precedenti giurisprudenziali, il tema era stato finora affrontato solo dalla dottrina, la quale si è chiesta se le agenzie potessero essere chiamate a rispondere dei danni cagionati a terzi in caso di valutazioni sul merito creditizio rivelatesi poi inesatte e, in caso di risposta positiva, secondo quali regole. Il primo quesito da porsi è sul fondamento della responsabilità, se si tratta, cioè, della violazione di un'obbligazione preesistente, da cui la natura contrattuale, ovvero la violazione di un interesse giuridicamente protetto, secondo il modello dell'illecito aquiliano."

⁸⁵ Così Sacco Ginevri, *Le società di rating nel regolamento CE n. 1060/2009*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2010, 295; Parmeggiani, *I problemi regolatori del rating e la via europea alla loro soluzione* in *Banca, Impresa, Società*, 2010, III, 459; Picardi, *Il rating tra crisi e riforma dei mercati finanziari*, in *Riv. dir. civ.*, 2009, 713 ss.

⁸⁶ Cfr. Capriglione, *I prodotti di un sistema finanziario evoluto. Quali regole per le banche?*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2008, I, 39, ritiene che "l'imputazione di responsabilità è collegata alla dimostrazione della mancata osservanza, da parte del soggetto valutatore, degli standard qualitativi e quantitativi richiesti dalla specifica realtà di riferimento. La società di *rating* risponde a titolo di responsabilità contrattuale, per cui eventuali esenzioni da imputazione saranno rese possibili dalla prova che l'inadempimento è dovuto a cause non conosciute o conoscibili durante lo svolgimento dell'attività. [...] A queste figure di "prestatori di servizi" dovrebbero applicarsi, in maniera conseguente, le regole seguite dalla nostra giurisprudenza in tema di professionisti intellettuali, nella cornice della clausola generale di correttezza, che sempre presuppone una relazionalità tra le rispettive condotte. In questo nuovo campo, la responsabilità civile può forse trovare nuova linfa per una compiuta realizzazione delle sue intrinseche finalità di riparazione del danno e di deterrente". Tuttavia, per Bianca, *Diritto civile, V, La responsabilità*, Milano, 1994, "al riguardo non contano tanto le proposte dottrinarie, quanto piuttosto le concrete applicazioni giurisprudenziali, che assumono un'importanza decisiva quali indici della regola di diritto effettivo della responsabilità come essa è recepita ed operante nel nostro ordinamento". Cfr. anche Marianello, *La responsabilità contrattuale dell'agenzia di rating nei confronti del committente*, in *Obbligazioni e contratti*, 2010, 289 ss.

⁸⁷ In dottrina, Greco, *La responsabilità extracontrattuale delle agenzie di rating nei confronti dell'investitore* in *Riv. dir. banc.*, 2013, 30; Galgano, *Le mobili frontiere del danno ingiusto*, in *Contr. e impr.*, 1985, 11; Scaroni, *La responsabilità delle agenzie di rating nei confronti degli investitori*, in *Contr. e impr.*, 2011, 799 ss., per il quale, la questione sembrerebbe oramai superata grazie ai recenti interventi legislativi: "si pensi alla disciplina del reato di manipolazione del mercato che prevede sanzioni amministrative per chi diffonde informazioni false o fuorvianti in tema di strumenti finanziari (art. 187 ter, comma 1, TUF) o alla nuova disciplina della revisione legale dei

da contatto sociale⁸⁸, fino ad ipotizzare la configurazione di una responsabilità da attività pericolosa ex art. 2050 c.c.⁸⁹.

L'attuale disciplina europea introdotta in materia, pare aver definitivamente risolto le problematiche relative alla qualificazione giuridica della responsabilità dell'Agenzia.

conti di cui al Testo Unico della Revisione Legale (D.Lgs. 27 gennaio 2010, n. 39) che prevede espressamente la responsabilità dei revisori legali nei confronti dei terzi per l'inadempimento dei loro doveri (art. 15).

Numerose sono, tra l'altro, le decisioni in cui la giurisprudenza si è pronunciata ravvisando la natura aquiliana della responsabilità delle agenzie di *rating*: Trib. Cosenza 1 marzo 2006, in *Riv. dir. comm.*, 2006, II, 111, con nota Emiliozzi, *La responsabilità della banca per omessa informazione nel deterioramento del rating di obbligazioni acquistate da un cliente*; App. Brescia 24 settembre 2007, in *www.ilcaso.it*; Trib. Pisa, Sez. dist. Pontedera, 13 ottobre 2008, in *www.ilcaso.it*; Trib. Forlì 18 novembre 2008, in *www.ilcaso.it*; Trib. Parma 24 maggio 2007, in *www.ilcaso.it*. In particolare, Trib. Catanzaro, 2 marzo 2012 n. 685, in *Giur. comm.*, 2013, I, 462, il quale, pur riconoscendo, per la prima volta, una responsabilità extracontrattuale dell'agenzia di *rating*, non ha ammesso nel caso di specie il risarcimento del danno, non avendo l'investitore dimostrato, né la relazione tra il *rating* positivo e la scelta di investimento, né la circostanza che il *rating* favorevole sarebbe stato il frutto di una valutazione volutamente erronea in quanto effettuata in conflitto di interessi. Chiaramente, infatti, il riconoscimento di una natura extracontrattuale alla responsabilità delle agenzie di *rating*, implica dei risvolti anche sul piano dell'onere probatorio ritenendo necessario verificare *in primis* la sussistenza di un evento dannoso; la possibile qualificazione del danno come danno ingiusto, in relazione alla sua incidenza su un interesse rilevante per l'ordinamento; il possibile riferimento della lesione, sotto il profilo causale, ad una condotta commissiva od omissiva; l'ascrivibilità dell'evento al dolo o alla colpa.

⁸⁸ Secondo Santoro, *La responsabilità da contatto sociale*, Milano, 2012, 50: "I fautori della teoria dei rapporti contrattuali di fatto vedono in queste fattispecie un importante indice della non necessità del consenso per la formazione di un contratto: sulla base della constatazione che i traffici dell'economia moderna impongono sempre più l'adozione di contratti di massa e in generale sistemi di velocizzazione dello scambio che portano a svalutare il momento consensuale, ciò che veramente rilevarebbe è la valutazione sociale dei comportamenti in ordine alla creazione di un affidamento tra le parti del rapporto". In giurisprudenza, Trib. Sulmona 16 aprile 2013, in *Resp. civ. e prev.*, 2014, 2, 623, il quale chiarisce che "*presupposti per la configurabilità del contatto sociale sono: una relazione tra sfere giuridiche, tale da far considerare la responsabilità aquiliana come insoddisfacente, poiché vista come responsabilità del quisque de populo; uno status professionale in capo al danneggiante, tale che possa configurarsi una culpa in faciendo prevista nell'ordinamento giuridico; ed in ultimo l'affidamento in capo al danneggiato*".

⁸⁹ Cfr. Sanna, *La responsabilità civile delle agenzie di rating nei confronti degli investitori*, ESI, Napoli, 2011, 91. Il giudizio di pericolosità eventuale dell'attività dovrà essere dato secondo una prognosi postuma sulla base dell'esame delle circostanze di fatto che si presentano al momento dell'esercizio dell'attività stessa (Cass. 9 aprile 1999, n. 3471, *Danno e resp.*, 1999, 656.). Tuttavia Maietta, *La responsabilità delle società di rating*, *Commento a Trib. Roma 07 febbraio 2014*, in *Danno e Resp.*, 2015, 8-9, 836, segnala come la ricostruzione da ultimo evidenziata pone problemi di *overdeterrence*. Infatti, il "perseguimento ad ogni costo di una esigenza di miglior tutela del danneggiato, realizzabile con regimi di responsabilità oggettiva o semi-oggettiva, potrebbe portare ad un consistente deperimento dell'attività delle agenzie di valutazione del merito creditizio, con la perdita dei numerosi benefici che il rating determina a favore degli investitori e del mercato finanziario nel suo complesso"(così testualmente Sanna, *op. cit.*, 77) e si finirebbe, nel nome del principio del *favor victimae* di squilibrare il necessario bilanciamento degli interessi in gioco.

Sotto il profilo normativo, difatti, si registra la modifica apportata al Regolamento (CE) n. 1060/2009 da parte del Regolamento UE n. 462/2013 del 21 maggio 2013, il quale ha introdotto il Titolo III bis rubricato "Responsabilità civile delle Agenzie di *rating* del credito".

L'art. 35 bis, co. 1, Reg. n. 1060/2009, prevede che se la società di *rating*, per colpa grave o dolo, abbia compiuto una delle infrazioni contenute nell'Allegato III del Regolamento (che contiene analitici riferimenti alle violazioni delle regole, in prevalenza, in tema di conflitti di interesse), può risponderne patrimonialmente nei confronti dell'investitore o dell'emittente.

Con riferimento alla posizione dell'investitore, la predetta norma subordina l'esercizio dell'azione di risarcimento del danno alla prova (incombente sull'investitore-attore) di *"aver ragionevolmente riposto affidamento"* o comunque *"con la dovuta diligenza"* sul *rating* del credito *"per assumere la decisione di investire, detenere o cedere uno strumento finanziario oggetto del rating del credito"*; ed ancora, spetta all'investitore (o all'emittente) *"fornire elementi informativi precisi e dettagliati che indichino che l'agenzia di rating del credito ha violato il presente regolamento e che la violazione ha avuto un impatto sul rating emesso"*⁹⁰.

È evidente la gravosità dell'onere probatorio incombente sull'investitore-attore⁹¹. Infatti, il nocciolo dell'azione di risarcimento è rappresentato dalla dimostrazione del nesso causale tra infrazione e danno (basato su elementi precisi e dettagliati), oltre alla prova della ragionevolezza dell'affidamento al *rating*. Si pensi, inoltre, che sull'investitore graverebbe anche il fatto di dover accedere ad informazioni che rientrano nella sfera di controllo della propria controparte, non potendo fare affidamento su meccanismi di *discovery*

⁹⁰ Peraltro, non è precisato cosa debba intendersi per *"elementi informativi precisi e dettagliati"* di cui l'investitore deve dare prova per ottenere il risarcimento del danno dall'agenzia: l'art. 35 bis, comma 2, par. 2 si limita a specificare che il loro significato sarà stabilito dagli organi giurisdizionali nazionali competenti, *"tenendo in considerazione che l'investitore [o l'emittente] potrebbe non aver accesso a informazioni che rientrano puramente nella sfera dell'agenzia di rating"*. Inoltre, il significato ed il perimetro dei termini quali *"danno"*, *"intenzione"*, *"colpa grave"*, *"affidamento ragionevole"*, *"dovuta attenzione"*, *"incidenza"*, *"ragionevolezza"* e *"proporzionalità"* sono da rinvenirsi nell'interpretazione del diritto nazionale applicabile, determinato in base alle norme di diritto internazionale privato.

⁹¹ Del resto già evidenziato nel paragrafo 6.1.

processuale, in Italia inesistenti.

Ad ulteriore vantaggio della posizione delle Agenzie si pone, altresì, il comma 3 dell'art. 35 bis, il quale conferisce alle medesime la possibilità di limitare preventivamente la loro responsabilità purché tale limitazione sia "*ragionevole e proporzionata*", nonché "*consentita dal diritto nazionale applicabile*". La tendenza delle Agenzie di *rating* ad autolimitare o autoescludere la propria responsabilità non costituisce una novità, specie nella realtà statunitense⁹². Esse, infatti, hanno sempre negato la loro responsabilità nei confronti degli investitori (oltre che degli emittenti) sulla base dell'assunto per cui il *rating* non rappresenterebbe l'oggettiva comunicazione di fatti o informazioni, bensì una soggettiva opinione (assimilabile a quella giornalistica) relativa alle probabilità di insolvenza di un determinato operatore.

Tutto quanto evidenziato, porta a ritenere che, a meno di smentite della giurisprudenza, ad oggi l'azione per far valere la responsabilità civile delle Agenzie di *rating*, così come disciplinata dal Regolamento europeo, non possa garantire una tutela efficace dei diritti dei danneggiati, emittenti e soprattutto investitori. Infatti, le Agenzie potrebbero facilmente respingere le pretese avanzate nei loro confronti, in forza di un onere probatorio di gran lunga più agevole rispetto a quello incombente sugli attori, essendo per le prime sufficiente dimostrare un'eccessiva ed imprudente fiducia che i secondi abbiano riposto sul *rating*⁹³.

Sotto questo aspetto, la sentenza in commento, oltre ai pochi avanzamenti della giurisprudenza sopra richiamati⁹⁴, rappresenta, ancora, solo un piccolo "foro" sulla facciata di un muro ancora molto spesso e solido.

⁹² Per una raccolta di casistica giurisprudenziale americana sul punto, si vedano Scaroni, *La responsabilità delle agenzie di rating*, op. cit., 764, (v. spec. 801, nt. 69) e Fusaro, *Rating finanziario e responsabilità nei confronti dell'emittente*, in *Contr. e impr.*, 2012, 1, 181 (v. spec. 190-193). Cfr. anche Trib. Milano Sez. VI, 01 luglio 2011, in *Società*, 2011, 12, 1444, con nota di Giudici, *L'agenzia di rating danneggia l'emittente con i propri rating eccessivamente favorevoli?*.

⁹³ Cfr. Tosa, *Lehman brothers: tutela dell'investitore tra proposte e tendenziale inefficienza normativa interna*, *Commento a Trib. Perugia*, 17 marzo 2015, in *Società*, 2015, 8-9, 996. L'A. mostra efficacemente il confronto con la disciplina USA.

⁹⁴ V. nt. 72.

9. Considerazioni conclusive

L'annosa vicenda del *crack* Lehman Brothers porta ancora i suoi strascichi. A distanza di anni dall'entrata in vigore della normativa MIFID, più astringente quanto ad *information rules*⁹⁵, gli obblighi di informazione che gravano sugli intermediari continuano ad essere una parte fondamentale del settore finanziario e delle controversie che si registrano in materia. Il contenzioso è vasto e variegato e non si può ancora affermare che si è raggiunto un univoco orientamento.

Gli intermediari finanziari si difendono efficacemente affermando che il *rating* attribuito da tutte le Agenzie mondiali era univoco, né vi erano state variazioni superiori secondo gli indici specializzati, e pertanto la mancanza di sintomi esteriori aveva, di fatto, reso impossibile da parte degli stessi, poter avere la benché minima rappresentazione di tale dissesto finanziario onde fornire ai clienti una qualsivoglia informativa.

Ciò che è certo è che l'informazione, nel settore dell'intermediazione finanziaria, non è solo votata ad assumere un ruolo funzionale all'esigenza di contribuire a rendere chiaro il contenuto dei rapporti contrattuali, attribuendo loro maggiore certezza, ma è, per certi aspetti, l'unico strumento attraverso cui l'investitore può effettuare la valutazione della rispondenza al proprio interesse dell'investimento effettuato. È l'intermediario, infatti, a possedere i dati necessari per una tale valutazione⁹⁶, ed è l'intermediario il soggetto in grado di amministrare il rapporto, di decidere se e come far funzionare il regolamento d'interessi ed è il solo in grado di investire tempo e risorse nell'aggiornamento, anche tecnico, necessario a cogliere le pur minime fluttuazioni nel mercato e ad interpretarne gli effetti⁹⁷.

⁹⁵ La rilevante modifica, operata con il R.l. 16190/2007 (artt. 27-38), attuativo della normativa MiFID, consiste, in particolare, nella conformazione e attuazione della regola *Know your customer*, per cui gli intermediari sono tenuti a conoscere le esigenze, i bisogni, dei propri clienti per individuare ed "accompagnare" gli investitori alle migliori soluzioni; al fine di attenuare le asimmetrie informative, gli intermediari devono procedere attraverso un efficiente processo di *screening*, cioè di valutazione e di selezione, in grado di produrre ed elaborare un livello di informazione affidabile e più elevato.

⁹⁶ Per Annunziata, *Regole di comportamento degli intermediari e riforme dei mercati mobiliari*, Milano, 1993, 7, viene ad affermarsi un principio che completa e modifica il tradizionale principio di neutralità e che si concretizza nell'istituzionalizzazione di pregnanti obblighi di collaborazione dell'intermediario, la cui massima espressione è rappresentata dalla *suitability rule*.

⁹⁷ Così Greco, *Rileggere le regole dell'informazione nel rapporto tra intermediario e risparmiatore*, in

Si conferma, dunque, un ruolo sempre più decisivo dell'informazione, nella contrattazione asimmetrica, anche nella fase postcontrattuale per impedire menomazioni volitive dipendenti dall'ignoranza di fatti e di circostanze rilevanti noti solo ad una delle parti⁹⁸.

L'idea centrale è che il diritto, avendo la funzione di tutelare gli interessi più deboli sul mercato, debba sviluppare efficaci *default information rules*⁹⁹; il che è conseguenza della convinzione che la debolezza sul mercato si misuri proprio in termini di "svantaggio informativo" di una parte al confronto con la "rendita informativa" dell'altra¹⁰⁰.

Tuttavia, come si ricordava in premessa, occorre anche aver chiaro che l'obiettivo più generale delle attuali discipline contrattuali è favorire la regolazione del mercato, e la tutela del contraente debole è strumentale a quest'obiettivo, ciò è indiscutibile¹⁰¹.

Ciò premesso, occorre forse, alla luce della sentenza in commento, considerare nell'ambito della prestazione, in senso lato, di servizi di investimento, non più (o non più solo) un rapporto investitore/intermediario, bensì una sorta di rapporto "a tre": Investitore/Intermediario/Società di *rating*¹⁰². L'intermediario, quindi, non è più il solo ed unico referente dell'investitore e depositario delle informazioni finalizzate ad operare le (migliori) scelte finanziarie.

E pertanto, questa è la situazione: da una parte gli intermediari si trovano ad

Resp. Civ. Prev., 3, 2014, 933.

⁹⁸ Tra i primi ad evocare una responsabilità per la violazione degli obblighi informativi da parte degli intermediari finanziari Portale, *Informazione societaria e responsabilità degli intermediari*, in *Banca borsa tit. cred.*, 1982, I, 3 ss.

⁹⁹ In argomento cfr. Salanitro, *Gli obblighi precontrattuali di informazione: le regole e i rimedi nel progetto Acquis*, in *Europa dir. priv.*, 2009, 59 ss.

¹⁰⁰ Cfr. Bocchini, *In principio erano le informazioni*, in *Giur. comm.*, 2008, 35 ss.; Gentili, *Informazione contrattuale e regole dello scambio*, in *Riv. dir. priv.*, 2004, 555 ss.

¹⁰¹ Bocchini, *op. cit.*, *passim*, spec. sub nota 4, per il quale l'informazione è "la mano invisibile" che permette l'incontro di domanda e di offerta; se vi è difetto di informazione o falsa informazione, la struttura del mercato è attaccata e l'intero mercato fallisce. L'asimmetria informativa, quindi, non va valutata solo tra le parti della transazione, ma anche tra le parti ed i terzi che sono fuori della transazione, ma non fuori del mercato. Occorre naturalmente anche tenere presente lo scenario post MiFID (e probabilmente, cercare di immaginare lo scenario post MiFID II), in cui la finalità principe è la salvaguardia della concorrenza, sul presupposto che solo un mercato concorrenziale sia in grado di soddisfare le esigenze delle buone regole commerciali e quindi, come effetto riflesso, pure le istanze dell'investitore risparmiatore rispetto al mercato degli strumenti finanziari.

¹⁰² O addirittura "a quattro", se si volesse considerare anche l'Emittente.

interloquire con categorie di investitori molto eterogenee, caratterizzate da diversi gradi di consapevolezza ed esperienza dei concreti profili (sia pure eventuali) di rischio insiti in ciascun investimento; gli intermediari finanziari operano, del resto, in contesti fortemente segmentati che esigono una buona dose di personalizzazione degli scambi. Conseguentemente, vengono loro imposti obblighi specifici giustificati in ragione del fatto che essi, operando come strutture economiche, sono maggiormente in grado di assicurare la fluidità delle informazioni e, quindi, la migliore valutazione delle alternative di investimento. Dalla parte opposta, il risparmiatore comune, che normalmente non ha competenze specifiche e, comunque, ha grande difficoltà ad entrare in possesso dell'informazione necessaria e sufficiente per valutare i rischi impliciti in un'operazione finanziaria e, spesso, si trova esposto al rischio di comportamento opportunistico (cd. *moral hazard*) della controparte, la quale è in grado di sfruttare la propria condizione di "primazia informativa"¹⁰³.

Infine, a monte, vi è la terza parte", rappresentata dall'Agenzia di *rating*, ed eventualmente dal Consorzio "Patti Chiari, cioè da quei soggetti, altamente qualificati, preposti alla diffusione e alla pubblicizzazione delle informazioni sui titoli emessi, che saranno poi utilizzate dagli investitori, per il tramite degli intermediari. È innegabile, infatti, e la sentenza in commento ne è una prova, il ruolo sempre più decisivo attribuito alle Agenzie di *rating*, o meglio al *rating* rispetto alle scelte d'investimento poste in essere dall'investitore che vi abbia fatto affidamento e ne sia stato per questo danneggiato. Ed è sempre più avvertita la necessità di controllare (*rectius*: responsabilizzare) questi soggetti, così da controllare la qualità e la veridicità delle informazioni diffuse.

In questa prospettiva la "regola" dell'informazione si presta ad essere rimodulata in considerazione della diversità delle parti ed al fine di individuare le più opportune forme di tutela, e quindi deve essere, di volta in volta, calata nel caso concreto, in riferimento all'intermediario, all'investitore, al tipo di strumento finanziario, all'affidabilità del *rating* emesso. In altri termini, al fine di individuare il

¹⁰³ Cfr. Greco, *Rileggere le regole dell'informazione*, op. cit., 934.

soggetto responsabile nella controversia sottoposta agli organi giudicanti (il più delle volte, legittimato passivo è l'intermediario) sarà, dunque, determinante un'attenta valutazione caso per caso, relativa agli obblighi che lo stesso abbia violato, alle effettive modalità di violazione ed all'esigibilità di un contegno diverso o meno dello stesso, anche in relazione alle dinamiche intercorse con gli altri soggetti coinvolti nelle operazioni negoziali della specifica fattispecie considerata.

Così si può notare che, in numerose decisioni, e quella in commento non fa eccezione, i Giudici valorizzano il buon operato delle banche in ordine all'acquisto degli strumenti finanziari (sovente, obbligazioni Lehman¹⁰⁴), ed escludono la violazione della regola della diligenza, in considerazione delle qualità dell'investitore (appropriatezza e adeguatezza¹⁰⁵), e della natura del titolo investito, della probabilità di prevedere l'evento di *default* e di conseguenza, dell'impossibilità di rimproverare alla banca di non aver previsto l'imprevedibile.

In tali casi, allora, a chi andrebbe imputato il danno? Il Tribunale di Perugia suggerisce la soluzione facendo riferimento a quei "livelli superiori" che fanno capo alle Agenzie di *rating* e al Consorzio "Patti Chiari". A questo punto, potrebbe apparire convincente, anche in prospettiva futura, la costruzione di un modello di responsabilità delle società di *rating* basato sulla tutela dell'affidamento riposto dal danneggiato - il quale lamenti di aver compiuto un atto pregiudizievole sulla scorta di informazioni/valutazioni inesatte fornite non già da un soggetto qualunque ma da un "*soggetto particolarmente qualificato*" - nei confronti di un operatore dotato di cognizioni tecniche sicuramente maggiori e più persuasive utilizzate per fornire informazioni e valutazioni (chiara ipotesi di asimmetria informativa) successivamente rivelatesi inesatte e, quindi, fonte di pregiudizio¹⁰⁶.

Orbene, al di là delle esigenze di modifiche normative - che pure sono avvertite,

¹⁰⁴ Cfr. Trib. di Firenze, 20 febbraio 2014, n. 587; Trib. di Udine con sentenza depositata il 1 aprile 2014 n. 558, reperibile sul sito www.expartecreditoris.it;

¹⁰⁵ Cfr. Trib. di Milano, sesta sezione civile, con sentenza del 15 marzo 2014, reperibile sul sito www.expartecreditoris.it, per cui "*in materia di negoziazione di strumenti finanziari quali le obbligazioni Lehman Brothers la Banca non commette violazione del dovere di assistenza ed informazione sulla natura e i rischi dell'investimento se è provato che l'operazione consigliata è appropriata alle conoscenze ed alla esperienza specifica del cliente*".

¹⁰⁶ Busnelli, *Itinerari europei nella terra di nessuno tra contratto e fatto illecito, La responsabilità da informazioni inesatte*, in *Contr. e Imp.*, 1991, 553.

magari traendo ispirazione dal modello regolatorio statunitense¹⁰⁷ - allo stato attuale, la configurazione di una responsabilità extracontrattuale, come sopra evidenziata, in capo ai predetti soggetti (e le discendenti difficoltà probatorie), nonché la lacunosità, in Italia, di idonei strumenti processuali (si pensi alla *discovery* o alle *class action* di matrice anglosassone) ridimensionano fortemente, se non addirittura elidono di fatto, la tutela offerta investitori danneggiati dall'errato *rating* sulla solvibilità di un'emittente.

¹⁰⁷ Per un quadro sulle proposte di modelli regolamentari della responsabilità delle Agenzie di *rating*, v. Bussani, *Le agenzie di rating tra immunità e responsabilità*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, 6, 1337.

L'IRAP, tra novità legislative e oscillazioni giurisprudenziali: la lezione francese*

di Maria Villani

Dottore di ricerca in Diritto tributario, Dipartimento di Giurisprudenza, Università degli Studi di Napoli "Federico II"

ABSTRACT

The work, based on a summary analysis of local taxation systems of firms in some European countries, with particular attention to the French system, highlights some critical regional tax on productive activities (IRAP), noting the consequences that the tax determines the international competitiveness of enterprises.

Based on this analysis, therefore, the study presents a hypothesis constructive reform, aimed at combining an IRAP new, resized in the degree of incidence and the redistributive effects on the French CVAE model, a single-phase to detail applied (at a rate moderate) to real cash flows.

The paper concludes with an analysis of recent juridical decisions with which the Supreme Court has redefined the limits for subjection to IRAP of self-employment, through a more precise definition of "self-organized activity."

SINTESI

Sulla base di un'analisi sintetica dei sistemi di tassazione locale delle imprese di alcuni dei paesi europei, con particolare attenzione al sistema francese, il lavoro mette in evidenza alcune criticità dell'imposta regionale sulle attività produttive (l'IRAP), rilevandone le conseguenze che il tributo determina sulla competitività internazionale delle imprese. Partendo da quest'analisi, dunque, lo studio presenta un'ipotesi costruttiva di riforma, volta ad affiancare ad una nuova IRAP, ridimensionata nel grado di incidenza e negli effetti redistributivi, sul modello della CVAE francese, una monofase al dettaglio applicata (con aliquota moderata) ai flussi di cassa reali.

Conclude il lavoro l'analisi dei recenti interventi giurisprudenziali con cui la Suprema Corte, ha ridefinito i limiti per l'assoggettabilità all'IRAP delle attività di lavoro autonomo, attraverso una più precisa definizione di "attività autonomamente organizzata."

SOMMARIO: 1. Introduzione – 2. La *contribution sur la valeur ajoutée économique* (CVAE) e l'IRAP: un solo modello, due realtà profondamente diverse – 3. L'esclusione del fattore lavoro dalla base imponibile dell'IRAP: una prima risposta delle Sezioni Unite – 4. Conclusioni

1. Introduzione

L'imposizione delle attività produttive a livello locale ha, in Europa, una tradizione antica: basti pensare alla cd. "patente" francese, una delle quattro imposte ereditate dalla rivoluzione; ovvero all'imposta spagnola sulle attività economiche; o ancora alla *Gewerbesteuer* tedesca che risale al Reich Guglielmino.

In Italia, l'introduzione di un'imposta locale sulle attività produttive ha avuto, a partire dall'istituzione (caratterizzata da una serie di contrasti) dell'imposta locale sui redditi (ILOR) nel 1972 e alla sua sostituzione con l'IRAP nel 1997, una vita travagliata. L'ILOR, infatti, ereditava dalla soppressa imposta di ricchezza mobile la nozione di discriminazione qualitativa dei redditi, che mal si adattava nel contesto della nuova imposta personale e progressiva (Irpef) a differenziare dal punto di vista fiscale l'imposizione dei redditi di lavoro. Una discriminazione qualitativa basata sulla presenza di una componente capitalistica (presunta) nelle attività di lavoro autonomo assente nel lavoro dipendente.

Dopo la sentenza n. 42/1980¹ (che aveva dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'assoggettamento all'ILOR dei redditi da lavoro autonomo, proprio in considerazione della irragionevolezza di tale presunzione) il principio di discriminazione qualitativa scompare dall'ordinamento tributario italiano. Vi rientrerà nel 1997 con l'introduzione dell'IRAP.

La previsione del fattore lavoro nella base imponibile del nuovo tributo regionale, senza esclusioni, era sembrato al legislatore dell'epoca lo strumento per superare i problemi di costituzionalità evidenziati dalla Corte costituzionale nel

¹ Cfr. C. cost., 26 marzo 1980, n. 42, in *Giur. cost.*, 1980, pp. 287 e ss. Si tratta di una decisione di notevole respiro, perché la Corte in quella circostanza non si era fatta suggestionare dal problema dei rimborsi ed aveva ritenuto irrazionale l'assoggettamento all'ILOR dei redditi di lavoro autonomo in considerazione di una loro assimilazione ai redditi d'impresa, incoerente con il carattere di redditi di lavoro proprio dell'esercizio di un'attività di lavoro autonomo. La sentenza, nell'evidenziare l'inconsistenza dell'elemento capitalistico in questo tipo di attività, aveva offerto alla Corte di Cassazione gli elementi di diritto per estendere l'esclusione dall'ILOR anche ad altre attività d'impresa individuale, caratterizzate dall'assenza di elementi patrimoniali di una qualche consistenza, tali da legittimare una discriminazione qualitativa nell'imposizione sui redditi personali. La diffusa incoerenza sistematica dell'ordinamento tributario vigente è l'esito inevitabile del prevalere nella giurisprudenza costituzionale di pretese esigenze di salvaguardia dell'interesse fiscale.

1980. In realtà, come dimostra l'esperienza francese della CVAE, non è il modello d'imposta adottato del legislatore del 1997 per l'istituzione dell'IRAP a determinarne la criticità; sono piuttosto le modalità e gli squilibri con cui il modello è stato introdotto nell'ordinamento italiano, aggravati dai successivi interventi correttivi ispirati a presunte esigenze federaliste, ad aver evidenziato le maggiori criticità del tributo regionale, rispetto a principi fondamentali di diritto interno ed europeo.

L'IRAP, lungi dal presentarsi come un tributo più razionale, moderno, efficiente, sembra cumulare i difetti di questo tipo di imposte, sia dal punto di vista distributivo, sia sul versante degli effetti economici, sia per i profili giuridici assai controversi.

Da questo punto di vista, il confronto con l'evoluzione dell'imposizione locale sulle attività economiche in Francia è di particolare interesse², anche perché il sistema di decentramento italiano, fin dall'avvento dello Stato unitario, aveva adottato a modello quello amministrativo francese, proprio sia della monarchia Sabauda (protagonista del processo di unificazione nazionale), sia del Regno delle due Sicilie, che aveva modernizzato le proprie istituzioni sul modello francese durante il periodo murattiano.

Anzitutto, confrontando la struttura dell'imposta regionale sulle attività produttive (IRAP) con quella dell'imposta sul valore aggiunto europea, di derivazione francese (l'IVA), ci si avvede facilmente che quest'ultima, pur colpendo il valore aggiunto nelle diverse fasi di produzione e di scambio (come l'imposta sulle attività produttive, IRAP), è tuttavia neutrale, in quanto è strutturalmente un'imposta afferente ai consumi.

Al contrario, nelle imposte sul valore aggiunto della produzione, che adottano uno schema di tipo reddito (come nel caso dell'IRAP), pur essendo ipotizzabile in base a dati di comune esperienza che gli oneri fiscali vengano incorporati nel prezzo finale dei beni e servizi resi a consumatori finali, tuttavia si registra il

² Su questi e per altri più ampi profili cfr. M. Villani – S. Villani, *LOOK AT ABROAD! Lezioni per l'Italia da alcune esperienze europee di tassazione locale delle attività produttive*, in DPTI, 2014, 3, Vol. XI, pp. 878-954.

fenomeno dell'esportazione del tributo, tutte le volte in cui il bene è prodotto in un'area diversa dal luogo di immissione al consumo della merce stessa. Questa esportazione di una quota prevalente di valore aggiunto dai luoghi di consumo a quelli di produzione determina una situazione di svantaggio che colpisce principalmente il Mezzogiorno e le sue imprese, riducendone la capacità di competere a livello internazionale ed interno (a seguito dell'aumento dell'aliquota nelle Regioni del Sud, a partire dal 2007)³. Una scelta opportunistica discutibile, che ha colpito l'area del Paese caratterizzata da minore peso politico; una decisione insostenibile dal punto di vista del diritto, in contrasto con il divieto posto dall'articolo 120 della Costituzione di introdurre barriere artificiali alla libera circolazione delle merci, delle persone e dei capitali, di natura tributaria. Divieto riferito alle Regioni, tuttavia estensibile allo Stato, quando questo si sostituisce alle Regioni adottando misure fiscali che incidono negativamente soltanto su alcune Regioni, con effetti discriminatori.

Una condizione che riguarda in misura minore anche la Francia; si pensi al diverso livello di sviluppo che caratterizza i dipartimenti agricoli del *"Massif central"*, rispetto alla concentrazione di attività economico-finanziarie nella *"Region Parisienne"*; o alle trasformazioni socioeconomiche che hanno coinvolto il bacino minerario del *"Nord-Pas-de Calais"* e l'industria tessile nella Regione di Tolosa. Ma come vedremo, nell'introdurre nel 2009 la CET (vale a dire la

³ Gli effetti di questa conformazione del sistema tributario regionale sono sotto gli occhi di tutti: secondo una recente ricerca della Banca d'Italia, le esportazioni nel 2013 sono aumentate nelle regioni del Nord Italia, rimaste pressoché stabili in quelle del Centro e calate nel Mezzogiorno. Conseguentemente, i moderati segnali di ripresa riscontrati nella ricerca hanno interessato soprattutto le regioni centro-settentrionali, nella quali si è registrato un effettivo riavvio delle attività. In tali regioni, infatti, gli ordinativi sono tornati a crescere, trainati dalla componente estera ed accompagnati da un decumulo delle scorte. Tale fenomeno, tuttavia, non si è ancora esteso alle regioni del Mezzogiorno, nelle quali è stata ugualmente riscontrata una ripresa degli ordinativi, ancorché più lenta che nelle altre aree. Cfr. Banca d'Italia, *L'economia delle regioni italiane nel 2013*, in *Economie regionali*, n. 21, Roma, luglio 2014.

Tutto ciò rende sempre più evidente, come più volte rilevato da una parte della dottrina, quanto il nostro Paese abbia urgentemente bisogno di una efficace politica tributaria, che stimoli realmente l'economia e riduca gli squilibri territoriali. Cfr. R. Perrone Capano, *La ripresa non drogata dalla spesa pubblica traina il miglioramento dei saldi di bilancio. Ma l'eclissi della politica tributaria frena l'economia ed aggrava gli squilibri territoriali*, in *Innovazione e Diritto*, 2, 3, 2011, 62; Id., *Crisi delle istituzioni ed aumento dell'imposizione, in assenza della politica tributaria, soffocano la ripresa ed espongono l'Italia agli attacchi della speculazione finanziaria*, in *Innovazione e Diritto*, 5, 3, 2011, 108.

contribuzione economica territoriale) e, al suo interno, la componente che incide sul valore aggiunto economico (simile all'IRAP) il legislatore francese ha adottato parametri distributivi completamente diversi da quelli che caratterizzano il tributo italiano. Basta pensare che nel 2015 un'impresa con un volume di affari pari a tre milioni di euro, operante in una Regione del Mezzogiorno, ad esempio in Campania, avrebbe versato come IRAP, in base all'aliquota allora vigente del 5,1%, un'imposta pari a € 153.000; un'impresa con analoghe caratteristiche di volume d'affari residente in Francia sarebbe stata assoggettata ad un'aliquota dello 0,5% e, dunque, un'imposta pari a € 15.000 (in realtà meno, tenendo conto del fatto che la quota di valore aggiunto fino a € 500.000 resta a carico dello Stato).

Se a questo si aggiunge che in Italia, fino al 2015, il costo del lavoro non era deducibile dalla base imponibile dell'IRAP; che ad analoga sorte erano assoggettati gli interessi passivi, due realtà che fanno lievitare in Italia la base imponibile, mentre in Francia ne sono escluse, ci si rende facilmente conto che, al di là di colpire entrambe il valore aggiunto dal lato della produzione, le due imposte non sono in alcun modo comparabili.

Non da ultimo l'imposta, in dimensioni più o meno ampie in funzione delle diverse tipologie reddituali, ha alimentato un insano effetto di doppia imposizione derivante dal fatto che nell'ordinamento tributario italiano il fattore lavoro oltre ad essere fortemente inciso dall'imposta sul reddito personale (IRPEF) è stato tassato, fino al 2015, una seconda volta attraverso l'IRAP; direttamente per quanto attiene alle attività di lavoro autonomo che, salvo situazioni marginali sono assoggettate al tributo regionale; ovvero indirettamente attraverso il monte salari, che costituisce una delle principali componenti della base imponibile dell'IRAP. Una doppia imposizione del tutto irragionevole, che accentua il peso del cuneo fiscale, penalizzando il fattore lavoro⁴ e favorisce ulteriormente l'interesse ad accordi tra le imprese minori e i dipendenti, finalizzati a distribuire una quota della

⁴ Nello stesso senso già G. Falsitta, *L'IRAP e il trattamento fiscale del lavoro*, in *Rivista di diritto tributario*, 2000, 2, 103 ss.: "la tanto conclamata neutralità dell'Irap è una favola che l'analisi della disciplina dell'Irap demolisce inesorabilmente. L'Irap tassa il costo del lavoro ma non tassa il costo dei beni strumentali ... Più sinteticamente l'Irap ama i robot e odia i lavoratori in carne e ossa".

retribuzione fuoribusta ai danni del Fisco (esoso). L'indeducibilità (parziale) dell'IRAP dalle imposte sui redditi incide ulteriormente, in modo negativo, sul fattore lavoro⁵.

Di qui l'interesse per un'analisi comparata dei modelli di tassazione delle attività economiche a livello locale, che mostra in Italia differenze sostanziali con gli ordinamenti tributari francese e tedesco: essa sembra offrire utili indicazioni al fine di attenuare e, se possibile, eliminare distonie che in una stagione caratterizzata da un'accentuata concorrenza, incidono negativamente sulla struttura e sulle potenzialità di sviluppo dell'insieme del sistema produttivo italiano.

Da ultimo, l'indagine vorrebbe offrire qualche utile spunto di riflessione sull'opportunità di una profonda revisione dell'imposta regionale sulle attività produttive per eliminarne, sulla base dell'esperienza comparata, gli elementi distorsivi che penalizzano fortemente la competitività e la capacità produttiva del sistema economico italiano⁶.

2. La *contribution sur la valeur ajoutée économique* (CVAE) e l'IRAP: un solo modello, due realtà profondamente diverse

La Francia, pur rappresentando uno dei Paesi d'Europa in cui il decentramento della spesa non raggiunge livelli particolarmente elevati, tuttavia realizza questo risultato senza compromettere il principio autonomistico; in buona sostanza a

⁵ Da queste osservazioni emerge con chiarezza che il cuneo fiscale, ossia l'eccesso di tassazione del fattore lavoro, attraverso l'impresa, è il principale elemento indiziante di una distorsione del profilo distributivo della maggiore imposta italiana, l'Irpef, di dubbia legittimità dal punto di vista dei principi. Uno squilibrio strutturale che, oltre a rappresentare il principale alimento dell'evasione, incide indirettamente anche sulla competitività del sistema (di cui l'evasione rappresenta un ammortizzatore fiscale anomalo).

⁶ Al riguardo sembra utile richiamare un dato significativo: mentre la recessione del periodo 2008-2009 ha comportato un forte arretramento del prodotto interno lordo (-6,3%), senza tuttavia incidere sulle capacità produttive, rimaste sostanzialmente invariate, la recessione del biennio 2012-2013, pur avendo comportato un minor arretramento del prodotto interno lordo (-4,8%), ha comportato una contrazione della capacità produttiva italiana di oltre il 15%. Un forte indebolimento strutturale dell'economia italiana che non è certo di buon auspicio rispetto agli impegni assunti con l'Europa in termini di equilibrio di finanza pubblica e di riduzione del debito pubblico, che lasciano senza parole per la faciloneria ed improvvisazione che li hanno caratterizzati.

livello locale l'ordinamento finanziario francese non conferisce meno autonomia rispetto a Paesi in cui si assiste ad un maggiore decentramento della spesa pubblica; trattasi, infatti, di autonomie responsabilizzate, che hanno nel sistema rappresentativo un preciso ancoraggio costituzionale nel Senato.

Uno Stato tradizionalmente centralizzato, che tuttavia nel corso del tempo ha valorizzato le autonomie locali, affidando ad una delle due Assemblee parlamentari, il Senato, la rappresentanza dei territori e delle istanze autonomistiche. La durata in carica dei senatori per nove anni, il rinnovo di un terzo del Senato ogni tre anni e l'elezione di secondo grado dei Senatori da parte di tutti i rappresentanti elettivi a livello locale, con voto ponderato, assicurano al tempo stesso stabilità politica e rappresentatività alle istanze provenienti dai territori.

In definitiva, un bicameralismo differenziato che riduce il rischio di contrapposizioni tra le due Assemblee; rischio cui non si sottrae il modello tedesco in cui il Bundesrat (Assemblea rappresentativa dei governi regionali) può essere caratterizzato da maggioranze diverse rispetto a quella del Bundestag, vale a dire della Camera dei deputati che elegge il governo federale; il che rallenta il processo decisionale in tutte le materie in cui è necessario il voto delle due Camere.

L'attenzione con cui il Senato ha seguito sia la fase di avvio della riforma della *Tax professionnelle*, sia la fase transitoria, per attenuarne o correggerne eventuali inconvenienti, supportano questa riflessione.

Una funzione rappresentativa ulteriormente valorizzata dalle particolari caratteristiche del sindacato preventivo di costituzionalità della legge, stabilito dalla Costituzione della quinta Repubblica, che riceve impulso dalla minoranza parlamentare; un modello che irrobustisce il ruolo del Parlamento rispetto all'esecutivo in un campo (quello tributario) in cui l'iniziativa legislativa è assicurata in prevalenza dal Governo e si caratterizza per il rapporto fiduciario che lega la maggioranza parlamentare al Governo stesso, eliminando ogni rischio di violazione del principio della parità fiscale dei contribuenti⁷.

⁷ A tal riguardo il *Conseil constitutionnel* fa spesso valere la sua giurisprudenza cd. "néo-calédonienne" (cfr. sul punto *Conseil constitutionnel*, 24 janvier 1985, Décision n 85-187 DC).

Una garanzia che il nostro sistema rappresentativo, basato in origine su istituzioni parlamentari elette su basi proporzionali, non conosce. Una lacuna che il passaggio a leggi elettorali di tipo maggioritario ha reso più evidente.

Per meglio comprendere questo particolare rapporto che lega insieme lo Stato centrale e le autonomie locali, vale forse la pena di ricordare che il legislatore francese, nell'arco di un trentennio, si era fatto carico di oltre la metà del gettito potenziale della *Tax professionnelle* per ragioni di equilibrio territoriale (tutelare le attività minori), senza incidere negativamente sulle entrate dei Comuni e dei Dipartimenti.

In definitiva, la *Tax professionnelle* può essere vista come un'imposta immaginata con la nascita della quinta Repubblica, nata venti anni dopo con obiettivi ben dichiarati, ma tuttavia insufficiente ad un sistema in continua trasformazione, in cui la rivoluzione dei trasporti avrebbe determinato, in poco più di un decennio, una rivoluzione altrettanto profonda del commercio internazionale.

Alla luce degli interventi correttivi che avevano caratterizzato fin dagli anni '90 la *Tax professionnelle*, per attenuare gli inconvenienti che penalizzavano l'industria francese e che erano culminati nella decisione di escludere il costo del lavoro dalla base imponibile dell'imposta locale, assume particolare interesse il dibattito che ha condotto nel 2009 alla sua abolizione e alla sua sostituzione con la CET (*Contribution Économique Territoriale*)⁸.

In questo disegno riformatore rientra a pieno titolo l'intervento della Francia a sostegno della legittimità dell'imposta italiana sulle attività produttive, IRAP, nel giudizio davanti alla Corte di Giustizia Europea nel 2006⁹; negando che un'imposta sul valore aggiunto della produzione, come l'imposta regionale italiana, avesse la caratteristica d'imposta ad effetto equivalente rispetto all'IVA, in contrasto dunque con l'articolo 33 della Sesta Direttiva in materia di IVA¹⁰, la Francia aveva

⁸ Cfr. M. Villani – S. Villani, LOOK AT ABROAD! Lezioni per l'Italia da alcune esperienze europee di tassazione locale delle attività produttive, op.cit., pp. 878-954.

⁹ Corte giust., 3 ottobre 2006, causa C-475/03, in *Corr. Trib.*, 2006, 41, p. 3263, con commento di BODRITO A., e in GT - Riv. giur. trib., 2006, 12, p. 1019, con commento di D'ALFONSO E., *Il caso IRAP: la montagna che ha partorito un topolino*.

¹⁰ Sul punto cfr. ex multis SCHIAVOLIN R, *L'Irap non è un'imposta sulla cifra di affari vietata dalla Sesta direttiva Iva*, in *Rass. Trib.*, 2007, 1; SPINA F., *La presunta incompatibilità dell'Irap con la*

difeso il proprio interesse ad utilizzare uno schema impositivo simile, per superare i limiti della ormai obsoleta *Tax professionnelle*. Con consueto pragmatismo, la Francia aveva intuito che lo schema impositivo all'esame della Corte di giustizia poteva, con opportuni adattamenti, essere utilizzato minimizzando gli inconvenienti dell'IRAP e aveva così contribuito a salvare l'imposta italiana.

Sotto questo profilo, ben si comprende come la nuova imposta francese (*Contribution Économique Territoriale*, CET) possa rappresentare un modello per l'Italia, laddove emerge in particolare una ricostruzione del valore aggiunto attenta ad evitare doppie imposizioni economiche, affiancata da una determinazione del valore locativo (per la parte mobiliare del tributo) del 30% per i locali adibiti allo svolgimento di attività manifatturiere.

La soppressione, infatti, dell'imposta locale sugli affari (la *Taxe professionnelle*)¹¹ ha determinato la sostituzione della medesima con un nuovo tipo di prelievo, che colpisce gli stessi soggetti passivi e il cui gettito è attribuito agli stessi Enti territoriali, ancorché in base a presupposti impositivi diversi. Si tratta della sopracitata *Contribution Économique Territoriale* (CET); tale prelievo si compone (in base al novellato art. 1447 del *Code Général des Impôts*) di due parti: la *Cotisation Foncière des Entreprises* (CFE), fondata sui valori catastali degli immobili di proprietà dell'impresa¹², e la *Cotisation sur la Valeur Ajoutée des*

Sesta direttiva Iva alla luce della giurisprudenza della Corte di giustizia UE, in *Rass. Trib.*, 2005, 3, pp. 853 e ss.; FALSITTA G., *L'IRAP? Una seconda IVA da ripensare*, op. cit.; MONTAGNANI R., *La presunta incompatibilità comunitaria tra Irap e Iva*, in *Dial. Dir. Trib.*, 1, 2005; LUPU R., *Il fuorviante accostamento tra Iva e l'Irap*, op. cit., pp. 847 e ss.

¹¹ La soppressione della *Taxe professionnelle* è stata stabilita, in particolare, con la Legge finanziaria per il 2010 (*Loi de finances* 2010, n. 2009-1673). Sugli effetti economici della riforma, per lo Stato francese, per gli Enti territoriali e per le imprese, v. B. Durieux, P. Subremon, *Evaluation des effets de la réforme de la taxe professionnelle sur la fiscalité des collectivités locales et sur les entreprises*, maggio 2010; F.-N. Buffet, O. Carre, A. Chatillon, M. Diefenbacher, C. Guené, M. Laffineur, *Rapport sur les Conséquences de la réforme de la taxe professionnelle pour les collectivités locales, et préconisations d'amélioration, notamment au plan de la péréquation*, giugno 2010; A. Guengant, *Impact de la réforme de la taxe professionnelle sur les perspectives de croissance des budgets locaux*, "Pouvoirs locaux", 87, 4, 2010, pp. 55-61; M.C. Guené, *Rapport d'information n° 611 fait au nom de la mission commune d'information sur les conséquences pour les collectivités territoriales, l'État et les entreprises de la suppression de la taxe professionnelle et de son remplacement par la contribution économique territoriale*, Sénat, 26 giugno 2012.

¹² In particolare la base imponibile della CFE è costituita dal valore catastale delle immobilizzazioni (immobili e terreni utilizzati per l'attività) impiegate dall'impresa alla chiusura dell'esercizio fiscale N-2, dove N indica l'anno fiscale. Il valore catastale degli immobili industriali è pari all'8% del prezzo

Entreprises (CVAE), calcolata sul valore aggiunto prodotto annualmente dall'attività d'impresa esercitata¹³. La legge prevede un tetto massimo dell'ammontare complessivo dei due tributi, che non può infatti superare il 3% del valore aggiunto calcolato secondo i criteri previsti ai fini CVAE.

La componente immobiliare della CET, basata sul valore locativo (la rendita catastale) degli immobili impiegati in un'attività produttiva manifatturiera prevede, come detto, un abbattimento fissato dalla legge, uguale per tutto il territorio dello Stato, pari al 30% del valore locativo; per le altre attività economiche, commerciali, professionali artigianali o altro il valore locativo può essere variato con delibera del consiglio comunale.

La seconda componente della contribuzione economica territoriale (CET), relativa al valore aggiunto delle imprese (CVAE) è calcolata, con alcuni parametri correttivi, in base al valore aggiunto delle imprese¹⁴. E' ispirata al vecchio contributo minimo della *Taxe professionnelle*, ma (come detto) la sua base imponibile è ormai del tutto diversa rispetto alla contribuzione fondiaria delle imprese, mentre nella vecchia *Taxe professionnelle* il contributo minimo rappresentava un supplemento della contribuzione fondiaria.

di costo di terreni, immobili e impianti. Per il calcolo della CFE, il valore catastale degli immobili industriali è soggetto ad un abbattimento del 30%. Il valore catastale degli immobili commerciali e degli uffici viene stabilito dalle autorità competenti. Per ulteriori approfondimenti relativi alla disciplina della CFE, v. M. Collet, *Droit fiscal*, Presses Universitaires de France, Paris, 2013, 418 ss..

¹³ La CVAE è calcolata sul valore aggiunto (VA) che le imprese realizzano nel corso dell'anno solare precedente (dal primo gennaio al 31 dicembre) o dell'ultimo esercizio di 12 mesi, qualora non coincida con l'anno solare. Solo le imprese con un fatturato annuale (tasse escluse) superiore a € 500.000 sono tenute al pagamento del CVAE.

L'aliquota della CVAE è pari all'1,5% per le imprese con un fatturato annuale (tasse escluse) di oltre 50 milioni di euro. Al di sotto di questo importo, le imprese beneficiano di uno sgravio (variabile a seconda del fatturato).

La CVAE viene calcolata sulla base del VA, con un tetto massimo dell'80% o dell'85% del fatturato (se il fatturato della società è inferiore o superiore a 7.600.000 euro).

Per ulteriori approfondimenti relativi alla disciplina della CVAE, v. M. Collet, *Droit fiscal*, op. cit., 420 ss.

¹⁴ A prima vista la CVAE farebbe pensare ad un modello di imposizione derivato dallo schema impositivo adottato in Italia dall'IRAP. Tuttavia la somiglianza è solo nominalistica: la CVAE al contrario dell'IRAP non comprende nella propria base imponibile né gli interessi passivi né il monte salari, mentre le attività individuali godono di una soglia di esenzione elevata (500.000 euro). D'altra parte l'aliquota particolarmente moderata, (1,5%, oltre i 50.000.000 di euro) attenua gli effetti distorsivi della concorrenza di un'imposta che adotti uno schema impositivo simile a quello dell'IRAP.

In base alla legge sono esclusi dal campo di applicazione della contribuzione sul valore aggiunto delle imprese tutti coloro i quali, pur svolgendo un'attività imponibile ai fini della contribuzione economica territoriale (CET) hanno un volume d'affari annuo non superiore a € 152.000. Per rendere meno oneroso il tributo nei confronti delle attività minori, la quota parte della contribuzione economica territoriale (CET), calcolata sul valore aggiunto con aliquota dell'1,5%, rimane totalmente a carico dello Stato, tra 152.500 € e 500.000 €; da € 500.000 a 50 milioni di euro è prevista una riduzione decrescente del valore aggiunto tassabile, attraverso un graduale aumento dell'aliquota: anche questa riduzione di imposta, rispetto a quanto sarebbe dovuto applicando l'aliquota dell'1,5%, rimane a carico del bilancio dello Stato che verserà la differenza agli enti locali interessati. Una soluzione, quella adottata dal legislatore francese, di grande equilibrio che concilia l'esigenza di non comprimere troppo la platea dei potenziali contribuenti, senza rendere eccessivamente oneroso il tributo, come è avvenuto in Italia con l'IRAP¹⁵.

Questo aspetto viene messo in evidenza, in particolare, con riferimento alle attività di lavoro autonomo, che rientrano anch'esse nell'ambito di applicazione del tributo, ma solo al superamento della soglia di € 500.000.

Vale la pena di sottolineare che il legislatore francese, esentando dalla quota relativa al valore aggiunto economico tutte le attività caratterizzate da una base imponibile pari o inferiore ai € 500.000, ha di fatto risolto il delicato problema della indeducibilità della CET dalle imposte sui redditi personali, limitando tale

¹⁵ In buona sostanza, l'aliquota della CVAE è dello 0% fino a € 500.000 si applica con l'aliquota massima dell'1,5%, a partire da 50 milioni di euro, mentre raggiunge progressivamente lo 0,5% a 3 milioni di euro di volume d'affari. Pertanto, per le imprese minori la componente valore aggiunto è inferiore alla quota minima forfettaria che era applicata come addizionale alla quota immobiliare della soppressa *Taxe professionnelle*.

La distribuzione del gettito di tali tributi tra gli Enti locali a partire dal 1° gennaio 2011 prevede che la totalità della CFE, nonché il 26,5% della CVAE spetti ai Comuni e agli EPCI; il 48,5% della CVAE è assegnato ai Dipartimenti; la residua parte, ovvero il 25% della CVAE è attribuito alle Regioni.

L'assegnazione agli Enti territoriali, sempre a decorrere dal 1° gennaio 2011, di altre entrate tributarie erariali come la *Taxe sur les conventions d'assurance*, la *taxe sur les surfaces commerciales* e l'*imposition forfaitaire sur les entreprises de réseaux*¹⁵ ha, infine, bilanciato il mancato gettito determinato dalla soppressione della *Taxe professionnelle* e dall'introduzione di un modello impositivo più attento agli aspetti distributivi e alla tutela della competitività dell'impresa.

indeducibilità ad un numero esiguo di contribuenti persone fisiche, caratterizzato da redditi particolarmente elevati.

In definitiva, mentre la legge francese ha posto a carico del bilancio dello Stato tutti gli alleggerimenti alla CVAE, decisi dal legislatore al fine di graduare il prelievo in funzione della dimensione economica dell'attività svolta, indi della capacità contributiva, in Italia, viceversa, attraverso l'escamotage dell'IRAP a carico del settore pubblico, lo Stato ha incrementato di circa un terzo il gettito dell'IRAP a beneficio delle Regioni. Una scelta politica che ha moltiplicato gli squilibri distributivi nella ripartizione del gettito dell'IRAP tra le Regioni, ignorando i vincoli posti dall'articolo 119 Cost. al riguardo.

In buona sostanza, nel sostituire la *Taxe professionnelle* con la CET il legislatore si è preoccupato di affiancare al meccanismo di determinazione della soglia minima di imposta (già previsto dalla *Taxe professionnelle*) un tetto massimo di imposizione calcolato sul valore aggiunto dell'attività economica, che non può superare il 3%. Se a questo dato si aggiunge che l'aliquota applicata al valore aggiunto raggiunge il livello massimo dell'1,5% al superamento dei 50 milioni di euro di volumi d'affari (mentre per le attività industriali la legge prevede una riduzione del 30% della rendita catastale), ci si rende conto dello scrupolo con cui il legislatore ha integrato gli obiettivi economici, i profili distributivi e la costruzione giuridica della nuova imposta locale¹⁶.

In partica il legislatore francese, prevedendo un regime fiscale di favore per le attività industriali manifatturiere (l'abbattimento del 30% della rendita catastale), non solo si è preoccupato di creare un modello d'imposizione sulle attività economiche attento ai problemi di competitività dei settori più aperti alla concorrenza internazionale; ha altresì reso effettivo questo obiettivo sottraendo

¹⁶ Le imposte locali, se costruite con attenzione, pur incidendo inevitabilmente sul piano economico, possono minimizzarne gli effetti indesiderati (ad esempio sulla competitività, sull'occupazione, sugli investimenti) essendo meno vincolate da problemi di gettito rispetto ai tributi statali. Il tributo locale, infatti, avendo anche la funzione di sostituirsi a trasferimenti diretti a carico del bilancio dello Stato, può essere reso meno oneroso (nel caso osservato, per le attività economiche) attraverso la deducibilità dell'imposta locale dalle imposte sul reddito. Senza dire che la deducibilità in imposte di questo tipo risponde ad obiettivi di perequazione che nel nostro ordinamento trovano anche precisi riferimenti costituzionali (artt. 117 e 119 Cost.).

agli enti territoriali la possibilità di modifiche in aumento della componente immobiliare dell'imposta.

La base imponibile della contribuzione fondiaria economica (CFE) corrisponde alla componente immobiliare della vecchia *Taxe professionnelle*; tuttavia con una novità particolarmente significativa: essa non colpisce più sia le immobilizzazioni che sono integrate direttamente e fisicamente nel processo produttivo e che servono in modo specifico per lo svolgimento dell'attività professionale, sia gli altri beni utilizzati del processo produttivo, indicati dalla legge come beni strumentali. Una caratteristica della soppressa *Taxe professionnelle* che caratterizzava negativamente la vecchia imposta, particolarmente penalizzante per la competitività dell'industria francese.

Noncurante questo precedente assai significativo, in cui le esigenze di gettito, ovviamente presenti anche in Francia, sono state bilanciate da quelle altrettanto importanti relative alla competitività fiscale del sistema produttivo, il nostro legislatore, in quegli stessi anni, ha colto l'occasione dell'introduzione dell'IMU, (nel 2012) per estendere l'imposta non solo al valore locativo degli immobili adibiti ad un'attività produttiva, ma anche al valore delle immobilizzazioni (macchinari, beni strumentali e quant'altro) utilizzati nella produzione, vale a dire i cd. "imbullonati".

In buona sostanza, a partire dal 2009 i francesi, consapevoli della necessità di aumentare la competitività del sistema economico per contrastare la recessione, hanno escluso dalla base imponibile della CET il valore dei macchinari; quasi nello stesso periodo, invece, attraverso gli imbullonati (vale a dire i macchinari installati in un locale ad uso industriale), la nuova imposta immobiliare IMU vedeva estendere l'imposta fondiaria anche ai macchinari industriali inseriti in un capannone.

L'obiettivo della riforma, in sostanza, era quello di ridurre l'imposta laddove si trattava di recuperare competitività rispetto alla concorrenza internazionale, spalmandone il costo sull'intera platea dei contribuenti assoggettati alla CET. Un percorso speculare rispetto alla riforma italiana della tassazione locale del 1997,

che aveva condotto all'eliminazione di una serie di imposte locali (a partire dall'ILOR) e all'introduzione dell'IRAP, in cui gli oneri maggiori erano stati posti a carico dei lavoratori autonomi.

Il legislatore italiano, viceversa, dopo aver introdotto, con la legge di stabilità per il 2015, una riduzione dell'aliquota base dal 3,9% al 3,5%, sembra porsi il problema di una revisione dell'IRAP, finalizzata a correggerne gli elementi maggiormente distorsivi, guardando alla recente esperienza francese. A partire dal 2015 è ormai possibile dedurre integralmente il costo del lavoro dalla base imponibile dell'IRAP (sulla base di quanto previsto dalla legge di stabilità 2015, che consentirà di portare in deduzione, oltre alle deduzioni forfetarie ed analitiche relative al costo del lavoro, già ammesse, anche la quota relativa alla differenza tra il costo del lavoro complessivo, relativo ai contratti a tempo indeterminato, e le deduzioni spettanti).

Una soluzione sicuramente positiva, tuttavia non priva di inconvenienti, laddove anzitutto, a fronte di una deduzione di questo tipo, cade lo schermo (concettualmente non particolarmente convincente) che aveva consentito di assoggettare al tributo regionale anche i redditi da lavoro autonomo. L'esclusione del monte salari dalla base imponibile dell'IRAP, con la sola eccezione dei redditi relativi ai contratti a termine, reintroduce una discriminazione qualitativa nei confronti dei redditi di lavoro autonomo e d'impresa individuale assoggettati all'IRPEF. La tassazione nell'IRAP del lavoro autonomo in tanto aveva una giustificazione dal punto di vista giuridico in quanto nella base imponibile dell'IRAP era compreso anche il lavoro dipendente; laddove il legislatore oggi cambia prospettiva, si ripropone un evidente profilo di criticità nell'assoggettamento all'IRAP delle attività economiche realizzate da persone fisiche i cui redditi sono assoggettati all'imposta personale e progressiva IRPEF.

Il fattore lavoro (autonomo e dipendente) rientrava, infatti, nella base imponibile del tributo. A fronte della scelta legislativa di sottrarre il lavoro dipendente dalla base imponibile IRAP vacilla il principio della parità fiscale dei contribuenti di fronte alla legge tributaria, ben difeso, viceversa, dalla giurisprudenza francese per

certi versi più attenta a questi profili (la giurisprudenza del *Conseil constitutionnel*, specie la più recente, come anticipato, ha spesso rimosso molti inconvenienti, riconducendo la discrezionalità del legislatore all'interno del principio di parità dei contribuenti davanti alla legge fiscale).

A tal proposito il *Conseil* chiamato a valutare la legittimità della nuova "*contribution*"¹⁷, proprio richiamandosi al principio della parità fiscale, si è espresso nel senso della legittimità costituzionale di alcune caratteristiche qualificanti del nuovo tributo. Ha, difatti, ritenuto conforme a Costituzione il doppio meccanismo di perequazione (di stock e di flusso) a favore degli enti territoriali previsto dalla legge; ha considerato ragionevole e rispettoso del principio di autonomia finanziaria degli enti territoriali il meccanismo di ripartizione della CVAE, basato sulla localizzazione degli impianti e sulla manodopera impiegata; irragionevole e non conforme a Costituzione, ai fini dell'assoggettamento dei redditi non commerciali alla CVAE, la discriminazione tra soggetti con meno di cinque dipendenti, non assoggettati all'imposta sulle società, ai quali la CVAE veniva applicata su una percentuale dei ricavi, rispetto a tutti gli altri contribuenti, per i quali la base imponibile era costituita dal valore aggiunto¹⁸.

La disparità di trattamento nasceva dal fatto che per i soggetti con meno di cinque dipendenti il nuovo regime della contribuzione economica territoriale (CET) manteneva il vecchio sistema della *Taxe professionnelle*, vale a dire un incremento

¹⁷ Il *Conseil constitutionnel*, investito con ricorso della minoranza parlamentare di una serie di questioni di legittimità costituzionale, riferite alla nuova *Contribution Economique Territoriale* (CET), introdotta con gli articoli 2, 77 e 78 della legge finanziaria per il 2010, ha ritenuto conforme a Costituzione l'impianto del nuovo tributo, respingendo i rilievi formulati dalla minoranza parlamentare. Ha, tuttavia, sollevato d'ufficio la questione dell'illegittimità costituzionale del particolare regime impositivo applicabile ai titolari di redditi non commerciali che impiegano meno di cinque dipendenti, dichiarandone l'incostituzionalità ai sensi dell'art. 13 della Dichiarazione del 1789, nonché dell'art. 34 della Costituzione (*Conseil constitutionnel*, décision 2009/599/29, dicembre 2009).

¹⁸ La questione, secondo il *Conseil*, non riguardava la possibilità di applicare un regime tributario diversificato a situazioni differenti; questa possibilità, infatti, era stata già ritenuta ammissibile da una precedente sentenza del *Conseil* (décision n. 98/405 del 29 dicembre 1998). Il problema era determinato dal fatto che, in queste ipotesi, contribuenti che si trovavano obiettivamente in una condizione del tutto simile erano sottoposti ad un regime fiscale differenziato per il solo motivo di avere fino a quattro dipendenti, ovvero un numero maggiore. Entrambi i soggetti (fino a quattro dipendenti o con più di quattro dipendenti) erano sottoposti allo stesso regime fiscale per quanto attiene alla contribuzione sul valore aggiunto, CVAE; l'imposta non era dovuta se non al superamento della soglia di € 500.000 su base annua.

della base imponibile della *Contribution foncière*, pari al 5,5% del totale dei ricavi registrato nell'anno precedente. In definitiva, il contribuente con meno di cinque dipendenti veniva ad essere assoggettato ad una maggiorazione della quota fondiaria della CET, da cui erano invece esentati i soggetti con un numero maggiore di dipendenti. Di qui la violazione del principio di parità di trattamento davanti all'imposta e l'illegittimità della disposizione¹⁹.

L'ultimo aspetto relativo alla CET esaminato dal *Conseil* e ritenuto legittimo riguarda l'imposizione forfettaria delle imprese che operano attraverso reti. Questa imposta riguarda in particolare le diverse tipologie di produzione, trasformazione e distribuzione di energia elettrica; le antenne ripetitrici di segnali radio per telecomunicazioni; le centrali telefoniche; il materiale ferroviario per il trasporto dei passeggeri.

Il legislatore ha ritenuto che questo tipo di attività presentino delle particolari condizioni di vantaggio nell'esercizio dell'impresa, a partire dalla difficoltà d'ingresso di nuovi concorrenti, tali da non meritare la riduzione del carico fiscale che caratterizza l'insieme delle attività produttive.

Il *Conseil*, nell'analizzare le modifiche al Codice Generale delle Imposte (CGI), ha esaminato questo regime forfettario sotto due diversi punti di vista: il primo era relativo al fatto che queste attività presentassero tutte delle caratteristiche che le differenziassero dalla generalità delle attività produttive; il secondo, che i criteri di valutazione utilizzati dal legislatore fossero obiettivi e razionali, indi coerenti con la struttura impositiva della CET, anche se motivati essenzialmente da ragioni di gettito. Il giudice costituzionale ha ritenuto che queste condizioni fossero state rispettate dal legislatore ed ha confermato la legittimità di questa contribuzione forfettaria.

¹⁹ In buona sostanza, con un ragionamento basato sul principio di parità davanti alle imposte, il *Conseil* ha eliminato un residuo elemento di discriminazione qualitativa per le non commerciali e assimilate, esercitate da persone fisiche, peraltro ereditato dalla vecchia *Taxe professionnelle*. Gli effetti della decisione sono evidenti: tutte le attività minori, realizzate da persone fisiche o da società, sono assoggettate alla quota della CET calcolata sul valore aggiunto dell'attività, CVAE, alle stesse condizioni ovvero a partire dal superamento della soglia di 500.000 euro. Una soluzione che allinea la Francia alla Spagna e rende l'Italia ormai l'unico Paese avanzato che sottopone a meccanismi di discriminazione qualitativa di natura fiscale i redditi di lavoro autonomo, senza alcuna considerazione per le attività economiche più modeste.

In Spagna, viceversa, l'imposta sulle attività economiche (IAE) ha seguito un percorso che può dirsi speculare rispetto a quanto avvenuto più o meno negli stessi anni in Francia, a cavallo degli anni 2000; lo schema originario del tributo locale, sicuramente interessante e caratterizzato da un ampio gettito, che rendeva l'IAE la prima fonte di finanziamento dei Comuni, viene completamente snaturato dalla riforma del 2002/2003.

In breve tempo quella che era dal punto di vista del gettito la prima imposta locale spagnola, diviene l'ultima. L'eccesso di autonomia, infatti, ha determinato un'inversione della nozione di *accountability* che caratterizza normalmente il rapporto elettore-amministrazione nelle imposte locali. Laddove la legge statale consente all'Amministrazione comunale di non tassare per dieci anni (e più) le nuove attività produttive ed, inoltre, lascia alla discrezionalità delle istruzioni locali di poter concedere abbattimenti dell'imposta fino al 95% con motivazioni economico sociali, la spinta a non tassare diviene molto forte, per non dire irresistibile.

In buona sostanza l'imposta da strumento di finanziamento degli enti locali spagnoli si è trasformata in uno strumento di incentivo e di concorrenza fiscale. Sicché può realizzarsi in altro modo lo sviluppo territoriale e la fiscalità diviene strumento non adoperabile con funzione di gettito.

Di qui il limite dell'autonomia; a fronte di un eccesso di autonomia emerge uno svuotamento della fiscalità.

Tanto non rende il profilo di minor interesse, ma è chiaro che fino a quando il modello rimanga tale non può offrire spunti interessanti ad un'analisi comparata che cerchi un mezzo di soluzione delle distonie presenti nelle imposte sulle attività produttive vigenti nelle principali economie europee.

3. L'esclusione del fattore lavoro dalla base imponibile dell'IRAP: una prima risposta delle Sezioni Unite

Veniamo ora al più recente quadro avviato dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione italiana proprio con riferimento all'imposta regionale sulle attività

produttive (IRAP) e, in particolare, con riguardo ad uno dei richiamati punti di criticità dell'imposta.

Difatti, con sentenza n. 9451²⁰ le Sezioni Unite della Corte di Cassazione sono intervenute ancora una volta a risolvere il contrasto da molto tempo esistente nella giurisprudenza della Suprema Corte con riguardo, per l'appunto, al presupposto dell'IRAP; vale a dire al requisito (previsto dall'art. 2 del d.lgs. 15 settembre 1997, n. 446) dell'"autonoma organizzazione".

Ricordiamo, infatti, che sulla base di un consolidato indirizzo della giurisprudenza tributaria²¹, la presenza anche di un solo dipendente, anche se *part time* ovvero addetto a mansioni generiche, determinava di per sé l'assoggettamento all'imposta. Viceversa, da ultimo, un orientamento minoritario riteneva opportuno accertare in punto di fatto l'attitudine del lavoro svolto dal dipendente a potenziare l'attività produttiva al fine di verificare la ricorrenza del presupposto stesso.

²⁰ Cfr. Cass., SS.UU., 10 maggio 2016, n. 9451.

²¹ A tal riguardo cfr., in particolare, Cass., 16 febbraio 2007, n. 3676. In questo caso la Corte di Cassazione, rilevava come la Corte costituzionale, richiamata in sentenza anche dalle SS.UU. (n. 9451/2016), "con la sentenza n. 156 del 2001 avesse puntualizzato che l'IRAP non operava nessuna indebita equiparazione dei redditi di lavoro autonomo a quelli d'impresa, essendo un'imposta volta ad incidere su di un fatto economico diverso dal reddito, ossia sul valore aggiunto prodotto dalle singole unità organizzative, che ove sussistente, costituiva un indice di capacità contributiva capace di giustificare l'imposizione sia nei confronti delle imprese che dei lavoratori autonomi: ciò non voleva certamente dire che questi ultimi rientravano sempre tra i soggetti passivi dell'imposta perché se quello organizzativo costituiva un elemento connaturato alla nozione stessa d'impresa, non altrettanto poteva dirsi per le arti e le professioni, riguardo alle quali non era impossibile escludere in assoluto che l'attività potesse essere svolta anche in assenza di un'organizzazione di capitali e/o lavoro altrui. Ma la ipotizzabilità di un'evenienza del genere, il cui accertamento costituiva una questione di mero fatto, non valeva a dimostrare la denunciata illegittimità dell'IRAP, ma soltanto la sua inapplicabilità per quei lavoratori autonomi che non si fossero giovati di alcun supporto organizzativo. In tal modo, la Corte costituzionale aveva in definitiva affermato che l'IRAP può ed, anzi, deve essere applicata pure ai lavoratori autonomi, tenendo però presente che non si tratta di una regola assoluta, ma solo dell'ipotesi ordinaria, nel senso che l'assoggettamento all'imposta costituisce la nonna per ogni tipo di professionista, mentre l'esenzione rappresenta l'eccezione valevole soltanto per quelli privi di qualunque apparato produttivo. Vero è che l'interpretazione che di una norma sottoposta a scrutinio di costituzionalità offre la Corte costituzionale in una sentenza di non fondatezza non costituisce un vincolo per il giudice chiamato successivamente ad applicarla, ma è altrettanto vero che quella interpretazione, se non altro per l'autorevolezza della fonte da cui proviene, rappresenta un fondamentale contributo ermeneutico che non può essere disconosciuto senza l'esistenza di una valida ragione"

Questo filone minoritario, presente in alcune delle sentenze della Cassazione, deciso nel cosiddetto "Irap day", nel febbraio 2007, ha ripreso vigore in tempi recenti, quando in considerazione del numero particolarmente elevato di ricorsi per Cassazione in materia tributaria, una parte delle cause in materia fiscale è stata affidata alla sesta Sezione civile della Cassazione, con l'obiettivo di alleggerire il carico ormai ingestibile di ricorsi afferenti alla quinta Sezione civile del Supremo Collegio, più nota come Sezione Tributaria.

Ciò detto, occorre altresì ricordare che già con qualche precedente pronuncia²² le stesse Sezioni unite avevano negato alle associazioni tra artisti e professionisti e alle società semplici la possibilità di provare l'assenza dell'autonoma organizzazione; indi confermando l'applicazione dell'IRAP alle realtà di lavoro autonomo svolte in forma associata. Le decisioni della Suprema Corte a Sezioni Unite, dunque, mantenevano una posizione di rigida chiusura, nel senso dell'assoggettabilità all'IRAP delle attività di lavoro autonomo, rispetto ad alcune recenti aperture di qualche sentenza delle Sezioni semplici.

Ricordiamo anche che l'Amministrazione finanziaria ha da sempre mantenuto sul tema una linea di netta chiusura, assimilando l'attività di lavoro autonomo

²² Cfr. Cass., SS.UU., 13 aprile 2016, n. 7291 e Cass., SS. UU., 14 aprile 2016, n. 7371. In particolare, sulla base della prima decisione l'organizzazione di medici convenzionati con il Servizio Sanitario Nazionale nelle forme proprie della "medicina di gruppo" non rientra fra le associazioni senza personalità giuridica costituite fra persone fisiche per l'esercizio in forma associata di arti e professioni, soggette ex lege ad IRAP. Deve, dunque, ritenersi respinto il ricorso dell'Agenzia avverso la sentenza di merito che abbia esclusa l'applicabilità dell'IRAP ai compensi percepiti da un medico inserito una struttura di "medicina di gruppo"; difatti la spesa per la collaborazione di terzi era "di modesta e contenuta entità"; peraltro "essa non valeva a caratterizzare l'autonoma organizzazione, postulata dalle norme impositive, ma piuttosto era la risultante minima ed indispensabile della necessità di assicurare un servizio di segreteria telefonica ed alcune prestazioni infermieristiche".

Viceversa, nella seconda pronuncia la Suprema Corte ritiene che: *"presupposto dell'imposta regionale sulle attività produttive è l'esercizio abituale di un'attività autonomamente organizzata diretta alla produzione e allo scambio ovvero alla prestazione di servizi; ma quando l'attività è esercitata dalle società e dagli enti, che siano soggetti passivi dell'imposta a norma dell'art. 3 del d.lgs. n. 446 del 1997 – comprese quindi le società semplici e le associazioni senza personalità giuridica costituite fra persone fisiche per l'esercizio in forma associata di arti e professioni – essa, in quanto esercitata da tali soggetti, strutturalmente organizzata per la forma nella quale l'attività è svolta, costituisce ex lege, in ogni caso, presupposto d'imposta, dovendosi perciò escludere la necessità di ogni accertamento in ordine alla sussistenza dell'autonoma organizzazione"*. La decisione è stata in parte criticata perché troppo estensiva dell'ambito di applicazione dell'imposta regionale sulle attività produttive (IRAP).

all'impresa individuale²³, con l'obiettivo di attuare sotto il profilo tributario una discriminazione qualitativa dei redditi, analoga a quella che la riforma tributaria del 1972 aveva attuato con l'ILOR. Una scelta politica discutibile dal punto di vista giuridico, in contrasto con la giurisprudenza costituzionale sul lavoro autonomo. È pur vero, infatti, che formalmente la base imponibile dell'IRAP è rappresentata dal valore aggiunto della produzione e non dal reddito, come rilevato dalla stessa Consulta; ma non può sfuggire ad un osservatore attento che mentre nelle attività d'impresa la componente reddituale rappresenta una parte più o meno minoritaria, quando non marginale rispetto al valore aggiunto, nelle attività di lavoro autonomo la proporzione tende ad invertirsi. Vale a dire che valore aggiunto e reddito, nelle attività di lavoro autonomo tendono a sovrapporsi fin quasi a coincidere. Pertanto, pur utilizzando uno schema impositivo diverso rispetto a quello dell'imposta locale sui redditi (ILOR) introdotta nel 1972, la discriminazione qualitativa introdotta con l'IRAP, colpisce dal punto di vista tributario, allo stesso modo, due realtà in cui, solo nelle attività di lavoro autonomo valore aggiunto e reddito tendono a sovrapporsi.

Un'assimilazione dal punto di vista tributario di realtà diverse, la cui legittimità andrebbe quantomeno analizzata e confermata, alla luce dei rigorosi parametri utilizzati dalla Consulta nel 1980, per dichiarare illegittima la discriminazione introdotta con l'ILOR.

Difatti, come ricordato, la Corte costituzionale nel 1980²⁴, in tema di ILOR, aveva delimitato con chiarezza l'area di applicazione dell'imposta locale sui redditi, escludendo dall'imposta locale i redditi da lavoro autonomo, considerati in tutto e per tutto equivalenti ai fini dell'ILOR ai redditi da lavoro dipendente.

Se si analizza l'elemento discriminante individuato dall'art. 2, comma 1, del d.lgs. n. 446/1997, vale a dire dall'*"esercizio abituale di un'attività autonomamente organizzata diretta alla produzione o allo scambio di beni ovvero alla prestazione di servizi"*, per assoggettare le attività di lavoro autonomo

²³ Difatti nella direttiva n. 42 dell'11 giugno 2014 l'Agenzia delle Entrate aveva condiviso l'orientamento più restrittivo.

²⁴ Cfr. C. cost., 26 marzo 1980, n. 42, cit.

all'imposta regionale sulle attività produttive, ci si rende facilmente conto come, alla luce della sentenza n. 42/1980 della Corte costituzionale, il concetto di *"attività autonomamente organizzata"*, individuato per attrarre nell'ambito di applicazione dell'IRAP il lavoro autonomo, si presenti più come uno strumento per aggirare i principi fissati nella sentenza della Consulta, piuttosto che come un convincente elemento per differenziare con precisione, all'interno del lavoro autonomo, le attività imponibili da quelle escluse dal tributo. Tanto alla luce innanzitutto del principio di capacità contributiva.

La Corte costituzionale, chiamata a risolvere una serie di dubbi circa la legittimità costituzionale dell'impianto del nuovo tributo regionale, con la sentenza n. 156 del 21 maggio del 2001, fa propria la tesi della cd. *"Etero – organizzazione"* e, quindi, dichiara manifestamente infondata la questione della legittimità costituzionale del presupposto. Tuttavia, osservava la Corte, l'autonomia organizzativa, come definita nell'articolo 2, comma 1, del d.lgs. n. 446/1997, mentre è immanente nelle attività di impresa, per le attività di lavoro autonomo deve essere accertata di volta in volta. Questa affermazione è definita incidentalmente così: *"mentre l'elemento organizzativo è connaturato alla nozione stessa di impresa, altrettanto non può dirsi per quanto riguarda l'attività di lavoro autonomo, ancorché svolta con carattere di abitualità, nel senso che è possibile ipotizzare un'attività professionale svolta in assenza di organizzazione di capitali o lavoro altrui"*, senza ulteriori precisazioni.

Una soluzione debole, che ha evitato accuratamente di confrontarsi con la precedente giurisprudenza in tema di ILOR ed ha avuto come effetto di alimentare un contenzioso imponente, che il legislatore è sembrato ignorare, con costi economici e sociali evidenti.

Va aggiunto che, nel seminare incertezze, la giurisprudenza di legittimità non è stata da meno, avendo scelto, nel 2006, tra le diverse opzioni possibili per definire l'assoggettabilità o meno delle attività di lavoro autonomo all'IRAP, quella più restrittiva, che, in buona sostanza, per escludere dall'ambito di applicazione dell'IRAP le attività di lavoro autonomo, combinava due elementi: l'assenza di

collaborazioni stabili di qualsiasi tipo e l'utilizzazione di attrezzature che non superassero il minimo indispensabile per svolgere l'attività.

Una soluzione debole, che ha alimentato un contenzioso imponente, con esiti fortemente condizionati da questioni di fatto, non riconducibili ad unità dai giudici di legittimità. In ogni caso una giurisprudenza insoddisfacente sotto il profilo della conformità al principio di capacità contributiva, fortemente condizionata dall'esito dei processi davanti alle commissioni tributarie, che si è trasposta inevitabilmente anche in una giurisprudenza oscillante della Suprema Corte, in funzione delle questioni trattate, il più delle volte condizionate da elementi fattuali, non sempre del tutto convincente.

L'elemento di svolta, per una meno irrazionale applicazione del tributo alle attività di lavoro autonomo, si ha in due tempi, tra il 2014 e il 2015. Un primo elemento è costituito da una disposizione prevista dal d.l. n. 66/2014 che aveva ridotto di mezzo punto percentuale l'aliquota base dell'IRAP (dal 3,9% al 3,5%, a partire dal 1 gennaio 2015). Un segnale rivolto al mondo dell'impresa per bilanciare l'attività produttiva.

Poco dopo il Governo compie un altro decisivo passo in avanti sulla linea tracciata dalla riforma francese della *Tax professionnelle*, nel 2009, richiamato in precedenza, escludendo, con l'art. 11, comma 4 octies, della legge 24 dicembre 1914 n. 190 (legge di stabilità per il 2015), completamente il costo del lavoro dalla base imponibile dell'IRAP (per i contratti di lavoro a tempo indeterminato).

Una scelta coraggiosa, che ha comportato una forte contrazione della base imponibile dell'IRAP, soprattutto per le imprese "*labour intensive*", che affiancandosi ad una consistente contribuzione triennale per le nuove assunzioni a tempo indeterminato, ha sicuramente contribuito alla ripresa dell'occupazione nel corso dell'anno.

L'aspetto certo non più rilevante, tuttavia non del tutto atteso, di questa decisione, che ha avviato una revisione/razionalizzazione strutturale dell'imposta locale sull'attività produttiva, sta nel fatto che il calo di gettito determinato dalla

contrazione della base imponibile dell'IRAP è stato relativamente contenuto (1,1 miliardi di euro).

E' vero che nel corso del tempo una quota significativa del costo del lavoro era stata già eliminata dalla base imponibile dell'IRAP; ma è altrettanto vero che, per le dimensioni della riduzione della base imponibile, ci si poteva attendere un calo maggiore. Un elemento su cui riflettere quando si parla in modo semplicistico di "*tax compliance*", vale a dire di adesione spontanea dei contribuenti al pagamento dell'imposta. In assenza di dati disaggregati non è possibile fornire una stima di quanto la fuoriuscita del costo del lavoro dalla base imponibile dell'IRAP abbia favorito l'emersione di una quota di retribuzioni precedentemente non registrata.

Tuttavia, il calo relativamente marginale del gettito dell'imposta deve far riflettere. In questo senso non si comprende il motivo per cui la legge di stabilità per il 2016 abbia ridotto la decontribuzione a favore delle nuove assunzioni; la perdita temporanea di gettito legata agli incentivi dal lato dei contributi, è sicuramente più che compensata dal maggior gettito dell'IRPEF prodotto dai nuovi occupati e, con tutta probabilità, dall'aumento del valore aggiunto prodotto dalle imprese che ampliano la platea dei propri dipendenti.

A seguito dell'intervento legislativo che ha, di fatto, escluso dalla base imponibile IRAP il costo del lavoro, la linea restrittiva sull'assoggettabilità del lavoro autonomo all'imposta regionale sulle attività produttive non trova più alcuna giustificazione.

Viceversa, con la nuova pronuncia le Sezioni Unite mostrano di aver aderito all'orientamento minoritario, più recente, e forse maggiormente condivisibile, che ha ripreso l'analogo filone giurisprudenziale minoritario precedente al 2007. In buona sostanza, le Sezioni Unite hanno preso atto che la precedente giurisprudenza consolidata, che collegava l'assoggettamento all'IRAP automaticamente, in presenza di un solo collaboratore impiegato in via continuativa, anche *part time*, non è più sostenibile dopo l'esclusione del costo del lavoro dalla base imponibile dell'IRAP.

Oggi le Sezioni Unite richiamano il principio in base al quale l'autonoma organizzazione postula "l'esistenza di uno o più elementi suscettibili di combinarsi con il lavoro dell'interessato, potenziandone le possibilità", di un insieme di fattori "tale da porre il professionista in una condizione più favorevole di quella in cui si sarebbe trovato senza di esso".

La Suprema Corte ritiene, tuttavia, che i principi affermati dalla giurisprudenza prevalente "meritano, più che una rivalutazione, delle precisazioni concernenti il fattore lavoro"; difatti "occorre che le mansioni svolte dal collaboratore non occasionale concorrano o si combinino con quel che è il *proprium* della specifica professionalità espressa" nell'attività esercitata, affinché il fattore lavoro rechi all'attività del contribuente un apporto significativo.

Occorre, dunque, che il collaboratore svolga mansioni professionali volte a potenziare l'attività del contribuente e non mansioni di segreteria, generiche ovvero meramente esecutive "che rechino all'attività svolta dal contribuente un apporto del tutto mediato o, appunto, generico".

Pertanto, il presupposto impositivo si configura quando il contribuente si avvale in modo non occasionale di lavoro altrui, che "superi la soglia dell'impiego di un collaboratore che espliciti mansioni di segreteria ovvero meramente esecutive"²⁵.

²⁵ Sulla base dell'affermazione della Suprema Corte, dunque, l'apporto deve provenire da un'unica unità lavorativa. Alla luce di tale affermazione, tuttavia, qualche perplessità desta l'ipotesi in cui siano due persone a coprire l'orario di lavoro di una persona. Il professionista accorto dovrà pretendere che la segretaria curi anche le pulizie dello studio? o potrà sostituirla per questa mansione (comunemente ritenuta "umile") con un pulitore ad ore? Qualche dubbio anche circa l'espressione "mansioni di segreteria o meramente esecutive": la segretaria brava e capace che magari predispone qualche semplice atto determina l'applicazione dell'IRAP? Pensiamo all'infermiere, al tecnico di laboratorio; può dirsi che siano "meri esecutori"? Probabilmente no. Occorre, tuttavia, ricordare che la sentenza n. 7291 del 13 aprile 2016 statuisce che non determina l'applicazione dell'IRAP la circostanza che, nell'ambito della "medicina di gruppo" posta in essere da medici di base, la struttura fornisca anche prestazioni infermieristiche. Qualche dubbio sul fatto che il ricorso a "servizi infermieristici" sia consentito ai medici inseriti nella "medicina di gruppo" e non ai medici di base che operano in forma isolata. Più complicato consentire l'utilizzo di personale infermieristico al medico che operi come privato professionista. Peraltro, appare ovvio che che non rilevi ai fini dell'autonoma organizzazione la presenza di un (vero) praticante la cui funzione fondamentale è imparare, e non potenziare la produttività dello studio, o la retribuzione di un altro professionista che sostituisca il titolare in ferie (circostanza frequente nei medici di base che debbono assicurare un servizio continuativo).

In base alla sentenza n. 8284 del 6 aprile 2009 costituisce principio consolidato l'affermazione secondo cui non concorre a determinare l'esistenza della "autonoma organizzazione" soggetta ad imposizione IRAP il fatto che un avvocato utilizzi un collaboratore non abilitato all'esercizio della

Pertanto, ai fini dell'assoggettamento al tributo occorre l'impiego a tempo pieno di due o più dipendenti o collaboratori con tali caratteristiche; il lavoro non integrante esclude l'assoggettamento all'imposta.

La conclusione delle Sezioni Unite concerne un numero significativo di contribuenti che esercitano in forma individuale l'attività professionale, artistica o d'impresa (come agenti, rappresentanti, promotori finanziari, artigiani, piccoli commercianti, medici di famiglia, ecc.)²⁶.

In definitiva, le Sezioni Unite hanno fornito una risposta che avrebbe dovuto essere chiara al legislatore già da tempo; ed è pur vero che a tale conclusione la Suprema Corte avrebbe potuto pervenire già qualche anno prima, sulla base della consolidata giurisprudenza sull'ILOR (imposta locale sui redditi). Difatti, come detto, le Sezioni Unite tornano sul richiamato indirizzo giurisprudenziale, prevalente nel 2007; in questo modo cercando di rispondere al freno allo sviluppo economico che l'imposta, su cui da tempo si richiede un intervento di revisione, cagionerebbe. La stessa legge 11 marzo 2014, n. 23, aveva delegato al Governo l'emanazione di norme volte a "chiarire la definizione di autonoma organizzazione, anche mediante la definizione di criteri oggettivi, adeguandola ai più consolidati principi desumibili dalla fonte giurisprudenziale, ai fini della non assoggettabilità

professione. La sentenza n. 21563 del 20 ottobre 2010 aveva, invece, ritenuto che è automaticamente soggetto ad IRAP il lavoratore autonomo, il professionista, il piccolo imprenditore, che si avvalga di personale dipendente, anche quando tale personale sia costituito da un apprendista *part time*.

²⁶ La sentenza afferma che non sono soggette ad IRAP queste tipiche attività imprenditoriali in quanto vi sono posizioni che, pur essendo ai fini delle imposte sul reddito, considerate produttive di reddito d'impresa, possono essere svolte dal soggetto senza organizzazione di capitali o lavoro altrui. Quindi l'esercizio di un'attività astrattamente riconducibile, anche fiscalmente, nell'alveo dell'impresa non può essere così semplicisticamente ricondotto alla produzione di reddito d'impresa soggetta ad IRAP; occorre comunque verificare il requisito della "autonoma organizzazione", qualificata come insieme di risorse, mezzi, capitali e lavoro altrui, di carattere abituale, organizzati dal soggetto passivo con modalità suscettibili di conferire il *quid pluris* di capacità contributiva oggetto dell'IRAP. Sicché la circostanza che la parte svolga l'attività di artigiano e rivesta la qualità di imprenditore, sia pure piccolo, non rileva ai fini della sua soggezione al tributo. Difatti, la natura dell'attività non determina la soggezione all'imposta, ma il modo in cui l'attività è in concreto esercitata (pertanto non viene assoggettato ad IRAP un artigiano che, nell'esercizio delle proprie attività, non utilizzava una propria attrezzatura, avvalendosi talora di quella dei propri clienti e disponeva di una ridotta disponibilità di beni strumentali, come un'autovettura e un telefono cellulare).

dei professionisti, degli artisti e dei piccoli imprenditori all'imposta regionale sulle attività produttive" (art. 11, comma secondo). Un auspicato intervento legislativo che, a conti fatti, non c'è stato.

Con l'intervento delle Sezioni Unite l'IRAP, certo, non diventa un modello di imposta; molte irrazionalità restano. Tuttavia, attraverso la soluzione da ultimo suggerita ci si avvicina all'impiego pratico dello schema francese, che, come abbiamo visto, utilizzando il modello dell'imposta regionale sulle attività produttive italiana, ne ha tuttavia evitato alcuni profili critici, limitandone la portata, sottraendo il fattore lavoro e graduandola verso il basso in modo equilibrato, al fine di evitare l'evasione e favorire la stabilità del mercato interno.

4. Conclusioni

Appare, dunque, evidente quanto sia stato attento il legislatore francese a trovare un buon equilibrio tra recupero di competitività (e, quindi, sconti all'industria manifatturiera) ed eccessivi incrementi d'imposta per gli altri contribuenti. Anzitutto l'attenzione dedicata dal Senato francese ai profili distributivi della CET (*Contribution Économique Territoriale*) a seguito della sua introduzione lascia comprendere come quel modello costituzionale, dopo le riforme degli anni 2000, abbia raggiunto un buon equilibrio tra esigenze di governabilità e rappresentanza degli interessi diffusi della comunità, con particolare riguardo al tema della fiscalità.

Una soluzione, tuttavia, cui si è pervenuti a seguito della lunga fase di confronto che ha interessato gli anni 2000, durante la quale (come anticipato) si comprende l'impegno con cui il governo francese ha sostenuto la legittimità dell'IRAP davanti alla Corte di giustizia.

A ben vedere, è l'insieme dell'approccio al tema del fisco che evidenzia le differenze tra il modello costituzionale di governabilità transalpino e lo svuotamento del ruolo parlamentare nella vicenda fiscale, che ha caratterizzato l'evoluzione delle istituzioni in Italia negli ultimi venti anni, culminato con la riforma dell'IRPEF introdotta con la legge finanziaria per il 2007.

L'ordinamento francese ha, difatti, impiegato lo schema dell'imposta regionale sulle attività produttive italiana, evitando tutti gli inconvenienti dell'IRAP italiana, anzitutto (come si è visto) limitandone la portata, escludendo gli interessi passivi e il fattore lavoro e graduandola verso il basso in modo moderato al fine di evitare l'evasione e contenere gli squilibri sul mercato interno che il modello italiano porta con sé.

Nonostante questi interventi, tesi a garantire la compatibilità del nuovo schema impositivo con i limiti alla concorrenza che questo modello può determinare sul mercato interno (in contrasto con i principi del diritto europeo), occorre beninteso sottolineare che un problema di concorrenza sussiste sempre. Vale la pena ricordare che una delle principali critiche rivolte all'imposta italiana è rappresentata dal fatto che per rispettare il divieto di imposta ad effetto equivalente sancito dall'articolo 33 della Sesta direttiva IVA l'imposta grava sulle esportazioni, mentre le importazioni ne sono esenti. In un'economia mondializzata e con una sempre di più diffusa concentrazione della distribuzione in grandi aree commerciali, la CET (come del resto l'IRAP) introduce un incentivo alle importazioni, che le aliquote moderate dell'imposta francese minimizzano, ma non annullano del tutto.

Benché l'imposta francese presenti, dunque, aspetti apprezzabili, sembra tuttavia utile inquadrare (e cercare di superare) le complesse problematiche giuridiche ed economiche che caratterizzano l'imposta italiana.

Occorrerebbe, forse, in prospettiva, superare il valore aggiunto e pensare ad un'imposta monofase al dettaglio, applicata ai flussi di cassa reali (una *R-based Corporate Cash-Flow Tax*), potendo rappresentare quest'ultima uno strumento ancora più semplice, che possiede il vantaggio di gravare anche sulle importazioni²⁷.

Nella realtà italiana, in cui in un futuro prossimo si dovrà recuperare almeno in parte il forte calo di gettito determinato dall'esclusione del monte salari dalla base

²⁷ Su questi aspetti cfr. M. Villani – S. Villani, *LOOK AT ABROAD! Lezioni per l'Italia da alcune esperienze europee di tassazione locale delle attività produttive*, op. cit., pp. 878-954.

imponibile dell'IRAP, la sperimentazione di una *cash-flow tax* potrebbe essere l'esperienza per superare il modello IRAP ed attivare uno schema impositivo pienamente compatibile con l'IVA, che presenti le medesime caratteristiche; vale a dire uno modello d'imposta che gravi sulle importazioni, senza incidere sulle esportazioni. Pensare di poter esportare accanto alle proprie merci anche le proprie imposte, com'era possibile nelle economie chiuse, caratterizzate da un commercio internazionale di dimensioni incomparabili rispetto all'odierna economia mondializzata ed in cui erano i venditori, in condizioni di quasi monopolio, a fissare i prezzi, rappresenta una pericolosa illusione ottica.

Sotto questo profilo la proposta di una *cash-flow tax* sulle vendite al dettaglio, è finalizzata a contenere al minimo le distorsioni che l'IRAP ha introdotto nel funzionamento del mercato interno, sulla base della recente, positiva esperienza della CVAE francese, compensando le riduzioni di gettito²⁸, necessarie per avvicinare la nostra IRAP alla CVAE.

A tal riguardo una prima risposta positiva rileva sotto il profilo della compatibilità di una *cash flow-tax* con il divieto posto dall'articolo 33 della Sesta direttiva in materia di IVA di istituire imposte sulle vendite ad effetto equivalente. Lo schema proposto risponde pienamente a questa esigenza, in quanto presenta una base imponibile molto più ampia, ricollegabile a un modello di tipo reddituale, non sovrapponibile a quella di un'imposta sul valore aggiunto orientata al consumo²⁹. Tuttavia, al contrario dell'IRAP, la *cash flow-tax* essendo un'imposta sulle vendite, non distorce la concorrenza sul mercato interno e non penalizza le esportazioni.

²⁸ Tra gli studi teorici che si sono occupati di modelli di "*cash flow-tax*", si segnala il libro di Irene Inchauspé, *L'impôt sur le cash flow*, Les éditions de l'épargne, Paris, 1990. Lo studio è di particolare interesse, perché si propone di sostituire la *Taxe professionnelle* con un modello di imposta sui flussi di cassa reali, articolato in modo da adattarsi perfettamente all'obiettivo di tassare le attività economiche a livello locale. Dunque, uno studio che pur essendo datato, evidenzia l'adattabilità del modello di *cash flow* proposto, alle esigenze di un moderno sistema locale di tassazione delle attività economiche.

²⁹ Si tratta di una questione tutt'altro che priva di rilevanza; a favore del salvataggio dell'IRAP da parte della Corte di Giustizia nel 2006 giocarono una serie di circostanze favorevoli, essenzialmente politiche, tra cui l'interesse della Francia ad adottare anch'essa uno schema simile alla nostra IRAP, come poi è avvenuto con l'introduzione della *Contribution économique territoriale* (CET).

Un secondo vantaggio di rilievo giuridico è rappresentato dalla piena neutralità del tributo rispetto all'organizzazione dei fattori produttivi; questo secondo aspetto, che si riferisce anch'esso ad esigenze costituzionalmente protette, consente di eliminare ogni discriminazione (anche indiretta) in danno del fattore lavoro, penalizzante per l'occupazione³⁰.

Un terzo profilo da non trascurare, riguarda il modello estremamente semplificato di determinazione della base imponibile di una "*cash flow-tax*" sui flussi di cassa reali; può essere, infatti, adattata ad una pluralità di esigenze³¹, a partire dalla necessità di ridurre sensibilmente il peso dell'IRAP, per minimizzarne gli effetti sulla competitività delle imprese³².

Un ultimo profilo è rappresentato dal fatto che un'imposta sul *cash flow*, riscossa al dettaglio, consentirebbe, date le caratteristiche estremamente semplici della propria determinazione, gestione e controllo, di contenere l'evasione all'IVA; un tema che, in sistemi produttivi e distributivi molto frazionati (è il caso dell'Italia, ma in misura minore anche dalla Francia) ha messo in discussione, sulla base dell'esperienza, antiche certezze (prima fra tutte quella dell'impermeabilità dell'IVA all'evasione).

Va in questo senso l'esperienza dei sistemi sin qui osservati, che tendono a privilegiare la parità di trattamento tra i contribuenti, rispetto all'autonomia tributaria; quest'ultima viene di norma riservata ai beni patrimoniali, che, non essendo delocalizzabili, incidono in misura molto più contenuta, come fattori di limitazione della concorrenza sul piano territoriale.

Un dato sembra ormai indiscutibile. Con la fuoriuscita del fattore lavoro dalla base imponibile l'imposta regionale sulle attività produttive, come è stato

³⁰ Questione quest'ultima tutt'altro che irrilevante, se si recupera la lettura costituzionale di sistema tributario, che presuppone un forte coordinamento tra le diverse imposte, al fine di assicurare il rispetto del principio di capacità contributiva, inteso come parametro per assicurare la parità tributaria.

³¹ Potrebbe essere istituita come tributo a favore dei Comuni, con una quota di gettito da attribuire alle Regioni.

³² Questione quest'ultima, tutt'altro che irrilevante, se si recupera la lettura costituzionale di sistema tributario, che presuppone un forte coordinamento tra le imposte ai diversi livelli di governo, al fine di assicurare il rispetto del principio di capacità contributiva, inteso come parametro per assicurare la parità tributaria.

osservato da ultimo da qualche studioso, non esiste più. La nozione di "autonoma organizzazione" utilizzata dal legislatore del 1997, per differenziare l'IRAP dall'ILOR e sottrarre il nuovo tributo regionale dal cono d'ombra proiettato dall'ILOR sotto il profilo della legittimità costituzionale del tributo, non ha più senso in un'imposta in cui il fattore lavoro è escluso dalla base imponibile dell'IRAP.

Sembra, infatti, a chi scrive che la legittimità costituzionale dell'IRAP non può essere più ricondotta soltanto alla nozione di "attività abituale autonomamente organizzata", così come si esprime l'art. 2, comma 1, del d.lgs n. 446 /1997, dovendo necessariamente ricomprendersi anche gli effetti.

Il che equivale a dire che non ha più alcun senso giuridico richiamare, quale parametro scriminante ai fini dell'assoggettamento all'IRAP del lavoro autonomo, la nozione di "autonoma organizzazione" dei fattori produttivi, quando il principale fattore, vale a dire il lavoro, è escluso *ex lege* dalla base imponibile del tributo. Da questo punto di vista, la soluzione adottata da ultimo dalle Sezioni Unite, per allargare l'area del lavoro autonomo non più assoggettabile all'IRAP, rappresenta un tentativo apprezzabile, tuttavia irrimediabilmente datato di mantenere nel perimetro dell'IRAP una parte delle attività autonome.

Alla luce delle richiamate novità legislative, il problema dell'assoggettabilità delle attività di lavoro autonomo e d'impresa individuale all'IRAP non può essere risolto per successive esclusioni. Occorre, infatti, che quel che resta del tributo regionale, con riferimento alle attività individuali, di lavoro autonomo e d'impresa, venga confrontato con i parametri individuati dalla Corte costituzionale del 1980, al fine di separare quelle che, non presentando significative differenze rispetto alle attività di lavoro dipendente sotto il profilo della capacità contributiva, non consentivano, secondo il giudice delle leggi, una discriminazione qualitativa nell'imposta locale sui redditi (ILOR), introdotta dalla riforma tributaria del 1972.

Da ultimo, sia consentita un'osservazione conclusiva sull'architettura giuridica adottata nel 1997, per attrarre nell'ambito di applicazione del nuovo tributo a destinazione regionale le attività di lavoro autonomo. La legge delega 23 dicembre

1996, n. 662, non casualmente aveva stabilito, tra i criteri direttivi, quello di una differenziazione di aliquota tra le attività di lavoro autonomo e quelle d'impresa, proprio per tenere conto del fatto che le attività di lavoro autonomo non erano assoggettate, dopo la sentenza della Consulta n. 42/1980, alla principale imposta sostituita dall'IRAP, vale a dire all'ILOR.

Un dato significativo, che evidenzia che il legislatore delegante, nel 1996, aveva presente la difficoltà ad uniformare il trattamento tributario di due realtà profondamente diverse, quali quelle di lavoro autonomo e d'impresa. L'aver ignorato questo profilo nel d.lgs. n. 446/1997, per ragioni evidentemente politiche, ha rappresentato da sempre un elemento di debolezza del nuovo tributo, sotto il profilo della conformità al principio di capacità contributiva; come del resto è stato sottolineato in una pluralità di occasioni dal prof. Marongiu, che in quel periodo rivestiva la carica di sottosegretario di Stato, nel Ministero delle Finanze. Una questione non priva di qualche rilevanza, mai sottoposta al vaglio del giudice delle leggi.

Ma forse, anche questo è un portato della crisi della legge; un tema complesso, su cui dovrà confrontarsi la dottrina più autorevole.