

ISSN 1825-9871

InnovazioneDiritto

Quarterly Review of Tax and Economic Law

Publicazione 3
2020



Università degli studi di Napoli Federico II

Innovazione e diritto - *Quarterly review of tax and economic law* Rivista fondata nel 2005 dal Prof. Raffaele Perrone Capano, responsabile scientifico del progetto di informatizzazione diffusa della Facoltà di Giurisprudenza e digitalizzazione della Storica Biblioteca, a supporto della ricerca e della didattica, Progetto Approvato dal Miur nel 2004, con un finanziamento di 1.350.00 € dell'UE e del Miur.

DIRETTORE RESPONSABILE

Prof. Clelia Buccico

DIREZIONE

Prof. Raffaele Perrone Capano (DIRETTORE SCIENTIFICO)

Prof. Marilena Rispoli Farina (CONDIRETTORE)

Prof. Gian Luigi Bizioli

Prof. Maria Cecilia Cardarelli

Prof. Loredana Carpentieri

Prof. Antonia Irace

Prof. Agostino Ennio La Scala

Prof. Fiorenzo Liguori

Prof. Maurizio Logozzo

Prof. Vincenzo Maiello

Prof. Giuseppe Melis

Prof. Salvatore Muleo

Prof. Sebastiano Maurizio Messina

Prof. Mario Nussi

Prof. Franco Paparella

Prof. Maria Pierro

Prof. Antonino Procida Mirabelli di Lauro

Prof. Vittorio Santoro

Prof. Sandro Staiano

Prof. Roberto Schiavolin

Prof. Alessandra Stefanelli

Prof. Marco Versiglioni

COMITATO SCIENTIFICO

Prof. Daniel Gutman (Università di Parigi "Sorbonne-Pantheon)

Prof. Carlos María López Espadafor (Università di Jaén)

Prof. Tulio Raul Rosembuj (Università LUISS "Guido Carli)

Prof. José Andrés Rozas Valdés (Università di Barcellona)

Prof. Carlos Vargas Vasserot (Università di Almeria)

Prof. Carlo Amatucci

Prof. Antonella Brozzetti

Prof. Angelo Contrino

Prof. Paola Coppola

Prof. Giuseppe Corasaniti

Prof. Franco Fichera

Prof. Stefano Fiorentino

Prof. Maria Cecilia Fregni

Prof. Franco Gallo

Prof. Raffaello Lupi

Prof. Giuseppe Marini

Prof. Umberto Morera
Prof. Leonardo Perrone
Prof. Giovanni Puoti
Prof. Gaetano Ragucci
Prof. Gennaro Rotondo
Prof. Livia Salvini
Prof. Antonella Sciarrone Alibrandi
Prof. Maria Vittoria Serranò
Prof. Dario Stevanato

Coordinamento

Prof. Roberta Alfano, Prof. Daniela Conte, Dott. Luca Della Ragione, Prof. Giuseppe Doria, Prof. Claudia Golino, Prof. Maria Grazia Ortoleva, Dott. Andrea Perrone Capano, Prof. Luigi Scipione, Prof. Stefania Serafini, Prof. Loredana Strianese, Prof. Silvia Tuccillo, Dott. Maria Villani

Altri componenti

Dott. Ernesto Aceto, Dott. Serena Barberio, Dott. Beatrice Bertarini, Dott. Samantha Buttus, Dott. Giovanni Consolo, Dott. Mariaconcetta D'Arienzo, Dott. Santa De Marco, Dott. Simona

Innovazione e Diritto 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

- La nuova Strategia Europea per le PMI. Innovazioni giuridiche digitali: la Piattaforma europea "Fit for the Future" e i "Digital Innovation Hub"**
di Maria Alessandra Stefanelli p.1
- La propiedad de la tierra ante el actual Derecho de la Economía**
di Vanesa Sánchez Ballesteros p.18
- La retorica degli aiuti di Stato e l'eccezionalismo delle banche pubbliche. Riflessioni a margine del salvataggio di Nord Lb"**
di Luigi Scipione p.32
- La tassazione delle macchine intelligenti**
di Antonio Miele, Silvia Miele p.92
- L'accertamento analitico-induttivo per impiego di manodopera irregolare**
di Livio Gucciardo p.102

PARTE SECONDA

- L'intervento diretto della Corte di Giustizia Europea sul diritto sostanziale e procedurale interno**
Di Teodoro Coniglio p.115

PARTE TERZA

- Il diritto di abitazione: circolazione e pignorabilità. Conflitto tra l'avente causa dell'erede apparente e il coniuge titolare del diritto di abitazione *ex lege*. Opponibilità del provvedimento di assegnazione della casa familiare al creditore ipotecario anteriore ed al terzo acquirente.**
Di Michele Petrucci p.147

La nuova Strategia Europea per le PMI. Innovazioni giuridiche digitali: la Piattaforma europea “Fit for the Future” e i “Digital Innovation Hub”¹

*di Maria Alessandra Stefanelli
Professore Ordinario di Diritto dell'Economia
Università di Bologna*

SOMMARIO: 1. Il Digital Single Market nella regolamentazione giuridica europea e la nuova “Strategia per le PMI per un’Europa sostenibile e digitale”
2. Oneri normativi e ostacoli burocratici. La Piattaforma “Fit for the Future”
3. La sperimentazione di nuovi strumenti di regolamentazione giuridica digitale per una nuova disciplina delle PMI: i Digital Innovation Hub (DIH) – 4. Riflessioni conclusive. PMI e capitalismo digitale: un nuovo rapporto tra regolato e regolatore

1. Il Digital Single Market nella regolamentazione giuridica europea e la nuova “Strategia per le PMI per un’Europa sostenibile e digitale”

Le nuove tecnologie che connotano con sempre maggiore intensità e pervasività la vita delle persone e delle imprese rendono urgente il completamento della costruzione di un mercato unico digitale a livello europeo.

Il ritmo accelerato della evoluzione tecnologica in atto ha messo in crisi il tradizionale impianto normativo di regolamentazione pubblica dell'economia, unitamente agli istituti giuridici che storicamente lo hanno caratterizzato.

Ma più in profondità, appare chiaro che tale evoluzione rappresenta per il giurista che intende studiare il mercato una sfida importante dai contorni non ancora perfettamente chiari né definiti.

I tradizionali istituti giuridici subiscono, infatti, ai nostri giorni pressioni e trasformazioni di significativa entità, dovendosi adattare e riadattare continuamente a contesti tecnologici non facilmente riconducibili alle categorie

¹ Co-funded by the Erasmus+ Programme of the European Union.

di teoria generale conosciute.

In questo contesto così altamente sfidante l'Unione Europea ha cercato nel tempo di porsi *"alla testa dell'economia digitale globale"*² elaborando una prima *Strategia europea per il mercato unico digitale* che si prefiggeva *"l'eliminazione in tempi rapidi delle differenze fondamentali che separano il mondo on line dal mondo off line al fine di abbattere le barriere che bloccano l'attività online attraverso le frontiere"*³ (tra le barriere che bloccano l'attività on line delle imprese rientrano certamente anche le significative divergenze normative vigenti all'interno dei singoli Stati membri e relative, ad esempio, al diritto dei contratti, alla disciplina del diritto d'autore, alla imposizione fiscale e non da ultimo proprio alla molteplicità di discipline normative vigenti all'interno dei singoli Stati Membri che regolano l'attività di impresa, e particolarmente della impresa di dimensione minore).

In questo contesto, la Strategia si proponeva il miglioramento dell'accesso ai beni e ai servizi digitali e la creazione di un ambiente dove i Network e i servizi digitali potessero prosperare⁴, come ribadito dalla anche dalla successiva *Revisione intermedia della Strategia per il mercato unico digitale. Un mercato unico digitale connesso per tutti del 2017*, ove si sottolineava come l'Unione europea possedesse molti punti di forza, intrinseci e necessari per sfruttare appieno i vantaggi del mercato unico digitale, tra cui una solida industria manifatturiera di base e *"un ecosistema di start up in rapido sviluppo che, combinati con i processi industriali recentemente automatizzati e una forza di lavoro qualificata, possono trainare la crescita nel prossimo futuro"*⁵.

Ai nostri giorni pare ormai chiaro che l'industria europea *"si digitalizzerà, o*

² COM (2015) 192 final, p.3.

³ COM (2015) 192 final, p. 3-4.

⁴ COM (2017), 228 final, *Sulla revisione intermedia della Strategia per il mercato unico digitale. Un mercato unico digitale connesso per tutti*, p.3, che afferma che *"Il completamento del mercato unico digitale dell'UE ha anche bisogno di un ambiente giuridico stabile e trasparente per stimolare l'innovazione, lottare contro la frammentazione del mercato e consentire a tutti gli operatori di sfruttare le nuove dinamiche di mercato a condizioni eque e equilibrate"*.

⁵ COM (2017), 228 final, *Sulla revisione intermedia della Strategia per il mercato unico digitale. Un mercato unico digitale connesso per tutti*, p.3.

cesserà di esistere"⁶.

La costruzione di un *Single Digital Market* risulta allora particolarmente importante per le imprese europee di tutte le dimensioni, ma in particolar modo per le PMI⁷ che affrontano il processo di digitalizzazione con maggiori difficoltà rispetto alla grande industria, non riuscendo a tutt'oggi a trarre *"pieno beneficio dai dati, la linfa vitale dell'economia digitale"*⁸, avendo solo il 17% di esse *"integrato con successo le tecnologie digitali nelle proprie attività rispetto al 54% delle grandi imprese"*.

Tale divario appare ancora più significativo se si considera che le Small Medium sized Enterprises (SMEs) rappresentano *"the backbone of the European economy"*⁹, danno *"lavoro a circa 100 milioni di persone"*, generano *"più della metà del PIL europeo e svolgono perciò un ruolo chiave nella creazione di valore in tutti i settori dell'economia"*¹⁰.

Tuttavia le PMI, ed in particolare *"le microimprese e le piccole imprese (ossia il 93 % delle imprese in Europa), sono in ritardo nell'adozione di soluzioni digitali. Le imprese che hanno compiuto questo passo, poi, hanno dichiarato di incontrare numerosi ostacoli all'utilizzo di tali soluzioni"*¹¹, sebbene sia oramai acclarato che *"le soluzioni digitali rappresentano un fattore di crescita per le PMI (artigiani, commercianti, libere professioni, prestatori di servizi ecc.). Oltre la metà delle vendite al dettaglio in Europa, infatti, passano per Internet, che si tratti di vendite online oppure di vendite effettuate nei negozi a seguito di ricerche*

⁶ Così il Parere del Comitato economico e sociale europeo sulla Comunicazione della Commissione *"Una nuova Strategia industriale per l'Europa"*, 2020/C 364/15, p.2.

⁷ La Raccomandazione della Commissione europea del 6 maggio 2013, all'allegato I, Titolo I, all'art. 2, specifica che *"la categoria delle microimprese delle piccole imprese e delle medie imprese (PMI) è costituita da imprese che occupano meno di 250 persone, il cui fatturato annuo non supera i 50 milioni di EUR oppure il cui totale di bilancio annuo non supera i 43 milioni di EUR. Nella categoria delle PMI si definisce piccola impresa un'impresa che occupa meno di 50 persone e realizza un fatturato annuo o un totale di bilancio annuo non superiori a 10 milioni di EUR. Nella categoria delle PMI si definisce microimpresa un'impresa che occupa meno di 10 persone e realizza un fatturato annuo oppure un totale di bilancio annuo non superiori a 2 milioni di EUR"*.

⁸ COM (2020), 103 final, p.4.

⁹ Flash Eurobarometer 2020 *"Summary SMEs, start-ups, scale ups and entrepreneurship"*, p.1.

¹⁰ Punto 1.1. del Parere del Comitato economico e sociale europeo, intitolato *"Il mercato unico digitale - Tendenze e prospettive per le PMI"* del 18 settembre 2020.

¹¹ Punto 1.2 del Parere cit.

online (la cosiddetta attività "ROPO": Research Online, Purchase Offline)"¹².

PMI e digitalizzazione rappresentano, perciò, le due facce di una stessa medaglia, ove non è dato di avere l'una senza togliere valore all'altra.

La digitalizzazione della impresa europea di dimensione minore si presenta però come un procedimento *in itinere*, non privo di ostacoli o di rischi, per l'imprenditore medio-piccolo: le piattaforme *on line*, infatti, hanno svolto da un lato un ruolo di promozione economica e commerciale importante, stimolando l'innovazione¹³; da altro lato non possono essere taciute criticità relative ad alcune di tali piattaforme che mettono in atto pratiche svantaggiose per gli utilizzatori professionali (quali, ad esempio, il *delisting* di prodotti o servizi senza il dovuto preavviso o senza effettiva possibilità di ricorso^{14 15 16}).

Per supportare l'industria europea a cogliere appieno i vantaggi della tecnologia digitale la Commissione europea il 19 febbraio 2020 adottato due Comunicazioni specifiche in ordine a *Plasmare il futuro digitale dell'Europa*¹⁷ e

¹² Punto 3.1 del Parere cit.

¹³ COM (2017), 228 final, *Sulla revisione intermedia della Strategia per il mercato unico digitale. Un mercato unico digitale connesso per tutti*, p.9, che riporta che l'82% delle PMI che hanno partecipato ad un sondaggio di Eurobarometro sulle piattaforme on line ha affermato "di affidarsi ai motori di ricerca per promuovere i propri prodotti e/o servizi on line. Il 66% indica che la posizione che occupano nei risultati delle ricerche ha un impatto significativo sulle loro vendite. Quasi la metà (42%) delle PMI interpellate utilizza mercati on line per vendere i propri prodotti e servizi on line. Inoltre il 90% di coloro che hanno risposto all'inchiesta della Commissione sulle pratiche commerciali piattaforme-imprese utilizza i social media a fini commerciali".

¹⁴ In proposito si ricorda il procedimento avviato dalla Commissione europea il 17 luglio 2019 nei confronti di Amazon Marketplace, relativa a "the use by Amazon of commercially sensitive information available to Amazon's marketplace operations, regarding in particular third party sellers, products listed by third party sellers or transactions with third party sellers on Amazon's marketplace, for the purposes of Amazon's retail activities, including the role of such information in the selection of the Featured Offer in the «Buy Box», in the European Economic Area" (Riferimento AT.40462).

¹⁵ In data 10 novembre 2020 la Commissione Europea ha altresì informato Amazon "of its preliminary view that it has breached EU antitrust rules by distorting competition in online retail markets. The Commission takes issue with Amazon systematically relying on non-public business data of independent sellers who sell on its marketplace, to the benefit of Amazon's own retail business, which directly competes with those third party sellers".

¹⁶ COM (2017), 228 final, *Sulla revisione intermedia della Strategia per il mercato unico digitale. Un mercato unico digitale connesso per tutti*, p.10, in cui sono segnalate ulteriori criticità, tra cui "la mancanza di trasparenza, ad esempio per quanto riguarda le posizioni e i risultati delle ricerche, e la mancanza di chiarezza per quanto riguarda alcune normative o politiche applicabili. Una percentuale significativa di controversie tra utenti professionali e piattaforme on line resta irrisolta, il che può creare importanti effetti negativi per le imprese interessate".

¹⁷ COM (2020) 67 final, *Plasmare il futuro digitale dell'Europa* del 19 febbraio 2020.

ad *Una strategia europea per i dati*¹⁸.

In proposito si segnala altresì che in data 15 dicembre 2020 la Commissione europea ha emanato due *Proposals for a Regulation of the European Parliament and the Council On a Single Market for Digital Services (Digital Services Act) and amending Directive 2000731/EC*¹⁹ e *On contestable and fair markets in the digital sector (Digital Markets Act)*²⁰, che la dottrina non mancherà di analizzare.

Ma lo sviluppo ed il potenziamento di un'economia dei dati assumono un ruolo centrale nella nuova *"Strategia per le PMI per un'Europa sostenibile e digitale"* del 20 marzo 2020²¹, che si basa su tre pilastri tesi a innovare profondamente il settore della imprenditoria medio piccola, e rispettivamente inerenti a *"Potenziare le capacità e sostenere la transizione verso la sostenibilità e la digitalizzazione"*, a *"Ridurre l'onere normativo e migliorare l'accesso al mercato"* e a *"Migliorare l'accesso ai finanziamenti"*.

Il presente studio si soffermerà sull'analisi di alcuni aspetti del primo e del secondo pilastro della nuova Strategia europea relativi alla digitalizzazione delle PMI e alla riduzione degli oneri per esse, mentre si rinvia l'esame del terzo pilastro ad uno specifico, ulteriore studio.

2. Oneri normativi e ostacoli burocratici. La Piattaforma "Fit for the Future"

La problematica relativa agli oneri normativi e amministrativi che gravano sulla attività d'impresa è annosa e a tutt'oggi irrisolta.

Tali oneri rappresentano forme di limitazione e rallentamento all'esercizio dell'attività d'impresa configurandosi quale limite oggettivo al diritto di libera intrapresa economica soprattutto se applicati alla impresa di dimensione minore, come precisamente rilevato dallo studio *"The state of the Single Market: Barriers and Solutions"* della Eurochambres del Dicembre 2019, secondo cui per il 79.5% delle imprese le *"Complex administrative procedures"* rappresentano

¹⁸ COM (2020) 66 final, *Una strategia europea per i dati* del 19 febbraio 2020.

¹⁹ COM (2020) 825 final.

²⁰ COM (2020) 842 final.

²¹ COM (2020), 103.

"Highest obstacles" all'esercizio della loro attività economica²².

Nel nostro Paese tali oneri contribuiscono in modo significativo a rendere assai arduo lo svolgimento dell'attività della impresa di dimensione minore²³.

In particolare la Misurazione degli Oneri Amministrativi (MOA), intesa come la misurazione *"dei costi sostenuti da cittadini e imprese e rispettare gli adempimenti che comportino la raccolta, l'elaborazione, la produzione, la trasmissione e la conservazione di informazioni e documenti alla Pubblica Amministrazione"*²⁴, è stata inserita anche nello Statuto delle imprese (legge n. 180 del 11 novembre 2011), che *"ha previsto uno strumento di quantificazione degli oneri introdotti ed eliminati attraverso l'attività di regolazione, il cd. "bilancio degli oneri", che si configura come declinazione particolare della MOA"*²⁵.

Nello specifico, il bilancio degli oneri *"si basa sul principio di compensazione sancito dall'art. 8 dello Statuto delle imprese, in cui si stabilisce che per gli atti normativi e provvedimenti amministrativi a carattere generale che regolano l'esercizio dei poteri autorizzativi, concessori e certificatori, nonché l'accesso ai servizi pubblici ovvero la concessione dei benefici non possono essere introdotti*

²² Come richiamato dall'art. 153, comma secondo, lett. b, del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea, il Parlamento europeo e il Consiglio *"possono adottare nei settori di cui al paragrafo 1, lett. da a) a i), mediante direttive le prescrizioni minime applicabili progressivamente tenendo conto delle condizioni e delle normative tecniche esistenti in ciascuno Stato membro. Tali direttive evitano di imporre vincoli amministrativi, finanziari e giuridici di natura tale da ostacolare la creazione e lo sviluppo di piccole e medie imprese"*: tale disposizione è stata poi ripresa all'interno della Carta europea delle piccole imprese e nel successivo *Small Business Act* del 25 giugno 2008 COM (2008) 394 final, che ha introdotto il principio del *"Think Small First"*. Nello stesso senso si veda anche COM (2011) 78 final, *Riesame dello "Small Business Act" per l'Europa* del 23 febbraio 2011.

²³ Per la dottrina si rinvia a SALVI S., *La misurazione e la riduzione degli oneri burocratici: il nuovo programma*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2015, p.16, e a *I maggiori vincoli amministrativi alle attività d'impresa: dai casi specifici alle soluzioni*, Aspen Institute, coordinata da Sabino Cassese, 2016. Più recentemente si rinvia a ANGELETTI S., *La misurazione degli oneri amministrativi in dieci anni di politiche di semplificazione. Risultati e prospettive*, in *Azienda pubblica*, 2018, p.335 ss.

²⁴ FANTINI M. G., *La Misurazione degli Oneri Amministrativi (MOA) e l'Analisi di Impatto della Regolazione sulla Concorrenza (AIRC) come strumenti di Better Regulation e fattori di competitività. Il contributo dell'analisi economica del diritto per la valutazione dell'impatto del contenzioso pubblico*, in *Rassegna dell'Avvocatura dello Stato*, 2018, n. 2, p. 63. Sull'analisi e sulla misurazione dei MOA si rinvia, per tutti, a ANGELETTI S. - GRELLA I., *La contabilità degli oneri amministrativi nelle pubbliche amministrazioni*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2018, p. 21 ss.

²⁵ FANTINI M. G., *op. ult. cit.*, p. 64.

*nuovi oneri regolatori, informativi o amministrativi a carico dei cittadini e imprese e altri soggetti privati senza contestualmente ridurre o eliminare altri oneri, per un pari importo stimato, con riferimento al medesimo arco temporale*²⁶: si tratta della cd. regola *"one -in, one -out"* diffusa a livello internazionale", introdotta nel Regno Unito nel 2011, e poi sostituita nel 2013 dalla regola *"one-in, two-out"*, secondo cui *"si impone di compensare i costi introdotti con risparmi pari al doppio, con riguardo a tutte le misure adottate, ad eccezione delle norme tributarie, fiscali e di emergenza, delle norme di derivazione europea che non introducono gold plating e di quelle che non hanno un impatto sulle imprese e sul terzo settore"*²⁷.

Tuttavia la stessa MOA ha incontrato non pochi ostacoli nella sua applicazione: essa, *"originariamente concepita come un istituto di semplificazione, ha prodotto a sua volta una "burocrazia della misurazione degli oneri", poiché le attività di valutazione e monitoraggio in cui essa si sostanzia richiedono per essere presidiate uffici dedicati appositamente a tali funzioni, relazioni annuali da presentare e programmi da definire"*²⁸.

E allora la semplificazione, o l'azzeramento di tali oneri, unitamente ad una accelerazione importante al digitale, diviene il punto centrale su cui intervenire, anche se è opportuno sottolineare che a volte sono gli stessi Stati membri a violare le norme per il mercato unico concordate a livello di Unione europea, creando o tollerando *"ostacoli nel diritto nazionale con l'obiettivo di inserire un'ulteriore livello di protezione del loro mercato e ottenere vantaggi per le imprese nazionali"*²⁹: tutto ciò danneggia le PMI, *"penalizzate da oneri e complessità a livello amministrativo, in particolare quando attraversano le*

²⁶ FANTINI M. G., *op. ult. cit.*, p. 64.

²⁷ FANTINI M. G., *op. ult. cit.*, p. 64, nota (8), che ricorda che la regola "one for one" equivalente a quella "one in, one out" è stata introdotta nel 2012 in Canada; nel 2017 con Executive Order del Presidente rubricato *"Reducing Regulation and Controlling regulatory Costs"*, è stato altresì *"introdotto il Regulatory Budget e la regola del "one in, one ut", che prevede l'obbligo per le Agenzie di individuare per ogni nuova proposta regolatoria almeno due norme esistenti da abrogare"*.

²⁸ FANTINI M. G., *op. ult. cit.*, p. 64.

²⁹ COM (2020), 94 final, del 10 marzo 2020.

frontiere dell'operare all'interno del mercato unico"³⁰.

A tal fine il regolatore europeo ha recentemente sollecitato i singoli Stati membri a garantire il rispetto della normativa vigente, predisponendo 22 Azioni di natura preventiva che possano sostenere gli Stati nella loro azione volta a prevenire l'apposizione di barriere alla corretta definizione del mercato unico: tra esse pare opportuno ricordare l'Azione 11 finalizzata a prevenire la creazione di *"ostacoli ingiustificati nel mercato unico dei servizi"*, da realizzare adottando la proposta legislativa riguardante la nuova direttiva sulle notifiche relative ai servizi³¹, e l'Azione 13 tesa alla realizzazione dei sistemi informatici del mercato unico, prevedendo altresì l'istituzione di una *Piattaforma per l'applicazione della normativa on line*³².

L'assenza di un quadro giuridico uniforme a livello europeo pregiudica infatti non poco l'attività imprenditoriale e commerciale in particolare, tanto che *"il 57% delle imprese dichiara che se il commercio elettronico fosse disciplinato dalle stesse norme in tutti gli Stati membri dell'UE si lancerebbe nella vendita on line o intensificherebbe tale attività verso gli altri Stati membri"*³³.

In più, è dato riscontrare che anche le vendite *on line* come attualmente configurate possono subire pratiche ingiustificate che sono attuate dai venditori *on line* e che a volte *"impediscono al consumatore di accedere a siti web basati in altri Stati membri ovvero che, sebbene il consumatore possa accedere al sito, gli impediscono di compiere acquisti di prodotti o servizi"*³⁴.

³⁰ COM (2020), 94 final, del 10 marzo 2020, p.2. Si veda altresì, sul punto, il recentissimo studio del Parlamento europeo *Legal obstacles in Member States to single Market rules*, November 2020.

³¹ COM (2020), 94 final, p.10.

³² COM (2020), 94 final, p.11.

³³ COM (2015) 192 final, p.5. Si veda altresì COM (2020) 103, p.4, che sottolinea che *"le PMI non traggono tuttavia ancora pieno beneficio dai dati, la linfa vitale dell'economia digitale. Molte di esse non sono consapevoli del valore dei dati che creano e non sono sufficientemente tutelate né preparate per la futura economia agile basata sui dati. Solo il 17 % delle PMI ha integrato con successo le tecnologie digitali nelle proprie attività, rispetto al 54 % delle grandi imprese"*.

³⁴ COM (2015) 192 final, p.6. Può infatti succedere che *"il consumatore sia ridiretto al sito locale della stessa società, sul quale sono proposti prezzi diversi o una gamma diversa di prodotti o servizi. In altri casi, seppure la vendita sia possibile, sono usate pratiche di geolocalizzazione che determinano l'applicazione automatica di prezzi diversi in funzione dell'ubicazione geografica, per esempio nel caso in cui, a parità di luogo del noleggio e di veicolo, il cliente di autonoleggio paga online in uno Stato membro di più del cliente di un altro Stato membro. Il geoblocco è uno dei vari mezzi cui le imprese ricorrono per segmentare i mercati lungo i confini*

La riduzione degli oneri normativi e il miglioramento dell'accesso delle PMI al mercato rappresenta, come si è anticipato, il secondo pilastro (*"Ridurre l'onere normativo e migliorare l'accesso al mercato"*) su cui si basa la nuova Strategia europea per le PMI, e che si incentra sulla istituzione e sperimentazione di un nuovo strumento giuridico, la Piattaforma *"Fit for the Future"*³⁵, che ha come compito principale quello di coadiuvare *"la Commissione, esprimendo pareri sugli argomenti individuati nel suo programma di lavoro annuale"* (art. 2, comma primo).

A tal fine la Piattaforma raccoglie *"dati, elementi concreti e contributi sulle possibilità di ridurre gli oneri e di semplificare la legislazione dell'Unione individuata senza compromettere la realizzazione dei suoi obiettivi, tenendo conto anche della densità legislativa"* (art. 2, comma secondo, lett. a, della Decisione dell'11 maggio 2020 che istituisce la piattaforma *"Fit for Future"*), e valuta se *"la legislazione dell'Unione individuata e i suoi obiettivi siano ancora pertinenti in considerazione della necessità di affrontare nuove sfide e riflette su come la digitalizzazione e il maggiore uso degli strumenti elettronici possano contribuire alla realizzazione di questi obiettivi"* (art. 2, comma secondo, lett. b). La Piattaforma *"Fit for future"* fornisce altresì contributi su richiesta della stessa Commissione europea (art. 2, comma secondo, lett. c).

Come noto, la Piattaforma è lo strumento centrale su cui si fonda la cd. *Platform economy*³⁶, termine con cui si fa riferimento *"to all economic activity*

nazionali (restrizioni territoriali); limitando le possibilità e la scelta dei consumatori, è anche un'importante causa di insoddisfazione del consumatore e di frammentazione del mercato interno".

³⁵ Che sostituisce la precedente Piattaforma Refit (Conclusioni del Consiglio europeo 2020/C69/03, punto 16). Sul punto si rinvia, per tutti, a CANEPA A., *I mercanti dell'era digitale. Un contributo allo studio delle piattaforme*, Torino, 2020.

³⁶ Si rinvia agli studi di scienza economica in tema di "two sided markets" di ROCHET J.C. – TIROLE J., *Platform competition in two-sided markets*, in *Journal of the European Economic Association*, 2003, n. 1, p. 990-1029 e *Two-sided markets: a progress report*, in *RAND Journal of Economics*, 2006, n. 3, p. 645-667, in cui gli Autori specificano che *"we define a two-sided market as one in which the volume of transactions between end-users depends on the structure and not only on the overall level of the fees charged by the platform. A platform's usage or variable charges impact the two sides' willingness to trade once on the platform and, thereby, their net surpluses from potential interactions; the platforms' membership or fixed charges in turn condition the end-user's presence on the platform. The platforms' fine design of the structure of variable and fixed charges is relevant only if the two sides do not negotiate away the corresponding usage and membership externalities. Conceptually, the theory of two-sided*

arising out of actual or intended commercial transactions in the internal market and facilitated directly or indirectly by online platforms, in particular online intermediation services and online search engines"³⁷.

Essa "negli anni più recenti ha rappresentato, secondo un'espressione usata ormai nel linguaggio corrente, una "innovazione epocale". Il modello di business centrato sulla piattaforma si è diffuso in molte aree della economia. In più l'evoluzione tecnologica ha prodotto una differenziazione tra le varie tecnologie, dalle piattaforme di prima generazione come Google e Yahoo alla creazione di mercati on line come eBay o Amazon fino alla più recente generazione che ha interessato l'economia dei servizi (da Uber a Lyft a Airbnb a Taskrabbit alle piattaforme di crowdfunding o sociale lending solo per fare qualche esempio"³⁸.

In altri termini, la *Platform economy* rappresenta "secondo un'espressione

markets is related to the theories of network externalities and of (market or regulated) multi-product pricing. From the former, initiated by Katz and Shapiro (1985, 1986) and Farrell and Saloner (1985, 1986), it borrows the notion that there are noninternalized externalities among end-users. From the latter, it borrows the focus on price structure and the idea that price structures are less likely to be distorted by market power than price levels". Per gli studi di scienza giuridica il rinvio è, più di recente, a BUCALO M. E., *I servizi delle piattaforme "online" fra giurisprudenza sovranazionale e interna e necessità di regolazione dell'economia collaborativa. Riflessioni a partire dal caso Airbnb*, in *Federalismi.it*, 2020, n. 22, p. 66-93; a GRAMANO E., *Digitalisation and work: challenges from the Platform-economy*, in *Contemporary Social Science*, 2020, n. 4; a LAGIOIA F. – SARTOR G., *Profilazione e decisione algoritmica: dal mercato alla sfera pubblica*, in *Federalismi.it*, 2020, n. 11, p. 85-110; PAISI I., *La Platform Economy: aspetti metodologici e prospettive di ricerca*, in *Rivista internazionale di scienze sociali*, 2019, n. 1, p. 143-162; a PALMIERI A., *Profili giuridici delle piattaforme digitali: la tutela degli utenti commerciali e dei titolari di siti web aziendali*, Torino, 2019; e a SZYMANSKI C., *Gli approcci alla "Platform Economy" nel diritto del lavoro americano*, in *Diritti lavori mercati*, 2019, n. 3, p. 527-548.

³⁷ Decisione della Commissione europea del 26 aprile 2018 *On setting up the Group of Experts for the Observatory on the Online Platform Economy*. Nell'ottobre 2018 il Comitato europeo delle Regioni ha a sua volta creato un nuovo strumento regolatorio di tipo digitale, anch'esso di carattere sperimentale, il cd. Reg Hub, con il compito di analizzare lo stato di attuazione della normativa europea: il Reg Hub si configura come una rete di Hub di regioni e città europee che si candidano per divenire di veri e propri "punti di contatto" per la raccolta di informazioni e osservazioni, che poi saranno recepite formalmente all'interno di specifiche ("*Implementation Reports*") cui sono riconosciute funzioni consultive, di analisi e valutazione della legislazione europea in relazione agli obiettivi che essa stessa si è posta.

³⁸ AMMANNATI L., *Verso un diritto delle piattaforme digitali?*, in *Federalismi*, 2019, p. 2., che osserva che "Le piattaforme non sono soltanto una sfida per i tradizionali modelli di business ma anche per i legislatori e i regolatori. Infatti il dibattito sulle regole reagisce a quelle "minacce" che hanno ad oggetto il crescente potere delle piattaforme sui mercati, gli effetti sul mercato del lavoro così come la tutela dei consumatori e utenti e dei dati che essi forniscono costantemente".

ormai entrata nel linguaggio corrente, una "innovazione epocale"³⁹.

In proposito l'Europa è intervenuta per normare in modo uniforme la materia con Regolamento europeo 2019/1150⁴⁰ (*Platform to Business*) con cui disciplina i cd. servizi di intermediazione *on line*⁴¹ e i fornitori di essi⁴², in quanto tali servizi *"possono essere cruciali per il successo commerciale delle imprese che utilizzano tali servizi per giungere i consumatori"*⁴³, precisando che *"Al fine di sfruttare pienamente i vantaggi dell'economia delle piattaforme on line è importante che le imprese possano avere fiducia nei servizi di intermediazione on line con cui instaurano rapporti commerciali, in primo luogo perché l'incremento delle intermediazioni delle transazioni attraverso i servizi di intermediazione on line, alimentati da forti effetti indiretti di rete basati su dati, conduce a un aumento della dipendenza da tali servizi degli utenti commerciali, in particolare le microimprese, piccole e medie imprese (PMI) per raggiungere i consumatori"*⁴⁴.

Tornando alla Piattaforma *"Fit for the Future"*, essa è incaricata di elaborare un *"Programma di lavoro annuale"* volto alla semplificazione e alla riduzione degli oneri incidenti sulla attività delle PMI e contenuti nella Relazione della Task Force per la sussidiarietà e la proporzionalità.

La Piattaforma *"intende riunire le competenze delle pubbliche amministrazioni, delle parti sociali, delle piccole e grandi imprese, delle organizzazioni per la protezione dei consumatori, la salute e l'ambiente e di altre*

³⁹ AMMANNATI L., *op. ult. cit.*, p. 3.

⁴⁰ Regolamento europeo del 20 giugno 2019 n. 1150, che promuove equità e trasparenza per gli utenti commerciali dei servizi di intermediazione on line.

⁴¹ Ai sensi dell'art. 2, punto 2, del Regolamento europeo del 20 giugno 2019 n. 1150, sono quei servizi che *"soddisfano tutti i seguenti requisiti: a) sono servizi della società dell'informazione, ai sensi dell'art. 1, paragrafo 1, lett. b, della direttiva (UE) 2015/1535 del Parlamento europeo e del Consiglio; b) consentono agli utenti commerciali di offrire beni e servizi ai consumatori, con l'obiettivo di facilitare l'avvio delle transazioni dirette tra tali utenti commerciali e i consumatori, a prescindere da dove sono concluse dette transazioni; c) sono forniti agli utenti commerciali in base ai rapporti contrattuali tra il fornitore e di tali servizi e gli utenti commerciali che offrono beni e servizi ai consumatori"*.

⁴² Ai sensi dell'art. 2, punto 3, del Regolamento europeo del 20 giugno 2019 n. 1150, è tale la *"persona fisica o giuridica che fornisce, od offre di fornire, servizi di intermediazione online agli utenti commerciali"*.

⁴³ Considerando 2 del Regolamento europeo del 20 giugno 2019 n. 1150.

⁴⁴ Considerando 2 del Regolamento europeo del 20 giugno 2019 n. 1150.

organizzazioni non governative"⁴⁵, così da un punto di vista organizzativo essa è composta al proprio interno, ai sensi dell'art. 5, da due organi: il Gruppo Governativo e il Gruppo di Portatori di interessi.

Il primo di essi composto da autorità nazionali, regionali e locali degli Stati Membri e dal Comitato delle Regioni (art. 5, comma secondo); il secondo di esso composto, invece, dal Comitato economico e sociale, che nomina tre Rappresentanti, e diciannove esperti designati dal Segretariato generale della Commissione (art. 5, comma terzo)⁴⁶.

La Piattaforma "*Fit for The Future*" si configura come un interessante strumento innovativo di natura digitale, ma circa la concreta efficacia di tale strumento pare opportuno attendere i primi riscontri sulla attività economica delle imprese di dimensione minore.

3. La sperimentazione di nuovi strumenti di regolamentazione giuridica digitale per una nuova disciplina delle PMI: i Digital Innovation Hub (DIH)

Da quanto analizzato nei paragrafi precedenti di questo studio appare ormai evidente che non può esservi concreto sviluppo della impresa di dimensione minore se non attraverso un profondo ed intenso processo di digitalizzazione dell'attività di impresa.

In proposito la nuova *Strategia* europea auspica la attivazione di strumenti specifici finalizzati a realizzare tale processo, tra essi si ricordano la istituzione di *Corsi accelerati per la digitalizzazione* (che offrono alle imprese analisi approfondite relativamente ad alcuni aspetti inerenti l'IA, la *Cybersecurity*, la blockchain), e la predisposizione di specifici programmi per *Volontari digitali*, volti a "*consentire a giovani qualificati e anziani dotati di esperienza di condividere le loro competenze digitali con le imprese tradizionali*"⁴⁷: ciò permetterà, tra l'altro, di aggiornare l'*Agenda delle competenze per l'Europa*

⁴⁵ Considerando 13 della Decisione della Commissione europea dell'11 maggio 2020.

⁴⁶ La Piattaforma è presieduta dal vicePresidente della Commissione responsabile della qualità della legislazione, mentre un funzionario di alto livello della Commissione presiede le riunioni preparatorie della Piattaforma (art. 8).

⁴⁷ Com (2020) 103 final, p.6.

varando un apposito *Patto per le competenze*, che *"comprenderà una componente specifica per le PMI"*⁴⁸.

In questa direzione si legga anche la Proposta di Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che istituisce il programma *Europa digitale per il periodo 2021-2027* COM (2018) 434, che, al fine di favorire la trasformazione digitale per le imprese, introduce per le PMI il ricorso allo strumento del *Digital Innovation Hub - DIH*⁴⁹- che persegue l'obiettivo di garantire alle PMI di usufruire di *"servizi di consulenza a portata di mano"* in materia digitale.

I Digital Hub si configurano allora come un modello organizzativo innovativo utile a supportare le PMI nel divenire *"more competitive with regard to their business/production processes, products or services by using digital technologies"*⁵⁰; tale modello organizzativo è presente in Europa, tanto che *"fully operational DIHs are differentially distributed across Europe with the highest number in Spain (47 DIHs), followed by Italy (30 DIHs). DIHs have different structures, including clusters of organizations (18%), specific programs or initiatives, which are usually publicly founded (12%) and RTO (12%). Less frequent structures include joint ventures an alliance and regional agencies. A great number of these are described as units of the coordinator (34%). Which, in turn, are represented by RTOs (23%), universities (18%), and industrial and artisan association (7%). The residual part includes governmental agencies and cluster. In contrast, 26 % do not have a specific coordinator in their structure"*⁵¹. Ed è proprio il motore della Digital Transformation (DX) quello che le PMI, in particolare quelle italiane, hanno necessità di attivare senza indugio: per fare ciò esse richiedono *"a specific support to adopt digital technologies, unlike big*

⁴⁸ Com (2020) 103 final, p.6, ove si sottolinea come l'istruzione e la formazione professionale siano *"particolarmente importanti per le PMI, per potere garantire che la forza lavoro disponga delle competenze necessarie sul mercato del lavoro"*.

⁴⁹ Per la dottrina si rinvia a CRUPI A. – DEL SANTO N. – DI MININ A. – GREGORI G., *The digital transformation of SMEs – A new knowledge broker called the digital innovation hub*, in *Journal of Knowledge Management*, 2020, n. 6, p.1263-1288.

⁵⁰ CRUPI A., DEL SARTO A., DI MININ A., GREGORI G.L., LEPORE D., MARINELLI L., SPIGARELLI F., *op. ult. cit.*, p. 1264.

⁵¹ CRUPI A., DEL SARTO A., DI MININ A., GREGORI G.L., LEPORE D., MARINELLI L., SPIGARELLI F., *op. ult. cit.*, p. 1271.

enterprises, which are the main adopters”, come peraltro sottolineato in una “recent investigation of the Italian Ministry of economic development, which was conducted on 24.000 firms between October 2017 and February 2018. The results shows that only 18,4% of small enterprises and 35,5% of medium enterprises are adopting new advanced technologies, compared to 47,1% of large ones (MET-MISE 2018)”⁵².

All'interno di questo contesto, ed in relazione all'applicazione del Digital Hub alle PMI, è stato sottolineato come *“In 40% of DIHs a focus on SMEs is expressed in their mission and activities, and 9% SMEs are described as the only clients of the DIHs, in addition, 19% outline an interest in SMEs mainly as a result of regional, national or European project”⁵³.*

Così nella proposta di Regolamento dell'Europa digitale⁵⁴ il Digital Hub è definito quale *“soggetto giuridico designato o selezionato nell'ambito di una procedura aperta e competitiva per svolgere i compiti previsti dal programma, in particolare assicurare l'accesso a competenze tecnologiche e strutture di sperimentazione, come attrezzature e strumenti software, allo scopo di rendere possibile la trasformazione digitale dell'industria”⁵⁵*: in questo senso, essi potranno svolgere anche una funzione di intermediazione *“tra PMI e università/erogatori di formazione a livello locale”⁵⁶.*

Organizzati in “rete”⁵⁷, i DIH si configurano come strumenti finalizzati a porre

⁵² CRUPI A., DEL SARTO A., DI MININ A., GREGORI G.L., LEPORE D., MARINELLI L., SPIGARELLI F., *op. ult. cit.*, p. 1273.

⁵³ CRUPI A., DEL SARTO A., DI MININ A., GREGORI G.L., LEPORE D., MARINELLI L., SPIGARELLI F., *op. ult. cit.*, p. 1271.

⁵⁴ COM (2018) 434, *Proposta di Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che istituisce il programma Europa digitale per il periodo 2021-2027*.

⁵⁵ Art. 2, 1, lett. e, della COM (2018) 434, *Proposta di Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che istituisce il programma Europa digitale per il periodo 2021-2027*.

⁵⁶ COM (2020) 103 final, p.6.

⁵⁷ L'art. 16, comma primo, della Proposta specifica che nel primo anno di attuazione del Programma sia istituita una Rete iniziale di Poli dell'innovazione digitale, ed a tale fine *“ciascuno Stato membro designa soggetti candidati per mezzo di una procedura aperta e competitiva in base ai seguenti criteri: (a) competenze adeguate relative alle funzioni dei poli dell'innovazione digitale; (b) capacità di gestione, personale e infrastrutture adeguati; (c) mezzi operativi e giuridici per applicare le norme di gestione amministrative, contrattuali e finanziarie stabilite a livello dell'Unione; (d) adeguate garanzie finanziarie, emesse preferibilmente da un'autorità pubblica, corrispondenti al livello dei fondi dell'Unione che il soggetto sarà chiamato a gestire”* (comma secondo).

in essere azioni volte a: "(a) fornire servizi di trasformazione digitale (comprese le strutture di prova e sperimentazione) orientati alle PMI e alle imprese a media capitalizzazione, anche in settori in cui l'adozione delle tecnologie digitali e di tecnologie correlate è lenta; (b) trasferire competenze e know-how tra le regioni, in particolare mettendo in rete le PMI e le imprese a media capitalizzazione stabilite in una regione con i poli dell'innovazione digitale stabiliti in altre regioni che sono in grado fornire al meglio i servizi richiesti; (c) fornire servizi tematici - compresi quelli correlati all'intelligenza artificiale, al calcolo ad alte prestazioni e alla cibersecurity e alla fiducia - alle amministrazioni, alle organizzazioni del settore pubblico, alle PMI e alle imprese a media capitalizzazione. I singoli poli dell'innovazione digitale possono specializzarsi in servizi tematici specifici e non sono tenuti a fornire tutti i servizi tematici citati nel presente paragrafo; (d) erogare sostegno finanziario a terzi nell'ambito dell'obiettivo specifico 4 - Competenze digitali avanzate" (art. 16, comma sesto, della Proposta).

4. Riflessioni conclusive. PMI e capitalismo digitale: un nuovo rapporto tra regolato e regolatore

In via conclusiva, pare potersi affermare che la nuova Strategia europea per le PMI per essere compiutamente compresa debba inserirsi in una visione più ampia dell'Europa e dell'intervento pubblico di essa nell'economia.

L'attuale crisi pandemica ha sancito con forza la centralità della evoluzione digitale nel settore sanitario e sociale, ma anche economico, tanto che la Commissione europea con Comunicazione del 27 maggio 2020, 456 final, "*Il momento dell'Europa: riparare i danni e preparare il futuro per la prossima generazione*" (cd. *Next Generation EU*) ha sottolineato come "*La pandemia e le sue conseguenze sulle nostre vite e sulle nostre economie hanno messo in luce l'importanza della digitalizzazione in tutti i settori dell'economia e della società dell'UE*"⁵⁸: in particolare, la Proposta di Regolamento n. 451 del 2020⁵⁹ dispone

⁵⁸ Comunicazione della Commissione europea del 27 maggio 2020, 456 final, "*Il momento dell'Europa: riparare i danni e preparare il futuro per la prossima generazione*" (cd. *Next Generation EU*), p.9.

⁵⁹ COM (2020) 451 final.

che le risorse aggiuntive assegnate al Fondo Europeo di Sviluppo Regionale siano utilizzate *"principalmente per sostenere investimenti in prodotti e servizi a carattere sanitario, per sostenere le PMI fornendo loro capitale di esercizio o sostegno agli investimenti, per investimenti che contribuiscano alla transizione verso un'economia verde e digitale, per realizzare infrastrutture che consentano la prestazione di servizi di base ai cittadini e per mettere in atto misure economiche nelle regioni più dipendenti dai settori maggiormente colpiti dalla crisi"*⁶⁰.

Volendo ora trarre qualche considerazione conclusiva, pare opportuno ricordare come ogni riflessione relativa alla regolamentazione dell'impresa, e particolarmente dell'impresa di dimensione minore, non possa prescindere dalla rivoluzione digitale che ha esercitato un effetto realmente e profondamente *disruptive* all'interno del mercato⁶¹.

Tale rivoluzione digitale segna in modo inequivocabile il passaggio da un capitalismo di tipo tradizionale ad un capitalismo di tipo digitale⁶², ed impone di ripensare innanzitutto al rapporto giuridico tra regolatore e regolato, tra pubblico potere e impresa, in ultima analisi, tra libertà e autorità.

⁶⁰ Art. 1 della Proposta.

⁶¹ MAESTRI E., *Lex informatica. Diritto, persona e potere nell'età del cyberspazio*, Napoli, 2015, p.44, che ha affermato che il processo di trasformazione digitale ha assunto *"una portata epocale"*, dal momento che *"concetti come sovranità, legge, privacy, persona, diritti fondamentali hanno subito una torsione semantica all'interno del contesto digitale dove lo spazio e il tempo non esistono e tutto si svolge istantaneamente. Nel mondo digitale la direzione del diritto è quella di seguire le merci più che le persone (e la loro integrità e dignità), le merci viaggiano sempre più veloci, i loro modi di produzione si evolvono rapidamente attraverso un sistema che appare quello del peer-to-peer ... Il diritto, di conseguenza, deve farsi leggero e paradossalmente di fronte alla forza universale della globalizzazione esso di de-compone, si de-localizza come le merci, come i bit di un file"*.

⁶² La tematica del del capitalismo digitale è stato oggetto di approfondite indagini: si veda, per tutti, ZUBOFF S., *Il capitalismo della sorveglianza*, Roma, 2019, p. 18, che afferma che *"Il capitalismo della sorveglianza si appropria della esperienza umana usandola come materia prima da trasformare in dati sui comportamenti. Alcuni di questi dati vengono usati per migliorare prodotti o servizi, ma il resto diviene un surplus comportamentale privato, sottoposto a un processo di lavorazione avanzato noto come "intelligenza artificiale" per essere trasformato in prodotti predittivi in grado di vaticinare cosa faremo immediatamente tra poco e tra molto tempo"*. Si rinvia altresì a ALPA G. (a cura di), *Diritto e intelligenza artificiale: profili generali, soggetti, contratti, responsabilità civile, diritto bancario e finanziario, processo civile*, Pisa, 2020; a FINOCCHIARO G., *Diritto di Internet*, Bologna, 2020; a COHEN J. E., *Between truth and power: The Legal Constructions of Informational Capitalism*, Oxford, 2019; a O'NEAL C., *Weapons of math destruction: how big data increases inequality and threatens democracy*, New York, 2017; e a BETANCOURT M., *The critique of digital capitalism*, New York, 2015.

Questo inesorabile processo di trasformazione inciderà inevitabilmente anche sulla definizione di nuove regole volte a disciplinare l'esercizio del diritto di libera intrapresa economica a livello ordinamentale, sia nazionale che europeo, all'interno di un mercato sempre più di tipo digitale.

In questo nuovo contesto le PMI possono trovare una collocazione normativa inedita, capace di valorizzare le potenzialità che certamente esse posseggono in termini di fatturati ma anche di capacità di inclusione sociale.

L'auspicio è, allora, che l'impresa di dimensione minore possa divenire un interlocutore di prima grandezza per il legislatore europeo nella costruzione di un nuovo quadro di regolazione giuridica del mercato, ove il pubblico potere affianchi e supporti l'attività economica con una strumentazione giuridica e tecnologica realmente innovativa, e con nuove categorie giuridiche e culturali, adeguate ad affrontare un processo di dimensioni epocali quale la trasformazione digitale del mercato, che le imprese da sole difficilmente potrebbero sostenere.

La propiedad de la tierra ante el actual Derecho de la Economía

di **Vanesa Sánchez Ballesteros**

Profesora de la Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas de la Universidad de Jaén

ABSTRACT

Land has traditionally been the main object on which the design of property rights has been designed. This vision must be revised in the light of modern economic law, in a broad dimension that can range from the civil to its possible tax implications.

SINTESI

La tierra ha constituido tradicionalmente el principal objeto sobre el que se ha querido proyectar la configuración del derecho de propiedad. Esta visión debe ser revisada a la luz del moderno Derecho de la Economía, en una amplia dimensión que puede ir desde lo civil hasta sus posibles implicaciones tributarias.

SOMMARIO

1. Introducción - 3. Metodología - 4. Propiedad de la tierra y la función social - 4.1. *Concepciones generales* - 4.2. *La tierra un derecho privado o un derecho de todos* - 4.3. *Objetivo de la función social de la propiedad* - 4.4. *Regulación jurídica del derecho de propiedad* - 4.5. *La utilidad de la tierra como derecho de todos* - 5. Resultados - 6. Conclusiones

1. Introducción

Hablar de la tierra, el suelo, como recurso natural de todos, unido al concepto de propiedad a la tierra, probablemente resulten fricciones entre ambos conceptos en lo que respecta a su libre ejercicio y a la concepción jurídica de tales atribuciones; pues, si la tierra como uso del suelo, es de todos y, la

propiedad, pleno señorío de una cosa, se puede plantear el reto de compaginar tales conceptos y hacerlos viables en su aplicación más óptima. Para su desarrollo y pragmatismo exitoso, este reto de viabilidad de ambos conceptos ha de venir aunando el respeto tanto la concepción general de los recursos naturales, como bien social de la colectividad, así como de la propiedad, asumiendo límites y limitaciones que a su vez y paradójicamente, abran un nuevo abanico de facultades para todos.

Ante tal tesitura, y sabiendo que la tierra se encuentra repartida en manos de una minoría provocando situaciones de desigualdad en el resto de la población, nos planteamos en este trabajo la cuestión de que, si tal recurso es suficiente para todos, el desafío está en confeccionar el uso optimizado de los recursos derivado de la concepción social, respetando las facultades de dominio de los propietarios.

2. Objetivos propuestos

El objetivo general de este trabajo es el de buscar nuevas soluciones jurídicas posibles en pro de la optimización de nuestros recursos naturales, entendiendo a la tierra como recurso de todos.

Otros objetivos planteados serán: estudiar el régimen jurídico de la propiedad y la tierra como recurso; equilibrar desde un punto de vista jurídico las facultades del propietario y la función social; plantear nuevas facultades de goce positivas para ambas partes, el propietario y la colectividad; plantear nuevos instrumentos de colaboración y formalización entre los propietarios y los entes sociales, de tal modo que tales acuerdos y concesiones puedan llevarse a cabo de forma eficiente; integrar las nuevas facultades de uso en un contexto social e integrador para la consecución real de la función social proclamada en nuestra Constitución.

3. Metodología

Se hará un recorrido breve sobre la concepción de la propiedad como derecho subjetivo; y la tierra, el suelo, como recurso natural. Asimismo, se retrocederá en el tiempo para comprender el cómo y el porqué de la función

social de la propiedad; además, se estudiará su régimen jurídico y la aplicación actual de tal función; se buscarán nuevas facultades de uso que protejan el interés de la colectividad y su plasmación; y por último, los resultados y conclusiones.

4. Propiedad de la tierra y la función social

4.1. Concepciones generales

4.1.1. Concepto de propiedad

La propiedad privada, es el derecho real por excelencia y se define desde una perspectiva jurídica, como el señorío sobre la cosa cuyo contenido esencial radica en la facultad de goce que posee un propietario en cuanto a la utilización de un bien determinado y la posibilidad de decidir plenamente sobre su goce⁶³. Cuando hablamos de dominio como sinónimo de propiedad⁶⁴, es la relación jurídica entre el dueño (titular dominical) y la cosa de su propiedad, configurando así el contenido del derecho de propiedad sobre una cosa corporal⁶⁵.

Del mismo modo, la propiedad como derecho real es un derecho subjetivo integrado por una serie de facultades cuyas rasgos⁶⁶ más comunes, entre otros, se podrían citar la de "inmediatividad", basada en el que el poder del titular del derecho es inmediato, en cuanto se manifiesta un señorío directo, sin necesidad de otra persona para la realización de su ejercicio; "facultad de exclusión", por el cual el titular del derecho puede disponer a la cosa con las condiciones necesarias para prevenir una intromisión de terceros, o puede poner las medidas o acciones para poner fin cualquier perturbación de su derecho que se

⁶³ V. L. MONTÉS PENADÉS, *La propiedad privada en el sistema del Derecho civil contemporáneo*, Editorial Cívitas, Madrid, 1980, 50.

⁶⁴ J. M. MANRESA, *Comentarios al Código Civil Español*. Tomo III, 8a. ed. revisada y puesta al día por RICO PEREZ, Madrid, 1960, 184.

⁶⁵ Enciclopedia jurídica. Edición 2014.

<http://www.encyclopedia-juridica.biz14.com/d/dominio/dominio.htm> (visitado el 20 de abril de 2019).

⁶⁶ C. LASARTE, *Propiedad y derechos reales de goce. Principios de Derecho Civil*, Marcial Pons, Madrid, 2009, 27-37.

esté produciendo (a través de la acción reivindicatoria⁶⁷ e interdictos posesorios⁶⁸); absolutividad referida al derecho que se hace efectivo frente a cualquier persona que pueda entrar en contacto con la cosa, es decir, oponible "erga omnes" (frente a todos); "facultad de persecución", que posibilita al titular del derecho a perseguir legalmente la cosa ante cualquier persona que la detente; así como "facultad de disposición", en lo que se refiere a que el titular del derecho podrá enajenar, ceder, transferir y grabar el bien cuando estime conveniente con las limitaciones establecidas por la ley (interés público, derechos reales de adquisición preferente, derechos de servidumbres, etc.)

Vistas las facultades y para hondar aun más en el concepto legal de derecho de propiedad y comprender mejor la junción social de la propiedad, es conveniente resaltar sus caracteres⁶⁹ más importantes, pues serán éstos los que propiciarán tal función. En primer lugar, y como carácter fundamental, la propiedad es "general", pues el derecho de la propiedad otorga la presunción de encontrarse libre de cargos y gravámenes y, por tanto, la generalidad de las facultades sobre la cosa, salvo limitaciones por disposición legal⁷⁰. En un segundo lugar, hablamos de que la propiedad es "abstracta", al ser un derecho con la capacidad de separar sus facultades, con existencia autónoma en relación al resto o a cada una de ellas⁷¹. En tercer lugar, la propiedad es "elástica"⁷², porque, aunque la propiedad pueda contener limitaciones

⁶⁷ La acción reivindicatoria, según el artículo 348 del Código Civil Español actual es una acción real que corresponde al propietario para proteger su dominio cuyo carácter recuperatorio va dirigido a condenar al poseedor a reintegrar al dueño la cosa bien identificada, objeto de conflicto.

<https://guiasjuridicas.wolterskluwer.es> (visitado el 15 de marzo de 2019).

⁶⁸ Interdictos posesorios: son aquellos procedimientos judiciales que puede utilizar el poseedor para defender su derecho de posesión sin entrar en el análisis del derecho amparado en el artículo 446 del Código Civil Español.

<https://guiasjuridicas.wolterskluwer.es> (visitado el 10 de febrero de 2019).

⁶⁹ El derecho de propiedad.

<https://guiasjuridicas.wolterskluwer.es> (visitado el 11 de marzo de 2019).

⁷⁰ M. ALBALADEJO, *Derecho Civil. T. III, Derechos de bienes, vol. 1º. Parte General y derecho de propiedad*, 3a. Editorial Bosch, Barcelona, 1977, 133.

⁷¹ J. M. ROCA SASTRE, *La concepción del usufructo como pars domini*. *Derecho hipotecario*. Tomos I, II y IV, Editorial Bosh, Barcelona, 1947, 116.

⁷² J. SANTOS BRIZ, *Derecho Civil, Teoría y Práctica*. Tomo II, Derecho de cosas, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1973, 154.

(usufructo, servidumbre, etc), cuando desaparecen, recobra su carácter de generalidad (STS de 27 de junio 1991), es decir, se despliegan las limitaciones para posteriormente volver a su origen. En este sentido, en cuanto a la función social que se plantean en este trabajo, se abriría el abanico de facultades, cediendo temporalmente alguna de ellas al interés general, pero recobrando el pleno dominio en el momento del término del plazo que se acuerde. Otros caracteres que podemos considerar es el de "exclusividad", al otorgar todas las facultades a quien ostenta su titularidad, impidiendo el goce de la cosa a terceros, siempre y cuando no existan otros derechos o cargas en la propiedad⁷³. Y por último el de "perpetuidad", al no estar la propiedad sujeta a prescripción, por lo que durará de forma ilimitada a través de la sucesión de titulares, sin perjuicio de las causas de extinción generales de los derechos reales.

4.1.2. Concepción de la Tierra como recurso natural

Los recursos naturales son el conjunto de elementos no producidos por el hombre que encontramos en la naturaleza originariamente. Dentro de su concepción y en función de su estabilidad vital los podemos clasificar en renovables y no renovables. La tierra, es entendida como un recurso renovable, más su concepción concreta dependerá de la situación económica-social de los Estados⁷⁴.

Con respecto a la evolución de la legislación relativa a los recursos naturales, las normas relativas a la propiedad de la tierra y el uso de los recursos se han ido desarrollando a través de los siglos en función de las necesidades sociales y a cada recurso por separado, a medida que al hombre le surgía la necesidad de uso. Por ende, la legislación sobre la tierra y sus usos ha sido la primera en

⁷³ En la protección del derecho de propiedad frente a terceros, juega un papel esencial su inscripción registral, que no es ajena a requisitos fiscales. Cfr. C.M. LÓPEZ ESPADAFOR, *Las competencias tributarias de las Oficinas Liquidadoras de Distrito Hipotecario a cargo de Registradores*, Quincena Fiscal, N° 20, 2019, 49.

⁷⁴ Blog de derecho Ambiental. *Recursos Naturales y Derecho Agrario y contenido. Los recursos naturales*. Federación Universitaria de Perú, 2019.

<http://federacionuniversitaria71.blogspot.com/2008/09/recursos-naturales-y-derecho-agrario.html> (visitado 2 de marzo de 2019).

configurarse en los ordenamientos jurídicos de los Estados⁷⁵, condicionada por su gran repercusión social⁷⁶.

4.2. La tierra un derecho privado o un derecho de todos

El derecho a la tierra, desde un punto de vista jurídico, ha ido cambiando a lo largo de los siglos como resultado de las necesidades sociales. Así, desde la antigüedad, el derecho del suelo era entendido como algo natural, sin más consecuencias que la de proporcionar vivienda y sustento, fue con el comienzo de la agricultura cuando se fue transformando dicho precepto⁷⁷. Posteriormente, en tiempos de los romanos, la propiedad se convirtió en algo exclusivo, absoluto y perpetuo, abriendo camino a la constitución de la propiedad privada como un derecho. Pero no llegó tal consideración de derecho, hasta la edad Media, bajo el sistema feudal, donde sólo unos pocos, monarcas e iglesia poseían la tierra⁷⁸. El derecho de propiedad, que se configuraba relativo en sus inicios, para pasar a ser absoluto en el medievo y de unos pocos, evolucionará en el periodo liberal como un derecho de todos y para todos.

Con la filosofía social⁷⁹ que encarna la ilustración en el siglo XVIII, los valores tradicionales y los privilegios⁸⁰ estamentales se contraponen con el

⁷⁵ Sobre su configuración en el plano fiscal y desde una perspectiva comparada, vid. C.M. LÓPEZ ESPADAFOR, *La tributación de las empresas agrícolas dedicadas al aceite de oliva en España: elementos comparativos con Italia*, Nueva Fiscalidad, Nº 2, 2016, 9.

⁷⁶ FAO, *Marco jurídico-institucional para el manejo de los recursos naturales*, Estudio legislativo Nº 9, 1957, 3.

<http://www.fao.org/3/H0422S/H0422S.pdf> (visitado el 15 de febrero de 2019).

⁷⁷ Agricultura que a su vez ha sufrido una gran redefinición en su contemplación jurídico-económica, estando necesitada de una protección fiscal, ante las muy diversas amenazas que sufre, teniendo que afrontar hasta las consecuencias del cambio climático, propio del sistema de producción actual. En tal sentido vid. C.M. LÓPEZ ESPADAFOR, *Un importante campo de aplicación del decreto-ley en materia de ingresos y gastos públicos*, CEF Revista de Contabilidad y Tributación, Nº 398, 2016, 85-110.

⁷⁸ Cronoteca Genealógica, *El origen de la propiedad individual*.

http://www.cronotecagenealogica.com/origen_propiedad.html (visitado el 20 de marzo de 2019).

⁷⁹ M. BEDERA BRAVO, *La propiedad privada como elaboración del liberalismo burgués. Su proceso de positivación*, Anales de Estudios Económicos y Empresariales, Nº 5, 1990, 263-286.

<https://dialnet.unirioja.es/servlet/autor?codigo=130890> (visitado el 3 de abril de 2019).

⁸⁰ En el plano tributario, vid. C.M. LÓPEZ ESPADAFOR, *Privilegios e inmunidades fiscales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, 9 y ss.

iusnaturalismo racionalista, dando lugar a nuevas teorías económicas, calando profundamente en la sociedad burguesa, excluída hasta ese momento de los órganos de poder. Es pues, tras la revolución francesa de 1789, cuando se produce un proceso de maduración ideológica y afianzamiento político de poder, constituido como seguridad individual y libertad personal, condicionado por la cultura, valores y vivencias de aquella España del siglo XIX. Es por ello, que el concepto de propiedad privada recogido en el Código Civil en sus artículos 348 y 349 cumple con una doble función: por un lado, con la culminación de un largo proceso de amortización; y por otro, responde al límite de la situación anterior, donde se configuraba como un derecho desigual, con gravámenes perpetuos sobre el dominio⁸¹.

Posteriormente, nuestra Constitución Española, recoge en su artículo 33.2, el derecho a la propiedad privada con una restricción, la función social⁸², que limita su contenido de acuerdo a las leyes. Asimismo, añade en su apartado 3, que *"nadie podrá ser privado de sus bienes y derechos sin causa justificada de utilidad pública o interés social"*, incidiendo nuevamente sobre la limitación de su contenido, siempre de acuerdo a las normas y justificado por el interés social, dando lugar a una propiedad privada muy alejada de la concepción absoluta de la que se partía en tiempos antiguos. Aparece ya un cambio considerable del tratamiento del derecho de propiedad que se inicia en la antigüedad como absoluto, transformándose en un derecho subjetivo amable con la sociedad, compatibilizando con el interés general de la colectividad, dando un paso más allá, atribuyendo a su titular facultades sociales.

4.3. Objetivo de la función social de la propiedad

Entre los objetivos esenciales que se plantean en relación a la función social de la propiedad, es el estudio de la propiedad entendida como forma de aprovechamiento de un recurso natural y por ende, un derecho de todos.

⁸¹ F.J. SÁNCHEZ CALERO, *Curso de Derecho Civil III*. Editorial Tiránt lo Blanch, Valencia, 2017, 105-122.

⁸² Esta función social, en su vertiente plasmada en las leyes fiscales, nunca puede extralimitarse, dejando vacío de contenido el calificativo constitucional de privada para la propiedad. Cfr. C.M. LÓPEZ ESPADAFOR, *Cómo concretar la prohibición de confiscatoriedad haciendo el sistema tributario más progresivo*, Crónica Tributaria, Nº 166, 2018, 147.

Asimismo, el estudio de la evolución del concepto de propiedad y de recurso natural, su fricción y su convergencia, sobre todo al proclamarse los nuevos Estados democráticos con ideologías abiertas e integradoras, adaptando un concepto de propiedad con una doble función, la de otorgar al propietario el máximo elenco de facultades posibles, pero limitando éste en pro del interés social; en consecuencia, la materialización real de la función social que proclama nuestra Constitución Española en su artículo 33. Y cómo objetivos específicos de este trabajo, conlleva la consecución de la plasmación efectiva de la función social de la propiedad privada, cómo se concreta y cómo se compagina tal función sin menoscabar la dimensión del derecho de la propiedad; todo ello, teniendo en cuenta que nos encontramos ante el derecho real por excelencia, porque atribuye a su titular el mayor número de prerrogativas posibles sobre una cosa, es decir, derecho de disposición, derecho de goce y derecho de defensa frente a terceros; y, por tanto, se vislumbra un proceso de confrontación de derechos, los individuales frente a la utilidad pública.

Como consecuencia de todo este proceso social de dominio, compartido entre los intereses individuales y colectivos, surge la distinción entre límites y limitaciones. Entendiendo como límite las restricciones que condiciona la propiedad, proporcionando un equilibrio entre el poder del propietario y la convivencia social, sin disminución del patrimonio, caracterizado por la generalidad y la igualdad. En cambio, cuando hablamos de limitaciones, si comprimen el contenido de la propiedad requiriendo un acto especial a la cosa de la que se trate, necesitando la carga de la prueba. Como límites del derecho de la propiedad, podemos citar: el abuso del derecho (el ejercicio del derecho no puede realizarse con la intención de dañar a otro), el *ius usus innocui* (aprovechamiento inocuo de una cosa ajena), relaciones de vecindad (limitando el ejercicio del derecho de propiedad de cada propietario conlindante, para evitar daño o perjuicio al vecino). Como limitaciones de derecho de la propiedad, como ya hemos comentado, producen un gravamen sobre la cosa, como sucede con las servidumbres⁸³.

⁸³ J.L. DIEZ-PICAZO, *Los límites del derecho de propiedad en la legislación urbanística*, Revista de Derecho Urbanístico (mayo-junio), 1971, 20 y ss.

4.4. Regulación jurídica del derecho de propiedad

Vista brevemente la evolución del derecho de propiedad privada a lo largo de la historia, no podemos olvidar la gran variedad de textos que se suceden relacionados con el tratamiento de este precepto, tanto de forma directa como indirecta, desarrollando el derecho de la propiedad como una cuestión fundamental de derechos humanos⁸⁴.

A partir de aquí, la positivación de nuestro derecho de propiedad fue paulatinamente una realidad en nuestros ordenamientos jurídicos. En España se recoge en nuestro Código Civil aprobado por el Real Decreto de 24 de julio de 1889 (publicado en "Gaceta de Madrid núm. 206, de 25/07/1889) en su artículo 348, definiéndolo como "*el derecho de gozar o disponer de una cosa sin más limitaciones que las establecidas por las leyes*". En su codificación ya se manifiesta en su manera de comprenderlo como una situación de poder, como derecho subjetivo individual de situación tanto directa como indirecta, desarrollando el derecho de propiedad como una cuestión fundamental de derechos humanos⁸⁵.

En primer lugar, en nuestra Constitución y posteriormente en los Estatutos de Autonomía, se destaca una especial protección a la propiedad privada en su artículo 156, pero limitando tal protección a la utilidad pública o interés social. Se centra más bien el precepto a las garantías sobre la expropiación, a pesar de que se concluya con la interpretación de que tal artículo sea de acuerdo a la función social y añadan una perspectiva a la hora de subordinar la riqueza al interés general. En la Ley de Reforma Agraria de Andalucía⁸⁶, por ejemplo, abordaba la función social en la propiedad privada, como una forma de

⁸⁴ P. P. MERCIER DE LA RIVIER, *El orden natural y esencial de las sociedades políticas*, Editorial de Dubois, A. París, 1767, 145 y ss.

⁸⁵ J. GILBERT, *Derecho a la Tierra como Derecho Humano: argumentos a favor de un Derecho Específico a la Tierra*, Revista internacional de derechos humanos, Editorial Sur, Vol. 10, 2013.

<https://sur.conectas.org/es/derecho-la-tierra-como-derecho-humano/>(visitado el 6 de abril de 2019).

⁸⁶ Ley 8/1984, de 3 de julio, de Reforma Agraria (publicada en BOE de 13 de agosto).

modalizar su ejercicio para la consecución de un logro social⁸⁷. La Ley del Suelo⁸⁸ en su artículo 4 declara que *"el ejercicio de la potestad de ordenación territorial y urbanística deberá ser motivado, con expresión de los intereses generales a que sirve"*; los artículos 49-54, se ocupan, bajo la rúbrica de "Función social de la propiedad y gestión del suelo" de una serie de "instituciones jurídicas" ya consolidadas en el ordenamiento último español desde que la Ley 8/2007, de 28 de mayo, de suelo, cuyo contenido pasó al Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de julio, orientado básicamente, a la necesidad de satisfacer la necesidad de una vivienda digna al conjunto de la sociedad.

A nivel Internacional podemos citar⁸⁹: el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC)⁹⁰, en su artículo 11 declara que los Estados Partes reconoceran y velaran por el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, en aspectos como la alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a una mejora continua de las condiciones de existencia. Asimismo, la Declaración Universal de Derechos Humanos⁹¹ en su artículo 25 establece, entre otros conceptos, el derecho que toda persona y su familia tiene a vivir con un nivel de vida adecuado que asegure la salud y el bienestar, destacando aspectos como la alimentación, la vivienda, etc.

4.5. La utilidad de la tierra como derecho de todos

Vista la parte teórica y para no extendernos más en aspectos jurídicos y doctrinales, en estas líneas se pretende plantear la posibilidad de llevar a cabo tal función recogida en nuestra Constitución y en nuestros textos legales respectivos, con el propósito de dar luz a nuevas configuraciones prácticas,

⁸⁷ F.J. SÁNCHEZ CALERO, *Curso de Derecho Civil III*, Editorial Tiránt lo Blanch, Valencia, 2017, 105-122.

⁸⁸ Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana (publicado en BOE de 31 de octubre).

⁸⁹ C.M. LÓPEZ ESPADAFOR, *La construcción del Derecho Internacional Tributario*, Crónica Tributaria, Nº 160, 2016, 95.

⁹⁰ Instrumento de Ratificación de España del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, hecho en Nueva York el 19 de diciembre de 1966 (pulgado en BOE de 30 de abril de 1977).

⁹¹ Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH) adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 217 A (III), el 10 de diciembre de 1948 en París.

compatibles con las facultades propias y plenas de la propiedad privada y los factores sociales, aprovechando algunos preceptos consagrados en nuestro Texto Supremo, declarando que España es un estado social y democrático de derecho. Para ello, se ha tratado de evidenciar la necesidad de desplegar un haz de facultades positivas, tanto a los propietarios públicos como privados sobre la propiedad privada inmobiliaria, entendiéndola como un recurso natural⁹² y un bien social que puede ser aprovechado en todas sus vertientes. Ya no sólo desde un punto de vista orientado hacia la consecución de una vivienda para todos y a utilidades públicas a través de la expropiación para la realización de carreteras, colegios, parques, etc; sino la necesidad de aprovechar los usos del suelo, propiedad privada o propiedad pública, con una finalidad social entendida como medio y sustento de colectivos con riesgo de inclusión social, a cambio de unos beneficios para los propietarios. Se trata de aprovechar los usos del suelo que temporalmente se encuentren en desuso, a través del "ius usus inocui" (aprovechamiento inocuo de la cosa ajena), convirtiéndolos en un recurso social, a cambio de una serie de contraprestaciones para los propietarios. En definitiva, es la cesión de la posesión de un inmueble, por un tiempo determinado, con la finalidad de proteger tal recurso y su mantenimiento, proporcionando facultades de uso y disfrute a colectivos carentes de ellos.

Su materialización, aunque en principio parece compleja, cierto es que ya se está llevando a cabo en otros contextos y que resulta de gran utilidad social. A modo de referencia, lo encontramos en la cesión del patrimonio histórico español, es decir, cesión de uso público sobre edificios históricos, obras de arte, etc. a cambio de beneficios o deducciones fiscales. Concretamente, la normativa tributaria establece una deducción del 15 por 100 del importe de inversiones y gasto por actuaciones para la protección y difusión del patrimonio histórico español y de las ciudades, conjuntos y bienes del patrimonio mundial. Del mismo modo, las entidades reguladas por la ley 49/2002 del mecenazgo, estarán exentas del impuesto sobre sociedades cuando se dediquen a la explotación de los bienes de interés cultural conforme a la normativa del

⁹² M. MERLET, *Los derechos sobre la tierra y los recursos naturales*. Fondo Documental Dinámico sobre la gobernanza de los recursos naturales en el mundo, 2012.

http://www.agter.org/bdf/es/corpus_chemin/fiche-chemin-335.html (visitado 13 de abril de 2019).

Patrimonio Histórico Español⁹³ (en adelante PHE) y de las comunidades autónomas, así como de museos, bibliotecas, archivos y centros de documentación siempre que se cumplan las exigencias establecidas por ley. Además, en lo que se refiere a impuesto sobre el patrimonio, en el artículo 4 de la ley 19/1991, recoge como supuestos de exención tributaria: los bienes integrantes del PHE inscritos en los registros correspondientes; de los objetos de arte y antigüedades cuyo valor no supere lo dispuesto en el artículo 26.4 de la Ley del PHE, o si superasen los valores regulados, quedarían gravados por el artículo 19 de la Ley del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas⁹⁴ (objetos de arte y antigüedades de más de 100 años). No obstante, podrían quedar exentos si los propietarios cediesen los bienes en depósito permanente durante un período no inferior a tres años, a museos o instituciones culturales sin fin de lucro para su exhibición pública mientras se encuentren en depósitos⁹⁵.

Del mismo modo, al uso de la tierra, considerado por la legislación como una cuestión fundamental de los derechos humanos⁹⁶, podemos aplicar su uso, aunque temporal, a otros destinos de interés social, aumentando sus facultades desde un punto de vista positivo para ambas partes, no como límites, ni limitaciones.

Si miramos a nuestro alrededor y observamos nuestro entorno más próximo, es muy fácil localizar numerosas propiedades tanto edificadas como no, que se encuentran desatendidas e incluso deterioradas por la falta de uso. Tomando como ejemplo cualquier ciudad española, comprobaremos desde una vista

⁹³ Real Decreto 111/1986, de 10 de enero, de desarrollo parcial de la Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español (publicado en BOE de 28 de enero).

⁹⁴ Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y de modificación parcial de las leyes de los Impuestos sobre Sociedades, sobre la Renta de no Residentes y sobre el Patrimonio (publicada en BOE de 29 de noviembre).

⁹⁵ Sobre una nueva visión de la consideración de la propiedad en el plano fiscal, vid. C.M. LÓPEZ ESPADAFOR, *Hacia una nueva perspectiva tributaria del derecho de propiedad*, Nueva Fiscalidad, Nº 1, 2017, 53 y ss.

⁹⁶ Sobre la perspectiva fiscal de los derechos humanos en materia de propiedad, vid. C.M. LÓPEZ ESPADAFOR, *Extra-Taxation and Property Right in the European Union Law*, The Age of Human Rights Journal. Nº 12, 2018, 84.

aérea la cantidad de solares llenos de broza y basura como consecuencia de la falta de mantenimiento y de uso con el paso del tiempo⁹⁷.

Ante tal situación de desuso y entendiendo a la tierra como recurso natural de todos y aplicando las nuevas facultades de uso de la propiedad hacia un fin social, distinto al de la vivienda y la expropiación, desde estas líneas se contempla la necesidad de abrir el concepto de propiedad a través de actuaciones concretas, articuladas a través de convenios y concesiones, tanto privados como públicos, de manera que los usos puedan ser adjudicados a diferentes colectivos y finalidades sociales, de modo que ambas partes se beneficien, así como el conjunto de la ciudadanía.

Las actuaciones propuestas a pequeña escala, en principio, irían desde la ubicación de pequeñas escuelas de empresas para colectivos en riesgo de inclusión social en edificios que puedan albergar esta función, a cambio de una compensación para el propietario, que consistiría en una deducción fiscal, así como la liberalización de la carga del mantenimiento y limpieza de éste, mientras dure la cesión del uso; hasta la instalación en las parcelas libres de parques infantiles temporales, escuelas agrícolas biológicas, parking, zonas de ocio para las mascotas, etc. De este modo, el propietario acordará la cesión del uso por tiempo limitado, dependiendo de su disponibilidad, compensando su cesión a través de la limpieza, desbroce de su propiedad y deducciones fiscales por cesiones de duración de un año o superior y en función de la superficie cedida. De este modo fácil, cómodo y rápido, se amplían las facultades de la propiedad privada, dando un nuevo sentido a la función social.

5. Resultados

Como resultado de este trabajo, podemos resaltar la notoria presencia de situaciones evidentes donde el uso del suelo se encuentra inutilizado, pudiendo provocar incluso situaciones de riesgo social. Asimismo, y ante tal situación, aprovechando el principio de *ius usus inoqui*, el suelo, puede ser aprovechado

⁹⁷ También podría tomarse en consideración, desde la perspectiva fiscal, el elemento territorio. Vid. C.M. LÓPEZ ESPADAFOR, *Potere tributario e territorio: elementi permanenti, elementi emergenti e cambio di coordinate*, Diritto e Pratica Tributaria Internazionale, Vol. XIV, N° 1. 2017, 88 y ss.

de forma temporal, sin obstaculizar las facultades del propietario, a través de acuerdos y concesiones entre los particulares y las entidades públicas, otorgando un nuevo valor a esa situación de espera, abandono o desuso de la propiedad. Así, la tierra, abre sus facultades a todos y para todos, respetando la función social recogida en nuestro texto Constitucional, de forma integral e inclusiva, aportando nuevo valor al derecho de la tierra.

6. Conclusiones

Para terminar, en este estudio se ha hecho un recorrido sobre la situación real de la nueva concepción de la función social de la propiedad, ya que, si recientemente aparece impregnada de tal utilidad, es gracias a las ideologías liberales de los estados democráticos como resultado de un desarrollo ideológico de los Estados. No obstante, hoy por hoy, no deja de ser un concepto pendiente de matizaciones, pues si se parte de la nueva concepción de la tierra, el suelo, como un bien social, es menester que se plasmen acciones útiles y reales para llevar a cabo su función. Acciones encaminadas a compatibilizar usos de propiedades en desuso, con carácter inclusivo, formativo, social, lúdico, entre otros. Asimismo, se ha contemplado la posibilidad de coordinar acuerdos de colaboración entre administraciones y, entre particulares y administraciones, para favorecer la compatibilización de dichos usos, derivado de "ius usus inoqui", límite intrínseco de la propiedad, consistente en permitir el uso de este derecho por un tercero, con el requisito de que no produzca daño en el objeto y con la finalidad de contribuir a un beneficio de las partes.

El reto se presenta en la búsqueda de nuevas facultades de la propiedad, no solo en un contexto de derecho subjetivo individual, sino aportando un nuevo concepto, una nueva dimensión positiva, que, aunque compleja, no está exenta de ventajas para el propietario individual, así como para la colectividad, y en definitiva, lo que se pretende es llegar a ser un medio eficaz de aprovechamiento de todos nuestros recursos naturales y por qué no, el de la tierra, entendida como recurso natural, pues es propiedad de todos.

La retorica degli aiuti di Stato e l'eccezionalismo delle banche pubbliche. Riflessioni a margine del salvataggio di Nord Lb

di Luigi Scipione

*Ricercatore di Diritto commerciale e Professore aggregato di Diritto bancario
Dipartimento di Giurisprudenza - Università degli Studi di Napoli "Federico II"*

ABSTRACT

The Nord Lb rescue plan provides for the recapitalization of the institution by the main public shareholders (the two Land Niedersachsen and Sachsen Anhalt) and the intervention of the savings banks through the voluntary guarantee fund DSGV.

According to the EU Commission, the solution adopted would not distort competition since the envisaged measures are implemented at market conditions.

Starting from the specificity of the case in question, this work intends, firstly, to clarify whether it would not have been more correct to apply the state aid discipline to the public rescue plan and in particular to the intervention of the DSGV; secondly, check the limits of the private investor test in the case of bank bail-outs; and, lastly, to ascertain whether there is a willingness on the part of the Commission to codify a double regime according to which private banks would be subject to stringent constraints and to the application of burden sharing while public ones would instead have full freedom of maneuver to draw on support state.

The investigation ends with a comparison with the Italian events and, in particular, with the examination of the public rescue of the Popolare di Bari which has certain similarities with the restructuring of the German bank.

SINTESI

Il piano di salvataggio di Nord Lb prevede la ricapitalizzazione dell'istituto effettuata dai principali azionisti pubblici (i due *Land Niedersachsen* e *Sachsen Anhalt*) e l'intervento delle Casse di risparmio attraverso il fondo volontario di garanzia DSGV.

A detta della Commissione Ue la soluzione adottata non determina distorsioni della concorrenza giacché le misure previste sono attuate a condizioni di mercato.

Partendo dalla specificità del caso in esame, il presente lavoro intende, in primo luogo, chiarire se al piano di salvataggio pubblico e, in particolare, all'intervento del DSGV non sarebbe stato più corretto applicare la disciplina sugli aiuti di Stato; in secondo luogo, verificare i limiti del *test* dell'investitore privato nel caso di *bail-outs* bancari; e, da ultimo, appurare se da parte della Commissione vi sia la volontà di codificare un doppio regime secondo cui le banche private sarebbero soggette a vincoli stringenti e all'adozione del *burden sharing* mentre quelle pubbliche avrebbero invece piena libertà di manovra per attingere al sostegno statale.

L'indagine si conclude con un confronto con le italiane vicende e, in particolare, con l'esame del salvataggio pubblico della Popolare di Bari che presenta talune analogie con la ristrutturazione della banca tedesca.

Sommario: 1. Note introduttive. - 2. Crisi bancarie e intervento pubblico. Il quadro regolatorio. - 3. L'impostazione della Commissione sugli aiuti alla ristrutturazione. - 4. L'eccezionalismo tedesco nel prisma degli aiuti di Stato. - 5. Se non è un *bail-out* e neppure un *bail-in*... quali sono le ragioni che giustificano il piano di salvataggio di Nord Lb? - 6. Il paracadute pubblico per Nord Lb è espressione di una logica dualistica? - 7. Intervento pubblico e "market economy investor principle". - 7.1. Alcune precisazioni sulla esatta delimitazione del MEIP nei salvataggi bancari. - 7.2. Il rispetto della clausola *pari passu*. - 7.3. La diversa rilevanza tra perseguimento di obiettivi di redditività e minimizzazione delle perdite connesse ad aiuti già concessi. - 8. L'intervento

del fondo delle Sparkassen in "regime di esenzione". - 9. Un confronto con le italiane vicende. - 10. Il salvataggio della Popolare di Bari e la "zona grigia" degli aiuti di Stato. - 11. Le misure di nazionalizzazione tra nuovi vizi e antiche virtù. - 12. Riflessioni conclusive.

1. Note introduttive.

Il salvataggio pubblico di Norddeutsche Landesbank Girozentrale (Nord Lb) – il terzo in dieci anni – rivela "doppiezze" che da tempo si ripetono in Europa sui dissesti bancari, evidenziando possibili difformità tra Paesi nell'applicazione del quadro di regole sugli aiuti di Stato e che si celano tra le pieghe di una normativa ancora incerta.

Le stesse regole sono inflessibili con le banche private, ma consentono margini di manovra più ampi allorché si tratti di istituti già controllati e salvati dallo Stato.

Per vero, gli interventi qui in discussione si inseriscono con piena coerenza nella prassi decisionale dedicata alle misure di sostegno pubblico alla ristrutturazione ed al salvataggio degli istituti di credito. In tal senso rappresenta un precedente significativo il via libera della Commissione al *bail-out* dell'istituto portoghese Caixa Geral de Depositos (CGD)⁹⁸. L'operazione di salvataggio con soldi pubblici di CGD, senza passare per un *bail-in*, parziale o totale, è stata commentata come una sagace elusione delle ferree regole che impongono una partecipazione dei privati alla copertura delle perdite, con il beneplacito dell'*Antitrust* europeo. Nella sua disamina, infatti, la Commissione chiarì che la natura della proprietà (la Caixa è posseduta al 100 per cento dello Stato) non rilevava ai fini dell'approvazione delle misure di aiuto, purché fosse

⁹⁸ Con il consenso della Commissione Ue, il governo portoghese ha ricapitalizzato la banca pubblica con 2,7 miliardi; ha trasferito 500 milioni dalla *holding* statale ParCaixa e ha svalutato 960 milioni di titoli convertibili (detenuti dallo Stato, quindi senza coinvolgimento di creditori privati e senza *bail-in*). Le risorse statali impiegate nel piano di risanamento non sono entrate a far parte del *deficit* del Portogallo, che quindi, ha potuto salvare la banca senza pagare un prezzo in termini di finanza pubblica (il disavanzo era già oltre i limiti concessi dalle regole Ue, ma i Paesi europei hanno deciso di non prevedere ulteriori "penalizzazioni").

fatto salvo il principio dell'investitore privato in un'economia di mercato (*market economy investor principle* – MEIP) e in parallelo si prevedesse il coinvolgimento di capitale privato⁹⁹.

La decisione a favore dell'istituto portoghese rifletteva già allora un approccio flessibile e apriva una finestra di opportunità per quelle banche che nel frattempo avevano già avviato un programma di ristrutturazione con il sostegno dello Stato.

Il piano di salvataggio pubblico di Nord Lb prevede la ristrutturazione a carico delle finanze pubbliche dell'istituto, a dubbie condizioni di mercato, e l'intervento del fondo volontario di garanzia DSGV dell'associazione delle Sparkassen, anch'esso sotto controllo pubblico.

La ricapitalizzazione pubblica è stata definita dalle autorità tedesche 'la migliore opzione possibile', sebbene fosse disponibile una soluzione privata proposta da due grandi fondi d'investimento, ma respinta da banca e azionisti.

Sul versante italiano, l'acquisizione della Banca Popolare di Bari posta in amministrazione controllata si qualifica anch'essa come intervento pubblico.

La posizione che la Commissione ha assunto nei casi appena richiamati indica un certo *favor* per l'intervento dello Stato, in qualità di azionista-proprietario, aprendo all'aiuto pubblico con il solo limite delle condizioni di mercato, senza che trovi applicazione la più stringente disciplina riservata agli aiuti di Stato quando ad essere interessate dal *bail-out* sono imprese private.

Sin da tali premesse, sia consentito osservare che coerenza d'intenti e uniformità d'applicazione avrebbero imposto il riconoscimento di un eguale trattamento di favore a tutte le banche europee, non solo pubbliche, che avessero ricevuto il via libera ad un piano di ristrutturazione prima del luglio 2013; e tra queste va annoverata anche MPS. Così non è stato e le decisioni

⁹⁹ Il piano di salvataggio del gruppo bancario portoghese Banco Espírito Santo (BES) prevedeva la creazione di una "banca ponte", nella quale trasferite le attività sane di BES. Questa soluzione, sottolinea la Commissione, avrebbe permesso il rilancio dell'istituto risultando <<in linea con le norme sugli aiuti di Stato dell'Ue>>. Le misure decise dalle autorità portoghesi hanno reso praticabile la liquidazione ordinata della "bad bank" e fornito alla "good bank" <<le risorse necessarie per valorizzare al massimo i propri assets durante la procedura di cessione, limitando al tempo stesso le distorsioni della concorrenza dovute all'intervento pubblico>>. Inoltre, il Fondo nazionale portoghese per la risoluzione ha fornito 4,9 miliardi di euro di capitale alla "banca ponte" e un prestito dallo Stato portoghese di 4,4 miliardi.

dell'Esecutivo Ue sono state spesso additate come eccessivamente arbitrarie, sia nel merito che nelle tempistiche.

Muovendo da un accurato esame delle argomentazioni che la Commissione ha utilizzato per approvare il piano di salvataggio di Nord Lb, il presente lavoro intende, in primo luogo, verificare se da parte della Commissione vi sia un diverso atteggiamento nell'applicazione (meno rigida) delle regole sugli aiuti di Stato alle banche quando controllate dallo Stato. In secondo luogo, chiarire se, analogamente a quanto statuito dalla Commissione con riferimento al caso Tercas¹⁰⁰, fosse stato più corretto applicare all'intervento del fondo di garanzia tedesco DSGV la disciplina più stringente sugli aiuti di Stato.

Inter alia, si tenterà di estrapolare elementi utili per fare chiarezza sulle diverse declinazioni che in concreto il principio dell'investitore in economia di mercato, della cui centralità nelle vicende di cui si discute si ha piena evidenza, può assumere nelle valutazioni che la Commissione europea è chiamata ad effettuare.

2. Crisi bancarie e intervento pubblico. Il quadro regolatorio.

L'obiettivo con cui l'Unione bancaria europea è stata concepita è quello di ridurre la "balcanizzazione" finanziaria dell'Eurozona. La frattura del sistema bancario transfrontaliero è stata percepita a ragione come uno dei maggiori pericoli per la stabilità e la sussistenza stessa della moneta unica¹⁰¹.

Tutto questo non è che un lontano ricordo delle nobili promesse gridate ai quattro venti da molti politici dopo la grave crisi finanziaria del 2008. Mai più una banca sarebbe stata salvata attraverso le entrate fiscali, si disse all'epoca.

¹⁰⁰ Tribunale Ue, 19 marzo 2019, cause riunite T-9816, T-19616, T-19816 Repubblica italiana/Commissione.

¹⁰¹ La crisi finanziaria del 2008 ha provocato un cambiamento sotto questo punto di vista. Il *default* di alcune banche statunitensi ed europee e il rischio di disintegrazione del sistema bancario europeo nel suo complesso ha reso necessario un nuovo approccio alla materia basato: i) in generale, sulla ridefinizione dell'architettura dei mercati finanziari a livello dell'UE, sull'adozione di misure volte ad attenuare gli effetti della crisi sull'economia reale e sull'individuazione di una risposta globale ai fenomeni in atto; e ii) in particolare, su una valorizzazione della previsione di cui all'art. 107, par. 3, lett. b) del Tfu.

E mai più il settore bancario avrebbe potuto prendere in ostaggio lo Stato.

Nella teoria l'idea originale era che una simile architettura avrebbe ristabilito la fiducia in un mercato bancario e finanziario integrato attraverso tre pilastri: 1) un sistema unico di vigilanza bancaria 2) procedure di risoluzione che limitassero il rischio di contagio in caso di crisi, e 3) una garanzia europea sui depositi tale da spezzare il nesso tra rischio Paese e rischio bancario.

Nella pratica, l'Unione bancaria ha generato enormi asimmetrie e condizioni competitive inique in tutta l'Eurozona. Queste disarmonie hanno colpito in particolare alcuni sistemi bancari, in un modo che contribuisce a spiegare gli avvenimenti degli ultimi anni. Per quanto riguarda il primo pilastro, la vigilanza bancaria unica ha effetti di copertura molto differenti tra i vari ordinamenti nazionali. Trascura la minaccia di un rischio sistemico considerevole in importanti economie dell'Eurozona e perciò favorisce alcuni Paesi a discapito di altri.

Quanto al secondo pilastro, le procedure di salvataggio o risoluzione delle banche in crisi – caratterizzate dal sostanziale divieto di salvataggio pubblico – hanno prodotto anch'esse effetti fortemente asimmetrici che hanno danneggiato pesantemente alcuni sistemi nazionali (*in primis* l'Italia). In particolare, queste regole sono state stabilite solo dopo che molti Stati membri avevano elargito aiuti pubblici senza precedenti alle proprie banche nazionali. Questi ingenti trasferimenti finanziari avevano sostanzialmente sospeso – sull'onda dell'emergenza – la normativa europea sugli aiuti di Stato, ovvero sugli interventi pubblici nazionali, così alterando in misura sostanziale il panorama concorrenziale del settore finanziario in Europa.

Gli effetti negativi dei primi due pilastri si sono rivelati addirittura dirompenti a causa dell'assenza del terzo pilastro: la garanzia europea sui depositi. L'assenza di un dispositivo comune di assicurazione mantiene l'onere della protezione (parziale) dei risparmiatori in capo al sistema Paese interessato. E, ancora una volta, contraddice quella solidarietà europea che dovrebbe essere il fondamento dell'architettura istituzionale dell'UE e, in particolare,

dell'Eurozona¹⁰².

Gli aiuti di Stato completano la disciplina della concorrenza (che opera tra privati) imponendo agli Stati di non distorcere la competizione tra le imprese con le proprie politiche di aiuto¹⁰³.

A partire dal 2008, la Commissione ha pubblicato una serie di Comunicazioni dirette a definire di un quadro temporaneo di riferimento volto a chiarire in che modo avrebbe valutato gli interventi statali diretti a sostenere il settore bancario e finanziario durante la crisi, al fine di favorire la stabilità degli enti beneficiari e al contempo evitare restrizioni alla concorrenza¹⁰⁴.

¹⁰² P. DE GIOIA CARABELLESE e C. CHESSA, *The So-Called Pan-European Depositors' Protection Scheme. A Further Euro Own-Goal?*, in *Maastricht. Jour. Eur. Comp. Law*, n. 23/2016, p. 242 s.

¹⁰³ In tema di aiuti di Stato nel settore bancario, la letteratura italiana è ampia e approfondita. Cfr. *ex plurimis*: A. ANTONUCCI, *Gli "aiuti di Stato" al settore bancario: le regole d'azione della regia della Commissione*, in *St. integr. eur.*, 3/2018, p. 587 ss.; DE KOK, *Competition Policy in the Framework and Application of State Aid in the Banking Sector*, in *European State Aid Law Quarterly*, 2, 2015, p. 224 ss.; I. MECATTI, *Gli aiuti di Stato alla banche in crisi: note introduttive*, in *Studi Senesi*, n. 3, 2018, p. ss.; L. SCIPIONE, *Crisi bancarie e disciplina degli aiuti di Stato. Il caso italiano: criticità applicative e antinomie di una legislazione d'emergenza*, in *Innovazione e diritto – Rivista di diritto tributario e dell'economia*, 5/2017, p. 284 ss.; L. ARGENTATI, *I salvataggi di banche italiane e l'Antitrust europeo*, in *Merc. conc. reg.*, 1/2016, p. 109 ss.; WERNER e MAIER, *Procedure in crisis? - Overview and Assessment of the Commission's State Aid Procedure during the Current Crisis*, *ivi*, p. 177 ss.; F. FERRARO, *L'evoluzione della politica sugli aiuti di Stato a sostegno dell'accesso al finanziamento nell'attuale situazione di crisi economica e finanziaria*, in *Dir. un. eur.*, 349; ID., *L'evoluzione della disciplina degli aiuti di Stato alle banche: il difficile equilibrio tra concorrenza e stabilità finanziaria*, in *Innovazione e diritto*, 2, 2018, p. 190 ss.; M. RISPOLI FARINA, *La nuova disciplina delle crisi bancarie: due modelli di soluzione a confronto*, in *Innovazione e diritto*, 5, 2017, p. 172 ss.; ID., *La recapitalización cautelar del Monte dei Paschi di Siena y la liquidación forzosa administrativa de Veneto banca y Banca popolare di Vicenza, Estudio comparativo*, in *Innovazione e diritto*, 2018, 1, p. 39 ss.; O. CAPOLINO, *La gestione delle recenti crisi bancarie in Italia: finanziamento degli interventi e nuovo quadro regolamentare europeo*, *ivi*, p. 200 ss.; P. ROSSI, *La disciplina "emergenziale" delle crisi bancarie in Italia: dal decreto "salva banche" al decreto "salva risparmio". Quale protezione per i risparmiatori?*, in *Amministrazioneincammino.luiss.it*, 30 maggio 2017; A. CANEPA, *Il difficile equilibrio fra concorrenza e aiuti di stato nella crisi: ruolo e scelte della Commissione nel settore bancario*, in *Amministrazione In Cammino*, 15 luglio 2016, p. 5 ss.; F. CROCI, *L'impatto della crisi finanziaria sugli aiuti di Stato al settore bancario*, in *Dir. Un. eur.*, 4/2014, p. 733 ss.; M. LIBERATI, *La crisi del settore bancario tra aiuti di Stato e meccanismi di risanamento e di risoluzione*, in *Riv. it. dir. pub. com.*, 6/2014, p. 1339 ss.

¹⁰⁴ Sulla scorta del contenuto degli atti della Commissione, gli aiuti forniti alle banche durante la crisi possono essere suddivisi in quattro categorie: 1) misure di ricapitalizzazione che consentono di rafforzare il capitale di base della banca (in cambio lo Stato riceve diritti di valore corrispondente al contributo fornito e parte del controllo sull'intermediario); 2) misure per proteggere i bilanci bancari da perdite e svalutazioni di attività deteriorate, o *assets relief measures*, che possono aiutare le banche a limitare l'impatto causato dalla temporanea perdita di liquidità, a condizione però che le banche beneficiarie si impegnino ad utilizzare tale sostegno per erogare credito; 3) le garanzie sulle passività aventi lo scopo di assicurare depositanti e altri

L'impostazione dell'Esecutivo europeo in merito alla possibilità di autorizzare interventi pubblici di sostegno ad imprese in difficoltà è sempre stata molto rigorosa, determinata dalla convinzione che le risorse statali impiegate per il salvataggio e la ristrutturazione figurano tra i tipi di aiuti di Stato che presentano i maggiori effetti distorsivi per la concorrenza.

Le linee guida, soprattutto quelle da ultimo incardinate nella *Banking Communication* del 2013¹⁰⁵, hanno introdotto un processo di ristrutturazione più efficace per le banche che beneficiano di aiuti ma hanno al contempo rafforzato i requisiti in materia di ripartizione degli oneri del risanamento dell'istituto a carico dei privati.

La Comunicazione del 2013 muove dal presupposto che, nelle ripristinate condizioni di un corretto funzionamento del mercato, non siano più giustificate misure di salvataggio concesse indiscriminatamente a qualsiasi istituto bancario – e spesso, ancor prima di varare un rigoroso piano di ristrutturazione – sull'assunto indimostrato che, in presenza di una banca, si porrebbe sempre "un'emergenza sistemica" da affrontare.

La prospettiva seguita dalla Commissione è stata quella di tenere salda una disciplina speciale per le ristrutturazioni e i salvataggi concernenti imprese bancarie, dovendo nel frattempo tener conto della nuova architettura che veniva a connotare l'ordinamento finanziario europeo in vista del lancio dell'ambizioso progetto di *Banking Union*.

Gli orientamenti dell'Esecutivo europeo devono essere letti congiuntamente alle riforme europee nel settore bancario, e in particolare alla direttiva n. 59 del 2014 in materia di risanamento e risoluzione ordinata degli enti creditizi (*Bank*

creditori, consentendo così alle banche di reperire nuovi fondi; 4) altre forme a sostegno della liquidità, anche da parte delle banche centrali.

¹⁰⁵ In particolare, la *Banking Communication* del 2013 sostituisce la Comunicazione sul settore bancario del 13/10/2008; adatta e integra le restanti comunicazioni (Comunicazione sulle ricapitalizzazioni degli istituti finanziari del 13/10/2008; Comunicazione sui c.d. *toxic assets* del 25/02/2009; Comunicazione sulla ristrutturazione degli istituti finanziari in dissesto del 23/07/2009; prima Comunicazione di proroga del 7/12/2010; seconda Comunicazione di proroga del 6/12/2011).

Recovery and Resolution Directive, BRRD)¹⁰⁶, dove il richiamo alla disciplina degli aiuti di Stato è costante.

In base alla BRRD il ricorso alle finanze pubbliche riveste carattere eccezionale poiché subordinato alla necessità di preservare la stabilità finanziaria e l'economia nazionale¹⁰⁷. Non a caso il testo di legge riconosce il connotato di straordinarietà al sostegno pubblico, rendendo la concessione di aiuti di Stato ex art. 107, par. 1, TFUE presupposto (*trigger*) sufficiente per considerare la banca *failed or likely to fail*¹⁰⁸.

Si è in tal modo (ri)affermato il paradigma per cui nella gestione delle crisi degli istituti di credito gli aiuti di Stato dovrebbero rivestire un ruolo residuale rispetto all'applicazione dei meccanismi introdotti dall'Unione bancaria.

Eppure, ad oggi sembra di poter asserire che la politica degli aiuti di Stato non sia stata affatto sminuita; al contrario essa risulta centrale nello scenario *post* crisi, che si prefigura essere denso di controlli nei riguardi delle risorse erogate e dei processi di ristrutturazione degli operatori del settore, ma non sempre dispiegata in modo uniforme a causa di un'azione plasmante della Commissione Europea spesso oscillante e talora criticabile sul piano della certezza del diritto¹⁰⁹. Va ricordato, per giunta, che, a differenza di regolamenti e direttive, le comunicazioni sono atti unilaterali, non soggetti all'approvazione del Parlamento e degli Stati: perciò il loro valore giuridico è dubbio, al punto che l'Avvocato generale della Corte di Giustizia Ue ne ha contestato la legittimità nei

¹⁰⁶ Direttiva 2014/59/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 15 maggio 2014 che istituisce un quadro di risanamento e risoluzione degli enti creditizi e delle imprese di investimento.

¹⁰⁷ A tal proposito il considerando n. 16 della BRRD, nel riconoscere che il dissesto di un ente può avere significative conseguenze per il sistema finanziario e per l'economia di uno Stato membro, prevede l'eventuale utilizzo di fondi pubblici per risolvere una crisi; e richiede, a tal fine, il coinvolgimento dei ministeri delle finanze o altri ministeri competenti degli Stati interessati sin dalle fasi iniziali del processo di gestione della crisi e, se del caso, della sua risoluzione.

¹⁰⁸ L'art. 32 BRRD, relativo alle condizioni per la risoluzione, stabilisce che la necessità di far ricorso all'aiuto pubblico, impone l'avvio di una risoluzione nei confronti dell'intermediario interessato, anche in mancanza dell'accertamento di condizioni di difficoltà oggettive. Più precisamente, la necessità di tale sostegno fa presumere, in base alla disposizione sopra richiamata, che l'intermediario si trovi in dissesto o a rischio di dissesto ex art. 32, par.1, lett. a), BRRD.

¹⁰⁹ M. PORZIO, *Ibidem*, sottolinea come «il ricorso a fondi pubblici di sostegno all'ente sia guardato con molto sospetto dal legislatore comunitario e la natura straordinaria di questo intervento sia una sorta di "mantra" nei testi in esame».

confronti degli Stati membri¹¹⁰.

3. L'impostazione della Commissione sugli aiuti alla ristrutturazione.

Le categorie di aiuti che possono essere considerate compatibili con il mercato comune, a norma dell'art. 107, par. 3, TFUE vengono, a fini classificatori, distinte in aiuti su base regionale, aiuti a carattere settoriale e aiuti a carattere orizzontale anche se dette partizioni appaiono limitative, essendo spesso presenti contemporaneamente nelle misure di aiuto caratteristiche riconducibili a di più di una categoria. Negli aiuti settoriali rientrano gli aiuti al salvataggio e alla ristrutturazione delle imprese in crisi, tra cui, per quello che ci riguarda più da vicino, anche le imprese bancarie. Già a partire dagli "Orientamenti comunitari sugli aiuti di Stato per il salvataggio e la ristrutturazione di imprese in difficoltà" (c.d. *Rescue and Restructuring Guidelines*), ritenuto dalla dottrina un <<atto a carattere orizzontale>>¹¹¹, vi sono alcuni aspetti di disciplina che è conveniente richiamare:

1) un'impresa è considerata in difficoltà quando non è in grado, con le risorse proprie o con quelle che può ottenere dai proprietari/azionisti o dai creditori, di contenere perdite che, in assenza di un intervento esterno delle autorità pubbliche, la condurrebbero, nel breve o nel medio periodo, quasi certamente al fallimento¹¹²;

2) nell'ambito degli aiuti alle imprese in difficoltà si distinguono quelli per il salvataggio da quelli finalizzati alla ristrutturazione, che la Commissione considera obbedire a meccanismi diversi ma rappresentare spesso due aspetti

¹¹⁰ Poiché i criteri indicati nelle Comunicazioni non hanno forza di legge, né tanto meno effetti vincolanti *erga omnes*, <<gli Stati membri conservano la facoltà di notificare alla Commissione progetti di aiuto di stato che non soddisfano i criteri previsti da detta Comunicazione e la Commissione può autorizzare progetti siffatti in circostanze eccezionali>> (CGUE, sentenza 19 luglio 2016, causa C-526/14, p.to 43).

¹¹¹ Così F. FERRARO, *L'evoluzione della disciplina degli aiuti di Stato alle banche: il difficile equilibrio tra concorrenza e stabilità finanziaria*, cit., p. 191.

¹¹² Cfr. COMMISSIONE EUROPEA, *Orientamenti comunitari sugli aiuti di Stato per il salvataggio e la ristrutturazione delle imprese in difficoltà*, cit., par. 9; ID., *Should aid be granted to firms in difficulty. A study on counterfactual scenarios to restructuring State aid*, Dicembre 2009, consultabile sul sito internet http://ec.europa.eu/competition/index_it.html.

di una medesima operazione.

I primi si sostanziano, per loro stessa natura, in una forma di assistenza temporanea e reversibile¹¹³. Temporaneo, perché l'aiuto per il salvataggio offre una breve tregua, non superiore a sei mesi, alle imprese in difficoltà. Reversibile, poiché l'aiuto deve consistere in un sostegno finanziario in forma di garanzie sui prestiti o di prestiti ad un tasso di interesse almeno equivalente ai tassi praticati sui prestiti concessi ad imprese sane e, in particolare, ai tassi di riferimento adottati dalla Commissione. In questo modo si cercava di non sovvertire quello che sarebbe il normale meccanismo di mercato che premia la minore rischiosità, creando quindi una minore distorsione del mercato stesso¹¹⁴. D'altronde, il fine ultimo di tali aiuti è quello di mantenere in attività un'impresa in difficoltà per il tempo necessario a elaborare un piano di ristrutturazione o di liquidazione. L'aiuto è mirato a sostenere provvisoriamente una banca che si trovi a dover affrontare un grave deterioramento della sua situazione finanziaria, che si manifesta in un'acuta crisi di liquidità o nell'insolvenza tecnica¹¹⁵. In tali circostanze vi è bisogno di guadagnare tempo per individuare le cause all'origine delle difficoltà e per elaborare un piano idoneo a porvi rimedio. Una volta che sia stato predisposto e attuato il programma di ristrutturazione o di liquidazione per il quale l'aiuto è stato richiesto, <<tutti gli aiuti successivi vengono considerati come aiuti per la ristrutturazione>>¹¹⁶.

I secondi, invece, si basano su un piano realizzabile, coerente e di ampia portata, volto a ripristinare la redditività a lungo termine dell'impresa. La ristrutturazione comporta generalmente uno o più dei seguenti elementi: la riorganizzazione e la razionalizzazione delle attività aziendali su una base di maggiore efficacia, che implica, in genere, l'abbandono delle attività non più redditizie, la ristrutturazione delle attività che possono essere riportate a livelli

¹¹³ ID., *Orientamenti comunitari sugli aiuti di Stato per il salvataggio e la ristrutturazione delle imprese in difficoltà*, cit., p.to 15.

¹¹⁴ Cfr. D. DIVIERO, *Gli aiuti di stato al trasporto aereo e alle banche: dalla crisi di settore alla crisi di sistema*, Milano, 2010, p. 165.

¹¹⁵ Di conseguenza le misure strutturali che non richiedono un intervento immediato, quali ad esempio la partecipazione irreversibile e automatica dello Stato nei fondi propri dell'impresa, non possono essere finanziate con aiuti per il salvataggio.

¹¹⁶ COMMISSIONE EUROPEA, *Orientamenti comunitari sugli aiuti di Stato per il salvataggio e la ristrutturazione delle imprese in difficoltà*, cit., p.to 16.

competitivi e, talvolta, la diversificazione verso nuove attività redditizie. Di norma la ristrutturazione industriale deve essere accompagnata da una ristrutturazione finanziaria (apporto di capitali, riduzione dell'indebitamento). Più in generale, vale il principio per cui <<la ristrutturazione non può limitarsi solo ad un aiuto finanziario volto a colmare le perdite pregresse, senza intervenire sulle cause di tali perdite>>¹¹⁷.

Come ben evidenziato in entrambe le Comunicazioni del 2009, questi interventi sono disposti a vantaggio anche di banche fondamentalmente sane, sebbene in crisi di liquidità a causa del grave turbamento economico in atto. La circostanza che banche non direttamente toccate dalla crisi possano beneficiare di simili interventi è motivata dalla necessità di garantire comunque una sorta di *surplus* di liquidità idoneo a limitare un successivo e del tutto eventuale rischio di insolvenza.

Nel 2010, con la normalizzazione delle condizioni di finanziamento, la Commissione ha rafforzato i criteri di ammissibilità di tali misure, in particolare considerando gli aiuti pubblici per la ricapitalizzazione e le attività deteriorate compatibili con il mercato interno subordinatamente al fatto che il beneficiario avesse presentato un piano di ristrutturazione.

Al fine di favorire la stabilità finanziaria e di ridurre al minimo l'impiego di risorse dei contribuenti per il salvataggio delle banche, gli ultimi orientamenti richiedono piani di ristrutturazione sufficientemente tempestivi e decisivi per ripristinare la redditività a lungo termine della banca o, in alternativa, il suo ordinato rilassamento¹¹⁸.

¹¹⁷ Ibidem, p.to 17.

¹¹⁸ La redditività prospettica della banca è stata, senza ombra di dubbio, una componente essenziale della valutazione dei piani di ristrutturazione imposti dalla Commissione. In alcuni casi all'inizio della crisi, la Commissione ha preferito rinviare alla valutazione dei regolatori nazionali la credibilità delle misure di ristrutturazione. Ad esempio, nei salvataggi di Lloyds e RBS, la Commissione ha osservato che: <<un'analisi approfondita condotta dall'autorità di vigilanza e il grado di conservatorismo incorporato nel valutare il fabbisogno di capitale della [banca], offrono un conforto sufficiente alla Commissione per assicurare che l'attuazione del piano di ristrutturazione porterà al ripristino della redditività a lungo termine della banca>>. In altri casi la Commissione ha condotto una propria valutazione e imposto le proprie condizioni (di solito più rigorose) per ripristinare la redditività, sulla base di una notevole quantità di dati e di numerosi scenari (tra cui, ad esempio, il rapporto capitale *core tier 1* previsto rispetto ai requisiti minimi regolamentari, previsioni di liquidità, crescita dei ricavi, costi operativi e vari scenari riguardanti la qualità delle attività detenute da parte della banca). Più recentemente, la

Le misure di concessione di aiuti sono difatti sottoposte ad una rigorosa condizionalità. In merito a tale aspetto, la Comunicazione del 2013 rafforza – per vero, con scarsa originalità – l'imprescindibilità degli ormai ben noti criteri relativi alla necessità che gli interventi di sostegno pubblico: *i*) portino alla messa in ripristino della redditività a lungo termine della banca beneficiaria ("redeem or remunerate rule")¹¹⁹ applicando, tuttavia, un diverso metro di giudizio ("proporzionata") a seconda che la necessità dell'aiuto derivi dalla crisi del debito sovrano ovvero sia conseguenza dell'assunzione di rischi eccessivi da parte del beneficiario; *ii*) prevedano clausole di salvaguardia tese a ridurre al minimo le distorsioni della concorrenza nel mercato unico e che impediscano il deflusso di fondi da parte della banca, quali l'acquisizione di partecipazioni in altre imprese o il pagamento di cedole e dividendi¹²⁰; *iii*) stabiliscano misure nei confronti del *management*¹²¹ e *iv*) siano adeguatamente sostenuti dalla condivisione degli oneri da parte del beneficiario (un embrione di *burden sharing*).

Il timore principale della Commissione, già chiaramente esplicitato in

Commissione sembra aver posto meno enfasi su obiettivi quantificati e ha insistito maggiormente sulle misure comportamentali, tra le quali, in particolare, l'istituzione di procedure dettagliate di gestione del rischio di credito. Una questione chiave per il futuro è se la Commissione, quale custode delle norme sugli aiuti di Stato, rinverrà maggiormente alle valutazioni di redditività delle autorità di vigilanza (o di risoluzione) o se continuerà ad applicare le proprie stime.

¹¹⁹ Per H. GILLIAMS, *Stress Testing the Regulator: Review of State Aid to Financial Institutions after the Collapse of Lehman*, in *European Law Rev.*, 2011, p. 17, tale previsione risulterebbe alla prova dei fatti troppo rigida, tant'è che <<*unsurprisingly the Commission has not always been able to fully enforce that rule*>>.

¹²⁰ Più nel dettaglio, la banca beneficiaria dovrà astenersi dal porre in essere condotte suscettibili di accelerare il deflusso di fondi, quali: (a) versare dividendi su azioni o cedole su strumenti di capitale ibridi (o altri strumenti per i quali il pagamento di cedole è discrezionale); (b) riacquistare le proprie azioni o esercitare un'opzione call su strumenti ibridi di capitale; (c) riacquistare strumenti di capitale ibridi; (d) eseguire operazioni di gestione del capitale senza previa approvazione da parte della Commissione; (e) applicare pratiche commerciali aggressive; (f) acquisire partecipazioni in imprese; (g) fare pubblicità facendo riferimento al sostegno statale. In buona sostanza, quanto meno stringenti saranno gli accorgimenti posti in essere dall'istituto bancario per far fronte alla crisi nella fase di pre-ristrutturazione, tanto più saranno onerose le misure compensative richieste dalla Commissione nella fase di ristrutturazione vera e propria.

¹²¹ In particolare, è prevista la possibilità di sostituire l'amministratore delegato della banca e gli altri membri del consiglio di amministrazione, nonché di ridurre la remunerazione del *management* dell'istituto bancario applicando delle soglie massime non superabili, in conformità agli artt. 93 e 94 CRD IV.

ciascuna delle precedenti Comunicazioni, è infatti quello di scongiurare il ripetersi fenomeni di *moral hazard*¹²² e di preservare l'integrità del mercato.

Inoltre, inasprendo i requisiti di *burden-sharing*, nel senso di imporre una maggiore partecipazione dei privati al processo di ristrutturazione, la Commissione si prefigge di ridurre e rendere più efficiente l'utilizzo delle risorse statali.

L'Esecutivo europeo autorizza difatti misure di ristrutturazione tese a coprire la c.d. "carenza di capitale"¹²³ di istituti bancari in crisi solo laddove lo Stato membro erogatore dimostri che gli aiuti sono limitati al minimo indispensabile e sempre che la banca abbia tentato operazioni di mercato per recuperare la redditività o ridurre lo *shortfall* di capitale¹²⁴.

In questo senso, la Comunicazione codifica gli insegnamenti e l'esperienza acquisiti nel contesto dei salvataggi bancari posti in essere in Spagna e Cipro, dove l'intervento pubblico è stato affiancato dal sacrificio imposto ai privati. Si noti, tuttavia, che l'applicazione dell'art. 107, par. 3, lett. b), T.f.u.e. non richiede necessariamente un piano di ristrutturazione dell'istituto, appunto perché il sostegno può essere concesso anche ad imprese fondamentalmente sane; né

¹²² La comunicazione prende in esame le potenziali distorsioni concorrenziali a cui possono dare origine gli interventi statali erogati nei confronti delle banche. Il fine ultimo è quello di evitare che gli aiuti di Stato protraggano precedenti distorsioni determinate da un comportamento eccessivamente imprudente e da modelli aziendali di rischio insostenibili, rinforzando in maniera artificiale il potere di mercato del beneficiario a scapito di operatori maggiormente "prudenti" e proprio per questo meno "penalizzati" dalla crisi. Ciò rischia di comportare, da un lato, la creazione di un *moral hazard* per i soggetti destinatari degli aiuti, dall'altro lato, la riduzione degli incentivi a competere, investire e innovare per tutti gli altri soggetti. Inoltre, gli aiuti di Stato possono mettere a repentaglio il mercato unico, « spostando una parte indebita degli oneri di adeguamento strutturale e dei relativi problemi sociali ed economici verso altri Stati membri, creando nel contempo barriere all'ingresso sul mercato e compromettendo gli incentivi per le attività transfrontaliere».

¹²³ Per carenza di capitale si intende una carenza constatata mediante un esame del capitale, una prova di *stress*, un esame della qualità degli attivi o un esame equivalente a livello di Unione, di zona euro o di uno Stato membro, ove del caso confermato dalle autorità competenti.

¹²⁴ Cfr. M. LIBERATI, *La crisi del settore bancario tra aiuti di Stato e meccanismi di risanamento e risoluzione*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 6, 2015, p. 1375 ss. Le rilevanti misure di raccolta di capitali cui si fa riferimento nella *Banking Communication* comprendono, in particolare: (a) emissioni di diritti; (b) conversione volontaria di strumenti di debito non garantiti in capitale di rischio (*equity*) sulla base di un incentivo commisurato al rischio; (c) attività di gestione delle passività; (d) vendite di attivi e portafogli suscettibili di generare liquidità; (e) cartolarizzazione di portafogli al fine di generare capitale da attività non essenziali; (f) mancata distribuzione degli utili; e (g) altre misure volte a ridurre il fabbisogno di capitale, cartolarizzazione di portafogli non strategici e restrizioni degli utili dei dipendenti (parr. 35-39).

tanto meno postula una durata predefinita e neppure obbliga l'istituto beneficiario a partecipare in qualche misura all'aiuto¹²⁵.

Anche sotto il profilo procedurale le nuove regole introducono un sistema di controllo preventivo più stringente, posto che il piano di ristrutturazione dell'istituto beneficiario deve essere fin da subito comunicato alla Commissione. Il raggiungimento di un accordo in questa fase di pre-notifica è prodromico all'inoltro della richiesta di autorizzazione formale per l'erogazione della misura di aiuto¹²⁶.

4. L'eccezionalismo tedesco nel prisma degli aiuti di Stato.

I dubbi che si affastellano in tema di salvataggi pubblici in relazione alle difficoltà del settore bancario tedesco, quello dove, per l'appunto, più estesa è la

¹²⁵ In questo senso ad es. la Comunicazione del 5 dicembre 2009 sugli schemi di ricapitalizzazione prevedeva sia la necessità di una remunerazione per la ricapitalizzazione che "incentivi di uscita" dalle misure di sostegno ed una revisione ogni 6 mesi delle misure. Si veda, pure, la Comunicazione di proroga degli aiuti del 2010 che stabilisce l'obbligo di presentare un piano di ristrutturazione per tutte le banche che beneficiano di sostegno statale nella forma di misure a favore del capitale o di sostegno a fronte di attività deteriorate indipendentemente dall'importo dell'aiuto.

¹²⁶ G. BIAGIONI, *Le novità della Commissione in materia di miglioramento e semplificazione delle procedure di notifica e controllo sugli Stati membri*, in C. SCHEPISI (a cura di), *La "Modernizzazione" della disciplina sugli aiuti di Stato. Il nuovo approccio della Commissione europea e i recenti sviluppi in materia di public e private enforcement*, Torino, 2011, p. 82 s. Prima dell'approvazione di un piano di ristrutturazione, gli aiuti al salvataggio possono essere ammessi solo quando l'autorità di controllo competente conferma che ciò è necessario per preservare la stabilità finanziaria. In special modo, tale deroga potrà operare solo qualora: (i) tali misure si rivelino indispensabili per tutelare la stabilità finanziaria sulla base di un'analisi *ex ante* elaborata dall'autorità di vigilanza competente; e (ii) lo Stato membro presenti un piano di ristrutturazione entro due mesi dalla data di decisione di approvazione temporanea dell'aiuto. È comunque prevista una procedura semplificata per gli enti creditizi di piccole dimensioni, in favore dei quali la Commissione potrà autorizzare regimi di ricapitalizzazione e di ristrutturazione di durata pari a sei mesi. Tali regimi saranno applicabili solo ad un istituto con un bilancio totale inferiore a Euro 100 milioni. Con l'ulteriore condizione che la somma dei bilanci delle banche beneficiarie di aiuti nel quadro di ciascun regime non dovrà superare l'1,5% del totale degli attivi detenuti dalle banche nel mercato nazionale dello Stato membro interessato. Per un'analisi dei vari scenari possibili, nonché dei casi nei quali è necessario presentare un piano di ristrutturazione, cfr. A. BOMHOFF, A. JAROSZ-FRIIS e N. PESARESI, *Restructuring banks in crisis - overview of applicable State aid rules*, in *Competition Policy Newsletter*, 2009, p. 3 ss. Per un approfondimento sugli aspetti di maggiore problematicità presenti nei piani di ristrutturazione approvati nei primi anni della crisi, cfr. F.C. LAPRÉVOTE, *Selected issues raised by bank restructuring plans under EU State aid rules*, in *European State Aid Law Quart.*, 2012, n. 1, p. 93 ss.

presenza dello Stato. Nell'arco della crisi finanziaria, le banche teutoniche hanno mostrato di disporre di un vantaggio competitivo non irrilevante rispetto ai loro *competitors* europei, non legato però all'attività degli istituti. La presenza di uno Stato con finanze pubbliche solide ha infatti consentito alle autorità germaniche di proteggere (esplicitamente o implicitamente) le banche nazionali e garantire la stabilità sul fronte interno.

Sebbene la Germania sia stato il Paese che più di tutti ha sostenuto una posizione ferma a favore di una ferrea applicazione dei principi e degli istituti che sottendono alla BRRD, il *bail-in* è rimasto perlopiù una "spaventosa ipotesi giuridica" che non ha trovato piena applicazione nelle recenti crisi bancarie tedesche.

Un precedente significativo è rappresentato dalla richiesta di aiuti pubblici per il salvataggio di HSH Nordbank, formulata pochi giorni prima dell'improvviso cambiamento delle regole della Commissione Ue nell'estate 2013.

Nel settembre 2011, la Commissione europea aveva approvato il rilascio di una garanzia statale di 10 miliardi di euro a HSH Nordbank. Tale forma di sostegno era stata concessa da HSH Finanzfonds, istituto finanziario di proprietà della città di Amburgo e del Länder di Schleswig-Holstein¹²⁷. Oltre alla suddetta garanzia, la banca aveva ricevuto 3 miliardi di euro di nuovo capitale sottoscritto da HSH Finanzfonds. Il Fondo di stabilizzazione del mercato finanziario tedesco (SoFFin) aveva inoltre fornito garanzie di liquidità a copertura di nuove emissioni di debito fino a 17 miliardi di euro.

A seguito di alcuni adeguamenti, il rinnovo della garanzia di HSH Finanzfonds è stato approvato dalla Commissione nel maggio 2016¹²⁸. Nella decisione *de qua*, l'Esecutivo europeo ha valutato positivamente il fatto che la

¹²⁷ Si tenga presente, tra l'altro, che fino al 2016, Amburgo e Schleswig-Holstein hanno detenuto l'85,4% della banca, direttamente o tramite HSH Finanzfonds.

¹²⁸ In tal caso, l'autorizzazione è stata subordinata all'accettazione di impegni da parte della Germania, i principali dei quali erano: i) che la banca sarebbe stata divisa in una *holding* e in una controllata operativa; ii) che le azioni di HSH sarebbero state vendute attraverso una procedura di offerta aperta, non discriminatoria, competitiva e trasparente; iii) che dopo aver completato con successo la procedura di vendita, l'acquisizione di HSH sarebbe stata notificata alla Commissione per la valutazione ed eventuale approvazione.

vendita sarebbe avvenuta mediante una procedura competitiva¹²⁹, che non erano previsti aiuti di Stato che avvantaggiassero l'acquirente e che la nuova entità sarebbe tornata redditizia nel lungo periodo¹³⁰. Peraltro, nella circostanza si decise che il regime della *Banking Communication* del 2013 non agisse retroattivamente (a differenza del *bail-in*) non potendosi quindi estendere neppure alle banche che, *inter alia*, avessero ricevuto un benessere provvisorio, proprio come quello ottenuto da HsH Nordbank¹³¹.

La vicenda di HSH rivela come la crisi di Nord Lb sia stata risolta agendo secondo una trama in larga parte già sperimentata. Sebbene il copione sia migliorata in più parti, la soluzione adottata per la banca della Bassa Sassonia ha comunque sollevato non pochi dubbi, in una partita che ha fatto emergere limiti (e ipocrisie) delle regole sui salvataggi bancari.

L'esigenza di ristrutturazione che si è manifestata per Nord Lb è spiegata dalla combinazione di una capitalizzazione relativamente debole e di un'alta concentrazione di finanziamenti verso il settore navale, molti dei quali considerati in sofferenza¹³². L'acquisizione della disastrosa Bremer Landesbank aveva peggiorato ulteriormente lo stato di salute della banca¹³³.

¹²⁹ COMMISSIONE UE, *State Aid Case: SA.52288 Sale of HSH Nordbank AG*, reperibile al link http://ec.europa.eu/competition/elojade/isef/case_details.cfm?proc_code=3_SA_52288.

¹³⁰ Cfr. punti da 95 a 101 della Decisione. Nel caso *de quo* la Commissione ha concluso che la vendita della partecipazione detenuta da HsH BM nella banca fosse avvenuta a condizioni di mercato, vale a dire attraverso una procedura di gara aperta e non discriminatoria volta a premiare l'offerente che aveva presentato l'offerta vincolante e credibile più elevata. Il che ha permesso di stabilire che nessun vantaggio fosse stato conferito agli acquirenti e che pertanto il salvataggio non comportasse, anche sotto questo punto di vista, la concessione di alcun aiuto di Stato.

¹³¹ La Commissione, che aveva dato il via libero provvisorio a HsH in un mese, ha avuto bisogno di oltre due anni per un "accordo di principio" (arrivato a ottobre 2015, quindi ben oltre l'agosto 2013) e di tre anni per il via libera definitivo. In tal modo alla banca tedesca è stato concesso un lasso tempo che le ha consentito di rimettersi in sesto: per la vendita dell'istituto si è dato tempo fino al febbraio 2018, una scadenza questa è ulteriormente rimandabile di sei mesi. Ai Länder azionisti è stato così concesso di mantenere il 25% del capitale della banca per altri quattro anni. Le condizioni di cessione dei crediti navali deteriorati non sono nel frattempo definite.

¹³² La banca di Hannover è stata trascinata a picco dal deteriorarsi di **prestiti** erogati al settore dei **trasporti marittimi**: di quasi 20 miliardi di finanziamenti concessi da Nord LB, un terzo si è trasformato in "**non performing loans**".

¹³³ La stessa banca era stata chiamata a rilevare integralmente un'altra *landesbank* in grave difficoltà, la Bremer (controllata al 55%). I crediti navali avevano già messo in ginocchio HSH Nordbank, scampata al *burden sharing* solo perché, con grande tempismo, la richiesta di nuove garanzie pubbliche era stata avanzata pochi giorni prima della stretta delle regole sugli aiuti di Stato varata dalla Commissione Ue nell'estate 2013.

Dopo un fallito tentativo di fusione con la Helaba bank di Francoforte¹³⁴, Nord Lb era stata già ricapitalizzata nel 2012¹³⁵, prima dell'entrata in vigore della BRRD, con un aumento di capitale da 3,3 miliardi e la concessione di una serie di garanzie pubbliche. Anche in quell'occasione il piano ottenne il benestare della Commissione in quanto venne definito «come aiuto di Stato in linea con le norme europee»¹³⁶.

La ricapitalizzazione pubblica è stata definita dalle autorità tedesche "la migliore opzione possibile", sebbene si fosse appalesata la possibilità ricorrere ad una soluzione privata proposta da due grandi fondi d'investimento, ma respinta dai vertici della banca e dai suoi principali soci¹³⁷.

¹³⁴ Similmente a quanto verificatosi per Banca Carige, la ricerca di un investitore è risultata estremamente complessa. Uno dei motivi potrebbe essere dato dall'incentivo degli investitori ad aspettare fino all'imminente transazione per acquistare le banche claudicanti a condizioni più favorevoli.

¹³⁵ COMMISSIONE UE, Case SA.34381 (2012/N) – *Restructuring aid to Norddeutsche Landesbank*. Nel 2011 Nord Lb aveva ricevuto un sostegno di capitale di circa 500 milioni di EUR dalla Bassa Sassonia e di circa 100 milioni di EUR dalle associazioni delle casse di risparmio. Lo stress test EBA a livello dell'UE nel 2011 non aveva più tollerato che le "silenziose" partecipazioni detenute dallo Stato venissero classificate come strumenti di assorbimento delle perdite alla luce delle imminenti modifiche normative. Pertanto, questi strumenti hanno dovuto essere convertiti in capitale di base di livello 1 ("CET-1") per un importo di 1,07 miliardi di EUR (Case SA.33571 (2011/N) – *Kapitalstärkungsprogramm NORD/LB*. Successivamente, in risposta all'obiettivo di capitale posto dall'UE di un rapporto CET-1 al 9%, come concordato dal Consiglio europeo nel 2011, i proprietari pubblici di Nord LB hanno proceduto nel 2012 alla conversione di ulteriori "partecipazioni silenziose", finanziamenti aggiuntivi e al rilascio di una garanzia di sulle attività *in bonis* (che, tuttavia, non è stata attivata), mantenendo in tal guisa la proprietà pubblica dell'istituto. Le misure adottate nel 2012 sono state accompagnate da impegni di ristrutturazione conclusi a dicembre 2016.

¹³⁶ Si tenga presente che le comunicazioni legate alla crisi consentono alle banche soggette ad un piano di ristrutturazione di ricevere aiuti al salvataggio più di una volta, mentre gli orientamenti sul salvataggio e la ristrutturazione del 2004 stabiliscono il principio dell'aiuto *una tantum*.

¹³⁷ La Germania ha presentato, nel contesto di una procedura di pre-notifica, il progetto di piano di ricapitalizzazione il 10 maggio 2019, compresa la proposta di conferimento di capitale diretto e varie altre misure tra cui il rilascio di garanzie patrimoniali. Questi ultimi sono stati ulteriormente elaborati in una presentazione ricevuto il 23 maggio 2019. La procedura di valutazione degli aiuti di Stato da parte della Commissione, prevista dall'art. 108 TFUE e disciplinata dal regolamento n. 659/1999, prevede che la Commissione, dopo aver ricevuto la notifica dell'aiuto da parte di uno Stato membro e aver effettuato una valutazione preliminare, ove nutra dubbi sulla compatibilità con il mercato comune, possa avviare un esame formale, all'esito del quale può escludere la natura di aiuto di Stato della misura oppure considerarla tale e stabilirne la compatibilità o meno con il mercato comune.

5. Se non è un *bail-out* e neppure un *bail-in*... quali sono le ragioni che giustificano il piano di salvataggio di Nord Lb?

In un edificio ordinario fortemente innovato dall'azione comunitaria, Commissione ha ritenuto, nel solco del precedente salvataggio autorizzato nel luglio del 2012, che la soluzione adottata per la ristrutturazione della banca tedesca non contenga aiuti di Stato e dunque non leda le regole europee in materia di concorrenza¹³⁸.

Il quadro giuridico dell'UE è neutro in termini di proprietà, quindi non pregiudica il diritto dello Stato di agire come operatore economico. Tuttavia, in base alle norme sugli aiuti di Stato, è necessario valutare se le transazioni economiche effettuate da un ente pubblico (comprese le imprese pubbliche) siano in linea con le condizioni del mercato, al fine di non conferire un vantaggio alle sue controparti. Questo principio, sviluppato per quanto riguarda le diverse transazioni economiche, è incorporato nel MEIP¹³⁹.

Per giungere a tali conclusioni la Commissione è chiamata a verificare nel merito che le misure contenute nel piano siano capaci di rimuovere le debolezze della banca evidenziate dalla vigilanza sulla base di ipotesi realistiche. Orbene, per evitare che si applicasse il *burden sharing*, le misure in questione non avrebbero dovuto costituire aiuti di Stato, né individualmente né nel loro insieme, poiché tutte rigorosamente ossequiose del principio dell'operatore in economia di mercato, nel senso che nessuna di esse avrebbe dovuto comportare un vantaggio competitivo per la banca secondo la valutazione condotta dalla Commissione.

¹³⁸ COMMISSIONE EUROPEA, *Market-conform measures for strengthening capital and restructuring of Norddeutsche Landesbank*, SA.49094 (2019/N), 05.12.2019.

¹³⁹ V., ad esempio, sentenza della Corte di giustizia del 21 marzo 1990, Belgio / Commissione ("Tubemeuse"), C-142/87, ECLI: EU: C: 1990: 125, punto 29; Sentenza della Corte di giustizia del 21 marzo 1991, Italia / Commissione ("ALFA Romeo"), C-305/89, ECLI: EU: C: 1991: 142, punti 18 e 19; Sentenza del Tribunale del 30 aprile 1998, Cityflyer Express / Commissione, T-16/96, ECLI: EU: T: 1998: 78, punto 51; Sentenza del Tribunale del 21 gennaio 1999, Neue Maxhütte Stahlwerke e Lech-Stahlwerke / Commissione, cause riunite T-129/95, T-2/96 e T-97/96, ECLI: EU: T: 1999: 7, paragrafo 104; Sentenza del Tribunale del 6 marzo 2003, Westdeutsche Landesbank Girozentrale e Land Nordrhein-Westfalen / Commissione, cause riunite T-228/99 e T-233/99, ECLI: EU: T: 2003: 57.

Torna utile precisare, a tal proposito, che se una parte degli interventi a sostegno di Nord Lb è stata finalizzata alla ricapitalizzazione dell'istituto di credito, l'altra è destinata a far sì che venga ripristinata l'originaria capacità dell'istituto di produrre reddito. Questo aspetto è, del resto, la preconditione affinché tanto gli azionisti pubblici quanto il sistema di protezione istituzionale ricevano una remunerazione per le risorse impiegate in linea con le condizioni di mercato¹⁴⁰.

Il progetto di ristrutturazione della banca, imbastito nel febbraio 2019 dall'azionista di maggioranza (lo Stato della Bassa Sassonia), mira a centrare gli obiettivi richiesti dall'SSM: 1) rispetto dei requisiti sul capitale prudenziale in tempi rapidi e con un percorso temporale ben identificato; 2) un *business plan* solido, fattibile, sostenibile nel lungo periodo per rimettere la banca in condizione di generare utili¹⁴¹.

Le azioni acquistate dallo Stato della Bassa Sassonia non vengono detenute direttamente ma attraverso due società *holding* – NIG e HanBG – controllate esclusivamente dal *Land* e non svolgenti alcuna altra attività economica¹⁴². Qualsiasi decisione presa in relazione a Nord Lb sarà pertanto controllata dal *Land* in quanto unico proprietario di NIG. La *holding* rifinanzierà il suo investimento emettendo titoli sul mercato dei capitali che saranno soggetti a una garanzia statale. Nella misura in cui NIG riceve una garanzia richiesta come parte del rifinanziamento delle operazioni proposte dallo Stato della Bassa Sassonia, la Commissione comprende che si tratta semplicemente di una

¹⁴⁰ Il piano prevede una cura drastica da attuarsi attraverso la riduzione di un terzo degli *assets* e il dimezzamento dei costi, ipotizzando che così nel 2024 la banca arrivi ad avere un Roe del 7% e un Cet1 del 15%. Il Roe prospettico calcolato per Nord Lb risulta infatti paragonabile a quello dei *competitor* domestici ed europei, che in tali valutazioni fungono da *benchmark*. Per quanto riguarda le garanzie fornite dalla Bassa Sassonia, la valutazione della Commissione ha dimostrato che le commissioni pagate dalla banca sono in linea con i tassi di mercato praticati per tale tipo di protezione e, quindi, con la remunerazione che un investitore privato in un'economia di mercato accetterebbe di ricevere.

¹⁴¹ Il piano di salvataggio statale per complessivi 3,7 prevede l'iniezione di capitali pubblici da parte dello Stato della Bassa Sassonia (che fornirà capitali per 1,7 miliardi e si impegna a prestare **garanzie** su eventuali altre perdite quantificate in circa 800 milioni di euro), e un contributo elargito dalle casse locali forniranno i restanti altri 1,2 miliardi di euro.

¹⁴² La Commissione osserva che la detenzione di azioni di per sé non è un'attività economica, quando dà luogo solo all'esercizio dei diritti connessi allo status di azionista, compreso il diritto a percepire dividendi (p.to 195 della Decisione).

questione relativa all'attuazione della misura di rifinanziamento e che non deve pertanto essere considerata separatamente dall'operazione complessiva. Posto che NIG non intraprende altre attività, non può essere definita come un'impresa ai sensi dell'art. 107, par. 1, TFUE¹⁴³, onde non si realizza uno dei presupposti richiesti affinché si configuri un aiuto di Stato.

La Commissione ha inoltre ritenuto di aver preso in debita considerazione i diversi ruoli dello Stato come investitore e garante allo stesso tempo. Da un lato, la struttura di pagamento delle garanzie patrimoniali remunerate in importi fissi predefiniti garantisce che un rimborso anticipato dei prestiti non possa comportare una selezione sfavorevole a danno del garante. Dall'altro lato, la Commissione tiene conto del ruolo contrattualmente definito del fiduciario che fornisce un'ulteriore assicurazione che lo Stato agisca nel suo interesse economico come garante prudente monitorando attentamente la sua esposizione ai sensi della garanzia prestata.

Dato, dunque, che le condizioni per l'esistenza di un aiuto di Stato ai sensi dell'art. 107, par. 1, TFUE sono cumulative, la Commissione conclude che verificata l'assenza di una di queste condizioni le misure notificate non determinerebbero la concessione di aiuti di Stato. Di conseguenza, non ha ritenuto necessario valutare nessuna delle altre condizioni¹⁴⁴.

L'altra condizione presa in considerazione dalla Commissione per avvalorare questo tipo di interventi ha riguardato l'esistenza di concrete prospettive di risanamento della banca. Tale condizione, che nel caso in oggetto la DG*Competition* ha ritenuto soddisfatta sulla base degli elementi descritti nel piano e già testati dall'autorità di supervisione nell'ambito dell'SSM¹⁴⁵, è tesa ad evitare che lo Stato sia chiamato ad elargire un supporto aggiuntivo in futuro.

¹⁴³ V. p.ti 196-198 della Decisione.

¹⁴⁴ V. p.ti 210-211 della Decisione.

¹⁴⁵ La BCE aveva previamente approvato il piano di ricostituzione del capitale della banca per quanto concerne il ripristino dei requisiti prudenziali imposti dal quadro CRDIV-CRR. La BCE ha strettamente seguito e supervisionato il processo di sviluppo del piano di ristrutturazione e, dopo aver valutato le misure di conservazione del capitale e di riorganizzazione aziendale della banca, ha concluso che erano state fornite prove sufficienti a comprovare le proiezioni ivi stabilite. La decisione della Commissione europea, pur determinante, non è comunque l'ultimo passo. Affinché il meccanismo di salvataggio si metta in moto, deve seguire l'approvazione del piano da parte dei due Parlamenti regionali.

Da ultimo, con riferimento al contributo erogato dal Fondo di garanzia di categoria, la Commissione ha sposato la linea sostenuta dalle autorità germaniche secondo cui le misure in questione non rappresenterebbero aiuti di Stato giacché gli interventi attribuibili alla DSGV non possono essere ricondotti ad una regia pubblica né parimenti i mezzi utilizzati possono essere equiparati alle risorse statali, trattandosi di contributi volontari.

6. Il paracadute pubblico per Nord Lb è espressione di una logica dualistica?

La verifica dei lineamenti stigmatizzati negli orientamenti della Commissione, ha permesso all'Esecutivo europeo di escludere l'applicazione della normativa sugli aiuti di Stato per l'operazione di ricapitalizzazione della Nord Lb, giacché il comportamento dello Stato membro è risultato perfettamente allineato a quello di un operatore privato in un'economia di mercato¹⁴⁶. Diversamente, l'aiuto pubblico avrebbe rischiato di tradursi in distorsione della concorrenza e agevolato futuri comportamenti scorretti, incentivando tra l'altro il *moral hazard*.

Nella valutazione condotta dalla Commissione ciascuna delle misure individuate nel piano di ristrutturazione deve essere considerata individualmente per stabilire se una di esse può singolarmente fornire a NordLB un vantaggio competitivo che altrimenti non potrebbe ricevere in normali condizioni di mercato. Tuttavia, trattandosi di elementi della stessa più ampia transazione, il legame tra le diverse misure deve anch'esso riflettersi nella valutazione del MEIP¹⁴⁷.

Sebbene da un punto di vista formale il quadro di interventi orchestrato per

¹⁴⁶ In una decisione della Commissione Ue del 20 ottobre 2004, C(2004) 3926, riguardante la stessa banca, si legge che «L'esistenza di un aiuto può essere accertata soltanto verificando se il prezzo pagato dal beneficiario della misura corrisponda al prezzo di mercato. Quando fondi pubblici e altri attivi vengono utilizzati per attività commerciali svolte in concorrenza con altri operatori, le regole normali dell'economia di mercato devono essere applicate».

¹⁴⁷ In particolare, una valutazione delle iniezioni di capitale è possibile solo dopo che la remunerazione di qualsiasi altra misura contemplata nel piano sia stata ritenuta in linea con il suddetto principio e contabilizzata di conseguenza nel piano aziendale.

impedire la risoluzione di Nord Lb appaia legittimo¹⁴⁸, si ritiene che lo stesso possa prestarsi ad una diversa lettura che permetta di portare allo scoperto le pecche che si celano in alcune valutazioni non sempre congruenti sviluppate dalla Commissione nel suo *reasoning*.

Sia ben chiaro: ciò che viene in discussione non è la natura pubblica delle risorse impiegate. Affinché una misura possa rientrare nella nozione di aiuto

¹⁴⁸ Si veda, al riguardo, ciò che la Corte di giustizia ha dichiarato nella sentenza *Stardust Marine* (Caso 482/99), cit., p.to 71: «Nella fattispecie, è incontestato tra le parti che, per stabilire se lo Stato abbia adottato o no il comportamento di un investitore avveduto in un'economia di mercato, occorre porsi nel contesto dell'epoca in cui sono state adottate le misure di sostegno finanziario al fine di valutare la razionalità economica del comportamento dello Stato e occorre quindi astenersi da qualsiasi valutazione fondata su una situazione successiva». Fra le altre si segnala l'interpretazione fornita nelle Conclusioni dell'AG Jacobs nelle cause riunite C-278/92, C-279/92 e C-280/92, *Spagna c. Commissione*, in *Racc.*, 1994, I-4103, p.to 28, ove si precisa che «È erogato un aiuto statale ogni volta che uno Stato membro mette a disposizione di un'impresa fondi che nel naturale corso degli eventi un investitore privato, che applichi criteri commerciali ordinari senza tener conto di fattori sociali, politici o filantropici, non avrebbe fornito». Secondo l'interpretazione fornita da M. EBNER e E. GAMBARO, *La nozione di aiuto di Stato*, in A. SANTA MARIA (a cura di), *Concorrenza e aiuti di Stato. Un osservatorio sulla prassi comunitaria*, Giappichelli, Torino, 2006, p. 28, « il criterio relativo al comportamento di un investitore privato non è altro che un corollario del principio della parità di trattamento fra proprietà pubblica e privata, di cui all'art. 295 CE, in forza del quale i capitali messi a disposizione di un'impresa, direttamente o indirettamente, da parte dello Stato, in circostanze che corrispondono alle normali condizioni di mercato, non possono essere considerati aiuti di Stato». Per un'esatta determinazione del contenuto precettivo di tale principio e delle metodologie utilizzate dalla Commissione per verificarne il rispetto, cfr. P. MENGOZZI, *Il principio dell'investitore in una economia di mercato e i valori del diritto comunitario*, in *Riv. dir. eur.*, 1995, p. 19 ss.; MALINCONICO, *Aiuti di stato*, in M.P. CHITI e G. GRECO, (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo europeo*, Giuffrè, Milano, 1997; B. SLOCOCK, *The market economy investor principle*, in *Competition Policy Newsletter*, 2, 2002, p. 23 ss.; G. KARYDIS, *Le principe de l'opérateur économique privé, critère de qualification des mesures étatiques, en tant qu'aides d'Etat, au sens de l'article 87 par. 1 du Traité CE*, in *Rev. trim. droit eur.*, 2003, p. 389 ss.; M. PARISH, *On the private investor principle*, in *Eur. law rev.*, 2003, p. 70 ss.; C.F. GHELARDUCCI e M. CAPANTINI, *Gli aiuti di stato e il principio dell'investitore privato negli orientamenti della Commissione e nella giurisprudenza comunitaria*, in A. MASSERA (a cura di), *Il diritto amministrativo dei servizi pubblici tra ordinamento nazionale ed ordinamento comunitario*, Pisa, plus, 2004, p. 127 ss.; H.W. FRIEDERISZICK e M. TROGE, *Applying the Market Economy Investor Principle to State Owned Companies - Lessons learned from the German Landesbanken Cases*, in *EC Competition Policy Newsletter*, 2006, p. 105 ss.; A. PAGANO, *Sull'applicazione del criterio dell'investitore privato operante in un'economia di mercato*, in *DPCE*, 2010, 3, 1282 ss.; M. KOHLER, *New Trends Concerning the Application of the Private Investor Test*, in *European State Aid Law Quarterly*, 1, 2011, p. 21 ss.; P. DE LUCA, *Il criterio dell'investitore privato in economia di mercato: il caso Commissione c. Electricité de France (Edf)*, in *Merc. conc. reg.*, 3, 2012, 519 ss.; R.F. BALDUCCI, *Lo stato può investire nel capitale di imprese pubbliche anche per mezzo di esenzioni fiscali: è la fine del "market economy investor principle" in DPCE*, 2012, 1710 ss.; F. LAPRÉVOTE e M. PARON, *The Commission's Decisional Practice on State Aid to Banks: An update*, in *ESTAL*, I, 2015, p. 92 ss.

concesso dallo Stato, ai sensi dell'art. 107, par. 1, TFUE, occorre che siano soddisfatte due condizioni distinte e cumulative, vale a dire che l'aiuto sia imputabile all'autorità pubblica e che sia concesso mediante risorse statali¹⁴⁹. Secondo una giurisprudenza consolidata della Corte di giustizia, di recente ribadita in occasione della pronuncia del Tribunale europeo sul caso Tercas¹⁵⁰, non è necessario distinguere *a priori* gli aiuti concessi direttamente dallo Stato da quelli erogati mediante un ente pubblico o privato, designato o istituito da detto Stato. La logica sottesa è infatti di evitare qualsiasi rischio di sotto-inclusione, vale a dire il rischio che, attraverso l'erogazione di aiuti da parte di enti autonomi, siano aggirate le disposizioni in materia di aiuti di Stato¹⁵¹.

¹⁴⁹ Cfr. Corte UE, 21 marzo 1990, causa C-142/87, *Regno del Belgio/Commissione*, c.d. *Tubemeuse*, Racc., I-959, p.to 25; 16 maggio 2002, causa C-482/99, *Repubblica Francese/Commissione (Stardust Marine)*, Racc., I-4397, p.to 68; 24 luglio 2003, causa C-280/00, *Altmark Trans GmbH e Regierungspräsidium Magdeburg*, Racc., I-7747, p.ti 74 e 75.

¹⁵⁰ Tribunale Ue, sent. 19 marzo 2019, cause riunite T-98/16, T-196/16 e T-198/16, avverso la Decisione della Commissione Ue del 23 dicembre 2015, relativa all'aiuto di Stato SA. 39451 (2015/C) cui l'Italia ha dato esecuzione a favore di Banca Tercas, in www.ec.europa.eu. In dottrina cfr. G. BRANCADORO, *La sentenza Tercas in tema di aiuti di stato: è necessaria una rilevazione di dati concreti e univoci nelle operazioni sotto esame*, in *Federalismi*, Editoriale, n. 8/2019, p. 1 ss.; D. DOMENICUCCI, *Il salvataggio di banca Tercas non è un aiuto di stato secondo il Tribunale dell'Unione europea*, in *Eurojus*, 3/2019, p. 174 ss.; N. SPADARO, *Aiuti di Stato alle banche. Il Tribunale di primo grado dell'UE apre la strada ad un'interpretazione meno rigorosa da parte della Commissione*, in *Riv. reg. merc.*, n. 2, 2019, p. 263 ss.; A. VIGNINI, *State Aid and Deposit Guarantee Schemes. The CJEU Decision on Tercas and the role of DGSs in banking crises*, in *The role of the CJEU in shaping the Banking Union: notes on Tercas (T-98/16) and Fininvest (C-219/17)*, Quaderni di Ricerca Giuridica della Consulenza Legale, Banca d'Italia, n. 85, 2019, p. 9 ss.; S. MACCARONE, *La sentenza del Tribunale europeo sul caso Tercas*, in *Bancaria*, 3, 2019; GROSSULE, *Crisi bancarie ed intervento del FITD: prime considerazioni sulla sentenza Tercas*, in www.dirittobancario.it, 21 marzo 2019; D. ROSSANO, *Il Tribunale Ue bocchia la Commissione europea sul caso Tercas*, in *Riv. trim. dir. eco.*, II, 2019, 22 ss.; F. FERRARO, *Il Tribunale dell'Unione riconsidera la decisione sul caso Tercas in tema di aiuti(non) di Stato alle banche*, in *I Post di Aisdue*, I, 2019; C. BUZZACCHI, *Il fondo interbancario nel caso Tercas e la tutela del risparmio: mandato pubblico o privato?*, in *Riv. Reg. Merc.*, n. 2, 2018, p. 279 ss.; S. AMOROSINO, *La Commissione europea e la concezione strumentale di "mandato pubblico" (a proposito del "caso FITD/Tercas" – Sentenza del Tribunale UE 19 marzo 2019)*, in *Dir. banca merc. finan.*, n. 2, 2019, p. 364 ss.; L. SCIPIONE, *Aiuti di Stato, crisi bancarie e ruolo dei Fondi di garanzia dei depositanti*, in *Giur. comm.*, n. 1, 2020, p. 184 ss.

¹⁵¹ Ciò nondimeno, il Tribunale non manca di osservare che, specularmente al rischio di sotto-inclusione, esiste anche un rischio di sovra-inclusione, laddove vengano considerati aiuti di Stato vantaggi che non siano imputabili allo Stato o che non comportino l'utilizzo di risorse statali. Sul rischio di sotto-inclusione, sentenza del 16 maggio 2002, Francia/Commissione (C-482/99, EU:C:2002:294, p.to 23), nota anche come "sentenza Stardust", e, sul rischio di sovra-inclusione, conclusioni dell'avvocato generale Saugmandsgaard Øe nella causa ENEA (C-329/15, EU:C:2017:233, punti 68 e 69), e da ultimo sent. Tercas, p.to 65.

7. Intervento pubblico e “market economy investor principle”.

La Commissione nell'esaminare gli aiuti a sostegno di banche in difficoltà ha posto attenzione a non adottare decisioni che si rivelassero discriminatorie nei confronti degli istituti di credito di proprietà pubblica. Le norme del Trattato sono neutrali nel trattamento delle società private o statali (art. 345 TFUE). Ciò significa che il legislatore comunitario non proibisce alle autorità pubbliche di acquistare o investire in società. Tuttavia, per evitare che le aziende possano godere di alcuni vantaggi derivante dal fatto di essere di proprietà dello Stato, l'Esecutivo europeo ha elaborato dei criteri che consentono di individuare quando la proprietà pubblica o gli investimenti statali favorirebbero alcune società rispetto ad altre e di conseguenza falserebbero la concorrenza.

Di tal ché, al fine di distinguere tra contributi in conto capitale al settore privato (sotto forma sia di capitale di rischio che di debito) e aiuti di Stato a favore di banche già controllate dallo Stato, la Commissione ha fissato il noto “principio dell'investitore privato”: ogni aiuto ricevuto necessita di essere rimborsato con il tempo o remunerato secondo le normali condizioni di mercato, in tal modo assicurando la cessazione di qualsiasi forma di aiuto statale¹⁵².

Nell'ambito della disciplina degli aiuti di Stato, il suddetto *test* rileva ai fini della dimostrazione della pretesa natura selettiva o discriminatoria della misura da dispensare, nonché in relazione all'applicazione del principio del *burden sharing*.

Mutuato dalle linee guida per tutte le imprese in difficoltà, il MEIP assume una declinazione particolare per il settore bancario¹⁵³, non risultando affatto semplice stabilire in quali termini esso potesse e dovesse dispiegarsi in tale

¹⁵² M. PARISH, *On the private investor principle*, in *European Law Review*, 2003, p. 70 ss.

¹⁵³ Nel caso *Züchner* (Corte Ue, *Caso 172/80 Züchner v. Bayerische Vereinsbank* [1981] ECR I-02021, parr. 6-8), la Corte di giustizia chiarì che le istituzioni finanziarie non possono essere considerate alla stregua delle imprese incaricate della gestione di servizi di interesse economico generale e, conseguentemente, non sono esenti dall'applicazione del diritto della concorrenza. La Commissione, alla luce di tale pronuncia, cominciò a gestire il rapporto tra gli interventi statali e le istituzioni finanziarie in maniera rigorosa: era prassi consolidata fare riferimento alla generale disciplina contenuta negli “Orientamenti comunitari sugli aiuti di Stato per il salvataggio e la ristrutturazione di imprese in difficoltà” (c.d. *Rescue and Restructuring Guidelines*), in GUUE C 244 del 1° ottobre 2004, p. 2.

peculiare settore d'attività.

V'è da segnalare che la maggior parte dei salvataggi compiuti alla fine del secolo scorso ha riguardato istituti di credito pubblici (Crédit Lyonnais¹⁵⁴, Société Marseillaise de Crédit, GAN, Comptoir des Entrepreneurs) o che ricadevano sotto l'influenza dei pubblici poteri (CFF, Banco di Napoli e Banco di Sicilia¹⁵⁵). In un certo numero di ipotesi riguardanti di fatto banche private, l'impresa in difficoltà è stata lasciata fallire (ad es., Barings nel Regno Unito e Banque Pallas Stern in Francia). In altre situazioni ancora, gli istituti di credito hanno ricevuto un sostegno a condizioni paragonabili a quelle di un investitore privato operante in un'economia di mercato.

La vicenda Banesto, che risale al 1993, costituisce tuttavia la prima fattispecie di rilievo ai fini dell'applicazione delle norme sugli aiuti di Stato al settore creditizio. Il sostegno alla banca venne riconosciuto compatibile con la normativa in materia di concorrenza giacché concesso a condizioni

¹⁵⁴ Nel salvataggio del Crédit Lyonnais la prima misura, venne considerata aiuto di Stato illegittimo e incompatibile con il mercato interno, dato che l'iniezione di capitale era avvenuta in violazione del MEIP. Le autorità pubbliche francesi erano intervenute in assenza di un'analisi *ex ante* del bilancio della banca e di un piano di ristrutturazione in grado di dimostrarne la capacità dell'istituto creditizio di tornare ad essere redditizio in un ragionevole periodo di tempo. In seconda battuta, la Commissione si pronunciò sul trasferimento delle attività deteriorate ad una società veicolo; anche in questo caso dichiarò l'illegittimità di tale operazione, giacché essa risultava essenziale per la sopravvivenza dell'intermediario, prevedeva una durata troppo lunga, nonché un alto livello di rischio non adeguatamente remunerato. Per un primo commento in dottrina cfr. N. PESARESI e C. LA ROCHEFORDIERE, *Crises bancaires: un bilan de l'application des règles de concurrence en matière d'aides d'Etat. Lecons de la crise du Crédit Lyonnais*, in *Competition Policy Newsletter*, 2000, 3, p. 12 ss. L'autorizzazione agli aiuti poi concessa dalla Commissione Ue (Decisione del 20 maggio 1998 concernente gli aiuti accordati dalla Francia al gruppo Crédit Lyonnais, in GUCE L 221, 8 agosto 1998, p. 28 ss.) non escludeva la ristrutturazione dell'ente creditizio in generale, dovendosi conciliare il sostegno statale con la politica di concorrenza e liberalizzazione del mercato bancario nell'ambito della Comunità europea. Oltre all'utilizzo del MEIP, la decisione della Commissione faceva puntuale applicazione dei requisiti previsti negli "Orientamenti del 1994" esigendo, pertanto, che sussistessero: *i*) un piano di ristrutturazione fondato su ipotesi realistiche di redditività minima attesa dei capitali investiti e di recupero a lungo termine della redditività economico-finanziaria dell'impresa; *ii*) contropartite idonee a compensare l'effetto distorsivo (dell'aiuto) sulla concorrenza, come cessioni di attivi e chiusure di filiali; *iii*) il rispetto del principio di proporzionalità; *iv*) l'attuazione integrale del piano di ristrutturazione, con la garanzia dello Stato di svolgere un'attività di monitoraggio e vigilanza adeguata sulla corretta esecuzione della decisione della Commissione.

¹⁵⁵ Commissione Ue, Decisione 2000/600/EC del 10 novembre 1999, che approva in via condizionata l'aiuto concesso dall'Italia alle banche pubbliche Banco di Sicilia e Sicilcassa (GUCE L 256 del 10.10.2000, p. 21), p.to 60.

paragonabili a quelle di un "investitore privato operante in un'economia di mercato"¹⁵⁶.

Orbene, in base al suddetto principio non vi è distinzione tra proprietà pubblica e privata nella misura in cui operatori del settore pubblico operino come dei privati, vale a dire senza avvalersi delle speciali prerogative e dei mezzi finanziari di uno Stato membro e ottenendo un rendimento per il loro investimento nel salvataggio della banca in linea con le condizioni praticate sul mercato¹⁵⁷.

Senonché, anche quando è la legislazione nazionale a prevedere la ricapitalizzazione obbligatoria da parte del pubblico di istituti creditizi in difficoltà, tali finanziamenti non rappresentano un aiuto se concessi secondo condizioni normalmente accettabili per un investitore privato, a prescindere dagli obblighi legali che incombono sullo Stato in quanto proprietario-azionista della banca.

Benché si tratti di un criterio consolidato e ampiamente utilizzato, nella fase più acuta della crisi, si è ritenuto che non potesse essere utilizzato per valutare le misure di aiuto nei confronti delle banche perché nessun investitore privato sarebbe intervenuto in presenza di condizioni così avverse¹⁵⁸.

Proprio queste incertezze ed il fatto che sia la valutazione vada condotta tenendo conto delle particolare connotazioni del settore in cui tali misurazioni si inscrivono mostrato la necessità di ulteriori precisazioni o quantomeno evidenziato limiti di applicazione del suddetto criterio.

¹⁵⁶ Cfr. P. ROSSI, V. SANSONETTI, *Survey of State Aid in the Lending Sector – A Comprehensive Review of main State Aid cases*, in *Società Italiana di Diritto ed Economia*, 2007, p. 8 s. Nel caso di specie, il piano di salvataggio elaborato dalla Banca centrale spagnola prevedeva un aumento di capitale sottoscritto dal Fondo di garanzia dei depositi. La Commissione stabilì che la transazione era conforme al MEIP, visto che al Fondo partecipavano su base volontaria banche private che finanziavano la maggior parte delle sue risorse.

¹⁵⁷ Corte Ue, caso C-142/87 *Belgium v Commissione* ("Tubemeuse"), in Racc. 1990, I-959, par. 26.

¹⁵⁸ A tal proposito A. CANEPA, *Il difficile equilibrio fra concorrenza e aiuti di stato nella crisi: ruolo e scelte della Commissione nel settore bancario*, cit., p. 17, nell'individuare le condizioni, strettamente dipendenti dalle peculiarità del settore bancario, di inapplicabilità del criterio in esame rileva: <<a) la difficoltà di avere un investitore in grado di mettere a disposizione un elevato ammontare di risorse quale quello necessario per i salvataggi delle banche b) la diversificazione di interventi realizzati e la conseguente assunzione di livello di rischio c) la rapidità di attuazione delle misure>>.

7.1. Alcune precisazioni sulla esatta delimitazione del MEIP nei salvataggi bancari.

Dinnanzi al problema di individuare l'esatta portata di tale regola, viene in rilievo, anzitutto, la necessità di distinguere l'ipotesi in cui lo Stato rivesta il ruolo di azionista-proprietario di un'impresa da quella in cui lo Stato agisca in quanto autorità pubblica, perché solo nella prima fattispecie ha senso comprovare il test dell'investitore privato¹⁵⁹.

Nel concedere un vantaggio economico a un'impresa i giudici europei hanno precisato che ai fini dell'applicazione del suddetto criterio vadano presi in considerazione solo gli utili e gli obblighi relativi al suo *status* di azionista, con conseguente esclusione di quelli correlati al suo *status* di autorità pubblica. Gli è che, il vantaggio è da considerarsi *in re ipsa*¹⁶⁰ quando l'intervento statale si configura quale manifestazione dei poteri d'imperio di cui dispone l'autorità statale, quando cioè essa agisce nel perseguimento di interessi pubblici ovvero quando la prospettiva di realizzare un profitto, benché sia presente, è di secondaria importanza.

Chiarito questo primo aspetto, occorrerà di seguito stabilire:

- a) se il vincolo del minor onere debba essere inteso in chiave sistemica, ossia finalizzato a garantire l'efficienza e la stabilità dell'intero settore bancario,
- b) ovvero se la finalità di tale vincolo – secondo una interpretazione che si ritiene più in sintonia con il dato letterale – vada verificata sul piano essenzialmente della economicità e della vantaggiosità dell'intervento.

Nella prospettiva tesa a privilegiare l'integrità del mercato si è indotti a giudicare con favore un intervento di risanamento capace di restituire, in un

¹⁵⁹ La Commissione ha spiegato che «è necessario distinguere tra l'applicazione del test MEIP e il rispetto dei criteri Altmark. Mentre entrambi i test servono a valutare l'esistenza di un vantaggio per il beneficiario, fanno chiaramente riferimento ai diversi ruoli che le autorità pubbliche possono assumere quando adottano misure finanziarie a favore di una determinata impresa».

¹⁶⁰ Corte di giustizia, sentenza del 14 settembre 1994, cause riunite da C-278/92 a C-280/92, Spagna c. Commissione, par. 22. Si vedano anche Corte di Giustizia, sentenza del 5 giugno 2012, causa C-124/10 P, Commissione c. EDF, e Tribunale dell'Unione europea, sentenza del 17 dicembre 2008, causa T-196/04, Ryanair, par. 85.

determinato lasso di tempo, l'impresa alla redditività e al libero gioco concorrenziale¹⁶¹. Conclusione che sembra, del resto, trovare solide basi nell'orientamento espresso dalla Corte di giustizia secondo cui quando l'apporto di capitale di un investitore pubblico non tiene conto di alcuna prospettiva di redditività, anche a lungo termine, tale contributo deve essere considerato un aiuto ai sensi dell'art. 107 del TFUE e la sua compatibilità con il mercato interno deve essere valutata alla luce dei criteri pertinenti.

7.2. Il rispetto della clausola *pari passu*.

In ossequio ad una consolidata "giurisprudenza" dell'Esecutivo europeo, un contributo in conto capitale con impiego di fondi pubblici soddisfa, in linea di principio, il criterio dell'investitore privato e non implica la concessione di aiuti di Stato se, in particolare, questo contributo ha luogo contemporaneamente a un intervento equipollente di un investitore privato effettuato a condizioni comparabili¹⁶².

Corre l'obbligo di precisare, tuttavia, che la concomitanza di contributi di investitori privati e pubblici costituisce, al massimo, un'indicazione di assenza di aiuti ai sensi dell'art. 107, par. 1, TFUE. Poiché, come si è abbondantemente rimarcato, lo scopo del suddetto *test* è di confrontare il comportamento dell'investitore pubblico con quello di un ipotetico investitore privato, non vi è dubbio che l'esistenza di investitori disposti a investire in modo significativo e in chiave ancillare possa facilitare tale comparazione.

Se lo Stato sceglie un approccio diverso, deve dimostrare *ex ante* che l'investimento garantirà un rendimento sufficiente a coprire sia il costo

¹⁶¹ Cfr. C. AHLBORN e D. PICCININ, *The Application of the Principles of Restructuring Aid to Banks During the Financial Crisis*, in *European State Aid Law Quarterly*, 1/2010, 47 ss.; A. TONETTI, *La disciplina comunitaria e globale degli aiuti a favore del sistema bancario*, in *Giorn. dir. amm.*, 2009, 6, 659 ss.; V. GIGLIO, *Gli aiuti di Stato alle banche nel contesto della crisi finanziaria*, in *Merc. conc. reg.*, 1, 2009, 23 ss. J. DOLEYS THOMAS, *Managing State Aid in Times of Crisis: The Role of the European Commission*, Paper presented at the ECPR Fifth Pan-European Conference on EU Politics, June 23-26, 2010, University of Oporto and University of Fernando Pessoa, Porto, Portugal; S. GEBSKI, *Competition first? Application of State aid rules in the banking sector*, in *Comp. Law Rev.*, 6, 2009, 103.

¹⁶² CGUE, causa T-296/97, Alitalia / Commissione, par 100.

opportunità sia il rischio che l'investimento stesso implica¹⁶³. Secondo l'orientamento della Corte, il comportamento con il quale l'investitore pubblico deve essere confrontato non è necessariamente quello di un investitore ordinario che impiega capitale per il conseguimento di un profitto a breve termine. Piuttosto il parametro di riferimento deve essere quello di una *holding* privata o di un gruppo privato di società che perseguono una politica strutturale, globale o settoriale e dove la redditività viene in gioco in una prospettiva di più lungo termine (par 34).

Il rispetto dei requisiti patrimoniali regolamentari non sarebbe, tuttavia, un motivo sufficiente per incentivare un investitore privato a riversare ulteriori risorse nella banca dato che costui razionalmente prenderebbe in considerazione tutte le altre opzioni percorribili, compresa la liquidazione, al fine di scegliere quella finanziariamente più vantaggiosa.

Per riepilogare, affinché la condizione *pari passu* sia verificata occorre che: i) gli investimenti pubblici e privati siano concomitanti, ii) gli investimenti privati siano comunque di importo significativo; iii) che vi sia equivalenza di rischi e benefici tra partecipazioni pubbliche e private.

Per dimostrare che un investimento pubblico può generare tassi di rendimento di mercato¹⁶⁴, la valutazione deve basarsi su ipotesi realistiche, essere sostenibile rispetto ai cambiamenti del mercato e delle condizioni

¹⁶³ Sul punto la Corte ha inoltre sottolineato che quando l'apporto di capitale di un investitore pubblico non tiene conto di alcuna prospettiva di redditività, anche a lungo termine, tale contributo deve essere considerato un aiuto ai sensi dell'art. 107 del TFUE e la sua compatibilità con il mercato interno deve, di conseguenza, essere valutata alla luce dei criteri pertinenti. Per un caso da manuale si veda Commissione europea, decisione 2005/145, che la Francia ha concesso un aiuto incompatibile a Electricite de France [EDF] e la successiva nuova decisione 2016/154 <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32016D0154&from=EN>.

¹⁶⁴ La necessità di una valutazione *ex ante* è stata sottolineata nella sentenza del Tribunale del 18 settembre 2018, causa T-93/17, Duferco contro Commissione europea. Il MEIP dovrebbe essere applicato *ex ante*, vale a dire che si dovrebbe determinare se al momento dell'investimento un investitore privato in un'economia di mercato avrebbe valutato positivamente il versamento di un contributo di capitale. Un investitore del mercato prenderebbe debitamente in considerazione i rischi associati all'investimento, in modo da richiedere una maggiore redditività in presenza di investimenti più rischiosi. Se, ad esempio, requisiti regolamentari specifici, come il capitale minimo o la liquidità, rendono l'investimento non redditizio, un investitore operante in un'economia di mercato non procederebbe con gli investimenti.

finanziarie sottostanti e comparabile ai livelli raggiunti da società simili in settori simili¹⁶⁵.

I criteri poc'anzi richiamati sono interessanti anche perché dimostrano che lo Stato può investire come operatore privato anche quando il mercato è riluttante a farlo, purché il rendimento atteso sia sufficientemente remunerativo (*rectius* elevato).

Orbene, nel caso specifico di Nord Lb, rivendicare tale eccezione sembra, per vero, esercizio particolarmente arduo. La critica qui mossa va imputata alla circostanza per cui l'intervento degli azionisti pubblici sia arrivato anche in chiave difensiva rispetto alla possibilità di dare corpo ad un'operazione di ristrutturazione promossa da fondi di *private equity*. La qualcosa conferma che, nonostante sussistesse un interesse per l'istituto tedesco anche da parte di soggetti privati, si sia preferito non tenerne conto pur di preservare l'assetto proprietario di natura pubblica della banca¹⁶⁶.

Si tenga presente, infatti, che in base alle prassi sopra richiamate un aumento di capitale da parte del principale azionista (lo Stato della Bassa Sassonia) presupporrebbe la compartecipazione di investitori privati quale condizione necessaria affinché la disciplina in materia di aiuti di Stato venisse disapplicata¹⁶⁷. La proposta dei fondi Cerberus e Centerbridge concreterebbe il comportamento del soggetto privato che opera secondo le regole di mercato e

¹⁶⁵ V. la decisione della Commissione SA.36574 su presunti aiuti di Stato concessi dalla Francia ad Altrad. http://ec.europa.eu/competition/state_aid/cases/258693/258693_1686915_85_4.pdf, parr. 44 s. Se la società da ricapitalizzare è in una posizione finanziaria precaria, un investitore in un'economia di mercato avrebbe richiesto l'attuazione di un piano per ripristinare la redditività dell'impresa, in modo che la società potesse fornire un rendimento sufficiente per i suoi azionisti.

¹⁶⁶ Al riguardo la Commissione osserva che la Nord Lb aveva avviato un processo di vendita privata nel 2018 che era stato sospeso nel gennaio 2019 a favore della soluzione del settore pubblico. Dato che questo processo aveva avuto luogo prima dell'elaborazione del piano aziendale come notificato e che, in ogni caso, non si era proceduto alla fase delle offerte vincolanti incondizionatamente, la Commissione ha ritenuto che non avesse rilevanza per la valutazione delle misure notificate (p.to 111 della Decisione).

¹⁶⁷ Le autorità tedesche, infatti, prima di varare il piano pubblico hanno respinto una proposta privata, avanzata dai fondi Cerberus e Centerbridge. Come se non bastasse, il premier della Bassa Sassonia Stephan Weil ha definito l'operazione dei Länder «la migliore opzione possibile». Quindi, per ammissione delle stesse autorità pubbliche, il salvataggio non è avvenuto «a condizioni di mercato».

che, conseguentemente, avrebbe potuto sostanziare l'ipotesi controfattuale per il riconoscimento della veste di aiuti di stato agli interventi previsti dagli azionisti pubblici di Nord Lb. La Commissione, invece, trascurando tale *test* dimostrativo, ha attinto ai medesimi criteri adottati nella valutazione dei fondi statali portoghesi a favore della Caixa Geral de Depósitos, reiterando così un'interpretazione estensiva del principio dell'investitore privato che opera in condizioni di mercato.

7.3. La diversa rilevanza tra perseguimento di obiettivi di redditività e minimizzazione delle perdite connesse ad aiuti già concessi.

Esauriti questi primi più probanti argomenti di riflessione, bisogna dar conto di altri elementi che, sebbene collocabili su un piano di diversa importanza, concorrono anch'essi a comprovare o escludere, sempre con riferimento al criterio dell'investitore privato in un'economia di mercato, la connotazione pubblica degli aiuti alla ristrutturazione della banca in difficoltà.

Considerata la particolare varietà di forme che il sostegno pubblico può assumere, anche la posizione ricoperta dallo Stato in rapporto all'impresa beneficiaria può risultare determinante ai fini della suddetta classificazione¹⁶⁸. Ferma l'essenza del ragionamento fin qui condotto, il criterio dell'operatore in economia di mercato può infatti essere declinato diversamente a seconda che lo Stato agisca in qualità di investitore, creditore, venditore, garante, acquirente.

Quando un operatore di mercato investe per trarre profitto, la logica di fondo che guida la sua scelta è la medesima che si riscontra quando egli interviene per "difendere" il suo investimento immettendo altre risorse per coprire o evitare perdite¹⁶⁹. In entrambi i casi la motivazione è costituita dal desiderio di

¹⁶⁸ Sul tema, si rinvia a Corte di giustizia, sentenza del 24 gennaio 2013, causa C-73/11 P, Frucona Košice c. Commissione e A. NUCARA, *In Search of the Holy Grail of a Hypothetical Private Creditor*, in *European State Aid Law Quarterly*, 2014, p. 80 Per un'ampia disamina delle diverse fattispecie di aiuto, si veda M. ORLANDI, *Gli aiuti di Stato nel diritto comunitario*, ESI, Napoli, 1995.

¹⁶⁹ Si pensi al caso in cui vi sono opzioni limitate per recuperare i propri investimenti e le azioni alternative possono risultare più costose.

massimizzare il valore dell'investimento. Nel prima fattispecie vi è il bisogno di scongiurare la perdita del profitto potenziale, mentre nella seconda prevale l'esigenza di rimuovere la sottrazione del profitto effettivo. In questa analisi di tipo comportamentale è racchiuso il motivo per cui l'ipotetico investitore privato – figura che sottende al concetto giuridico di investitore in economia di mercato – tiene sempre conto nel compiere in modo razionale le sue scelte di investimento dell'intero spettro degli scenari plausibili, anche futuri, dato che l'attualizzazione dei flussi di cassa da essi provenienti consente un confronto con opzioni e valori che sono disponibili nell'immediato.

Restando in tema, occorre segnalare che in anni recenti la giurisprudenza della Corte ha avuto occasione di confrontarsi con questioni che aiutano a inquadrare il problema del criterio dell'operatore privato nell'ipotesi in cui siano già stati concessi aiuti in favore delle stesse imprese¹⁷⁰. L'interrogativo che i giudici europei hanno dovuto sciogliere è se la presenza di aiuti già concessi alla società in cui l'autorità pubblica intende nuovamente investire possano incidere e in che modo sui risultati del *test* dell'investitore privato. Cosicché, ripercorrendo il formante della Corte europea viene in rilievo il salvataggio della banca danese FIH Erhvervsbank (FIH)¹⁷¹, ove il Tribunale Ue decretò che in materia di crediti pubblici non si debba operare un parallelismo tra autorità

¹⁷⁰ Cfr. M. KÖHLER, *New Trends Concerning the Application of the Private Investor Test*, in *European State Aid Law Quarterly*, 2011, p. 21 ss.

¹⁷¹ Nell'arco della crisi finanziaria l'istituto danese aveva beneficiato di alcune misure adottate dal governo della Repubblica di Danimarca (un apporto di capitale e una garanzia statale su nuove passività) per garantire la stabilità del settore bancario, valutate compatibili con il mercato interno da parte della Commissione europea. Successivamente, al fine di far fronte alla mancanza di liquidità che si ricollegava alla scadenza delle obbligazioni, il governo danese era nuovamente intervenuto in favore di FIH attraverso un pacchetto articolato di misure che nel dettaglio prevedeva: i) il trasferimento di prestiti immobiliari e prodotti derivati in *NewCo*, una controllata di FIH Holding costituita *ad hoc*; ii) un finanziamento a FIH da parte della *Financial Stability Company* (FSC), un ente di diritto pubblico danese creato nell'ambito della crisi finanziaria; iii) l'acquisto delle partecipazioni in *NewCo* da parte di FSC; iv) la concessione di due prestiti da FIH a *NewCo*, in modo da assorbire le perdite di questa; v) la liquidazione di *NewCo*; vi) il rilascio di una garanzia illimitata da parte di FIH Holding nei confronti di FSC, per permettere a quest'ultima di recuperare le perdite eventualmente subite a seguito dell'acquisto e della liquidazione di *NewCo*. Nel valutare la compatibilità delle misure contenute nel piano di ristrutturazione con il regime degli aiuti di Stato, la Commissione (Decisione 2014/884/UE dell'11 marzo 2014 relativa all'aiuto di Stato SA.34445 (12/C) al quale la Danimarca ha dato esecuzione per il trasferimento di attività patrimoniali da FIH a FSC) concluse nel senso che il criterio dell'investitore privato in economia di mercato non fosse stato rispettato (par. 108).

statali e investitori che si muovono nell'ottica di conseguire un profitto a lungo termine¹⁷². In altri termini, se le autorità pubbliche mirano esclusivamente a ridurre l'esposizione finanziaria derivante da una misura di aiuto di Stato già adottata, anche ove essa sia compatibile con il mercato interno, il criterio dell'operatore privato non può applicarsi, perché l'intervento precedente ha già determinato condizioni di mercato non concorrenziali. Dunque, la volontà di evitare delle perdite non può legittimare ulteriori misure, che minerebbero altrimenti una situazione in cui un soggetto già beneficiario di aiuti verrebbe trattato in maniera più favorevole rispetto a chi non ha ricevuto alcun aiuto.

Se, tuttavia, nelle pronunce rese in *Gröditzer Stahlwerke*¹⁷³ e *Land Burgenland*¹⁷⁴ tale interpretazione trovò conferma, tant'è che le misure di aiuto già concesse dallo Stato non furono considerate idonee a giustificare il comportamento successivo delle autorità pubbliche poiché non allineate al MEIP, non altrettanto accadde nella sentenza *ING*, ove invece la scelta dello Stato di accettare termini di rimborso meno favorevoli rispetto alle condizioni praticate sul mercato venne valutata alla luce del *test* dell'investitore privato in economia di mercato^{175, 176}.

¹⁷² TRIBUNALE UE, 15 settembre 2016, *causa T-386/14, FIH Holding e FIH Erhvervsbank c. Commissione*, par. 57 s., secondo cui un operatore economico, che ha concesso previamente alla società interessata un apporto di capitale e una garanzia, «è paragonabile più a un creditore privato che mira a minimizzare le sue perdite che non ad un investitore privato che punta a massimizzare la redditività del capitale che può investire dove desidera. [...] Può essere razionale per un operatore economico, che ha partecipazioni al capitale di una società alla quale ha concesso una garanzia, adottare misure che implicino un certo costo, qualora queste permettano di ridurre notevolmente, se non di eliminare, il rischio di perdita del suo capitale o di escussione della garanzia». In ragione di ciò, il Tribunale giunse alla conclusione che la Commissione avesse applicato un criterio di verifica giuridico errato, annullando pertanto la decisione impugnata.

¹⁷³ Corte di giustizia, sentenza del 28 gennaio 2003, *causa C-344/99, Germania c. Commissione*, par. 133-141. Si consideri che nelle Conclusioni dell'AG Szpunar presentate il 28 novembre 2017, *causa C-579/16 P, Commissione c. FIH Holding e FIH*, par. 55-57, si precisa che,

¹⁷⁴ Si veda Corte di giustizia, sentenza del 24 ottobre 2013, *cause riunite C-214/12 P, C-215/12 P e C-223/12 P, Land Burgenland e altri c. Commissione*, par. 50-56.

¹⁷⁵ Corte di giustizia, sentenza del 3 aprile 2014, *causa C-224/12 P, Commissione c. Paesi Bassi e ING Groep*, par. 34 s. Sul caso si rinvia a A. CANEPA, *Aiuti di stato alle banche ed ambito di applicazione del criterio dell'investitore privato*, in *DPCE*, 2014, 1366 ss.

¹⁷⁶ Per completezza, sembra utile dar conto anche di un orientamento piuttosto discutibile registratosi nel caso *BP Chemicals*. In tale circostanza, il Tribunale europeo (sentenza del 15 settembre 1998, *causa T-11/95, BP Chemicals c. Commissione*, par. 170) aveva riutilizzato parte di una precedente sentenza, ove lo stesso collegio affermava che il solo fatto che un'impresa pubblica abbia già effettuato apporti di capitale qualificati come aiuti di Stato a favore di una

Questo quadro, non sempre allineato, offre validi elementi per suffragare le tesi secondo cui gli interventi già in passato realizzati dallo Stato a favore di una data impresa non possono assumere alcun valore concludente al fine di stabilire se una misura adottata successivamente dall'autorità pubblica configuri o meno un aiuto di Stato. Piuttosto, il dato rilevante che qui sembra trovare conferma è che in tali fattispecie, peraltro spesso ricorrenti, ciascun intervento deve essere analizzato *uti singuli* sulla base dei suoi autonomi caratteri e, quindi, in ragione del fatto che sussista o manchi una giustificazione che renda economicamente razionale per un investitore pubblico compiere, al pari di uno privato, un investimento ("aggiuntivo") in quella data impresa in difficoltà.

La seconda conclusione cui si perviene – e che discende direttamente dalla prima – è che, quando lo scopo di una misura è quello di preservare l'integrità di un investimento in essere, la redditività futura non può ritenersi un *test* adeguato¹⁷⁷. In tali evenienze il *test* appropriato deve prendere a riferimento la quantità dell'investimento già effettuato che può essere recuperata rispetto a quanto residuerebbe per il creditore in caso di liquidazione del debitore.

In ottemperanza alle indicazioni che emergono dal ragionamento dei giudici europei, la Commissione dovrebbe pertanto valutare le misure di aiuto chiedendosi come si comporterebbe in simili ipotesi non un investitore privato, bensì un creditore privato. Mentre infatti l'investitore compie le sue scelte in

controllata non esclude, in linea di principio, la possibilità che un'ulteriore immissione di risorse possa essere qualificata come investimento che soddisfa *ipso iure* il MEIP. In realtà, nel richiamarsi a tale teorema, i giudici europei avevano (coscientemente) ommesso di considerare la parte restante di tale *decisum*, ove invece si giungeva a disconoscere la validità di un simile automatismo dovendo constatare che, nel caso in esame, i primi due apporti di capitale non avevano prodotto alcuna redditività e che, pertanto, la verifica del MEIP dovesse considerarsi disattesa.

¹⁷⁷ A questo interrogativo ha risposto la Corte di giustizia, 6 marzo 2018, *causa C-579/16 P, Commissione / FIH Holding*, che ha annullato la sentenza di primo grado e ha rinviato la causa al Tribunale per decidere un problema che non era stato preso in considerazione dal giudice di *prime cure*. Nella sua sentenza, la Corte ha ribadito ed elaborato il principio esposto per la prima volta nella causa *Land Burgenland* [C-214/12 P] secondo cui gli aiuti passati devono essere ignorati dall'autorità che agisce come investitore privato: <<[...] il semplice fatto che un'impresa pubblica abbia già effettuato iniezioni di capitale in una controllata classificata come aiuto non significa automaticamente che un ulteriore conferimento di capitale non possa essere classificato come investimento che soddisfa il *test* dell'investitore in economia di mercato>>. Respingendo l'orientamento formulato dal Tribunale, la Corte afferma, dunque, il principio, opposto, secondo cui ogni iniezione di risorse deve essere valutata in base alle sue prospettive di redditività in futuro e non in base al denaro concesso in passato.

condizioni di mercato normali, il creditore può trovarsi costretto ad accettare un'operazione comportante delle perdite, ove ciò permetta di evitarne di più significative. In tal caso, la scelta dell'autorità pubblica di sostenere una banca in crisi sarebbe economicamente razionale e pertanto non qualificabile come aiuto di Stato, se diretta a ridurre la propria esposizione rispetto a un debitore in difficoltà così da salvaguardare il suo investimento originario.

Il quadro, tuttavia, si complica quando lo Stato, nel concedere ad un'impresa finanziamenti rimborsabili, agisce – secondo la distinzione sopra indicata – in veste di autorità pubblica e successivamente interviene a favore della medesima impresa come creditore privato allo scopo di minimizzare la sua potenziale perdita. Il problema sorge giacché in tal caso lo Stato, fornendo un apporto come se fosse un investitore privato, potrebbe non tener conto degli impegni assunti in passato come autorità pubblica.

In simili circostanze i rischi a cui è esposto lo Stato sono collegati alle sue azioni di autorità pubblica svolte in precedenza e non sono tra i fattori che un operatore privato prenderebbe in considerazione, in normali condizioni di mercato, per compiere meri calcoli di convenienza economica.

Tali considerazioni rilevano soprattutto ai fini del test che si deve compiere nell'applicare il MEIP, non dovendo la Commissione tener conto dei rischi relativi agli aiuti di Stato elargiti in passato a favore dello stesso beneficiario; onde si tratterà di escludere da tale valutazione l'importo concesso (legalmente) come aiuto di Stato sia perché il beneficiario non ha l'obbligo di restituirlo al creditore e sia perché quando tale sostegno è stato elargito lo Stato non ha agito come un investitore privato¹⁷⁸.

¹⁷⁸ Tribunale Ue, 19 settembre 2019, causa T - 386/14 RENV, FIH c. Commissione europea, p.to 112. Sebbene l'esposizione economica di uno Stato membro derivante dalla precedente concessione di aiuti di Stato e il suo desiderio di proteggere i suoi interessi economici non siano presi in considerazione nella valutazione, ai sensi dell'art. 107, par. 1, TFUE, dell'esistenza degli aiuti di Stato, resta il fatto che <<tali considerazioni possono essere prese in considerazione nella valutazione, ai sensi dell'articolo 107, paragrafo 3, TFUE, della compatibilità di eventuali misure di aiuto successive con il mercato interno e possono quindi indurre la Commissione a ritenere, come nel caso di specie, che la misura è compatibile con il mercato interno>> (p.to 113).

8. L'intervento del fondo delle Sparkassen in "regime di esenzione".

L'altro aspetto controverso del piano di salvataggio di Nord Lb attiene ad un coinvolgimento del fondo interbancario delle Sparkassen¹⁷⁹ riconosciuto dalla Commissione estraneo dall'applicazione della disciplina sugli aiuti di Stato¹⁸⁰.

È opportuno sottolineare che gli interventi alternativi al *pay-out* dei DGS sono stati considerati aiuti di Stato dalla Commissione, persino quando finanziati con risorse private. Ne è dimostrazione lampante quanto accaduto nella vicenda Tercas, già sopra richiamata, ove la Commissione ha ribadito che gli interventi preventivi degli Schemi di garanzia dei depositi dovevano passare al vaglio della normativa sugli aiuti di Stato, con un doppio alternativo esito: i) nel caso non fosse stata riconosciuta la loro natura privata, sarebbe stata applicabile la condizionalità prevista dalla *Banking Communication* del 2013, cioè a dire il sacrificio di azionisti ed obbligazionisti attraverso l'applicazione del *burden sharing*¹⁸¹.

¹⁷⁹ L'investimento da parte del DSGV viene effettuato tramite due veicoli di investimento, FIDES Delta GmbH e FIDES Gamma GmbH. Entrambe le entità sono controllate dal DSGV nella sua funzione di IPS per il settore delle Casse di risparmio. La suddivisione in due veicoli di investimento è dovuta alla differenziazione interna dell'IPS tra il Fondo di sostegno di Landesbanken e Girozentralen ("Sicherungsreserve", finanziamento FIDES Delta) e il Fondo di sostegno della Cassa di risparmio ("Sparkassenstützungsfonds", finanziamento di FIDES Gamma).

¹⁸⁰ Il sistema tedesco sembra riconducibile al *genus* privatistico previsto in Italia. Il modello germanico si caratterizza, infatti, per la presenza di molteplici DGS, alcuni di natura obbligatoria (come il *Sicherungseinrichtung des Bundesverband der Deutschen Volksbanken und Raiffeisenbanken* - BVR) ed altri di natura volontaria (*Deutscher Sparkassen und Giroverband Sicherungseinrichtung* - DSGS). Nel panorama dell'UE, infatti, i DGS presentano in prevalenza modalità di funzionamento e processi decisionali caratterizzati da un penetrante coinvolgimento delle autorità pubbliche. Ad esempio, in Francia gli interventi di sostegno sono decisi direttamente dall'*Autorité de contrôle prudentiel et de Résolution*, senza alcuna partecipazione del Fondo. In Olanda, i fondi operano sotto il controllo esclusivo della Banca Centrale olandese, pertanto vi è un'imputabilità automatica delle decisioni allo Stato

¹⁸¹ Per vero, l'Esecutivo europeo era giunto alle medesime conclusioni in altri casi (Danimarca, Polonia e Spagna), sostenendo con argomentazioni analoghe che l'intervento dei DGS anche in tali ordinamenti sia in realtà imputabile allo Stato. Cfr., a tal proposito, COMMISSIONE UE, *State aid n. 407/2010 – Danish winding up scheme; State aid SA.37425 (2013/N) – Poland Credit Unions Orderly Liquidation Scheme; State aid NN 61/2009 – Spain, Rescue and restructuring of Caja Castilla-La Mancha; State aid SA.34255 (2012/N) – Spain Restructuring of CAM and Banco CAM*. Al contrario, con riferimento ad una banca danese, l'intervento in forma di garanzia da parte di un'associazione privata di banche (*Det Private Beredskab*) non è stato considerato aiuto di Stato poiché la partecipazione delle banche all'associazione era del tutto volontaria, gestita da organi da queste nominati ove, per ogni decisione, ciascuna internediario aveva diritto di veto,

Ma la stessa "giurisprudenza" in materia della Commissione consente al fondo delle Sparkassen, poiché riconosciuto come schema di tutela dei depositi volontario, di agire senza incorrere nelle regole europee sugli aiuti di Stato. Similmente al modello disciplinato in Italia, il DSGV è un sistema di mutua protezione e garanzia regolato contrattualmente a livello di associazione di categoria. Tuttavia, il mandato d'azione dei fondi cambia a seconda della loro natura (più ampio quello del sistema volontario). Quest'ultimo, in particolare, salvo il mandato di fondo obbligatorio stabilito per legge, presenta una struttura ed una *governance* che lo assimilano ad un soggetto privato rendendolo di conseguenza riconducibile al medesimo *genus* del FITD¹⁸².

Diversamente dal FITD, però, il Fondo tedesco rientra tra gli *Institutional Protection Scheme* (IPS), definiti dall'art. 113, par. 7, della *Capital Requirements Regulation* (Reg. 575/2013) come <<un accordo di responsabilità contrattuale o previsto dalla legge che tutela gli enti partecipanti e, in particolare, garantisce che abbiano liquidità e solvibilità sufficienti a evitare il fallimento, ove necessario>>¹⁸³.

Pur trattandosi di un meccanismo di mutuo soccorso, tale modello

senza, dunque, alcuna interferenza da parte del Ministro delle finanze (*State aid NN 36/2008 – Denmark, Roskilde Bank A/S*).

¹⁸² Per un interessante *excursus* della storia della regolamentazione europea degli Schemi di garanzia dei depositi v. BRESCIA MORRA, *The Third Pillar of the Banking Union and its Troubled Implementation*, in M.P. CHITI e V. SANTORO (a cura di), *The Palgrave Handbook of the European Banking Union Law*, New York, USA, Palgrave Macmillan, 2019, p. 394 ss.

¹⁸³ Diffusi soprattutto in Germania (Sparkassen e Volksbanken), Austria (banche Raiffeisen) e Spagna (Casse di risparmio), i suddetti dispositivi differiscono sia dai gruppi bancari, sia dai *network* di banche. In particolare, in Germania esistono sei diverse tipologie di DGS. Per i settori delle banche private e di quelle pubbliche esistono sistemi sia obbligatori sia volontari, costituiti su iniziativa delle rispettive associazioni di categoria. I primi garantiscono un massimo di copertura pari al livello comunitario armonizzato di 100.000 euro per depositante; i secondi integrano la tutela fornita dai sistemi obbligatori fino a offrire una copertura integrale ai depositanti. Infine, lo schema di garanzia per le casse di risparmio (*Deutscher Sparkassen und Giroverband Sicherungseinrichtung*) ha natura volontaria, mentre quello istituito dall'associazione delle banche di credito cooperativo (*Sicherungseinrichtung des Bundesverband der Deutschen Volksbanken und Raiffeisenbanken - BVR*) è di tipo obbligatorio per tutte le banche aderenti alla BVR; entrambi sono degli *Institutional Protection Scheme* (IPS) e presentano la caratteristica di poter gestire interventi di sostegno alla liquidità e alla solvibilità degli istituti aderenti, avvalendosi dei relativi fondi o attraverso il ricorso a processi di concentrazione. mentre il mandato del Fondo obbligatorio è limitato al rimborso dei depositanti, per lo schema volontario il raggio di azione è più ampio e si configura un coinvolgimento attivo nella risoluzione della banca in dissesto.

salvaguardia al tempo stesso l'autonomia delle banche associate, la loro configurazione organizzativa e dimensionale, la loro forma societaria e l'attuale specializzazione funzionale¹⁸⁴. Generalmente i partecipanti allo Schema sono soggetti singolarmente alla vigilanza delle autorità nazionali competenti o della BCE.

Sono proprio le finalità d'intervento indicate dalla CRR che impongono all'IPS di dotarsi di dispositivi preventivi, malgrado manchi una disciplina che specifichi le modalità a cui tali interventi debbano conformarsi¹⁸⁵.

Orbene, nell'accordo per la ristrutturazione di Nord Lb il contratto fornisce al DSGVO diritti di monitoraggio specifici per garantire l'efficace attuazione del piano. Comprende alcune clausole di tutela delle minoranze, tra cui un *quorum* dell'80% ("Trägerversammlung") per l'approvazione di decisioni predefinite nelle assemblee degli azionisti. Le deliberazioni in questione includono quelle che porterebbero a significativi investimenti o cessioni di parti di Nord Lb o deviazioni sostanziali dal piano aziendale come concordato.

L'iniezione diretta di capitale in Nord Lb da parte del Fondo non è paragonabile a una situazione in cui partecipano solo investitori mossi da una logica finanziaria. Il DSGVO ha un particolare obiettivo e obbligo contrattuale

¹⁸⁴ È interessante notare che l'IPS può esercitare un'influenza sugli enti partecipanti; ad esempio, emanando delle raccomandazioni, praticando delle multe nel caso di mancato rispetto degli impegni, fino all'espulsione nei casi più gravi. È fatto divieto, tuttavia all'IPS di intromettersi nell'autonoma gestione dei singoli istituti partecipanti. Un modello alternativo è costituito dai gruppi bancari centrali dei sistemi di credito cooperativo. In tali strutture sull'altare di un rafforzamento patrimoniale si sacrifica l'autonomia delle banche partecipanti, sarebbe a dire che la sfera della loro capacità decisionale viene ceduta anche riguardo alle politiche di allocazione del credito. A questa forma ibrida di gruppo bancario e IPS, peraltro già presente in Austria (*Erste Group e RZB Group*) e in Spagna (*Grupo Cooperativo Cajamar*), si è ispirato il legislatore italiano in occasione della riforma del credito cooperativo attuata con la legge 49/2016.

¹⁸⁵ Con riferimento alla costituzione di tali Schemi, se l'IPS è formato solo da enti non significativi la procedura di valutazione del rispetto dell'art. 113, par. 7, CRR sarà in capo all'ANC. Se invece nella compagine dell'IPS saranno presenti solo enti significativi, allora la responsabilità competerà alla BCE. La vigilanza su tali operatori spetta all'ANC, se l'IPS non assume una forma mista e se, oltre ad enti non significativi, vi facciano parte anche enti significativi (oltre i 30 miliardi di euro di assets). Ad ogni buon grado, nei casi misti, è richiesto un coordinamento tra la ANC e la BCE. Per vero, non esistono dei criteri oggettivi che gli IPS debbono rispettare. La valutazione è quindi lasciata agli organi di vigilanza. Solo due anni dopo la nascita dell'Unione bancaria, la BANCA CENTRALE EUROPEA, *Guida sull'approccio per il riconoscimento dei sistemi di tutela istituzionale a fini prudenziali*, luglio 2016, ha esplicitato alcuni requisiti regolamentari che un IPS deve rispettare per poter essere riconosciuto.

come IPS, che è rappresentato dalla stabilizzazione a lungo termine dell'istituto creditizio ricevente l'aiuto.

Sul versante della disciplina degli aiuti di Stato, dato che vi è l'obbligo legale di intervenire sulla base delle disposizioni statutarie, il ruolo del Fondo dovrebbe essere considerato più simile a quello di un assicuratore che di un investitore privato¹⁸⁶.

E fin qui non vi sarebbe nulla da obiettare se non fosse che nel caso in esame tale schema è composto da banche che sono sotto l'egida pubblica. Di tal ché, richiamando la stessa prassi dell'Esecutivo europeo, il Fondo andrebbe considerato come un soggetto pubblico. Da qui la riconducibilità dell'intervento programmato per il salvataggio di Nord Lb ad una regia statale. Elemento questo determinante per disconoscere alla radice – tenuto conto anche della già dimostrata connotazione anch'essa statale delle risorse impiegate – gli argomenti di diritto utilizzati dalla Commissione per "mascherare" la natura pubblica di siffatte misure.

Per inquadrare meglio il tema di cui si dibatte, e cioè del diverso trattamento che – come qui si sostiene – la Commissione avrebbe inteso riservare a fattispecie formalmente eterogenee ma simili nella sostanza, sia consentito formulare alcune riflessioni di segno ulteriore. Oltre, infatti, al trattamento di indubbio favore praticato dall'Esecutivo europeo, un regime privilegiato viene riconosciuto a siffatti schemi anche dalla regolamentazione europea sui requisiti di capitale nella (CRD IV), ove gli IPS non sono guardati caso citati¹⁸⁷, e

¹⁸⁶ Sono le stesse autorità tedesche ad indicare che gli attuali azionisti e il DSGV devono avere un approccio diverso dal punto di vista MEIP, e a sottolineare inoltre che un investitore privato prenderebbe in considerazione la rischiosità del business e la solidità del piano aziendale.

¹⁸⁷ Pertanto, l'adesione ad un IPS determina diversi vantaggi per le banche partecipanti: 1) alle esposizioni verso gli altri partecipanti all'IPS è assegnata una ponderazione per il rischio pari a zero. In altri termini, tali esposizioni non implicano un assorbimento di capitale alla luce delle regole di Basilea. Come conseguenza diretta del rilascio di un'autorizzazione ai sensi dell'art 113, par. 7, CRR, gli enti autorizzati all'utilizzo del metodo IRB possono applicare in via permanente il metodo standardizzato a tali esposizioni (art. 150, par. 1, lett. f), CRR); 2) alle esposizioni verso gli altri partecipanti all'IPS non si applicano i limiti verso le grandi esposizioni, previsto dall'art. 395, par. 1, CRR; 3) è prevista l'esenzione dalla deduzione di strumenti di fondi propri prevista all'art. 49, par. 3, CRR a fronte della partecipazione di minoranza nell'IPS; 4) è presente una deroga, sulla base dell'art. 8, par. 4, CRR, all'applicazione dei requisiti di liquidità previsti da Basilea III (*liquidity coverage ratio* - LCR); è applicata una percentuale di deflusso più bassa e di afflusso più elevata ai fini del calcolo del requisito di copertura della liquidità di

così anche dagli accordi di Basilea. In modo analogo, neppure i requisiti prudenziali aggiuntivi previsti per gli enti significativi, sia a livello domestico (*domestic systemically important banks*, D-SIB) che globale (*global systemically important banks*, G-SIB), si applicano agli IPS quando la loro dimensione divenga tale da renderli potenzialmente significativi (ossia con assets superiori ai 30 miliardi)¹⁸⁸.

In aggiunta i due IPS tedeschi appartengono a quella particolare tipologia per la quale si prevede che il gestore dello Schema rediga anche un bilancio consolidato, da cui emerga la *compliance* ai requisiti minimi di capitale anche per l'intero Schema, oltre che a livello individuale¹⁸⁹. In tale fattispecie il vantaggio ulteriore per gli aderenti è quello di non dedurre dal capitale di vigilanza individuale i titoli di capitale in proprio possesso emessi da altri enti partecipanti all'IPS.

A fronte delle significative disparità rilevate, non ci si può esimere dall'esprimere un certo disappunto nel vedere come le soluzioni trovate sembrano remare in direzione contraria allo spirito proposto dalla BRRD.

La vicenda di Nord Lb potrebbe rappresentare l'occasione per correggere la rotta e per tornare, ad esempio, a consentire ai Fondi interbancari di ricoprire un ruolo più incisivo nei salvataggi bancari, anche in forza del quadro interventistico ripristinato a seguito dell'annullamento ad opera dei giudici europei della decisione della Commissione Ue sul salvataggio di Banca Tercas.

Un primo importante tassello per superare tali disparità sarebbe quello di consentire ai Fondi interbancari di ricoprire un ruolo più incisivo nei salvataggi bancari, anche in forza del quadro interventistico ripristinato a seguito dell'annullamento ad opera dei giudici europei della decisione della Commissione Ue sul salvataggio di Banca Tercas.

Basilea III (*net stable funding ratio* - NSFR) ai sensi dell'art. 422, par. 8 e dell'art. 425, par. 4, CRR (in deroga a quanto previsto dal comma 2. lett. g) dello stesso articolo), in combinato disposto con gli artt. 29 e 34 dell'atto delegato sul requisito di copertura della liquidità.

¹⁸⁸ A tal proposito v. T. STERN, *Regulating Liquidity Risks within "Institutional Protection Schemes*, in *Beijing Law Review*, 2014, n. 5, p. 216 ss. che si è espresso in questi termini: <<la decisione del legislatore europeo di non estendere la regolamentazione riguardante capitale e liquidità agli IPS è rimarchevole e difficile da capire da un punto di vista prudenziale>>.

¹⁸⁹ Art. 49, par. 3, CRR.

In ordinamenti come quello tedesco il DGS e gli altri schemi volontari sono autorizzati a compiere i medesimi interventi contemplati altrove ma a condizioni meno penalizzanti dal punto di vista della disciplina degli aiuti di Stato, con evidente alterazione delle condizioni di parità concorrenziale tra banche di Paesi diversi. Inoltre, mentre ad alcuni Fondi di garanzia è consentito realizzare in ottica preventiva misure di vasta portata, ad altri non è riconosciuto un raggio d'azione di corrispondente ampiezza e articolazione.

Spetta, dunque, per un verso al legislatore europeo adoperarsi per meglio sincronizzare, nell'ambito delle iniziative volte a migliorare l'edificio normativo che sorregge l'Unione bancaria, il regime giuridico afferente alle diverse reti bancarie (gruppi e *network* ai sensi dell'art. 10 CRR, IPS).

E, per altro verso, alla Commissione europea rimuovere, sul versante della concorrenza, quelle disparità di trattamento che ha essa stessa disseminato nelle sue decisioni e che non appaiono giustificabili se si intende guardare alla sostanza dei fenomeni regolamentati. Gli è che, prendendo spunto dalla citata sentenza della Corte Ue su Banca Tercas, bisognerebbe pervenire anche su tale versante ad una codificazione più uniforme delle regole in materia¹⁹⁰.

¹⁹⁰ La sentenza del Tribunale Ue sul caso Tercas sconfessa le decisioni della Commissione [Decisione (UE) 2016/1208 della Commissione, del 23 dicembre 2015, relativa all'aiuto di Stato SA.39451 (2015/C) (ex 2015/NN) cui l'Italia ha dato esecuzione a favore di Banca Tercas (GUUE L 203 del 28.7.2016, p. 1)] sui salvataggi bancari degli ultimi anni e certifica che l'intervento del Fondo interbancario di tutela dei depositi non poteva essere impedito. Senza voler riavvolgere il nastro, occorre tuttavia sottolineare che la suddetta pronuncia ha fatto crollare un pilastro della linea tenuta dall'*Antitrust* Ue nella gestione di diversi *dossier* bancari italiani. Interpretazioni giuridicamente ineccepibili in linea di principio, sebbene non adeguatamente supportate da una solida trama argomentativa, e che nei fatti hanno cambiato le regole a gioco già iniziato. Il *decisum* riporta la strada delle crisi bancarie italiane nel percorso del Fondo interbancario, che può realizzare interventi preventivi e ad esempio finanziare, facilitandole, operazioni di fusione tra banche evitando il ricorso a strumenti che impongano perdite a investitori e risparmiatori pur di evitare il dispendio di denaro pubblico. Per un'ampia disamina della decisione cfr. F. FERRARO, *Il Tribunale dell'Unione riconsidera la decisione sul caso Tercas in tema di aiuti (non) di Stato alle banche*, in *I Post di Aisdue*, I (2019), p. 3 ss. A. ARGENTATI, *Sistemi di garanzia dei depositi e crisi bancarie: c'è aiuto di Stato?*, cit., p. 317; S. AMOROSINO, *La Commissione europea e la concezione strumentale di "mandato pubblico" (a proposito del "caso FITD/Tercas" – Sentenza del Tribunale UE 19 marzo 2019)*, in *Dir. banca merc. finanz.*, n. 2/2019, p. 364 ss.; D. DOMENICUCCI, *Il salvataggio di Banca Tercas non è un aiuto di Stato secondo il Tribunale dell'Unione europea*, in *rivista.eurojus.it*, 3, 2019, p. 174 ss.; P. DE GIOIA CARABELLESE, *Bridge bank e decisum della Suprema Corte Britannica relativa al Banco Espírito Santo: dal bonus argentarius al coactus argentarius*, in *Banca impr. soc.*, 2/2019, p. 377 ss.; J. CARIBONI, E. JOOSSENS e A. UBOLDI, *The Promptness of European Deposit Protection Schemes to Face Banking Failures*, in *Journal of Banking Regulation*, n. 11/2019, p. 192 ss.; S. MACCARONE, *La sentenza del Tribunale europeo sul*

In caso contrario, il persistere di una legislazione eccessivamente approssimativa e disarticolata gioverà a quelle singole entità e agli Stati membri che potranno manovrare e arbitrare tra le diverse soluzioni esperibili al fine di (continuare a) beneficiare di vantaggi discutibili rispetto alla costruzione di un *level playing field*.

9. Un confronto con le italiane vicende.

La portata della decisione dell'Esecutivo europeo sul caso Nord Lb non è tanto relativa alla singola fattispecie, ma codifica di fatto un doppio regime, del tutto paradossale: le banche private sarebbero soggette a vincoli stringenti e all'applicazione del *burden sharing*, mentre quelle pubbliche (la stragrande maggioranza in Germania) disporrebbero di ampia libertà per attingere al sostegno statale a condizioni più "light".

Il che permette di affermare che i meccanismi di risoluzione delle situazioni critiche messi a punto dall'Unione bancaria hanno generato una casistica in cui appare difficile individuare un criterio uniforme. Come è noto, il quadro istituzionale che si è delineato a partire dalla Comunicazione del 2013 ha reso più difficili le operazioni di ristrutturazione e di risanamento delle banche italiane che all'indomani della crisi del 2008, a differenza di quanto accaduto in altri Paesi europei, non sembravano necessitare di interventi di sostegno straordinari. Il livello crescente dei crediti deteriorati imputabili alla crisi dell'economia reale ha, inoltre, fatto sì che gli equilibri finanziari di alcune di esse divenissero ben presto più precari.

A fronte delle asimmetrie insite nello strano e traballante tavolo a due gambe che sorregge l'Unione bancaria, è solo il caso di ricordare che la sentenza con cui il Tribunale UE ha annullato la decisione della Commissione europea volta ad impedire l'intervento del Fondo interbancario di tutela dei depositi (FITD) in favore di Banca Tercas nel 2014, ha avuto il pregio, tra gli altri, di riaccendere il

caso *Tercas*, in *Bancaria*, 3, 2019; GROSSULE, *Crisi bancarie ed intervento del FITD: prime considerazioni sulla sentenza Tercas*, in www.dirittobancario.it, 21 marzo 2019; D. ROSSANO, *Il Tribunale Ue bocchia la Commissione europea sul caso Tercas*, in *Riv. trim. dir. eco.*, 2, 2019, p. 22 ss.

dibattito (mai sopito) sull'analisi delle recenti crisi bancarie¹⁹¹. Superando le specificità del caso della Cassa di Teramo oggetto della pronuncia, la Corte europea ha stabilito un principio di carattere interpretativo senza tuttavia modificare il contesto normativo di riferimento. Gli è che, in mancanza di un meccanismo di appello di urgenza (quello che è previsto in tutte le giurisdizioni amministrative e civili nazionali) la Commissione ha finito così per fregiarsi di un autentico diritto di vita e di morte sulle banche in crisi.

Al di là della questione giuridica sulla natura privatistica o meno del FITD, la decisione del Tribunale europeo ha di fatto messo in discussione il rigore dell'Esecutivo Ue nella gestione delle crisi bancarie e ha permesso di ribaltare i giudizi su tutti i salvataggi che successivamente sono stati impediti al FITD a causa dell'improvvido disegno di "sperimentare" gli effetti del nuovo *framework* disciplinare sui risparmiatori-clienti delle banche¹⁹².

La storia italiana dei dissesti di questi ultimi anni dimostra come in nome di un astratto rigore "di mercato" si sia di fatto acconsentita un'enorme distruzione di valore. La disponibilità di capitali privati (nell'interpretazione restrittiva della Commissione, poi bocciata dal Tribunale) è stata considerata come il banco di prova della possibilità di far sopravvivere una banca in crisi. Una sorta di giudizio

¹⁹¹ A distanza di quasi quattro anni, la Corte europea ha sconfessato la lettura "pubblicistica" data dalla Commissione al sistema italiano di garanzia dei depositi, imputando all'esecutivo Ue di non aver considerato in modo adeguato la natura contrattuale del Fondo interbancario, la sua autonomia decisionale, il carattere non pubblico delle risorse, il tipo di controllo esercitato dalla Banca d'Italia. All'epoca dei fatti la Commissione Ue decise, come è noto, di vietare la concessione di un sostegno alle banche in difficoltà valutando come aiuto di Stato l'intervento preventivo del Fondo interbancario, nonostante questi fosse alimentato da denaro delle banche – e non del Tesoro. Un segnale della severità adottata quale metro di valutazione dalle autorità europee che ha pesato non poco sulle soluzioni adottate per il salvataggio di altri istituti italiani. Per A. ENRIA, Capo della Vigilanza BCE, la decisione dell'Esecutivo Ue sulla banca di Teramo avrebbe aperto 'strade nuove', dimenticando che la strada degli interventi del FITD era stata da sempre percorsa per gestire i dissesti bancari degli ultimi 30 anni in Italia, senza perdite per soggetti diversi dagli azionisti, e che solo l'improvvida posizione della Commissione UE l'aveva sbarrata nel 2015.

¹⁹² A tal proposito v. A. BAGLIONI, *Crisi bancarie: questa sentenza è una lezione per l'Europa*, in *lavoce.info*, 22.03.2019. Se l'intervento del FITD finanziato interamente dalle banche aderenti non fosse stato configurato come aiuto di Stato, anche l'operazione di salvataggio delle quattro banche poste in risoluzione nel novembre 2015 – a cominciare da Banca delle Marche, per la quale erano stati già stanziati 800 milioni – non avrebbe comportato il sacrificio dei diritti dei creditori subordinati e sarebbe avvenuta valutando le sofferenze delle banche a valori di bilancio.

divino di sapore medioevale.

Quando le banche (spesso solo la parte migliore di esse) sono state vendute al prezzo di un euro, solo perché non vi erano capitali privati disposti ad appoggiare piani di risanamento che avevano non poche probabilità di successo, la via per assicurare l'uscita ordinata dal mercato delle stesse banche in crisi si è fatta più angusta se non del tutto impraticabile in assenza di un ricorso alle finanze pubbliche.

L'impatto più evidente è quello che si è riversato sulla contemporanea crisi che si concluse con la risoluzione delle "quattro banche" (Etruria, Marche, Chieti e Ferrara)¹⁹³. Si parlò, a tal riguardo, di due diverse catene causali, dimenticando che le due vicende furono temporalmente sovrapposte e la posizione della Commissione sulla prima fu determinante nell'esito della seconda¹⁹⁴. Basti osservare che se l'intervento del FITD non fosse stato configurato come aiuto di Stato, l'operazione di salvataggio delle "quattro banche" da parte del Fondo non avrebbe comportato il sacrificio dei diritti dei creditori subordinati e sarebbe

¹⁹³ Già commissariate da Banca d'Italia, le banche sono state poste in risoluzione tramite il d.l. 185/2015. Per evitare le conseguenze del fallimento (dannose per risparmiatori, imprese, dipendenti e l'intero sistema del credito) e limitare il costo del salvataggio per le finanze pubbliche, lo Stato ha fatto ricorso alla procedura di *burden sharing*. In altre parole, il valore di azioni (i soci proprietari delle banche) e obbligazioni subordinate (*junior*) è stato azzerato, mentre sono stati tutelati i conti correnti e le obbligazioni *senior*. Le perdite non erano però tali da poter essere assorbite dagli azionisti e dagli obbligazionisti. Il contributo al ripianamento, seguendo la filosofia della direttiva sul *bail-in*, è stato però completamente privato, richiedendo l'intervento del Fondo Nazionale di Risoluzione, istituito nel 2015, partecipato dalle banche operanti in Italia e destinato al risanamento delle banche in difficoltà.

L'esborso del fondo è stato di 4,7 miliardi di euro: questi sono serviti a ricapitalizzare le quattro banche, a coprire le perdite derivanti dai crediti sofferenti e a creare l'istituto destinato al recupero di tali crediti (la REV). Non vi è stato, quindi, alcun contributo in termini di liquidità da parte dello Stato, ed è per questo infondato sostenere che la manovra sia stata un tentativo del governo di favorire gli istituti finanziari e la loro proprietà (il cui capitale è stato invece azzerato). Al contrario, il salvataggio ha mirato a tutelare per quanto possibile chi nella banca aveva depositato o risparmiato. Peraltro, è stato sempre il sistema interbancario (tramite il FITD) a provvedere ai rimborsi degli obbligazionisti truffati, per un valore totale di circa 200 milioni.

¹⁹⁴ La Commissione fece sapere che non era possibile un intervento obbligatorio del Fondo sulle quattro banche perché si esponeva a passare per aiuto di Stato. Oltre a un problema di praticabilità motivato dall'opposizione della Commissione, vi fu una questione di disponibilità delle banche a intervenire volontariamente per i quattro istituti in toto. È la Banca d'Italia a precisare che per le quattro banche poi poste in risoluzione non fu possibile al sistema bancario raccogliere al suo interno il necessario consenso a mettere insieme una somma molto maggiore, ovvero rispetto ai 300 milioni di euro messi a disposizione per Tercas dal Fondo partecipato dagli istituti bancari.

avvenuta valutando le sofferenze delle banche a valori di bilancio¹⁹⁵. Il divieto imposto al FITD di operare interventi alternativi, riflettendosi negativamente sulla stabilità finanziaria e sui mercati, ha aggravato anche le crisi successive, come quelle delle banche venete, di MPS, di banca Carige e della Popolare di Bari¹⁹⁶.

Nel caso della banca senese, fu usata la scappatoia della "ricapitalizzazione pubblica precauzionale"¹⁹⁷, disciplinata dall'art. 32, par. 4, lett. d), p.to iii), della BRRD e dall'art. 18, comma 1, lett. b) del Reg. Ue 806/2014 e prontamente incorporata nelle regole del d.l. 237/2016¹⁹⁸ con pesanti ricadute per gli azionisti e detentori di titoli subordinati. Per le due banche venete, la legge europea non venne applicata, a parte le norme sul "liquidation state aid". Lo spirito delle regole europee era ben distante, tuttavia, dalla procedura e dal pacchetto di misure che furono varate dalle autorità nazionali con il d.l. 99/2017¹⁹⁹. Anche in

¹⁹⁵ La posizione assunta dalla Commissione ha impedito *de facto* di procedere con la ricapitalizzazione ad opera del FITD. Predisponendo un decreto che prevedeva l'azzeramento del capitale di azionisti e obbligazionisti subordinati pochi mesi prima dell'entrata in vigore del bail-in, il governo motivò l'intervento come "protettivo" per i correntisti. Il Fondo interbancario per la tutela dei depositi ha successivamente messo a disposizione le risorse per ristorare i risparmiatori truffati, su impulso del legislatore con l'istituzione del Fondo di indennizzo risparmiatori.

¹⁹⁶ Cfr. M. RISPOLI FARINA, *La resolución bancaria en Italia. Nuevas tendencias y comparación con Europa*, in J.C. González Vázquez e J.L. Colino Mediavilla (a cura di), *Regulación bancaria y actividad financiera frente a los nuevos desafíos*, Madrid, 2020, p. 450 ss.

¹⁹⁷ La specifica disciplina della ricapitalizzazione precauzionale è rinvenibile nel Capo II del d.l. 237/2016 agli articoli 13-22. Per mezzo di tale misura di sostegno, lo Stato veniva autorizzato, sino al 31 dicembre 2017, a sottoscrivere o acquistare azioni emesse da banche italiane o società italiane capogruppo di gruppi bancari. La via del negoziato con la Commissione europea per una soluzione al problema del Monte dei Paschi di Siena si è chiusa ai primi di luglio 2016, dopo che la Concorrenza Ue aveva respinto la richiesta italiana di un intervento pubblico in deroga alle norme sul *bail-in*. Alla richiesta italiana, infatti, la Commissione aveva controproposto una soluzione che ricalcava grosso modo le modalità con cui nel 2015 era stata salvata, con esiti disastrosi, la banca portoghese Novo Banco: iniezione di soldi pubblici cioè, accompagnata da una penalizzazione circoscritta essenzialmente agli investitori istituzionali possessori di obbligazioni subordinate, che aveva portato a una crisi di fiducia degli investitori esteri.

¹⁹⁸ Limitatamente a tale misura, gli interventi devono essere circoscritti agli apporti necessari per far fronte alle carenze di capitale stabilite nelle prove di *stress* a livello nazionale, dell'Unione o degli Stati membri, nelle verifiche della qualità delle attività o in esercizi analoghi condotti dalla BCE, dall'ABE o da autorità nazionali, se del caso, confermate dall'autorità competente (si veda pure art. 18, comma 2, d.lgs. 180/2015).

¹⁹⁹ L'operazione più importante, in termini di contributo dello stato, è stata quella che ha riguardato la Banca Popolare di Vicenza e Veneto Banca, acquisite a giugno del 2017 dal Gruppo Intesa-San Paolo dopo la liquidazione coatta amministrativa. M. RISPOLI FARINA, *La soluzione*

quest'occasione la gran parte dell'operazione di salvataggio venne finanziata con immissione di risorse e rilascio di garanzie da parte dello Stato.

Facendo tesoro dell'esperienza maturata nel salvataggio della banca senese, con il d.l. 1/2019 si è inteso predisporre, in via cautelativa, una rete di protezione composta da tre strumenti: 1) il rilascio di garanzie pubbliche sull'emissione di nuovo debito da parte di banca Carige; 2) la concessione di una linea di liquidità da parte della BCE (ELA); 3) la ricapitalizzazione precauzionale da parte dello Stato qualora la situazione patrimoniale dell'istituto lo avesse richiesto²⁰⁰. Trovata una soluzione di mercato, l'intervento pubblico non si è poi rivelato necessario. Se tuttavia non vi fosse stato l'intervento del FITD e non vi fossero state alternative di mercato, la via che sarebbe stata intrapresa era quella della ricapitalizzazione precauzionale, non facile da ammettersi secondo le norme vigenti, oppure quella della liquidazione.

Vanno poi annoverate iniziative quali la costituzione del Fondo Atlante 1 – un fondo chiuso gestito da “Quaestio Capital Management” e partecipato, su impulso del governo italiano, da banche, fondi di investimento, Cdp e Poste, con il fine di ricapitalizzare banche in difficoltà e di rilevare i crediti in sofferenza²⁰¹ – e a seguire di Atlante 2 – con struttura e *governance* simili al primo, ma con oggetto limitato all'acquisto di NPLs –, hanno evidenziato anche la scarsa utilità delle risorse versate dagli istituti di credito al Fondo di risoluzione, utilizzabili solo in presenza di un interesse pubblico (non sempre semplice da stabilire), dunque nel quadro della risoluzione, e di un *bail-in* pari ad almeno l'8% del passivo.

Un assetto troppo rischioso, ma che può essere smantellato consentendo

della crisi delle banche venete nell'ambito della procedura di risanamento e risoluzione delle banche italiane. Uno sguardo di insieme, in Innovazione e diritto, n. 2, 2018, p.

²⁰⁰ Il d.l. n. 1 del 2019 ha introdotto misure di sostegno pubblico in favore di Banca Carige S.p.a, già posta in amministrazione straordinaria. Successivamente, il decreto cd. crescita (d.l. n. 34 del 2019) ha esteso dal 30 giugno al 31 dicembre 2019 la concessione della garanzia dello Stato sulle nuove passività emesse dall'istituto ligure sui finanziamenti erogati discrezionalmente dalla Banca d'Italia al medesimo istituto. Per un primo commento sia consentito rinviare a L. SCIPIONE, *Il “decreto Carige” e la “ragion di stato”. Considerazioni sugli strumenti “normativi” di soluzione preventiva delle crisi bancarie in Italia*, in *Dir. merc. ass. finan.*, 2, 2019.

²⁰¹ Tra maggio e giugno 2016, prima cioè che i due istituti venissero posti in liquidazione, il Fondo ha sottoscritto il 99 per cento del capitale di Banca Popolare di Vicenza e il 97 per cento di Veneto Banca.

l'utilizzo dei fondi di garanzia dei depositi – attraverso interventi “alternativi” al *pay-out* basati sul principio del “minor onere” – sia nella fase che precede la dichiarazione di dissesto, sia in quella di eventuale liquidazione. Le crisi bancarie devono poter essere gestite in maniera efficace e rapida, è la conclusione, e recuperare la solida tradizione nazionale basata su interventi del Fondo interbancario di tutela dei depositi, o di altri “schemi volontari” costituiti con soli fondi privati, vanno in questa direzione²⁰².

10. Il salvataggio della Popolare di Bari e la “zona grigia” degli aiuti di Stato.

Seguendo la stessa sorte di Carige, anche la Banca Popolare di Bari (BPB) è stata sottoposta a gestione commissariale²⁰³. In questo contesto, le possibilità di risolvere la crisi della BPB attraverso aggregazioni è stata ritenuta (almeno allo stato) non percorribile per il livello di onerosità che sarebbe derivato dalla acquisizione della banca in qualunque forma effettuata. La Banca d'Italia ha così adottato una misura idonea, al contempo, a costituire la prima

²⁰² La Commissione, in accordo con il Governo italiano, ha recentemente introdotto un altro strumento per la gestione delle crisi delle banche piccole: il cosiddetto “**Liquidation Scheme for small banks**”. Per garantire l'uscita ordinata dal mercato di banche con attivo inferiore a 3 miliardi di euro l'Italia è stata autorizzata (fino al 12 aprile 2019, ma il periodo è prorogabile) a erogare, previo *burden sharing*, aiuti di Stato tramite il Fondo Interbancario di tutela dei depositi (FITD) e il Fondo di Garanzia dei Depositanti del Credito Cooperativo (FGDCC). Questo schema, già applicato in Croazia, Danimarca, Irlanda e Polonia, consentirà il trasferimento della parte sana della banca a un altro istituto. Le banche piccole potranno quindi beneficiare di una soluzione di salvataggio simile a quella utilizzata per le banche venete. Il caso più recente di applicazione di questo modello interventistico è l'operazione di acquisizione di Banca del Fucino da parte di Igea Banca.

²⁰³ Il 13 dicembre 2019 la Banca d'Italia ha disposto lo scioglimento degli organi di amministrazione e controllo della Banca Popolare di Bari e la sottoposizione della stessa alla procedura di amministrazione straordinaria, ai sensi degli arti. 70 e 98 T.u.b. Al riguardo si ricorda che per le sue caratteristiche dimensionali e strutturali BPB risulta nella lista delle cd. *less significant institutions* e, pertanto, non è direttamente vigilata dalla Banca Centrale Europea ma dall'Autorità Nazionale, ovvero dalla Banca d'Italia. La non significatività ai fini della vigilanza, tuttavia – si legge nel dossier del Servizio Studi del bilancio del Senato, A.S. 1672: “*Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 16 dicembre 2019, n. 142, recante misure urgenti per il sostegno al sistema creditizio del Mezzogiorno e per la realizzazione di una banca di investimento*”, n. 112, gennaio 2010, – <<non esclude la rilevanza dell'operazione in esame ai fini della disciplina comunitaria; nel corso degli ultimi anni, infatti, sono stati numerosi gli interventi pubblici a sostegno di singoli istituti bancari, nel più generale quadro degli interventi volti a fronteggiare la crisi economico-finanziaria e a tutelare il sistema creditizio nazionale>>.

indispensabile fase di un processo di risanamento oppure funzionale alla più efficiente conservazione del patrimonio e dei valori di funzionamento per la migliore allocazione dell'azienda o delle sue componenti, attraverso una ordinata liquidazione o efficiente risoluzione.

Il d.l. 142/2019 (convertito nella l. 7 febbraio 2020, n. 5) prevede una ricapitalizzazione da parte dello Stato attraverso l'intervento nel capitale della banca del Mediocredito centrale (MCC), controllato direttamente da Invitalia, società che fa capo al ministero dell'Economia²⁰⁴. La struttura del provvedimento è volta a predisporre un quadro stabile di intervento a sostegno del sistema creditizio del Mezzogiorno, così da individuare le risorse (pubbliche) necessarie a dare attuazione agli impegni assunti²⁰⁵; mentre non vi si trova alcun riferimento diretto al salvataggio dell'istituto pugliese.

Tuttavia, a latere del decreto è stato formalizzato un Accordo quadro tra FITD, MCC e BPB contenente un insieme di iniziative per la messa in sicurezza e, successivamente, il rilancio dell'istituto pugliese, tra cui rilevano: 1) un intervento di rafforzamento patrimoniale complessivo; 2) la messa a punto di un piano di ristrutturazione pluriennale credibile e ambizioso, in grado di consentire alla BPB di tornare a generare utili in modo durevole e in misura comparabile a

²⁰⁴ Si veda, in proposito, A. PERRAZZELLA, *Esame del disegno di legge C. 2302, di conversione in legge del decreto-legge n. 142 del 2019, recante misure urgenti per il sostegno al sistema creditizio del Mezzogiorno e per la realizzazione di una banca di investimento*, Audizione della Vice Direttrice Generale della Banca d'Italia, Camera dei Deputati - VI Commissione (Finanze), Roma, 9 gennaio 2020, ove, tra le altre precisazioni, si sottolinea la centralità che il ruolo dello Stato ricoprirà nel rilancio dell'istituto barese: <<è ugualmente indispensabile che **l'azionista pubblico svolga un ruolo di direzione e impulso** attivo, forte e continuo, mirante a orientare solidamente la banca verso prospettive industriali credibili in un'ottica di medio-lungo termine>>. Quanto alla nazionalizzazione, il mix più appropriato da conseguire dovrebbe essere quello – diverso – di un equilibrato rapporto tra ammontare della partecipazione pubblica e ammontare di quella, auspicabile, del FITD, con la prima che progressivamente si riduce. Il tutto da inquadrare in un contesto che comprenda anche l'irrobustimento del complessivo tessuto bancario meridionale anche utilizzando la norma di legge che consente, a determinate condizioni, la trasformazione di attività fiscali differite in crediti di imposta (DTA).

²⁰⁵ Cfr. B. INZITARI, *Banca Popolare di Bari e disciplina degli aiuti di Stato*, in *Riv. dir. banc.*, 27 dicembre 2019, p. 3 ss. Il d.l. n. 142/2019, all'art. 1 si limita a stabilire la corresponsione delle risorse dello Stato e le modalità di prelievo delle stesse. Ai sensi dell'art. 2, l'attuazione delle misure per il sostegno del sistema creditizio del Mezzogiorno è poi affidata a successivi decreti ministeriali, i quali, in deroga alla disciplina di diritto comune, regoleranno la corresponsione delle risorse, le trasformazioni societarie, l'attribuzione senza corrispettivo delle azioni al Ministero delle finanze.

quella di analoghi operatori presenti sul mercato; 3) la trasformazione in SpA della banca; 4) la tempistica di questi passaggi.

Sarà, dunque, MCC a partecipare insieme al FITD all'aumento di capitale della Banca popolare di Bari, per favorire il rilancio dell'istituto pugliese. Nello specifico, il decreto prevede l'attribuzione a Invitalia di uno o più contributi in conto capitale, fino a 900 milioni di euro nel 2020, per potenziare il patrimonio del Mediocredito Centrale. L'intervento "ponte" del FITD – richiesto dai Commissari straordinari e destinato ad assorbire le perdite realizzate dalla BPB prima dell'intervento – e a riportare i coefficienti patrimoniali della banca a valori in linea con i minimi regolamentari²⁰⁶. Una misura questa che si è resa indispensabile per consentire l'investimento di MCC nel capitale di BPB a condizioni di mercato, secondo quanto prescritto dal decreto legge, così da permettere al finanziatore pubblico di beneficiare dei risultati della nuova gestione. L'intervento di ricapitalizzazione nel suo insieme è infatti destinato al recupero dell'equilibrio economico patrimoniale dell'Istituto, secondo valutazioni che obbediscono al criterio dell'investitore in un'economia di mercato²⁰⁷ così da scongiurare effetti distorsivi della concorrenza. Anche il coinvolgimento di soggetti privati esterni (banche del territorio, investitori non bancari, partner industriali) al progetto di risanamento e rilancio della Popolare di Bari ha come obiettivo quello di rispondere a logiche, criteri e condizioni di mercato secondo quanto richiesto dal d.l. 142/2019 e dal regime degli aiuti di Stato imposto dalla Commissione europea.

In questa prospettiva, altrettanto importante è la possibilità riconosciuta a MCC di realizzare operazioni finanziarie, incluso l'acquisto di partecipazioni nel capitale di banche e altre società finanziarie, nella prospettiva di una loro ulteriore razionalizzazione, per la promozione di attività finanziarie e di

²⁰⁶ Si segnala che il FITD, anche sulla base di un "Accordo quadro" con MCC e BPB, ha effettuato il 31 dicembre 2019 una prima ricapitalizzazione della BPB per complessivi 310 milioni di euro.

²⁰⁷ A tal proposito, è stato inoltre chiarito che il ruolo di MCC è quello di intervenire sottoscrivendo un aumento di capitale per un importo da determinare in funzione di un rendimento di mercato del capitale investito e che sia l'intervento di MCC sia quello del Fondo saranno basati su un piano industriale prodotto dalla banca e condiviso con le altre parti, da cui risulti un fabbisogno patrimoniale effettivo, necessario al rilancio concreto dell'istituto di credito, determinato all'esito di un processo di *due diligence* a cui partecipano le parti interessate.

investimento anche a sostegno delle imprese nel Mezzogiorno. Tant'è che, a seguito di tali operazioni di acquisto, si autorizza la scissione di MCC e la costituzione di una nuova società, a cui sono assegnate le attività e le partecipazioni acquisite da banche e società finanziarie e che è interamente partecipata dal Ministero dell'Economia e delle finanze (art. 1, comma 2)²⁰⁸.

12. Le misure di nazionalizzazione tra nuovi vizi e antiche virtù.

Ai sensi della disciplina degli aiuti di Stato, l'acquisizione della banca ad opera di MCC, oltre a modificarne l'assetto proprietario, si qualifica come intervento pubblico, che va autorizzato sulla base di un esame nel merito delle condizioni d'intervento, applicando le regole normali dell'economia di mercato.

Il decreto del governo per ricapitalizzare BPB prefigura una vera e propria nazionalizzazione, non temporanea come nel caso di MPS; operazione che pertanto non impone costi agli obbligazionisti subordinati, malgrado comporti per gli azionisti una severa diluizione del loro investimento²⁰⁹.

²⁰⁸ Evidenti sono le similitudini con il progetto di risanamento nei confronti di due banche pubbliche siciliane, Banco di Sicilia e Sicilcassa, del 1998, venne confezionato con l'obiettivo dichiarato di costituire un unico polo bancario regionale attorno a Banco di Sicilia. Il piano di salvataggio prevedeva la liquidazione di Sicilcassa, nel frattempo sottoposta ad amministrazione controllata, e la cessione delle sue attività e passività al Banco di Sicilia, con il sostegno, anche in tale circostanza, di Banca d'Italia, Microcredito centrale e Fondo interbancario di tutela dei depositi.

²⁰⁹ L'operazione messa in campo dai commissari straordinari per arrivare a superare le ostilità dei soci prevede cinque interventi, il primo dei quali riguarda i 15 mila possessori di obbligazioni subordinate, il cui valore sarà totalmente rimborsato entro il 2021. Per chi parteciperà all'assemblea e "a prescindere" da come voterà, sono stati messi a disposizione una serie di incentivi fra cui azioni gratuite per complessivi 20 milioni e il riconoscimento di un valore per azione pari all'ultimo prezzo di quotazione del titolo nel mercato HI-MTF a favore di quei soci che abbiano rinunciato ad ogni pretesa o azione connessa agli aumenti di capitale della Banca, deliberati ed eseguiti nel corso degli esercizi 2014 e 2015. Sono stati esclusi da questa proposta i clienti dell'istituto pugliese con posizioni in sofferenza o cd. "unlikely to pay", i dirigenti della banca o loro familiari, i destinatari di provvedimenti sanzionatori di Banca d'Italia e Consob o coinvolti in procedimenti giudiziari non conclusi. È stato previsto altresì un *warrant* a titolo gratuito per ciascuna azione posseduta, diversa da quelle sottoscritte nell'aumento di capitale 2014/15, che conferisce la facoltà a chi lo riceve di sottoscrivere l'acquisto di azioni della futura banca a un prezzo conveniente e a una scadenza stabilita. Infine i commissari fanno propria anche una proposta delle associazioni dei consumatori e propongono l'istituzione di un "tavolo di conciliazione" con una dotazione iniziale da 8 milioni di euro. Una misura riservata agli azionisti che hanno acquistato titoli prima del 2014 e che si trovano in gravi condizioni economiche o che comunque hanno motivi risarcitori fondati. A tutto ciò si aggiunge la non

Al pari di quanto registratosi nel salvataggio di Nord Lb, l'orientamento che si rinsalda anche in tale circostanza è che l'investimento pubblico, se compiuto dallo Stato quale operatore economico che opera in condizioni di mercato, non richiede l'applicazione della più stringente disciplina riservata alla gestione delle crisi bancarie.

Con la conseguenza, altrettanto scontata, che la ristrutturazione del settore bancario viene addossata per l'ennesima volta alla collettività, mettendo in atto quel classico meccanismo con cui si socializzano le perdite e si privatizzano i profitti.

Perlomeno un principio sembra restare inviolato: anche se dovesse assumere il controllo o essere il primo azionista della nuova banca, lo Stato rimarrebbe asservito a logiche privatistiche, cioè alla necessità di accumulazione di valore e di realizzazione di un profitto.

Gli è che, il salvataggio di una banca a carico dei *taxpayers* dovrebbe essere "accettabile" solo ad alcune precise condizioni: i) azzerare il *management* responsabile del declino della banca; ii) evitare il *bail-in* e tutelare integralmente i correntisti e i risparmiatori coinvolti, a partire dagli obbligazionisti; iii) garantire la gestione pubblica della banca salvata senza cederla a prezzo di saldo ad altre banche private.

Ebbene, nel caso di Banca Popolare di Bari – così come per Carige – sono state rispettate tutte e tre le condizioni: in prima istanza Banca d'Italia ha commissariato l'istituto e ha fatto decadere il Consiglio di Amministrazione precedente; in seconda istanza è intervenuto il governo che ha messo a disposizione di MCC le risorse finanziarie affinché investisse direttamente in BPB, in combinato disposto con un intervento del FITD, finanziato dalle banche private.

Al cuore della vicenda in oggetto si collegano anche problematiche di tipo più generale che riguardano l'efficacia del ricorso alla flessibilizzazione delle regole e soprattutto la nuova centralità assunta dall'intervento statale ed in particolare dal ricorso alle misure di nazionalizzazione come soluzione

meno rilevante copertura integrale delle perdite e la ricostituzione del capitale, pari a 10 milioni di euro, grazie agli stanziamenti di Fondo interbancario e Mediocredito Centrale (i.e., lo Stato).

“preferenziale” per superare la crisi dell’intermediario²¹⁰.

Come precisa la Commissione il Trattato UE è neutrale quando si tratta di scegliere tra proprietà pubblica e proprietà privata, e anche la Corte di giustizia europea ha in più occasioni confermato che le norme del Trattato non impediscono operazioni di nazionalizzazione.

D'altra parte, la crisi finanziaria globale ha dimostrato che la nazionalizzazione è uno strumento chiave ed è stata la soluzione forse più utilizzata. Le misure di contrasto adottate nell’imperversare dell'emergenza finanziaria, con riguardo agli assetti proprietari delle banche, si sono concretizzate nell'acquisto di azioni o nella sottoscrizione di aumenti di capitale da parte dello Stato o di altri soggetti pubblici. Si tratta, beninteso, di un modulo operante sul piano soggettivo, ma che non ha dato luogo – a differenza di quanto accadeva in passato – o all’istituzione di enti pubblici o alla creazione di statuti speciali.

Ad oggi il quadro sovranazionale, segnatamente quello della dir. 59/2014, ci consegna due diverse macro-tipologie di intervento pubblico finalizzate alla preservazione od al ripristino di condizioni di solidità, liquidità o solvibilità dell'ente creditizio.

Da un lato, vi sono le misure di sostegno finanziario pubblico ex art. 32, par. 4, lett. d), BRRD che in chiave precauzionale servono a prevenire il dissesto ovvero il rischio di dissesto dell’impresa quando questi dipendono da condizioni di natura essenzialmente esogena rispetto alla banca; tali strumenti sono volti a scongiurare il pericolo di risoluzione dell'ente bancario e, perciò, condividono finalità analoghe con quelle delle misure d’intervento precoce²¹¹ che, però, sono essenzialmente preordinate a rimuovere cause e problemi di tipo essenzialmente endogeno. Di fatto anche la ricapitalizzazione precauzionale

²¹⁰ A questo proposito, è bene ricordare che in alcuni altri paesi europei la presenza pubblica nel capitale degli istituti di credito è ben più significativa che in Italia, dove essa si limita a MPS. In paesi come Irlanda, Regno Unito, Portogallo, Belgio, Olanda, Grecia, lo Stato ha assunto partecipazioni molto consistenti in alcune banche di grande dimensione, durante l'intensa fase di salvataggi avvenuti negli anni più acuti della crisi finanziaria (2008 - 2013). Ad essi si aggiunge la Germania dove, oltre alla partecipazione assunta dallo Stato centrale in Commerzbank durante una operazione di salvataggio, vi sono le partecipazioni degli enti pubblici locali (Stati federali e municipalità) nelle banche regionali (*Landesbanken*).

²¹¹ Cfr. art. 27 e considerando 40 della BRRD.

può condurre ad una nazionalizzazione, seppure temporanea, dell'istituto di credito. Si osservi, inoltre, che nelle operazioni di ricapitalizzazione pubblica preventiva non vengono in discussione la natura di impresa e la struttura societaria delle banche e degli intermediari finanziari, ma a mutare è soltanto l'entità dell'azionista e, talora, il modo in cui egli esercita i suoi diritti²¹².

Dall'altro, collegata alla risoluzione, nella Sottosezione 4 dedicata alle "Disposizioni accessorie all'applicazione del bail-in" è contemplata anche l'eventuale adozione di strumenti pubblici di stabilizzazione finanziaria ("Government financial stabilization tools" - GFST), disciplinati dagli artt. 56-58 della BRRD che includono due modalità di intervento, vale a dire: (i) la ricapitalizzazione pubblica (*public equity support tool*) (art. 57) e la (ii) la nazionalizzazione temporanea (*temporary public ownership tool*) (art. 58).

Tali dispositivi devono tuttavia <<(…) rappresentare una soluzione di ultima istanza>>, nel senso che sono attivabili al ricorrere delle seguenti condizioni: 1) l'inesistenza degli strumenti di *resolution* non appare sufficiente per evitare che si producano esternalità negative sulla stabilità finanziaria; 2) gli altri strumenti non assicurano una protezione sufficiente dell'interesse generale, se l'istituto soggetto a *resolution* ha già ricevuto aiuti alla liquidità da parte della banca centrale; 3) l'applicazione di altre misure non risulta sufficiente se l'ente insolvente ha già ricevuto aiuti pubblici straordinari in termini di capitale (art. 56, par. 3). Inoltre, l'art. 37 della BRRD, nel consentire che, in situazioni eccezionali di crisi sistemica, possa ricorrersi ai suddetti strumenti, richiede, al par. 10, lett. b), che tale iniziativa superi il vaglio di compatibilità con la disciplina degli aiuti di Stato²¹³.

Per inciso, la nazionalizzazione temporanea è "eccezionale", in quanto rivolta ad evitare il *bail-in*. Il meccanismo si può applicare ad una banca "significativa e solvibile" che incontra difficoltà e che decide di avvalersi

²¹² Cfr. G. NAPOLITANO, *L'intervento dello Stato*, cit., p. 6.

²¹³ L'esclusiva competenza degli Stati a deliberare eventuali erogazioni di aiuti nei confronti di banche in crisi è del resto espressamente stabilita nello stesso reg. SRM, che all'art. 6 ha cura di precisare che «le decisioni o azioni del Comitato, del Consiglio o della Commissione non impongono agli Stati membri di fornire un sostegno finanziario pubblico straordinario né interferiscono con la sovranità e le competenze degli Stati membri in materia di bilancio».

dell'intervento dello Stato. La procedura prevede il confronto dialettico dell'istituto di credito, del governo nazionale, della BCE, della DGComp. È difatti la Commissione che anche in tale circostanza deve valutare che la risoluzione della banca avrebbe effetti sistemici negativi e applicare pertanto la deroga alla normativa sugli aiuti di Stato che opera in caso di "grave turbamento dell'economia" (art. 107, par. 3, lett. b, Tfu)²¹⁴.

Orbene, l'operazione imbastita per la Popolare di Bari non s'inquadra, né tra le modalità d'intervento precauzionale previste dalla BRRD in particolare all'art. 32, par. 4, lett. d)-iii, né tantomeno è riconducibile alla procedura di nazionalizzazione temporanea di cui al citato art. 58.

Chiarito questo aspetto, ciò che preme segnalare è che l'intervento pubblico nel capitale della banca pugliese mette a nudo un problema di coerenza intrinseca dell'impalcatura disciplinare delle crisi bancarie allorché si consente a governi e autorità di intraprendere in maniera alquanto disinvolta percorsi che, pur senza violarli, si allontanano dal quadro delle regole e dei principi sanciti dalla BRRD; problema che sembra essere ben riassunto dal seguente paradosso: perché mai aggrapparsi ad un intervento precauzionale e preventivo, che deve attenersi a modalità fortemente vincolistiche e penalizzanti per azionisti e obbligazionisti subordinati, mentre iniezioni di capitale, garanzie statali e prestiti concessi alle banche possono essere esenti da aiuti di Stato semplicemente se valutati (e con ampia discrezionalità al riguardo da parte della Commissione Ue che appare difficilmente decifrabile) a tassi di mercato che riflettono il rischio sopportato dall'Erario?

La decisione di accordare una qualsiasi forma di assistenza finanziaria adoperando risorse pubbliche scaturisce pur sempre da una valutazione discrezionale che deve essere formulata a livello di singolo Stato e che risponde, il più delle volte, ad un disegno strategico volto al perseguimento sul piano interno di determinate finalità (anche di stampo dirigistico) a detrimento delle politiche europee di integrazione e di coordinamento tra gli Stati membri.

Questi ultimi, così come le istituzioni europee, avevano deciso e si erano

²¹⁴ A questo proposito riveste particolare rilevanza quanto affermato nei considerando 55 e 57 della BRRD.

mossi in una direzione che metteva al centro del risanamento degli enti creditizi in crisi non più tutti i contribuenti ma unicamente azionisti e creditori, così da preservare gli equilibri di finanza pubblica dei singoli Paesi e scongiurare alla radice il sorgere di una nuova crisi dei debiti sovrani.

Eppure, eludendo tali presidi, le misure di volta per volta approntate dimostrano che il quadro disciplinare consente di sfruttare i punti di debolezza della legge, di invocare l'applicazione di normative locali quando più congeniale ad alleviare le conseguenze di carattere politico-sociale dei salvataggi da intraprendere, e di ideare qualsiasi altro stratagemma immaginabile. È evidente che una simile anomalia è imputabile ad un assetto distonico che accresce le preoccupazioni per il rischio morale finendo per alimentare nelle banche e nelle altre istituzioni finanziarie la percezione che i governi possano facilmente entrare in gioco per compiere il salvataggio. A conti fatti, non si può negare che sia per la BPB che per Nord Lb, l'intervento pubblico è stato compiuto con il perfetto stile di un "prestatore in ultima istanza", evitando che, in entrambe le circostanze, la banca venisse liquidata o sottoposta a risoluzione.

Si aggiunga che analogamente ad altre tipologie di intervento statale, l'ingresso pubblico nella proprietà bancaria dovrebbe essere connotato dalla temporaneità e dalla eccezionalità, essendo specificamente finalizzato al superamento della crisi. Condizioni queste che non sembrano affatto ricorrere nella nazionalizzazione di BPB e che neppure si appalesano nel caso dell'istituto tedesco trattandosi di banca storicamente di proprietà pubblica.

11. Riflessioni conclusive.

Anche se è necessaria una visione d'insieme per comprendere la *ratio* dei singoli provvedimenti qui presi in esame, il caso Nord Lb impone una profonda riflessione sull'impianto della disciplina dei salvataggi bancari.

Per eludere il coinvolgimento dei creditori privati, l'intervento pubblico può essere ritenuto legale, ma la controversa applicazione della disciplina sugli aiuti di Stato da parte della DG*Competition* rafforza la comparsa di doppi *standard* nell'Eurozona. I vecchi vizi sono duri a morire e ostacolano i progressi verso il

completamento dell'Unione bancaria e una più ampia integrazione dell'Eurozona.

L'applicazione su casi concreti del nuovo impianto europeo sulla gestione delle crisi ha evidenziato due aspetti.

In primo luogo, si nota che, pur restringendo le possibilità di intervento dello Stato, nelle situazioni di difficoltà è sempre stata erogata una forma di contributo pubblico. La solvibilità di partenza dell'ente finanziario è un elemento importante, che discrimina la natura dell'aiuto e la modalità di condivisione degli oneri per azionisti e creditori.

In secondo luogo, le vicende trattate mettono a nudo per l'ennesima volta le debolezze del Meccanismo unico di risoluzione costellato di troppe eccezioni e di poteri discrezionali distribuiti disorganicamente in capo alle autorità coinvolte, numerose e portatrici di interessi talora divergenti.

In tutti i passaggi previsti dal nuovo quadro normativo il parere della Commissione resta tuttavia determinante. La metodologia dell'intervento statale "a condizioni di mercato" dovrebbe essere applicata allo stesso modo non solo per le banche pubbliche (CGD e *Landesbank*), ma anche per quelle private (come MPS). Insomma, se una banca pubblica ha mostrato di essere inefficiente per anni, e ha necessitato di aiuti di Stato a ripetizione, può continuare a beneficiare di fondi pubblici senza incontrare particolari limitazioni e senza impattare sulla stabilità finanziaria nazionale (in tal caso non rilevando affatto se tali comportamenti si ripercuotono negativamente sui conti pubblici).

Il problema, tuttavia, è un altro: la stessa flessibilità riconosciuta ai salvataggi di banche pubbliche non è concessa alle banche private. Il rischio è che la discrezionalità tecnica accordata dai Trattati alla Commissione Ue, e pensata per garantire che la parità concorrenziale venisse più efficacemente difesa, abbia finito col produrre un effetto indesiderato, attraverso una prassi decisionale tesa a congelare la disparità di condizioni esistente tra i Paesi membri: le banche controllate dallo Stato, forti di garanzie esplicite o implicite, possono finanziarsi a tassi molto più bassi delle altre e sono al riparo da crisi per la presenza di un salvatore di ultima istanza.

Gli aiuti di stato hanno cambiato volto al settore bancario europeo per le

differenti dimensioni del sostegno fornito dagli Stati membri. In termini assoluti la Germania è stato il paese che ha dovuto aumentare di più il debito pubblico per salvare le proprie banche²¹⁵.

Se si considera poi nel complesso il peso delle istituzioni pubbliche sul settore tedesco (landesbank e sparkasse), si può concludere che ci sia un gigantesco e permanente aiuto di Stato all'economia nazionale, su cui la direzione Concorrenza della Commissione non ha mai eccepito nulla, con la giustificazione che si tratta di situazioni cristallizzate nel tempo. Altrettanto si può dire però del vantaggio competitivo del sistema economico tedesco: non solo per le banche, ma di riflesso anche per imprese e famiglie che godono di tassi più bassi di quelli che avrebbero ottenuto in un mercato non influenzato dalla presenza pubblica.

Del resto l'intero settore sarebbe collassato senza il sostegno da parte dello Stato e tuttora l'ordinamento tedesco riconosce agli istituti a controllo pubblico un canale privilegiato per ottenere nuovi aiuti di Stato.

A fronte del regime derogatorio che la Commissione ha inaugurato per far fronte ai danni indotti dalla pandemia da Covid-19, il timore è che, ancora una volta, i Paesi più solidi e ricchi – ovvero Germania, Francia e Olanda – possano falsare il gioco europeo dando la possibilità alle loro imprese bancarie di conquistare mercato a scapito degli istituti di credito altri Paesi che dispongono di minore spazio in termini di aiuti, così provocando indebite distorsioni alla parità di condizioni nel mercato unico. I controlli della Commissione dovrebbero, pertanto, essere mirati a stabilire se i fondi pubblici siano destinati esclusivamente a tamponare i danni del virus e non piuttosto a ridisegnare il proprio settore creditizio.

²¹⁵ All'economia strutturalmente più forte dell'Eurozona corrisponde uno dei sistemi bancari tra i più fragili, puntellato costantemente dalla mano pubblica che ha sorretto le proprie banche, dall'avvio della crisi nel 2008, con una cifra che, tra aumenti di capitale e titoli tossici rilevati dallo Stato federale o dai vari Land, vale oltre il 7% del Pil tedesco. Se poi alle iniezioni di denaro pubblico si aggiungono le garanzie statali e le linee di liquidità offerte, l'ammontare balza addirittura al 17% della ricchezza annua prodotta. Un'enormità che disvela la particolare struttura del sistema creditizio teutonico.

A partire dal 2013, l'*Antitrust* europeo ha categoricamente rinnegato la flessibilità che aveva caratterizzato l'approccio della Commissione dinnanzi all'imperversare della crisi finanziaria, privilegiando il ripristino di un criterio ancora più limitativo di quello della BRRD. Gli effetti nefasti che, nell'ansia di affermare il principio del massimo rigore per le misure di aiuto statale, hanno trovato la loro più bieca esplicitazione nell'obbligo di condivisione degli oneri a scapito di azioni e creditori *junior*, si sono ben presto riverberati sulla stabilità del sistema creditizio.

Questo assetto disallineato di istanze configgenti e di presidi di tutela non ancora ben oliati, riconducibile ad un continuo scadimento della linea di confine tra pubblico e privato, ripropone il tema, sempre irrisolto, di dove finisca il pubblico e di dove inizi il privato.

Restano aree di persistente incertezza connesse alle restanti situazioni di difficoltà che coinvolgono non poche banche di dimensioni assai diverse fra loro, la cui condizione è peraltro in essere da tempo, lasciando presagire il crearsi nel prossimo futuro di ulteriori situazioni critiche. Questa indeterminatezza, oltre a suscitare critiche motivate, genera impatti obiettivamente negativi sulla stabilità delle singole istituzioni bancarie e a cascata di quella complessiva del sistema finanziario di alcuni Stati membri.

La giustificazione del regolatore europeo nel vietare l'intervento dei governi nel salvataggio delle banche, quando assumano la veste di aiuti di Stato, sembra a questo punto una foglia di fico. Sembra più assennato pensare che le remore europee servano a salvaguardare i bilanci pubblici e in prima istanza a lasciare che il mercato trovi soluzioni ragionevoli. Il mercato sembra tuttavia avere bisogno di una regia pubblica, come ad esempio una banca centrale, per coordinare qualsiasi tipo di intervento²¹⁶.

Tutto quanto fin qui esposto genera la sensazione che sia necessaria quanto

²¹⁶ In questi termini R. HAMAUY, *Salvataggi bancari: il Fondo non basta*, in *lavoce.info*, 18.11.2018. Ma l'accusa di aver salvato le banche con soldi pubblici non corrisponde al vero: in tutte le vicende sopra richiamate l'intervento dello Stato è stato accompagnato dal salvataggio privato che ha contribuito per più di due terzi. In ogni caso, gli interventi con risorse statali sono stati volti a contenere il costo per i piccoli risparmiatori derivante da crisi bancarie. Se confrontati con quanto accaduto nel resto d'Europa, i salvataggi di matrice pubblica nel settore creditizio rimangono di modesta entità.

prima una modifica del disegno organizzativo interno dell'Unione bancaria nei suoi diversi blocchi disciplinari. Resta difficile individuare il miglior percorso per un cambiamento di tale portata. La tentazione politica sarebbe quella di determinate per via legislativa una modifica del quadro normativo, giungendo sin'anche a riformare competenze e poteri dei supervisor e delle autorità preposte alla gestione/prevenzione delle crisi.

Eppure nell'immediato basterebbe dare corpo ad un mutamento di atteggiamento che punti a preservare la stabilità finanziaria e ad evitare la distruzione del valore degli istituti bancari, anche rivedendo l'interpretazione, finora molto rigida ma anche bipolare, della Commissione europea sulla disciplina degli aiuti di Stato. Un cambio di paradigma che consentirebbe di colmare le evidenti lacune delle regole sulle crisi bancarie e di affrontare al meglio le difficoltà di istituti piccoli e medi che, come si è constatato confrontando i casi della banca della bassa Sassonia e della BPB, non sono una prerogativa solo italiana.

Il diritto europeo è diventato, più banalmente, il diritto delle regole che, applicate in modo manicheo e discriminatorio solo ad alcuni Paesi, ha prodotto danni enormi. Non è mai troppo tardi per rovesciare politiche sbagliate ed errori di negoziazione. Purché li si comprenda.

La tassazione delle macchine intelligenti²¹⁷

di Antonio Miele

Dottore di ricerca in Diritto Comparato e processi di integrazione presso l'Università degli Studi della Campania "Luigi Vanvitelli", Dottore commercialista, Revisore contabile e avvocato.

e Silvia Miele

Laureata in Economia Aziendale presso l'Università degli Studi della Campania "Luigi Vanvitelli".

ABSTRACT

"Intelligent machines" role in our society is becoming more meaningful and, as a consequence, legal scholars are increasing their interest towards their applications and limits. In this article, we are going to analyse the possibility to attribute a fiscal responsibility to "intelligent machines".

SINTESI

Il ruolo delle "macchine intelligenti" nella nostra società sta assumendo un peso sempre più preponderante e di conseguenza si sta intensificando l'interesse degli studiosi di diritto circa i campi di applicazione ed i limiti delle loro responsabilità. In questo articolo si analizza la possibilità di attribuire una responsabilità fiscale alle "macchine intelligenti".

SOMMARIO: 1. Introduzione – 2. La "macchina intelligente" come res – 3. La "macchina intelligente" sapiens – 4. Conclusioni

²¹⁷ Il paragrafo 1 è a cura di Silvia Miele, i paragrafi 2 e 3 sono a carico di Antonio Miele.

1. Introduzione

In questi ultimi anni, il tema della personalità elettronica sta suscitando l'interesse di molti studiosi.²¹⁸

Considerando gli strabilianti progressi tecnologici dell'ultimo decennio, non solo oggi i robot sono in grado di svolgere attività che tradizionalmente erano tipicamente ed esclusivamente umane, ma lo sviluppo di determinate caratteristiche autonome e cognitive, la capacità di apprendere dall'esperienza e di prendere decisioni quasi indipendenti, li ha resi sempre più simili ad agenti che interagiscono con l'ambiente circostante e sono in grado di alterarlo in modo significativo.

Alla luce di questa eccezionale evoluzione, ci si è chiesti quali siano gli obblighi e/o i doveri dell'intelligenza artificiale e soprattutto se questa ultima possa essere titolare di un patrimonio con il quale rispondere delle obbligazioni sia di natura civilistica che fiscale.

Infatti, attraverso l'autoapprendimento, l'evoluzione tecnologica ha fatto sì che l'intelligenza artificiale abbia acquisito "autonomia" rispetto al proprio costruttore.²¹⁹

L'autonomia di un robot può essere definita come la capacità di prendere decisioni e metterle in atto nel mondo esterno, indipendentemente da un controllo o un'influenza di soggetti terzi: tale autonomia è ovviamente di natura puramente tecnologica e il suo livello dipende dal grado di complessità con cui è stata progettata l'interazione della macchina intelligente con l'ambiente.²²⁰

²¹⁸ U. RUFFOLO *Intelligenza artificiale. Il diritto, i diritti, l'etica*. 2020 Giuffrè.

²¹⁹ Il primo ad ipotizzare una soggettività anche giuridica delle macchine intelligenti è stato un filosofo americano. Putnam che nel 1960 si chiedeva "è giusto che i robot abbiano i diritti civili?" H. PUTNAM, *I robot: macchine o vita creata artificialmente?* Adelphi, Milano.

²²⁰ Risoluzione del Parlamento europeo del 16/02/2017 recante raccomandazioni alla Commissione concernenti norme di diritto civile sulla robotica: ...più i robot sono autonomi, meno possono essere considerati come meri strumenti nelle mani di altri attori (quali il fabbricante, l'operatore, il proprietario, l'utilizzatore, ecc.); che ciò, a sua volta, pone il quesito se le regole ordinarie in materia di responsabilità siano sufficienti o se ciò renda necessari nuovi principi e regole volte a chiarire la responsabilità legale dei vari attori per azioni ed omissioni imputabili ai robot, qualora le cause non possano essere ricondotte a un soggetto umano specifico, e se le azioni o omissioni legate ai robot che hanno causato danni avrebbero potuto essere evitate.

Proprio grazie all'autonomia della macchina, si può ritenere che l'intelligenza artificiale sia meritevole di tutela e conseguentemente essere considerata un soggetto capace di assolvere le obbligazioni di natura civile e fiscali.²²¹

La conclusione che "l'intelligenza artificiale" sia un soggetto meritevole di tutela, ha come conseguenza la realizzazione di una transizione da *res* a persona che si rileverebbe speculare alla storia della schiavitù umana.

"La lenta emersione della natura umana dello schiavo, che pur rimaneva bene di proprietà del *dominus*, lo rese progressivamente, se non persona, un soggetto destinatario di protezione".²²²

Attribuire all' "intelligenza artificiale evoluta" una personalità "elettronica" significa ricalcare lo stesso percorso giuridico che ha visto protagonisti i giuristi romanistici circa la responsabilità e la personalità degli antichi schiavi umani, che di fatto erano delle intelligenze "naturali"²²³ utilizzate come beni strumentali.

Il professore Ruffolo evidenzia che così come nell'antica Roma "lo schiavo umano, un tempo *res* sul quale il *dominus* aveva *ius vitae necisque*, vide poi temperato il potere dispotico del *dominus* in considerazione della natura umana dello schiavo, oggi possiamo ragionevolmente prevedere evoluzioni simmetriche con riguardo al nuovo schiavo "artificiale" quando è intelligente oltre un certo grado".

In questo articolo saranno tralasciate le problematiche di natura civilistica, per soffermarsi su quelle di natura fiscale.

²²¹ G.TADDEI ELMI *Soggettività artificiali e diritto* Altalex: L'ordinamento giuridico ha inventato la persona giuridica per motivi pratici ossia per semplificare i rapporti. Non si attribuisce solo alle persone fisiche la titolarità di obblighi e diritti, ma anche ad altre entità quali enti collettivi costituiti da pluralità di persone (associazioni riconosciute e società), ai patrimoni quali fondazioni, enti pubblici ed infine ad entità intermedie quali le società di persone, associazioni non riconosciute, etc. Il carattere comune alle persone giuridiche e alle altre forme di soggettività non fisica consiste nel possedere una forma più o meno forte di autonomia patrimoniale rispetto ai patrimoni delle persone fisiche che ne fanno parte o le amministrano.

²²² U. RUFFOLO *Per i fondamenti di un diritto della robotica self-learning dalla machinery produttiva all'auto driverless verso una responsabilità da algoritmo?*.

²²³ In tema di intelligenza naturale, si pensi, accanto alla personalità piena attribuita a tutti gli umani, alla particolare considerazione e tutela accordata agli animali quali esseri "sensienti" (da *res* a soggetti) F. RESCIGNO *I diritti degli animali. Da res a soggetti*, Torino Giappichelli.

2. La “macchina intelligente” come res

A parere dello scrivente, bisogna focalizzare l'attenzione sul ruolo della “macchina intelligente”.

Nel momento in cui la “macchina intelligente” continua ad assurgere al ruolo di *res*, la stessa dovrà sempre essere considerata e trattata fiscalmente come un bene strumentale del soggetto (persona fisica o giuridica) che la detiene.

Se così non fosse, se cioè si attribuisse una responsabilità patrimoniale alla macchina intelligente che ha una funzione di bene strumentale, avremmo di fatto una limitazione della responsabilità patrimoniale del soggetto utilizzatore del bene e conseguenzialmente un più limitato patrimonio di rischio.²²⁴

Dunque quando la “macchina intelligente” è da ausilio all'attività del suo utilizzatore, dovrà essere considerata una *res* e come tale, un bene strumentale.
225

Nel momento in cui la “macchina intelligente” viene utilizzata come un bene strumentale²²⁶, sarà iscritta in bilancio tra le immobilizzazioni materiali, in quanto considerata un cespite ammortizzabile e come tale soggetta sistematicamente alle quote di ammortamento: queste rappresenteranno dei componenti negativi di reddito nel bilancio dell'utilizzatore del bene, mentre il reddito generato dalla stessa sarà considerato un componente positivo nel bilancio del proprietario del bene.

L'iscrizione in bilancio tra le immobilizzazioni materiali dovrà avvenire nel rispetto dei principi di prudenza e competenza economica.

²²⁴ Il D.lgs. 6 settembre 2005, n.206, Codice del consumo e la Direttiva 85/374//CEE, si ispirano al principio della responsabilità del produttore per aver messo in circolazione un prodotto non sufficientemente sicuro e, pertanto, difettoso, a prescindere dalla prova della sua colpa. G. ALPA *La responsabilità del produttore*, Milano, Giuffrè.

²²⁵ L'European Patent office ha rigettato due domande di registrazione di brevetto nelle quali una macchina appariva designata quale inventore in quanto l'ente robotico non potrebbe mai essere riconosciuto titolare di diritti d'autore, sul tema V CAPPARELLI *Le invenzioni dell'intelligenza artificiale questioni aperte di tutela autoriale e brevettabilità*, in Ruffolo (a cura di) *Intelligenza artificiale. Il diritto, i diritti, l'etica*. 2020 Giuffrè. S. GUIZZARDI *La protezione d'autore dell'opera dell'ingegno creata dall'intelligenza artificiale* in AIDA.

²²⁶ V. SOLENNE *Possono le macchine intelligenti sostituire gli amministratori di una società?* www.pandslegal.it: “Le azioni delle macchine intelligenti rappresentano l'agire dell'azienda e il loro utilizzo non giustifica un'applicazione meno rigorosa delle leggi e dei regolamenti vigenti”.

L'ammortamento dovrà riflettere l'utilità economica ceduta dall'immobilizzazione ai diversi esercizi nell'ambito dei quali la stessa è impiegata nella produzione economica dell'impresa.²²⁷

L'ammortamento dovrà essere sistematico, dovrà cioè essere determinato sulla base di un piano prestabilito, ma la sistematicità dell'ammortamento, sotto il profilo civilistico, non comporta la necessità di quote costanti in ogni esercizio, essendo ammissibili anche piani di ammortamento a quote crescenti e decrescenti.

In considerazione del fatto che le macchine intelligenti considerate *res*, possono subire un'involuzione tecnologica, è possibile che i piani di ammortamento mutino con il mutare dei piani aziendali di utilizzazione delle immobilizzazioni.

I criteri e i coefficienti assunti per l'elaborazione originaria del piano di ammortamento possono essere modificati a condizione che tale scelta sia motivata nella nota integrativa al bilancio.

Poiché l'evoluzione tecnologica è estremamente rapida, le valutazioni sulla futura utilità della *res*, suggerisce un'attenta verifica periodica delle residue possibilità di utilizzazione.²²⁸

Circa il valore da assumere come base per l'ammortamento, si dovrà distinguere se la macchina intelligente è stata acquistata o è stata prodotta.

Nel primo caso il valore è espresso dal costo di acquisto al netto degli sconti commerciali (e degli sconti per cassa se rilevanti) inclusivo degli oneri accessori d'acquisto e di tutti i costi accessori sostenuti.

Nell'ipotesi in cui la macchina intelligente è stata prodotta, il costo sarà dato dalla somma di tutti gli oneri diretti di fabbricazione più una quota di costi generali industriali determinata secondo le indicazioni dell'OIC16.^{229 230}

²²⁷ G. LOMBARDI STOCCHETTI *Valutazioni e Analisi di Bilancio*, Pearson.

²²⁸ Articolo 2426 comma II: "Il costo delle immobilizzazioni materiali e immateriali, la cui utilizzazione è limitata nel tempo deve essere sistematicamente ammortizzato in ogni esercizio in relazione con la loro residua possibilità di utilizzazione. Eventuali modifiche dei criteri di ammortamento e dei coefficienti applicati, devono essere motivate nella nota integrativa.

²²⁹ A. QUAGLI *Bilancio di Esercizio e Principi Contabili*, G. Giappichelli Editore

²³⁰ OIC 16 - paragrafo 31: Il costo iniziale di un cespite totalmente o parzialmente costruito in economia è il costo di produzione inclusivo dei costi diretti (materiale e mano d'opera diretta,

Sotto il profilo meramente fiscale, le quote degli ammortamenti non possono eccedere i coefficienti stabiliti con decreto ministeriale.

I coefficienti sono fissati per categorie di beni omogenei in base al normale periodo di deperimento e di consumo e non sono previste aliquote minime.

Se la quota di ammortamento imputata in bilancio è superiore a quella fiscalmente ammessa, la parte di ammortamento civilistico in eccesso dovrà essere ripresa a tassazione con una variazione in aumento, l'eccedenza potrà essere dedotta, con variazioni in diminuzione, a partire dal primo esercizio successivo a quello in cui cessa l'ammortamento civilistico.²³¹

Se la quota di ammortamento imputata in bilancio è inferiore a quella fiscalmente ammessa, la parte non imputata in bilancio non potrà essere dedotta perché lo impedisce la regola della previa imputazione dettata dal IV comma dell'articolo 109 del Tuir.²³²

Pertanto, in conclusione potremmo affermare che il reddito imputabile alla "macchina intelligente", dovrà essere sempre dichiarato dall' utilizzatore del bene strumentale ed essere soggetto a tassazione da questo ultimo.

Ma la macchina dovrà sempre essere considerata una *res*?

3. La "macchina intelligente" sapiens

L'evoluzione tecnologica sta creando delle macchine *sapiens*, macchine cioè che sono in grado di assumere delle decisioni autonomamente, decisioni non programmate o programmabili, in quanto la loro assunzione è frutto di

costi di progettazione, forniture esterne, etc.) e dei costi generali di produzione, per la quota ragionevolmente imputabile al cespite per il periodo della sua fabbricazione fino al momento in cui il cespite è pronto per l'uso; con gli stessi criteri possono essere aggiunti gli oneri relativi al finanziamento della loro fabbricazione; paragrafo 32: I costi di natura straordinaria sostenuti durante la costruzione dei cespiti(ad esempio: scioperi, incendi o eventi connessi a calamità naturali, come alluvioni, terremoti, ecc.) non sono capitalizzabili, e sono addebitati al conto economico dell'esercizio in cui si sostengono.

²³¹ F TESAURO *Istituzioni di diritto di Diritto Tributario (Parte speciale)* Utet Torino.

²³² ARTICOLO 109 IV COMMA "Le spese e gli altri componenti negativi non sono ammessi in deduzione se non e nella misura in cui non risultano imputati al conto economico relativo all'esercizio di competenza.

autonomo apprendimento che è in grado di generare capacità di comportamenti e scelte autonome; macchine che operano delle decisioni fra pluralità di alternative.

Pertanto, a fronte di "macchine intelligenti" in grado di svolgere esclusivamente mansioni esecutive, vi sono robots dotati di capacità cognitive ed in grado di interagire con l'uomo e l'ambiente in cui sono introdotti.²³³

A queste macchine sarà possibile attribuire una "personalità" e quindi considerarle un centro di interesse fiscale?

Sarà possibile attribuire personalità giuridica e una limitata autonomia patrimoniale, attraverso "forme di entificazione attribuite a personalità diverse dalla persona fisica"?

Possono esservi tutele attribuite dall'ordinamento a cose o beni considerati come entità alle quali accordare specifica protezione o dignità, sino al riconoscimento della personalità,²³⁴ ma tali entità, fino ad oggi, operano attraverso l'intervento di una persona fisica e pertanto la "macchina intelligente" opera avvalendosi dell'uomo.

Tuttavia, esistono già macchine intelligenti che operano da sole, senza l'intervento dell'uomo e gli studiosi discutono se, agendo in tal modo, le stesse operano in veste di *nuncius* o *procurator*.

Attribuendo la personalità elettronica ad una macchina, si attribuirebbe automaticamente un'autonomia decisionale e una responsabilità, anche di natura patrimoniale, realizzando un'equiparazione dell'intelligenza artificiale evoluta a quelle naturali.

Il Parlamento Europeo²³⁵ ha evidenziato che " sono palesi le carenze

²³³ A. DI MARTINO *Robotica e diritto civile Prime riflessioni sulla risoluzione del Parlamento Europeo del 16/2/2017.*

²³⁴ U. RUFFOLO *Il problema della "personalità elettronica"* Journal of Ethics and Legal Technologies – Volume 2(1)- April 2020.

²³⁵ Risoluzione del parlamento europeo del 16/02/2017 recante raccomandazioni alla Commissione concernenti norme di diritto civile sulla robotica:" considerando che più i robot sono autonomi, meno possono essere considerati come meri strumenti nelle mani altri attori (quali il fabbricante, il proprietario, l'utilizzatore, etc. etc.); che ciò, a sua volta, rende insufficienti le regole ordinarie in tema di responsabilità e rende necessarie nuove regole incentrate sul come una macchina possa essere considerata-parzialmente o interamente- responsabile per le

dell'attuale quadro normativo in materia di responsabilità contrattuale, dal momento che le macchine progettate per scegliere le loro controparti, negoziare termini contrattuali, concludere contratti e decidere se e come attuarli, rendono inapplicabili le norme tradizionali; ciò pone la necessità di norme nuove, efficaci ed al passo con i tempi, che corrispondono alle innovazioni e agli sviluppi tecnologici che sono stati di recente introdotti e che sono attualmente utilizzati sul mercato."

Se dunque manca un dettato normativo che disciplini la responsabilità fiscale delle macchine intelligenti, dobbiamo chiederci quale potrebbe essere il contenuto di queste norme in fieri.

E' necessario, in primo luogo eliminare ogni convinzione antropocentrica legata alla personalità ed avere una visione più ampia e duttile.²³⁶

Se il nostro ordinamento ha riconosciuto la personalità alle persone giuridiche, perché mai non si dovrebbe riconoscere la personalità e di conseguenza, la responsabilità fiscale ad una "macchina intelligente"?

Già oggi alcune entità robotiche sono in grado di realizzare invenzioni o creazioni artistiche, ma soprattutto si parla di "agenti software", "deantropomorfizzando" il concetto di entità agente dotata di autonomia.²³⁷

Ebbene, nel momento in cui una "macchina intelligente" è in grado di assumere delle decisioni che non sono frutto di programmazioni, ma autonome perché scaturiscono da un autonomo apprendimento, nel momento in cui un robot pone in essere delle scelte fra una pluralità di alternative, scelte che possono avere un contenuto di carattere economico o patrimoniale, allora a questa macchina si potrebbe attribuire personalità ed autonomia patrimoniale e come tale essere autonomo soggetto di imposte.

Il patrimonio delle macchine intelligenti sarebbe alimentato dai contributi dei

proprie azioni o omissioni; che, di conseguenza, diventa sempre più urgente affrontare la questione fondamentale di se i robot devono avere uno stato giuridico".

²³⁶ G. TEUBNER *Ibridi ed attanti. Attori collettivi ed enti non umani nella società e nel diritto*. Milano Mimesis.

²³⁷ E. ESPOSITO *Artificial communication? The production of contingency by algorithms, 2017* in *Zeitschrift für Soziologie*; P. FEMIA (a cura di) *Soggetti giuridici digitali? Sullo stato privatistico degli agenti software autonomi*, Napoli ESI.

produttori, da liberalità e soprattutto dai corrispettivi dei servizi prestati: il fondo patrimoniale, funzionale all'attivazione di una responsabilità civile per i danni prodotti a terzi, potrebbe essere il primo passo per "tassare i robot", dato che gli stessi disporrebbero di risorse con cui assolvere autonomamente gli obblighi tributari.²³⁸

4. Conclusioni

Allo stato la materia oggetto della nostra indagine è ancora in fieri.

Con il travolgente mutamento delle forme di produzione e le continue mutazioni del mercato non è facile assumere una posizione netta, anche perché la tecnologia si evolve in maniera così rapida che una teoria risulta già vecchia nel momento in cui viene espressa.

Ci si è chiesto se, quando si propone di attribuire ai robot una personalità legale, considerandoli delle "persone elettroniche", soggetti di diritto e possibili titolari di un patrimonio autonomo, si parli di "fantascienza fiscale".

Io credo di no, anzi credo che siamo nel presente e che è necessario iniziare a riflettere e a legiferare in tal senso; l'autonomia dei robot solleva la questione della loro natura alla luce delle categorie giuridiche esistenti e quindi sorge la necessità di creare una nuova categoria con caratteristiche specifiche ed implicazioni proprie.

Il diritto può attribuire soggettività a qualsiasi entità ritenga utile e opportuno a prescindere dai caratteri della soggettività ontologica.

Non vi è sovrapposizione tra soggettività ontologica e soggettività giuridica, questa risponde a dei criteri pratico funzionali tanto è vero che il diritto attribuisce la soggettività ad entità che sicuramente non sono soggetti ontologici quali le società.²³⁹

L'eurodeputata lussemburghese Mady Delvaux ha presentato al Parlamento europeo una mozione il cui fine è quello che androidi e robot dovrebbero, in un

²³⁸ D. STEVANATO *Tassare i robot per tutelare i lavoratori. Dubbi sulla fantascienza fiscale* in Il Foglio del 18/07/2016.

²³⁹ G. TADDEI ELMI *I diritti dell'intelligenza artificiale tra soggettività e valore: fantadiritto o ius condendum?*, in Il Meritevole di Tutela, Giuffrè, Milano.

prossimo futuro, pagare i tributi.²⁴⁰

Tale mozione, avente ad oggetto la possibilità e l'eventuale qualificazione di una personalità giuridica per le intelligenze artificiali, muove dalla definizione di autonomia quale capacità di prendere decisioni e metterle in atto nel mondo esterno, indipendentemente da un controllo o da un'influenza esterna.

Quindi quando siamo al cospetto di una "macchina intelligente", bisogna riflettere e valutare il ruolo che ha la macchina e soprattutto i riflessi economici che la macchina stessa produce.

Ritengo che se gli effetti economici delle azioni della macchina intelligente dovessero ricadere sulla macchina stessa e quindi fossero compiute nell'interesse della stessa, allora si potrebbe parlare di autonomia patrimoniale e quindi di autonomo soggetto sotto il profilo fiscale.

Se invece la macchina rappresenta la volontà del dominus il quale non si fa rappresentare, ma si riferisce per *relationem* alla scelta robotica, idealmente la sottoscrive,²⁴¹ allora la macchina non potrà mai essere considerata un soggetto autonomo a cui imputare dei redditi, ma sarà considerata una *res* e come tale un cespite ammortizzabile.

²⁴⁰ Nell'ambito di un testo centrato soprattutto sulla delicata questione della responsabilità civile per danni provocati da macchine pensanti in grado di agire in modo autonomo ed imprevedibile, fuori da ogni possibilità di controllo di produttori, proprietari o utilizzatori delle stesse, la mozione prefigura uno scenario in cui la sostituzione di robot intelligenti a lavoratori in carne ed ossa produrrà una disoccupazione permanente e di massa, ponendosi il problema della sostenibilità degli odierni sistemi di sicurezza sociale, da risolvere attraverso una modifica degli attuali criteri di tassazione.

²⁴¹ U. RUFFOLO *Il problema della "personalità elettronica"* Journal of Ethics and Legal Technologies – Volume 2(1)- April 2020;

L'accertamento analitico-induttivo per impiego di manodopera irregolare

di Livio Gucciardo

*Dottorando di ricerca in Scienze Economiche, Aziendali e Giuridiche
Università degli Studi di Enna "Kore"*

ABSTRACT

According to a well-established jurisprudence, the analytical-inductive assessment of corporate income is legitimate, according to art. 39, paragraph 1, lett. d), of D.P.R. no. 600/1973, even if there is a simple presumption, as long as it is serious and precise, such as where irregular workers have been employed. It is therefore an established principle that the use of irregular workers is a well-known fact from which to derive a greater profitability of the enterprise and not simply higher costs for remunerations. This proposition is not so much based on the assumption that the irregular employment of workers is the cause of the higher income, but rather that it is its effect. The possibility for the enterprise to remunerate "in black" the irregular manpower attests, in fact, its capacity to generate, also "in black", an exponential amount of revenues in relation to the cost requirements not reported in the accounting records, because the enterprise's personnel expenditure is intended to be remunerated in terms of achievement of revenues.

SINTESI

Secondo un consolidato orientamento giurisprudenziale, è legittimo l'accertamento analitico-induttivo del reddito d'impresa, ai sensi dall'art. 39, comma 1, lett. d), del D.P.R. n. 600/1973, anche in presenza di una presunzione semplice, purché grave e precisa, come quella costituita dall'impiego di lavoratori irregolari. È dunque principio assodato che l'utilizzo di lavoratori irregolari rappresenti un fatto noto da cui desumere una maggiore redditività dell'impresa e non semplicemente maggiori costi per retribuzioni. Questa proposizione non si fonda tanto sull'assunto che l'impiego irregolare di dipendenti sia la causa dei maggiori introiti, quanto, piuttosto, che ne sia

l'effetto. La possibilità per l'impresa di remunerare "in nero" la manodopera irregolare attesta, infatti, la capacità di questa di generare, altrettanto "in nero", un ammontare di ricavi in misura esponenziale rispetto al fabbisogno per il costo non appostato nelle scritture contabili, perché per l'impresa la spesa per personale è finalizzata ad essere remunerata in termini di conseguimento dei ricavi.

SOMMARIO: 1. Introduzione. L'accertamento analitico-induttivo – 2. Impiego di manodopera irregolare. Gli illeciti in materia di lavoro che legittimano il ricorso all'accertamento analitico-induttivo – 3. Determinazione del costo sostenuto dall'impresa per l'impiego di lavoratori irregolari – 4. Principio logico-giuridico di maggiore redditività per impiego di manodopera irregolare. Tecniche di determinazione dei ricavi non dichiarati – 5. Conclusioni

1. Introduzione. L'accertamento analitico-induttivo

Per i redditi d'impresa e di lavoro autonomo sono previste specifiche regole di determinazione dell'imponibile, fondate sulle risultanze dei valori tratti dalle scritture contabili obbligatorie. Per tali categorie reddituali sussiste l'obbligo di effettuare la dichiarazione analitica, nella quale devono essere esposti gli elementi attivi e passivi dalla cui somma algebrica scaturisce l'imponibile complessivo.²⁴²

L'Amministrazione finanziaria può rettificare l'imponibile della dichiarazione, utilizzando tre differenti metodi di accertamento: l'analitico-contabile, l'induttivo-extracontabile e l'analitico-induttivo, altrimenti detto misto.²⁴³

²⁴² Cfr. P. BORIA, *La dichiarazione tributaria*, in A. FANTOZZI (a cura di), *Diritto tributario*, Milano, 2012, p. 571 ss.

²⁴³ Sull'argomento S. CAPOLUPO, *Manuale dell'accertamento delle imposte*, Milano, 2015, p. 1382 ss.; G. FALSITTA, *Manuale di diritto tributario. Parte generale*, Milano, 2020, p. 451 ss.; C. Pino, *Le scritture contabili e il controllo del reddito d'impresa*, Milano, 2012, p. 167 ss.; L. A. M. ROSSI, *Avviso di accertamento*, in S. LOCONTE (a cura di), *Manuale di diritto tributario*, Milano, 2020, p. 263 ss.; N. SARTORI, *Accertamento sintetico del reddito*, in S. BELLOMO – M. CIAN – G. I. FERRI – D. U. SANTOSUOSSO – F. TESAURO (a cura di), *Digesto delle Discipline Privatistiche. Sezione Commerciale. Aggiornamento*, Vol. 8, 2017, p. 15; F. TESAURO, *Istituzioni di diritto tributario. Parte*

L'accertamento analitico-contabile dei redditi d'impresa, a norma dell'art. 39, comma 1, del D.P.R. n. 600/1973, è effettuato determinando o rettificando singole componenti del reddito. La determinazione o la rettifica può avere luogo anche mediante l'utilizzo di presunzioni gravi precise e concordanti.²⁴⁴ Tale metodo di accertamento implica che la contabilità sia, nel complesso, attendibile.²⁴⁵

L'accertamento induttivo-extracontabile del reddito d'impresa, invece, è volto a ricostruire il reddito induttivamente, prescindendo dalle scritture contabili e servendosi di dati ed elementi comunque raccolti. Le presunzioni a cui può farsi ricorso in tale metodo di accertamento non necessitano dei requisiti di gravità, precisione e concordanza, potendo essere utilmente impiegate le c.d. presunzioni semplicissime. L'accertamento induttivo può essere azionato solamente quando la contabilità risulti completamente inattendibile o si verifichino altre circostanze tassativamente indicate dall'art. 39, comma 2, del D.P.R. n. 600/1973.²⁴⁶

generale, Milano, 2020, p. 225 ss.; G. TINELLI, *Istituzioni di diritto tributario. I principi generali*, Milano, 2020, p. 316 ss.

²⁴⁴ Sul punto A. COMELLI, *Poteri e atti nell'imposizione tributaria*, Milano, 2012, p. 291 ss; A. MARCHESELLI – R. DOMINICI, *Giustizia tributaria e diritti fondamentali*, Torino, 2016, p. 223; B. SANTAMARIA, *Accertamenti fiscali e sistema sanzionatorio*, Milano, 2019, p. 127.

²⁴⁵ L'art. 39, comma 1, del D.P.R. n. 600/1973 contempla tre ipotesi di rettifica: la prima nel caso in cui si riscontri la violazione di una norma in materia di reddito d'impresa che può comportare variazioni in aumento del reddito fiscale rispetto all'utile civilistico; la seconda quando non vi sia corrispondenza tra bilancio d'esercizio e dichiarazione; la terza ipotesi, infine, la rettifica può avere luogo qualora siano rinvenute prove documentali da cui risulti che il contribuente abbia sottratto a tassazione materia imponibile.

²⁴⁶ A sensi dell'art. 39, comma 2, del D.P.R. n. 600/1973, è possibile procedere alla ricostruzione induttiva-extracontabile del reddito d'impresa «a) quando il reddito d'impresa non è stato indicato nella dichiarazione; [...]; c) quando dal verbale di ispezione redatto ai sensi dell'art. 33 risulta che il contribuente non ha tenuto o ha comunque sottratto all'ispezione una o più delle scritture contabili prescritte dall'art. 14 ovvero quando le scritture medesime non sono disponibili per causa di forza maggiore; d) quando le omissioni e le false o inesatte indicazioni accertate ai sensi del precedente comma ovvero le irregolarità formali delle scritture contabili risultanti dal verbale di ispezione sono così gravi, numerose e ripetute da rendere inattendibili nel loro complesso le scritture stesse per mancanza delle garanzie proprie di una contabilità sistematica. Le scritture ausiliarie di magazzino non si considerano irregolari se gli errori e le omissioni sono contenuti entro i normali limiti di tolleranza delle quantità annotate nel carico o nello scarico e dei costi specifici imputati nelle schede di lavorazione ai sensi della lettera d) del primo comma dell'art. 14 del presente decreto; d-bis) quando il contribuente non ha dato seguito agli inviti disposti dagli uffici [...]; d-ter) in caso di omessa presentazione dei modelli per la comunicazione dei dati rilevanti ai fini dell'applicazione degli studi di settore o di indicazione di cause di esclusione o di inapplicabilità degli studi di settore non sussistenti, nonché di infedele

Infine, l'accertamento analitico-induttivo, disciplinato dall'art. 39, comma 1, lett. d), del D.P.R. n. 600/1973, prevede che la determinazione del reddito continui ad essere effettuata sulla base delle risultanze contabili, ma con una ricostruzione induttiva di singoli elementi attivi o passivi. È dunque sulla base delle risultanze contabili che si procede all'accertamento, senza disconoscere l'integrale contenuto, ma solamente per rettificare talune voci che il soggetto ha erroneamente indicato o ha ommesso. Il metodo misto può essere legittimamente impiegato dall'Ufficio allorquando l'incompletezza, la falsità o l'inesattezza degli elementi indicati nella dichiarazione e nei relativi allegati risulti dall'ispezione delle scritture contabili e da altre verifiche ovvero dal controllo della completezza, esattezza e veridicità delle registrazioni contabili sulla scorta delle fatture e degli altri atti e documenti relativi all'impresa nonché dei dati e delle notizie raccolti dall'ufficio. La norma stabilisce che per tale specie di accertamento si possa fare ricorso alle presunzioni semplici, purché gravi, precise e concordanti.

Con l'introduzione dell'art. 62 *sexies* del D.L. n. 331/1993, convertito con L. n. 427/1993, l'ambito di applicazione dell'art. 39, comma 1, lett. d), del D.P.R. n. 600/1973 è stato ampliato. È stato infatti stabilito che gli accertamenti analitico-induttivi possono essere fondati anche sull'esistenza di gravi incongruenze tra i ricavi, i compensi ed i corrispettivi dichiarati e quelli fondatamente desumibili dalle caratteristiche e dalle condizioni di esercizio della specifica attività svolta, ovvero dagli studi di settore. Quest'ultima introduzione normativa permette di disattendere le risultanze delle scritture contabili, anche se correttamente istituite, tenute e conservate, in presenza di gravi incongruenze tra i dati esposti dal contribuente e quelli desumibili dalle caratteristiche e dalle condizioni di esercizio dell'impresa, nonché dagli studi di settore.²⁴⁷

compilazione dei predetti modelli che comporti una differenza superiore al 15 per cento, o comunque ad euro 50.000, tra i ricavi o compensi stimati applicando gli studi di settore sulla base dei dati corretti e quelli stimati sulla base dei dati indicati in dichiarazione».

²⁴⁷ Secondo G. FALSITTA, *Corso istituzionale di diritto tributario*, Milano, 2016, p. 229, con l'innesto previsto dall'art. 62 *sexies* del D.L. n. 331/1993, convertito con L. n. 427/1993, l'accertamento analitico-induttivo viene trasformato in metodo induttivo globale, pur nell'assenza degli specifici e più gravi presupposti che giustificano quest'ultimo.

2. Impiego di manodopera irregolare. Gli illeciti in materia di lavoro che legittimano il ricorso all'accertamento analitico-induttivo

Secondo un consolidato orientamento giurisprudenziale è legittimo l'accertamento analitico-induttivo del reddito d'impresa, ai sensi dall'art. 39, comma 1, lett. d), del D.P.R. n. 600/1973, anche in presenza di una presunzione semplice, purché grave e precisa,²⁴⁸ come quella costituita dall'impiego di lavoratori irregolari.²⁴⁹ Gli elementi assunti quale fonte di presunzione non devono quindi essere necessariamente plurimi, potendo essere unico. Tale elemento, tuttavia, deve necessariamente essere grave e preciso e la valutazione della sua rilevanza, nell'ambito del processo logico applicato in concreto, deve risultare adeguata e non contraddittoria.²⁵⁰ In ordine al requisito della gravità, in particolare, occorre assumere che questa debba essere caratterizzata da un elevato grado di attendibilità, sufficiente a desumere dal fatto noto l'esistenza del fatto ignoto con un grado di probabilità superiore a quello che spetta all'opposta tesi della sua inesistenza.²⁵¹

²⁴⁸ Mentre i requisiti della gravità e della precisione del ragionamento presuntivo sono imprescindibili, l'ulteriore requisito della concordanza riguarda l'ipotesi in cui sussistano differenti elementi presuntivi che alimentano l'accertamento; in tale caso questi elementi devono concordare ed indirizzarsi in un'unica direzione, per poter fornire all'accertamento medesimo il necessario grado di attendibilità. Così C. PINO, *Le scritture contabili e il controllo del reddito d'impresa*, cit., p. 206.

²⁴⁹ La Cass., Sez. trib., ord., 26 novembre 2019, n. 30792 ha stabilito che la presenza di lavoratori in nero, desunta dalla sottoscrizione di plurime bolle di consegna da parte di soggetti non risultanti dai libri obbligatori e dalla mancata congruità del personale dichiarato rispetto alle prestazioni fatturate dall'impresa, costituisca una presunzione grave e precisa che legittima il ricorso all'accertamento analitico-induttivo per acclarare maggiori ricavi non dichiarati. Cfr. anche Cass., Sez. trib., 29 marzo 2017, n. 8032.

²⁵⁰ Cfr. Cass., Sez. trib., ord., 12 gennaio 2018, n. 641 e Cass., Sez. trib., 9 settembre 2016, n. 17810. In argomento, A. BORGOGGIO, *I lavoratori in nero desunti dalla sottoscrizione delle bolle di consegna legittimano l'accertamento*, in *Il Fisco*, 2020, p. 180, che precisa come l'Amministrazione finanziaria possa procedere all'accertamento analitico-induttivo anche quando i risultati degli studi di settore non evidenzino discrepanza rispetto al dichiarato, dal momento che l'accertamento ex art. 39, comma 1, lett. d), del D.P.R. n. 600/1973 può basarsi anche su una presunzione semplice.

²⁵¹ Così A. Russo, *La marginalità del lavoro nero frena l'accertamento induttivo*, in *Il Fisco*, 2017, p. 1078. La Cass., Sez. trib., 31 gennaio 2017, n. 2466 chiarisce che la presenza di lavoratori in nero può certamente legittimare un accertamento induttivo, ma che lo stesso deve precisare gli elementi fattuali e l'iter logico che hanno condotto a ritenere la violazione contestata dotata di quei caratteri di gravità e sufficienza tali da far ritenere l'intera contabilità complessivamente ed essenzialmente inattendibile e giustificare l'accertamento induttivo. Nella fattispecie, infatti,

Occorre preliminarmente chiarire che l'accertamento analitico-induttivo del reddito d'impresa fondato sull'impiego di lavoratori irregolari è legittimo quando tale impiego determini il sostenimento di un costo occulto per la retribuzione della manodopera irregolarmente impiegata nel ciclo produttivo dell'impresa commerciale.²⁵² Di contro, sono irrilevanti le violazioni non connotate da dette peculiarità, del tutto inconferenti rispetto alle caratteristiche ed alle condizioni di esercizio dell'impresa, che, in sostanza, non incidono sulla capacità produttiva aziendale.²⁵³

Le condotte illecite a cui si fa riferimento, nello specifico, devono essere idonee a sottrarre dalla contabilità l'intero costo del lavoro o una parte dello stesso, mirando, cioè, ad occultare la spesa relativa alla manodopera retribuita in tutto o in parte con compensi che non trovano riscontro nei libri dell'impresa.

Due, quindi, le violazioni che sembrano potere legittimare l'accertamento analitico-induttivo. La prima è l'impiego di lavoratori subordinati senza la preventiva comunicazione di instaurazione del rapporto di lavoro (c.d. lavoratori "in nero"), punita con maxi-sanzione dall'art. 3 del D.L. n. 12/2002, convertito con L. n. 73/2002.²⁵⁴ La seconda è costituita dalle omesse ed infedeli registrazioni sul Libro Unico del Lavoro di dati relativi alle prestazioni lavorative che hanno determinato differenti trattamenti retributivi, previdenziali o fiscali, con scritturazioni diverse rispetto alla quantità della prestazione lavorativa effettivamente resa, punita dall'art. 39, comma 7, del D.L. n. 112/2008, convertito con L. n. 133/2008.²⁵⁵

l'esistenza di prestazioni lavorative, senza la preventiva registrazione, aveva coinvolto esclusivamente due lavoratori (su un totale di 49 dipendenti) e per un periodo di pochi mesi, con una pronta regolarizzazione (ed assunzione dei lavoratori) in epoca anteriore all'ispezione, per una somma totale di retribuzioni erogate pari a euro 6.644, in termini marginali rispetto alla complessiva attività svolta.

²⁵² Sul punto cfr. la Cass., Sez. trib., 3 febbraio 2011, n. 2593.

²⁵³ Come nel caso della violazione costituita dalla mancata consegna del prospetto di paga all'atto del pagamento degli emolumenti, sanzionata dall'art. 5, comma 1, della L. n. 4/1953.

²⁵⁴ Le sanzioni previste dall'art. 3 del D.L. n. 12/2002, conv. con L. 73/2002, sono state aumentate del 20% per effetto dell'art. 1, comma 445, della L. n. 145/2018 (legge di bilancio). Sul punto cfr. la Circ. Ispettorato Nazionale del Lavoro n. 2/2019 del 14 ottobre 2019.

²⁵⁵ La norma precisa che «...la nozione di omessa registrazione si riferisce alle scritture complessivamente omesse e non a ciascun singolo dato di cui manchi la registrazione e la nozione di infedele registrazione si riferisce alle scritturazioni dei dati [...] diverse rispetto alla

Con specifico riferimento all'impiego di manodopera irregolare, è opportuno fornire un'ulteriore precisazione. È certamente vero che questa possa disvelare la sussistenza di una maggiore redditività dell'impresa commerciale rispetto a quanto dichiarato, ma è altrettanto vero che le violazioni in materia di lavoro dalle quali prendere le mosse per addivenire alla rettifica dell'imponibile, che costituiscono il fatto noto, devono essere caratterizzate da una sufficiente gravità. Difatti, la rilevanza degli illeciti in materia di lavoro, in termini tanto quantitativi quanto qualitativi, deve essere tale da permettere di inferire l'effettiva sussistenza di materia imponibile sottratta a tassazione, non potendosi ritenere sufficienti le violazioni isolate, occasionali o del tutto irrilevanti per la breve estensione temporale.²⁵⁶

3. Determinazione del costo sostenuto dall'impresa per l'impiego di lavoratori irregolari

Accertato l'impiego di manodopera irregolare, sembra corretto presumere – alla luce del costante orientamento giurisprudenza di legittimità²⁵⁷ – una maggiore redditività dell'impresa. L'effettiva sussistenza di costi che non trovano riscontro nella contabilità, costituisce, infatti, il sintomo che l'impresa goda di una maggiore redditività rispetto a quella dichiarata, fermo restando che quantomeno la retribuzione corrisposta ai lavoratori irregolari deve intendersi il provento di un'attività evasiva. Da ciò la logica presunzione dell'esistenza di ricavi non contabilizzati.

Il fatto dal quale muovere per la rideterminazione dell'imponibile è dunque il

qualità o quantità della prestazione lavorativa effettivamente resa o alle somme effettivamente erogate».

²⁵⁶ L'occasionale utilizzo irregolare di manodopera, per un arco di tempo limitato, in un complesso aziendale ove è impiegato un elevato numero di dipendenti regolarmente assunti e retribuiti, non sembra, in concreto, sufficientemente grave da consentire di presumere la sussistenza di maggiore redditività dell'impresa commerciale, passibile delle sole sanzioni per le violazioni in materia di lavoro. Sul punto è da condividere l'orientamento interpretativo impresso dalla Cass., Sez. trib., 31 gennaio 2017, n. 2466.

²⁵⁷ Cfr. Cass., Sez. trib., ord., 8 luglio 2020, n. 14291, che chiarisce come «l'utilizzo di lavoratori irregolari costituisce un fatto noto da cui desumere una maggiore redditività dell'impresa e non semplicemente maggiori costi per retribuzioni».

costo della manodopera irregolare. Tuttavia, e questo è un punto nodale, non è sempre agevole procedere all'esatta determinazione del costo di detta manodopera.²⁵⁸

Gli scenari, in concreto, possono sinteticamente ridursi a tre. Una prima ipotesi è che l'Ufficio che ha proceduto ad accertare l'irregolare impiego di manodopera sia pure riuscito ad appurare le mansioni, il periodo di impiego e l'effettiva retribuzione corrisposta. Una seconda ipotesi è che l'accertamento dell'impiego irregolare di manodopera si sia limitato ad individuare le mansioni ed il periodo di lavoro ma non la retribuzione effettivamente corrisposta. Infine, come ultima ipotesi, che l'Ufficio sia riuscito ad acclarare il periodo di lavoro, senza però riuscire ad accertare le mansioni svolte dai lavoratori e la retribuzione a questi corrisposta.

In presenza di un compendio completo – piena cognizione di mansioni, periodo di impiego ed effettiva retribuzione corrisposta – il dato da cui muovere per la rettifica del reddito non può che essere costituito dal costo effettivo per le retribuzioni.²⁵⁹ In tale circostanza, essendo determinato, il costo può essere commisurato agli emolumenti in effetti corrisposti ai lavoratori irregolari in costanza del rapporto.

Di contro, in mancanza di alcuni elementi, il costo per retribuzioni non può che essere desunto.

Nel secondo caso formulato risulta assente l'effettivo esborso per la manodopera irregolare, ma sono invece appurate le mansioni svolte ed il periodo

²⁵⁸ Sulla nozione di costo nel diritto tributario cfr. A. GIOVANNINI, «Costo» e «inerenza» nel diritto tributario, in *Rass. trib.*, 2017, p. 929 ss.; ID., *Il diritto tributario per principi*, Milano, 2014, p. 265; ID., *Principi costituzionali e nozione di costo nelle imposte sui redditi*, in *Rass. trib.*, 2011, p. 612 ss. Sul concetto di costo aziendalistico cfr. R. D'ALESSIO, *I costi: concetti, analisi, classificazioni, raggruppamenti*, in V. ANTONELLI – R. D'ALESSIO (a cura di), *Tecniche di analisi dei costi. Metodi, casi, applicazioni pratiche*, Milano, 2005, p. 19 ss.; D. M. SALVIONI, *Le misure economiche nei processi di governo d'impresa*, in D. M. SALVIONI (a cura di), *Introduzione all'analisi dei costi*, Torino, 2002, p. 22; G. ZAPPA, *Il reddito d'impresa. Scritture doppie, conti e bilanci di aziende commerciali*, Milano, 1937, p. 169 ss.

²⁵⁹ In tale ipotesi, sebbene il CCNL applicato dall'impresa possa prevedere per le mansioni svolte dai lavoratori irregolari una determinata retribuzione, è possibile che il datore di lavoro ne corrisponda una inferiore (e non adeguata alle prestazioni). Ciononostante, al di là delle irregolarità giuslavoristiche, il costo effettivamente sostenuto dall'impresa è costituito dalla retribuzione realmente corrisposta e non da quella che avrebbe dovuto corrispondere in costanza di un rapporto di lavoro regolare.

delle prestazioni lavorative. In siffatta circostanza pare corretto ipotizzare che il costo della retribuzione sia commisurato a quello stabilito dal CCNL applicato dall'impresa per tutto il periodo del rapporto irregolare. In tale caso, dunque, il costo è pari alla retribuzione che il datore avrebbe dovuto corrispondere al lavoratore in presenza di un regolare rapporto di lavoro subordinato.

La mancanza di informazioni in ordine alla retribuzione effettivamente corrisposta e alle mansioni svolte dai lavoratori nell'impresa – la terza ipotesi formulata – rappresenta un caso limite, sebbene non infrequente. In tale situazione le soluzioni più adeguate a determinare il costo della manodopera impiegata irregolarmente sono due. In presenza di un complesso aziendale in cui è impiegata regolarmente una pluralità di dipendenti, può individuarsi la categoria più numerosa e ipotizzare che all'inquadramento di quest'ultima corrisponda anche quello dei lavoratori irregolari di cui si ignorano mansioni e retribuzione. Più corretto sembra, tuttavia, una seconda strada: considerare come base di calcolo il valore del minimale di retribuzione giornaliera, calcolato ai sensi dell'art. 7, comma 1, del D.L. n. 463/1983, convertito dalla L. n. 638/1983, e annualmente determinato dall'INPS.²⁶⁰ Tale scelta, in mancanza di altri elementi che consentano di stabilire la retribuzione realmente corrisposta ai lavoratori, sembra la più equilibrata, poiché, da una parte, fornisce un dato certo e normativamente fissato ai verificatori e, dall'altra, non espone il contribuente alle conseguenze di una possibile sovrastima del costo.

Acclarato l'impiego di manodopera irregolare e determinato il relativo costo, occorre adesso definire come operi la presunzione di maggiore redditività dell'impresa.

²⁶⁰ Cfr. Circ. INPS n. 9/2020 del 29 gennaio 2020, recante «*Determinazione per l'anno 2020 del limite minimo di retribuzione giornaliera ed aggiornamento degli altri valori per il calcolo di tutte le contribuzioni dovute in materia di previdenza ed assistenza sociale per la generalità dei lavoratori dipendenti*», che fissa il minimale giornaliero del 2020 per la generalità dei lavoratori in euro 48,98.

4. Principio logico-giuridico di maggiore redditività per impiego di manodopera irregolare. Tecniche di determinazione dei ricavi non dichiarati

È stato chiarito come l'irregolare impiego di manodopera legittimi l'accertamento analitico-induttivo del reddito d'impresa sull'assunto che dall'esistenza di un costo non contabilizzato è conseguenza logico-giuridica desumere anche maggiori ricavi non dichiarati.²⁶¹ In altri termini, costituisce principio assodato che l'utilizzo di lavoratori irregolari rappresenti un fatto noto da cui desumere una maggiore redditività dell'impresa e non semplicemente maggiori costi per retribuzioni.²⁶²

Fermo restando, dunque, che i costi per le retribuzioni in nero debbano essere riconosciuti all'impresa che effettivamente li abbia sostenuti, è ora necessario chiarire i criteri per determinare i maggiori ricavi.

La possibilità per l'impresa di remunerare "in nero" la manodopera irregolare attesta, infatti, la capacità di questa di generare, altrettanto "in nero", un ammontare di ricavi pari almeno al fabbisogno per il costo non appostato nelle scritture contabili. Ma non solamente. Per l'impresa la spesa per personale è finalizzata ad essere remunerata in termini di conseguimento dei ricavi, non alla pari ma con un coefficiente esponenziale, poiché, diversamente, il mantenimento di una base occupazionale non avrebbe la minima ragione per essere sostenuta nell'ambito di una gestione connotata da economicità.²⁶³

Muovendo da tale assunto, e considerata la correlazione esistente tra i fattori produttivi e la redditività nell'esercizio di un'attività economica, è possibile addivenire a ricostruzioni indirette della base imponibile attraverso

²⁶¹ Secondo E. CATENA, *Il ritrovamento di lavoratori non regolari quale presupposto dell'accertamento e la sufficienza presuntiva delle anomalie nelle percentuali di resa*, in *Riv. giur. trib.*, 2008, p. 352 ss., la presunzione di maggiori ricavi può avvenire entro i limiti dei costi per manodopera irregolare accertati, con la conseguenza che il risultato accertativo netto deve essere pari a zero. Sul punto cfr. Comm. trib. prov. Padova, sez. II, sent., 21 dicembre 2007, n. 126. Tale orientamento, attualmente minoritario, non sembra tuttavia condivisibile, atteso che è priva di fondamento economico l'asserzione secondo cui i ricavi dell'impresa coincidono con i costi per manodopera.

²⁶² Sul punto cfr. Cass., Sez. trib., 7 dicembre 2016, n. 25125.

²⁶³ Così C. NOCERA, *Per la Cassazione la presenza di un lavoratore "in nero" legittima la ricostruzione induttiva*, in *Il Fisco*, 2011, p. 1084.

elaborazioni riferite agli stessi fattori e al riscontro della loro concreta incidenza sull'entità dell'attività economica.

Sul punto assume precipuo rilievo la determinazione dell'apporto di ciascun dipendente regolarmente assunto in termini di ricavi. L'indice di produttività per addetto, tratto dal rapporto tra ricavi e numero di addetti, permette di determinare la capacità produttiva media per lavoratore. Tale valore, perciò, potrebbe essere utilmente applicato per definire la produttività, in termini di ricavi, anche dei lavoratori irregolari. Infatti, applicando il valore dell'indice degli addetti regolari anche ai lavoratori irregolari è possibile determinare i maggiori ricavi dell'impresa.²⁶⁴

Un metodo utilizzabile è dunque costituito dalla possibilità di procedere alla determinazione dei maggiori ricavi dell'impresa calcolando il valore dell'indice di produttività per addetto, che può poi essere moltiplicato per il numero di lavoratori irregolari, al periodo di impiego o al maggiore numero di ore che non trovano riscontro contabile.

L'indice di produttività per addetto, valore tendenziale e da valutare in concreto rispetto alle peculiarità dell'impresa, può quindi rappresentare uno strumento efficace, sebbene passibile di sindacato in contraddittorio col contribuente. In sintesi, l'indice di produttività per addetto, riconosciuti i costi per la retribuzione dei lavoratori irregolari, appare uno strumento dotato di sufficiente capacità persuasiva e attendibilità per la determinazione dei maggiori ricavi dell'impresa.

Alternativamente, facendo buon governo dei principi enunciati dalla Corte di cassazione, è possibile impiegare una proporzione matematica che consente di addivenire ad un risultato che rispecchia l'assunto logico-giudico che ai costi non contabilizzati devono corrispondere proporzionali ricavi non dichiarati. L'assunto non si fonda tanto sulla convinzione che l'impiego irregolare di dipendenti sia la causa dei maggiori introiti, quanto, piuttosto, che ne sia l'effetto: se ad un certo costo dichiarato per i dipendenti corrispondono determinati ricavi dichiarati, allora al costo complessivo dei dipendenti,

²⁶⁴ Cfr. Circ. Guardia di Finanza n. 1/2018 in cui è esplicita la formula dell'indice di produttività per addetto: ricavi al netto dell'IVA / numero di addetti.

compresi quelli irregolari, devono corrispondere ricavi proporzionali (questi ultimi sono l'incognita dell'equazione).²⁶⁵ La soluzione dell'equazione consente di individuare l'incognita (i maggiori ricavi accertati).

È tuttavia opportuno, se non finanche imprescindibile, che il valore risultante dalla proporzione appena illustrata venga vagliato alla luce di altri elementi, tenendo in debito conto le peculiarità del ciclo produttivo, delle caratteristiche delle lavorazioni e quant'altro possa in concreto risultare utile a giungere ad una determinazione quanto più rispondente alla realtà imprenditoriale, evitando meccaniche applicazioni matematiche. In tali ipotesi, inoltre, sembra anche opportuna la possibilità di instaurare un contraddittorio col contribuente.

5. Conclusioni

Qualora nel corso dell'attività istruttoria²⁶⁶ emerga la presenza di gravi violazioni in materia giuslavoristica che determinano l'occultamento di costi per impiego irregolare di manodopera è possibile procedere alla rettifica del reddito d'impresa mediante l'accertamento analitico-induttivo. Determinato dunque il costo non contabilizzato, che in ogni caso va riconosciuto perché inerente,²⁶⁷

²⁶⁵ La Cass., Sez. trib., ord., 19 luglio 2017, n. 17833 include la seguente equazione: «costi dei dipendenti dichiarati: ricavi dichiarati = costo complessivo dei dipendenti (anche irregolari): X (maggiori ricavi accertati)». Se, ad esempio, si assume che i costi dichiarati dall'impresa sono pari ad euro 50.0000 e i ricavi ad euro 100.000 e si accerta un maggiore costo per dipendenti irregolari di euro 20.000, può addivenirsi alla seguente proporzione: 50.000: 100.000 = 70.000: 140.000 (X). I maggiori ricavi dell'impresa sarebbero dunque di euro 40.000 (maggiori ricavi accertati – ricavi dichiarati).

²⁶⁶ Sull'attività istruttoria cfr. M. CAMERINO, *Verifiche fiscali: diritti e garanzie del contribuente*, in *Il Fisco*, 2009, p. 2033 ss.; S. STUFANO, *La tutela del contribuente nelle indagini tributarie*, Milano, 2016, p. 95 ss.; A. VIOTTO, *Il "diritto al rispetto della vita privata e familiare" nell'ambito delle indagini tributarie, nel quadro della giurisprudenza della Corte Europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. trim. dir. trib.*, 2020, p. 153 ss.; ID., *I poteri d'indagine dell'Amministrazione finanziaria nel quadro dei diritti inviolabili di libertà sanciti dalla Costituzione*, Milano, 2002, p. 177 ss.;

²⁶⁷ Sul principio di inerenza nel reddito d'impresa cfr. A. FANTOZZI – F. PAPARELLA, *Lezioni di diritto tributario dell'impresa*, Milano, 2019, p. 170 ss.; G. MELIS, *Lezioni di diritto tributario*, Torino, 2017, p. 585; O. NOCERINO, *Il principio di inerenza nel reddito d'impresa. Dalla teoria generale al diritto positivo*, cit., p. 17; G. TEDESCHI, *Dal reddito d'esercizio al reddito fiscale*, in A. PALMA (a cura di), *Il bilancio di esercizio. Profili aziendali, giuridici e principi contabili*, Milano, 2016, p. 705; A. VICINI RONCHETTI, *La clausola dell'inerenza nel reddito d'impresa*, Milano, 2016, p. 70 ss.; A. VIGNOLI, *La determinazione differenziale della ricchezza ai fini tributari*, Roma, 2013, p. 35; G. ZIZZO, *La determinazione del reddito delle società e degli enti commerciali*, in G. FALSITTA (a cura di),

certo e preciso nel suo ammontare, anche se non previamente iscritto a conto economico,²⁶⁸ è possibile inferire l'esistenza di maggiori ricavi.

La conseguenza logico-giuridica su cui si fonda l'assioma della maggiore redditività dell'impresa – si è osservato – è rappresentata dall'evidenza che l'effetto dei maggiori introiti sia l'impiego di lavoratori dipendenti irregolari. Qualora ciò non fosse vero, infatti, non si spiegherebbe con quali risorse l'impresa potrebbe remunerare tale manodopera non risultante dalla contabilità.

Per dare forza alla proposizione che a costi non contabilizzati corrisponde un coefficiente di redditività esponenziale è tuttavia necessario che la presunzione giuridica si fondi su un fatto presupposto, l'impiego di manodopera irregolare, connotato da gravità, cioè che la violazione – tenuto conto delle dimensioni dell'impresa, del ciclo produttivo e delle peculiarità della realtà imprenditoriale – non risulti isolata, occasionale o del tutto irrilevante e sia perciò adeguata a sostenere la deduzione logica di maggiori ricavi non dichiarati.

In presenza di tutti gli elementi testé illustrati, facendo cioè buon governo dei principi elaborati dalla Corte di cassazione, in definitiva, risulta legittimo determinare i maggiori ricavi utilizzando la tecnica più confacente al caso concreto, fermo restando l'apprezzamento delle caratteristiche proprie del complesso aziendale e della necessità di addivenire ad un risultato quanto più prossimo alla realtà.

Manuale di diritto tributario. Parte speciale: il sistema delle imposte in Italia, Milano, 2016, p. 462 ss.

²⁶⁸ La Cass., Sez. trib., ord., 16 gennaio 2019, n. 899 chiarisce che «...la deduzione dei costi dal reddito, a norma dell'art. 109 t.u.i.r., è consentita solo se essi risultino da elementi certi e precisi...».

L'intervento diretto della Corte di Giustizia Europea sul diritto sostanziale e procedurale interno

di Teodoro Coniglio

ABSTRACT

The paper focuses on the direct effects of the Court of Justice of the European Union (CJEU) on internal substantive and procedural law, also focusing on the "Principle of alternativity of VAT and Registration Tax" and the "Preventive cross-examination"

Key words: *Court of Justice of the European Union (CJEU) – "Principle of alternativity of VAT and Registration Tax" – "Preventive cross-examination"*

SINTESI

L'articolo si sofferma sui profili di intervento diretto della Corte di Giustizia Europea sul diritto sostanziale e procedurale interno, analizzando altresì il "Principio di alternatività IVA/Registro" e l'istituto del contraddittorio endoprocedimentale

Parole chiave: *Corte di Giustizia Europea (CGUE) – Principio di alternatività IVA/Registro – Contraddittorio preventivo*

SOMMARIO: **1.** Introduzione al tema: le pronunce pregiudiziali della Corte di Giustizia Europea (CGUE) – **2.** Il principio di alternatività Iva/Registro – **3.** Il caso "Beaulande" (C-208/91) – **4.** La più recente conferma della linea giurisprudenziale della CGUE: il caso italiano "Palais Kaiserkrön" (C-549/16) – **5.** Il tormentato e mai sopito dibattito intorno al contraddittorio endoprocedimentale: la giurisprudenza comunitaria – **6.** La giurisprudenza nazionale – **7.** La "opposizione critica" della dottrina – **8.** Il recente intervento del Legislatore sull'*invito obbligatorio al contraddittorio*, anch'esso non scevro

da immediate reazioni critiche: dall'iniziale Proposta di legge all'attuale art. 5ter del D.Lgs. n. 218/1997

1. Introduzione al tema: le pronunce pregiudiziali della Corte di Giustizia Europea (CGUE)

Il presente articolo involge un argomento di ineludibile attualità, anzitutto giuridica ma *lato sensu* altresì politica, vale a dire la rilevanza nazionale delle *pronunce pregiudiziali* della Corte di Giustizia Europea (CGUE) – organo giurisdizionale appartenente al novero delle *Istituzioni* dell'Unione Europea (ai sensi e per gli effetti dell'art. 13 del Trattato sull'Unione Europea / TUE)²⁶⁹ – nonché il rapporto che avvince l'attività giurisdizionale della Corte al processo tributario interno e (ineluttabilmente, non da ultimo) allo stesso diritto tributario sostanziale (nonché procedurale).

La CGUE, al pari delle altre Istituzioni, "agisce nei limiti delle attribuzioni che le sono conferite dai trattati, secondo le procedure, condizioni e finalità da essi previste", a mente del succitato disposto normativo che prescrive, altresì, il perseguimento di una **leale cooperazione** fra le Istituzioni medesime.

La locuzione adottata nel TUE testé ricordata (**leale cooperazione**) si mostra invero, sul piano descrittivo, altrettanto preziosa ed efficace nell'ambito del rapporto che si instaura tra giudice nazionale e giudice comunitario²⁷⁰, al cospetto di un *serio e fondato dubbio* intorno alla concreta applicazione di una disposizione europea (vale a dire, nell'ambito di un processo nazionale volto alla soluzione di una fattispecie giustappunto concreta, insuscettibile di essere

²⁶⁹ L'art. 13 del TUE statuisce, anzitutto, quanto segue: "L'Unione dispone di un quadro istituzionale che mira a promuovere i valori, perseguirne gli obiettivi, servire i suoi interessi, quelli dei suoi cittadini e quelli degli Stati membri, garantire la coerenza, l'efficacia e la continuità delle sue politiche e delle sue azioni". Quindi enuncia le istituzioni che compongono l'Unione che, secondo l'ordine espositivo, qui di seguito si ricordano: "- il Parlamento europeo, - il Consiglio europeo, - il Consiglio, - la Commissione europea (in appresso «Commissione»), - la **Corte di Giustizia dell'Unione europea**, la Banca centrale europea, - la Corte dei conti".

²⁷⁰ Non è certamente solo casuale la precisazione racchiusa in seno alle "Raccomandazioni all'attenzione dei giudici nazionali, relative alla presentazione di domande di pronuncia pregiudiziale" (2016/C 439/01), in cui si sottolinea che "**Il procedimento pregiudiziale si basa su una stretta cooperazione tra la Corte e i giudici degli Stati membri**" (punto 2 dell'Introduzione).

compiutamente risolta soltanto alla stregua del paradigma normativo domestico).

L'art. 267 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea (TFUE) affida alla Corte di Giustizia il compito di pronunciarsi, *in via pregiudiziale*, "sull'interpretazione dei trattati" nonché "sulla validità e l'interpretazione degli atti compiuti dalle istituzioni, dagli organi o dagli organismi dell'Unione".

Attenta ed autorevole dottrina, in riferimento al meccanismo procedurale in argomento, ha precisato che *"la pronuncia della Corte risolve un **dubbio reale e pregiudiziale** alla soluzione della lite e, dunque, s'inserisce nel sillogismo che il giudice a quo deve compiere per giungere alla sua decisione, 'condizionandone' l'esito sul piano del modo d'intendere ed applicare la normativa europea"*²⁷¹.

Il giudice nazionale, pertanto, allorché l'esercizio effettivo e compiuto della propria giurisdizione risulti precluso in assenza della previa e opportuna (nonché "definitiva") chiarezza intorno alla portata di una disposizione europea (s'intende ribadire: ovviamente incidente sulla soluzione di una fattispecie concreta, essendo inibito al giudice europeo lo svolgimento di un'attività meramente consultiva) dovrà adire la CGUE affinché eserciti un prezioso *sindacato ermeneutico*.

Siffatto sindacato assume, dunque, carattere accentrato e non già diffuso, strettamente funzionale all'esercizio della fondamentale funzione di *nomofilachia*, tesa a garantire l'*effettività* dell'ordinamento europeo in tutti gli Stati membri dell'Unione.

Ancora sul punto e con maggiore dettaglio, sempre in seno all'art. 267 TFUE, è possibile operare un distinguo fra l'esercizio (per così dire: "generalizzato") di una mera *facoltà* di rinvio pregiudiziale e l'esercizio *obbligatorio* in capo al giudice nazionale *a quo* di ultima istanza. Tale "dicotomia procedurale" è stata mirabilmente scolpita dalla medesima Corte di Giustizia in seno ad una propria pronuncia risalente agli anni Settanta, che consente di cogliere la differenza fra le due *species* di rinvio pregiudiziale (Sentenza Rheinmühlen del 16 gennaio 1974 / Causa 166-73). Giova perciò trascriverne alcuni brani: "Le magistrature

²⁷¹ V. NUCERA, *Sentenze pregiudiziali della Corte di Giustizia e ordinamento tributario interno*, CEDAM, 2010, pag. 3.

nazionali godono quindi della **più ampia facoltà** di adire la Corte se ritengono che, nell'ambito di una controversia dinanzi ad esse pendente, siano sorte questioni, essenziali per la pronuncia nel merito, che implicano un'interpretazione o un apprezzamento sulla validità delle disposizioni del diritto comunitario. Dalle considerazioni che precedono si conclude che una norma di diritto interno che vincola i tribunali non di ultimo grado al rispetto di valutazioni giuridiche emananti da un giudice di grado superiore, non può privare detti giudici della facoltà di chiedere alla Corte di giustizia l'interpretazione pregiudiziale delle norme di diritto comunitario sulle quali vertono le valutazioni giuridiche di cui sopra" (va da sé che la questione deve essere realmente influente sulla causa di merito, valendo sempre l'imperituro brocardo alla stregua del quale "*in claris non fit interpretatio*"²⁷²)²⁷³.

Di qui la logica e coerente conclusione cui è approdata la dottrina, che non ha mancato di ribadire, come poc'anzi evidenziato, l'irrinunciabile indole nomofilattica dell'attività ermeneutica del Supremo Consesso giurisdizionale dell'Unione: "Laddove, invece, l'interpretazione della norma comunitaria sia propedeutica ad una decisione nei confronti della quale non possa proporsi un ricorso giurisdizionale di diritto interno, l'eventuale errore di interpretazione diverrebbe irrimediabile; **da qui la necessità di rimettere obbligatoriamente la questione interpretativa, in via pregiudiziale, alla Corte**: in caso contrario sarebbe infatti vanificato il concetto di giurisprudenza centralizzata **con**

²⁷² Siffatta regola è stata puntualmente ribadita dalla medesima Corte di Giustizia nella sentenza Cilfit del 6 ottobre 1982 (C - 283/81).

²⁷³ Sotto diverso ma complementare profilo di analisi, la controversia che innesca il procedimento pregiudiziale deve restare *effettivamente* pendente. Non a caso, nelle medesime raccomandazioni richiamate in nota 2 si precisa quanto segue: "**Poiché il procedimento pregiudiziale presuppone che una controversia sia effettivamente pendente dinanzi al giudice del rinvio**, spetta a quest'ultimo rendere noto alla Corte qualsiasi incidente processuale che possa influire sul procedimento pregiudiziale dinanzi ad essa pendente e, in particolare, qualsiasi rinuncia agli atti, composizione amichevole della controversia o altro incidente che comporti l'estinzione del procedimento principale. Tale giudice deve inoltre informare la Corte dell'eventuale adozione di una decisione resa nell'ambito di un ricorso proposto contro la decisione di rinvio e delle sue conseguenze sulla domanda di pronuncia pregiudiziale" (punto 24 delle Raccomandazioni *de quibus*).

funzione di interpretazione nomofilattica, in quanto la struttura della Comunità prevede la remissione della decisione ad un Giudice unico comunitario²⁷⁴.

Il rapporto fra giudice nazionale e giudice europeo sfugge pertanto alla regola della pura e semplice subordinazione del primo al secondo, viceversa imprimendo con forza lo stesso ordinamento, fra i due giudici che ci occupano, un rapporto di fattiva *collaborazione*.

Per dirla nuovamente con la dottrina: *"Se, da una parte, la Corte fornisce al giudice nazionale un'interpretazione vincolante del diritto dell'Unione e detiene il monopolio del controllo di legittimità degli atti dell'Unione, dall'altra, essa svolge tali funzioni nel rispetto pieno delle competenze del giudice del processo principale. Ed è solo a quest'ultimo che compete di decidere se sottoporre o meno la questione, istruire il fascicolo e definire i fatti di causa, come pure interpretare e applicare il diritto nazionale nonché il diritto dell'Unione al caso di specie"*²⁷⁵.

L'eminente funzione di nomofilachia si lega, a doppio filo, con la funzione (da taluni definita) "quasi normativa" della giurisprudenza della Corte di Giustizia che, invero, non poggia su una vera e propria *fons iuris*, essendosi viceversa sviluppata e solidificata nel corso degli anni grazie all'indubbia autorevolezza del Consesso giurisdizionale e dei principi da esso affermati e sviscerati in seno al *decisum*²⁷⁶.

²⁷⁴ P. ADONNINO, *Il rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia della Comunità europea*, in *Rassegna Tributaria* n. 5, pag. 1462 e ss.

²⁷⁵ D. DOMENICUCCI, *Il Diritto dell'UE in materia di parità di genere - Il ruolo del giudice nazionale e il procedimento pregiudiziale*, [Seminario per magistrati], pag. 13. Tutto ciò, ovviamente, deve essere coniugato con le precedenti riflessioni sviluppate intorno al rinvio pregiudiziale *obbligatorio*.

²⁷⁶ Sul punto interessante è, ancora una volta, l'approfondimento della dottrina: *"Nel sistema europeo, pur non vigendo una regola di vincolatività del precedente per le pronunce rese dalla Corte di Giustizia UE – potendo, anzi, essa modificare il proprio orientamento in casi successivi –, si è tuttavia nel tempo collegata una forma di particolare autorevolezza dei principi affermati dall'organo giurisdizionale in questione, specialmente nel caso di sentenze rese a seguito di rinvii pregiudiziali, tale da configurare l'esistenza di veri e propri principi non scritti. Ciò accade in particolar modo in conseguenza del fatto che la Corte tende sovente a seguire i propri precedenti, richiamandosi anzi ad essi nella motivazione delle successive pronunce, così avvalorando la tesi della formazione di indirizzi interpretativi quasi vincolanti"* (R. CORDEIRO GUERRA, *Diritto tributario internazionale - Istituzioni*, CEDAM 2016, pag. 211).

Importante corollario di tutto ciò è, poi, il ruolo di *supplenza* non di rado esercitato dalla Corte di Giustizia rispetto alle altre Istituzioni europee, che ha contribuito viepiù a rendere *pregnanti ed effettivi* i principi dell'Unione (s'intende far riferimento, anzitutto, alla *diretta efficacia e supremazia* delle norme dell'Unione rispetto agli ordinamenti statuali o, ancora, alla delicata materia della tutela dei diritti dell'uomo), arginando i limiti (e la macchinosità) dei processi decisionali dell'Unione²⁷⁷.

In tal modo: "(...) *gli interventi giurisprudenziali della Corte di Lussemburgo acquistano valore di precedente, vincolante per lo Stato membro soccombente e, incidendo nel tessuto legislativo interno, assumono efficacia erga omnes. In sostanza, le sentenze della Corte di Giustizia incidono **concretamente** sulla norma di diritto interno in contrasto o incompatibile con la disposizione comunitaria e determinano la 'disapplicazione' della prima e l'applicazione della seconda. L'effetto è, dunque, non di «vuoto» legislativo, ma, più correttamente, di «inerzia» della disposizione interna dichiarata in contrasto con il principio comunitario*"²⁷⁸.

2. Il principio di alternatività Iva/Registro

L'Iva, com'è noto, costituisce l'imposta europea per eccellenza, alla quale l'ordinamento giuridico dell'Unione Europea dedica numerosi e importanti interventi che, ineluttabilmente, condizionano anche il *modus operandi* dei Legislatori nazionali (dunque dello stesso Legislatore italiano).

²⁷⁷ Fermo l'inderogabile e primigenio ruolo di garante dell'interpretazione e applicazione uniforme dei Trattati, "In realtà la Corte è andata ben oltre tale compito: attraverso la sua giurisprudenza 'pretoria' ha avuto modo di precisare il contenuto delle norme comunitarie e di adeguarle alle nuove esigenze (**interpretazione evolutiva**), ma soprattutto è giunta ad elaborare e imporre nuovi principi e regole al di là del testo scritto, dando origine a un diritto giurisprudenziale che ha avuto un peso determinante per l'evoluzione del sistema giuridico dell'Unione europea, **colmando le sue lacune e sancendo la superiorità del diritto dell'Unione sugli ordinamenti giuridici degli Stati membri**" (G. STROZZI e R. MASTROIANNI, *Diritto dell'Unione Europea - Parte Istituzionale*, Settima Edizione - Giappichelli Editore, pag. 151).

²⁷⁸ P. CENTORE, *Le norme di diritto comunitario*, in *Corriere Tributario* n. 4 del 2001, pag. 290 e ss. L'Autore richiama alcune importanti pronunce della Consulta sul tema: Corte Cost., sent. n. 113/1985 e *Id.*, sent. n. 389/1989.

Di qui a breve ci si soffermerà su un tema assai delicato, affascinante sul piano dell'esegesi giuridica nell'ambito della imposizione indiretta domestica, interessante giustappunto l'Iva nonché l'imposta di registro, spesso fonte di contenzioso.

S'intende far riferimento al principio di alternatività IVA/Registro che permea il TUR (Testo Unico dell'imposta di Registro approvato con DPR 26 aprile 1986 n. 131), attraverso la previsione dell'applicazione in misura fissa (per così dire: "ordinaria"²⁷⁹) dell'imposta di registro tutte le volte in cui l'atto oggetto di registrazione involga operazioni soggette all'imposta sul valore aggiunto (dunque attratte in ambito IVA, per l'effetto annoverandosi in esso non soltanto le operazioni *imponibili* ma anche quelle *non imponibili* ed *esenti*, dovendosi viceversa espungere soltanto quelle *escluse*, vale a dire fuori ambito IVA *tout court*)²⁸⁰.

La regola è enunciata in seno all'art. 40 TUR che, come sovente accade (non senza inevitabili ricadute sull'intelligibilità della disposizione medesima), fissa un principio giuridico di agevole lettura tuttavia seguito da immediate e circostanziate deroghe che rischiano di offuscare l'intrinseca *ratio* della norma medesima²⁸¹.

²⁷⁹ Per scrupolo di esaustiva rappresentazione, è opportuno precisare che il principio *de quo* assume, ad oggi, portata generale ma non assoluta in seno al TUR. In proposito si ricorda che soltanto con sentenza della Corte Costituzionale n. 177 del 5 luglio 2017 (depositata il 13.07.17) si è estesa la regola in parola alla tassazione delle *pronunce che definiscono i giudizi di opposizione allo stato passivo del fallimento con l'accertamento di crediti derivanti da operazioni soggette all'imposta sul valore aggiunto* (intervenendo sull'art. 8, primo comma, lett. c, della Tariffa - Parte Prima del TUR).

²⁸⁰ Come noto, è possibile individuare tre *species* di operazioni sussumibili in ambito IVA sulla base del possesso dei tre presupposti fondamentali dell'imposta, costituiti dal requisito *oggettivo* (le operazioni devono consistere in *cessioni di beni* ovvero *prestazioni di servizi*), da quello *soggettivo* (l'operazione deve essere realizzata nell'esercizio dell'impresa, arte o professione) e, infine, quello *territoriale* (alla stregua delle rigorose e stratificate regole racchiuse in seno agli artt. 7 e ss. del Decreto IVA). Pertanto le operazioni *imponibili* godono di tutti e tre i presupposti summenzionati; quelle *non imponibili* difettano di uno o più requisiti (ad esempio le cessioni all'esportazione); le operazioni *esenti*, benché caratterizzate dal possesso di tutti e tre i presupposti, per ragioni di carattere "politico-sociale" si collocano fuori dal campo di applicazione *sostanziale* dell'IVA, tuttavia soggiacendo a determinati adempimenti di carattere formale (fatturazione, registrazione etc.). Infine le operazioni *escluse* sono, per espressa volontà legislativa, considerate del tutto *irrilevanti* sul piano di applicazione dell'IVA (sia sotto il profilo *sostanziale* sia *formale*).

²⁸¹ Con maggiore dettaglio l'art. 40 TUR, sempre ai fini dell'operatività del principio di alternatività che qui ci occupa, considera soggette all'imposta sul valore aggiunto **anche** le cessioni e le

Ebbene – e qui veniamo al cuore della controversa questione intorno alla quale il Giudice europeo, in riferimento all'imposta di registro francese (*omologa* alla nostra), è intervenuto in termini chiari e perentori – sempre l'art. 40 del TUR, al comma 1-*bis*, individua un'altra deroga alla regola generale anzidetta, sottoponendo ad imposizione **proporzionale** di registro le locazioni di immobili strumentali **ancorché assoggettate all'imposta sul valore aggiunto**²⁸².

Sotto il profilo genetico, la deroga che qui interessa è stata introdotta dal c.d. "Decreto Bersani", vale a dire dall'art. 35, comma 10, lett. b, del D.L. n. 223/2006.

Si tratta dunque, superfluo sottolinearlo, di una disposizione del TUR ad oggi senz'altro valida ed efficace, la cui piena legittimità tuttavia è stata in plurime occasioni revocata in dubbio dal Contribuente, sul presupposto dell'asserito e paventato contrasto con l'ordinamento europeo e, in particolare, rispetto al contenuto della **VI Direttiva IVA "di rifusione" (Direttiva del Consiglio 28/11/2006 - n. 2006/112/CE)**, che all'**art. 401**²⁸³ vieta agli Stati membri di introdurre tributi che abbiano i medesimi tratti fisionomici dell'imposta sul valore aggiunto.

A dispetto però delle censure tecnico-giuridiche rivolte nei confronti del Legislatore nazionale, non è possibile ravvisare nel Testo Unico dell'imposta di Registro un'indebita duplicazione dell'IVA.

In medias res, alla stregua del succitato art. 401 della VI Direttiva in materia di IVA (di contenuto pressoché identico al precedente **art. 33 della Direttiva n. 77/388/CEE**), s'intende vietare la soggezione del medesimo presupposto

prestazioni per le quali l'imposta **non** è dovuta a norma dell'art. 7 del Decreto IVA (DPR n. 633/1972) e quelle di cui al sesto comma del successivo art. 21, **ad eccezione (dunque torna in pristino la regola generale)** delle operazioni esenti ai sensi dell'art. 10, nn. 8), 8-bis) e 27-quinquies del Decreto IVA **nonché** delle operazioni esenti ai sensi dell'art. 6 della L. 13 maggio 1999, n. 133, e dell'art. 10, secondo comma, del medesimo Decreto IVA.

²⁸² La disposizione in parola rinvia, più precisamente, all'art. 10, primo comma, n. 8, del Decreto IVA, giustappunto dedicato alle operazioni *esenti*.

²⁸³ L'art. 401 della VI Direttiva dispone quanto segue: "Ferme restando le altre disposizioni comunitarie, le disposizioni della presente direttiva non vietano ad uno Stato membro di mantenere o introdurre imposte sui contratti di assicurazione, imposte sui giochi e sulle scommesse, accise, **imposte di registro** e qualsiasi imposta, diritto o tassa **che non abbia il carattere di imposta sul volume d'affari, sempreché tale imposta, diritto o tassa non dia luogo, negli scambi fra Stati membri, a formalità connesse con il passaggio di una frontiera**".

impositivo, già sottoposto ad IVA, ad un altro tributo che (al di là della denominazione impiegata dal Legislatore nazionale) presenti le medesime caratteristiche essenziali dell'IVA.

Si vuole, in altri termini, scongiurare un'indebita duplicazione d'imposta ovvero, nel caso di specie, un'indebita duplicazione dell'IVA (fermo restando che, come già precisato, il principio di alternatività IVA/Registro, per così dire "ancillare" a siffatta premessa, involge in linea generale tutte le operazioni attratte in ambito IVA, al di là del fatto che l'ordinamento stabilisca, o meno, l'effettivo *versamento* d'imposta).

La soluzione del caso prospettato presuppone lo svolgimento di una indagine puntuale, orientata a svelare se nel caso *de quo* l'imposta di registro, in concreto ed effettivamente, costituisca o meno un reale "doppione" dell'IVA, in spregio al monito comunitario.

3. Il caso "Beaulande"

La risposta al suddetto quesito è stata, invero, già rassegnata dalla **Corte di Giustizia Europea nel caso Beaulande (sentenza del 16 dicembre 1992 / procedimento C-208/91)**, afferente la legittimità dell'imposta di registro applicata in Francia sugli acquisti di beni immobili assoggettati ad IVA (nel caso di specie si trattava, con maggiore precisione, di compravendita di aree edificabili).

Il Giudice unionale ha correttamente affrontato il cuore della controversa questione, indagando intorno alla possibilità di giustapporre o meno l'imposta di registro francese (i cui tratti fisionomici risultano non dissimili rispetto a quella italiana) all'Iva.

Il *decisum* del Giudice europeo risulta perfettamente coerente con le Conclusioni rassegnate dall'Avvocato Generale Marco Darmon (come d'altronde si osserva nella maggior parte dei casi, ove si assiste alla condivisione piena da parte del Consesso giurisdizionale degli esiti dell'attività ermeneutica esercitata dall'Avvocato Generale).

Le Conclusioni, dopo aver ricordato l'obiettivo ultimo ed ineludibile degli

interventi delle Istituzioni europee in ambito IVA²⁸⁴, risultano a loro volta legate a doppio filo con precedenti interventi della medesima Corte di Giustizia che hanno avuto il merito di fissare, con forza ed in modo nitido, il criterio che deve impiegare l'*operatore del diritto* per stabilire se ci si trovi al cospetto di un prelievo indiretto che, *in modo concreto ed effettivo*, costituisca un "doppione" dell'imposta sul valore aggiunto.

Con ordine:

- **essa deve costituire un'imposta generale** (circa l'imposta di registro francese, di contro, si è osservato che essa riguarda **solo** la *modifica dell'appartenenza giuridica dei beni immobili e non tutte le operazioni economiche*)²⁸⁵;
- **essa viene riscossa in tutte le fasi della produzione e della distribuzione** (sul punto si è osservato che *le imposte sui trasferimenti sono rimosse unicamente quando l'immobile entra nel patrimonio del consumatore finale, mentre le operazioni di produzione e di distribuzione rientrano nel regime dell'IVA sugli immobili*)²⁸⁶;
- **essa si basa sul valore aggiunto nella fase di ciascuna operazione** (*la riscossione delle imposte sui trasferimenti non tiene conto però del valore aggiunto, ma si basa su tutto il valore in capitale del bene*)²⁸⁷.

L'attenta attività istruttoria dell'Avvocato Generale ha quindi trovato il pieno avallo da parte della Corte di Giustizia con la succitata pronuncia, che ha contrapposto alla *generalità* del prelievo fiscale a titolo di IVA – che indistintamente (al di là di puntuali e circostanziate deroghe, *ex ante* individuate dal Legislatore) involge le transazioni aventi ad oggetto trasferimento di beni o prestazioni di servizi – la *specialità* dell'imposta di registro (viceversa interessante cessioni a titolo oneroso di beni immobili, contraddistinte da specifiche formalità).

²⁸⁴ "Occorre risalire alla prima direttiva del Consiglio 11 aprile 1967 (in prosieguo: la «prima direttiva») per comprendere l'obiettivo generale ed operativo che ha portato ad elaborare un **sistema armonizzato di imposte, il cui scopo è quello di creare un sistema neutrale per la concorrenza**" (paragrafo 17 delle Conclusioni).

²⁸⁵ Paragrafo 40 delle Conclusioni.

²⁸⁶ Paragrafo 41 delle Conclusioni.

²⁸⁷ Paragrafo 42 delle Conclusioni.

Inoltre i meccanismi della *detrazione* e della *rivalsa*, precipui del regime IVA, sono estranei alla disciplina positiva dell'imposta di registro²⁸⁸.

Concludendo sul punto, forse non è superfluo ricordare che le decisioni della Corte di Giustizia Europea non sono espressione di mera interpretazione della normativa di riferimento, benché dotata di sicura autorevolezza, costituendo invero statuizioni contraddistinte dal medesimo *rango*, *ruolo* ed *efficacia* della fonte giuridica oggetto d'interpretazione, nel caso di specie costituita dalla medesima Direttiva IVA.

4. La più recente conferma della linea giurisprudenziale della CGUE: il caso italiano "Palais Kaiserchron" (C-549/16)

La Corte di Giustizia Europea in tempi più recenti è tornata sull'argomento, mantenendo la medesima linea già tracciata nel precedente caso Beaulande, sul rinvio del Giudice tributario italiano (la Commissione Tributaria di Secondo Grado di Bolzano), adottando apposita ordinanza ai sensi e per gli effetti dell'art. 99 del Regolamento di procedura che ne consente l'adozione (in luogo della

²⁸⁸ Giova trascrivere alcuni interessanti brani della pronuncia in commento: "Per quanto attiene a tali caratteristiche, occorre anzitutto ricordare che, come la Corte ha già più volte precisato (... ..), **l'IVA si applica in modo generale alle operazioni aventi ad oggetto beni o servizi, è proporzionale al prezzo di detti beni e servizi, viene riscossa in ciascuna fase del procedimento di produzione e di distribuzione e, infine, si applica sul valore aggiunto dei beni e dei servizi, in quanto l'imposta dovuta in occasione di un'operazione viene calcolata previa detrazione di quella che è stata versata all'atto della precedente operazione. Si deve poi constatare che una tassa come quella considerata dal giudice nazionale non presenta le summenzionate caratteristiche essenziali dell'IVA.** Infatti, in primo luogo, le imposte di registro, quali quelle descritte dal giudice nazionale, non costituiscono un'imposta generale poiché esse riguardano solo beni immobili, ceduti a titolo oneroso, il cui trasferimento comporta varie formalità. **Tali imposte non sono quindi intese a gravare su tutte le operazioni economiche nello Stato membro considerato.** In secondo luogo, **non si tratta di un procedimento di produzione e di distribuzione poiché le imposte di registro sono riscosse unicamente quando il bene immobile entra nel patrimonio del consumatore finale.** Inoltre, **esse non possono essere detratte da imposte aventi stessa natura, versate in occasione di trasferimenti immobiliari successivi.** Infine, **la riscossione di siffatte imposte non tiene conto del valore aggiunto, ma si basa su tutto il valore del bene.** Di conseguenza, la questione sollevata dal Tribunal de grande instance di Nantes dev'essere risolta come segue: l'art. 33 della sesta direttiva dev'essere interpretato nel senso che esso non osta all'introduzione o al mantenimento in vigore di un'imposta nazionale avente le caratteristiche delle imposte di registro riscosse sull'acquisto di terreni edificabili, in caso di inosservanza dell'impegno di edificare entro il termine fissato dalla normativa nazionale applicabile".

sentenza) nelle ipotesi in cui la questione pregiudiziale possa essere chiaramente desunta dalla giurisprudenza.

Il Giudice europeo ha efficacemente ribadito quanto già statuito, in seno al precedente riguardante il sistema positivo francese, vale a dire che l'imposizione proporzionale al *registro* sui contratti di locazione di beni strumentali **non viola** il divieto posto dalla Direttiva IVA (in seno all'art. 401) di istituire prelievi tributari che si giustappongano (con indebiti effetti di duplicazione) all'imposta sul valore aggiunto già prevista per determinate operazioni economiche²⁸⁹.

Il *decisum* del Giudice europeo è stato, ovviamente, positivamente "registrato" dall'Agenzia delle Entrate. In seno alla rispettiva Rivista telematica²⁹⁰, si è infatti posto l'accento su un altro precedente (richiamato dalla stessa decisione del caso "Palais Kaiserkron") interessante, questa volta, il Fisco ungherese, anch'esso risolto in senso favorevole alla permanenza di un prelievo tributario **non** giustapponibile *sic et simpliciter* all'imposta sul valore aggiunto.

Si è pertanto al cospetto di un orientamento granitico, ad oggi difficilmente revocabile in dubbio²⁹¹.

²⁸⁹ *In medias res*: "L'art. 401 della direttiva 2006/112/CE del Consiglio, del 28 novembre 2006, relativa al sistema d'imposta sul valore aggiunto, dev'essere interpretato nel senso che esso **non** osta ad un'imposta di registro proporzionale che colpisce i contratti di locazione di beni strumentali, quale quella prevista dalla normativa nazionale di cui al procedimento principale, anche quando detti contratti siano parimenti soggetti all'imposta sul valore aggiunto" (CGUE, Ordinanza del 12 ottobre 2017 / Causa C-549/16).

²⁹⁰ S'intende far riferimento all'articolo intitolato *Corte UE: immobili strumentali Registro e Iva possono convivere*, redatto da N. MASIELLO e L. BERTI, pubblicato su *FiscoOggi* del 15 novembre 2017. Con maggiore dettaglio: "La Corte di giustizia, richiamando giurisprudenza comunitaria consolidata, ha in primo luogo ricordato che l'articolo 401 della direttiva Iva consente il mantenimento o l'istituzione, da parte di uno Stato membro, di imposte, diritti e tasse gravanti sulle forniture di beni, sulle prestazioni di servizi o sulle importazioni solo se non hanno natura di imposte sul volume d'affari (per tutte, la sentenza dell'11 ottobre 2007, C-283/06 e C-312/06). **Per valutare, quindi, se un'imposta, un diritto o una tassa abbiano la natura di imposta sul volume d'affari occorre, in particolare, verificare se essi abbiano l'effetto di danneggiare il funzionamento del sistema comune dell'Iva, gravando sulla circolazione dei beni e dei servizi colpendo le operazioni commerciali in modo analogo all'Iva**".

²⁹¹ Giova evidenziare che l'Ordinanza *de qua*, in seno alla sua parte motiva, fugge altresì ogni dubbio sulla corretta "sovrapponibilità" del primo caso Beaulande a quello italiano: "Peraltro, nei limiti in cui Palais Kaiserkron, nelle sue osservazioni scritte, cerca di distinguere l'imposta di registro di cui trattasi da quella oggetto della causa che ha dato origine alla sentenza del 16 dicembre 1992, Beaulande (C-208/91, EU:C:1992:524), osservando che quest'ultima imposta si applicava unicamente alle operazioni in cui è presente un consumatore finale, è sufficiente rilevare che la qualità della parte contraente e, pertanto, il fatto che l'imposizione abbia o meno

5. Il tormentato e mai sopito dibattito intorno al contraddittorio endoprocedimentale: la giurisprudenza comunitaria

Altro tema d'indagine certamente meritevole di attenzione e approfondimento, per gli ineludibili e concreti riflessi applicativi (anch'essi forieri di nutrito contenzioso), è costituito dall'adozione del *contraddittorio preventivo* nell'ambito del procedimento tributario che, nel corso degli anni, ha risentito di plurimi contributi del Giudice europeo intesi a fissarne l'assoluta centralità all'interno del dialogo che si instaura fra Amministrazione Finanziaria e Contribuente.

Tuttavia, con particolare riferimento all'esperienza italiana, parte della dottrina ha osservato che l'analisi della Corte di Giustizia Europea trasfusa in alcune "storiche" pronunce (si allude, in particolare, alle sentenze Sopropè e Kamino) è stata "ridimensionata" dalla Suprema Corte di Cassazione, che ne avrebbe ristretto il perimetro applicativo nonché la medesima portata (potenzialmente) dirompente.

Tutto ciò sarà oggetto di disamina critica di qui a breve. Ma procediamo con ordine.

L'esercizio della potestà di accertamento da parte dell'Amministrazione Finanziaria poggia, come noto, su un complesso di disposizioni normative (talvolta disomogeneo e farraginoso) che delinea, anzitutto, le fattispecie imponibili nonché le regole della liquidazione d'imposta. L'inottemperanza agli obblighi di versamento del *quantum* dovuto, da parte del Contribuente, impone all'Amministrazione di reagire, ovviamente *secondo legge*.

Alla necessaria assenza di qualsivoglia profilo di arbitrarietà nella individuazione del carico tributario dovuto dal Contribuente – anzitutto legato a scelte di politica legislativa necessariamente sciolte e distinte dall'*agere* della Pubblica Amministrazione – deve corrispondere l'altrettanto doverosa osservanza da parte dell'Amministrazione Finanziaria di regole e garanzie

luogo in una sola fase di una catena di operazioni sono elementi privi di rilevanza (v. in tal senso, in relazione ad una simile imposta tedesca sui trasferimenti immobiliari, ordinanza del 27 novembre 2008, Vollkommer, C-156/08, non pubblicata, EU:C:2008:663, punto 34)".

(talvolta in chiave *partecipativa*, altre volte in chiave prettamente *difensiva*) in favore del Contribuente medesimo.

In questo preciso contesto – intriso di regole e limiti all'azione pubblica nonché di garanzie in favore del Contribuente – si colloca giustappunto il tema del contraddittorio preventivo, che si estrinseca nella possibilità del Contribuente di non rimanere all'oscuro degli esiti dell'attività di accertamento promossa nei suoi confronti dall'Amministrazione sino a quando essa non culmini nell'adozione di un atto dotato di autoritarietà, che si manifesti all'esterno (in via esemplificativa: l'avviso di accertamento).

Oggetto della nostra analisi è, dunque, un profilo procedimentale che inerisce anzitutto al procedimento amministrativo, del quale il procedimento tributario costituisce una *species*, tuttavia dotata di peculiarità proprie ed ineliminabili.

Non a caso, muovendo dalle fonti del diritto interno, la Legge fondamentale sul procedimento amministrativo (L. 7 agosto 1990, n. 241), all'art. 13, stabilisce a chiare lettere che le norme sulla partecipazione al procedimento amministrativo **non** si applicano al procedimento tributario, per il quale restano ferme le **particolari** norme regolatrici.

Fermo ciò, lo Statuto del Contribuente (approvato con Legge 27 luglio 2000, n. 212) espressamente circoscrive la possibilità del Contribuente di dialogare in funzione *preventiva*, prima dell'emissione dell'avviso di accertamento, **soltanto** in relazione agli accertamenti *in loco* che si chiudano con apposito Processo Verbale di Constatazione. L'art. 12, settimo comma, dello Statuto, infatti, permette al Contribuente di comunicare entro sessanta giorni dal suo rilascio osservazioni e richieste, in modo da consentire all'Ufficio accertatore di meditare con maggior cognizione di causa sui contenuti del provvedimento impositivo finale.

Giova precisare che la Consulta ha dichiarato manifestamente inammissibile la questione di legittimità costituzionale dell'anzidetta disposizione statutaria, rispetto al puntuale (nonché circoscritto) perimetro fissato dal Legislatore (Ordinanza n. 187 del 13 luglio 2017).

Ciò premesso, il diritto dell'Unione ha cercato di *espandere* il perimetro testé descritto, anche grazie a preziosi interventi della Corte di Giustizia Europea, nel senso di affermare con forza la *normalità* (e non già l'*eccezionalità*) di siffatta garanzia procedimentale muovendo, sul piano delle fonti sovranazionali, dall'art. 41 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea che statuisce il Diritto ad una buona amministrazione²⁹².

Su tali basi la Corte di Giustizia Europea ha affermato che le prerogative di partecipazione al procedimento tributario, considerate una puntuale declinazione del diritto di difesa, devono essere garantite dagli Stati membri in modo non già formalistico ma sostanziale, dunque *effettivo, anche in assenza di una disposizione comunitaria ad hoc*²⁹³.

La sentenza Sopropè, riassunta *in nota* nel suo contenuto decisorio più dirompente, afferma in modo chiaro e perentorio la centralità del *confronto dialettico* fra Amministrazione e Contribuente al fine di scongiurare l'adozione

²⁹² Giova trascrivere il contenuto maggiormente saliente, per quanto qui rileva, del disposto normativo in parola: "Ogni individuo ha diritto a che le questioni che lo riguardano siano trattate in modo imparziale, equo ed entro un termine ragionevole dalle istituzioni e dagli organi dell'Unione. 2. Tale diritto comprende in particolare: **il diritto di ogni individuo di essere ascoltato prima che nei suoi confronti venga adottato un provvedimento individuale che gli rechi pregiudizio**; il diritto di ogni individuo di accedere al fascicolo che lo riguarda, nel rispetto dei legittimi interessi della riservatezza e del segreto professionale; l'obbligo per l'amministrazione di motivare le proprie decisioni".

²⁹³ *In medias res*: "Orbene, **il rispetto dei diritti della difesa** costituisce un principio generale del diritto comunitario che trova applicazione ogniqualvolta l'amministrazione si proponga di adottare nei confronti di un soggetto un atto ad esso lesivo. In forza di tale principio **i destinatari di decisioni che incidono sensibilmente sui loro interessi devono essere messi in condizione di manifestare utilmente il loro punto di vista in merito agli elementi sui quali l'amministrazione intende fondare la sua decisione. A tal fine essi devono beneficiare di un termine sufficiente** (v., in particolare, sentenze citate Commissione/Lisrestal e a., punto 21, e Mediocurso/Commissione, punto 36). Tale obbligo incombe sulle amministrazioni degli Stati membri ogniqualvolta esse adottano decisioni che rientrano nella sfera d'applicazione del diritto comunitario, **quand'anche la normativa comunitaria applicabile non preveda espressamente siffatta formalità**. Trattandosi dell'attuazione del principio in parola e, più in particolare, dei termini per esercitare i diritti della difesa, si deve precisare che, qualora non siano fissati dal diritto comunitario, come nella causa principale, essi rientrano nella sfera del diritto nazionale purché, da un lato, siano dello stesso genere di quelli di cui beneficiano i singoli o le imprese in situazioni di diritto nazionale comparabili, e, dall'altro, non rendano praticamente impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti della difesa conferiti dall'ordinamento giuridico comunitario" (Sentenza Sopropè, Corte di Giustizia 18 dicembre 2008, causa C-349/2007).

di provvedimenti autoritativi che siano frutto di valutazioni esclusivamente unilaterali.

Sulla medesima scia si colloca la più recente pronuncia della Corte di Giustizia, resa anch'essa sempre nel settore armonizzato dei dazi doganali, che ribadisce viepiù tali principi, precisando che il singolo Contribuente, che si senta direttamente inciso dall'*agere* amministrativo contrario a siffatto paradigma normativo, può senz'altro adire direttamente il Giudice nazionale per reclamare l'effettiva tutela della rispettiva posizione giuridica lesa (si allude, ovviamente, alla sentenza Kamino: Corte di Giustizia 3 luglio 2014, causa C-129/13)²⁹⁴.

§

6. La giurisprudenza nazionale

L'espressione parentetica contenuta nella sentenza Kamino (vale a dire: " ... **soltanto se, in mancanza di tale irregolarità, tale procedimento avrebbe potuto comportare un risultato diverso**") spiega probabilmente le ragioni del "depotenziamento" da parte del Giudice nazionale di legittimità della portata "rivoluzionaria" e "assoluta" del principio del contraddittorio preventivo, astrattamente inteso (**tuttavia** non sempre "in concreto") quale inderogabile presupposto di legittimità dall'azione provvedimento dell'Amministrazione Finanziaria²⁹⁵.

²⁹⁴ Anche in questo caso giova ricordare a noi stessi le conclusioni più significative rassegnate dal Giudice europeo: "Le condizioni in cui deve essere garantito il rispetto dei diritti della difesa e le conseguenze della violazione di tali diritti rientrano nella sfera del diritto nazionale, **purché** i provvedimenti adottati in tal senso siano dello stesso genere di quelli di cui beneficiano i singoli in situazioni di diritto nazionale comparabili (**principio di equivalenza**) e non rendano in pratica impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti dall'ordinamento giuridico dell'Unione (**principio di effettività**)". E ancora: "Il giudice nazionale, avendo l'obbligo di garantire la piena efficacia del diritto dell'Unione, può, nel valutare le conseguenze di una violazione dei diritti della difesa, in particolare del diritto di essere sentiti, tenere conto della circostanza che una siffatta violazione determina l'annullamento della decisione adottata al termine del procedimento amministrativo di cui trattasi **soltanto se, in mancanza di tale irregolarità, tale procedimento avrebbe potuto comportare un risultato diverso**".

²⁹⁵ Sul punto è interessante la riflessione di A. Russo intorno al contenuto della sentenza di Cassazione n. 992 del 21 gennaio 2015 (ripresa dalle medesime Sezioni Unite): "*La decisione - in linea con analogo espressione del giudice amministrativo che impone al ricorrente la dimostrazione dell'incisività del vizio sul risultato - finisce con lo svilire la possibilità di impugnazione dell'atto con l'unica motivazione della violazione procedimentale del contraddittorio e il descritto responso appare coerente con quanto manifestato, sotto diversa luce, dalla Suprema Corte che - richiamando incidentalmente il punto del 'risultato diverso' - rappresentava come una sorta di automatismo invalidante finisca con il discostarsi dai superiori*

La Suprema Corte di Cassazione, infatti, ha stemperato la portata (potenzialmente) "rivoluzionaria" dei principi elaborati dalla Corte di Giustizia Europea (in forza però, s'intende ribadire, delle precisazioni racchiuse nella stessa sentenza Kamino), statuendo che il principio del contraddittorio endoprocedimentale, ad oggi, non assurge a principio immanente e paradigmatico in seno al procedimento tributario, dovendosi semmai operare un necessario distinguo fra *tributi armonizzati* e *tributi non armonizzati*.

Di particolare interesse le conclusioni cristallizzate in seno alla sentenza pronunciata a Sezioni Unite (Cass., SS.UU., sent. n. 24823 del 9 dicembre 2015), che a chiare lettere escludono la presenza, in seno al nostro ordinamento positivo, di un generalizzato obbligo di contraddittorio preventivo a presidio delle garanzie riconosciute al Contribuente (dunque della medesima validità dell'attività provvedimentale dell'Amministrazione Finanziaria²⁹⁶).

Pertanto: in assenza di una norma imperativa *ad hoc* che ne prescriva il puntuale svolgimento, l'omissione del contraddittorio preventivo **non** può mai cagionare, *ipso facto*, la nullità del provvedimento finale.

principi di diritto quando trascura (ad esempio) il rilievo che l'atto impositivo si fonda sulla documentazione offerta dal contribuente stesso in risposta al questionario e quando è rispettato il termine di sessanta giorni per la formulazione di osservazioni al p.v.c. da parte del contribuente" (Difetto di contraddittorio obbligatorio preventivo invocabile soltanto allegando il "risultato diverso", in Il Fisco n. 30 del 2015).

²⁹⁶ Le Sezioni Unite hanno così statuito: "Alla stregua delle considerazioni che precedono, può affermarsi il seguente principio di diritto: **"Differentemente dal diritto dell'Unione Europea, il diritto nazionale, allo stato della legislazione, non pone in capo all'Amministrazione fiscale che si accinga ad adottare un provvedimento lesivo dei diritti del contribuente, in assenza di specifica prescrizione, un generalizzato obbligo di contraddittorio endoprocedimentale, comportante, in caso di violazione, l'invalidità dell'atto.** Ne consegue che, in tema di tributi "non armonizzati", l'obbligo dell'Amministrazione di attivare il contraddittorio endoprocedimentale, pena l'invalidità dell'atto, sussiste **esclusivamente** in relazione alle ipotesi, per le quali siffatto obbligo risulti specificamente sancito; mentre in tema di tributi "armonizzati", avendo luogo la diretta applicazione del diritto dell'Unione, la violazione dell'obbligo del contraddittorio endoprocedimentale da parte dell'Amministrazione comporta in ogni caso, anche in campo tributario, l'invalidità dell'atto, **purché, in giudizio, il contribuente assolva l'onere di enunciare in concreto le ragioni che avrebbe potuto far valere, qualora il contraddittorio fosse stato tempestivamente attivato, e che l'opposizione di dette ragioni (valutate con riferimento al momento del mancato contraddittorio), si riveli non puramente pretestuosa e tale da configurare, in relazione al canone generale di correttezza e buona fede ed al principio di lealtà processuale, sviamento dello strumento difensivo rispetto alla finalità di corretta tutela dell'interesse sostanziale, per le quali è stato predisposto"**".

Il Giudice di legittimità, infatti, separa concettualmente i *tributi armonizzati* dai *tributi non armonizzati*:

- in relazione ai primi (fra i quali si annoverano anzitutto l'IVA, le *accise* e le *imposte sui conferimenti*) affigge in capo al Contribuente il preciso onere di dimostrare che l'omessa partecipazione abbia (in concreto²⁹⁷) conculcato le prerogative di difesa²⁹⁸;
- in relazione ai secondi, viceversa, il contraddittorio preventivo non trova spazio (salvo, ovviamente, che il Legislatore ne abbia espressamente *ex ante* stabilito il suo impiego in seno al procedimento amministrativo/tributario).

A conclusioni non dissimili perviene il Giudice di legittimità, con logica e doverosa coerenza, con una successiva Ordinanza n. 10903 del 26 maggio 2016, nella quale si circoscrive il perimetro di operatività del preventivo confronto dialettico fra l'Amministrazione e il Contribuente alle ipotesi tassativamente previste dal Legislatore²⁹⁹.

²⁹⁷ M. TORTORELLI osserva che *"l'opzione interpretativa secondo cui il contribuente sarebbe esonerato dalla prova del danno subito a causa della sua mancata partecipazione all'istruttoria amministrativa parrebbe porsi in conflitto con il principio di proporzionalità tra la sanzione comminata e l'offesa ricevuta, dovendo sempre sussistere una logica connessione tra esse"* (Contrasti di nomofilachia eurounitaria e nazionale in tema di contraddittorio preventivo, in *Il Fisco* n. 1 del 2016). Sul punto l'Autore altresì sottolinea, richiamando autorevole giurisprudenza della Consulta, che *"Il principio di proporzionalità costituisce un principio generale del diritto europeo, di rango primario per la sua equiparazione alle disposizioni dei Trattati e per la conseguente appartenenza alle fonti del diritto. La Corte cost. ha affermato che esso trova fondamento nell'art. 27, comma 3, Cost e che costituisce un patrimonio della cultura giuridica europea perché la Corte di Giustizia della Comunità Europea lo ha accolto in tutta la sua ampiezza (Corte cost., 2 luglio 1990, n. 313)"*.

²⁹⁸ A. LOVISOLO, sempre intorno alla "utilità" del contraddittorio: *"Al riguardo, (a mio avviso correttamente) secondo la annotata sentenza delle sezioni unite –sulla scorta dei principi già elaborati dalla Corte di Giustizia e segnatamente dalla sentenza 3 luglio 2014, cause C-129 e C-130/13 Kamino International –la mancanza del 'previo contraddittorio' non deve essere intesa in senso 'sterile e fine a se stessa', dovendo invece essere tutelate (solo) quelle situazioni in cui il contribuente dimostri che –ove effettivo ed esperito nei tempi previsti –il preventivo (omesso) contraddittorio sarebbe stato 'utile' al fine della formulazione della pretesa impositiva"* [*Il contraddittorio preventivo tra speranze (deluse), rassegnazione e prospettive*, in *Diritto e Pratica Tributaria* n. 2 del 2016, pag. 719 e ss.].

²⁹⁹ Cass., Ordinanza n. 10903/2016: *"Le Sezioni Unite hanno quindi precisato le garanzie fissate nella L. n. 212 del 2000, art. 12, comma 7, trovano applicazione esclusivamente "in relazione agli accertamenti conseguenti ad accessi, ispezioni e verifiche fiscali effettuate nei locali ove si esercita l'attività imprenditoriale o professionale del contribuente, valutati il dato testuale della rubrica ("Diritti e garanzie del contribuente sottoposto a verifiche fiscali") e, soprattutto, quello della L. n. 212 del 2000, art. 12, comma 1 (coniugato con la circostanza che l'intera disciplina*

Intorno alla c.d. "prova di resistenza" (vale a dire alla necessità di illustrare, in concreto, gli effetti deleteri subiti dal Contribuente in ragione all'omesso e ingiustificato contraddittorio preventivo, che avrebbe potuto scongiurare la formulazione di una ripresa tributaria finale illegittima), giova segnalare una pronuncia "chiarificatrice" della Suprema Corte che fugge ogni eventuale dubbio circa il fatto che in presenza di una puntuale prescrizione *ad hoc* (nel caso di specie, si allude all'art. 12, settimo comma, dello Statuto del Contribuente) la prova di resistenza **non** può mai essere pretesa, né per i tributi armonizzati né per quelli armonizzati³⁰⁰.

La suddetta pronuncia è stata accolta con un certo entusiasmo da parte della dottrina che ha sottolineato come tale principio di diritto restituisca alla Suprema Corte l'esercizio della precipua ed inderogabile funzione nomofilattica³⁰¹, dando atto di un meccanismo "automatico" (scevro dunque

contenuta nella disposizione risulta palesemente calibrata sulle esigenze di tutela del contribuente in relazione alle visite ispettive subite in loco), che, esplicitamente, si riferisce agli **"accessi, ispezioni e verifiche fiscali nei locali destinati all'esercizio di attività commerciali, industriali, agricole, artistiche o professionali"**, ad operazioni, cioè, che costituiscono categorie d'intervento accertativo dell'Amministrazione tipizzate ed inequivocabilmente identificabili, in base alle indicazioni di cui al D.P.R. n. 633 del 1972, art. 52, comma 1, richiamato, in tema di imposte dirette dal D.P.R. n. 600 del 1973, art. 32, comma 1, e, in materia di imposta di registro, dal D.P.R. n. 131 del 1986, art. 53 bis, ipotesi tutte **"caratterizzate dall'autoritativa intromissione dell'Amministrazione nei luoghi di pertinenza del contribuente alla diretta ricerca, quivi, di elementi valutativi a lui sfavorevoli: peculiarità, che specificamente giustifica, quale controbilanciamento, il contraddittorio al fine di correggere, adeguare e chiarire, nell'interesse del contribuente e della stessa Amministrazione, gli elementi acquisiti presso i locali aziendali"**.

³⁰⁰ Cass., Sent. n. 701 del 15 gennaio 2019: "L'art. 12, comma 7, della legge n. 212 del 2000 prevede, nel triplice caso di accesso, ispezione o verifica nei locali destinati all'esercizio dell'attività, una valutazione *ex ante* in merito al rispetto del contraddittorio operata dal legislatore, attraverso la previsione di nullità dell'atto impositivo per mancato rispetto del termine dilatorio, che già, a monte, assorbe la "prova di resistenza" e, volutamente, la norma dello Statuto del contribuente non distingue tra tributi armonizzati e non".

³⁰¹ F. TUNDO osserva quanto segue: *"L'articolato percorso motivazionale della sentenza in commento si sviluppa con l'analisi delle ragioni per le quali ha visto la luce, in ambito eurounitario, la richiamata prova di resistenza, con un'analisi che non si limita alla giurisprudenza della Corte di Giustizia ma che, assai più approfonditamente, contestualizza il requisito formale anche in chiave comparatistica, con l'esame dei profili di maggiore rilevanza degli ordinamenti olandese e portoghese, dai quali nascevano rispettivamente le celebri sentenze Kamino e Sopropè. Per giungere all'enunciazione della rilevanza dei due principi comunitari che sovrintendono al diritto al contraddittorio endoprocedimentale. Si tratta nello specifico del "principio di equivalenza", per il quale le modalità previste per l'applicazione del tributo armonizzato non possono risultare meno favorevoli di quelle che riguardano i tributi domestici e del principio di effettività, per il quale la disciplina nazionale non deve rendere in concreto impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti statuiti dall'ordinamento*

da eventuali interpretazioni suscettibili di critica)³⁰², scongiurando l'ingiustificato e diseguale trattamento di fattispecie tributarie sostanzialmente unitarie³⁰³.

Ad ogni modo, volendo tirare le fila del discorso, il Giudice di Legittimità appare comunque coeso intorno all'attuale inesistenza in ambito tributario di una clausola generale di contraddittorio procedimentale (nel prosieguo dell'esposizione, nondimeno, ci soffermeremo doverosamente sulle recenti novità legislative interessanti il c.d. invito al contraddittorio, tuttavia **non** generalizzato).

L'insussistenza di siffatta clausola altresì si raccorda, è utile ribadire, al previo e necessario scrutinio di "utilità" del contraddittorio endoprocedimentale, come opportunamente sottolineato da autorevole dottrina³⁰⁴.

unionale. A ben vedere siffatto articolato iter argomentativo è inedito, il che non solo conferisce nuova linfa ad un complesso di diritti che sembravano irreparabilmente e, ci sia consentito di osservare, irragionevolmente messi in discussione dalla giurisprudenza succedutasi dal 2015 ai giorni nostri, ma che nel ricondurre ad unità interpretativa le due sentenze delle Sezioni Unite in ultima analisi restituisce pienezza, anche nella prospettiva comunitaria, alla funzione nomofilattica della Corte" [Contraddittorio: la Cassazione recupera la funzione nomofilattica e supera la "riforma" in itinere, in Corr. Trib. n. 7 del 2019, pag. 678].

³⁰² *"In sostanza, in caso di controlli presso i luoghi di attività del contribuente, con conseguente rilascio di PVC, la violazione del termine sospensivo di 60 giorni, ex art. 12, comma 7, dello Statuto, da parte dell'Ufficio per l'emissione dell'avviso di accertamento, in assenza di ragioni di motivata urgenza (tra cui non rientra l'imminente scadenza dei termini di accertamento), comporta la nullità dell'atto impositivo sia ai fini dei tributi armonizzati sia di quelli non armonizzati, e ciò automaticamente, senza che il contribuente debba dimostrare, per questi ultimi, che avrebbe potuto addurre argomentazioni non pretestuose, le quali avrebbero potuto condurre a diverse conclusioni accertative: ciò, in quanto, in questi casi, la prova di resistenza risulta ex se integrata" [A. BORGOGGIO, Non serve la prova di resistenza per l'invalidità dell'accertamento IVA anticipato, in Il Fisco n. 6 del 2019, pag. 581]*

³⁰³ *Sul punto C. FAONE osserva che "Senza contare che la soluzione contraria potrebbe condurre ad una moltiplicazione di episodi di **annullamenti giudiziali parziali dei provvedimenti amministrativi**, con tutto ciò che tale circostanza comporterebbe in termini di uguaglianza, di certezza del diritto e di unitarietà della posizione fiscale del contribuente. Né appare cogliere nel segno quella parte della giurisprudenza che, nel giustificare la necessità della prova di resistenza anche quando si versi in ipotesi di contraddittorio obbligatorio, invoca la possibilità per uno Stato membro di apprestare tutele maggiori ai propri consociati (ma non inferiori) rispetto a quelle previste dall'ordinamento unionale" [Contraddittorio e tributi armonizzati: quando è esclusa la prova di resistenza, in Il Fisco n. 24/2019, pag. 2307].*

³⁰⁴ *A. LOVISOLO osserva: "La necessaria "utilità" (...) del previo contraddittorio, d'altronde (oltre che supportata dalle ... sentenze della Corte di Giustizia), a mio avviso, trova fondamento nel generale principio della "economicità" dell'azione amministrativa (anch'essa richiesta e garantita dall'art. 97 Cost.), in relazione al quale assumono rilevanza le cause di nullità degli atti*

È pertanto evidente che il limite della "utilità" del confronto dialettico Fisco - Contribuente condiziona pesantemente l'eventuale limitazione delle garanzie partecipative offerte al privato, soprattutto alla stregua della perentoria giurisprudenza domestica³⁰⁵.

Ma vi è di più: la Suprema Corte, sconfessando altri precedenti giurisprudenziali, ha poi sottolineato che, ad ogni modo, in ambito comunitario l'affermazione del principio in parola **non è andato al di là di un ambito giuridico rigorosamente circoscritto, costituito dalle iscrizioni ipotecarie in ambito doganale**³⁰⁶.

*solo se abbiano impedito all'atto medesimo di raggiungere il proprio "scopo", nonché nel generale principio della "strumentalità" della "forma" rispetto al "contenuto" e alla "finalità" perseguita dall'atto" [La necessaria "utilità" e la "ampiezza" del previo contraddittorio endoprocedimentale anche al fine dell'accertamento di tributi armonizzati emessi a seguito di "verifica", in Diritto e Pratica Tributaria n. 4 del 2018, pag. 1630 e ss.]. Sul piano della giurisprudenza domestica in tal senso univocamente schierata, l'Autore richiama le seguenti pronunce del Giudice di legittimità: Cass., 6 marzo 2013, n. 518; *Id.*, 21 gennaio 2015, n. 992 e *Id.*, 18 settembre 2015, n. 18370.*

³⁰⁵ In dottrina, sempre sul punto: *"In particolare, secondo quest'ultima [giustappunto la giurisprudenza nazionale - n.d.r.], al fine di superare la c.d. prova di resistenza, il contribuente è onerato, in sede di ricorso, ad allegare la sussistenza di circostanze ragionevoli, serie e non pretestuose che, se valutate dall'Amministrazione, avrebbero potuto incidere sulla fattispecie portata in giudizio. Con riguardo al concetto di "utilità", invero, la pronuncia resa dai giudici di Strasburgo rimane nel solco già tracciato dalla sentenza Kamino, secondo cui il contribuente deve offrire argomentazioni non meramente pretestuose. Non si ravvisano, invece, ulteriori presupposti, quali "buona fede", "correttezza" e "lealtà processuale", cui si riferisce la già citata sentenza delle Sezioni Unite della Suprema Corte [la succitata sentenza, a Sezioni Unite, di Cassazione n. 24823/2015 - n.d.r.]". S. ARMELLA, *Il contraddittorio pre-accertativo di nuovo al vaglio della Corte UE*, in *Corr. Trib.* 32-33/2018, pag. 2535 e ss.*

³⁰⁶ Per completare il quadro, giova altresì leggere un altro interessante brano della succitata ordinanza del Giudice di legittimità: "Né una questione di costituzionalità, sempre con riferimento all'art. 3 Cost. può porsi per la duplicità di trattamento giuridico tra "tributi armonizzati" e "tributi non armonizzati, atteso che, come anche in tal caso evidenziato dalla su menzionata sentenza n. 24823/2015, l'assimilazione tra i due trattamenti è preclusa **in presenza di un quadro normativo univocamente interpretabile nel senso dell'inesistenza, in campo tributario, di una clausola generale di contraddittorio procedimentale. L'affermata insussistenza, nell'ordinamento tributario nazionale, di una clausola generale di contraddittorio endoprocedimentale non viola, inoltre, né l'art. 24 Cost. né l'art. 111 Cost. (... ..)**. Quanto poi ai principi di diritto affermati da questa Corte a Sezioni Unite nelle sentenze nn. 19667 e 19668 del 2014, in tema di iscrizione d'ipoteca su beni immobili, ai sensi del D.P.R. 29 settembre 1973, n. 602, art. 77, le stesse Sezioni Unite, nella sentenza successiva a 24823/2015, già sopra richiamata, hanno chiarito, con riguardo proprio ai suddetti precedenti del 2014, che **va escluso il riconoscimento di una generalizzata espansione della garanzia del contraddittorio endoprocedimentale, quale espressione di un principio immanente all'ordinamento nazionale ed a quello Europeo, in quanto detto riconoscimento è "rimasto fuori dall'ambito del principio di diritto propriamente enucleabile dalle pronunzie medesime", stante il tema specifico in concreto affrontato (le iscrizioni ipotecarie D.P.R. n. 602 del 1973, ex art. 77, per l'appunto)**".

Sul punto è però opportuno dar atto dell'interessante Ordinanza della Suprema Corte di Cassazione n. 8617 del 9 aprile 2018 che, sempre in materia di iscrizione ipotecaria, precisa che la lesione delle garanzie di partecipazione del Contribuente nello stadio amministrativo-precontenzioso risulta effettiva, dunque meritevole di cagionare il susseguente annullamento dell'atto in sede giurisdizionale, **a prescindere dal fatto che l'introduzione della comunicazione preventiva fosse successiva rispetto all'epoca dei fatti esaminati dal medesimo Giudice tributario**³⁰⁷.

Parte della dottrina ha accolto con vivo entusiasmo l'anzidetta pronuncia, ritenendola più aderente e fedele ai precetti fissati dalla Consulta [Cfr. Corte cost. 2 marzo 1962, n. 13; *Id.*, 20 marzo 1978, n. 23; *Id.*, 10 dicembre 1987, n. 503; *Id.*, 24 febbraio 1995, n. 57; *Id.*, 31 maggio 1995, n. 210; *Id.*, 1° dicembre 2006, n. 397; *Id.*, 28 novembre 2008, n. 390; *Id.*, 7 luglio 2015, n. 132, richiamate dalla medesima dottrina per avallare la presenza di un *principio generale dell'ordinamento*, pur in assenza di espressa *copertura costituzionale* / cfr. *nota 26*] sull'istituto del *contraddittorio endoprocedimentale*, nondimeno ritenendo non ancora esaurito il dibattito (giurisprudenziale ma non solo) sul perimetro di azione dell'istituto in parola³⁰⁸.

³⁰⁷ Giova trascrivere il contenuto maggiormente saliente della pronuncia in esame: "La sentenza impugnata, infatti, nel ritenere necessaria a pena di nullità dell'iscrizione la previa comunicazione al contribuente dell'atto a compiersi, è di fatto conforme ai principi affermati dalle Sezioni Unite di questa Corte con le sentenze n. 19667 e 19668 del 18 settembre 2014, che - esclusa l'iscrizione ipotecaria D.P.R. n. 602 del 1973, ex art. 77 dall'ambito specifico dell'espropriazione, donde l'inapplicabilità alla fattispecie in esame della regola prescritta dal D.P.R. n. 602 del 1973, art. 50, comma 2, - hanno tuttavia avuto modo di affermare il principio secondo il quale l'affermata inapplicabilità all'iscrizione ipotecaria D.P.R. n. 602 del 1973, ex art. 77 della previsione di cui all'art. 50, comma 2, del medesimo decreto, non significa che l'iscrizione ipotecaria possa essere eseguita senza che la stessa debba essere oggetto di alcuna comunicazione al contribuente, ciò anche in epoca anteriore all'entrata in vigore dello stesso art. 77, comma 2 bis, citato decreto, quale aggiunto dal D.L. 13 maggio 2011, n. 70, art. 7, comma 2, lett. u - bis convertito, con modificazioni, in L. 12 luglio 2011, n. 106, con decorrenza dal 13 luglio 2011".

³⁰⁸ Interessanti le *considerazioni conclusive* di N. RAGGI: "*Le Sezioni Unite 2015 hanno taciuto i numerosi interventi con cui i giudici delle leggi hanno consacrato il contraddittorio preventivo un principio generale dell'ordinamento. E così, in modo, all'apparenza, costituzionalmente corretto, il diritto vivente è riuscito a rinnegar sé stesso e assumere una posizione diametralmente opposta a quella adottata nel 2014. L'ecatombe dell'Amministrazione*

Tuttavia la "regola generale" (l'assenza cioè di un generalizzato diritto al contraddittorio preventivo) è stata ancor più recentemente riaffermata dal Giudice di legittimità, in seno ad un contenzioso afferente l'imputazione *per trasparenza* del reddito societario nei confronti della medesima compagine societaria, ai sensi e per gli effetti dell'art. 5 del TUIR³⁰⁹.

7. La "opposizione critica" della dottrina

È di tutta evidenza che la pronuncia resa a Sezioni Unite dal Supremo Consesso (si allude, ovviamente, a Cass. SS.UU. n. 24823 del 9 dicembre 2015, i cui contenuti sono stati successivamente e coerentemente ripresi dalla Sezione tributaria) non potesse risultare indenne da puntuali considerazioni critiche.

Qui di seguito una breve rassegna, che intende evidenziare una diffusa "insoddisfazione" nei confronti del *decisum* della Suprema Corte di Cassazione.

Autorevole dottrina non usa mezzi termini, considerando prevalente la componente "politica", non già squisitamente "tecnico-giuridica" nella succitata pronuncia³¹⁰.

*finanziaria nei tanti contenziosi aperti su tale fronte è, per il momento, scongiurata. Tuttavia, come suggerito dalla fronda nata in seno allo stesso Supremo Consesso (di cui è espressione la pronuncia in esame), il dibattito sul diritto al contraddittorio resta aperto e gli argomenti a sostegno della soluzione pro contribuente paiono saldamente ancorati alla (sin qui negletta) giurisprudenza costituzionale. Sul contraddittorio, insomma, le "bugie" hanno le Sezioni Unite, ma la Consulta contro. Fuoco alle polveri!" [Sul diritto al contraddittorio le bugie hanno le "Sezioni Unite", in *Corr. Trib.* n. 40/2018, p. 3071].*

³⁰⁹ *In medias res*, a compendio di quanto sin qui osservato: "Per i tributi non armonizzati (nel caso in esame, l'IRPEF ripresa a tassazione nei confronti dei soci di una società) non è rinvenibile, nella legislazione nazionale, un generalizzato obbligo di contraddittorio nella fase amministrativa, sussistente solo per le ipotesi in cui risulti specificamente sancito, mentre per i tributi armonizzati (nella specie, l'IVA oggetto dell'avviso di accertamento emesso a carico della società) grava sul contribuente, in ipotesi di violazione del contraddittorio, l'onere di enunciare in concreto le ragioni che avrebbe potuto far valere nella fase amministrativa" (Cass, Ord. n. 26681 del 22 ottobre 2018; in termini, tra le altre, *Id.* Ordinanza n. 21767 del 7 settembre 2108).

³¹⁰ E. DE MITA: "In un arco di tempo abbastanza breve la Cassazione a sezioni unite ha smentito tutta la sua giurisprudenza non per capriccio ma per ragioni che vengono considerate «politiche». E ancora: "La sentenza è un arretramento rispetto ai suoi precedenti, dotati di forza sistematica, idonea a superare i limiti delle leggi scritte, interpretandoli solo letteralmente. La forza della funzione nomofilattica sta nel ricondurre a unità le complessità delle disposizioni scritte (...). L'interpretazione letterale non è vietata ma non basta. Se la Cassazione si è fermata

La letteratura giuridica insiste sull'ineludibile presenza nel nostro ordinamento positivo del principio generale (giustappunto immanente ad esso) del contraddittorio endoprocedimentale, reso in concreto di più difficile individuazione a causa del non impeccabile *modus operandi* del Legislatore nazionale che, per l'effetto, condizionerebbe (corrompendola) la bontà della medesima funzione nomofilattica affidata alla giurisprudenza³¹¹.

Medesimo tenore critico nei confronti delle Sezioni Unite possiede la riflessione di Salvatore Sammartino, circa l'asserita assenza di un principio di carattere generale in seno al nostro ordinamento positivo.

La conclusione poggia, altresì, su un suggestivo percorso logico argomentativo "simmetrico" a quello fatto proprio dall'Amministrazione Finanziaria in occasione della "creazione" (ovvero del "riconoscimento") della clausola generale antiabuso³¹².

Sul piano prettamente *contenutistico* e *dinamico*, non mancano poi interessanti contributi che pongono l'accento sulla necessità di collocare il

all'interpretazione letterale vuol dire che l'ha fatto con l'occhio rivolto a altro. In questi casi si dice che la sentenza è politicamente orientata" [Sul contraddittorio le Sezioni unite scelgono una soluzione «politica», in "Diritto e Pratica Tributaria" n. 1 del 2016, pag. 20241 e ss.].

³¹¹ A. LOVISOLO ammonisce: "I giudici, infatti, non dovrebbero né dimenticare né sottovalutare la 'stratificazione' delle norme del nostro ordinamento, frutto di interventi spesso 'episodici' del legislatore che –senza una vera e propria 'cabina di regia'–spesso 'disvuol' ciò che volle' e cioè introduce specifiche previsioni normative non coordinate fra loro, dal cui 'affastellamento' **non appare né logico né consequenziale (...) ammettere (o escludere) l'esistenza di un principio generale**" [Il contraddittorio preventivo, cit.].

³¹² Per S. SAMMARTINO, invece, "Non è condivisibile la tesi della Corte secondo la quale 'la ricorrenza, in campo tributario, di una pluralità di norme che prescrivono il contraddittorio endoprocedimentale in rapporto ad atti specifici - lungi dal poter assurgere ad indici dell'inesistenza, nell'ordinamento tributario, di una clausola generale di contraddittorio endoprocedimentale - assume, ineludibilmente, la valenza opposta'. È vero esattamente il contrario: proprio la presenza diffusa di norme che prevedono il contraddittorio procedimentale induce a ritenere, ove si proceda con una interpretazione costituzionalmente orientata che eviti il contrasto con gli artt. 3 e 97 della Costituzione, che esiste un principio generale e che la pluralità delle disposizioni è legata all'esigenza di prevedere modalità diverse di contraddittorio in relazione alla specificità dei procedimenti di accertamento". E ancora: "Non è condivisibile la tesi secondo la quale non sia possibile ancorare il principio del contraddittorio endoprocedimentale direttamente all'art. 97 della Costituzione. Se è stato possibile, in assenza di norme specifiche, affermare, prima che venisse introdotto nello Statuto l'art. 10/bis, la presenza nell'ordinamento tributario di un principio generale antiabuso in virtù del principio della capacità contributiva di cui all'art. 53 della Costituzione, non si vede perché non si possa collegare il principio del contraddittorio endoprocedimentale all'art. 97" [Il Diritto al contraddittorio endoprocedimentale, in *Rass. Trib.* n. 4 del 2016, pag. 986 e ss.].

confronto dialettico tra Fisco e Contribuente in uno stadio amministrativo (ed ovviamente pre-contenzioso) che non presupponga la conclusione dell'istruttoria da parte della medesima Amministrazione Finanziaria, in tal modo salvaguardando l'effettiva utilità della partecipazione del Contribuente, con l'ovvia conseguenza di espungere le *richieste* ed i *questionari* dal novero delle attività procedurali in grado di assurgere a dimostrazione dell'avvenuta (e compiuta) celebrazione del contraddittorio preventivo³¹³.

Sempre sull'argomento senz'altro utile e interessante è il richiamo a una pronuncia della Corte di Giustizia Europea (C-298/16 - Sentenza del 9 novembre 2017), innescata da due avvisi di accertamento ricevuti dai coniugi Ispas che, secondo gli accertatori rumeni, avrebbero illecitamente celato al Fisco il proprio *status* di soggetti passivi IVA (correlato al perfezionamento, durante le annualità d'imposta comprese fra il 2007 e il 2011, di 73 contratti di vendita immobiliare), per l'effetto notificando agli stessi due avvisi di accertamento, limitandosi ad invitare i contribuenti a una discussione finale, **senza** concedere agli stessi (per così dire *in via preventiva*, durante il medesimo *iter* di svolgimento del procedimento amministrativo) *l'accesso a tutte le informazioni rilevanti sulla base delle quali il Fisco rumeno ha poi adottato il verbale di verifica fiscale per poi emettere i medesimi avvisi di accertamento fiscale* (cfr. paragrafo 14 della pronuncia).

Ebbene, il Giudice Europeo ha anzitutto preso atto dell'assenza di una disciplina dell'Unione in materia (che, da un lato, legittima l'autonomia dei singoli Stati membri e, dall'altro, impone al medesimo Giudice Europeo di

³¹³ "(...) principio del contraddittorio significa offerta della possibilità di interloquire (e dovere di raccogliere quanto può essere affermato e prodotto) prima e a ragion veduta, manifestando l'interessato il suo punto di vista alla luce e a fronte della discovery di tutti i dati raccolti. Contraddittorio implica porre l'interessato in condizioni di sapere, in modo trasparente e completo, cosa e perché si sta per decidere nei propri confronti e possibilità di opporre proprie argomentazioni e prove, prima che la decisione venga presa. Contraddittorio implica il dovere di aprire una finestra sulle allegazioni dell'interessato una volta completata l'istruttoria. Richieste e questionari, pertanto, non possono essere confusi con attuazione del contraddittorio. Essi sono forme di attuazione dell'istruttoria con partecipazione dell'interessato, ma non attuazione del contraddittorio finale, che presuppone la conclusione della istruttoria e ha una funzione e collocazione del tutto differente" [A. MARCHESELLI, *Le mille contraddizioni del principio del contraddittorio*, in *Corr. Trib.* n. 3 del 2018, pag. 176]

vagliare, in concreto, il rispetto dei *principi di equivalenza e di effettività*³¹⁴, nel caso di specie ritenuti pienamente presidiati dalla legislazione rumena), per poi giungere ad un pronuncia che (come spesso accade) celebra un "fattivo compromesso" fra due opposte istanze immancabilmente presenti nel campo d'azione che ci occupa (vale a dire: l'impegno dei singoli Stati membri a combattere le frodi fiscali e, più in generale, a contrastare i fenomeni di evasione/elusione fiscale e l'irrinunciabile rispetto delle prerogative di partecipazione e difesa – anche nello stadio amministrativo-precontenzioso – accordate al Contribuente).

Superfluo sottolineare che soltanto una prudente, saggia, applicazione del *dictum* del Giudice Europeo potrà separare (e per l'effetto reprimere ed emendare) condotte amministrative "abusive" e *contra legem* (anche sul piano del nostro *eccesso di potere*) da altre che viceversa, atteso l'auspicabile equilibrio fra le due contrapposte istanze in commento, godranno di piena legittimità *formale e sostanziale*.

8. Il recente intervento del Legislatore sull'*invito obbligatorio al contraddittorio*, anch'esso non scevro da immediate reazioni critiche: dall'iniziale Proposta di legge all'attuale art. 5ter del D.Lgs. n. 218/1997

Tornando alla sfera nazionale, questa volta di tipo normativo, giova assumere in considerazione l'art. 4octies del D.L. 30 aprile 2019, n. 34 (c.d. "Decreto Crescita", convertito con modificazioni dalla Legge 28 giugno 2019, n.

³¹⁴ In seno al paragrafo 29 della pronuncia, si riassumono efficacemente i due principi in parola: "le modalità procedurali predisposte da ciascuno Stato membro **non** devono essere meno favorevoli di quelle che riguardano ricorsi analoghi di natura interna (**principio di equivalenza**); tali modalità procedurali **non** devono rendere in pratica impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti dall'ordinamento giuridico dell'Unione (**principio di effettività**)". *In medias res*, assumendo in esame il dispositivo della pronuncia in parola: "**Il principio generale di diritto dell'Unione del rispetto dei diritti della difesa deve** essere interpretato nel senso che, nell'ambito di procedimenti amministrativi relativi alla verifica e alla determinazione della base imponibile dell'imposta sul valore aggiunto, un soggetto privato **deve** avere la possibilità di ricevere, a sua richiesta, le informazioni e i documenti contenuti nel fascicolo amministrativo e presi in considerazione dall'autorità pubblica per l'adozione della sua decisione, **a meno che obiettivi di interesse generale giustifichino la restrizione dell'accesso a dette informazioni e a detti documenti**".

58), che ha giustappunto tradotto in legge (più precisamente agli artt. 5 e 6 del D.Lgs. 19 giugno 1997, n. 218) l'iniziale Proposta di legge (d'iniziativa dei Deputati, presentata il 6 agosto 2018 / "AC1074"), recante "Disposizioni per la semplificazione fiscale, il sostegno delle attività economiche e delle famiglie e il contrasto dell'evasione fiscale".

Giova prendere le mosse dall'originaria Proposta per riflettere sugli esiti finali.

L'art. 11 è dedicato all'istituto del contraddittorio preventivo (la rispettiva rubrica è la seguente: "Introduzione dell'obbligo di invito al contraddittorio endoprocedimentale")³¹⁵: l'Amministrazione finanziaria, **a pena di nullità**

³¹⁵ Qui di seguito il testo integrale dell'art. 11: "1. Prima di emettere qualunque avviso di accertamento nei riguardi dei contribuenti, fuori dei casi previsti dall'articolo 41-bis del decreto del Presidente della Repubblica 29 settembre 1973, n. 600, e dall'articolo 54, quarto comma, del decreto del Presidente della Repubblica 26 ottobre 1972, n. 633, l'ufficio procedente dell'Agenzia delle entrate, a pena di nullità dell'atto impositivo, notifica un preventivo invito al contribuente. 2. Nell'invito di cui al comma 1, nella forma sia di avviso di avvio del procedimento che di avviso di conclusione della fase istruttoria svolta d'ufficio, sono comunque indicati: a) i periodi d'imposta ai quali si riferisce l'accertamento, ove si tratti di tributo periodico; b) gli elementi a disposizione dell'ufficio per la determinazione dei maggiori imponibili; c) il termine assegnato, non inferiore a quindici e non superiore a quarantacinque giorni, per la produzione di documenti e memorie scritte o per la comparizione presso la sede dell'ufficio al fine dell'instaurazione del contraddittorio orale. 3. Il contribuente può partecipare al procedimento instaurato, secondo i termini e le modalità indicati nell'invito di cui al comma 1, ferma restando la facoltà di esibire e di allegare qualsiasi elemento ritenuto utile ai fini della veritiera e corretta determinazione degli imponibili. 4. Non possono essere presi in considerazione a favore del contribuente, ai fini dell'accertamento in sede amministrativa e contenziosa, le notizie e i dati non adottati né, se puntualmente richiesti nell'invito di cui al comma 1, gli atti, i documenti, i libri e i registri non esibiti o non trasmessi all'ufficio dal contribuente medesimo a seguito dell'invito. È fatta salva la facoltà del contribuente di depositare, allegandoli all'atto introduttivo del giudizio di primo grado in sede contenziosa, gli atti, i documenti, i libri e i registri non esibiti o non trasmessi, fornendo prova di non aver potuto adempiere alle richieste dell'ufficio per causa a lui non imputabile. 5. Decorso sessanta giorni dalla data di notifica dell'invito di cui al comma 1 senza che il contribuente si sia attivato per fornire elementi di valutazione e di prova a proprio favore, comparso presso l'ufficio o depositando documenti o memorie scritte, l'Ufficio può concludere l'attività istruttoria ed emettere l'atto impositivo. 6. Decorso il termine di cui al comma 5, l'invito di cui al comma 1, se contenente l'indicazione delle maggiori imposte, ritenute, contributi, sanzioni e interessi dovuti nonché dei motivi che hanno dato luogo alla loro determinazione, produce gli effetti propri dell'avviso di accertamento esecutivo previsto dall'articolo 42 del decreto del Presidente della Repubblica 29 settembre 1973, n. 600, dall'articolo 56 del decreto del Presidente della Repubblica 26 ottobre 1972, n. 633, e dall'articolo 25 del decreto legislativo 15 dicembre 1997, n. 446. Resta salva l'applicazione delle disposizioni in materia di ravvedimento, di cui all'articolo 13, comma 1, del decreto legislativo 18 dicembre 1997, n. 472, fino alla scadenza del termine di cui al primo periodo del presente comma. 7. Nel caso di avvio della fase del contraddittorio si osservano le seguenti regole procedurali: a) l'ufficio dell'Agenzia delle entrate attesta, mediante la redazione di processi verbali, le deduzioni e i

dell'atto impositivo finale, deve notificare un "preventivo invito" al Contribuente, volto all'acquisizione di materiale ed elementi di valutazione **utili** all'istruttoria.

La "bozza" di articolo scandisce, con attenzione, la tempistica procedimentale.

Ciò che forse, sin da subito, ha assunto maggiore evidenza e criticità per parte della dottrina è però l'espressa statuizione, in capo al Contribuente medesimo, di illustrare tempestivamente le proprie spiegazioni (*difese*) in ordine alle scelte poste in essere per ciascun periodo d'imposta sottoposto al vaglio degli accertatori, al fine di scongiurare l'emissione di provvedimenti finali a suo danno³¹⁶.

Lo "iato logico-temporale" fra la *difesa anticipata* del Contribuente e la futura ripresa tributaria dell'Amministrazione (ancora in "stato embrionale") potrebbe costituire, invero, un'insidia piuttosto che una garanzia nei confronti del Contribuente medesimo.

In tal modo, fungerebbe da grave contrappeso (atto quasi a neutralizzare la bontà e la medesima *ratio essendi* del confronto dialettico Fisco/Contribuente) la necessità di rappresentare in modo esaustivo la propria posizione fiscale rispetto ad una mera "idea di provvedimento", dalla quale probabilmente risulterebbe arduo "estrapolare" le puntuali riprese tributarie future.

Sempre in dottrina, con evidente spirito critico e scettico, si pone l'accento sulla confusione fra la predisposizione di effettive norme di tutela e protezione in favore del Contribuente, mediante il riconoscimento di diritti e facoltà di partecipazione allo stadio amministrativo-procedimentale (*giustappunto in chiave di collaborazione e di difesa*) e l'enunciazione di **nuovi** obblighi e doveri,

documenti prodotti dal contribuente nonché gli esiti degli incontri svolti in contraddittorio; b) il subprocedimento termina in ogni caso decorsi novanta giorni dalla data di notifica dell'invito di cui al comma 1, senza possibilità di proroga; c) durante il periodo previsto dal comma 5 sono sospesi tutti i termini di decadenza per ambedue le parti; d) se l'ufficio ritiene di disattendere, in tutto o in parte, le ragioni esposte dal contribuente, deve darne giustificazione nella motivazione del successivo avviso di accertamento; e) è precluso al contribuente il ricorso all'istituto dell'accertamento con adesione disciplinato dal decreto legislativo 19 giugno 1997, n. 218".

³¹⁶ F. TUNDO si sofferma, con forte vena critica, sull'onere del Contribuente di dover "(...) dedurre analiticamente, per ciascun periodo di imposta indicato, ogni notizia o dato che, pur astrattamente, possa un giorno essere utile ad una difesa da atti e/o pretese dei quali però non ha in quel momento alcuna cognizione" [L'invito al contraddittorio in un recente progetto di legge: quali conseguenze per il contribuente?, in *Corr. Trib.* n. 39/2018, pag. 2963 e ss.].

la cui omissione viceversa comporti mere decadenze con un effettivo detrimento della medesima sfera giuridico-patrimoniale del Contribuente³¹⁷.

Veniamo adesso agli esiti dei lavori parlamentari, tradottisi *in legge*.

L'invito *obbligatorio*, anzitutto, non ha portata assoluta e generale (interessando soltanto le imposte sui redditi e l'IVA), sostanziandosi espressamente in un *invito a comparire per l'avvio della definizione dell'accertamento*³¹⁸, che **non** involge gli avvisi di accertamento parziale e **non**

³¹⁷ Ancora, sempre secondo F. TUNDO, *"Il fatto che, nel contesto di una norma asseritamente volta a promuovere la dialettica tra Fisco e contribuenti, trovino ampio spazio previsioni che determinano conseguenze sanzionatorie della parte privata rivela una contraddizione intrinseca. Il contraddittorio in chiave difensiva, almeno per come è inteso dalla dottrina prevalente e dalla giurisprudenza, attiene all'area della partecipazione meramente facoltativa, poiché costituisce - appunto - una modalità di esercizio del diritto di difesa in corso di procedimento. Invece, la partecipazione di tipo obbligatorio (resa tale dalla previsione di sanzioni per il mancato o parziale intervento del privato) altro non è se non l'altra faccia della medaglia, sul versante del contribuente, dell'esercizio dei poteri istruttori da parte dell'Agenzia. Dunque non ha attinenza con i diritti, riguardando semmai i doveri"* [L'invito al contraddittorio, cit.]. Sempre in argomento M. BEGHIN precisa quanto segue: *"Non vorremmo, invece, che l'art. 11, comma 5, della proposta di legge fosse letto in chiave di mero automatismo, rispondente non più ad una logica impositiva, bensì ad una logica sanzionatoria. Infatti, il provvedimento impositivo giammai potrebbe rappresentare l'ineluttabile conseguenza della mancata partecipazione del contribuente al contraddittorio. Deve essere, invece, l'atto conclusivo di un'istruttoria nel corso della quale siano state raccolte le prove dell'evasione. Pertanto, nella prospettiva della formazione dell'avviso di accertamento, può essere del tutto irrilevante che il contribuente si sia confrontato o meno con l'Amministrazione finanziaria. La decisione circa il comportamento da tenere durante lo svolgimento della verifica spetta al soggetto che subisce l'esercizio dei poteri istruttori, al quale non si potrà chiedere di partecipare, soltanto per amor di spirito collaborativo, alla ricerca e alla formazione delle prove dell'illecito. Prove, dunque, contro sé stesso. In conclusione: di fronte a un contribuente non collaborativo, l'Amministrazione finanziaria potrà emettere l'avviso di accertamento a condizione che, nonostante la mancata partecipazione del contribuente al contraddittorio, essa riesca a dimostrare l'esistenza dell'evasione. In assenza di prove, oppure al cospetto di prove insufficienti, il processo verbale di constatazione va archiviato"* [Aspetti critici della recente proposta di legge riguardante l'invito al contraddittorio endoprocedimentale, in *Il Fisco* n. 42/2018, p. 4007].

³¹⁸ Giova trascrivere nella sua interezza il nuovo art. 5ter del D.Lgs. n. 218/1997 **"1. L'ufficio, fuori dei casi in cui sia stata rilasciata copia del processo verbale di chiusura delle operazioni da parte degli organi di controllo, prima di emettere un avviso di accertamento, notifica l'invito a comparire di cui all'articolo 5 per l'avvio del procedimento di definizione dell'accertamento. 2. Sono esclusi dall'applicazione dell'invito obbligatorio di cui al comma 1 gli avvisi di accertamento parziale previsti dall'articolo 41-bis del decreto del Presidente della Repubblica 29 settembre 1973, n. 600, e gli avvisi di rettifica parziale previsti dall'articolo 54, terzo e quarto comma, del decreto del Presidente della Repubblica 26 ottobre 1972, n. 633. 3. In caso di mancata adesione, l'avviso di accertamento è specificamente motivato in relazione ai chiarimenti forniti e ai documenti prodotti dal contribuente nel corso del contraddittorio. 4. In tutti i casi di particolare urgenza, specificamente motivata, o nelle ipotesi di fondato pericolo per la riscossione, l'ufficio può notificare direttamente l'avviso di accertamento non preceduto dall'invito di cui al comma 1. 5. Fuori dei casi di cui al comma 4, il mancato avvio del**

ricorre altresì nei casi di motivata urgenza ovvero di fondato pericolo per la riscossione.

Al mancato invio dell'invito obbligatorio (in assenza di deroghe ed esclusioni) segue perciò l'invalidità del provvedimento finale a condizione che, in concreto, si dimostri l'ingiusta lesività dell'attività provvedimentale dell'Amministrazione Finanziaria.

In definitiva, soltanto al pieno svolgimento dell'onere probatorio da parte del Contribuente intorno alla stretta e necessaria correlazione fra la pretermessa (ed ingiustificata) ostensione delle proprie ragioni e la consequenziale emissione di un provvedimento finale (dunque: ingiustamente) lesivo della propria sfera giuridico-patrimoniale consegue la presenza di un atto irrimediabilmente viziato (e non già *sic et simpliciter* per una "mera" infrazione della procedura amministrativa).

In altri termini, il provvedimento sarebbe suscettibile di annullamento in quanto contraddistinto da *vizi* che il (pretermesso) contraddittorio endoprocedimentale avrebbe potuto (non ci stanchiamo di ribadire: in concreto) fare emergere, così evitando la sua emanazione.

Oltretutto, stando così le cose, la regolamentazione rischierebbe di essere *peggiorativa* per il Contribuente, atteso che soltanto la previa e necessaria indagine sulla "prova di resistenza" potrebbe condurre (eventualmente) all'annullamento del provvedimento finale, superando in questo modo gli effetti del nuovo presidio normativo.

Non a caso, già in fase di primi commenti, si è posta l'attenzione intorno al sesto ed ultimo comma dell'art. 5^{ter} (che mantiene intatte le precedenti prescrizioni normative sulle prerogative di partecipazione del Contribuente), al fine di limitare e circoscrivere il perimetro dell'anzidetta prova di resistenza³¹⁹.

contraddittorio mediante l'invito di cui al comma 1 comporta l'invalidità dell'avviso di accertamento qualora, a seguito di impugnazione, il contribuente dimostri in concreto le ragioni che avrebbe potuto far valere se il contraddittorio fosse stato attivato. 6. Restano ferme le disposizioni che prevedono la partecipazione del contribuente prima dell'emissione di un avviso di accertamento".

³¹⁹ Sul punto G. FERRANTI: "*La previsione normativa in esame sembrerebbe introdurre, pertanto, una ulteriore rilevante penalizzazione per i contribuenti. Al riguardo si ritiene che almeno tale conseguenza sfavorevole per i contribuenti possa essere evitata adottando un'interpretazione logico-sistematica in base alla quale la disposizione contenuta nel comma 5 in esame (che*

In altri termini, sembra riproporsi nella normativa attuale un equivoco di fondo circa il necessario distinguo fra stadio procedimentale in seno al quale – in ossequio al *principio di parità delle armi* – ha vita un confronto dialettico fra l'Amministrazione e il Contribuente prima dell'emissione di un provvedimento lesivo della sfera giuridico-patrimoniale di quest'ultimo e stadio procedimentale (nonché pre-contenzioso) in cui, di fatto, la pretesa tributaria appare già plasmata e definita ed il dialogo fra Parte Pubblica e Parte Privata assolve ("esclusivamente") la principale funzione di scongiurare un probabile contenzioso.

D'altronde – e non siamo nel campo delle opinioni – il nuovo istituto si colloca in seno alle disposizioni regolatrici dell'accertamento con adesione che, come noto, costituisce un tipico strumento deflativo del contenzioso³²⁰.

Il tempo e la concreta applicazione della nuova normativa potranno confermare o, di contro, smorzare ovvero (si confida: nell'interesse comune di tutti i soggetti coinvolti) obliterare le attuali perplessità intorno alla compiutezza del nuovo istituto.

Soltanto in questo modo si potranno esprimere, evidentemente *a posteriori*, valutazioni ed analisi critiche più ponderate intorno al vero *ubi consistam* del contraddittorio preventivo forgiato dal Legislatore nazionale.

Si può comunque affermare che il presente tema d'indagine è ineluttabilmente destinato ad alimentare, anche in futuro, vivaci dibattiti e possibili fratture fra giurisprudenza e dottrina.

È ad ogni modo auspicabile che il Legislatore rinunci ad affidarsi al ruolo di supplenza (in non poche occasioni, come in questa) esercitato nel corso degli

impone la "prova di resistenza") deve considerarsi derogata dalla norma del successivo comma 6, secondo la quale "restano ferme" le specifiche disposizioni che prevedono l'obbligo del contraddittorio" [Invito al contraddittorio con minori garanzie per i contribuenti, in Il Fisco n. 29 del 2019, pag. 2807].

³²⁰ È altresì utile ricordare, ai sensi e per gli effetti del nuovo comma 3bis aggiunto all'art. 5 del D.Lgs. n. 218/1997, che "Qualora tra la data di comparizione, di cui al comma 1, lettera b), e quella di decadenza dell'amministrazione dal potere di notificazione dell'atto impositivo intercorrano meno di novanta giorni, il termine di decadenza per la notificazione dell'atto impositivo è automaticamente prorogato di centoventi giorni, in deroga al termine ordinario".

anni dai Giudici, ricercando con perseveranza il giusto (benché delicato e talora *inafferrabile*) equilibrio fra le doverose istanze di recupero degli imponibili evasi con l'altrettanto doveroso riconoscimento in capo al Contribuente di adeguate garanzie di partecipazione e di difesa (in seno al procedimento amministrativo di accertamento), non senza infine assumere in debita considerazione (altrettanto auspicabilmente) l'efficacia cogente delle *norme* nonché l'influenza dello "*spirito*" dell'ordinamento eurounionale.

Il diritto di abitazione: circolazione e pignorabilità. Conflitto tra l'avente causa dell'erede apparente e il coniuge titolare del diritto di abitazione ex lege. Opponibilità del provvedimento di assegnazione della casa familiare al creditore ipotecario anteriore ed al terzo acquirente.

di Michele Petrucci

ABSTRACT

The right of housing can often determine situations of conflict with regard to the difficulty of being ascertained. The provision for the assignment of the family home constitutes a personal right of enjoyment for the assignee and not a property right: this is also a crucial point in relation to the difficulties of ascertaining. In this paper, we analyze some profiles concerning its circulation and distraint, as well as the position of the surviving spouse who becomes the holder of the right of residence ex lege against the third-party assignee from the apparent heir. It examines, in particular, the enforceability of the judicial provision for the assignment of the family home transcribed to the previous mortgage lender and the enforceability of this provision to the third-party purchaser in the event that it is issued before the purchase.

SINTESI

Il diritto di abitazione può determinare, sovente, situazioni di conflittualità in ordine anche alla difficoltà di essere rilevato. Il provvedimento di assegnazione della casa familiare costituisce in capo all'assegnatario un diritto personale di godimento e non un diritto reale: questo è un punto nodale anche in ordine alle difficoltà di rilevamento. In questo lavoro, si analizzano alcuni profili che riguardano la sua circolazione e pignorabilità, nonché la posizione del coniuge superstite che diviene titolare del diritto di abitazione ex lege nei confronti del terzo avente causa dall'erede apparente. Si esamina, in particolare, l'opponibilità del provvedimento giudiziale di assegnazione della casa familiare trascritto al creditore ipotecario anteriore e la opponibilità di tale provvedimento al terzo acquirente nel caso in cui venga reso prima dell'acquisto.

SOMMARIO

1. Difficoltà di rilevazione del diritto di abitazione in alcune fattispecie - 2. Il diritto di abitazione nel sistema ordinamentale Profili relativi alla circolazione del diritto di abitazione - 3. Pignorabilità del diritto di abitazione - 4. Conflitto tra l'avente causa dell'erede apparente e il coniuge titolare del diritto di abitazione ex lege c.c. - 5. L'assegnazione della casa familiare e l'opponibilità del provvedimento trascritto di assegnazione della casa familiare al creditore ipotecario anteriore - 6. Opponibilità del provvedimento giudiziale di assegnazione della casa familiare reso prima dell'acquisto al terzo acquirente

1. Difficoltà di rilevazione del diritto di abitazione in alcune fattispecie

La Circolare n. 118 del 7 giugno del 2000 del Ministero delle Finanze³²¹ chiarisce, in particolare, che, il diritto reale di abitazione spettante al coniuge superstite ai sensi dell'art. 540 del codice civile è assimilabile a quello che deriva dal provvedimento del tribunale di assegnazione della casa coniugale al coniuge divorziato, separando o separato consensualmente o giudizialmente.

La natura di diritto reale del diritto di abitazione ai fini della opponibilità ai terzi, in linea generale, rinvia alle norme in tema di trascrizione dei diritti reali ma, nella pratica, accade sovente che in questi casi e specialmente nel caso di acquisizione ex art. 540 c.c. tale diritto non sia trascritto.

La puntuale indagine notarile volta alla rilevazione di iscrizioni o trascrizioni pregiudizievoli a mezzo delle rituali visure ipocatastali sull'immobile oggetto di atto notarile potrebbe, dunque, non evidenziare la sussistenza di questo diritto parziario. Ma, per quanto sopra, in difetto di trascrizione la sussistenza del gravame ex art. 540 c.c. sul cespite oggetto della indagine non si può escludere.

Come si vedrà, la mancata trascrizione del diritto di abitazione nei casi in discorso non esclude automaticamente la opponibilità dello stesso ai terzi aventi causa.

³²¹ GU serie Generale n. 137 del 14.06.2000.

La rilevazione del Notaio dovrebbe estendersi all'interlocuzione con la parte venditrice tesa a connotare la situazione familiare, corroborata da ulteriori elementi cognitivi derivanti da approfondite indagini anagrafiche.

Nel caso di provvedimento di assegnazione reso nel contesto della crisi della famiglia, la S.C. ha precisato che l'assegnazione della casa costituisce in capo all'assegnatario un diritto personale di godimento e non un diritto reale (Cass. 1744/2018; Cass. 17843/2016) ed ha proseguito chiarendo che "se la casa viene alienata dopo l'assegnazione il provvedimento giudiziale di assegnazione della casa familiare al coniuge affidatario, avendo per definizione data certa, è opponibile, ancorché non trascritto, al terzo acquirente in data successiva per nove anni dalla data dell'assegnazione, ovvero -ma solo ove il titolo sia stato in precedenza trascritto - anche oltre i nove anni (v. Cass. n. 15367 del 22/07/2015)".

La notevole compressione che deriva alla proprietà nel caso di assegnazione della casa familiare, per quanto precede, rende ancora più cogente l'esigenza di rilevare il diritto di abitazione acquisto in virtù di provvedimento dell'A.G. nel caso di crisi della famiglia su di un cespite oggetto di compravendita.

In tal caso l'indagine tesa ad appurare la condizione pregiudizievole risulterebbe ancora più gravosa perché dovrebbe tendere a verificare l'eventuale esistenza di provvedimenti di assegnazione del cespite resi dall'A.G. nell'ambito di giudizi pendenti o definiti ad oggetto la separazione personale di coniugi nei quali eventualmente è parte il dante causa.

La problematica che si profila non è di poco conto se si pensa al caso – non infrequente- in cui, con esercizio di mala fede, tale gravame potrebbe venire occultato dal venditore o per qualsivoglia motivo non venire in rilievo all'esito delle indagini Notarili.

Si è cercato di metter in evidenza, senza pretesa di generale trattazione, alcuni profili giuridici che ineriscono l'esercizio del diritto di abitazione.

2. Il diritto di abitazione nel sistema ordinamentale. Profili relativi alla circolazione del diritto di abitazione

La ratio del divieto, sancito dall'art. 1024 c.c., che non consente all'habitor lo sfruttamento economico del bene e vieta espressamente la possibilità di cederlo o darlo in locazione, è strettamente connessa all'importanza che gli aspetti soggettivi rivestono nell'esercizio del diritto di abitazione.

Tale norma tutela, innanzitutto, il proprietario da condotte invasive dell'habitor che travalichino i limiti delle esigenze sue e della sua famiglia.

Come si vedrà, la norma in commento appresta anche una tutela di interessi pubblici connessi alla tipicità dei diritti reali.

Il diritto di abitazione ha un contenuto e una disciplina tipica e il divieto di cessione conserva un profilo che rinvia anche alla tradizione romanistica³²² secondo la quale nell'esercizio del diritto di uso e del diritto di abitazione habitor neque veniri neque locari potest.

È discusso se al divieto espresso dall'art. 1024 c.c. si possa derogare per volontà delle parti.

Va osservato che il divieto di cessione del diritto di abitazione già era previsto nel Codice del 1865 all'art. 528: "i diritti d'uso e di abitazione non si possono cedere né affittare".

Già allora, la dottrina riteneva che essendo tale divieto posto nell'interesse privato fosse suscettibile di deroga nell'atto costitutivo³²³.

³²² E' incerto se l'habratio, pur essendo stata sicuramente conosciuta in diritto classico, fosse da questo concepita come vero e proprio rapporto giuridico reale in senso improprio. Dai testi risulta che i giuristi classici non erano concordi sul punto che i legati aventi ad oggetto l'habratio di una certa domus determinassero un semplice diritto di credito del legatario verso l'erede o costituissero un diritto reale del legatario relativamente alla casa abitativa. Comunque, anche in chi ammetteva che il legato di habratio fosse costitutivo di un diritto reale non mancava il dubbio se il legato di habratio fosse equiparabile ad un legato di uso, con semplice diritto per il legatario di abitare personalmente e con la propria famiglia la casa, o fosse invece equiparabile ad un legato di usufrutto, con conseguente possibilità da parte del legatario di dare in locazione la casa. La questione fu risolta da Giustiniano proclamando l'habratio un diritto sui generis (un ius proprium con «natura specialis») distinto sia dall'uso che dall'usufrutto. A. Guarino, *Diritto Privato Romano*, Jovene Napoli 1997, pag. 764.

³²³ "La seconda osservazione che ci rimane a fare si è, che al principio dell'inalienabilità del diritto d'uso può derogarsi nel titolo costitutivo del medesimo, permettendone cioè l'alienazione. L'inalienabilità infatti del diritto d'uso non è dalla legge introdotta per ragione d'ordine pubblico, in quantochè alla società non deriva danno alcuno dall'alienazione di siffatto diritto; dunque essa è voluta a guarentigia di un interesse particolare. Ma quale interesse si vuol proteggere?"

Ancora oggi parte della dottrina, sul rilievo di analoghe considerazioni, ritiene che il divieto di alienazione sia derogabile in sede di costituzione.

A partire dagli anni '60 del secolo XX, anche la giurisprudenza ha mostrato apertura ammettendo la derogabilità del divieto di cui all'art. 1024 c.c., generalmente in riferimento al diritto d'uso, in quanto non posto a presidio di esigenze di ordine pubblicistico, bensì posto a tutela di interessi di natura privatistica³²⁴.

La tutela di istanze privatistiche sarebbe giustificata da ragioni storiche ed economiche perché tale diritto generalmente tutelava un soggetto giuridico che versava in stato di bisogno ed era legato da rapporti con il titolare del diritto di proprietà. Questo profilo conferiva carattere alimentare alla tutela apprestata a favore di uno soggetto specifico, dunque, infungibile.

La possibile derogabilità al divieto di cui all'art. 1024 c.c., va indagata a partire dalla natura disponibile degli interessi in gioco e su tale premessa apparirebbe accettabile la circolazione del diritto qualora il proprietario dell'immobile gravato acconsentisse ad un patto di futura cedibilità.

Tale posizione viene confermata anche dalla giurisprudenza di legittimità secondo la quale il divieto di cessione dei diritti di uso e di abitazione di cui all'art. 1024 c.c. è derogabile in quanto non è di ordine pubblico e pertanto può

forse quello dell'usuario? Il proteggere l'interesse di costui non ha altro scopo che quello di defraudare i suoi creditori di quanto loro spetta. Se si tratti d'alimenti, la legge accorda tale protezione al debitore in omaggio al principio d'umanità che vieta doversi esporre un individuo a morire d'inopia per soddisfare i suoi creditori. Quando però non si tratti d'alimenti, non è concepibile una protezione accordata dalla legge al debitore in danno de' suoi creditori. Non resta dunque che l'interesse del costituente l'uso, al quale la legge ha voluto provvedere vietando l'alienazione. dell'uso stesso. Se infatti il proprietario si è determinato, in contemplazione d'una persona a lui bene accetta, di concedere ad essa l'uso della cosa sua, l'onere riuscirebbe più gravoso per lui se lo stesso usuario potesse surrogare nell'esercizio del suo diritto altra persona, che non fosse al costituente accetta. Ora, essendo che ciascuno può rinunciare alla disposizione di legge che lo favorisce, è chiaro che il concedente l'uso può all'usuario permetterne l'alienazione". In questi termini, F. Ricci, Corso teorico-pratico di Diritto Civile, II, Torino, 1877, pp. 300-301.

³²⁴ Cass. 13 settembre 1963, n. 2502, in Rep. giust. civ., 1963, Usufrutto, uso, abitazione, n. 17; in Giust. civ., 1963, I, 2292: «Il divieto di cessione del diritto di uso, sancito dall'art. 1024 c.c., non ha natura pubblicistica e quindi carattere di inderogabilità nei confronti del nudo proprietario, ma attiene piuttosto ai diritti patrimoniali di carattere disponibile, con la conseguenza che il nudo proprietario e l'usuario possono convenire di derogare al divieto, ed il relativo negozio è perfettamente valido ed operante in quanto riflette un diritto di cui i titolari possono liberamente disporre»; Cass. 18 ottobre 1961, n. 2217, in Foro it., 1962, I, 59; Cass. 25 marzo 1960, n. 637, in Foro it., 1960, I, 756.

essere assoggettato a deroga ove espressamente convenuta tra il proprietario (costituente) e l'utente³²⁵.

Secondo i Supremi Giudici, la deroga al divieto di cui all'art. 1024 deve essere "espressamente" prevista nell'atto di costituzione del diritto e tale previsione diviene la premessa necessaria ai fini della liceità di un successivo atto di trasferimento del diritto.

Parte della dottrina nega la possibilità di cessione e di locazione del diritto di abitazione essendo il suo contenuto funzionalmente connesso alle esigenze del titolare e della sua famiglia le ritrae e, pertanto, se si ammettesse l'ipotesi di cedibilità del diritto, si dovrebbe accettare che non verrebbe preservato il suo contenuto originale che muterebbe in ragione di esigenze riferite ad altro habitator.

Per questa via, si perverrebbe al riconoscimento di un diritto suscettibile di mutare anche in funzione della mutata soggettività del titolare.

Anche nel caso in cui si voglia ammettere la sussistenza di un patto con il quale il proprietario acconsenta al trasferimento di tale diritto, lo stesso si riconfigurerebbe nel suo contenuto in funzione di esigenze non riconducibili a quelle del primo titolare e, pertanto, si discosterebbe dal tipico diritto di abitazione la cui elasticità attiene unicamente alla mutevolezza delle esigenze del soggetto in favore del quale è stato costituito.

Si realizzerebbe, così, un netto contrasto con il principio della tipicità e del *numerus clausus* dei diritti reali.

Lo studio circa la possibile derogabilità del divieto di cui all'art. 1024 c.c. non può prescindere da questi rilievi.

In primis, si osservi che l'art. 2814 c.c. prevede espressamente la facoltà dell'usufruttuario di rinunciare al diritto; dunque, un eventuale atto unilaterale abdicativo dell'usufruttuario comporterebbe l'effetto espansivo della nuda proprietà.

Il rinvio alla disciplina dell'usufrutto che l'art. 1026 c.c. opera per quanto concerne i diritti di uso e di abitazione, comporta che anche tali diritti si ritengono pacificamente rinunziabili.

³²⁵ Cass. 31-07-89, n. 3565, in Mass., 1989, nel Repertorio 1989, Usufrutto [6940], n. 1.

Ne discende che, se l'habitor rinuncia alla titolarità del suo diritto sull'immobile, può ben configurarsi un atto di compravendita della piena proprietà del cespite – gravato fino alla rinuncia-, a patto che si costituiscano nell'atto anche il nudo proprietario e l'abitatore con il quale si trasferisce all'avente causa la proprietà del cespite attesa la -preventiva- rinuncia dell'habitor.

Sempre nella ipotesi di intervento congiunto anche del proprietario e dell'habitor, analogamente deve ritenersi legittimo l'atto con il quale l'abitazione venga acquistata da un altro soggetto, qualora vi partecipino, in via congiunta, proprietario e titolare del diritto di abitazione, potendosi l'atto stesso configurare come costituzione da parte del proprietario di un nuovo diritto di abitazione a favore del terzo, e contestuale implicita rinuncia a quello proprio, da parte dell'attuale habitator³²⁶.

Invero, è pacifica la possibilità di trasferimento, ciascuno per i propri diritti, di usufrutto e superficie laddove l'usufruttuario ed il nudo proprietario e il superficiario ed il proprietario trasferiscono ciascuno il proprio diritto allo stesso soggetto contro il corrispettivo di un prezzo.

Su tali premesse il citato studio CNN indaga la possibilità da parte del proprietario e dell'habitor di porre in essere un atto volto al trasferimento congiunto della proprietà e dell'abitazione.

Lo schema negoziale fondato sull'intervento congiunto nell'atto di compravendita del proprietario e dell'habitor e sulla rinuncia di quest'ultimo al diritto di abitazione non lede i diritti del proprietario che presta il suo consenso all'atto di disposizione né si connota in rapporto stridente con il principio del *numerus clausus* dei diritti reali, in quanto l'acquirente non acquista il preesistente diritto di abitazione, che comporterebbe la inammissibile mutazione del suo contenuto, ma acquista la piena proprietà dell'immobile privo di gravami.

Tali valutazioni, se condivise, implicano la ammissibilità dello schema negoziale nel quale proprietario e habitator attuano un trasferimento congiunto al terzo avente causa della proprietà e della abitazione.

³²⁶ Commissione Studi del Consiglio nazionale del Notariato, 22 giugno 1999, Est.: Caccavale, Ruotolo.

Infatti, anche in tale fattispecie non si ledono i diritti del proprietario e si realizza una nuova costituzione del diritto di abitazione consolidato alla proprietà.

Si è osservato che se la rinuncia fosse a titolo oneroso nei confronti del proprietario gravato, si risolverebbe nella alienazione di un diritto riconducibile, in funzione della natura del corrispettivo, a schemi negoziali in netto contrasto con il divieto di cui all'art. 1024 c.c.³²⁷

Diversamente, si è argomentato che quando il beneficiario dell'alienazione del diritto di abitazione è il proprietario, non sussistono esigenze di tutela in suo favore connesse al mutamento del contenuto del diritto o riguardanti la persona che acquisisce il diritto. In particolare, la conseguenza dell'alienazione sarebbe l'estinzione del diritto di abitazione "per confusione". Tuttavia, non sembra che vi siano Autori che condividano tale tesi, né si segnalano pronunce della S.C. che vi aderiscano e, anche in questa fattispecie, resta in piedi il divieto, genericamente espresso, contenuto nell'art. 1024 c.c; la genericità viene espressamente riferita all'espressione usata dal legislatore, che non distingue in funzione del soggetto acquirente³²⁸.

3. Pignorabilità del diritto di abitazione

Merita una breve analisi la questione della pignorabilità del diritto di abitazione.

Dato che il diritto di abitazione è assoggettato al divieto di alienazione ex art. 1024 c.c., non presente nel novero dei beni capaci di ipoteca di cui all'art. 2810 c.c., -ritenuto tassativo- né l'ipotecabilità di tale diritto è prevista da leggi speciali, si ritiene che non sia autonomamente ipotecabile.

Come si è visto, la sua intrasferibilità va posta in connessione con la conservazione della identità del suo contenuto, la cui mutazione sarebbe inconciliabile con la sua circolazione, e sul rilievo della medesima argomentazione si può ulteriormente giustificare l'esclusione della sua assoggettabilità ad ipoteca.

³²⁷ Focus 6/2015 - Dal diritto di abitazione ai diritti di abitazione, a firma di Antonio Mattera, October 21, 2015 in Riviste, Testi e Recensioni.

³²⁸ CNN NOTIZIE, anno 2016, 27 maggio 2016, Quesito Civilistico n. 473-2015/C.

In sintesi, la indisponibilità del diritto da parte del suo titolare sancita dall'art. 1024 c.c. insieme alla sua non ipotecabilità di cui all'art. 2810 c.c. si colloca in una cornice di assoluta impossibilità di circolazione autonoma del diritto reale per atto del suo titolare e/o dei suoi aventi causa (i creditori)³²⁹.

Il diritto di abitazione è, dunque, insuscettibile di autonoma espropriazione, mentre la proprietà gravata o meno del diritto di abitazione è sempre suscettibile di espropriazione forzata.

4. Conflitto tra l'avente causa dell'erede apparente e il coniuge titolare del diritto di abitazione ex lege c.c.

Come richiamato in premessa, la Circolare del Ministero delle Finanze n. 118/E del 7 giugno del 2000, inserisce il titolare del diritto di abitazione nel novero dei soggetti passivi tenuti al versamento dell'ICI e puntualizza che tra i diritti reali rientra, se effettivamente esercitato, il diritto reale di abitazione spettante al coniuge superstite ai sensi dell'art. 540 del codice civile; è assimilabile a tale diritto quello che spetta: al coniuge divorziato, separando o separato consensualmente o giudizialmente sulla casa ex residenza coniugale, assegnata con provvedimento del Tribunale; al socio della cooperativa edilizia, non a proprietà indivisa, sull'alloggio assegnatogli, ancorché in via provvisoria; all'assegnatario dell'alloggio di edilizia residenziale pubblica concessogli in locazione con patto di futura vendita e riscatto.

La struttura del diritto di abitazione prevista dall'art. 540 c.c. viene chiarita e puntualizzata dalla S.C. che, a Sezioni Unite, ha statuito i seguenti principi di diritto: nella successione legittima spettano al coniuge del de cuius i diritti di abitazione sulla casa adibita a residenza familiare e di uso sui mobili che la corredano previsti dall'art. 540 c.c., comma 2; il valore capitale tali diritti deve essere stralciato dall'asse ereditario per poi procedere alla divisione di quest'ultimo tra tutti i coeredi secondo le norme della successione legittima, non tenendo conto dell'attribuzione dei suddetti diritti secondo un meccanismo assimilabile al prelegato³³⁰.

³²⁹ CNN, Studio n. 21-2013/E.

³³⁰ Cass., Sez. Un., 27 febbraio 2013, n. 4847, in Foro it., anno 2013, parte I, col. 2229.

La previsione di cui all'art. 540 c.c. è un'ipotesi di costituzione legale del diritto di abitazione, assimilabile per contenuto ma diverso per modo di acquisto.

Immediata implicazione della qualificazione operata dalla S.C. consiste nell'acquisto automatico del diritto da parte del coniuge superstite all'atto dell'apertura della successione.

Nella pratica si verifica sovente che il diritto di abitazione acquisito ex lege sulla casa coniugale non viene trascritto.

Il diritto così acquisito, anche se non trascritto immediatamente, può essere opposto agli altri eredi e fatto valere anche nei confronti dei terzi, con una trascrizione anche successiva al momento dell'acquisto (apertura della successione), senza che, nel frattempo, il coniuge superstite del de cuius possa perdere il diritto acquisito.

Ma nella finestra temporale intercorrente tra l'apertura della successione e la trascrizione del diritto, si potrebbero verificare iscrizioni pregiudizievoli ad opera di terzi sull'immobile.

L'art. 2812 c.c. disciplina l'espropriazione del bene ipotecato e gravato da diritto di abitazione statuendo che il diritto reale di godimento (servitù, usufrutto, uso e abitazione) "di cui sia trascritta la costituzione dopo l'iscrizione di ipoteca non è opponibile al creditore ipotecario, il quale può far subastare la cosa come libera".

Se rispetto al regime di opponibilità tale norma si interpreta come priva di portata originale e semplice ripetizione di quanto già ricavabile dalle norme sulla trascrizione ex art. 2643 e 2644 c.c., bisogna individuare le norme applicabili nel caso dell'acquisto del diritto di abitazione ex art. 540 c.c. la cui trascrizione gioca un ruolo diverso da quello presupposto per gli atti soggetti a trascrizione ex art. 2643³³¹.

Il tema viene affrontato dalla S.C. (31 gennaio-24 giugno 2003, n. 10014)³³² che ha sentenziato sul caso di un erede (nudo proprietario della casa familiare) che ha rilasciato ipoteca volontaria iscritta sulla piena proprietà di un immobile

³³¹ CNN, Studio n. 21-2013/E, cit.

³³² In Mass., 2003, Guida al dir., 2003, fasc. 30, 30, n. Busani, Canali.

gravato da diritto di abitazione ex lege del coniuge superstite del de cuius a garanzia di un prestito ottenuto da una banca.

L'inadempimento dell'erede nella restituzione della somma mutuata ha innescato il procedimento esecutivo da parte della banca che ha sottoposto a pignoramento l'immobile.

Prima dell'espropriazione forzata, il coniuge titolare del diritto di abitazione si è opposto deducendo che godeva del diritto di abitazione a seguito della morte del coniuge e che la procedura espropriativa non poteva estendersi al diritto di proprietà vantato ma doveva riguardare il solo diritto di nuda proprietà.

Con la richiamata pronuncia, i Supremi Giudici hanno individuato il criterio per la risoluzione del conflitto tra l'erede apparente -tale viene qualificato in questa vicenda l'erede titolare solo della nuda proprietà- ed il coniuge titolare del diritto di abitazione ex lege.

La S.C. ha statuito che quando un immobile è gravato dal diritto di abitazione ai sensi dell'art. 540 c.c., secondo comma, l'ipoteca che i creditori dell'erede apparente abbiano iscritto sulla piena proprietà del cespite in forza del diritto concessogli dall'erede è opponibile al legatario a norma del secondo comma dell'art. 534 c.c. che pone a carico del terzo avente causa dell'erede apparente l'onere di provare di aver contratto in buona fede.

Dal momento che l'erede nella qualità di nudo proprietario non ha titolo a concedere l'ipoteca relativamente al diritto di abitazione non può essere applicato l'art. 2644 c.c. che regola i conflitti tra diversi acquirenti dal medesimo proprietario.

Infatti, secondo i Supremi Giudici, il conflitto non trova soluzione applicando il criterio dell'antiorità della trascrizione dell'acquisto dell'erede rispetto alla trascrizione dell'acquisto del legatario perché l'art. 2644 c.c. che contiene tale criterio non disciplina il rapporto del legatario con l'erede e i suoi aventi causa dato che non si configura la situazione del duplice acquisto, dal medesimo autore, di diritti tra loro confliggenti perché il legatario acquista il diritto di abitazione direttamente dall'ereditando e tale acquisto non si verifica in relazione all'acquisto dell'erede dall'ereditando né in rapporto all'acquisto del creditore ipotecario dall'erede.

5. L'assegnazione della casa familiare e l'opponibilità del provvedimento trascritto di assegnazione della casa familiare al creditore ipotecario anteriore

Su questi temi risulta utile ripercorrere alcune tappe segnate di recente dalla giurisprudenza di legittimità.

Con sentenza 20 aprile 2016, n. 7776³³³, la S.C. ha statuito circa la opponibilità dell'assegnazione della casa familiare trascritta in data anteriore al pignoramento, ma successiva all'iscrizione ipotecaria a favore del creditore precedente.

Il caso in breve.

L'esecutata in un'espropriazione immobiliare, si è opposta agli atti esecutivi con ricorso avverso l'ordinanza con la quale il giudice aveva disposto che il bene pignorato fosse venduto per intero ed in piena proprietà, ordinando contestualmente la liberazione.

L'opponente esecutata per la quota del 50% deduceva di aver trascritto il provvedimento di assegnazione della casa coniugale, reso nel corso della procedura di separazione, prima del pignoramento immobiliare e ne sosteneva la sua opponibilità sia al creditore precedente che all'aggiudicatario del bene.

La banca, creditore precedente, ha resistito affermando che in date antecedenti alla trascrizione del provvedimento di assegnazione della casa coniugale risultavano iscritte due ipoteche volontarie rilasciate dagli allora coniugi sull'immobile oggetto di pignoramento che si apparteneva a loro in parti uguali a fronte dell'erogazione di un mutuo.

Su tali presupposti l'Istituto resistente affermava la inopponibilità del diritto di abitazione in quanto trascritto in data successiva alla iscrizione ipotecaria.

Il giudice, pertanto, modificava l'ordinanza disponendo che questa recasse menzione del provvedimento di assegnazione della casa coniugale "trascritto in data anteriore al pignoramento e pertanto opponibile all'aggiudicatario fino al permanere del relativo diritto in capo all'assegnataria", con contestuale revoca dell'ordine di liberazione.

³³³ Mass., 2016, 278, Vita not., 2016, 792, Famiglia e dir., 2017, 33, n. Chiusoli, in Corriere giur., 2017, 1067, n. Verdesca, Repertorio 2016, Separazione di coniugi [6130], n. 46. Sentenza integrale in Le Banche Dati del Foro Italiano.

All'esito del giudizio di merito il "Tribunale ha accolto l'opposizione agli atti esecutivi proposta dall'esecutata, ritenendo opponibile il provvedimento di assegnazione della casa coniugale trascritto prima della trascrizione del pignoramento, a prescindere dalle iscrizioni ipotecarie anteriori, "in virtù del principio della assimilazione del diritto dell'assegnatario a quello del locatario, come desumibile dal richiamo all'art. 1599 c.c. contenuto nell'art. 6, comma sesto, della L. n. 898/70 ... ritenuto applicabile anche in tema di separazione coniugale".

La sentenza è stata fatta oggetto di ricorso per cassazione da parte della Banca secondo la quale l'art. 155 quater c.c. era applicabile alla separazione tra i coniugi ed anche alla trascrizione del provvedimento di assegnazione della casa familiare. Ha dedotto, altresì, la Banca che dal collegamento tra l'art. 155 quater c.c. e gli artt. 2642, 2644, 2812 e 2919 c.c. derivava la inopponibilità al creditore ipotecario del provvedimento di assegnazione della casa familiare trascritto successivamente all'iscrizione di ipoteca. Con altro motivo di ricorso la Banca ha sostenuto che l'art. 6, sesto comma, della legge 1° dicembre 1970, n. 898, sarebbe norma parzialmente abrogata dall'art. 155 quater c.c. quale norma sopravvenuta.

Nell'iter decisionale a riguardo della opponibilità del provvedimento di assegnazione della casa familiare trascritto in data anteriore al pignoramento e successivamente alla iscrizione ipotecaria a favore del creditore procedente, la S.C. ha osservato che la separazione tra coniugi è regolata, sotto il profilo di interesse nello specifico, dall'art. 155 quater c.c. (abrogato dall'art. 106, comma 1, lett. a, del d.lgs. 28 dicembre 2013 n. 154, soltanto a decorrere dal 14 febbraio 2014, ai sensi di quanto disposto dagli artt. 106 e 108, comma 1, del medesimo d.lgs. 154/13, in quanto sostituito dall'art. 337 sexies c. c., inserito dalla stessa novella).

Si evidenzia che l'art. 6, comma sesto, della l. n. 898/70 si riferisce al terzo acquirente, dunque, riguarda il conflitto che insorge con il proprietario successivo.

L'art. 155 quater, primo comma, ultimo inciso, oggi art. 337 sexies c.c., dispone che il provvedimento di assegnazione della casa familiare volto in via

prioritaria alla tutela dell'interesse dei figli e quello di revoca sono trascrivibili e opponibili ai terzi ai sensi dell'art. 2643 c.c.

Osserva la Corte che il rinvio contenuto nell'art. 155 quater c.c. all'art. 2643 c.c. – e non all'art. 1599 c.c.- comporta che le condizioni di opponibilità del provvedimento -trascritto- di assegnazione della casa familiare sono riferite non solo all'acquirente dell'immobile ma ad ogni possibile terzo rientrando in tale categoria anche il creditore che ha iscritto la propria ipoteca prima dell'assegnazione.

L'art. 2643 c.c. individua gli atti che a fini di pubblicità devono essere trascritti; gli effetti della trascrizione vengono disciplinati dall'art. 2644 c.c. che, nella priorità della trascrizione, individua il criterio della risoluzione dei conflitti tra titolari di diritti incompatibili. La S.C. esamina il rapporto tra quest'ultimo articolo e l'art. 155 quater c.c.

L'art. 155 quater c.c., "pur se implicitamente" -prosegue la Corte-, va riferito anche all'art. 2644 c.c. che dispiega i suoi effetti sia nei confronti dei terzi che abbiano acquistato diritti sull'immobile dopo la trascrizione del provvedimento di assegnazione (secondo comma), sia nei confronti di coloro che li abbiano acquistati prima (primo comma), disciplinandoli secondo il noto principio a norma del quale colui che opera per primo la trascrizione è preferito rispetto a chi non trascrive il proprio titolo o lo trascrive successivamente.

Il legame, sia pur implicito, tra l'art. 155 quater c.c. e l'art. 2644 c.c., statuito dai Supremi Giudici, comporta che la trascrizione del provvedimento di assegnazione della casa familiare "non ha effetto" nei confronti dei terzi che "a qualunque titolo" abbiano acquistato diritti sull'immobile in virtù di atto anteriormente trascritto.

In particolare³³⁴, Siffatta inopponibilità sta a significare che il creditore ipotecario può far subastare l'immobile come libero, in quanto, come dedotto col terzo motivo, il diritto del coniuge assegnatario trascritto dopo l'iscrizione dell'ipoteca non può pregiudicare i diritti del titolare della garanzia reale. 3.2.- Escluso, infatti, che l'"assimilazione" del diritto del coniuge assegnatario a quello del conduttore, "sia pure ai soli fini della trascrizione", consegua alla previsione espressa della L. n. 898 del 1970, articolo 6, comma 6, (da ritenersi,

³³⁴ Così continua l'iter argomentativo della sentenza Cass. n. 7776/2016.

per quanto sopra, abrogata, quanto meno con riferimento al regime degli atti trascritti), non vi sono altri indici normativi che consentano di sovrapporre la disciplina dei due diritti rispetto a quella dell'ipoteca. Né, come anticipato, può giovare, allo scopo, la presa di posizione nel senso di attribuire al diritto in questione la natura di diritto personale di godimento. Non tutti i diritti personali di godimento resistono dinanzi al prevalente diritto del creditore ipotecario, anzi, di regola vale il contrario (come è per il diritto del comodatario). Vi resiste la locazione, perché l'ordinamento consente che l'ipoteca si estenda ai frutti del bene, compresi i canoni di locazione (arg. ex articolo 2811 c.c.), che quindi sono soggetti ad espropriazione ai sensi dell'articolo 2808 c.c. Peraltro, il fatto che l'atto di locazione sopravvenuto all'iscrizione d'ipoteca non pregiudica il creditore ipotecario poiché non priva il bene del valore d'uso e ne consente la vendita come bene produttivo di reddito; tanto ciò è vero che quando invece questo non sia possibile - come nell'ipotesi prevista dall'articolo 2643, n. 9, e dagli ultimi due commi dell'articolo 2812 c.c. (cessioni e licitazioni di pigioni e di fitti non scaduti) - è lo stesso legislatore a prevedere che il diritto del conduttore, che superi determinati limiti temporali, debba essere trascritto e che l'iscrizione ipotecaria prevalga sul diritto del conduttore non trascritto o trascritto successivamente. La S.C. Corte ha accolto il ricorso proposto dalla Banca, ha cassato la sentenza impugnata e, decidendo nel merito, ha rigettato l'opposizione agli atti esecutivi.

6. Opponibilità del provvedimento giudiziale di assegnazione della casa familiare reso prima dell'acquisto al terzo acquirente

Come premesso la S.C. con la recente pronuncia n. 1744 del 24.01.2018³³⁵ ha connotato il diritto di abitazione del coniuge assegnatario a seguito di provvedimento giudiziale di assegnazione della casa come atipico diritto personale di godimento.

A norma dell'art. 337 sexies c.c., il diritto di godimento acquisito dal coniuge assegnatario fonda essenzialmente sulla tutela dei figli minori o maggiorenni ancora conviventi ma non autosufficienti. Lo stesso articolo stabilisce le cause

³³⁵ Mass., rv. 647785-01 Nel Repertorio: 2018, Separazione di coniugi [6130], n. 6

di estinzione del diritto così acquisito ovvero la non abitazione dell'assegnatario o la non stabilità nell'abitare la casa o la convivenza more uxorio o un nuovo matrimonio. L'assegnazione della casa a seguito della crisi della famiglia non ha una portata strettamente assistenziale in favore del coniuge più debole, infatti, "anche nel vigore della L. 6 marzo 1987 n. 74, il cui art. 11 ha sostituito l'art. 6 della L. 1 dicembre 1970 n. 898, la disposizione del comma 6 di quest'ultima norma, in tema di assegnazione della casa familiare, non attribuisce al giudice il potere di disporre l'assegnazione a favore del coniuge che non vanti alcun diritto - reale o personale - sull'immobile e che non sia affidatario della prole minorenni o convivente con figli maggiorenni non ancora provvisti, senza loro colpa, di sufficienti redditi propri (Cass. civ., sez. un., 28 ottobre 1995)"³³⁶.

Sulla natura del diritto che il coniuge assegnatario acquisisce in virtù del provvedimento di assegnazione si segnalano essenzialmente due vedute, una lo connota quale situazione soggettiva di tipo assoluto e reale l'altra quale diritto di godimento di natura personale.

In passato la prima ipotesi è stata sostenuta dalla giurisprudenza della S.C. – in parte condivisa anche dalla giurisprudenza di merito- secondo la quale a seguito del provvedimento di assegnazione si connotava una situazione di compossesso nel senso che è "il giudice della separazione stessa, pur non innovando il titolo di godimento o i diritti reali delle parti, a concentrare la situazione possessoria in capo al coniuge in favore del quale venga disposta l'assegnazione della casa familiare"³³⁷.

L'orientamento dominante ha in seguito stabilito che in virtù del provvedimento di assegnazione della casa familiare si connota una detenzione qualificata del coniuge assegnatario ed il diritto di abitazione connesso risulta opponibile ai terzi ed anche al coniuge proprietario.

³³⁶ Cass. Sez. Un. 11297/1995, in Giust. civ., 1996, I, 45, n. Marinelli, Giust. civ., 1996, I, 725 (m), n. Frezza, Arch. civ., 1996, 455 Arch. civ., 1996, 749, Dir. famiglia, 1996, 499 Nuova giur. civ., 1996, 517, n. Quadri.

³³⁷ Trib. Di Ravenna, 13.07.2016, in www.lanuovaproceduracivile.com, 2016, Repertorio 2016, Possesso [5060], n. 10, Dottrina Foro Italiano: Possesso.

A seguito di un articolato iter giurisprudenziale la S.C. ha qualificato con la richiamata sentenza il diritto di abitazione in discorso quale "diritto personale di godimento variamente segnato da tratti di atipicità"

Pertanto, non è ammessa la natura di diritto reale di abitazione opponibile ai terzi secondo il criterio dell'antiorità della trascrizione ma, ai sensi dell'art. 6 della l. n. 898 del 1970, sostituito dall'art. 11 della l. n. 74 del 1987, al terzo acquirente dell'immobile che acquista dopo che il provvedimento sia stato reso dall'A.G il diritto così acquisito risulta opponibile entro i nove anni se il provvedimento non risulta trascritto oppure oltre i nove anni in caso in cui risulta trascritto prima dell'acquisto.

La S.C. ha affermato, altresì, che "il terzo acquirente del bene è tenuto a rispettare il godimento dell'assegnatario «nello stesso contenuto e nello stesso regime giuridico propri dell'assegnazione» escluso in tali limiti «qualsiasi obbligo di pagamento da parte del beneficiario per tale godimento, atteso che ogni forma di corrispettivo verrebbe a snaturare la funzione stessa dell'istituto» (cfr. ad es. Cass. n. 12705 del 29/08/2003)³³⁸, potendo - in caso di inconsapevolezza circa l'assegnazione - agire contro il dante causa"³³⁹.

La compressione del diritto di proprietà nei termini stringenti di cui sopra fonda sull'efficacia del provvedimento giudiziale di assegnazione, ma nel tempo potrebbero venirne meno i presupposti. Il terzo acquirente a sua tutela può, infatti, proporre domanda di accertamento dell'insussistenza – originaria o sopravvenuta- dei presupposti sui quali fonda il diritto di godimento della casa coniugale in capo al coniuge assegnatario deducendo che non coabitano più figli minorenni oppure maggiorenni non autosufficienti. L'azione è tesa a conseguire una declaratoria di inefficacia "E ciò al fine di conseguire una declaratoria di inefficacia del titolo che legittima l'occupazione della casa coniugale da parte del coniuge assegnatario, a tutela della pienezza delle facoltà connesse al diritto dominicale acquisito" (Cass. n. 15367 del 22/07/2015)³⁴⁰.

³³⁸ Mass., 2003, Riv. not., 2004, 161 Giur. it., 2004, 1176, Dir. famiglia, 2003, 943, Lessico dir. famiglia, 2004, 205, Repertorio 2004, Separazione di coniugi [6130], n. 58.

³³⁹ Cass. n. 1744/2018, cit.

³⁴⁰ Arch. locazioni, 2015, 634, Dir. famiglia, 2016, 444, n. Savi, Repertorio 2015, Matrimonio [4130], n. 189, Dottrina Foro It., Matrimonio.

Appare evidente da questa breve analisi che la compressione che deriva al diritto di proprietà in presenza del diritto di abitazione acquisito in virtù di assegnazione nel caso di crisi della famiglia è di notevole entità e la sua opponibilità ai terzi aventi causa è strettamente e funzionalmente legata alla connotazione della sua natura giuridica. Come si è visto, le tesi adottate nel tempo dalla S.C. circa la connotazione del diritto così acquisito si integrano in uno spettro i cui estremi vanno in via esemplificativa dal "diritto reale" al "diritto personale atipico di godimento" e la richiamata pronuncia del 2018 sembra approdare sulla scia di un orientamento giurisprudenziale ormai stabilizzato ad un punto fermo che stabilisce la seconda connotazione. Come già osservato, ne discende che risulta fortemente compressa la proprietà dell'immobile assegnato nel contesto della crisi familiare ed a prescindere dalla trascrizione dell'assegnazione stessa.

È lecito chiedersi fin dove si spinge la responsabilità professionale del Notaio nella indagine circa i pesi gravanti su di un cespite oggetto di atto notarile nel caso specifico della mancata rilevazione del gravante diritto di abitazione acquisito ex lege o nel contesto della crisi della famiglia, attesa la particolare natura giuridica di tali diritti parziari e le connesse oggettive difficoltà di rilevazione.