

DIREZIONE

Prof. Clelia Buccico (DIRETTORE RESPONSABILE)
Prof. Raffaele Perrone Capano (DIRETTORE SCIENTIFICO)
Prof. Carlo Amatucci
Prof. Gian Luigi Bizoli
Prof. Maria Cecilia Cardarelli
Prof. Loredana Carpentieri
Prof. Antonia Irace
Prof. Agostino Ennio La Scala
Prof. Maurizio Logozzo
Prof. Giuseppe Melis
Prof. Salvatore Muleo
Prof. Mario Nussi
Prof. Maria Pierro
Prof. Marilena Rispoli
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. Andrea Amatucci
Prof. Antonella Brozzetti
Prof. Angelo Contrino
Prof. Paola Coppola
Prof. Giuseppe Corasaniti
Prof. Franco Fichera
Prof. Stefano Fiorentino
Prof. Maria Cecilia Fregni
Prof. Gianfranco Gaffuri
Prof. Franco Gallo
Prof. Raffaello Lupi
Prof. Corrado Magnani
Prof. Alberto Marcheselli
Prof. Enrico Marello
Prof. Giuseppe Marini
Prof. Giovanni Marongiu
Prof. Maurizio Sebastiano Messina
Prof. Umberto Morera
Prof. Franco Paparella

Prof. Leonardo Perrone
Prof. Giovanni Puoti
Prof. Gaetano Ragucci
Prof. Livia Salvini
Prof. Vittorio Santoro
Prof. Antonella Sciarrone Alibrandi
Prof. Maria Vittoria Serranò
Prof. Dario Stevanato

REDAZIONE

Prof. Gennaro Rotondo (Coordinamento)
Dott. Ernesto Aceto
Dott. Francesco V. Albertini
Dott. Beatrice Bertarini
Dott. Samantha Buttus
Dott. Daniela Conte
Dott. Mariaconcetta D'Arienzo
Dott. Santa De Marco
Dott. Simona Giannetti
Dott. Gabriella Gimigliano
Dott. Massimiliano Giorgi
Dott. Silvia Giorgi
Prof. Claudia Golino
Dott. Laura Letizia
Dott. Francesca Lorusso
Dott. Paola Marongiu
Dott. Andrea Perrone Capano
Dott. Andrea Poddighe
Dott. Sara Pugliese
Dott. Adriana Salvati
Dott. Nicola Sartori
Prof. Luigi Scipione
Prof. Angelo Spena
Prof. Loredana Strianese
Dott. Maria Villani

Innovazione e Diritto – Rivista di Diritto tributario e dell'economia – 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 (Dottrina)

Il diritto a una buona amministrazione e l'obbligo di motivazione delle decisioni dell'Amministrazione finanziaria* p. 5
di Stefano Fiorentino

La propuesta de Directiva sobre reestructuración temprana: Unión de los mercados de capitales, Unión bancaria y Derecho de la insolvencia* p. 24
de Juana Pulgar Ezquerro

La Vocazione di San Matteo: il peccato e le imposte* p. 57
di Adriana Salvati

Una rilettura critica dell'istituto della "ricapitalizzazione precauzionale" tra scenari ipotetici, vincoli sugli aiuti di Stato e (in)stabilità sistemica* p. 76
di Luigi Scipione

L'ACF ad un anno dalla sua attuazione: natura dell'organismo e peculiari profili procedurali alla luce di alcuni orientamenti decisorii p. 132
di Serena Barberio

Il principio di proporzionalità del voto nelle Società per Azioni: deroghe statutarie ed extrastatutarie p. 157
di Emanuele Coraggio

Le importazioni, i depositi IVA, le triangolazioni e le sanzioni: un'analisi delle novità interne ed euro-unitarie* p. 187
di Giorgio Emanuele Degani

I nuovi strumenti di prevenzione della corruzione: ambito giuridico soggettivo e indicatori di rischio p. 225
di Angelo Francini

PARTE SECONDA (Giurisprudenza)

Illegittimità costituzionale dell'articolo 57, comma 1, lett a) del D.P.R. n.602 del 1973: commento breve alla sentenza della Corte costituzionale n.114 del 31 maggio 2018* p. 278

di Andrea Purpura

PARTE TERZA (Contributi istituzionali)

Il *trust* nella circolare n.1/2018 della Guardia di Finanza p. 305

di Nicholas Mariani

PARTE PRIMA

Il diritto a una buona amministrazione e l'obbligo di motivazione delle decisioni dell'Amministrazione finanziaria

di Stefano Fiorentino

Professore ordinario di Diritto tributario

Dipartimento di Scienze aziendali

Università degli Studi di Salerno

ABSTRACT

The motivation, therefore, implying a burden of clarification of the assumptions and reasons behind an (administrative) decision, is intuitively and traditionally expressed as a "formal" procedural guarantee, according to the right of defense. The provision in question is peacefully applicable in the tax area, also due to the express reference in this sense contained in art. 7 of the Law no. 212/2000. This can be said to be currently undisputed. On the contrary, it is more complex to establish whether, and possibly how, there are reasons for further and specific purposes alongside this function. These difficulties have found particular confirmation in the troubled evolution of the motivation of tax acts.

SINTESI

La motivazione, quindi, implicando un onere di esplicitazione dei presupposti e delle ragioni alla base di una decisione (amministrativa), si esplica intuitivamente e tradizionalmente quale garanzia procedimentale di tipo "formale", in funzione del diritto di difesa. La disposizione in questione è pacificamente applicabile in ambito tributario, anche in ragione dell'espreso richiamo in tal senso contenuto nell'art. 7 della L. n. 212/2000. Ciò può dirsi attualmente incontestato. Più complesso è invece stabilire se, ed eventualmente come, accanto a tale funzione trovino ragion d'essere ulteriori e specifici scopi. Tali difficoltà hanno trovato peculiare conferma nella travagliata evoluzione della motivazione degli atti tributari.

SOMMARIO: 1. Premessa – 2. La motivazione degli atti tributari quale temperamento tra esigenze difensive e corretta attuazione del tributo – 3. Insufficienza delle tradizionali formule legislative per la motivazione degli atti tributari – 4. Origine e superamento degli orientamenti fortemente svalutativi della motivazione dell'accertamento: dal sistema di attuazione (essenzialmente) processuale del tributo a quello procedimentale – 4.1. Conseguente diffusione e flessibilità delle esigenze motivazionali degli atti tributari: la risposta legislativa con l'art. 7 della L. n.212/2000 – 4.1.1. Criticità della motivazione degli atti di riscossione ex art. 7, comma 3, L. n.212/1990 – 4.1.2. Aspetti problematici della motivazione per relationem ex art. 7, comma 1, secondo periodo – 4.2. Ulteriori aspetti problematici della motivazione degli atti tributari nel sistema di

attuazione procedimentale del tributo: la c.d. motivazione rafforzata – 5.
Conclusioni

1. Premessa

L'art. 3 della L. n.241 del 1990, con portata generale in ambito di procedimenti amministrativi, sancisce l'obbligo di motivare i provvedimenti amministrativi indicando *"i presupposti di fatto e le ragioni giuridiche che hanno determinato la decisione dell'amministrazione, in relazione alle risultanze dell'istruttoria"*. La motivazione, quindi, implicando un onere di esplicitazione dei presupposti e delle ragioni alla base di una decisione (amministrativa), si esplica intuitivamente e tradizionalmente quale garanzia procedimentale di tipo "formale", in funzione del diritto di difesa. La disposizione in questione è pacificamente applicabile in ambito tributario, anche in ragione dell'espresso richiamo in tal senso contenuto nell'art. 7 della L. n.212 del 2000.

Quanto appena detto può dirsi attualmente incontestato. Più complesso è invece stabilire se, ed eventualmente come, accanto a tale funzione trovino ragion d'essere ulteriori e specifici scopi. Tali difficoltà hanno trovato peculiare conferma nella travagliata evoluzione della motivazione degli atti tributari. Gli aspetti motivazionali degli atti tributari, infatti, in ragione della specificità e varietà funzionale degli stessi, ma prima ancora in virtù della fondamentale esigenza sistematica volta a garantire, in concreto e "sostanzialmente", il dovere di concorso alle spese pubbliche ex art. 53 Cost., è da sempre oggetto di acceso dibattito nella dottrina e nella giurisprudenza tributaria.

Tali profili, evidentemente, incidono di volta in volta sul contenuto minimo (o adeguato) della motivazione degli atti tributari, sugli eventuali effetti invalidanti, nonché sulla sindacabilità giudiziale di tali aspetti.

Il presente lavoro si propone di indagare tali aspetti problematici cercando, ove possibile, di ricondurre i molteplici spunti emergenti dalle diverse ipotesi applicative ad un coerente ordine sistematico.

2. La motivazione degli atti tributari quale contemperamento tra esigenze difensive e corretta attuazione del tributo

Come già accennato, l'esigenza di motivazione dei provvedimenti amministrativi è tradizionalmente riferita¹ al fine di garantire il "controllo democratico" da parte degli amministrati sul potere esercitato dalla Pubblica Amministrazione; in prima battuta, gli aspetti applicativi di tale finalità sono dunque naturalmente indirizzati a garantire il diritto di difesa dei cittadini innanzi al giudice ex art. 24 Cost..

Le esigenze di controllo e di piena esplicazione giudiziale del diritto di difesa rappresentano dunque, ancora oggi, un profilo primario della motivazione dei provvedimenti amministrativi, di rilevanza generale nell'ordinamento ivi compreso il settore tributario.

V'è da dire, tuttavia, che accanto all'indubbio rilievo di tale aspetto, possono cogliersi ulteriori fondamentali funzioni che assumono rilievo preminente nella materia tributaria.

In effetti, già la medesima dottrina amministrativa ha osservato che l'art. 3, laddove estende l'obbligo di motivazione anche agli atti vincolati, costituisce la conferma che la motivazione non è funzionale solo a consentire un controllo, ma anche ad altri scopi tra i quali *in primis* quello della trasparenza del procedimento amministrativo.²

Nell'ordinamento tributario, in particolare, assume particolare rilievo il diversificato atteggiarsi dell'obbligo di motivazione in relazione ad un atto di natura vincolata o discrezionale: la diversa natura, cioè, comporta anche una necessaria diversità di contenuto della motivazione degli atti tributari.³

Ciò precisato, va ricordato che il potere "di imposizione" è da intendere quale

¹ In proposito A. ROMANO TASSONE, *Motivazione nel diritto amministrativo*, in *Dig. Disc. Publ.*, Torino, 1997, App., XIII, p. 685.

² In tal senso A. ROMANO TASSONE, *Legge sul procedimento e motivazione del provvedimento amministrativo. Prime osservazioni*, in *Scritti in onore di P. Virga*, II, Milano, 1994, p. 1591.

³ G. VANZ, *Osservazioni critiche sull'orientamento della Cassazione in tema di motivazione e prova dell'accertamento tributario*, in *Giur. Imp.*, 2000, 3, p. 766.

potere amministrativo essenzialmente “vincolato” *ex lege*.⁴ L’amministrazione finanziaria, cioè, esplica i propri poteri amministrativi ed assume i conseguenziali provvedimenti “decisori”, al fine primario di garantire la corretta attuazione del tributo in capo a ciascun contribuente, così come previsto dalle leggi d’imposta.

La precipua finalità del procedimento amministrativo di imposizione è, infatti, come è noto, quella di garantire, nell’esplicazione di poteri pubblicistici di controllo, la corretta attuazione del dovere di concorrere alle spese pubbliche in diretta osservanza dei principi costituzionali di cui agli articoli 53 e 23.

In una prospettiva costituzionalmente orientata, dunque, l’accertamento del presupposto del tributo, sia sul piano dei fatti materiali a tal fine considerati sia su quello della esatta rispondenza alla legge d’imposta, risponde dunque ad una fondamentale esigenza di “verità sostanziale”, costituzionalmente garantita.⁵

Alla stregua di ciò, la motivazione degli atti tributari, pur essendo in sé un requisito tipicamente “formale”, risente quindi in vario modo dello spiccato “sostanzialismo” sotteso alla finalità primaria del procedimento di imposizione. Anzi, è sistematicamente sostenibile che la “corretta attuazione del tributo” è valore da tenere, inevitabilmente, in primaria considerazione nell’applicare in ambito tributario i tradizionali aspetti funzionali della motivazione degli atti amministrativi (controllo e diritto di difesa, buon andamento e trasparenza amministrativa, partecipazione del destinatario e contraddittorio procedimentale).

3. Insufficienza delle tradizionali formule legislative per la motivazione degli atti tributari

Gli aspetti motivazionali degli atti del procedimento tributario sono

⁴ Pur non potendosi escludere nell’ambito tributario specifici profili di “discrezionalità”; non è possibile in questa sede soffermarsi su tali aspetti generalissimi della materia tributaria, per l’approfondimento dei quali si rinvia all’ampissima letteratura in argomento.

⁵ M. VERSIGLIONI, *Impossibilità logiche e costituzionali delle attuali norme generali antiabuso*, in *Dir. e Proc. Trib. - Dialogo con le Corti*, 2, 2016, *passim* e p. 278, che sottolinea il profilo del diritto tributario quale diritto con verità, nel senso di un vincolo applicativo «geneticamente legato all’attuazione dell’art. 53 Cost.».

tradizionalmente riferiti agli “atti di accertamento” del tributo, quali tipica e tradizionale espressione del provvedimento/decisione che conclude il procedimento di controllo, con conseguente accertamento della pretesa tributaria dovuta ed irrogazione della sanzione.

Tant'è che le leggi disciplinanti i poteri di accertamento contengono proprie regolamentazioni sulla motivazione, ben prima dell'entrata in vigore della L. n.241 del 1990.⁶

Evitando una ricognizione analitica di tali norme, può dirsi sinteticamente che esse, da un lato continuano a declinare l'onere motivazionale quale mera esplicazione di tipologie e metodi di accertamento utilizzati così come avveniva sin dagli anni '70, dall'altro riecheggiano la struttura tradizionale della motivazione dei provvedimenti amministrativi, non offrendo un'adeguata ed evoluta indicazione sulla peculiare funzione di temperamento propria della motivazione degli atti tributari.

In tal senso, cioè, le diverse formule legislative sulla motivazione degli atti tributari di accertamento, attualmente vigenti, non offrono spunti o indicazioni applicative idonee a risolvere le peculiarità del procedimento di imposizione, con particolare riguardo alle scelte di temperamento tra finalità sostanziali di corretta attuazione del tributo ed esigenze difensive maggiormente legate agli aspetti formali della motivazione.

Tutto ciò ha dato luogo ad un complesso percorso di adattamento applicativo, in parte “guidato” dal legislatore, ma essenzialmente ed ampiamente di tipo interpretativo e legato agli orientamenti della giurisprudenza.

4. Superamento degli orientamenti fortemente svalutativi della motivazione dell'accertamento: dal sistema di attuazione (essenzialmente) processuale del tributo a quello procedimentale

Con il pacifico e acquisito superamento dell'orientamento che vedeva nella

⁶ Ad es. si veda l'art. 42, comma 2, del D.P.R. n.600/1973, già nel testo originario in vigore dal 01-01-1974.

motivazione dell'accertamento una mera *provocatio ad opponendum*, si afferma oggi unanimemente, sia in dottrina che in giurisprudenza, che tutti gli elementi della motivazione devono sussistere sin dall'emanazione dell'avviso di accertamento, disconoscendosi fermamente la possibilità di integrare successivamente la motivazione in sede processuale.⁷

In particolare, l'accresciuta importanza della motivazione amministrativa risulta pienamente consolidata e affermata quale vincolo, per l'ufficio, di enunciare *ex ante* i motivi (e le prove) con cui sostenere la pretesa tributaria, coerentemente con la natura impugnatoria del processo tributario nonché con il nuovo assetto accusatorio del medesimo.⁸

Ma il superamento della *provocatio ad opponendum* non esaurisce i propri effetti sul piano processuale, laddove tale vicenda è il riflesso di un nuovo sistema di attuazione del tributo, nel quale l'attuazione giudiziale (del tributo) è divenuta sistematicamente residuale rispetto ad una fisiologica attuazione pregiudiziale e procedimentale dell'imposizione tributaria.⁹ Ciò, evidentemente, si riflette in modo problematico sulla motivazione degli atti del procedimento tributario.

La rinnovata centralità di una fase amministrativa di giusta attuazione del dovere di concorso, cioè, ha anche inevitabilmente riproposto quei problemi di difficile contemperamento tra diritto individuale di difesa del contribuente e interesse pubblico alla corretta attuazione del tributo, non adeguatamente risolvibili con un mero rinvio alle norme sui metodi di accertamento ovvero alle generali garanzie del procedimento amministrativo.

⁷ In proposito, *ex multis*, Cass., SS.UU., sentt. n.19854/2004, n.3414/2017, n.24024/2015. Quale corollario di tali orientamenti, può dirsi oggi opinione altrettanto consolidata quella che riconduce all'obbligo di motivazione dell'atto di imposizione l'onere di enunciazione (almeno tendenziale) delle prove, pur ammettendosi la concreta allegazione delle stesse anche in sede processuale.

⁸ La giurisprudenza sottolinea l'impossibilità di integrare la motivazione dell'atto impugnato, valorizzando anche espressamente la natura impugnatoria del processo tributario: in tal senso, *ex multis*, Cass., sent. 30 marzo 2016, n.6103, e Cass., sent. 19 febbraio 2016, n.3315.

⁹ L'attuazione del tributo innanzi al giudice, cioè, almeno nella astratta idealità del sistema attuale, andrebbe riservata alle questioni di attuazione del tributo più complesse, ovvero ai casi di "patologica" esplicazione della fase procedimentale.

Ciò detto, possono essere evidenziati numerosi profili, sia sul piano degli interventi legislativi sia su quello degli orientamenti interpretativi, in cui può cogliersi il travagliato percorso evolutivo della motivazione degli atti tributari nella attuale fase ordinamentale; quale delicato e “variegato” snodo, cioè, tra l’affermazione dell’esigenza fondamentale di verità sostanziale tributaria e quella di garantire, al contempo, che tale verità essa emerga nell’ambito di un giusto, collaborativo e trasparente procedimento “amministrativo” di controllo.¹⁰

4.1. Conseguente diffusione e flessibilità delle esigenze motivazionali degli atti tributari: la risposta legislativa con l’art. 7 della L. n.212/2000

Con le nuove esigenze di attuazione procedimentale del tributo, accanto all’atto di accertamento, che conserva ovviamente il ruolo centrale di provvedimento/decisione conclusivo del procedimento di controllo (atto di imposizione), hanno trovato via via attuazione ulteriori atti che realizzano tale funzione, sia pure in modo fortemente specifico e diversificato.¹¹

Tali tendenze hanno implicato, per un verso, una (ancor maggiore) insufficienza delle pregresse formule legislative sulla motivazione degli atti tributari, sia sul piano quantitativo, essendo esse essenzialmente limitate agli atti accertamento, sia, per altro verso, rispetto all’esigenza di coniugare funzioni motivazionali più flessibili, non tutte pedissequamente sovrapponibili allo schema tradizionale dell’accertamento del tributo.

Una risposta legislativa a tali esigenze, auspicabilmente di tipo sistematico, è rappresentata dall’art. 7 della L. n.212 del 2000. La nota disposizione dello Statuto, infatti, pur richiamando espressamente (quanto pleonasticamente) l’art. 3 della L. n.241/1990, da un lato, riferisce l’obbligo di motivazione agli “atti” dell’Amministrazione finanziaria, suggerendone un’applicazione ampia e testualmente non limitata ai “provvedimenti” di accertamento, dall’altro

¹⁰ Cfr. M. PIERRO, *Il dovere di informazione dell’Amministrazione finanziaria*, Torino, 2013, *passim*.

¹¹ Si pensi, ad esempio, agli atti di iscrizione a ruolo ex artt. 36-bis e 36-ter del D.P.R. n.600/1973.

conferma tale tendenza con alcune specifiche previsioni in tema di atti della riscossione coattiva.

Pur essendo apprezzabile e sistematicamente coerente l'enfasi che traspare dal testo dell'art. 7 sulle esigenze di peculiare ampiezza e garanzia della funzione motivazionale degli atti tributari, non può negarsi, tuttavia, come lo stesso si soffermi poco sugli aspetti di altrettanto necessaria flessibilità e concretezza funzionale, esponendosi al pericolo, da un lato, di un'applicazione "letterale" di tipo eccessivamente formalistico, dall'altro, di un'interpretazione specularmente opposta di tipo estremamente "riduttivo".

Ciò ha determinato, come in passato, accesi contrasti applicativi e reazioni giurisprudenziali tese a mitigare (se non a svilire) gli aspetti di garanzia formali letteralmente implicati dall'art. 7, ritenuti eccessivi rispetto al fine (sostanziale) di attuare il tributo.

4.1.1. Criticità della motivazione degli atti di riscossione ex art. 7, comma 3, L. n.212/2000

L'art. 7, comma 2, dopo una formulazione generale che accomuna nell'esigenza di motivazione "*gli atti dell'amministrazione finanziaria e dei concessionari della riscossione*", contiene una specificazione per gli atti della riscossione al successivo comma 3, ove si distingue tra atto di riscossione preceduto o meno da atto di accertamento.

Nel primo caso la norma degrada opportunamente gli aspetti motivazionali dell'atto di riscossione a mere esigenze informative della riscossione coattiva, laddove l'obbligo motivazionale dell'atto di imposizione va ricercato nel precedente atto di accertamento. Coerentemente, eventuali carenze motivazionali/informative del (mero) atto di riscossione assumono tendenzialmente e limitatamente rilievo sul piano della mera "regolarità" della riscossione coattiva, non inficiando il profilo sostanziale di fondo alla base della corretta attuazione del tributo.

Diversamente, nel caso di atto di riscossione non preceduto da atto di

accertamento, il comma 3 prevede, *sic et simpliciter*, che sul titolo esecutivo sia riportata “la motivazione della pretesa tributaria”. Un tale inciso normativo, per quanto dia evidentemente conto della natura di “atto di imposizione” di un atto della riscossione non preceduto da atto di accertamento (o da atto di liquidazione), pecca forse di eccessiva semplificazione nell’omologare le esigenze motivazionali degli atti della riscossione a quella degli atti di accertamento, anche quando i primi assumono la veste di atti di imposizione.

Una completa assimilazione del profilo motivazionale degli atti di riscossione non preceduti da accertamento, agli atti di accertamento in senso stretto, è sistematicamente giustificabile, anche sul piano funzionale e delle garanzie, solo laddove tali atti svolgano “effettivamente” un ruolo del tutto analogo all’atto di accertamento. Ma un tale profilo non è univocamente apprezzabile per gli atti della riscossione che danno in qualche modo esecuzione ad un’obbligazione tributaria già dichiarata dal contribuente (ad es. artt. 36-*bis* e 36-*ter*).

Come già detto, infatti, il ruolo della motivazione degli atti tributari richiede sempre un ragionevole bilanciamento tra gli aspetti tipici e formali della garanzia procedimentale e l’esigenza di attuare correttamente il tributo, ed è nell’ambito di tali coordinate sistematiche che vanno concretamente risolte le questioni applicative.

In tal ordine di idee, esasperare l’ampiezza delle garanzie procedurali della motivazione (ed i correlati effetti invalidanti) in ragione di quanto letteralmente indicato nel comma 3 dell’art. 7, non dà adeguatamente conto, a mio avviso, della fondamentale esigenza di corretta attuazione procedimentale del tributo.

Ciò si reputa ravvisabile, in particolare, in quei casi in cui l’atto di riscossione si limita ad una richiesta coattiva di quanto già linearmente dichiarato dal contribuente, pur se esso assume la veste formale di atto di imposizione; in simili circostanze, infatti, non paiono concretamente sussistenti le esigenze funzionali della motivazione dell’atto tributario di imposizione, ma al più mere esigenze informative, similmente ai meri atti della riscossione.

D’altro canto, neppure svilire ogni esigenza motivazionale degli atti di

riliquidazione amministrativa della dichiarazione del contribuente, pare corretta e ragionevole espressione di un tale contemperamento.

Un conto è, infatti, chiedere coattivamente al contribuente, ex art. 36-*bis*, quanto da egli linearmente dichiarato e non versato, altro è riliquidare amministrativamente la dichiarazione, ai sensi della medesima norma, contestando acconti, crediti d'imposta riportati a nuovo, ecc..¹²

A mio avviso, cioè, le concrete esigenze motivazionali di un atto della riscossione (così come di tutti gli atti di imposizione), al di là di quanto indicato nell'art. 7 dello Statuto, vanno necessariamente valutate caso per caso, privilegiando gli aspetti invalidanti in modo funzionale ad una corretta attuazione del tributo nella fase procedimentale, così come sistematicamente rilevato in termini generali.

In altre parole, gli effetti invalidanti "letteralmente" implicabili ex art. 7, comma 3, possono essere ragionevolmente e sistematicamente esclusi, anche al cospetto di una motivazione formalmente carente, solo ove sia comunque ravvisabile:

per un verso, un utile ed adeguato coinvolgimento del contribuente nella fase istruttoria e pre-decisionale, tenendo quindi "concretamente" conto di quanto da egli eventualmente ivi dedotto e documentato (c.d. motivazione rafforzata);¹³

per altro verso, una oggettiva e ragionevole "conoscibilità" della pretesa tributaria già nella fase procedimentale; come tale, cioè, opportunamente e consapevolmente valutabile dal contribuente in funzione di tutte le diverse scelte ordinamentali previste prima di attivare la fase giudiziale.¹⁴

Non va dimenticato, infatti, che il diritto ad una adeguata valutazione della

¹² In proposito, Cass., ord. 2 aprile 2015, n.6800, ove i Giudici sottolineano come nel caso in cui l'art. 36-*bis* sia utilizzato in chiave non meramente liquidatoria, bensì rettificatoria (come è per il caso di recupero di un credito indebitamente compensato) vi è l'obbligo, a pena di nullità, di comunicare l'esito della liquidazione al contribuente, consentendo a quest'ultimo di conoscere (anche nel "contraddittorio procedimentale") i motivi del recupero. Tali esigenze motivazionali sono a maggior ragione rinvenibili nella più incisiva attività di controllo formale ex art. 36-*ter*.

¹³ Profilo al quale sarà dedicata specifica attenzione nel paragrafo 4.1.2.

¹⁴ Ad es. acquiescenza "qualificata" del tributo ex art. 15 del D.Lgs. n.218/1997, definizione delle sole sanzioni amministrative tributarie ex art. 17, comma 3, D.Lgs. n.472/1997, ecc..

pretesa nella fase procedimentale, essendo sistematicamente implicato dall'interesse pubblico di corretta attuazione (procedimentale) del tributo, assume appunto rilievo quale interesse collettivo,¹⁵ oltre che come interesse individuale (diritto di difesa) del singolo contribuente.

Quanto appena rilevato sulla motivazione degli atti di riscossione, essendo espressione dei principi sistematici vigenti, si reputa possa rappresentare una prospettiva applicativa più generale per ciò che concerne la motivazione degli atti tributari.

4.1.2. Aspetti problematici della motivazione per *relationem* ex art. 7, comma 1, secondo periodo

L'art. 3, comma, 3 della L. n.241 del 1990, dispone, in tema di motivazione per *relationem*, che: *"Se le ragioni della decisione risultano da altro atto dell'amministrazione richiamato dalla decisione stessa, insieme alla comunicazione di quest'ultima deve essere indicato e reso disponibile, a norma della presente legge, anche l'atto cui essa si richiama"*.

Nella disciplina generale sui procedimenti amministrativi non è dunque sancita come indispensabile l'allegazione dell'atto cui la motivazione si richiama.

Diversamente, nell'art. 7, comma 1, dello Statuto è testualmente stabilito che: *"Se nella motivazione si fa riferimento ad un altro atto, questo deve essere allegato all'atto che lo richiama"*.

Il testo della norma statutaria, anche in questo caso, nel privilegiare una

¹⁵ Un tale profilo è, sia pure *incidenter dicta* e con primario riferimento all'art. 97 Cost., lucidamente evidenziato in alcune pronunce giurisprudenziali, ove si sottolinea che «... Il legislatore ha così chiaramente manifestato l'intento di costruire la motivazione, non come enunciazione mera di una pretesa soggetta a verifica processuale *id est*, quale *causa petendi* del futuro giudizio inteso a valutarla, come in sostanza ritenuto dall'amministrazione nel suo ricorso), ma come ratio di una decisione assunta all'esito di una istruttoria (potremmo dire) primaria, svolta nella fase procedimentale e finalizzata, per il principio di buona amministrazione, ad assicurare la realizzazione di un'azione (amministrativa) efficiente e congrua. Di un'istruttoria, cioè, che appunto in vista di tale obiettivo deve precedere l'emissione dell'atto, e di cui, quindi, l'atto finale deve dar conto, seppure in relazione agli esiti finali del procedimento, compendiabili nei presupposti di fatto riscontrati e nella enunciazione delle ragioni giuridiche da cui l'azione possa dirsi sostenuta»: così, Cass., sent. n.22003/2014.

maggior garanzia procedimentale in ambito tributario (obbligo di allegazione), non offre indicazioni sulle peculiari esigenze funzionali in tal modo perseguite, esponendo così il disposto letterale ad un'attuazione eccessivamente formalistica.

Se è vero, infatti, che in ambito tributario sono per certi versi limitate le possibilità di accesso agli atti e di partecipazione del contribuente al procedimento,¹⁶ non si reputa che tali differenze possano giustificare, di per sé, una garanzia procedimentale così drastica rispetto all'esigenza di attuare correttamente il tributo nella fase procedimentale.

Come già rilevato in precedenza per gli atti della riscossione, una simile soluzione legislativa, pur se testualmente semplice e lineare, ha determinato le inevitabili reazioni interpretative volte a temperare la garanzia procedimentale letteralmente e "formalmente" sancita nell'art. 7, comma 1, con il principio di corretta attuazione del tributo.

Un primo importante segnale di "limitazione" della portata applicativa della norma si può cogliere già nelle norme delegate di attuazione (D.Lgs. n.32/2001), ove si stabilisce che *"se la motivazione fa riferimento ad un altro atto non conosciuto né ricevuto dal contribuente, questo deve essere allegato all'atto che lo richiama salvo che quest'ultimo non ne riproduca il contenuto essenziale"*.

Indubbiamente la previsione di cui al D.Lgs. n.32/2001 va oltre una mera "attuazione" di quanto indicato nello Statuto, offrendo peraltro indicazioni funzionali all'onere motivazionale, certamente problematiche sul piano applicativo,¹⁷ ma a mio avviso inevitabili.

Le questioni successivamente sorte sul piano applicativo riguardano essenzialmente gli elementi idonei ad evitare l'onere di allegazione in caso di motivazione *per relationem*: e cioè il significato concreto di "contenuto

¹⁶ Profilo questo evidenziato da L. PERRONE, *La disciplina del procedimento tributario nello statuto del contribuente*, in *Rass. Trib.*, 3/2011, p. 563.

¹⁷ Segnala criticamente tali aspetti L. SALVINI, *La motivazione per relationem nelle più recenti pronunce della Sezione tributaria della Corte di Cassazione*, in *Rass. trib.*, n.2/2002, p. 848.

essenziale” da riprodurre ed “effettiva conoscenza” dell’atto richiamato da parte del contribuente.

Così come chiarito in termini generali, ferma la necessità e la difficoltà di una valutazione caso per caso, si reputa che le questioni vadano risolte nell’ambito delle coordinate sistematiche già individuate, volte ad assicurare cioè, al di là del diritto di difesa azionabile giudizialmente, una corretta e ragionevole “attuazione” della pretesa tributaria già nella fase procedimentale; come tale, garantista di una opportuna partecipazione del contribuente nella fase istruttoria, nonché concretamente idonea ad una utile valutazione (del contribuente) prima ed a prescindere dall’attivazione della fase giudiziale.

Nei limiti di quanto detto,¹⁸ si ritengono condivisibili quegli orientamenti che ribadiscono l’esigenza di interpretare l’obbligo di motivazione degli atti impositivi avendo riguardo ai canoni di leale collaborazione e buona fede, ricostruendone la concreta portata alla luce dei principi costituzionali di solidarietà economica e sociale nonché di ragionevolezza.¹⁹

Negli stessi termini può condividersi anche quell’orientamento che intende per “contenuto essenziale”, “...*quelle parti (oggetto, contenuto e destinatari) dell’atto o del documento che risultino necessarie e sufficienti per consentire al contribuente – e al giudice in sede di eventuale sindacato giurisdizionale – di individuare i luoghi specifici dell’atto richiamato nei quali risiedono quelle parti del discorso che formano gli elementi della motivazione del provvedimento*”.²⁰

Un’attuazione sistematicamente coerente della motivazione *per relationem* induce altresì a negare automatici effetti invalidanti nel caso di rinvio ad un processo verbale di constatazione, non allegato né riprodotto nel contenuto essenziale dell’accertamento ma con mera indicazione degli estremi, ma purtuttavia direttamente notificato o comunicato al contribuente nei modi di

¹⁸ Sempreché, quindi, risulti “concretamente” salvaguardato il diritto (collettivo ed individuale) di partecipazione del contribuente e di “piena” valutabilità della pretesa tributaria, così come in precedenza descritto.

¹⁹ In tal senso, Cass., sent. 9 maggio 2018, n.11052.

²⁰ Così Cass., sent. 25 luglio 2016, n.15348.

legge.²¹

Diversamente, quando gli atti oggetto di *relatio* riguardano un soggetto diverso (ad es. società), non si reputa sistematicamente accettabile, per escludere gli effetti invalidanti di una motivazione (*per relationem*) carente, far leva sulla mera circostanza che il contribuente (socio) può “astrattamente” procurarsi la conoscenza dell’atto richiamato, ad esempio potendo consultare la documentazione relativa alla società ex art. 2261 c.c., e quindi, potendo prendere visione dell’accertamento presupposto e dei suoi documenti giustificativi.²²

L’astratta conoscibilità da parte del contribuente, cioè, similmente ad un approccio eccessivamente formalistico e garantista sull’obbligo di motivazione, non offre adeguata e concreta attuazione al diritto (anche collettivo) ad una oggettiva “partecipazione e valutabilità” della pretesa tributaria già nella fase procedimentale.²³

Come ampiamente e storicamente dimostrato, infatti, la violazione o meno di un tale diritto, sistematicamente primario, è soluzione che non può essere esclusivamente rimessa a canoni astratti, ma richiede necessariamente una ponderazione, funzionalmente orientata, tra interessi difensivi e corretta attuazione “procedimentale” del tributo, da verificare caso per caso.

Se, dunque, l’attuazione procedimentale del tributo è stata “concretamente” inidonea ad assolvere i propri scopi funzionali, gli effetti invalidanti sono la coerente conseguenza della violazione del diritto collettivo ad una corretta

²¹ In proposito, *ex multis*, Cass., sent. 14 maggio 2010, n.11722. Anche in tal caso la “semplificazione” della motivazione *per relationem* è sistematicamente accettabile solo se, ovviamente, dalla lettura del processo verbale siano compiutamente e concretamente soddisfatti gli aspetti funzionali della motivazione tributaria, come già delineati.

²² In tale non condivisibile accezione, si veda Cass., ord. 4 giugno 2018, n.14275.

²³ In termini più garantisti per il contribuente si veda Cass., sent. 23 gennaio 2008, n.1418, «quando i verbali oggetto di *relatio* riguardano un soggetto diverso, l’Amministrazione deve dimostrare – sia pure, eventualmente, tramite presunzioni – l’effettiva e tempestiva conoscenza dei documenti da parte del contribuente, non essendo sufficiente il riferimento ad un atto del quale il contribuente stesso possa semplicemente “procurarsi la conoscenza”, poiché ciò comporterebbe una più o meno accentuata e non giustificata riduzione del lasso di tempo a lui concesso per valutare la fondatezza dell’atto impositivo, con indebita menomazione del diritto di difesa».

attuazione procedimentale della pretesa tributaria, oltre che della violazione del diritto individuale di difesa del contribuente.

4.2. Ulteriori aspetti problematici della motivazione degli atti tributari nel sistema di attuazione procedimentale del tributo: la c.d. motivazione rafforzata

Sussistono specifiche implicazioni tra contraddittorio procedimentale e motivazione degli atti tributari, già accennate nonché ampiamente oggetto di specifico dibattito dottrinale e giurisprudenziale, che è utile descrivere brevemente, anche al fine di un opportuno raffronto con la ricostruzione sistematica assunta.

In particolare, ove il contraddittorio preventivo è stato instaurato ed il contribuente ha effettivamente prodotto memorie e/o documentazione difensiva, è opinione diffusa che l'amministrazione debba tener conto di ciò nella motivazione della successiva decisione amministrativa (c.d. motivazione rafforzata).

Un tale profilo è in primo luogo affermato dalla giurisprudenza europea.²⁴ La Corte di giustizia, peraltro, nel propendere per una valenza generalizzata del contraddittorio endoprocedimentale, ne valorizza un'applicazione non meramente automatica e formalistica, quanto piuttosto di concreto presidio sia per il diritto di difesa che per un corretto e "vero" accertamento del tributo.²⁵

Tant'è che il mancato contraddittorio dà luogo ad invalidità solo se il contribuente dimostra che, «... in mancanza di tale irregolarità, tale procedimento avrebbe potuto comportare un risultato diverso».²⁶

²⁴ Quale conseguenza del principio del contraddittorio endoprocedimentale, laddove instaurato, la giurisprudenza europea e nazionale oramai da tempo sottolineano la necessità che l'amministrazione «esami, con tutta l'attenzione necessaria, le osservazioni della persona o dell'impresa coinvolta»: *ex multis* Corte di giustizia, sent. 18 dicembre 2008, causa C-349/07, *Sopropé*, punto 50.

²⁵ Sul punto si consenta di rinviare a S. FIORENTINO, *Le condizioni di efficacia del contraddittorio endoprocedimentale*, in AA.VV., *Ordinamenti tributari a confronto. Problematiche comuni e aspetti procedurali Italia, Spagna e Colombia*, a cura di F. AMATUCCI e R. ALFANO, G. Giappichelli Editore, 2017, p. 140, anche per ulteriori indicazioni bibliografiche.

²⁶ Sentenza del 3 luglio 2014 in cause riunite C-129/13 e C-130/13, *Kamino International Logistics BV*. Il profilo è noto, anche se di applicazione estremamente problematica nel diritto interno.

L'impostazione europea nel senso sostanzialistico appena indicato, si reputa altresì desumibile e coerente con le coordinate sistematiche già assunte nel presente lavoro per gli aspetti motivazionali.

Quindi, da un lato l'onere della motivazione rafforzata, aiutando l'interessato a comprendere le ragioni del diniego opposto alla sua domanda, costituisce un corollario del principio del rispetto dei diritti della difesa²⁷ la cui violazione determina l'invalidità dell'atto.

Dall'altro, essendo la motivazione rafforzata diretta implicazione del contraddittorio procedimentale, la mera presenza o assenza di motivazione rafforzata, così come il mancato contraddittorio, non dovrebbe produrre rispettivamente la validità e l'invalidità dell'atto amministrativo, in modo automatico; gli effetti invalidanti, cioè, andrebbero desunti sempre in virtù di una valutazione sostanziale, sia di quanto effettivamente motivato dall'ufficio rispetto alle memorie già prodotte dal contribuente, sia della concreta idoneità di quest'ultime a produrre un risultato diverso in termini di corretta attuazione del tributo. Coniugando in tal modo e "sostanzialmente", sia l'aspetto strettamente difensivo che quello di un'utile e concreta partecipazione del contribuente nella corretta determinazione della pretesa,²⁸ la motivazione rafforzata si reputa pienamente coerente con l'attuale impostazione sistematica che privilegia un'attuazione procedimentale del tributo.

Nei termini indicati, sono quindi condivisibili quegli orientamenti che, in materia di accertamento antiabuso, hanno negato la valenza di una motivazione rafforzata meramente apparente (o di mero stile),²⁹ ovvero la possibilità per l'amministrazione di integrare tali aspetti direttamente in giudizio.³⁰

²⁷ Corte di giustizia, sent. 22 novembre 2012, causa C-277/11, M., punto 88; Corte di giustizia, sent. 5 novembre 2014, causa C-166/13, *Mukarubega*, punti 42 e ss..

²⁸ La centralità dell'obbligo di motivazione rafforzata, quale strumento che, da un lato, consente al contribuente di concorrere alla determinazione del contenuto dell'atto, e, dall'altro, induce la pubblica amministrazione a scoprire le proprie carte, prendendo posizione su temi e argomenti che ne contraddicono le tesi prospettate nell'avviso di accertamento, è sottolineata da G. RAGUCCI, *Il contraddittorio nei procedimenti tributari*, Torino, 2009, pp. 77 e ss..

²⁹ In tal senso si veda Cass., sentt. nn. 2239 e 2396 del 2018.

³⁰ Cfr. A. CONTRINO e A. MARCHESELLI, *L'obbligo di motivazione rafforzata e il riassetto degli*

Allo stesso modo, e quindi ferma l'esigenza di una "concreta" ponderazione dei profili più volte indicati, si reputa condivisibile quanto analogamente detto con riferimento alla motivazione rafforzata in ambito di accertamento fondato su studi di settore,³¹ accertamento sintetico³² ovvero in caso di memorie presentate dal contribuente ex art. 12, comma 7, L. n.212/2000.³³

5. Conclusioni

Sin dalle premesse si è rilevato che la motivazione degli atti tributari sconta un difficile contemperamento tra tipiche garanzie procedimentali del diritto amministrativo generale e la peculiare esigenza di corretta attuazione del tributo.

Tant'è che, laddove l'esigenza del dovere di concorso non è adeguatamente tutelata nelle formule legislative sulla motivazione, c'è una puntuale reazione interpretativa volta a ridimensionare approcci applicativi eccessivamente formalistici se non a svilire *tout court* le garanzie procedimentali, pur se letteralmente previste per legge.

Essendo tra l'altro oggi sistematicamente superato, in virtù di plurime ragioni, lo schema che realizzava la corretta attuazione innanzi al giudice, spostando tale profilo alla fase pregiudiziale, è attualmente ancor più delicato sia il tema motivazionale degli atti tributari che quello procedimentale in generale.

In tal senso la funzione motivazionale degli atti tributari non può ridursi a quello di piena e tempestiva enunciazione delle ragioni erariali, pena la loro mancata integrabilità nella successiva fase giudiziale.

È evidente cioè che oggi, ancor più che in passato, sulla motivazione degli atti tributari ricade primariamente l'onere di un adeguato contemperamento tra

oneri probatori nel nuovo abuso del diritto, in *Corr. Trib.*, 2016, p. 15.

³¹ Di recente Cass., ord. 31 maggio 2018, n.13908. Il principio è pacifico: *ex multis*, si veda anche Cass., sent. 21 dicembre 2016, n.26504.

³² Cass., sent. n.4624/2008: l'accertamento emanato successivamente al contraddittorio dovrà tener conto delle deduzioni difensive esposte dal contribuente nel contraddittorio, perché solo così il contraddittorio acquista un reale contenuto.

³³ Sul punto si veda di recente Cass., ord. 2 luglio 2018, n.17210, ove è sancita la nullità dell'accertamento nel caso sia «mancato l'obbligo di (almeno) valutare le osservazioni del contribuente, pur senza esplicitare detta valutazione nell'atto impositivo».

esigenze difensive e corretta attuazione “procedimentale” del tributo. Come tale espressione di un interesse pubblico generale (ex artt. 53 e 97 Cost.), oltre che del diritto individuale di difesa.

A tal proposito non sono apparse pienamente soddisfacenti le vigenti formulazioni legislative in ambito tributario, né tantomeno si rivela utile, data la spiccata specificità dei profili implicati, il mero rinvio alle tradizionali categorie del diritto amministrativo in ambito motivazionale.

L’art. 7 dello Statuto ha indubbiamente rappresentato un passo avanti, in particolare enfatizzando l’ampiezza delle esigenze motivazionali degli atti tributari, espressamente estesa agli atti della riscossione; ma anche l’applicazione di tale norma ha manifestato criticità, in particolare per l’assenza di indicazioni o parametri idonei a delimitare, in concreto e flessibilmente, la concreta funzionalità della motivazione degli atti tributari.

La funzione motivazionale degli atti tributari, quindi, una volta implicata sul piano sistematico, richiede una valutazione flessibile, in ragione delle concrete dinamiche procedimentali in questione.

A mio avviso, cioè, le concrete esigenze motivazionali di un atto tributario, al di là di quanto indicato nella normativa in termini generali (nell’art. 7 della L. n.212/2000 o nell’art. 3 della L. n.241/1990) o specifici (art. 42 D.P.R. n.600/1973), vanno necessariamente valutate caso per caso, privilegiando gli aspetti invalidanti in modo funzionale ad una corretta attuazione del tributo nella concreta dinamica procedimentale in esame.

In altre parole, gli effetti invalidanti letteralmente implicati ovvero esclusi, in base alla lettera *legis*, possono essere ragionevolmente negati ovvero ammessi, valutando la concreta idoneità della motivazione ad assolvere le esigenze sistematiche ad essa assegnate.

E quindi, per un verso, nell’ambito di un utile ed adeguato coinvolgimento del contribuente nella fase istruttoria e pre-decisionale, tenendo “concretamente” conto, nella motivazione di quanto da egli eventualmente dedotto e documentato; per altro verso, garantendo sempre un’oggettiva e ragionevole

“conoscibilità” della pretesa tributaria già nella fase procedimentale, ed evitando formalismi nell’applicazione della motivazione *per relationem*, sia a favore del contribuente che a favore dell’amministrazione.

Tutto ciò al fine di assicurare che la pretesa tributaria sia opportunamente e pienamente valutabile dal contribuente nella fase pre-giudiziale, così da assicurare una consapevole attuazione delle diverse soluzioni di definizione della pretesa tributaria, al di là del rimedio processuale.

Solo in tal modo, accanto alla funzione di garanzia difensiva per il contribuente, in ogni caso garantita nella sede processuale, sarà effettivamente assicurata quell’autonoma funzione della motivazione, sistematicamente implicata e spiccatamente riferibile alla fase procedimentale di imposizione, oggi primario strumento di corretta attuazione del tributo.

La propuesta de Directiva sobre reestructuración temprana: Unión de los mercados de capitales, Unión bancaria y Derecho de la insolvencia (1)

de Juana Pulgar Ezquerro

Catedrático de Derecho Mercantil de la Universidad Complutense de Madrid

La Ley Unión Europea, N° 54, 31 de Diciembre de 2017, Editorial Wolters Kluwer

SINTESI

Il processo di armonizzazione avviato con il Regolamento sulle procedure di insolvenza (CE 1346/2000) rivisto dal Regolamento UE 2015/848, del Parlamento europeo e del Consiglio, del 20 maggio 2015, ed entrato in vigore il 26 giugno 2017, seppure di grande rilievo lascia persistere ancora sostanziali differenze tra le procedure di insolvenza dei diversi Stati membri. In effetti il debitore o i creditori "scelgono" la procedura più favorevole dal punto di vista dei loro interessi, creando incertezza giuridica e conseguenti costi per gli investitori alla ricerca del "forum" più favorevole. Soprattutto per questo motivo, la Commissione europea si è concentrata non tanto sull'armonizzazione delle procedure di insolvenza, quanto sulla proiezione di tale armonizzazione nell'ambito della "ristrutturazione precoce di imprese in crisi", in un quadro negoziale/contrattuale, con un intervento giudiziario minimo. Questo attraverso la regolazione delle cosiddette "procedure ibride", che rappresentano un misto tra gli istituti tradizionali stragiudiziali, con accordi tra il debitore e i suoi creditori, nel quadro dell'autonomia contrattuale (articolo 1.255 Cc - Legge 1/1889) e le procedure concorsuali tradizionali di natura giudiziaria.

È proprio verso quest'armonizzazione che i lavori della Commissione sono orientati ormai dal 2014, anno in cui è stato pubblicato il 12 marzo un nuovo approccio all'insolvenza e al fallimento aziendale, che ha avuto un'influenza determinante sulla nuova versione, del 20 marzo 2015, del regolamento europeo sull'insolvenza transfrontaliera (UE 2015/848 - Legge 9451/2015), entrato in vigore il 26 giugno 2017. In linea di principio la proposta di direttiva è stata progettata per essere coordinata con il regolamento europeo sull'insolvenza transfrontaliera e, a sua volta, la Commissione europea, nel momento in cui ha redatto e approvato la nuova versione del regolamento europeo del 2015, in considerazione della raccomandazione di cui al 12 marzo 2014 (Legge 3614/2014).

RESUMEN

Constituye en la actualidad un obstáculo importante la ausencia de armonización sustantiva del Derecho de la Insolvencia en la Unión Europea, no obstante haber constituido ello un objetivo perseguido por la UE desde hace ya algún tiempo. Es cierto que se ha alcanzado una armonización en la materia en un ámbito procesal, a través del Reglamento de Insolvencia Transfronteriza, que regula cuestiones de competencia, reconocimiento, ejecución, legislación

aplicable y cooperación en procedimientos de insolvencia transfronterizos (Reglamento CE 1346/2000 - LA LEY 6831/2000), revisado en virtud del Reglamento UE 2015/848, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 2015 (LA LEY 9451/2015), que entró en vigor el 26 de junio de 2017. No obstante, esta armonización adjetiva o procesal, aun siendo importante, resulta insuficiente, existiendo en la actualidad sustanciales diferencias en el régimen jurídico material de la insolvencia en los distintos países miembros, lo que conlleva como efecto un "forum shopping" muy activo en esta materia. En efecto, el deudor o los acreedores "eligen" la normativa más favorable desde el punto de vista de sus intereses (normativa concursal pro deudor/pro acreedor), lo que, aun siendo lícito, conlleva una indeseable inseguridad jurídica y los consiguientes "costes" para los inversores en la búsqueda del "forum" más favorable, amplificándose todo ello en supuestos de insolvencia transfronteriza. En gran medida por ello, la opción de política legislativa de la Comisión Europea se ha orientado no tanto a la armonización de los procedimientos de insolvencia, cuanto a la proyección de dicha armonización hacia el ámbito de la "reestructuración temprana de empresas en crisis" en un marco negocial/contractual, con mínima intervención judicial. Ello a través de la regulación de los denominados "hybrid proceedings", que representan una mixtura entre los tradicionales institutos negociales extrajudiciales acordados entre el deudor y sus acreedores, en el marco de la autonomía de la voluntad (art. 1.255 Cc - LA LEY 1/1889) y los tradicionales procedimientos concursales de carácter judicial, como vía para evitar la declaración de aquéllos, a lo que se añade la regulación de mecanismos exonerativos de pasivo insatisfecho respecto de la persona física.

Hacia este marco de armonización de reestructuración temprana, precisamente, se orientan los trabajos de la Comisión Europea desde el año 2014, en que se publicó la Recomendación de 12 de marzo sobre un nuevo enfoque a la insolvencia y el fracaso empresarial y que tuvo una influencia determinante en la nueva versión, de 20 de marzo de 2015, del Reglamento Europeo de Insolvencia Transfronteriza (UE 2015/848 - LA LEY 9451/2015), que entró en vigor el 26 de junio de 2017 (5). Y es que en principio la propuesta de directiva fue concebida para estar coordinada con el Reglamento Europeo de Insolvencia Transfronteriza y, a su vez, la Comisión Europea, en el momento en que redactó y aprobó la nueva versión del Reglamento Europeo de 2015, tuvo muy en cuenta la entonces Recomendación de 12 de marzo de 2014 (LA LEY 3614/2014), que constituye el precedente de la actual propuesta de directiva.

SUMARIO:

- I. Unión de los mercados de capitales, Unión bancaria y Derecho de la insolvencia
- II. La propuesta de Directiva sobre reestructuración temprana: una propuesta de mínimos
- III. Presupuestos de la reestructuración en la propuesta de directiva
 1. Viabilidad económica – 2. Deudor refinanciable y perímetro de deuda

refinanciable

IV. Elementos claves en la regulación de la reestructuración temprana

1. Acreedores: clases y arrastre – 2. Deberes de los administradores en la proximidad a la insolvencia – 3. La implicación del capital en la reestructuración – 4. La nueva financiación en la reestructuración temprana

V. La adaptación del derecho preconcursal español a la Directiva sobre reestructuración temprana

I. Unión de los mercados de capitales, Unión bancaria y Derecho de la insolvencia

En el actual momento de nueva crisis de la conciencia europea, es necesario dar un impulso a las políticas mayoritarias y áreas de armonización legislativa pendientes en la Unión Europea (en adelante UE), en cuyo marco se sitúa, desde hace ya algún tiempo, alcanzar la unión de los mercados de capitales y la Unión bancaria.

En efecto, en el contexto de la reciente crisis económica que ha “asolado” Europa desde el año 2007, se puso de manifiesto, entre otros aspectos, de un lado la necesidad de “desbancarizar”, en la medida de lo posible, en el ámbito de la UE, la financiación, propiciando ésta en los mercados de capitales. De otro, la necesidad de alcanzar la unión bancaria, neutralizándose en este ámbito los efectos negativos en los balances de los bancos y, por extensión, en la concesión de créditos de los denominados “préstamos no productivos” (*non performing loans*).

Pues bien, para poder realizar estas dos políticas prioritarias, constituye en la actualidad un obstáculo importante la ausencia de armonización sustantiva del Derecho de la Insolvencia en la Unión Europea, no obstante haber constituido ello un objetivo perseguido por la UE desde hace ya algún tiempo (2).

Es cierto que se ha alcanzado una armonización en la materia en un ámbito procesal, a través del Reglamento de Insolvencia Transfronteriza, que regula cuestiones de competencia, reconocimiento, ejecución, legislación aplicable y cooperación en procedimientos de insolvencia transfronterizos (Reglamento CE 1346/2000 - LA LEY 6831/2000 - del Consejo), revisado en virtud del Reglamento

UE 2015/848, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 2015 (LA LEY 9451/2015), que entró en vigor el 26 de junio de 2017.

No obstante, esta armonización adjetiva o procesal, aun siendo importante, resulta insuficiente, existiendo en la actualidad sustanciales diferencias en el régimen jurídico material de la insolvencia en los distintos países miembros, lo que conlleva como efecto un *“forum shopping”* muy activo en esta materia. En efecto, el deudor o los acreedores *“eligen”* la normativa más favorable desde el punto de vista de sus intereses (normativa concursal pro deudor/pro acreedor), lo que, aun siendo lícito, conlleva una indeseable inseguridad jurídica y los consiguientes *“costes”* para los inversores en la búsqueda del *“forum”* más favorable, amplificándose todo ello en supuestos de insolvencia transfronteriza.

No obstante, la gran armonización del Derecho Europeo de Insolvencias presenta en el momento actual relevantes dificultades, conectadas, de un lado, al distinto marco constitucional-económico existente en los países miembros, lo que dificulta dicha armonización, dadas las conexiones existentes entre aquél y el Derecho de la Insolvencia (3).

De otro lado, resulta cuestionable que la armonización del tradicional Derecho de la Insolvencia, de carácter judicial, orientado a la prevalente satisfacción de los acreedores, prevalentemente por vías liquidativas como lo demuestran las estadísticas, sea el mejor modo de propiciar la referida unión del mercado de capitales y la unión bancaria.

En efecto, en la Unión Europea se declaran anualmente 200.000 procedimientos judiciales de insolvencia, el 25% con dimensión transfronteriza, que concluyen a través de liquidaciones que conllevan la destrucción de 1,7 millones de puestos de trabajo, a lo que se añade la particular problemática de la insolvencia de la persona física con un sobreendeudamiento en muchas ocasiones pasivo, que le impide atender al cumplimiento *“regular”* de sus obligaciones con sometimiento al principio de responsabilidad patrimonial universal ex art. 1.911 CC (LA LEY 1/1889).

Y es que, en el ámbito europeo, los tradicionales procedimientos concursales

de carácter judicial declarados en situaciones de insolvencia o proximidad a ésta, no parecen ser la mejor opción para permitir al deudor alcanzar acuerdos con sus acreedores sobre vías conservativas a través de las que dar una salida a su crisis económica y cuya previsión, a priori, actúe como incentivo legal para acceder a la financiación en los mercados de capitales y minimizar el riesgo para las entidades financieras de los mencionados *"improductif loans"*. Y ello no porque los procedimientos concursales resulten estructuralmente inidóneos para incorporar esas vías negociales de composición a las crisis económicas, pues esa función la ha desempeñado tradicionalmente el convenio concursal, sino porque a los tradicionales procedimientos judiciales concursales les acompaña, en el ámbito continental europeo y frente a lo que acontece en el ámbito norteamericano, el problema del "stigma", que entre otros aspectos conlleva que las posibilidades de financiarse el deudor sean menores en un escenario concursal que fuera de éste.

Es cierto que los procedimientos judiciales concursales se han "actualizado" a través de diversas reformas acometidas en sus países miembros, en particular en sus terminologías, eliminándose términos como "quiebra" muy vinculados al stigma.

No obstante, ello ha resultado insuficiente para "normalizar" en la práctica el uso de los procedimientos judiciales concursales en Europa como mecanismos o herramientas de reestructuración conservativas (4).

En gran medida por ello, la opción de política legislativa de la Comisión Europea se ha orientado no tanto a la armonización de los procedimientos de insolvencia, cuanto a la proyección de dicha armonización hacia el ámbito de la "reestructuración temprana de empresas en crisis" en un marco negocial/contractual, con mínima intervención judicial. Ello a través de la regulación de los denominados *"hybrid proceedings"*, que representan una mixtura entre los tradicionales institutos negociales extrajudiciales acordados entre el deudor y sus acreedores, en el marco de la autonomía de la voluntad (art. 1.255 Cc (LA LEY 1/1889) y los tradicionales procedimientos concursales de

carácter judicial, como vía para evitar la declaración de aquéllos, a lo que se añade la regulación de mecanismos exonerativos de pasivo insatisfecho respecto de la persona física.

Y es que, la reestructuración empresarial presenta indudables ventajas. Así, conecta en última instancia con la institucionalización de las sociedades de capital y el incremento del sector terciario económico (know how, fondo de comercio, prestigio, penetración de mercado, clientela), permite separar unidades rentables de las que no lo son, y aprovechar el denominado "*fond du commerce*" o el "*avviamento*" italiano (valores inmateriales de la empresa). Pero, sobre todo, una reestructuración temprana en sede preconcursal permite adecuar la organización societaria a las necesidades empresariales que cambian en supuestos de dificultades económicas, evitando la declaración de un procedimiento concursal y los costes económicos, temporales y reputacionales (stigma) vinculados a éstos.

Por su parte, la "conveniencia" de la introducción de mecanismos exoneratorios de pasivo para personas físicas perseguiría incentivar el inicio de la actividad empresarial, atenuando el temor al fracaso y a la aplicación de la responsabilidad patrimonial universal ex art. 1.911 Cc (LA LEY 1/1889), así como el riesgo de "exclusión social". Ello conecta con la idea de la "*second chance*" norteamericana y la necesidad de propiciar un "*fresh start*" respecto de personas físicas, en particular empresarios de "buena fe" que, tras haber contribuido al sistema, se ven "arrojados" de éste por causas ajenas a su voluntad, que les colocan en "dificultades" cuando no en la imposibilidad de cumplir sus obligaciones, conllevando a su vez este "*fresh start*" empresarial un efecto reflejo protector frente a la exclusión social.

Hacia este marco de armonización de reestructuración temprana, precisamente, se orientan los trabajos de la Comisión Europea desde el año 2014, en que se publicó la Recomendación de 12 de marzo sobre un nuevo enfoque a la insolvencia y el fracaso empresarial y que tuvo una influencia determinante en la nueva versión, de 20 de marzo de 2015, del Reglamento

Europeo de Insolvencia Transfronteriza (UE 2015/848 - LA LEY 9451/2015), que entró en vigor el 26 de junio de 2017 (5). Y es que en principio la propuesta de directiva fue concebida para estar coordinada con el Reglamento Europeo de Insolvencia Transfronteriza y, a su vez, la Comisión Europea, en el momento en que redactó y aprobó la nueva versión del Reglamento Europeo de 2015, tuvo muy en cuenta la entonces Recomendación de 12 de marzo de 2014 (LA LEY 3614/2014), que constituye el precedente de la actual propuesta de directiva.

En este ámbito del referido Reglamento Europeo, se advierte también un tránsito desde los planteamientos tradicionalmente liquidatorios a un planteamiento “pro rescate” o “pro reestructuración” de empresas viables con fuerte apalancamiento financiero, particularmente en sede preconcursal. De ahí la ampliación del ámbito material de aplicación del Reglamento, no sólo como venía siendo tradicional a los procedimientos de insolvencia de cualquier deudor, cuando su estado de origen sea un estado europeo, esto es, cuando su centro de intereses principales (COMI) se sitúe en un estado miembro de la UE, sino también, bajo ciertas condiciones, a los procedimientos preconcursales de reestructuración, denominados en un ámbito internacional, como se ha adelantado, “*hybrid proceedings*”, enumerados en el Anexo A del Reglamento (LA LEY 9451/2015) y a los que se dota de eficacia extraterritorial, lo que es coherente con los fines de la propuesta de directiva sobre reestructuración preventiva. No obstante, la referida eficacia extraterritorial de los procedimientos preconcursales de reestructuración resulta limitada en lo que se refiere a la paralización de ejecuciones.

En efecto, en el art. 8 (LA LEY 9451/2015) de la nueva versión de 2015 del Reglamento Europeo de Insolvencia transfronteriza se establece que la apertura de un concurso o precurso no afectará a los derechos reales sobre activos situados en un tercer estado miembro distinto de aquel en el que se abrió el procedimiento principal. Ello determina que en materias como el tratamiento de las garantías reales se puedan alcanzar resultados diametralmente opuestos en la propuesta de directiva y en la nueva versión del Reglamento Europeo sobre

Insolvencia, por lo que la aprobación de la propuesta de directiva en los actuales términos de su redacción, en materia de derechos reales, como se analizará más adelante, conllevaría la necesidad de realizar “ajustes” en el Reglamento Europeo de Insolvencia Transfronteriza.

Menor, sin embargo, fue el ámbito de seguimiento por los países miembros de la Recomendación de la CE de 12 de marzo de 2014 (LA LEY 3614/2014), sobre un nuevo enfoque al fracaso empresarial. Y es que, como se sabe, las recomendaciones del Consejo y de la Comisión, los dictámenes, así como las comunicaciones de la Comisión no son jurídicamente vinculantes frente a terceros, ni obligatorias en su cumplimiento (art. 288 TFUE - LA LEY 6/1957), lo que no impide su calificación como instrumentos integrantes del ordenamiento comunitario, que en ocasiones pueden cumplir, como ha resaltado la doctrina, una función de “sondeo” preparando el camino para la introducción de nuevos paradigmas (6). Por tanto, no seguir estas recomendaciones y directrices no conlleva directamente sanción jurídica alguna, aun cuando “indirectamente” los países miembros pueden encontrar un “incentivo” en adecuarse y seguir dichas recomendaciones y comunicaciones adaptando a éstas su normativa, dado que la Comisión actuará en la práctica siguiendo los criterios contenidos en dichas recomendaciones y comunicaciones y el acto formal que adopte en base a éstas sí será jurídicamente relevante.

No obstante, esta “obligatoriedad” indirecta de recomendaciones y directrices no fue suficiente en el caso de la implementación en las legislaciones de los estados miembros de los criterios recogidos en la Recomendación de 12 de marzo de 2014, no habiendo adaptado todos los estados miembros, ni en igual medida, su normativa a dichos criterios (7).

Por ello, probablemente, la opción de la Comisión Europea por abordar la construcción de un Derecho Europeo de Reestructuraciones, sobre la base de recomendaciones “*soft law*”, ha sido replanteada. Ello no sólo sobre la base del referido escaso seguimiento por los estados miembros del contenido de ésta, sino también de la necesidad de dar un paso más en la construcción de un

eficiente Derecho Europeo de Reestructuraciones, precisamente coincidiendo en el tiempo con la decisión de Reino Unido de “salir” de la Unión Europea a través del Brexit.

En este marco, el 22 de noviembre de 2016, se publicó la propuesta de directiva comunitaria sobre procedimientos de reestructuración (COM [2016] 723 final), que, partiendo del modelo de reestructuración recogido en la Recomendación de 12 de marzo de 2014, persigue dar un paso más “normalizando” y “desestigmatizando” la reestructuración de empresas en dificultades económicas, no vinculándola necesariamente ni en todo caso a la insolvencia.

II. La propuesta de Directiva sobre reestructuración temprana: una propuesta de mínimos

Nos encontramos ante una propuesta de “directiva de mínimos” que persigue la introducción y regulación de procedimientos concursales de reestructuración temprana de empresas. Como tal directiva de mínimos, se enumeran en ésta los temas que han de ser objeto de regulación sobre esta materia en los diferentes derechos nacionales, pero no se indican las vías concretas de materialización de ello, que se dejan a la opción de política legislativa de cada estado miembro. No se puede leer, por tanto, la directiva como si se tratase del manual perfecto de reestructuraciones, que por otro lado no existe en la práctica, como saben quienes se dedican en el mercado a esta materia, pero sí como una “hoja de ruta” de los temas que han de regularse a nivel jurídico positivo, en conexión con reestructuraciones tempranas de empresas, con el fin de que éstas tengan éxito.

Esta opción por una directiva de mínimos es cierto que puede hacer cuestionable que “*de facto*” se alcance la armonización material de estas materias, pero la realidad es indicativa de que en este momento ésta parecería ser la única armonización posible, siendo, por otro lado, característica del proceso de armonización legislativa en la Unión Europea la construcción

progresiva de este proceso, en el que resulta complicado dar entrada a los distintos intereses nacionales que confluyen en todo proceso armonizador.

De entre los posibles modelos de reestructuración existentes en el marco del Derecho Comparado, se ha optado, acertadamente a mi entender, por el modelo anglosajón, en un doble vertiente. De un lado, por el modelo de los “*schemes of arrangement*” (SoA) de Reino Unido (8), en lo que se refiere a la estructuración de la reestructuración en una sede preconcursal y anterior a la declaración de un procedimiento judicial/concursal, con mínima intervención judicial. Esta “mínima intervención judicial”, sin embargo, puede plantear, como se analizará, problemas de “encaje” en diversos aspectos tratados en la propuesta de directiva, y en particular respecto del “control” sobre la viabilidad exigida a las empresas que quieran acceder a la reestructuración y a la posibilidad de reestructuraciones forzosas, que constituyen la pieza clave de la propuesta de directiva y que se condicionan a la intervención de una autoridad judicial o administrativa. Se manifiesta así una “contradicción interna” entre la pretensión de regulación legal de procedimientos de reestructuración con mínima intervención judicial y piezas claves de la propuesta, como serían la necesaria viabilidad de la empresa y las reestructuraciones forzosas (*cramdown* y *cross-classcramdown*) que en la propuesta sólo serían posibles con intervención judicial. Ello, cuanto menos, pone en cuestión la posibilidad de conciliar extrajudicialidad y un eficaz marco de reestructuración que pueda, en su caso, llegar a imponerse y de algún modo “explica” la opción presente en el modelo alemán introducido con la ESUG, en el que se optó por situar la reestructuración de empresas con dificultades económicas dentro y no antes de los tradicionales procedimientos judiciales concursales, con resultados eficaces en algunas materias (p.e., sustitución de la voluntad de los socios reunidos en junta por el juez), pero con el “stigma” que acompaña a la declaración de los procedimientos concursales en el ámbito europeo.

De otro lado, desde un punto de vista sustantivo y material, la propuesta de directiva se inspira en el modelo norteamericano del Chapter 11 del US

Bankruptcy Code, que desde el año 1978 – en que se introdujo – ha probado sobradamente su eficacia y operatividad en el ámbito de la reestructuración.

Pues bien, el objeto del presente trabajo es – sin abordar en esta ocasión los proyectados mecanismos de exoneración de pasivo de personas físicas – analizar brevemente los aspectos esenciales de la propuesta de directiva y posibles contradicciones internas que pueden advertirse en el modelo proyectado de armonización en el sector de la reestructuración temprana de empresas, y ello básicamente por dos razones.

De un lado, porque en el supuesto en que finalmente, como sería deseable, la propuesta de directiva sobre reestructuración resulte aprobada, tendrá un efecto reformador sobre los derechos concursales de los países miembros y, en relación a España, sobre los preceptos reguladores en la LC 22/2003 (LA LEY 1181/2003) de los institutos concursales (acuerdos de refinanciación y acuerdos extrajudiciales de pagos), que deberán adaptarse al texto europeo. En efecto, en relación a la Ley Concursal Española y no obstante haberse diseñado en gran medida el modelo en consonancia con las previsiones contenidas en la Recomendación de la Comisión Europea de 12 de marzo de 2014 (LA LEY 3614/2014) y haberse incluso adelantado a ésta en algunos aspectos en reformas aprobadas desde 2009, frente a lo que ha acontecido en otros modelos de Derecho Europeo, hay aspectos que más adelante se señalarán, en que debería procederse a la adaptación de las exigencias del texto europeo.

Asimismo, la “transversalidad” consustancial a la reestructuración, regulada en la propuesta de directiva, incide no sólo en el Derecho Concursal, sino también en diversas áreas jurídicas (Derecho de la Competencia, Derecho de OPAs en conexión con cambios de control) y, en particular, en el Derecho de Sociedades. En este sentido, en el expositivo inicial de la propuesta de directiva sobre reestructuración se parte, como premisa, de que el Derecho de Sociedades no debería constituir en modo alguno un obstáculo para la reestructuración de empresas viables con dificultades financieras, anunciándose la posibilidad de introducir reformas en la II Directiva Comunitaria en materia de sociedades, lo

que podría ser impulsado en conexión con la reestructuración temprana de empresas y que, en su caso, conllevarían a su vez, en su transposición, reformas en el Derecho Español de Sociedades.

De otro lado, porque en el supuesto en que la propuesta de directiva finalmente no prosperase, lo que a mi entender resulta improbable, de un lado, constituye, conforme al art. 3.1 Cc (LA LEY 1/1889), un referente hermenéutico de relevante importancia en la interpretación, cobertura de lagunas y eventual reforma del Derecho Preconcursal Español, integrado por acuerdos de refinanciación y acuerdos extrajudiciales de pagos.

En efecto, sería en ese ámbito de “lege ferenda” comunitario en el que habría que encontrar, en su caso, los elementos interpretativos de nuestro Derecho Preconcursal, y no tanto en el convenio concursal, cuya naturaleza, función y significado dentro del sistema difiere radicalmente de aquél. Así lo han hecho, acertadamente, nuestros jueces de lo mercantil en diversas resoluciones y, recientemente, en un modo emblemático, con ocasión de la resolución de las impugnaciones a la homologación del acuerdo de refinanciación de Abengoa, en la que se tomó como base, en gran medida, en la interpretación de nuestro Derecho, la entonces Recomendación de la Comisión Europea de 12 de marzo de 2014 (sentencia de 25 de septiembre de 2017 - LA LEY 127235/2017 - del Juzgado de lo Mercantil no. 2 de Sevilla).

Asimismo, y precisamente en conexión con la referida “transversalidad” consustancial a la reestructuración, el estudio y análisis de la propuesta de directiva sobre reestructuración temprana de empresas, aun en el supuesto en que no resultase aprobada, reabre debates sobre tradicionales paradigmas societarios contenidos en la II Directiva Comunitaria en materia de sociedades. Así, constituye la ocasión para reflexionar – una vez más – sobre la cuestionable función en la actualidad del capital social como técnica de protección de los acreedores, la función de la junta general de socios/accionistas y las conexiones entre el ejercicio de derechos políticos por los socios en dicha junta y el sustento económico de dicha participación, los deberes y en particular la diligencia exigida

a los administradores sociales en situaciones de insolvencia o proximidad a ésta, así como sobre el juego entre propiedad/control/responsabilidad y resolución de eventuales conflictos de mayoría/minoría societarios.

III. Presupuestos de la reestructuración en la propuesta de directiva

El presupuesto objetivo, esto es, la situación económica en que ha de encontrarse el deudor para poder reestructurar su deuda, así como el presupuesto subjetivo de la reestructuración en el sentido de quienes pueden acceder al régimen legal de reestructuración temprana de su deuda y perímetro del pasivo involucrado en ésta, constituyen cuestiones esenciales en torno a toda reestructuración.

1. Viabilidad económica

En relación al presupuesto objetivo, en la propuesta de directiva la idea esencial es que no se trata en todo caso de reestructurar empresas en atención a las ventajas que ello conlleva frente a la liquidación concursal, sino sólo y exclusivamente aquellas que, aun cuando atraviesen dificultades financieras, sean viables conforme a un plan de viabilidad que redacta el deudor, debiendo procederse en otro modo, lo antes posible, a la liquidación de empresas que no sean viables o tengan pocas probabilidades de volver a ser viables (E.M. p. 15) (9).

Ello significa que el valor de la empresa en funcionamiento (*going concern*) sea superior al valor de la empresa en liquidación. No obstante, como es sabido, existen dos tipos de valor de liquidación, uno el de venta de la empresa en funcionamiento (venta de unidad productiva) o venta fragmentada o por parte de sus activos, suscitándose qué valor habría de tomarse como referencia en la reestructuración.

La propuesta de directiva es clara cuando establece que ha de ser tomado como referencia el valor de liquidación que resulte superior (art. 2.9 y Considerando 30 de la propuesta de directiva), que será presumiblemente en

muchos supuestos el de venta de la empresa en funcionamiento cuando ello sea posible.

Esta viabilidad parece conectarse, en el art. 1.a) de la propuesta de directiva, a la “probabilidad de insolvencia” (*likely insolvency*), lo que constituye un concepto jurídico indeterminado que no se dota de contenido en la propuesta de directiva, pero que se aproxima a una situación anterior a la insolvencia reconducible a nuestra insolvencia inminente (art. 2.3 LC - LA LEY 1181/2003), es decir una situación en la que el deudor prevé que no podrá cumplir regular y puntualmente sus obligaciones. No debe, no obstante excluirse la viabilidad en situaciones de insolvencia actual (apalancamiento financiero), y así parece entenderse en la propuesta de directiva (página 7 de la E.M.), en la que no se explicita, sin embargo, a estos efectos, de qué concepto de insolvencia habría de partirse (*balance sheet test/cash flow test*).

Que la reestructuración temprana sería también posible, en la propuesta de directiva, en situaciones de insolvencia actual, resultaría además confirmado en el art. 7 (1) - (3) d D de la propuesta de directiva, en el que, como se analizará más adelante, dentro de los incentivos a la reestructuración se regula la suspensión del deber del deudor de solicitar la declaración de un procedimiento concursal, “*salvo si el deudor fuera incapaz de pagar sus deudas*”, lo que presume la posibilidad de que un deudor insolvente, y no sólo con probabilidad de insolvencia, inicie un procedimiento de reestructuración.

Es precisamente sobre la base de esta acertada exigencia de viabilidad en la propuesta de directiva como se evitan interferencias, al menos en este aspecto, con el Derecho de la Competencia en el que uno de los principios básicos es, como es sabido, el crecimiento de las empresas eficientes a costa de las ineficientes.

No se altera, por tanto, en la propuesta de directiva sobre reestructuración temprana, la función de barrera de salida del mercado de empresas ineficientes a través de la “función de limpieza” asignada a la liquidación concursal, no manteniéndose en el mercado las que podríamos calificar como “empresas

zombies” (empresas muertas vivientes), condicionándose la reestructuración a la viabilidad económica de la empresa con arreglo a un plan de viabilidad (10).

Tema distinto son los mecanismos de control de dicha viabilidad, que en la propuesta de directiva operan a posteriori en la tradicional tensión consustancial a toda reestructuración entre celeridad/garantismo y mínima intervención judicial. Sobre la base de ello, sería posible poner en marcha un mecanismo de reestructuración, apoyado en la exclusiva afirmación por parte del deudor de la viabilidad de la empresa, lo que no es objeto de control a priori en el inicio de la reestructuración, pudiendo rebelarse posteriormente la empresa inviable, lo que constituye un riesgo que habría de abordarse y minimizarse en la medida de la posible en la propuesta de directiva.

2. Deudor refinanciable y perímetro de deuda refinanciable

La idea de la Comisión, en la propuesta de directiva, no era diseñar mecanismos de reestructuración sólo para grandes empresas, no obstante admitirse la importancia y relevancia de éstas, en ocasiones incluso sistémica dentro del mercado.

Las Pymes, que representan el porcentaje mas elevado del tejido empresarial en algunos países europeos (98%) en los que son generadoras de cuatro de cada cinco empleos según datos publicados por la agencia estadística comunitaria (Eurostat) el pasado día 21 de noviembre de 2017, con ocasión de la Semana Europea de las Pymes, están presentes en la propuesta de directiva, al menos en el expositivo previo al articulado de la propuesta de directiva. En efecto, en el expositivo 13 se admite la necesidad de apoyar a estas empresas que tienen, como es sabido, dificultades para acceder a la financiación bancaria y en los mercados de capitales, no pudiendo además, en ocasiones, acudir al asesoramiento profesional, por los costes que ello implica. En este marco, se propugna la necesidad de crear “herramientas de alerta que avisen a los deudores de la urgencia de actuar”, así como la regulación de procedimientos de reestructuración a bajo coste “que puedan consultarse en línea”, desarrollándose

a nivel nacional “modelos de planes de reestructuración” que el deudor podría utilizar adaptándolos a sus necesidades y a las especificidades de sus empresas.

Tema distinto, sin embargo, es de nuevo el encaje de esta declaración de principios con su desarrollo a lo largo del articulado de la propuesta de directiva, en el que no se hace referencia alguna a las Pymes, ni a los referidos modelos de planes de reestructuración. Pensemos, además, que piezas como el “*cramdown*” o “*cross-classcramdown*”, en los que se apoya en gran medida la propuesta de directiva, están estructuralmente pensadas para grandes empresas aun cuando en la propuesta de directiva serían también aplicables a las Pymes al no haber previsión expresa en contrario. Ello puede dar lugar a eventuales “usos perversos” de los referidos mecanismos de reestructuración forzosa en supuestos de Pymes. Pensemos en sociedades cerradas, fuertemente conflictuadas en el tiempo, en las que se da la oportunidad, por la vía del “*cramdown*” y “*cross-classcramdown*” de imponer, por parte de la mayoría a la minoría, medidas de reestructuración que pueden, en su caso, “diluir” la participación del socio en la sociedad.

Lo que sí resultan expresamente excluidos del ámbito de la propuesta de directiva, son los deudores comprendidos en el art. 2 de la propuesta, dentro de los que se incluyen empresas de seguros, entidades de crédito, empresas de inversión y organismos de inversión colectiva, otras instituciones y entidades financieras enumeradas en el art. 1 de la Directiva 2014/59 (LA LEY 9347/2014) UE y las personas físicas que no tengan condición de empresario.

En lo que se refiere al perímetro de la deuda refinanciada, parece claro que se trata de procedimientos de reestructuración diseñados en relación a la “estructura de capital” (*capital structure*) como concepto financiero procedente del Derecho Norteamericano, en el que resultaría englobada la deuda a largo plazo. Capital y patrimonio, con exclusión del pasivo a corto plazo (acreedores comerciales, proveedores, créditos públicos - art. 2.2 de la propuesta de directiva). Ello resulta coherente con el presupuesto objetivo, al que se

condiciona la reestructuración temprana que conecta con deudores que, aún siendo viables, atraviesan dificultades financieras de fuerte apalancamiento, adecuándose, por tanto, en esta materia a la propuesta de directiva nuestra Disposición Adicional Cuarta de la LC (LA LEY 1181/2003) que se circunscribe a los titulares de pasivos financieros.

No obstante y partiendo de este marco, se deja libertad a los estados miembros para regular el perímetro de la deuda a refinanciar, pudiendo hacer el deudor "*cherry picking*".

IV. Elementos claves en la regulación de la reestructuración temprana

Sobre la base de los referidos presupuestos de aplicación, en la propuesta de directiva se recogen los elementos clave que han de ser regulados para incentivar y abordar con éxito una reestructuración temprana: mínima intervención judicial (art. 4 (2) d D); mantenimiento por el deudor de la gestión como incentivo para el inicio temprano de procedimientos de reestructuración (arts. 5 (1) d D - *debtor in possession*) paralización de ejecuciones, con el fin de propiciar la negociación de un acuerdo de reestructuración, incluso respecto de garantías reales, con exclusión de los trabajadores (art. 6 d D); suspensión del deber del deudor de solicitar un procedimiento judicial de insolvencia, a menos que éste sea incapaz de pagar sus deudas a su vencimiento (arts. 7 (1), (3) d D); terminación o modificación de contratos ejecutivos, trasladándose a este ámbito algunas de las normas reguladoras de los contratos en un escenario concursal (art. 7 (5) d D); plan de viabilidad (arts. 9, 12 d D); protección rescisoria en un eventual procedimiento judicial concursal si la reestructuración fracasa.

No obstante, si bien la regulación de estos aspectos incentivadores de la reestructuración temprana ha de ser valorada positivamente, el gran mérito de la propuesta es que establece la necesidad de que los estados miembros regulen el verdadero obstáculo con el que se va a encontrar toda reestructuración, esto es, la eventual resistencia a la reestructuración de los sujetos participantes en ésta (administradores sociales, acreedores y socios), en relación a soportar los

“sacrificios” que ello conlleva. Me refiero al problema de *“holdout”* o *“free riders”*, que puede afectar a los acreedores, así como a los socios de los que en ocasiones depende en última instancia la reestructuración, dado que en algunos ordenamientos, como el nuestro, es la junta el órgano competente para adoptar los acuerdos societarios base de la reestructuración (p.e., aumentos y reducción de capital, conversión de deuda en capital).

De otro lado, se establece también la conveniencia de introducir medidas que incentiven la adopción temprana por el administrador social de medidas encaminadas a evitar o minimizar los efectos de la insolvencia sobre los acreedores, como tradicionalmente se ha regulado en los modelos anglosajones.

Analizaremos brevemente la regulación de estos temas en la propuesta de directiva europea sobre reestructuración temprana, en la que se ha avanzado significativamente respecto de la Recomendación de la Comisión Europea de 12 de marzo de 2014 (LA LEY 3614/2014), al menos en tres temas relativos a la posibilidad de “reestructuraciones forzosas” y que no eran tratados en aquel ámbito: las “salvaguardas” para los acreedores, a los que se extienden los efectos de un acuerdo de reestructuración que no han aceptado, la implicación y “arrastre” de los accionistas en la reestructuración, que pueden ser considerados una clase de acreedores, así como el tratamiento de los contratos, aspecto éste del que no nos ocuparemos en esta ocasión, remitiéndonos a la doctrina especializada en esta materia.

1. Acreedores: clases y arrastre

Una de las piezas clave de la propuesta de directiva europea sobre reestructuración temprana es la posibilidad de regulación de una “reestructuración forzosa” frente a los acreedores agrupados en clases, considerándose a los socios/accionistas como una clase de acreedores a los que, como se analizará más adelante, se puede, en su caso, “imponer” la reestructuración, a través del denominado *“cramdown”* y *“cross-classcramdown”*, piezas clave del Derecho Norteamericano sobre

reestructuraciones.

En efecto, las eventuales “resistencias” de los acreedores se tratan de neutralizar mediante la extensión de los efectos del acuerdo de reestructuración a los acreedores disidentes o no participantes dentro de cada clase (*cramdown*) y en relación a las distintas clases de acreedores, incluyendo a los socios, sin que sea necesario que el plan se acepte por todas las clases de acreedores para que el acuerdo pueda ser objeto de homologación judicial (*cross-classcramdown* - arts. 11 y 12 de la propuesta de directiva). Se condiciona, por tanto, la reestructuración forzosa a la concurrencia de las mayorías legalmente exigidas para ello y siempre que el acuerdo sea objeto de homologación judicial (*confirmation*) o por una autoridad administrativa.

Se superan así tradicionales paradigmas del Derecho Privado, como el principio de la relatividad contractual o el principio “*pacta sunt servanda*”, encontrando ello en gran medida su justificación en un planteamiento contractualista de resolución de las dificultades económicas de un deudor, sobre la base de la aceptación por los acreedores y de ahí la exigencia de unas mayorías legales, lo que resulta coherente con aquellos en los que el origen de sus créditos es contractual y, en menor medida, respecto de acreedores cuyos créditos no tienen ese origen (p.e., acreedores involuntarios). Como contrapartida, en la propuesta de directiva se incorporan mecanismos de protección de los acreedores, que se vean “arrastrados” por los efectos de acuerdo de reestructuración, sobre la base de la división de acreedores en clases y en este ámbito los principios “*the best interest of creditors*”, la “*absoluty priority rule*” y el “*fairness test*” como guías para el órgano jurisdiccional en la homologación o configuración del acuerdo. Asimismo, se establecen adecuadas “salvaguardas” de los derechos de los acreedores a través de adecuados mecanismos de impugnación.

Se incorporan así, con ello, a la propuesta de directiva los principios clásicos de la reestructuración en Derecho Norteamericano.

En virtud del “*best interest of creditors*”, al que ya se ha hecho referencia, los

acreedores no deberían resultar más beneficiados en un escenario de liquidación que en la reestructuración, lo que, como se ha analizado, concurrirá cuando la empresa sea viable.

De otro lado, en virtud de la *"absolute priority rule"* ha de respetarse en el arrastre de clases el orden de prelación convencionalmente acordado entre las clases, teniendo las clases de mayor rango (senior) preferencia.

Finalmente, en virtud del *"fairness test"*, que constituye también en los modelos anglosajones una salvaguarda de los acreedores, que conecta con la idea del "sacrificio desproporcionado" presente en la Disposición Adicional Cuarta de la Ley Concursal (LA LEY 1181/2003) Española.

En relación a la regulación de "salvaguardas" de los acreedores afectados por el "arrastre", se manifiesta en este ámbito en la propuesta de directiva y como no podía ser de otro modo, la "tensión" propia de toda reestructuración entre el garantismo, a través de la regulación de las referidas "salvaguardas" y la rapidez y el carácter expeditivo consustancial a toda reestructuración.

En este marco, ha de resaltarse que el "garantismo" no puede conducir a alargar en el tiempo los procedimientos de reestructuración a modo de los procedimientos concursales.

Por ello, en la propuesta de directiva se admite la posibilidad de salvaguardas "a priori" (objeción previa y posterior confirmación judicial) o "ex post" (arts. 13 a 15 de la propuesta), que permitan cohonestar el garantismo con la "rapidez" necesaria en toda reestructuración.

Así, en el art. 15.1 de la propuesta, se establece que *"los estados miembros velarán porque las decisiones relativas a la confirmación de un plan de reestructuración adoptadas por un órgano jurisdiccional puedan ser recurridas ante una instancia judicial de rango superior"*.

Asimismo, se establece la necesidad de que *"los recursos sean resueltos con celeridad"* (art. 9.2) y que *"carezcan de efectos suspensivos sobre la ejecución del plan"* (art. 9.3), regulándose además los efectos o consecuencias de dicha impugnación con éxito. Así, se admiten dos posibilidades: que *"el órgano*

jurisdiccional que resuelva el recurso anule el plan de reestructuración" (art. 15.4.a) o que *"confirme el plan, manteniendo sus efectos concediendo una indemnización a favor de los acreedores discrepantes a pagar por el deudor o por los acreedores que votaron a favor del plan"* (art. 15.4.b). Se opta así por el modelo alemán de impugnación, sin que, sin embargo, se resuelva la fijación del criterio para determinar la cuantía de dicha indemnización, lo que debería modularse en cada derecho interno.

2. Deberes de los administradores en la proximidad a la insolvencia

En la propuesta de directiva sobre reestructuración temprana se persigue, asimismo, incentivar a los administradores sociales en la adopción de medidas que minimicen los daños de la insolvencia frente a los acreedores (considerando 36 y artículo 18 de la propuesta).

Así, en el art. 18 de la propuesta se establece que *"... los estados miembros establecerán normas que garanticen que, ante una probabilidad de insolvencia, los directivos adoptarán medidas inmediatas para reducir al mínimo las pérdidas para los acreedores, accionistas, trabajadores y otras partes interesadas, teniéndose en cuenta los intereses de los acreedores y otras partes interesadas (stakeholders) adoptando medidas razonables a fin de evitar la insolvencia y evitando conductas deliberadas o negligencias graves que pongan en peligro la viabilidad de la empresa"*.

Con ello, de nuevo parece seguirse el modelo anglosajón, en el que ha sido tradicional la configuración – al margen del deber legal de solicitud de un procedimiento concursal – de un marco fiduciario de deberes de los administradores sociales frente a los acreedores cuando la sociedad es insolvente o esté próxima a ésta, sobre la base de la consideración de que en estos supuestos serían los acreedores y no los socios quienes estarían en realidad asumiendo el riesgo de continuación de la actividad empresarial. El fundamento de estos deberes se ha situado en un ámbito jurisprudencial en modelos como el norteamericano (*trust fund doctrine, insolvency exception*) y

en un ámbito legal en el Derecho Inglés (*wrongful trading* ex art. 214 de la Insolvency Act) (12). Es precisamente en este ámbito en el que se explican las denominadas “reglas de solvencia” o “test de solvencia”, que partiendo de esos deberes de los administradores sociales de previsión y, en su caso, minimización de la extensión de los efectos de la insolvencia frente a los acreedores, sitúan el límite para la distribución de resultados en protección de los acreedores, no tanto en los tradicionales principios del capital social (capital mínimo, principio de correspondencia mínima), cuanto en la solvencia actual o inminentemente futura de la sociedad, en un sentido amplio de activo y liquidez suficiente para satisfacer las obligaciones a su vencimiento (13).

3. La implicación del capital en la reestructuración

No obstante la importancia de los aspectos analizados hasta ahora en torno a la regulación de la posibilidad de reestructuraciones forzosas, puede sostenerse que uno de los elementos clave de la propuesta de directiva sobre reestructuraciones, en los que se avanza respecto de la Recomendación de 12 de marzo de 2014 (LA LEY 3614/2014), sobre un nuevo enfoque al fracaso empresarial, es en el tema relativo a la implicación del capital en la reestructuración, regulándose la posibilidad de reestructuración forzosa también respecto de los socios como categoría de acreedores residuales (reorganización de la estructura de capital).

Así, la idea central en la que se apoya la propuesta de directiva es, de un lado, que el Derecho de sociedades no puede constituir un obstáculo a la reestructuración, y en particular los arts. 19 apartado 1 (LA LEY 19003/2012), 29 (LA LEY 19003/2012), 34 (LA LEY 19003/2012), 35 (LA LEY 19003/2012), 40 apartado 1 letra b) (LA LEY 19003/2012), 41 apartado 1 (LA LEY 19003/2012), y 42 de la Directiva 2012/30 UE (LA LEY 19003/2012), cuya posibilidad de revisión y reforma se anuncia. De otro, que los accionistas *“no pueden bloquear sin razón”* la adopción de planes de viabilidad que permitirían que el deudor recuperase la viabilidad (expositivo 29 y art. 12.2 de la propuesta). En este

sentido, se establece, acertadamente, que la adopción del plan de reestructuración no debe estar supeditada al acuerdo de los “socios desfavorecidos”, en el sentido de que, sobre la base de la evaluación de la empresa no recibirían ningún pago, ni ninguna retribución, si se aplicase la jerarquización normal de las prioridades de liquidación (art. 391.2 LSC - LA LEY 14030/2010), lo que acontecería en situaciones en que el “equity” es cero.

Subyace, por tanto, a esta propuesta una fundamentación económica que conecta el ejercicio por el socio, en la junta, de derechos políticos y de control, al respaldo o sustrato económico de su acción/participación, encomendándose a la reestructuración preconcursal, previa valoración de la empresa, una función de “reordenación” o “reajuste” de la posición de los socios, no sólo en sus derechos sino también en sus deberes cuando la situación económica es de insolvencia o proximidad a esta, distinguiéndose entre “socios formales” (tienen la titularidad formal de la acción, pero sin sustrato económico) y “socios materiales”, que cuando el “equity” es cero, serían los acreedores en los que rompe el valor (“fulcrum”) que será el acreedor ordinario (14).

Y es éste probablemente uno de los temas de la propuesta de directiva en los que la teoría económica anglosajona puede entrar en colisión con el “anquilosamiento” del Derecho Societario de algunos países miembros, al amparo de la II Directiva Europea en materia de sociedades.

En efecto, aun cuando puede considerarse un principio económico inmanente al derecho de las sociedades de capital, en el marco del referido art. 28 LSC, en Derechos como el Español, que el referido sustrato económico constituye el presupuesto de la competencia de los socios reunidos en junta para adoptar acuerdos sociales, su articulación jurídica puede “colisionar” frontalmente con paradigmas clásicos del Derecho de Sociedades (consideración del socio como “propietario” de la sociedad, articulación del marco de distribución de competencias entre junta general y administrador social, ...) (15).

En este marco, en la propuesta de directiva se deja a la elección de cada estado miembro “los distintos medios para alcanzar este objetivo”,

enumerándose a título ejemplificativo dos posibilidades: de un lado, no concesión en estos supuestos de un derecho de voto a los accionistas en relación a un plan de reestructuración, sin alteración del marco de competencias pero alterando en su caso los requisitos relativos a la junta general y derecho de suscripción preferente, con las correspondientes reformas en el Derecho de Sociedades; de otro, la posibilidad de que un órgano jurisdiccional o una autoridad administrativa confirme un plan de reestructuración sin el acuerdo de los socios, a través de un mecanismo de reestructuración forzosa, con la consiguiente alteración del marco de competencias.

4. La nueva financiación en la reestructuración temprana

Otro de los elementos clave en toda reestructuración temprana lo constituye la necesidad de incentivar la aportación de nueva financiación a las empresas en dificultades, dado que para reestructurar, en ocasiones, no es suficiente con la novación de créditos mediante quitas y/o esperas, sino que es necesaria la “inyección” de nueva financiación.

No obstante, esta “inyección” de financiación ha de incentivarse pues se aporta con un incremento del riesgo crediticio, dada la situación de proximidad a la insolvencia, o incluso concurrencia de ésta, en la que se encuentra el deudor.

Precisamente de esta materia se ocupan los arts. 16 y 17 de la propuesta, insertos en el Capítulo 4 que lleva por título *Protección de la nueva financiación, financiación provisional y otras operaciones relacionadas con la reestructuración*.

En este marco, se establece, en el art. 16 de la propuesta, un triple mecanismo de incentivación de la nueva financiación, a través de medidas de protección en la eventualidad en que finalmente la reestructuración no tenga éxito y sea declarado un procedimiento judicial de insolvencia.

De un lado, protección frente una eventual rescisión concursal en un procedimiento concursal judicial declarado, en el que se revisen los actos realizados por el deudor en el período anterior a la declaración del concurso, en

el supuesto en que finalmente la reestructuración fracase *“a menos que tales operaciones se hayan llevado a cabo de manera fraudulenta o de mala fe”*.

De otro lado, reconocimiento legal de un privilegio de *“fresh money”* en sede de clasificación concursal de créditos, con un derecho del financiador a recibir el pago con prioridad en relación a otros acreedores con pretensiones iguales o superiores sobre los activos. Ello se traduciría en una calificación concursal de la *“nueva financiación”* alcanzado el acuerdo y *“financiación provisional”* durante el período en que se está negociando el acuerdo *“como mínimo”* en un grado superior al de los créditos de los acreedores ordinarios no garantizados.

Ello, no obstante, conlleva una alteración de la clasificación crediticia convencionalmente acordada, que sólo resultaría justificada comprobada la *“viabilidad”* del deudor, lo que sin embargo, como se ha analizado, no acontecerá *“a priori”* sino *“a posteriori”*, en una de esas *“contradicciones internas”* de la propuesta de directiva que trata de conciliar *“celeridad”* y mínima intervención judicial, lo que puede conllevar alteraciones de la clasificación crediticia *“injustificadas”*, causando un perjuicio injustificado a los acreedores preexistentes frente al dinero nuevo si la empresa finalmente no es viable. Nos encontramos así con una de esas *“contradicciones internas”* de la propuesta, que trata de conciliar *“celeridad”* y mínima intervención judicial.

V. La adaptación del derecho preconcursal español a la Directiva sobre reestructuración temprana

Puede sostenerse que el Derecho Concursal Español constituye uno de los modelos de la UE que con mayor celeridad se ha adaptado al nuevo paradigma reestructurador europeo.

En efecto, desde el año 2009 – y, por tanto, con anterioridad incluso a la propuesta de directiva de 12 de marzo de 2014 sobre un nuevo enfoque al fracaso empresarial – se abordaron en Derecho Español reformas que se intensificaron en el período comprendido entre 2011-2015 (16), siendo el modelo de reestructuración por el que se opta en la propuesta de directiva, desde un

punto de vista estructural, bastante parecido al vigente en el Derecho Español (17).

Este gran avance legislativo de nuestro Derecho en materia de reestructuración temprana de empresas en crisis ha venido, en ocasiones, impulsado por el papel activo de los magistrados y jueces de los mercantil en España, en relación a importantes y relevantes acuerdos de refinanciación (Celsa, Nozar, Panrico, Eroski y, más recientemente, Abengoa, que en estos momentos constituye un *“leading case”*), adelantándose a reformas legales que en ocasiones han tomado como punto de partida dichas resoluciones, lo que ha propiciado el uso en el sistema de los acuerdos de refinanciación, en particular en su modalidad homologada (18).

No obstante, la aprobación, en su caso, de la propuesta de directiva europea sobre reestructuración temprana conllevará la introducción de reformas en la Ley Concursal Española, en la medida en que la regulación de los institutos concursales de reestructuración no se adapte al texto europeo, a lo que se añade la necesaria adaptación de los preceptos de la referida Ley Concursal relativos a Derecho Internacional Privado, a la nueva versión del Reglamento Europeo de Insolvencia Transfronteriza de 2015, que entró en vigor el 26 de junio de 2017.

Aun cuando en el momento en que se apruebe la propuesta de directiva sobre reestructuración temprana tiempo habrá para reflexionar sobre estos temas, dado el período transitorio de adaptación que acompañará a dicha aprobación y sin perjuicio de otras reformas “menores” sobre las que en ocasiones se ha pronunciado la doctrina (19), la gran asignatura pendiente de nuestro Derecho Preconcursal de Reestructuraciones la constituye, de un lado, la formación de clases de acreedores y, en este marco, la consideración de los socios como una clase de éstos, con posibilidad de resultar afectados por una reestructuración forzosa y, de otro lado, el establecimiento de adecuadas “salvaguardas” para los acreedores.

Como se ha adelantado, la involucración del capital en la reestructuración,

incluso por vías forzosas, constituye el gran tema presente en la propuesta de directiva europea, que podría conllevar en nuestro Derecho una correlativa reforma en nuestro Derecho de Sociedades, en función de la opción de política legislativa que se adoptase de entre las analizadas soluciones posibles ofrecidas en la propuesta de directiva.

En efecto, en la regulación de los acuerdos homologados de refinanciación, en Derecho Español no se acoge formalmente y en un modo expreso el concepto de división de acreedores en clases a los efectos de la homologación judicial, aun cuando tampoco puede decirse que en nuestro Derecho esté absolutamente ausente dicha división. En efecto, de un lado, en la valoración del sacrificio desproporcionado en supuestos de impugnación de acuerdos homologados de refinanciación, los jueces así lo están apreciando, valorando dicho sacrificio en ocasiones en relación a las distintas clases de acreedores; De otro lado, una implícita formación legal de clases parece subyacer en nuestro Derecho a la posibilidad contemplada en la DA 4ª LC (LA LEY 1181/2003) de que los acreedores titulares de pasivos financieros garantizados si cuentan con las mayorías exigidas puedan imponer un acuerdo de refinanciación a los acreedores no garantizados, extendiéndose sus efectos en contra de la voluntad de éstos, concurriendo las mayorías exigidas y previa valoración del crédito, lo que conlleva claramente un plan con arrastre de clases (*cross-class cramdown*).

Parece, por tanto, que las clases de acreedores de las que parece partirse implícitamente en la DA 4ª LC, a los efectos de la homologación, serían los acreedores con o sin garantía, distinguiéndose respecto de los primeros acreedores con garantía excedida o no excedida.

No obstante, ello no resulta suficiente y debe avanzarse en nuestro Derecho en la regulación legal de la formación de clases de acreedores, que constituye una pieza clave en la propuesta de directiva y presupuesto de la reestructuración forzosa, a través del "*cramdown*" y "*cross-class cramdown*". El tema de la formación de clases de acreedores a los efectos de la reestructuración es complejo y así se ha puesto de manifiesto, en conexión con los "*schemes of*

arrangement", en relación con los cuales la formación de clases constituye uno de los temas de mayor litigiosidad en ese Derecho. Y es que la formación de clases de acreedores en nuestro Derecho requerirá de un previo debate sobre el criterio de formación de éstas, que en modo alguno puede hacerse coincidir con la clasificación de créditos presente en el art. 89 LC (LA LEY 1181/2003), y que en la propuesta de directiva sobre reestructuraciones tempranas parece situarse en el concepto de "interés", integrándose por acreedores cuyos derechos sean suficientemente parecidos como para tener "intereses comunes".

Lo que sí parece claro, a mi entender, es que entre estas clases de acreedores deben situarse los socios como acreedores residuales (art. 391.2 LSC - LA LEY n.14030/2010) cuota de liquidación condicionada a la previa satisfacción íntegra de todos los acreedores), que en determinadas ocasiones y bajo determinados requisitos han de poder ser también "arrastrados" en una reestructuración forzosa, lo que constituye otro de los pilares básicos de la propuesta de directiva sobre reestructuración.

Ello supondría un importante cambio respecto de la situación actual de nuestro Derecho, en la que los socios, en muchas ocasiones, tienen la última palabra en el ámbito de la reestructuración, dependiendo de ellos la adopción de los acuerdos sociales base para la reestructuración (p.e., conversión de deuda en capital o modificaciones estructurales).

Es cierto que en nuestro Derecho esta línea de involucración de capital en la reestructuración ya se inició con la introducción del art. 165.1 en la LC (LA LEY 1181/2003), en sede de calificación concursal, y la responsabilidad concursal del socio, en el marco de una eventual sección de calificación por "obstaculización" injustificada de la conversión de deuda en capital.

No obstante y como hemos puesto de manifiesto en otras ocasiones (20), ello constituye un incentivo negativo a la reestructuración y además insuficiente, pues, de un lado, sanciona eventualmente al socio sólo en el caso en que el concurso se declare y sea culpable, y de otro, no consigue el objetivo perseguido, que sería hacer posible la reestructuración.

Debería, por tanto, darse un paso más y optarse, previo debate doctrinal y jurisdiccional, por alguna de las posibilidades presentes en la propuesta de directiva, esto es, alteración de competencias o sin alteración de competencias de la junta excepcionar el necesario acuerdo de la junta en determinados supuestos, lo que explicitaría en nuestro Derecho la “reordenación” de la posición de los socios, encomendada a los institutos de reestructuración preconcursal, en escenarios de insolvencia o proximidad a ésta, sobre la base de la distinción, a la que ya se ha hecho referencia, entre socio formal y socio material.

De otro lado, y como contrapartida de la reestructuración forzosa, habría de avanzarse en nuestro Derecho en las “salvaguardas” de los acreedores, que, en su ausencia o contra su voluntad, se ven “arrastrados” por los efectos de un acuerdo homologado de refinanciación.

En efecto, la solución prevista en la Ley Concursal Española de resolución en una única instancia de la impugnación de la homologación y la solicitud de declaración de incumplimiento del acuerdo homologado de refinanciación no “cuadra” con la propuesta de directiva europea sobre reestructuración temprana, como acertadamente se ha puesto de manifiesto recientemente en la sentencia de 25 de septiembre de 2017 (LA LEY 127235/2017) del Juzgado Mercantil no. 2 de Sevilla, con motivo de la resolución de las impugnaciones presentadas a la homologación del acuerdo de refinanciación de Abengoa.

En efecto, en el art. 15 de la propuesta de directiva se establece, como se ha analizado, la necesidad de que la homologación (*confirmation*) de un acuerdo de reestructuración pueda ser recurrida ante una instancia judicial superior, lo que, de un lado, constituiría una “salvaguarda” de los acreedores como contrapartida de la reestructuración forzosa y, de otro lado, permitiría de algún modo la unificación de criterios jurisprudenciales.

Es cierto que ello puede incrementar la litigiosidad y que no se trata de trasladar al ámbito de la reestructuración preconcursal los problemas conectados al “garantismo” de nuestros tradicionales procedimientos concursales. No obstante, hay vías para evitarlo, de un lado, no teniendo efectos

suspensivos el recurso, como se establece en la propuesta de directiva (art. 9.3 de la propuesta de directiva) y, de otro lado, incorporando mecanismos para evitar eventuales “usos abusivos de los recursos”, como, por ejemplo, la imposición al recurrente sin éxito de la obligación no sólo de indemnizar daños y perjuicios sino también de abonar una “compensación razonable” si el recurso es desestimado, en un modo paralelo a lo que se regula en el art. 21 de la Ley Concursal 22/2003 (LA LEY 1181/2003) (21).

De otro lado, es necesario regular legalmente cuáles serían los efectos conectados al éxito de la impugnación, que serían trasladables, en su caso, a supuestos de incumplimiento.

En efecto, en nuestro Derecho no se regulan dichos efectos, frente a lo que se establece en el art. 9.3 de la propuesta de directiva, que, como se ha adelantado, establece la necesidad de regular los efectos o consecuencias de la impugnación con éxito (anulación del plan o confirmación del plan, regulándose una indemnización a favor de los acreedores discrepantes a pagar por el deudor).

Y el vacío legal en esta materia se ha puesto de manifiesto en la resolución de las impugnaciones presentadas a la homologación del acuerdo de refinanciación de Abengoa (sentencia de 25 de septiembre de 2017 - LA LEY 127235/2017 - del Juzgado de lo Mercantil no. 2 de Sevilla).

En dicho auto, el juez, cubriendo acertadamente la laguna legal existente en nuestro Derecho, mantiene la vigencia de la homologación del acuerdo, no desactivándolo en su totalidad, sino tan solo en sus efectos respecto de los acreedores impugnantes con éxito, lo cual es coherente con la naturaleza de estos acuerdos como “contratos unidos o coaligados” con causa común situada en la reestructuración (22), lo que permite su desactivación parcial, esto es, que no resulten sometidos a los efectos del acuerdo homologado los acreedores impugnantes con éxito.

Se opta así por una solución que, ante el silencio legal sobre la materia, permite mantener la homologación, propiciándose con ello la reestructuración, aun cuando la “liberación” de los acreedores impugnantes les deja expedita la

vía de la solicitud de declaración de un concurso de acreedores aun cuando – a mi entender – con escasas posibilidades de éxito.

En efecto, el acreedor solicitante del concurso habría de probar necesariamente uno de los hechos enumerados taxativamente en el art. 2 LC (LA LEY 1181/2003) no concurriendo el sobreseimiento generalizado en los pagos, subsistiendo un acuerdo de refinanciación homologado en el que un relevante porcentaje del pasivo ha aceptado una novación modificativa de sus créditos, pudiendo incluso plantearse un posible abuso de derecho en dicha solicitud (23).

La confirmación de la homologación del plan de refinanciación con “desactivación parcial” de sus efectos, encontraría además, a mi entender, cabida dentro de las alternativas ofrecidas en la propuesta de directiva sobre reestructuración temprana, difiriendo no obstante de ésta en la ausencia de reconocimiento al acreedor impugnante con éxito de una indemnización. En efecto, en el art. 15.4.b) de la propuesta de directiva, las opciones se sitúan entre la anulación del plan o continuación de éste, con reconocimiento de indemnización a favor del acreedor impugnante con éxito a pagar por el deudor o los acreedores que votaron a favor del plan, sin que se regule el criterio de fijación de la cuantía de la indemnización, ni de imputación del pago de la indemnización al deudor o a los acreedores.

BIBLIOGRAFÍA

- R. ALONSO GARCÍA, *El soft law comunitario*, en *Revista de Administración Pública* n.154/2001, pp. 63-94.
- F. AZOFRA, *La homologación judicial de acuerdos de refinanciación*, ed. Reus, Madrid 2016.
- C. DE CÁRDENAS SMITH, *Presente y futuro de la homologación judicial de los acuerdos de refinanciación*, Diario La Ley de 9 de enero de 2017.
- J. GARCÍA MARRERO, *Acuerdos de refinanciación*, en AA.VV., *Manual de Derecho Concursal*, Dir. Pulgar Ezquerro, Madrid 2017.
- F. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *La propuesta de directiva europea sobre reestructuración y segunda oportunidad (IV)*, Almacén de Derecho, 29 noviembre de 2016.
- J.M. GARRIDO, *Capital social y reglas de solvencia*, en AA.VV., *Liber Amicorum J.L. Iglesias*, coord. Javier García de Enterría 2014, pp. 519 y ss..
- A. GURREA MARTÍNEZ, *The avoidance of pre-bankruptcy transactions: an economic and comparative approach (Instituto Iberoamericano de Derecho y Finanzas [IIDF], Working Paper series 10/2016, Trabajo premiado por el International Insolvency Institute en 2017, vid. en https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=284510*.
- F. MARÍN DE LA BÁRCENA, *Deberes y responsabilidad de los administradores ante la insolvencia de las sociedades de capital*, RdS 24/2005, pp. 91-120.
- C. PAULUS, *Reestructuración empresarial y Derecho de la Competencia, El Derecho Europeo en busca de un equilibrio*, RcP 23/2015, pp. 319-329.
- J. PAYNE, *Cross-border schemes of arrangement and Forrum Shopping*, 14 EBOR 2013, p. 563.
- J. PULGAR EZQUERRA, *Derecho Europeo de Reestructuraciones Empresariales y Derecho de la Competencia*, en *Revista Española de Derecho Europeo* 60, octubre-diciembre 2016, pp. 13-47;
Holdout accionarial, reestructuración forzosa y deber de fidelidad del socio, en RcP 27/2017, pp. 43-67;
La reforma del Derecho Concursal Español y Comparado, Madrid 1992.
Preconcurso y reestructuración empresarial, 2ª edición, Madrid 2016;
Protección de las refinanciaciones de deuda frente a solicitudes de concurso necesario, sobreseimiento en los pagos y comunicación ex art. 5.3 LC, el marco

del Real Decreto-Ley 3/2009, en RcP 11/2009, pp. 45-59;
Reparto legal mínimo de dividendos: protección de socios y acreedores (solvency test), en RDBB 147, julio-septiembre 2017, pp. 139-178.

E. RECAMÁN GRAÑA, *Los deberes y la responsabilidad de los administradores de sociedades de capital en crisis*, en *Monografía 45 asociada a la Revista de Derecho de Sociedades (RdS)*, Aranzadi.

A. THERY MARTÍ, *Los marcos de reestructuración en la propuesta de directiva de la Comisión Europea de 22 de noviembre de 2017 (I)*, en RcP 27/2017, pp. 513-549;

Los marcos de reestructuración en la propuesta de directiva de la Comisión Europea de 22 de noviembre de 2016 (I) (II), en RcP 27/2017 y 28/2017.

I. TIRADO MARTÍ, *Intervención en el Seminario Internacional sobre «La propuesta de directiva sobre marcos de reestructuración preventiva»*, celebrado en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, sección mercantil, el 21 de marzo de 2017.

La Vocazione di San Matteo: il peccato e le imposte

di Adriana Salvati

Ricercatore di Diritto tributario

Dipartimento di Giurisprudenza

Università degli Studi della Campania "Luigi Vanvitelli"

ABSTRACT

The paper focuses on the "Vocation of St. Matteo" by Caravaggio to analyse original relationship between tax collectors and tax payers, with the purpose to elaborate a critical point of view about the ethical foundation of the tax obligation.

This picture reproduces and updates the diffused feeling of aversion against tax collectors, representing the contributor's distrust toward Revenue. To effectively combat evasion an ethical foundation of the tax obligation must be posed as well as and loyalty obligations also for officials of the financial administration.

SINTESI

Il documento si focalizza sulla "Vocazione di San Matteo" del Caravaggio per analizzare la relazione originaria tra esattori e contribuenti, con lo scopo di elaborare un punto di vista critico sul fondamento etico dell'obbligo fiscale.

Questa immagine riproduce e aggiorna il diffuso sentimento di avversione nei confronti degli esattori dei tributi, rappresentando la sfiducia del contribuente nei confronti delle Entrate fiscali. Per combattere efficacemente l'evasione, deve essere posto un fondamento etico dell'obbligo fiscale e obblighi di lealtà anche per i funzionari dell'amministrazione.

Key words: Caravaggio; Vocation of St. Matteo; sinners; tax collectors; taxes; Distrust

Parole chiave: Caravaggio; Vocazione di San Matteo; i peccatori; gli esattori dei tributi; i tributi; diffidenza

1. L'arte, il diritto e i mutamenti sociali

L'analisi di un capolavoro del Caravaggio, finalizzata alla comprensione del rapporto tra contribuente e amministrazione finanziaria, è forse un esperimento audace, ma trae fondamento da un filone di pensiero secondo cui il diritto deve essere considerato come parte integrante di un "sistema" culturale, cui il giurista si apre e cui necessariamente deve fare riferimento per attribuire un significato al fondamento stesso degli istituti, delle regole e delle norme connesse a tale

sistema.¹

L'accostamento tra diritto, letteratura e arte consente al giurista di acquisire la consapevolezza della natura culturale del diritto stesso e l'interazione dei diversi modelli ha lo scopo di introdurre nuovi strumenti di analisi e di comprensione degli istituti:² arte e diritto costituiscono manifestazioni della stessa coscienza collettiva, che si esprime attraverso la prima, e si formalizza nel secondo. In particolare, gli istituti del diritto tributario possono essere meglio interpretati con un'analisi del contesto simbolico da cui sono emerse le norme; del fondamento anche etico delle norme impositive quali strumento per la realizzazione dei valori della libertà, dignità, uguaglianza e solidarietà; degli effetti sociali determinati dall'applicazione delle leggi e sovente rappresentati in opere d'arte.

Attraverso la letteratura e l'arte, è possibile superare le difficoltà del linguaggio giuridico e della "naturale oscurità del diritto", la cui origine è strettamente connessa alla complessità della realtà sociale che il diritto è chiamato a regolare, oltre che alla sacralità della materia.³ Inoltre, le connessioni tra questi diversi universi consentono di mutare l'approccio stesso allo studio del diritto, inteso come sistema di valori, superandone così l'eccessivo tecnicismo. E questo perché il diritto è esso stesso un'arte che interagisce con altre arti: l'arte di dare forma al sociale.⁴

Non vi è dubbio che tale analisi incontri variegate difficoltà a seconda dell'opera d'arte considerata e che, se si analizza un quadro come specchio del

¹ A. D'AMATO, *La letteratura e la vita del diritto*, Ubezzi & Dones, Milano, 1936.

² J. BOYD WHITE, *The Legal Imagination. Studies in the Nature of the Legal Thought and Expression*, Little, Brown & Co., Boston, 1973, secondo cui il diritto deve essere considerato parte integrante di un "sistema" cui il giurista deve fare continuo riferimento per attribuire un significato alle parole con cui opera.

³ G. LEALI, *Fenomenologia del giuridichese*, in *ISLL Papers, The Online Collection of the Italian Society for Law and Literature*, Vol. 10/2017, ci ricorda che l'autorevolezza della norma è misurata anche dal registro del linguaggio che la esprime: è Cicerone a spiegare al fratello Quinto che lo stile delle leggi non può essere arcaico e oscuro come quello delle dodici Tavole, ma, allo stesso tempo non può coincidere con quello del linguaggio comune, dal quale deve differenziarsi elevandosi.

⁴ L. ALFIERI e M.P. MITTICA, *La vita nelle forme: Il diritto e le altre arti.*, Atti del VI Convegno Nazionale ISLL, Urbino 3-4 luglio 2014, in *ISLL Papers. The Online Collection of the Italian Society, for Law and Literature*, Vol. 7/2014.

mutamento sociale tradotto nel linguaggio giuridico, le complessità aumentano in ragione del fatto che un quadro è un'immagine e, in quanto tale, è in parte sviante perché produce illusioni.

L'immagine non è tale per natura, perché artificiosamente costruita in modo da produrre una dimensione inesistente dell'originale ritratto, anche solo per il semplice fatto di raffigurare un mondo tridimensionale su un piano bidimensionale e in scala ridotta. L'atto di raffigurare è infatti un modo per creare un'altra realtà: «questa non è una pipa», scriveva René Magritte sotto l'immagine molto realistica di una pipa. E lo stesso Magritte spiegava: «la famosa pipa...? Sono stato rimproverato abbastanza in merito. Tuttavia, la si può riempire? No, non è vero, è solo una rappresentazione: se avessi scritto sotto il mio quadro: "Questa è una pipa", avrei mentito».

Eppure, l'arte non può che avere come punto di riferimento la realtà stessa e la realtà va oltre ogni pensiero ed è sorgente di ispirazione per l'artista. Nell'atto primo dell'Amleto, Amleto confida all'amico Orazio che la realtà è ricchissima, che supera ogni fantasia e ogni possibilità di speculazione umana: «ci sono più cose in cielo e in terra, Orazio, di quante se ne sognano nella tua filosofia».

L'espressione artistica è forse il modo più significativo con cui, nel corso dei millenni, la varietà delle culture umane si è posta in relazione con la natura, con il reale fenomenico. In questo senso si può parlare di sociologia dell'arte riferendosi non solo all'influsso che procede dalla società e trova la sua espressione nell'arte, ma anche all'influsso che procede dall'arte ed è rivolto alla società e quindi al diritto.

L'arte è tanto un prodotto quanto uno strumento di cambiamento del sociale, mutando insieme alla società.⁵ E tanto vale per le opere d'arte in generale e per l'opera pittorica in particolare.

Si verificano continui scambi e interrelazioni tra l'artista e la realtà, tra il mondo dell'artista e il divenire della realtà, sicché l'opera d'arte si adatta ai mutamenti

⁵ C. BORDONI, *Introduzione alla sociologia dell'arte*, Liguori, Napoli, 2008, pp. 175 e ss..

sociali e talvolta suggerisce nuove regole.

È lapalissiano affermare che la “percezione della realtà” in un’opera d’arte è influenzata da diversi fattori, e soprattutto dal carattere innato dell’osservatore e dalla sua esperienza personale, e che la realtà e la sua percezione non corrispondono: l’arte mette in discussione la nostra percezione della realtà, raffrontando quella ontologica e quella immaginaria, sia di chi ha prodotto l’opera sia di chi la osserva.

L’opera d’arte pittorica ha proprietà che le consentono di relazionarsi ad infinite singolarità per le sue forme e colori e modalità operative; il quadro sa proteggere gli elementi riflessivi posti al suo interno, ma contemporaneamente lascia al fruitore la possibilità di svelare, far emergere o sviluppare significati. In questo senso, l’opera rappresenta la realtà rivelata e quella nascosta: “l’arte non riproduce ciò che è visibile, ma rende visibile ciò che non sempre lo è”, diceva Paul Klee.

Il tempo lascia campo libero alla dinamicità del divenire dell’opera, che si colloca in una dimensione indefinita e può essere una chiave di lettura dei diversi fenomeni storico – sociali.⁶ L’immagine richiama la storia e il suo divenire nell’interpretazione soggettiva, informandoci sulla realtà di ieri e di oggi: la stessa realtà che il diritto interpreta e regola.

Accade così che un’opera d’arte ci racconti una realtà storica e contemporaneamente ci parli anche della realtà odierna, svelando arcaiche origini di relazioni sociali e, nel medesimo tempo, i mutamenti che tali relazioni hanno subito o subiranno.

Questo è il caso della Vocazione di San Matteo, che esprime perfettamente la realtà del tempo rappresentato nel quadro, quella del tempo dell’autore e la realtà odierna.

⁶ A. TANFOGLIO, *Filosofia dell’arte: rappresentazione e società*, Youcanprint, Tricase (LE), 2016, *passim*, sostiene che, anche se la realtà è una complessità che nessuna imitazione sa riuscire a riprodurre, nella manifestazione del reale si trova l’essenza dell’intelligibile ed è proprio con la mediazione dell’arte che la realtà e il tempo acquisiscono la propria dimensione.

2. Il peccato di San Matteo

La Vocazione di San Matteo è un quadro dipinto da Caravaggio intorno al 1599 per la chiesa di San Luigi dei Francesi: è parte di un gruppo di tre quadri e raffigura l'episodio evangelico in cui Matteo, esattore delle tasse, si converte e abbandona tutto, compreso il suo lavoro, per seguire Gesù.

Ad un primo livello esegetico, è necessario comprendere la storia narrata tramite le immagini del dipinto. Il vangelo dello stesso Matteo ci racconta che: «Gesù vide un uomo, chiamato Matteo, seduto al banco delle imposte, e gli disse: “seguimi”. Ed egli si alzò e lo seguì. Mentre sedeva a tavola nella casa, sopraggiunsero molti pubblicani e peccatori e se ne stavano a tavola con Gesù e con i suoi discepoli. Vedendo ciò, i farisei dicevano ai suoi discepoli: “come mai il vostro maestro mangia insieme ai pubblicani e ai peccatori?”. Udito questo, disse: “non sono i sani che hanno bisogno del medico, ma i malati. Andate a imparare che cosa vuol dire: misericordia io voglio e non sacrifici. Io non sono venuto infatti a chiamare i giusti, ma i peccatori”». ⁷

Il racconto evangelico evidenzia, quindi, che Matteo era un pubblicano, che riscuoteva le tasse per incarico dei romani al momento della sua vocazione, e che i pubblicani erano considerati alla stregua dei peccatori.

La questione centrale, per il tributarista che analizza l'episodio raffigurato nel quadro, è naturalmente quella della verifica della possibile identificazione tra peccato e funzione.

Sotto il profilo religioso, il peccato dei pubblicani è principalmente quello dell'impurità e tanto perché il loro lavoro li metteva a contatto con i pagani e con monete aventi immagini e iscrizioni pagane. ⁸ Le monete derivanti dagli introiti

⁷ Matteo 9, 9-13. Nella versione di Luca 5, 27-32: «dopo questo egli uscì e vide un pubblicano di nome Levi, seduto al banco delle imposte, e gli disse: “seguimi!”. Ed egli, lasciando tutto, si alzò e lo seguì. Poi Levi gli preparò un grande banchetto nella sua casa. C'era una folla numerosa di pubblicani e di altra gente, che erano con loro a tavola. I farisei e i loro scribi mormoravano e dicevano ai suoi discepoli: “come mai mangiate e bevete insieme ai pubblicani e ai peccatori?”. Gesù rispose loro: “non sono i sani che hanno bisogno del medico, ma i malati; io non sono venuto a chiamare i giusti, ma i peccatori perché si convertano”».

⁸ Cfr. R.E. BROWN, *Introduzione al Nuovo Testamento*, Queriniana, Brescia, 2001, in particolare

delle imposte, poi, potevano confondersi con quelle derivanti da attività riprovevoli, sicché anche tale aspetto aveva generato nella popolazione la convinzione della natura peccaminosa dell'attività di esazione delle imposte.⁹ Anche nei Vangeli, il denaro è considerato un mezzo per indurre al peccato; allontanando l'uomo dallo spirito, lo corrompe: "in verità vi dico, difficilmente un ricco entrerà nel regno dei cieli. Ve lo ripeto: è più facile che un cammello passi per la cruna di un ago che un ricco entri nel regno dei cieli".¹⁰

Sotto il profilo sociopolitico, va considerato che l'appalto dell'esazione dei *vectigalia publica populi* romani era conferito dai censori o dai consoli di Roma ai pubblicani, destinati ad operare nelle varie parti dell'impero secondo le *leges censoriae*. Tali leggi conferivano loro penetranti strumenti di tutela nei confronti di contribuenti inadempienti o responsabili di frode: in particolare, il pubblicano era autorizzato a confiscare i beni del contribuente sottratti con dolo con effetto immediato e a pignorare i beni del debitore, offrendone la restituzione solo a fronte del pagamento di una somma superiore al *vectigal* non pagato.¹¹ Dietro al pagamento allo Stato di una somma prefissata, gli appaltatori incameravano gli introiti della riscossione divenendo addirittura proprietari dei *commissa* e dei pegni non riscattati.¹²

Nella percezione collettiva, all'avversione verso l'incisività dei poteri cautelari e di riscossione, si aggiungeva quella derivante dall'alterità dello Stato nel cui

114, ove sottolinea la questione relativa alle monete che avevano l'immagine di divinità pane.

⁹ Si veda R.M. GRANT, *Cristianesimo primitivo e società*, Claudiana, Torino, 1987; R. PENNA, *L'ambiente socio-culturale delle origini cristiane*, EDB, Bologna, 1984.

¹⁰ Matteo 19, 23-30. Il rigore sul tema del denaro è attestato anche nel Vecchio Testamento: il Levitico recita: «Se il tuo fratello che è presso di te cade in miseria ed è privo di mezzi, aiutalo, come un forestiero e un inquilino, perché possa vivere presso di te. Non prendere da lui interessi, né utili; ma temi il tuo Dio e fa vivere il fratello presso di te. Non gli presterai il denaro a interesse, né gli darai il vitto ad usura». Lev. 25, 35-37.

¹¹ L. MAGANZANI, *Pubblicani e debitori di imposta*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2002, pp. 257 e ss.; sul tema si veda anche G.D. MEROLA, *Autonomia locale governo imperiale. Fiscalità e amministrazione nelle province asiatiche*, Edipuglia, Bari, 2001; M.R. CIMMA, *Ricerche sulle società di pubblicani*, Giuffrè Editore, Milano 1981.

¹² Si legge anche in Lc 3, 12-13 che Giovanni Battista aveva ammonito i pubblicani affinché smettessero di riscuotere più di quanto prescritto. Riferisce R.E. BROWN, *Introduzione al Nuovo Testamento*, cit., 117, che gli esattori erano considerati avidi e senza scrupoli.

interesse venivano riscosse le imposte, comparabile a quella che alimenta l'odierna corrente federalista, e dalla sussistenza di un interesse economico personale dell'esattore, oggi ravvisabile nell'interesse al conseguimento dei premi sui volumi accertati e/o riscossi; tutti fattori determinanti l'ostilità manifesta nei confronti della categoria.

In quest'ottica, la chiamata di Matteo è a tutti gli effetti un evento straordinario che incontra le resistenze interne ai seguaci di Gesù ed esterne della comunità, i pregiudizi e le riserve morali degli scribi che equiparavano i pubblicani ai peccatori sotto una medesima categoria, come sembra riconoscere lo stesso Gesù nel paragonarli ai peccatori e ai malati che necessitano del medico.

3. La rappresentazione negativa di Caravaggio e dei fiamminghi

Ad un secondo livello esegetico di analisi delle immagini, emerge chiaramente dal quadro di Caravaggio il dissidio tra il peccato e la chiamata alla fede, la cui raffigurazione è espressa tra luci e ombre nella contrapposizione tra il denaro, la spada e la luce che viene dall'alto. Il dipinto non si limita a narrare l'episodio evangelico ma lo arricchisce di connotazioni diverse ed ulteriori, traducendo il racconto nel linguaggio del tempo di Caravaggio; il quadro è infatti una delle prime opere in cui si ambienta un evento sacro al tempo dell'autore, dipingendo con estremo realismo i dettagli, i contorni, le espressioni.

La scena si svolge in un ambiente angusto, tetro, appena rischiarato dalla luce che proviene da una finestra: Matteo è seduto ad un tavolo, con altri quattro esattori, per la conta del denaro. Dall'osservazione dei costumi emerge immediatamente la percezione della modernità della storia narrata dal dipinto, che rappresenta in una medesima scena la realtà al tempo di Gesù e contemporaneamente al tempo di Caravaggio.

Questa duplice visione è chiaramente rinvenibile nell'abbigliamento degli esattori, che indossano tutti vestiti moderni, in uso nel millecinquecento.

Si può constatare negli abiti e nelle fattezze degli uomini una sorta di evoluzione della figura dell'esattore in una chiave più raffinata, opulenta, che

contrasta con la visione dell'esattore seduto al banco dell'episodio evangelico. Nel quadro è il tavolo ad avere la funzione di banco dei debiti, la parete scalcinata è interrotta da una finestra con i vetri impolverati, che non rischiarava l'interno, l'oscurità circonda gli uomini ben vestiti, con le loro monete e una spada al fianco.

È chiaro che i tempi sono cambiati, come sottolineato non solo dal contrasto tra la povertà dell'ambiente e la ricchezza delle figure al tavolo, ma soprattutto dal contrasto tra la modernità delle figure degli esattori e l'antichità delle figure di Cristo e San Pietro, che appaiono fuori dal tempo, con vestiti del tutto diversi, poveri, adeguati al tempo evangelico e non a quello moderno.

Le differenze storiche sono evidenti nel contrasto tra le semplici tuniche, da un lato, e le bluse raffinate, dall'altro; tra i pantaloni attillati, le gambe scoperte e le scarpe degli esattori e i piedi nudi di Gesù e Pietro.

Eppure, nonostante le differenze evidenziate, è altrettanto chiaro nel quadro che gli esattori moderni continuano ad essere peccatori. La luce che illumina la scena proviene da destra, dove si collocano Cristo e Pietro, ed è la sola che si proietta sugli uomini, accende i volti, le mani e i vestiti, lasciando il resto nell'oscurità.¹³

Questo gioco di luci e ombre segna un punto di svolta nel modo in cui Caravaggio illumina le sue opere. Nei quadri precedenti la sua pittura era "chiara" e la luce per lo più diffusa; mentre con quest'opera l'illuminazione della scena diventa direzionale, penetra l'oscurità da diverse angolazioni con violenta intensità drammatica.

Gesù, con la mano tesa, indica Matteo, e Matteo indica sé stesso, quasi stupefatto. L'incredulità nel volto sottolinea la distanza tra la scelta del Cristo e

¹³ Il quadro è strutturato su due piani paralleli, quello alto occupato solo da una finestra, mentre quello basso dai protagonisti; la mano di Cristo è una citazione della Creazione di Adamo di Michelangelo ed è la prima grande tela in cui Caravaggio immerge la scena in una penombra ritagliata dallo squarcio di luce che proviene da destra, dando direzione di lettura all'opera e facendo emergere i personaggi e i loro particolari. Per una bibliografia essenziale si rinvia a: B. BERENSON, *Caravaggio*, Leonardo, Milano, 1994; M. CALVESI, *La realtà del Caravaggio*, Giulio Einaudi Editore, Torino, 1980; M. CINOTTI, *Michelangelo Merisi detto il Caravaggio. Tutte le opere*, Bolis, Bergamo, 1983; M. GREGORI, *Caravaggio*, Mondadori Electa, Milano, 1994.

la condizione di peccato di chi viene chiamato ad entrare nella luce. Due esattori, pur guardando la scena, sembrano non capirne il significato e gli altri non sollevano neanche la testa, continuando a contare il denaro, restando nell'oscurità. Solo Matteo risponde alla chiamata di Gesù, operando una trasposizione pittorica del concetto di libero arbitrio per cui ognuno sceglie per sé: gli altri scelgono l'indifferenza e restano attratti solo dalle monete.

La vocazione di Matteo comporta non soltanto il perdono delle sue colpe, ma anche una nascita, il passaggio dalla morte alla vita, dall'ombra alla luce: l'esattore era un peccatore, legato al suo denaro ancora con una mano, ma viene chiamato a cambiare vita e si dichiara pronto: la riscossione delle imposte denota avidità, lontananza dalla luce, dall'anima, e gli esattori sono peccatori.

Questa chiara visione realistica, contenuta nel quadro, corrisponde perfettamente all'odierna percezione della relazione con l'autorità tributaria sovraordinata e temibile per i suoi mezzi coercitivi, trasfigurati nella spada dell'esattore al tavolo, e, infine, peccatrice perché depauperava l'individuo per la propria avidità.

L'episodio evangelico, riprodotto nel quadro, travalica il tempo e il contesto sociale, economico e culturale, palesando tematiche che sembrano permeare tutta la storia dell'arte.

L'avversione generalizzata verso le imposte e gli esattori è palesata, ad esempio e senza pretesa di completezza, nelle tele di Quentin Massys, pittore fiammingo della Scuola di Anversa, vissuto tra la fine del millequattrocento e la metà del millecinquecento: nel quadro **Gli esattori**, l'artista raffigura gli esattori nell'atto di raccogliere le imposte. I due personaggi sono avvolti nei loro turbanti e rappresentano la corruzione del mondo moderno con il ghigno del volto, la bruttezza delle loro fattezze: sopra di loro pende una forbice che si erge quasi a nuova spada di Damocle e che minaccia di morte i loro possessori. La mano del contabile scrive e pare legalizzare il furto, tant'è che, in alcune versioni dell'opera, è possibile leggere nel taccuino un'ammonizione contro l'avarizia.

Il disprezzo che il pittore riserva a questi "professionisti del denaro" è esplicito

nella deformazione fisiognomica e riverbera la tradizionale condanna delle “passioni del denaro” – avarizia e avidità – tipica del pensiero religioso fin dal Medioevo.

Anche Marinus van Reymerswaele, seguace dello stile di Massys, era conosciuto per la sua descrizione di banchieri ed esattori e per il suo realismo quasi ossessivo nella distorsione dei volti avidi dei suoi soggetti. Nel quadro **L'esattore e sua moglie**, sono rappresentati probabilmente esattori delle imposte, ricchi borghesi nell'atto di verificare con una bilancetta il peso delle monete: l'intensità dello sguardo con cui fissano le monete, le mani rapaci, denotano chiaramente il medesimo biasimo e la medesima avversione verso i soggetti rappresentati, rinvenibile nell'opera di Massys.

Le opere d'arte nella storia, quindi, riproducono immutata la percezione negativa della relazione distorta tra esattori delle imposte e contribuenti, narrata nell'episodio evangelico di San Matteo, adattandola al proprio tempo e proiettandola nel nostro.

4. Date a Cesare quel che è di Cesare. Il peccato e le imposte

Le opere d'arte rappresentano in forme e colori il rapporto di ostilità che intercorre tra contribuente e amministrazione finanziaria e il sentimento comune, metatemporale, di sfiducia nei confronti dell'esattore delle imposte, considerato avido e peccatore.

Questa percezione collettiva, attualissima, è certamente collegata all'eccessivo carico tributario e al suo tecnicismo esasperato, ma è anche connessa alla diffidenza nella correttezza dell'operato dell'autorità tributaria, che si avverte estranea, esattamente come l'Impero romano per i palestinesi del tempo, alimentando spinte autonomistiche nelle realtà locali. Tuttavia, ad avviso di chi scrive, il quadro di Caravaggio, le tele dei Fiamminghi, l'episodio evangelico, convergono nella disapprovazione etica della persona dell'esattore di imposta, non della sua funzione. È l'avidità, il sopruso, l'uso improprio del ruolo ad alimentare il peccato personale dell'esattore, non la sua relazione con

l'adempimento dell'obbligazione tributaria. Non si disserta della correttezza o meno dell'imposta, non è il tributo ad essere peccaminoso. Al centro del quadro è l'uomo, i suoi lineamenti e la sua raffigurazione, che inducono alla disapprovazione chi lo osserva.

Questa interpretazione sembra coerente con la tradizione cristiana delle origini in cui si ravvisa un radicale rifiuto della disobbedienza civile *freedom in subordination*,¹⁴ come riportato in numerose fonti,¹⁵ che induce a ritenere che non vi fosse una qualche forma di avversione verso il pagamento delle imposte nel Cristianesimo delle origini. Anzi, nel precetto "Date a Cesare quel che è di Cesare",¹⁶ piuttosto che il tradizionale riferimento all'autonomia della religione rispetto alla politica, può essere letta una vera e propria esortazione a far fronte all'adempimento dei propri obblighi civili e sociali. In tale esortazione, è implicito il riconoscimento del ruolo fondamentale dell'adempimento dell'obbligazione tributaria, connesso al reperimento delle risorse essenziali per il funzionamento dello Stato sociale e della spesa pubblica, e che non contrasta in alcun modo con i precetti religiosi.

In quest'ottica, l'affermazione della prevalenza delle ragioni dell'universale, dell'organizzazione statale, sulle ragioni dell'interesse particolare, del cittadino che vorrebbe affrancarsi dai costi della comunità, non è un concetto antitetico rispetto ai valori della religione cristiana. Se si adotta questa prospettiva esegetica, la visione dell'esattore emergente dal quadro di San Matteo non può essere connessa ad un disconoscimento del fondamento etico dell'obbligazione di imposta,¹⁷ fondamento espresso chiaramente dal collegamento tra il principio

¹⁴ Cfr. P. PARKINS, *Taxes in the New Testament*, in *Journal of Religious ethics*, 1984, pp. 182 e ss..

¹⁵ Per un excursus sul tema, per tutti, A. BARZANÒ, *Il cristianesimo nell'impero romano da Tiberio a Costantino*, Lindau, Torino, 2013; P. SINISCALCO, *Il cammino di Cristo nell'impero romano*, Laterza, Roma-Bari, 2009; G. FILORAMO - E. LUPIERI - S. PRICOCO, *Storia del Cristianesimo. 1. L'antichità*, Laterza, Roma-Bari, 2008.

¹⁶ Matteo, 22, 15-22; Marco 12, 13-17; Luca 20, 20-26.

¹⁷ G.W.F. HEGEL, *Scritti di filosofia del diritto*, Laterza, Bari, 1971, p. 143, ove si afferma che *èthos* sono le "convenzioni" a cui volente o nolente il soggetto si adegua e che non riguarda il soggetto, ma la società o il gruppo sociale a cui il soggetto stesso appartiene. Cfr. anche S. CONCA

di capacità contributiva e quello di solidarietà, entrambi sanciti dalla Costituzione.

Il dovere di tutti di concorrere alle spese pubbliche in ragione della propria capacità contributiva è espressione del dovere di solidarietà in campo economico politico e sociale, vincolando quindi al bene comune le potenzialità di ogni soggetto che faccia parte di una comunità.¹⁸

Sotto tale profilo, è evidente che non vi è alcun contrasto tra obbligazione tributaria e visione sociale del Cristianesimo, nel senso che il dovere di solidarietà impone il sacrificio dell'interesse individuale senza una diretta controprestazione ed in vista del perseguimento degli interessi collettivi, che corrisponde al precetto di sfamare gli affamati, vestire i poveri e curare gli ammalati.

Lo strumento fiscale è la leva principale per limare le grandi differenze di fortuna e affermare anche la centralità di una funzione redistributiva: in via di estrema semplificazione, basti pensare alla differenza di valore tra il prezzo di mercato e il prezzo pubblico di beni e servizi essenziali finanziata per il tramite della fiscalità generale, in cui il relativo arricchimento del fruitore è una forma chiara di redistribuzione a favore di chi non avrebbe i mezzi per farvi fronte.¹⁹

D'altro canto, è anche vero che il principio di cui all'art. 53 della Costituzione connette il prelievo tributario alla sussistenza di una capacità economica del soggetto passivo, particolarmente qualificata dall'attualità ed effettività delle risorse. Correlato all'art. 41 e 42 della Costituzione, il medesimo principio tutela l'individuo, debitore di imposta, da qualsiasi tipologia di eccesso di prelievo che si traduca di fatto in forme para-espropriative, condizionando la misura massima dell'imposta.

La capacità contributiva in questo senso costituisce presupposto e limite del potere impositivo, in quanto solo chi abbia capacità contributiva può essere

MESSINA, *Profitti del potere*, Editori Laterza, Roma-Bari, 2016.

¹⁸ F. MOSCHETTI - G. LORENZON - R. SCHIAVOLIN - L. TOSI, *La capacità contributiva*, CEDAM, Padova, 1993.

¹⁹ S. BARTOLE e R. BIN, *Commentario breve alla Costituzione italiana*, CEDAM, Padova, sub art. 53.

concretamente tenuto a concorrere alla spesa pubblica e la contribuzione non può superare la capacità contributiva espressa dal soggetto. Se il livello impositivo supera i suddetti limiti l'individuo si sente prevaricato e non avverte più il fondamento etico della propria obbligazione. Ciò non di meno, nel rispetto dei limiti che la stessa Costituzione connette al prelievo tributario, l'imposizione si delinea come uno strumento chiave per la precisazione di politiche pubbliche solidali, in linea con i valori cristiani. Sicché non vi è alcun legame tra peccato e imposte, ma potrebbe esservi tra peccatori ed esattori.

5. Etica dell'imposta. I peccati dei funzionari e i danni dei contribuenti

Il quadro di Caravaggio consente, quindi, alcune riflessioni sulle ragioni sottese alla raffigurazione negativa dell'esattore d'imposta e sulle prospettive per una rivoluzione di questo millenario conflitto.

Il superamento della sfiducia nei confronti dell'esattore può realizzarsi, ad avviso di chi scrive, valorizzando i criteri di legalità, imparzialità e buona amministrazione che devono regolare l'agire amministrativo, dotandoli di un contenuto reale e assicurando forme di tutela effettiva per coloro che hanno subito danni in ragione del mancato rispetto di questi ultimi.

Questi principi dovrebbero ritenersi pacifici, immanenti come sono nel nostro sistema che li proclama già a livello costituzionale e li ribadisce con numerose leggi di settore e con codici di condotta,²⁰ ma di fatto non sono percepiti come concreti dalla collettività.

Il legislatore avverte la necessità di mutare il rapporto che lega amministrazione e contribuente in chiave di trasparenza, lealtà e collaborazione, come dimostra l'adozione dello Statuto dei diritti del contribuente che avrebbe

²⁰ Ci si riferisce al Codice di comportamento dei dipendenti pubblici di cui al D.P.R. n.62/2013 che definisce gli obblighi di "diligenza, lealtà, imparzialità e buona condotta" che i pubblici dipendenti sono tenuti ad osservare. Tali doveri di condotta sono estesi anche a tutti i collaboratori o consulenti della Pubblica Amministrazione, inclusi i collaboratori degli uffici di diretta collaborazione delle autorità politiche. Si veda per tutti, U. GARGIULO, *La prestazione lavorativa tra prescrizioni etiche e obblighi contrattuali. Fonti e contraddizioni nella delimitazione dell'area di debito del dipendente pubblico*, in **Lavoro nelle Pubbliche Amministrazioni**, 2014, p. 16.

dovuto operare in questa direzione.

Con lo Statuto si è inteso, infatti, almeno in linea di principio, favorire la partecipazione del contribuente al procedimento di accertamento, si sono introdotti numerosi istituti volti a garantire la conoscenza preventiva dell'interpretazione amministrativa, quali l'interpello, e nuove autorità amministrative indipendenti, quali il Garante del contribuente, cui inoltrare segnalazioni che lamentino disfunzioni, irregolarità, scorrettezze, prassi amministrative anomale od irragionevoli. Eppure, ancora oggi, ostano a questo cambiamento di prospettiva nel rapporto fisco - contribuente, le stesse ragioni che, dal tempo dei vangeli, alimentano la sfiducia dei contribuenti nell'operato dei funzionari tributari: la concessione di poteri sempre più incisivi e/o invasivi per il recupero del sommerso e la lotta all'evasione; le disparità di trattamento, che hanno reso il sistema tributario sempre più squilibrato, con evidenti differenze distributive tra le diverse categorie di reddito, che soggiacciono anche a differenti modalità di accertamento e riscossione;²¹ la percezione di un'alterità dello Stato che sembra ricevere le imposte per sé e non per l'erogazione di servizi indivisibili alla collettività; la sussistenza di meccanismi premiali erogati ai funzionari in ragione del raggiungimento degli obiettivi di *budget*.

Se da un lato, quindi, si affermano i principi di lealtà e collaborazione tra amministrazione e contribuente quali cardini del sistema, dall'altro, di fatto, si comprimono tali proclamazioni di principio per esigenze di efficacia ed efficienza dell'azione amministrativa, cagionando una distorsione nel rapporto tributario, tanto più preoccupante per l'asimmetria delle posizioni contrapposte. Sotto quest'ultimo profilo, in particolare, ha operato l'introduzione dei meccanismi premiali, fissati da Convenzioni triennali tra il Ministero dell'Economia e delle Finanze e l'Agenzia delle entrate.²² l'incentivo all'esercizio dell'azione

²¹ Sul tema degli effetti distributivi dell'IRPEF, anche alla luce del principio di uguaglianza dei contribuenti, cfr. R. PERRONE CAPANO, *La ripresa non drogata dalla spesa pubblica traina il miglioramento dei saldi di bilancio. Ma l'eclissi della politica tributaria frena l'economia ed aggrava gli squilibri territoriali*, in *Innovazione e Diritto*, 2011, pp. 3 e ss..

²² Si allude alle Convenzioni redatte ex articolo 59, commi 2, 3 e 4, del D.Lgs. 30 luglio 1999, n.300.

accertatrice, determinata senz'altro da esigenze di stimolo della "produttività", cagiona inevitabilmente distorsioni nella relazione con il contribuente e questo anche se i premi sono collegati ad una percentuale di incassi derivanti da riscossione a titolo definitivo.

È chiaro che se, con tutti gli aggiustamenti del caso, il funzionario avverte la necessità di accertare per dimostrarsi produttivo nell'ottica generale del raggiungimento degli obiettivi, si trova ad operare in una situazione di conflitto di interesse, intendendosi con questa espressione quella situazione in cui un individuo, nello svolgimento di un'attività di rilievo privato o pubblico, sia tenuto a realizzare un c.d. interesse primario (perché così definito dalle regole dell'attività in questione) che pertiene ad altri e che, per caso, può trovarsi in contrasto con un suo personale interesse (definito secondario).²³ Da un lato, il funzionario deve realizzare l'interesse all'esercizio dell'azione amministrativa secondo criteri di legalità, ma dall'altro, il volume dell'accertato si ripercuote sugli incentivi da ricevere. E, anche se l'ordinamento non dà rilievo a tale conflitto, sotto il profilo etico lo stesso permane ed inficia la linearità dell'operato del funzionario, incidendo sulla credibilità dell'istituzione e dei suoi rappresentanti, svuotando di contenuti concreti i principi che governano l'agire amministrativo.

Come il pubblicano era condannato al suo tempo dalla collettività perché incassava più di quanto strettamente dovuto a Roma, la percezione di un interesse altera il rapporto tributario minando la fiducia che necessariamente deve legare il contribuente all'amministrazione finanziaria.

Questa alterazione nel dialogo che dovrebbe improntare il procedimento di accertamento si avverte maggiormente se si analizzano anche gli scarni

²³ La definizione è di A. LALLI, *Conflitti di interessi nel diritto privato e nel diritto pubblico. Una rassegna*, in *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, 2016, p. 155. L'A. afferma che in assenza di una consapevolezza diffusa della pericolosità sociale di alcune tipologie di conflitti di interessi, il diritto, nelle società aperte, non riesce a operare in modo risolutivo. Ecco perché si avverte l'esigenza di affiancare al tradizionale approccio costituito da comandi e controlli la promozione di un sentire comune diffuso, di un'etica individuale e collettiva, che non possono essere espressione di verità assolute, come detto, ma del razionale convincimento dell'esigenza di rispetto di limiti all'azione di ciascun individuo affinché tutti possano esercitare i propri diritti, senza pregiudizio di quelli degli altri.

strumenti di tutela a disposizione del contribuente allorquando subisca danni derivanti dall'illegittimo esercizio dei poteri amministrativi.

Basti pensare che, già in fase di verifica, il contribuente è esposto alla sopportazione dei costi di consulenza e assistenza, non recuperabili in sede giudiziale e, in fase di contenzioso, affronta i costi dell'impugnativa, difficilmente ripagati o completamente reintegrati dall'eventuale condanna alle spese dell'amministrazione; il ricorrente è soggetto poi all'eventuale riscossione provvisoria in pendenza di giudizio o ai danni derivanti dalla sottoposizione a misure cautelari; all'immagine e a quelli connessi alla chiusura del credito da parte delle banche o all'impedimento all'esercizio dell'attività economica, oltre al danno derivante dalla eventuale giudizio penale connesso all'accertamento illegittimo.²⁴

Il funzionario dovrebbe quindi svolgere la propria funzione di accertamento con le cautele necessarie e con un costante bilanciamento tra le giuste misure per il recupero delle imposte evase e la tutela dei diritti del contribuente, esposto a penetranti poteri di indagine. E questo soprattutto perché tali diritti, una volta violati, difficilmente sono suscettibili di un efficace risarcimento, atteso che nella relativa azione di danni il contribuente incontra i limiti derivanti dalla diabolicità della prova dell'illecito delineata dall'art. 2043 c.c., che ancora la responsabilità dell'amministrazione alla sussistenza del dolo e/o della colpa del funzionario. In tale azione, infatti, il contribuente deve provare non solo che il comportamento del funzionario possa essere riferito all'ente,²⁵ ma anche, e questa è la prova più

²⁴ Per una rassegna di dottrina e di giurisprudenza sul tema, mi permetto di rinviare ai miei lavori: *La responsabilità civile da atto impositivo illegittimo*, in P. ROSSI (a cura di), *La responsabilità civile dell'amministrazione finanziaria*, "Quaderno della rivista di diritto tributario", Giuffrè Editore, Milano, 2009, pp. 65 e ss.; *Sulla possibile configurazione di una responsabilità da contatto dell'amministrazione finanziaria*, in *Rass. Trib.* 2010, p. 995.

²⁵ In tal senso si veda, da ultimo, Cass. civ., Sez. III, sent. 8 ottobre 2007, n.20986, in *Giust. civ. mass.*, 2007, p. 10, che esplicitamente afferma che «affinché ricorra la responsabilità della pubblica amministrazione per un fatto lesivo posto in essere dal proprio dipendente – responsabilità il cui fondamento risiede nel rapporto di immedesimazione organica – deve sussistere, oltre al nesso di causalità fra il comportamento e l'evento dannoso, anche la riferibilità all'amministrazione del comportamento stesso, la quale presuppone che l'attività posta in essere dal dipendente sia e si manifesti come esplicazione dell'attività dell'ente pubblico».

complessa, l'elemento psicologico del dolo o della colpa di chi ha agito.

La necessità di provare la illiceità dell'atto o del comportamento del funzionario è un ostacolo non lieve all'esercizio dell'azione di risarcimento, atteso che la colpa non può ravvisarsi *in re ipsa* nella illegittimità, ma occorre dimostrare che l'atto stesso o il comportamento, oltre ad essere illegittimo, costituisca anche cattivo esercizio della funzione amministrativa, contrastando con i principi di imparzialità, correttezza e buon andamento.

Le difficoltà di prova nelle azioni risarcitorie aquiliane esasperano maggiormente l'asimmetria delle posizioni del rapporto tributario a tutto vantaggio dell'amministrazione finanziaria e, segnatamente, del funzionario che ha mal gestito la fase di accertamento, alimentando la sfiducia diffusa nell'operato amministrativo delineata dalle opere d'arte esaminate.

Come ai tempi di Caravaggio, ancora oggi, il sospetto sul tornaconto personale del funzionario e la mancanza di tutele adeguate del contribuente avvelenano il rapporto tributario, alimentando il fenomeno del sommerso, della sottrazione al circuito virtuoso sotteso all'attuazione dell'obbligazione tributaria.

In sostanza, la mancanza di etica dei rappresentanti dell'autorità può avere l'effetto di indurre a sua volta la mancanza di etica dei contribuenti nell'adempimento dell'obbligo di imposta, costituendo un alibi ulteriore per sottrarsi al carico impositivo già di per sé avvertito come para espropriativo.

6. Etica del funzionario e protezione dei diritti del contribuente

In conclusione, la modernità della tela di Caravaggio emerge in modo evidente, riuscendo perfettamente a rappresentare problematiche attuali, quali il conflitto esacerbato tra la collettività e i rappresentanti dell'amministrazione finanziaria o l'estraneità di chi esige le imposte e le amministra, e suggerendo i mutamenti necessari per affrancarsi dal peccato "originale" del pubblicano.

Il superamento dell'identificazione tra funzionari delle imposte e avidi peccatori non può che passare attraverso una più rigorosa etica del funzionario e un più efficace sistema di tutela del contribuente, che potrebbero realizzarsi

applicando anche in ambito tributario quella forma di responsabilità di matrice giurisprudenziale, nota soprattutto in ambito amministrativo, come responsabilità da contatto.²⁶

Tale forma di responsabilità è coerente con l'obiettivo, essendo fondata sulla constatazione che, nel rapporto tra amministrazione e cittadino, sia immanente un obbligo per l'amministrazione di protezione della posizione del cittadino stesso, sicché, accanto al generico dovere della Pubblica Amministrazione di perseguire l'interesse pubblico alla legalità, si configura anche un obbligo accessorio di rispetto o salvaguardia della sfera del soggetto privato dalle conseguenze dannose che questo rapporto può provocare.

Si tratta di un tipo di responsabilità, al confine tra responsabilità contrattuale ed extracontrattuale, che, nel valorizzare gli obblighi di comportamento del funzionario, strettamente legati al rispetto delle regole, e di protezione della sfera giuridica della controparte, sottintende una nozione oggettiva di colpa amministrativa, senza ulteriori oneri probatori a carico del contribuente, comportando di per sé un obbligo di risarcimento del danno provocato dalla violazione di tali obblighi.²⁷

L'applicazione di questa forma di responsabilità nel rapporto tributario, connessa alla valorizzazione degli obblighi di correttezza dell'agire del funzionario, può indurre un significativo mutamento nella relazione tra amministrazione e contribuente, ponendo l'accento sull'obiettivo affidamento del contribuente che entra in contatto con l'amministrazione, soddisfacendo all'esigenza di oggettivare la colpa e di dare un contenuto sanzionatorio alla violazione degli obblighi che governano l'agire amministrativo.²⁸

²⁶ L'elaborazione originaria della teoria in esame risale alla dottrina civilistica tedesca dei primi decenni del secolo scorso che ha applicato lo schema dei "rapporti contrattuali di fatto" per spiegare alcune ipotesi contrattuali caratterizzate dalla mancanza di dichiarazioni negoziali, nelle quali la fonte del rapporto obbligatorio è costituita da un comportamento di fatto. Cfr. C. ANGELICI, *Rapporti contrattuali di fatto*, in *Enc. giur.*, XXV, Roma, 1991, p. 1.

²⁷ In questi termini, la nota sentenza del Consiglio di Stato, Sez. V, 06-08-2001, n.4239, FI, 2002, III, c.1.

²⁸ In generale sull'affidamento del contribuente, si veda F. BATISTONI FERRARA, *Tutela*

In quest'ottica, è auspicabile che vengano rimeditati i meccanismi di incentivo alla "produzione di accertamenti" per favorire invece la legalità e imparzialità dell'azione amministrativa e una nuova relazione tra esattori e contribuenti improntata a reciproca fiducia, che consenta di recuperare quella funzione vitale delle imposte connessa al reperimento delle risorse fondamentali per il funzionamento dello Stato sociale e il finanziamento della spesa pubblica.

dell'affidamento e indisponibilità dell'obbligazione tributaria, in *Corriere trib.*, 2008, fasc. 13, p. 3341; E. DELLA VALLE, *Affidamento e certezza del diritto tributario*, Giuffrè Editore, Milano, 2001; G. FALSITTA, *Informazioni del fisco e affidamento del contribuente*, in *Riv. dir. Trib.*, 1996, II, p. 291; M. LOGOZZO, *L'ignoranza della legge tributaria*, Giuffrè Editore, Milano, 2002; *id.*, *La tutela dell'affidamento e della buona fede del contribuente tra prospettiva comunitaria e "nuova" codificazione*, in *Boll. Trib.*, 2003, pp. 1125 e ss.; G. MARONGIU, *Lo Statuto e la tutela dell'affidamento e della buona fede*, in *Riv. dir. trib.*, 2008, I, pp. 165 e ss..

Una rilettura critica dell'istituto della "ricapitalizzazione precauzionale" tra scenari ipotetici, vincoli sugli aiuti di Stato e (in)stabilità sistemica

di Luigi Scipione

Professore aggregato di Diritto bancario dell'Unione europea e

Ricercatore di Diritto commerciale

Dipartimento di Giurisprudenza

Università degli Studi di Napoli "Federico II"

ABSTRACT

This paper contains an analysis of the precautionary recapitalization tool which, in the new European framework for crisis control, gives member States the possibility to provide support to solvent banks with capital deficits highlighted by stress tests, in the event of a serious disturbance in the economy.

Financial stability offers European authorities and national governments sufficient scope to determine when to provide aid. However, the use of this instrument is limited by fairly restrictive criteria, especially in the field of State aid.

For these reasons, the survey focuses on the negative effects on financial stability that may derive from an excessively strict application of the burden sharing principle.

The recent case of precautionary recapitalization of the Monte dei Paschi di Siena (MPS), the parallel affair (although with different outcome) of the two "Veneto banks" (VB e BPVi) and the resolution of Banco Popular Español, are here examined to test the goodness of the new European rules.

To balance the need for the preservation of financial stability, taking into account the interests of competition policy, represents the challenge that the legislator, engaged in the BRRD reform process, will be called to restore credibility to this instrument.

SINTESI

Il presente lavoro contiene un'analisi dello strumento di ricapitalizzazione precauzionale che, nel nuovo quadro europeo di disciplina delle crisi, attribuisce agli Stati membri la possibilità di fornire supporto a banche solvibili con deficit di capitale evidenziate da stress test, in caso di grave turbamento dell'economia.

La stabilità finanziaria offre alle autorità europee e ai governi nazionali uno spazio di manovra sufficiente per determinare quando fornire un aiuto. Tuttavia, l'uso di tale strumento è limitato da criteri abbastanza restrittivi, soprattutto in materia di aiuti di Stato.

Per tali ragioni l'indagine si sofferma sugli effetti negativi sulla stabilità finanziaria che, in particolare, possono derivare da un'applicazione eccessivamente rigorosa del principio di condivisione degli oneri ("burden sharing").

Il recente caso della ricapitalizzazione precauzionale del Monte dei Paschi di

Siena (MPS), la vicenda parallela (sebbene con esito diverso) delle due banche venete (VB e BPVi) e la resolution del Banco Popular Español, vengono qui prese in esame per testare la bontà delle nuove regole europee.

Bilanciare le esigenze di preservazione della stabilità finanziaria tenendo conto degli interessi della politica di concorrenza rappresenta la sfida cui il legislatore, impegnato nel processo di riforma della BRRD, sarà chiamato per restituire credibilità a tale strumento.

SOMMARIO: 1. Premessa – 2. La ricapitalizzazione della banca all'interno del processo di risoluzione – 3. Gli strumenti di intervento finanziario pubblico fuori dal perimetro della risoluzione: finalità e presupposti – 4. Profili di indeterminazione e di asistematicità della fattispecie – 5. Le principali criticità emerse nei casi "MPS" e "Banche venete": un interessante confronto tra i diversi percorsi di gestione della crisi – 6. Ambiguità e discordanze dei risultati dello stress test. Lo "strano caso" del Banco Popular – 7. La fallibilità del criterio di "solvibilità" come requisito per accedere alla ricapitalizzazione precauzionale – 8. I pericoli legati alla possibilità di imporre una conversione o un *write down* di azioni e crediti in presenza di scenari di crisi solo ipotetici – 9. Il nodo del "controverso" legame tra *burden sharing* e stabilità sistemica – 9.1. Applicazione (rigorosa) del *burden-sharing* e credibilità delle regole – 9.2. A proposito del *bail-in*... – 9.3. La ridefinizione del MREL nelle proposte di aggiornamento della BRRD: un rapido sguardo – 10. *Bail-in* o *bail-out*? Interferenze "politiche" e discrezionalità applicativa nel bilanciamento tra competizione e stabilità – 11. Considerazioni conclusive

1. Premessa

Il quadro europeo di gestione delle crisi bancarie – composto dalla Dir. 59/2014/Ue (*Bank recovery and resolution directive* – BRRD) e dal Regolamento Ue del 15 luglio 2014, n.806 (d'ora in avanti anche "Reg. SRM") – è materia delicata e complessa che richiede certezza e semplicità delle regole, efficienza e efficacia degli strumenti e delle procedure applicabili nonché rapidità di soluzione.

La *ratio* ispiratrice della nuova trama disciplinare – che capovolge il precedente approccio alle crisi bancarie – è incentrata sul principio di condivisione dei costi delle crisi (c.d. *burden-sharing*, altrimenti detto *bail-in* in caso di risoluzione) attraverso la c.d. "internalizzazione" (o "privatizzazione") delle perdite dell'ente creditizio.

All'interno di tale cornice normativa, lo strumento della ricapitalizzazione

precauzionale consente al governo di iniettare capitali in una banca sottocapitalizzata per evitare che si inneschi il processo di risoluzione.¹ Il ricorso a siffatto istituto è ritenuto possibile ai sensi dell'eccezione racchiusa nell'art. 32, par. 4, lett. d-iii.² In ogni altra ipotesi di intervento pubblico, la banca andrebbe considerata *failing or likely to fail*, poiché incapace di correggere in corsa la situazione di dissesto ricorrendo a misure del settore privato o ad azioni di recupero poste in essere dalla Vigilanza (altrimenti non avrebbe tentato di accedere a finanziamenti pubblici!), e pertanto posta in risoluzione, se non in liquidazione.

La ricapitalizzazione precauzionale, alla stregua di qualsiasi altra forma di sostegno statale, è tuttavia soggetta ad approvazione preventiva della Commissione Ue in materia di aiuti di Stato e, dunque, all'applicazione del *burden sharing*.³ Considerata anche la forte innovatività del quadro di risoluzione delle crisi introdotto dalla BRRD, la sua attuazione solleva, pertanto, la necessità di rivederne alcuni profili, soprattutto in considerazione delle interconnessioni presenti tra il *framework* europeo in questione e la disciplina degli artt. 107-109

¹ Nella BRRD, il concetto di deterioramento patrimoniale è assimilato per finalità prudenziali al vero e proprio dissesto in quanto gli strumenti previsti dal legislatore tendono ad anticipare i rimedi esperibili, a fronte della mera possibilità che si manifesti una situazione di deterioramento patrimoniale; a tal fine si impongono, secondo un clima ascendente, misure progressive di tutela che vanno dalla programmazione del risanamento (*recovery plans*) alla gestione della crisi vera e propria (*resolution plans*).

² Quest'ultima modalità di sostegno statale di matrice precauzionale è stata messa a punto nella fase finale del negoziato fra il Parlamento europeo, la Commissione e il Consiglio, presumibilmente in vista del *Comprehensive Assessment* condotto dalla Banca centrale europea in occasione dell'avvio del Meccanismo Unico di Vigilanza; non è infatti presente nel testo approvato dal Consiglio nel giugno del 2013. La previsione avrebbe potuto essere modificata o eliminata entro il 2015 sulla base di una proposta legislativa della Commissione che tuttavia non risulta essere stata presentata.

³ Nella Comunicazione sul settore bancario 2013/C 216/01 del 30 luglio 2013, in G.U.U.E. C216/1, la Commissione Ue ribadisce il principio secondo cui, prima di concedere qualsiasi aiuto, dovrebbero essere esaurite tutte le misure di ripartizione degli oneri a carico degli azionisti e dei debitori *junior* di una banca (p.ti 43 e 44). Tale principio trova applicazione, oltre che in combinazione con un'azione di risoluzione e al ricorrere di precisi presupposti, anche al di fuori della stessa, nei confronti di banche comunque *failing or likely to fail*, ove la suddetta misura consenta di rimediare allo stato di dissesto. Il criterio del *burden sharing* si differenzia dal *bail-in* per quanto riguarda l'ampiezza delle categorie dei creditori incisi, poiché non si estende ai possessori di strumenti di capitale non computabili nel patrimonio regolamentare.

TFUE. Sebbene, infatti, il nuovo plesso normativo sia nato proprio per garantire la protezione della stabilità anche di fronte a crisi sistemiche, la presenza di vincoli in materia di concorrenza finisce col rendere tale obiettivo difficile se non impossibile da conseguire, soprattutto nel contesto di una crisi generalizzata.

Con la trasposizione nelle legislazioni nazionali dello schema europeo di risoluzione delle crisi e, in particolare, dopo le prime controverse esperienze di applicazione dell'istituto *de quo*, il dibattito su tali tematiche è cresciuto di intensità.⁴ Il nodo gordiano, che tiene legate assieme la ricapitalizzazione precauzionale, la disciplina sul *burden sharing* e la stabilità sistemica, di colpo si è ripresentato a causa dei problemi insorti nel settore bancario italiano (in gran parte dovuti ad una enorme mole di *bad loans* e alla presenza di numerose banche deboli). Di talché, dinnanzi al mutato scenario regolamentare e istituzionale, l'attenzione si è inevitabilmente spostata su un nuovo dilemma: come evitare che una disciplina, geminata per risolvere le crisi bancarie potenzialmente foriere di rischi sistemici, paradossalmente si trasformi essa stessa in causa di instabilità finanziaria per l'intero sistema.

Questo bisogno di fare chiarezza sorge giacché, in assenza di approdi ricostruttivi e dogmatici stabili ed affidabili, l'istituto della ricapitalizzazione precauzionale pubblica, ancora non sufficientemente meditato e definito, risulta allo stato dell'arte bisognoso di ulteriori approfondimenti che ne permettano una più accurata applicazione. L'indagine che di seguito verrà sviluppata si propone, pertanto, di comprendere su un orizzonte più ampio se dalle istituzioni europee e dal nuovo "Codice europeo delle crisi" provengano interventi e freni impropri o piuttosto uno stimolo a calibrare l'intervento statale secondo logiche di efficienza.

⁴ Cfr. F. CAPRIGLIONE, *La nuova gestione delle crisi bancarie tra complessità normativa e logiche di mercato*, in *Riv. trim. dir. ec.*, 1, 2017, pp. 171 e ss.; *id.*, *L'Europa e le banche. Le "incertezze" del sistema italiano*, in *www.ApertaContrada.it*, 6 marzo 2017, pp. 1 e ss..

2. La ricapitalizzazione della banca all'interno del processo di risoluzione

Alla luce di tali premesse si ritiene utile dapprima delineare la cornice di norme e principi entro cui si inserisce la complessa disciplina delle ricapitalizzazioni di matrice pubblica. Al riguardo, va subito precisato che nell'attuale impianto disciplinare le banche giudicate fragili o a rischio di dissesto non possono ricapitalizzarsi a loro piacimento, ma sono chiamate a rispettare i tempi e i modi indicati dalle autorità, attenendosi alle procedure di "risanamento" o di "risoluzione" stabilite dalla Dir. n.59/2014 in funzione della gravità della crisi.

La soluzione predefinita nell'ambito del suddetto corpo normativo è quella di consentire ad uno Stato membro di contribuire alla ricapitalizzazione di un'istituzione creditizia in *resolution*, secondo modalità ben precise e assoggettando gli aiuti a rigorose condizioni.⁵ Nella BRRD (Sottosezione 4 dedicata alle *Disposizioni accessorie all'applicazione del bail-in*) tale tipologia di interventi, che va sotto la rubrica di *Government financial stabilization tools* (GFST), include due forme di ricapitalizzazione, vale a dire: (i) la ricapitalizzazione pubblica (*public equity support tool* - art. 57), (ii) la nazionalizzazione temporanea (*temporary public ownership tool* - art. 58). In entrambe le fattispecie la ripatrimonializzazione dell'ente in crisi non può prescindere dall'applicazione dello strumento del *bail-in* (art. 43, par. 2, BRRD).⁶

Si tenga presente che ai sensi della direttiva la banca può essere posta in risoluzione se il suo supervisore (o l'autorità di risoluzione competente) determina che è *failing or likely to fail* (art. 32, commi 1 e 2). Tale *status* è accertato in riferimento a ben quattro *trigger* alternativi. Accanto ai due classici *test* di insolvenza (vale a dire, *balance sheet insolvency* e *inability to repay debts and other liabilities as they fall due*), si includono anche: violazioni della

⁵ Come sottolinea G. BOCCUZZI, *Does Bail-in Definitely Rule out Bail-out?*, in *Journal of Financial Management Markets and Institutions*, 1, 2017, p. 99, «Queste disposizioni si trovano solo nella BRRD e non anche nel SRM».

⁶ Ciò significa che nell'ambito del SRM gli Stati membri non possono ricapitalizzare una banca in risoluzione, a meno che non siano soci o creditori della banca, nel qual caso verranno obbligati a contribuire alla ricapitalizzazione dell'entità in crisi mediante l'applicazione dello strumento del *bail-in*.

normativa sufficientemente gravi da giustificare il ritiro dell'autorizzazione all'attività bancaria; e il bisogno della banca di beneficiare di un *extraordinary public financial support* (art. 32, comma 4).

Quest'ultima fattispecie è utilizzata dal legislatore per comprendere qualsiasi aiuto di Stato concesso alle banche allo scopo di preservarle o ripristinarne la redditività, liquidità o solvibilità, nonché forme equivalenti di sostegno finanziario elargito da enti pubblici che operano a livello sovranazionale, come il *Single Resolution Fund* e lo *European Stability Mechanism - ESM* (art. 2, par. 1, p.to 28) per l'Eurozona.

Tuttavia, affinché la banca che sta fallendo o rischia di fallire venga posta in risoluzione, occorre che siano soddisfatte due ulteriori condizioni: (i) che non esista una prospettiva ragionevole che lo stato di salute dell'ente possa essere ripristinato con misure di vigilanza o azioni del settore privato (come le misure di intervento precoce o la svalutazione o la conversione di strumenti di capitale); (ii) che l'uso degli strumenti di risoluzione è "necessario nell'interesse pubblico" (art. 31, par. 1). Ove queste condizioni manchino la banca dovrà essere liquidata secondo l'ordinaria procedura di insolvenza prevista a livello nazionale.

È interessante notare che in questo contesto l'interesse pubblico equivale al raggiungimento di uno o più obiettivi del regime di risoluzione della BRRD (art. 32, par. 5), che a sua volta include specificamente la protezione di fondi pubblici "*by minimising reliance on extraordinary public financial support*" (art. 31, par. 2).

Va infine segnalato che la nuova disciplina consente il supporto pubblico nell'ambito della risoluzione a condizione, però, che sia previsto un contributo all'assorbimento delle perdite e la ricapitalizzazione di non meno dell'8% delle passività totali della banca a carico di azionisti e creditori (art. 37, par. 10).⁷

⁷ A tal riguardo si veda, pure, quanto precisato nei *Consideranda* 55 e 57 della BRRD.

3. Gli strumenti di intervento finanziario pubblico fuori dal perimetro della risoluzione: finalità e presupposti

Per quanto strette, le maglie della disciplina comunitaria e di quella domestica di recepimento non escludono la concessione di un aiuto statale, ancorché in via straordinaria, al di fuori del perimetro della risoluzione. Nella cornice delineata dal legislatore europeo, infatti, l'intervento pubblico non sempre costituisce presupposto del dissesto o rischio di dissesto, quindi della risoluzione; tale è il caso in cui l'aiuto fornito dallo Stato riguarda banche che presentano sì problemi, ma che sono comunque solvibili.

La struttura generale delle disposizioni che disciplinano questa seconda tipologia di misure si apre con la descrizione dei tipi di supporto statale ammessi e la precisazione delle condizioni cui subordinare la loro efficacia. Come deroga volta a disapplicare il *bail-in*, l'art. 32, par. 4, lett. d, della BRRD, prevede le seguenti fattispecie:

- 1) liquidità fornita dalla Banca centrale (*Emergency Liquidity Assistance* – ELA);
- 2) garanzia dello Stato sulle passività di nuova emissione; oppure
- 3) iniezione di fondi propri o dell'acquisto di strumenti di capitale a prezzi e condizioni che non conferiscano un vantaggio all'ente (c.d. "ricapitalizzazione precauzionale").⁸

⁸ Sebbene nessuna definizione sia contenuta nella BRRD o nel Reg. SRM, la terza opzione è comunemente indicata come "ricapitalizzazione precauzionale". La BCE, *What is a precautionary recapitalisation and how does it work?*, 27 December 2016, reperibile sul sito www.ecb.europa.eu, ha precisato che la ricapitalizzazione precauzionale comporta «*a injection of own funds into a solvent bank by the state when this is necessary to remedy a serious disturbance in the economy of a Member State and preserve financial stability. It is an exceptional measure that is conditional on final approval under the European Union State aid framework. It does not trigger the resolution of the bank*». Più dettagliata la definizione che ne dà la Banca d'Italia, *The 'precautionary recapitalisation' of Monte dei Paschi di Siena*, disponibile all'indirizzo web www.bancaditalia.it, laddove si definisce tale strumento come «*a measure provided under European legislation (the Bank Recovery and Resolution Directive - BRRD) in exceptional circumstances, to remedy a serious disturbance to the economy of a Member State and preserve financial stability. In these cases, in order to strengthen the capital of a bank, extraordinary State aid of a precautionary and temporary nature is permitted as long as the bank is solvent and the intervention is compliant with the rules on State aid. These rules mean that a State can only intervene after the subordinated bonds have been converted into equity (the*

È la Direttiva stessa, attraverso il Considerando 41, a spiegare le ragioni che, per ognuna delle tipologie di aiuto poc'anzi elencate, giustificano un'esclusione dell'avvio della *resolution*. Mentre la terza opzione offre agli Stati membri la possibilità di iniettare capitale nella banca, su richiesta di quest'ultima, al fine di colmare un *deficit* di capitale,⁹ lo Stato garantisce le linee di liquidità e le garanzie statali sulle passività di nuova emissione (vale a dire le opzioni 1 e 2) per consentire all'istituto creditizio di affrontare problemi temporanei di liquidità.¹⁰

Orbene, un intervento pubblico "precauzionale" nel capitale di una banca (che non dia luogo all'attivazione delle procedure di crisi) è ammesso purché: (i) tale esigenza sia emersa nello scenario avverso di una prova di *stress* condotta a livello nazionale, europeo o dal *Single Resolution Mechanism*, (ii) vi sia l'urgenza di rimediare a una grave perturbazione dell'economia di uno Stato membro così da preservarne la stabilità finanziaria; (iii) le suddette misure abbiano carattere cautelativo e temporaneo (in quanto finalizzate alla ricerca di nuovi investitori), (iv) siano proporzionate e non utilizzate per compensare le perdite che l'ente ha accusato o rischia di accusare nel prossimo futuro (*incurred* o *likely to be incurred*);¹¹ (v) siano già state esplorate senza successo "soluzioni di mercato",

burden sharing principle)».

⁹ Sui tratti caratterizzanti tale tipologia di intervento cfr. B. INZITARI, *Crediti deteriorati (Npl), aiuti di Stato nella BRRD e nella comunicazione sul settore bancario del 30-07-2013 della Commissione europea*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 6, 2016, pp. 649 e ss.; A. DE ALDISIO, *La gestione delle crisi nell'Unione Bancaria*, in *Banca, impr. soc.*, 2, 2015, pp. 422 e ss.. Come osserva C. BARBAGALLO, *Audizione in Parlamento sul decreto legge 23 dicembre 2016 n.237, recante "Disposizioni urgenti per la tutela del risparmio nel settore creditizio"*, reperibile all'indirizzo web: https://www.bancaditalia.it/pubblicazioni/interventi-vari/int-var2017/Barbagallo_audizione_20171701.pdf, pp. 7 e ss., «la ricapitalizzazione precauzionale può, pertanto, risolvere casi in cui le asimmetrie informative ostacolano il buon funzionamento dei meccanismi di mercato, generando rischi per i singoli intermediari e per la stabilità finanziaria».

¹⁰ Cfr. R. OLIVARES-CAMINAL e C. RUSSO, *Precautionary recapitalisations: time for a review?*, In-depth analysis (European Parliament, July 2017) PE 602.092, p. 7, reperibile all'indirizzo web: <http://www.europarl.europa.eu>.

¹¹ Ove, tuttavia, le condizioni risultino soddisfatte, la banca può essere ricapitalizzata pubblicamente senza prima incorrere nella svalutazione o conversione degli strumenti di capitale e di debito *senior* esistenti (art. 59, par. 3, lett. e, BRRD). La riduzione degli strumenti di capitale non si attua soltanto in caso di risoluzione, ma anche per gestire altre situazioni di crisi nelle quali la risoluzione vera e propria non è possibile, perché non sussistono pericoli per la continuità e la stabilità del sistema finanziario; oppure quando tale misura non è necessaria perché l'ammanto di capitale è ridotto.

rappresentate principalmente da aumenti di capitale azionario.

Ma non è tutto. Come si è già accennato, la ricapitalizzazione precauzionale è soggetta al vaglio di ammissibilità ai sensi della disciplina degli aiuti di Stato, con facoltà, pertanto, della Commissione di subordinare tale sostegno all'applicazione di misure di ripartizione degli oneri.¹² In virtù degli orientamenti incapsulati nella Comunicazione sul settore bancario del 2013, una banca non può, infatti, ricevere supporto esterno dallo Stato (così come dai sistemi di garanzia dei depositi di natura obbligatoria) se prima non ha coinvolto nel risanamento patrimoniale gli azionisti, i titolari di altri strumenti di capitale e di obbligazioni subordinate (p.ti 43 e 44). Sempre ai sensi della suddetta disciplina in materia di concorrenza, si richiede che, analogamente a quanto previsto per le altre forme di sostegno pubblico, il suddetto intervento venga realizzato nel modo meno distortivo possibile, sia per entità dei contributi erogati che per la non discriminazione nell'accesso a questi, e operi in modo residuale dopo che altri strumenti siano stati adeguatamente utilizzati.

4. Profili di indeterminatezza e di asistematicità della fattispecie

Il disegno normativo delle eccezioni delineato dalla BRRD e dal Reg. SRM, volto a non far scattare la risoluzione in presenza dell'intervento pubblico, è affastellato di regole e soprattutto di condizioni cui è subordinata l'adozione dell'intervento statale che rischiano, in concreto, di contraddire gli obiettivi che sono alla base dell'eccezione stessa.¹³ I presupposti per la sua adozione

¹² Secondo quanto previsto ai punti da 56 a 59 della Comunicazione bancaria del 30 luglio 2013.

¹³ A favore di un allentamento delle condizioni per la ricapitalizzazione diretta di banche *viable* si è espresso il Fondo Monetario: v. IMF, *Global Financial Stability Report*, October 2016. Per C. HADJIEMMANUIL, *Limits on State-Funded Bailouts in the EU Bank Resolution Regime*, in *European Economy: Banks, Regulation, and the Real Sector*, 2, 2016, p. 109, che nell'ottobre 2016 invitava ad utilizzare il meccanismo in via precauzionale in caso di crisi sistemica: «*It can be easily seen that the overall effect of the provisions is to render outright bailouts, without extensive private burden-sharing, almost impossible. Even when an intervention is permitted, this may take place only as a GFST at a late stage within the resolution system's financing cascade, after substantial bail-in of banks' private claimholders, amounting to at least 8% of total liabilities. Moreover, the forms of permissible interventions are limited to specified types of capital injections. In this manner, the BRRD effectively relegates public support to a supporting*

confermano il carattere straordinario di questa forma di intervento, ma al contempo sono sintomatici della difficoltà di conciliare i due obiettivi della salvaguardia della stabilità finanziaria e del ricorso minimo a misure di sostegno pubblico tali da alterare, in linea di principio, la concorrenza nel mercato unico.¹⁴

Benché i pochi casi verificatisi sino ad oggi suggeriscano che l'attuazione della ricapitalizzazione precauzionale si sia rivelata sostanzialmente in linea con l'intento del legislatore e le condizioni stabilite nella BRRD, la dottrina ha identificato una serie di elementi per segnalare la pericolosità di tale misura allorché si presti a essere utilizzata "abusivamente" come mezzo per eludere il divieto generale di aiuti di Stato.

Pertanto, a fronte di un tessuto normativo costellato più da dubbi che da certezze, nei paragrafi che seguono si tenterà di fornire un contributo chiarificatore riguardo ad alcuni snodi interpretativi che sembrano rivestire maggiore interesse ai fini dell'analisi *quivi* condotta.

Un primo ordine di problemi su cui l'indagine va focalizzata è di ordine prettamente definitorio e risiede nella mancanza, sia nelle norme che regolano la ricapitalizzazione pubblica sia nei Considerando ad essa dedicati, di definizioni precise riconducibili a talune espressioni presenti nell'art. 32, comma 4, lett. d-iii, BRRD.

D'altra parte, il raggio di azione di tale disciplina non può che dipendere dall'interpretazione che, nel caso concreto, si vorrà attribuire alla "grave perturbazione" dello Stato membro e alla latitudine che si vorrà riconoscere al concetto di "stabilità finanziaria", "dai contorni sfuggenti e forse preferibilmente definibili in negativo".¹⁵

role within the resolution framework's financing cascade and sets exceptionally strict limits to pre-resolution interventions».

¹⁴ Di talché, come sottolineato da M. COSSA, *Le crisi bancarie tra Stato e mercato*, 27 luglio 2016, p. 8, disponibile nel sito [web: www.ilmerito.org](http://www.ilmerito.org), proprio «l'estrema specificità della disciplina sembrerebbe depotenziarne fin dall'origine l'ambito di operatività, anche in considerazione che trattasi di vicenda doppiamente eccezionale (ovvero eccezionale rispetto alla risoluzione di cui ricorrerebbero i presupposti, risoluzione che a sua volta è l'eccezione alla soluzione ordinaria, che nella costruzione della BRRD è la liquidazione)».

¹⁵ *Ibidem*.

Preso atto che la BRRD collega specificamente l'opzione della ricapitalizzazione precauzionale alla presenza di disturbi a livello di economia e problemi sistemici, non è affatto semplice delimitare con precisione l'esatta portata di ciò che costituisce un "grave disturbo" e determinare quando esso può mettere a rischio la "stabilità finanziaria".¹⁶ Manca, per vero, qualsiasi indicazione quantitativa o qualitativa che consenta di valutare quando esattamente il ricorso alla ricapitalizzazione precauzionale può essere necessario per preservare la stabilità finanziaria e "rimediare a un grave turbamento nell'economia di uno Stato membro".¹⁷ Per giunta, la formula impiegata dal legislatore appare non rispecchiare fedelmente il testo dell'art. 107, par. 3, lett. b, TFUE, laddove il "grave turbamento dell'economia" dell'intero Paese membro (e in verità di tutti i Paesi della Comunità) «viene ravvisato proprio nel carattere "sistemico" della crisi, nella sua idoneità ad estendersi in maniera pervasiva e contagiosa a tutti i settori dell'economia».¹⁸

Si pensi, pure, alla condizione di "non vantaggio", dove l'omissione dell'aggettivo "indebito" determina una non perfetta aderenza con la formula analoga *does not confer an undue advantage*, utilizzata nella disciplina sugli aiuti di Stato.¹⁹

Come se non bastasse, persino gli aggettivi "precauzionale" e "temporaneo" risultano imprecisati e, pertanto, soggetti anch'essi ad interpretazioni talvolta differenti. In un documento esplicativo, pubblicato a fine giugno 2017 dalla Commissione europea, si specifica che il termine "precauzionale" deve intendersi nel senso di "prepararsi alle eventuali esigenze di capitale di una banca che si

¹⁶ Che la Commissione Ue collega all'esigenza di prevenire ricadute negative derivanti dall'insolvenza di un ente creditizio e dalla "necessità di garantire che il sistema bancario nel complesso continui a fornire prestiti all'economia reale" (Comunicazione sul settore bancario del 2013, p.to 7).

¹⁷ Cfr. R. OLIVARES CAMINAL e C. RUSSO, *Precautionary recapitalisations: time for a review?*, cit., pp. 10 e ss..

¹⁸ Così S. FORTUNATO, *Aiuti di Stato e mercato creditizio fra orientamenti comunitari e interventi nazionali*, in *Dir. banca e merc. fin.*, 3, 2010, p. 381.

¹⁹ In questo senso v. N. VÉRON, *Precautionary recapitalisation: time for a review?*, in *Policy Contribution*, n.21, July 2017, p. 6.

concretizzerebbero in presenza di condizioni economiche significativamente peggiori”;²⁰ mentre “temporaneo” sta a significare che “lo Stato dovrebbe essere in grado di recuperare l’aiuto a breve e medio termine”.²¹ Questa esegesi particolarmente stringente di “temporaneo” trova, peraltro, conferma in quella fornita dalla dottrina secondo cui “qualsiasi somma ricevuta dalla banca dovrebbe essere restituita entro un certo importo lasso di tempo”.²² Ancora, nella decisione del dicembre 2015, con cui la Commissione ha approvato le ricapitalizzazioni di NBG, si legge che «l’aiuto iniettato nella Banca è di natura cautelativa e temporanea in quanto [esso] comporterà la creazione di *buffer* prudenziali nella banca. (...) La natura temporanea dell’aiuto è garantita dal fatto che una percentuale elevata dell’aiuto (75%) è concessa sotto forma di strumenti di capitale rimborsabili, cioè CoCos, nonché dall’obiettivo generale della (...) privatizzazione (...)».²³

Per quanto riguarda, infine, l’esatta natura dell’operazione di ricapitalizzazione, la BRRD menziona solo “una iniezione di fondi propri o acquisto di strumenti di capitale”. Facendo riferimento all’art. 2 della BRRD, la locuzione “fondi propri” può essere ricondotta alle definizioni adottate nella legislazione europea sui requisiti patrimoniali, malgrado gli “strumenti di capitale” non vengano definiti in

²⁰ Per B. MESNARD - A. DUVILLET MARGERIT - M. MAGNUS, *Precautionary recapitalisations under the Bank Recovery and Resolution Directive: conditionality and case practice*, European Parliament Directorate-General for Internal Policies/Economic Governance Support Unit (IPOL/EGOV), 16 June 2017, 2, disponibile all’indirizzo web: [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2017/602084/IPOL_BRI\(2017\)602084_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2017/602084/IPOL_BRI(2017)602084_EN.pdf), «The term “precautionary” refers to the forward looking nature of the recapitalisation, in the meaning that it should not cover past losses».

²¹ Così COMMISSIONE EUROPEA, *State aid: How the EU rules apply to banks with a capital shortfall*, Brussels, 25 June 2017, reperibile all’indirizzo web: http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-17-1792_en.htm.

²² Così N. VÉRON, *ibid.*, per il quale: «“Precautionary” refers to the forward looking nature of the recapitalisation, in the meaning that it should not cover past losses». Secondo B. MESNARD - A. DUVILLET MARGERIT - M. MAGNUS, *ibid.*, «The word “temporary” suggests that the measures should be undone in the future if need be. An injection of capital in the form of contingent convertible bonds typically complies with this requirement, since the bank can, if its capital position improves later on, repay the State in full. An injection of equity in the form of ordinary shares does not offer the same flexibility in practice».

²³ Così COMMISSIONE EUROPEA, *Decision of 23 July 2014 in State aid SA.34824 (2012/C), “Recapitalisation and restructuring of National Bank of Greece”* (OJ L 183, 10-7-2015, p. 29), p.to 177.

modo puntuale. Al più, l'accento qui va posto sull'evidenza che il presupposto dell'adeguatezza patrimoniale costituisce elemento essenziale per consentire la continuità aziendale nei contesti di ricorso al sostegno pubblico straordinario a fronte di esigenze di ricapitalizzazione. Sul punto vale la pena ricordare, anche perché tale precisazione tornerà utile più avanti, che generalmente sono ricompresi in tale espressione i *Common Equity Tier 1* (CET1), gli strumenti addizionali di primo livello (*Additional Tier One* - AT1) e gli strumenti di secondo livello (*Tier-Two Instruments* - T1 e T2).

5. Le principali criticità emerse nei casi "MPS" e Banche venete": un interessante confronto tra i diversi percorsi di gestione della crisi

Lo strumento della ricapitalizzazione precauzionale ha suscitato sempre maggiore attenzione nelle discussioni sulla regolamentazione finanziaria europea, soprattutto sulla scorta delle prime evidenze derivanti dai recenti casi italiani,²⁴ dove tale dispositivo è stato utilizzato per il salvataggio di MPS ma si è rivelato inapplicabile alle due banche venete.²⁵

²⁴ Per un'accurata analisi delle principali criticità che tale situazione presenta si rinvia a E. MONTANARO e M. TONVERONACHI, *Vulnerabilità del sistema bancario italiano. Diagnosi e rimedi*, in *Moneta e credito*, vol. 70, 280, 2017, pp. 299 e ss.. Le valutazioni (*Comprehensive Assessment*) compiute dalla autorità di vigilanza europea nella revisione degli attivi bancari (*Asset Quality Review*, AQR), avevano evidenziato, in particolare, inadeguatezze nella classificazione dei crediti ed insufficienze degli accantonamenti di capitale a fronte di perdite attese sui crediti per 9 banche italiane (su un totale di 25 banche europee). Tali istituti presentavano un'insufficienza patrimoniale pari a 9,7 miliardi di euro, corrispondente a circa il 39% della carenza complessiva rilevata per le 25 banche in *deficit* patrimoniale. La percezione del sistema bancario italiano è ulteriormente peggiorata all'inizio del 2016, quando l'EBA aveva reso noti i risultati dell'esercizio di *stress test* per il 2016 (i precedenti *test* sono stati svolti nel 2011 e nel 2014) e la BCE aveva ritenuto opportuno includere tra le priorità dell'esercizio di valutazione e misurazione dei rischi a livello di singola banca (SREP) anche l'area dei crediti deteriorati.

²⁵ Non si tratta, per vero, delle uniche esperienze in assoluto di ricorso allo strumento della ricapitalizzazione precauzionale nel vigore della BRRD, dato che la prima applicazione della misura deve farsi risalire al salvataggio delle maggiori banche greche (Pireo, NBG, Alpha Bank e Eurobank Ergasias), tutte ricapitalizzate alla fine del 2015. Le quattro banche presentavano una perdita di capitale di 4,4 miliardi di euro nello scenario di base e di 14,4 miliardi di euro nello scenario avverso. Il 31 ottobre 2015 il Parlamento greco aveva approvato la nuova legge sulla ricapitalizzazione, chiedendo alle banche di incrementare il capitale privato mediante aumenti di capitale, emissione di obbligazioni convertibili o vendita di attività. Tuttavia, la NBG e il Pireo non erano riusciti ad affrontare lo scenario di base facendo affidamento soltanto sui fondi privati.

L'emersione della situazione di pericolo per Veneto Banca deve farsi risalire al 2013 a seguito di un'ispezione di Banca d'Italia, mentre per la Popolare di Vicenza era stata un'ispezione della BCE del 2015 ad imporre una drastica "pulizia nei conti".²⁶ L'ipotesi del ricorso alla ricapitalizzazione precauzionale per il salvataggio dei due istituti si era fatta largo dopo aver constatato l'impossibilità di trovare nuovi "cavalieri bianchi",²⁷ dato che la strada di un primo intervento di patrimonializzazione per complessivi 3,5 miliardi da parte del Fondo Atlante 1 era già stata percorsa una prima volta.²⁸

Il 23 giugno 2017 la BCE aveva dichiarato che le due banche stavano fallendo o avrebbero potuto fallire.²⁹ Lo stesso giorno il SRB aveva concluso che la

Pertanto, in conformità alla disciplina degli aiuti di Stato, i salvataggi di questi due istituti sono stati accompagnati da una rigorosa applicazione del principio di condivisione degli oneri, come stabilito nella Comunicazione sul settore bancario del 2013. Nello specifico, la ricapitalizzazione precauzionale ha comportato, in ciascuna delle due banche, un'iniezione pubblica di 2,7 miliardi di euro, realizzata tramite il Fondo di stabilità finanziaria ellenica nella forma di obbligazioni convertibili per i tre quarti dell'importo e di azioni ordinarie per la parte restante.

²⁶ **I ripetuti e vani tentativi di rianimazione dei due istituti veneti hanno procrastinato l'intervento risolutivo, facendone lievitare il costo.** La genesi della situazione di crisi che ha investito le due banche ha radici lontane. Senza voler dar conto in questa sede delle questioni oggetto di inchieste penali e dell'azione di responsabilità ai danni degli ex vertici delle due banche, si rinvia alla ricostruzione fornita da A. PEZZUTO, *La liquidazione delle banche venete*, in *Riv. dir. banc.*, luglio 2017, pp. 4 e ss..

²⁷ Sul punto v. L. ERZEGOVESI, *Crisi bancarie: peccati e peccatori*, 14 dicembre 2017, disponibile sul blog www.pane-e-finanza.it, ricorda che proprio le regole europee «hanno imposto di tentare e veder fallire l'aumento di capitale sul mercato prima del disco verde alla ricapitalizzazione precauzionale». Spesso, osserva l'A., per la complessità dei problemi che affliggono la banca e per la severità degli squilibri economici e patrimoniali da correggere, «è facile che rimedi sulla carta apparentemente risolutivi si rivelino in concreto impraticabili. Talora, le soluzioni di mercato non sono percorribili perché la crisi è a uno stadio troppo avanzato, o perché gli *stakeholder* vi si oppongono, o perché ancora non si trovano investitori interessati. In casi del genere, la banca può richiedere apporti di capitale "non di mercato" provenienti dallo Stato, dal Fondo Interbancario di Tutela dei Depositi (FITD) e da analoghe forme di sostegno mutualistico».

²⁸ Cfr. A. BROZZETTI, *Il decreto legge n.99/2017: un'altra pietra miliare per la "questione bancaria" italiana*, in *Riv. trim. dir. ec.*, 1, 2018, pp. 44 e ss.. Per le implicazioni soprattutto di ordine sistemico che hanno contraddistinto in negativo la soluzione della crisi di VB e BPVi, sia consentito rinviare a L. SCIPIONE, *L'affaire "Popolari Venete" e il modello italico di gestione delle crisi bancarie. Ricadute applicative e profili di incoerenza sistemica*, in *Il dir. fall. soc., comfronte*, 2-3, 2018, pp. 569 e ss..

²⁹ Cfr. E. RULLI, *Contributo allo studio della disciplina della risoluzione bancaria. L'armonizzazione europea del diritto della crisi delle banche*, Torino, 2017, pp. 182 e ss.; *id.*, *Visto l'articolo 47 della Costituzione...* (Una nota sul salvataggio di Veneto banca e Popolare di Vicenza), in *FCHub*, 14 luglio 2017, p. 3; F. CAPRIGLIONE, *Difficoltà applicative del SRM nel salvataggio delle popolari venete*, in *Riv. trim. dir. ec.*, suppl. al n.3, 2017, pp. 16 e ss.. Nel caso di specie, le due banche sono state ritenute *fail or likely to fail*, perché avevano violato i requisiti

risoluzione di tali banche non era giustificata da motivi di interesse pubblico, indirizzando i due istituti alla liquidazione in base alla legge italiana in materia di insolvenza (soluzione che, sebbene nell'impianto della BRRD costituisca la regola, è percorribile soltanto ove vengano a mancare i presupposti della continuità aziendale e della rilevanza sistemica della banca). Dal canto suo la Commissione europea aveva respinto la proposta del governo italiano alla fine di giugno di sospendere il quadro di risoluzione e le norme sugli aiuti di Stato per consentire una ricapitalizzazione senza *bail-in*.³⁰ Il D.L. 25 giugno 2017, n.99 (*“Disposizioni urgenti per la liquidazione coatta amministrativa di Banca popolare di Vicenza S.p.A. e di Veneto Banca S.p.A.”*)³¹ ha, pertanto, disciplinato l'avvio della procedura di liquidazione coatta amministrativa ai sensi della normativa contenuta nel Testo unico bancario (artt. 80-95 D.Lgs. 1° settembre 1993, n.385) e contestualmente ha disposto l'adozione di misure di aiuto pubblico volte a consentire una gestione ordinata della crisi delle due banche.

Anche nel caso dell'istituto senese il ricorso alla ricapitalizzazione precauzionale ha fatto seguito ad un tentativo di rafforzamento patrimoniale sul mercato, promosso fra il 19 e il 21 dicembre 2016, non andato a buon fine.³² Nella

patrimoniali «in modo da giustificare il ritiro dell'autorizzazione da parte dell'autorità competente». Si veda, in proposito, ECB, *Press release*, 23 June 2017, disponibile all'indirizzo *web*: <https://www.bankingsupervision.europa.eu/press/pr/date/2017/html/ssm.pr170623.e.html>). Il comunicato stampa della BCE indica che la decisione deriva da carenze di capitale, preso atto che «le due banche hanno ripetutamente violato i requisiti patrimoniali di vigilanza (...)».

³⁰ In un comunicato stampa del 23 giugno 2017 (reperibile all'indirizzo *web*: https://www.popolarevicenza.it/bpvi-web/data/bpvi-comunicato/SalaStampa/ComunicatiStampa-IR/IT/2017/Comunicato_stampa/allegato/23_06_2017_Comunicato_stampa.pdf), BPVI ha ammesso di «aver preso atto della decisione della Commissione europea di respingere la sua ammissione alla ricapitalizzazione precauzionale, presentata al Ministero dell'Economia e delle Finanze italiano il 17 marzo», con ciò confermando che la responsabilità di valutare le condizioni per richiedere una ricapitalizzazione precauzionale spetta principalmente alla Commissione.

³¹ Convertito con Legge 31 luglio 2017, n.121 (Disposizioni urgenti per assicurare la parità di trattamento dei creditori nel contesto di una ricapitalizzazione precauzionale nel settore creditizio nonché per la liquidazione coatta amministrativa di Banca Popolare di Vicenza S.p.A. e di Veneto Banca S.p.A.).

³² Sulla vicenda riguardante il salvataggio dell'Istituto senese, cfr. M. RISPOLI FARINA, *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*, 1,

vicenda *de quibus*, MPS, pur avendo superato gli *stress test* di EBA e ECB nello scenario di base, presentava una carenza di capitale nello scenario avverso. A seguito del fallimento della complessa operazione di conversione (volontaria) in azioni dei *bond* subordinati, il 30 dicembre 2016 la banca aveva, pertanto, presentato istanza per accedere alla misura della ricapitalizzazione "precauzionale". La disciplina di tale strumento nel frattempo era stata trasfusa nel Titolo II del D.L. 23 dicembre 2016, n.237 (convertito nella legge 17 febbraio 2017, n.15), denominato "salva risparmio",³³ con cui si autorizzava il governo a concedere un sostegno pubblico alle banche italiane all'interno del quadro europeo in materia di aiuti di Stato,³⁴ e si prevedeva la creazione di un fondo con una capitalizzazione di 20 miliardi di euro per il 2017 per coprire i costi delle garanzie statali e dell'acquisto e sottoscrizione di quote del capitale di banche da

2018, pp. 39 e ss.; I. MECATTI, *Il decreto salva risparmio*, in *Riv. dir. banc.*, 8, 2017, pp. 23 e ss..

³³ Il 4 luglio 2017 la Commissione europea ha approvato il piano dell'Italia a sostegno della ricapitalizzazione precauzionale di MPS, sulla base di un programma di ristrutturazione teso a garantire la redditività a lungo termine della banca, limitando nel contempo le distorsioni della concorrenza. In proposito, si veda Commissione Ue, *Aiuti di Stato: la Commissione autorizza la ricapitalizzazione precauzionale del Monte dei Paschi di Siena*, reperibile all'indirizzo web: http://europa.eu/rapid/press-release_IP-17-1905_it.htm. Il piano, che assicura che vi siano risorse private sufficienti per coprire le perdite attuali e potenziali del Monte dei Paschi di Siena, si articola nei seguenti punti: (i) in linea con il "principio di condivisione degli oneri", previsto dalla normativa sugli aiuti di Stato dell'Ue, i detentori di obbligazioni subordinate e gli azionisti hanno fornito un contributo pari a 4,3 miliardi di euro, derivante dalla conversione delle obbligazioni subordinate in azioni e dalla diluizione degli azionisti esistenti; (ii) Mps ha venduto alcune attività raccogliendo capitale privato per mezzo miliardo di euro; (iii) il capitale restante, pari a 5,4 miliardi di euro, sarà fornito dallo Stato in cambio di azioni di Mps (acquistate a prezzo ridotto). **L'elemento fondamentale del piano va, tuttavia, individuato nella cessione a condizioni di mercato di un portafoglio di crediti deteriorati di 26,1 miliardi di euro ad una società veicolo finanziata con fondi privati (Atlante II).** Inoltre, MPS si era impegnato a vendere a investitori privati i titoli *senior* con rischio più basso appartenenti alla società veicolo. Per favorire la vendita, la banca aveva chiesto di avvalersi della garanzia statale a condizioni di mercato per la tranche *senior* nell'ambito dello schema di garanzia dello Stato italiano (il c.d. "GACS").

³⁴ Per una puntuale descrizione del contenuto del decreto cfr. I. MECATTI, *Il decreto salva risparmio*, cit., pp. 15 e ss., in part. 20 e 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 *Amministrazione in Cammino*, 30 maggio 2017, pp. 17 e ss.; M. STELLA, *I nuovi modi di aiutare le banche (e gli investitori?) nel decreto Salva-risparmio*, in *Corr. Giur.*, 2017, pp. 301 e ss.; F. FIORDIPONTI, *Qualche riflessione sul decreto legge 23 dicembre 2016, n.237*, 17 maggio 2017, disponibile nel sito web www.fchub.it; D. ROSSANO, *La nuova regolazione delle crisi bancarie*, Torino, 2017, pp. 150 e ss.; G. SABBATINI, *Audizione del 19 gennaio 2017 presso le Commissioni riunite (Finanze e Tesoro) del Senato della Repubblica VI (Finanze) della Camera dei Deputati sul D.L. n.237/16*, reperibile nel sito web www.dirittobancario.it.

parte del Tesoro. Anche se lo scopo del decreto nell'immediato era stato quello di impedire l'avvio di una procedura di risoluzione a carico di MPS, lo schema è ovviamente replicabile a favore di qualsiasi altra banca italiana che venisse a trovarsi nelle medesime condizioni.³⁵

Si aggiunga che nel disciplinare la ricapitalizzazione cautelativa il legislatore italiano ha dettato le regole di un concorso nella copertura degli oneri che, come si è detto, è premessa necessaria all'intervento pubblico.³⁶ In particolare, l'art. 22 del D.L. n.237/2016 si rivolge ai detentori di strumenti di capitale ibrido ovvero di altre passività di carattere subordinato, replicando l'impostazione formulata dalla Comunicazione ai punti 41 e 42, rispettivamente protesi a chiamare alla condivisione, oltre agli azionisti, "i detentori di capitale ibrido e di debito subordinato" e ad escludere il contributo obbligatorio dei "detentori di titoli di debito di primo rango" (in particolare da depositi assicurati e non assicurati, obbligazioni e tutti gli altri titoli di debito di primo rango, c.d. *senior*).³⁷

6. Ambiguità e discordanze nei risultati degli *stress test*. Lo "strano caso" del Banco Popular

Per quanto la scelta possa risultare discutibile, il risultato di uno *stress test* è

³⁵ Cfr. D. BUSCH - B. MIRIK - J. VAN RIJN - M. LOUISSE, *How Single is the Single Resolution Mechanism?*, 6 March 2018, Oxford Law Faculty, pp. 28 e ss., reperibile agli indirizzi web: <https://ssrn.com/abstract=3135473> o <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3135473>. Per i primi commenti apparsi sulla stampa internazionale cfr. J. TREANOR e S. KIRCHGAESSNER, *Italian cabinet gives green light to Monte dei Paschi di Siena bailout*, in *The Guardian*, 23 December 2016; *id.*, *Italy to bail out Monte dei Paschi di Siena bank with €20bn rescue fund*, in *The Guardian*, 22 December 2016.

³⁶ Per V. CALANDRA BUONAURA, *La disciplina del risanamento e della risoluzione delle banche. Aspetti critici*, in *Rivista Orizzonti del diritto commerciale*, 2, 2017, p. 10, a fronte di un «eventuale diniego della DGCompetition all'utilizzo di fondi pubblici per la ricostituzione dei requisiti patrimoniali, neppure il ricorso alla Corte di giustizia UE potrebbe costituire un efficace rimedio, considerati i tempi di definizione della controversia, non compatibili con la necessità di operare una tempestiva copertura della carenza patrimoniale».

³⁷ Come osserva F. FIORDIPONTI, *Qualche riflessione sul decreto legge 23 dicembre 2016, n.237, cit.*, p. 3, mentre la Comunicazione non adotta una nozione di "capitale ibrido", che consenta di distinguere tra le sue possibili modalità di regolazione, per contro «il legislatore interno all'art. 22, comma 4, si preoccupa di stabilire l'inefficacia di ogni clausola, inerente i diritti patrimoniali di azioni proprie e strumenti di capitale, che ne limiti la piena computabilità nel capitale primario di classe 1».

indispensabile per determinare se (e, in tal caso, in che misura) una ricapitalizzazione precauzionale è necessaria.³⁸ Tuttavia, ambiguità e discordanze si rinvengono anche in capo a tale dispositivo “rivelatore”, sia per quanto concerne le scelte metodologiche poste alla base del suo concreto funzionamento, sia per quanto riguarda le conseguenze che sul piano fattuale si fanno automaticamente discendere dai suoi risultati.³⁹

Occorre preliminarmente ricordare che le prove di *stress* sono esercizi di simulazione volti a valutare la solidità prospettica degli intermediari, frutto della cooperazione di istituzioni diverse che lavorano insieme per capire come una banca funzionerebbe sotto sforzo. Per simulare tali prove lo *European Systemic Risk Board* (ESRB) – un “tavolo” composto dai regolatori dei vari Paesi membri – definisce uno scenario macroeconomico “di base”, rappresentato dalla previsione economica per il triennio, e uno scenario “avverso”, che ipotizza l’impatto di uno o più *shock* particolarmente severi. I *test* sono coordinati dall’EBA (che a monte definisce le metodologie e i criteri cui tali esercizi vanno improntati per ogni sessione) e condotti dalla BCE (nell’ambito del *Single Supervisory Mechanism* – SSM) per le banche dell’area Euro sottoposte alla sua diretta supervisione.⁴⁰

³⁸ Gli esercizi di *stress testing* sono oramai annoverati tra i *tools* che le autorità di vigilanza hanno per valutare le condizioni del sistema finanziario e la sua tenuta a fronte di eventi di *stress*. Per una definizione di tale dispositivo si veda il documento della BCE, *Special Feature A for a discussion of the use of stress tests during a crisis*, in *Financial Stability Review*, December 2010, ove si legge: «*Macro stress tests are a tool to measure the resilience of the financial system or its key components to various stress factors, based on the quantification of the link between macroeconomic variables and the health of either individual financial institutions or the financial sector as a whole*».

³⁹ Cfr. S. AMOROSINO, *L’Unione Bancaria Europea e l’egemonia delle decisioni politiche*, in *Riv. dir. banc.*, 1, 2018, p. 5.

⁴⁰ In occasione dell’esercizio del 2016, al campione di grandi banche europee soggetto alla prova di *stress* coordinata dall’EBA (circa cinquanta), la BCE ha aggiunto le altre banche significative minori non incluse nel campione EBA. Gli *stress test* hanno attirato critiche per non essere rigorosi come i loro omologhi negli Stati Uniti e nel Regno Unito. Non ci sono passaggi (automatici?) che conducono al fallimento dell’istituto creditizio, dato che i risultati delle banche sono intesi semplicemente a “informare” le discussioni con i supervisori sul giusto livello di capitale. Inoltre, alcuni interessanti studi empirici rivelano che gli *stress test* si basano su ipotesi che penalizzano le banche con modelli di *business* tradizionali e non valutano adeguatamente le esposizioni in attività finanziarie (per vero, assai contenute per le banche italiane). È di questo avviso V. CALANDRA BUONAURA, *La disciplina del risanamento e della risoluzione delle banche. Aspetti*

Si tenga presente che, oltre ad attestare l'esistenza di una insufficienza di capitale, la Banca centrale europea è chiamata a determinare l'ammontare del *deficit* nel quadro dello scenario avverso sulla base del più rilevante esercizio di *stress test* del processo di revisione e valutazione prudenziale dell'EBA.⁴¹ Allo stesso modo, la BCE deve confermare che la banca non denota carenze sotto lo scenario di base.⁴²

Per quanto qui interessa, l'esito dello *stress test* è in grado di incidere sulla ricapitalizzazione precauzionale secondo due modalità. In primo luogo, se tale esercizio individua un *deficit* di capitale nel suo scenario di base,⁴³ la banca è contrassegnata come insolvente e quindi non idonea per beneficiare di una ricapitalizzazione precauzionale. Per inciso, tale aspetto limita ovviamente i casi

critici, cit., p. 11, secondo il quale «il diverso trattamento riservato alla valutazione delle attività finanziarie (in particolare dei titoli illiquidi e dei derivati), presenti in misura molto rilevante soprattutto nei bilanci delle società tedesche e francesi e del Nord-Europa, rispetto alla valutazione del rischio di credito (che penalizza in particolare le banche italiane e spagnole e più in generale quelle banche che privilegiano l'attività di erogazione del credito rispetto all'attività finanziaria). Non volendo imputare questa diversità di trattamento ad un deliberato atteggiamento dell'autorità di vigilanza, occorre considerare che, mentre per la valutazione del rischio di credito esistono metodologie collaudate, più complessi sono i modelli previsionali riguardanti il rischio finanziario e in particolare la valutazione dei derivati e non è escluso che non si siano ancora sviluppate, nell'ambito della vigilanza europea, le competenze necessarie».

⁴¹ Al fine di rendere confrontabili le simulazioni di banche diverse, la stessa EBA ha emanato una corposa metodologia (*2018 EU-Wide Stress Test. Methodological Note*, 31 January 2018, reperibile sul sito *web*: www.eba.europa.eu) che pone diversi vincoli ai meccanismi con cui verranno prodotti i risultati. Se non bastasse, la BCE confronterà le stime degli intermediari con i risultati di propri modelli interni, sollecitando revisioni in caso di scostamenti ingiustificati. Per quanto riguarda, in particolare, la disomogeneità dei criteri di valutazione degli *asset* a rischio v. A. RESTI, *Stress test bancari: regole rigide ma non per tutti*, in *www.lavoce.info*, 22-06-2018.

⁴² Si aggiunga che, tra i poteri riconosciuti a tale autorità, è contemplata anche la possibilità: (i) di imporre adeguamenti patrimoniali, non soltanto quando l'ente creditizio non soddisfa i requisiti regolamentari, ma anche quando l'autorità di vigilanza ritenga che i requisiti possono essere violati entro i successivi dodici mesi, e (ii) di esigere che gli enti detengano fondi propri superiori ai requisiti regolamentari a fronte di elementi di rischio che vengono ritenuti meritevoli di una maggiore copertura.

⁴³ Nel recepire Basilea 3, il c.d. "pacchetto CRR/CRD IV" (composto dal Regolamento europeo 2013/575/UE e alla Direttiva 2013/36/UE), ha previsto che ciascuna banca debba avere fondi propri complessivamente pari, almeno, al 10,5% delle attività ponderate per il rischio (*total capital ratio*). Tale ammontare minimo di fondi propri deve essere rappresentato da capitale di classe 1 (ossia, capitale primario di classe 1 e capitale aggiuntivo di classe 1) per almeno il 6% delle attività ponderate per il rischio, di cui almeno il 4,5% deve essere costituito da capitale primario di classe 1. A ciò si aggiunge una riserva di conservazione del capitale composta da capitale primario di classe 1 pari al 2,5% dell'importo complessivo dell'esposizione al rischio della banca (art. 129, par. 1, Dir. 2013/36/UE).

in cui è consentito ricorrere a tale strumento.

In secondo luogo, dal punto di vista quantitativo la BRRD e il Reg. SRM prevedono che la ricapitalizzazione precauzionale sia “limitata alle iniezioni necessarie per ovviare alle carenze di capitale stabilite nelle prove di *stress* nazionali, dell’Unione o del SSM, analisi della qualità degli attivi o esercitazioni equivalenti condotte dalla BCE, dall’EBA o dalle autorità nazionali, se del caso, confermata dall’autorità competente”. Anche questo indicatore è soggetto a critiche in quanto potrebbe portare a una ricapitalizzazione insufficiente. E, in effetti, esperienze precedenti hanno dimostrato che le banche in difficoltà hanno spesso avuto bisogno di più di un’azione di ricapitalizzazione.

Significativo di un certo grado di diffidenza che si nutre verso questo strumento è quanto accaduto nel salvataggio del Monte dei Paschi di Siena ove, nell’arco di soli tre mesi, il *deficit* di capitale è passato da 3,8 miliardi di euro a 8,8 milioni di euro.⁴⁴ Questa differente stima del fabbisogno di capitale dell’istituto senese ha alimentato un clima di diffusa diffidenza sulle modalità con cui tali valutazioni vengono effettuate dall’autorità di vigilanza.

Collegare, come si è tentato di fare, la suddetta modifica al deterioramento della posizione di liquidità di MPS non pare una lettura convincente. Ciò perché la liquidità è una grandezza diversa dal capitale: se così non fosse, si dovrebbe concludere che ogni volta che una banca è illiquida è anche insolvente.⁴⁵ Così come non si rivela esaustivo ascrive il “ricalcolo” del *deficit* di capitale di MPS al bisogno dell’autorità di supervisione di conformarsi alla metodologia impiegata per le banche greche Piraeus e NBG.⁴⁶ Sembra invece più plausibile la

⁴⁴ L’ammontare è stato calcolato nel seguente modo: 6,3 miliardi per riportare il coefficiente CET1 alla soglia dell’8% richiesta dalla BCE; 2,5 miliardi per riportare il coefficiente di capitale totale (*total capital ratio*, TCR) alla soglia dell’11,5% (tale operazione è necessaria per compensare il venir meno, con il *burden sharing*, dei titoli subordinati conteggiati nel TCR).

⁴⁵ Il caso di MPS dimostra che i problemi più recenti della solvibilità delle banche derivano dalla quantità di crediti in sofferenza presenti nei loro bilanci. Questa “zavorra” di *non-performing loans* potrebbe condurre ad una crisi di liquidità se quelle banche cessassero di beneficiare di una garanzia statale (come evidenziato anche dalla situazione di Veneto Banca e Banca Popolare di Vicenza).

⁴⁶ In effetti, secondo la ricostruzione fornita da S. MERLER, *The strange case of the MPS capital shortfall*, 27 December 2016, Bruegel, reperibile all’indirizzo web: <http://bruegel.org/2016/12/the->

spiegazione fornita dalla Banca d'Italia, secondo la quale le discordanze riscontrabili tra la "soluzione di mercato" e la "ricapitalizzazione precauzionale" andrebbero attribuite ai differenti criteri di stima impiegati: la prima si rivolgeva ai privati e prevedeva l'integrale cessione dei crediti in sofferenza e l'aumento del livello di svalutazione delle "inadempienze probabili"; la seconda è, invece, una misura prevista dalla BRRD in casi eccezionali. Ragion per cui – conclude la stessa autorità –, in base al principio di proporzionalità, l'ammontare del capitale precauzionale che una banca può richiedere allo Stato è quello necessario a coprire il fabbisogno patrimoniale che deriva dallo scenario avverso di una prova di stress.⁴⁷

Ma la vicenda che più di altre ha sollevato dubbi sull'azione delle autorità è quella del Banco Popular Español. L'istituto spagnolo aveva superato indenne tutti gli appuntamenti di vigilanza: l'*Asset Quality Review* (AQR) e lo *stress test* del 2014, i requisiti del *Supervisory Review and Evaluation Process* (SREP) degli anni successivi, le ispezioni ordinarie (anche se non si sa quante ne siano state fatte e con quali criteri) e da ultimo lo *stress test* del luglio 2016.⁴⁸

strange-case-of-the-mps-capital-shortfall/, «in the 2015 AQR the ECB had indeed changed the thresholds for computing the capital shortfalls for Greek banks from 8% baseline and 5% adverse (as in the 2014 stress tests) up to 9.5% and 8% respectively. I wrote about this at the time: there was no explanation given in the aggregate AQR report, but the presentation of results for the Greek banks mentioned that the 9.5% was to "reflect the risk profile of the banks". This augmented requirement is not something that follows automatically from the provisions on precautionary recapitalisation in BRRD, so it may point to a model adjustment. Yet in the Greek case, banks were re-assessed (in the 2015 AQR versus the 2014 stress test) before this additional requirement was imposed. In the MPS case, if confirmed, this looks more like a retroactive twist of the July test from which the previous capital shortfall was obtained. Moreover, if this was indeed the outcome of a model adjustment, then it should probably prompt a re-assessment of the whole system».

⁴⁷ In questi termini v. BANCA D'ITALIA, *L'ammontare della "ricapitalizzazione precauzionale" del Monte dei Paschi di Siena*, 29 dicembre 2016, reperibile all'indirizzo web: <https://www.bancaditalia.it/media/approfondimenti/2016/ricapitalizzazione-mps/nota-ricapitalizzazione-precauzionale-MPS.pdf>.

⁴⁸ **Da notare che a fine 2016, quindi dopo l'ultima tornata di stress test, ma prima delle megarettifiche su crediti immobiliari, la banca spagnola aveva un valore del CET 1 abbondantemente sopra i livelli minimi richiesti (13,7%).** Inoltre, sempre in occasione dell'ultima prova di stress, Popular aveva mostrato un capitale del 6,6% nello scenario avverso a fine 2018: questa è la soglia patrimoniale che la banca avrebbe raggiunto, secondo EBA e BCE, nell'ipotesi di una nuova recessione e di altre assunzioni molto negative. Secondo il test, dunque, l'istituto iberico sarebbe stato in grado di resistere anche a uno scenario apocalittico.

Ciononostante, a meno di un anno di distanza dall'ultima prova, la banca è entrata in crisi di liquidità ed è stata pertanto messa in risoluzione. La BCE ne ha decretato lo stato di dissesto o rischio di dissesto per illiquidità, e il SRB ne ha sancito la risoluzione in tre passaggi: 1) riduzione (ovvero azzeramento e cancellazione) delle azioni e delle obbligazioni contingenti convertibili (AT1, noti come *coco bond*); 2) conversione delle obbligazioni subordinate (T2) in azioni rappresentative del 100% del capitale sociale; 3) cessione delle azioni convertite al Banco Santander al prezzo simbolico di 1 euro.⁴⁹

Soltanto la presenza di un acquirente ha evitato perdite ancora maggiori per i risparmiatori,⁵⁰ scongiurando l'applicazione completa del *bail-in* dei titoli *senior* e dei depositanti.⁵¹ La disponibilità di Santander ad acquistare la banca in *resolution* e ad impegnarsi ad effettuare un aumento di capitale pari a 7 miliardi di euro (per far fronte alla svalutazione del portafoglio delle attività ad esso trasferite e per mantenere il suo CET1 *ratio* al livello *target* precedente l'intervento, e superiore a quello della banca acquisita), ha consentito al governo spagnolo di applicare un *bail-in* in forma minore.⁵²

⁴⁹ Dei quattro strumenti previsti dalla BRRD per gli interventi di risoluzione, ne sono stati utilizzati due, nell'ordine: (i) il *bail-in* che è consistito nella riduzione delle azioni e nella conversione in azioni di altri strumenti di capitale e di debito, con eventuale successiva riduzione (passaggi 1 e 2); (ii) il *sale of business*, che è concretizzato nella cessione della partecipazione totalitaria nella banca, o di attività, passività e diritti di vario genere, a una parte terza interessata all'acquisizione (passaggio 3). Per una descrizione più dettagliata dell'operazione v. FROB, *El Frob ejecuta la resolución del Banco Popular acordada por la Junta Única de Resolución y vende la entidad al Banco Santander*, Nota de prensa – 7 de junio de 2017, reperibile all'indirizzo web: www.frob.es/.../Contenidos/.../170607_NP_Popular_Santander.

⁵⁰ Banco Popular si era anche rivolto alla Banca centrale spagnola (Banco de España) per ottenere un prestito di liquidità d'emergenza per 2 miliardi, necessario per fare fronte ai prelevamenti in massa dei clienti. Si ricorre alla ELA quando non si hanno più attivi stanziabili per ottenere prestiti della BCE, il che indica la gravità della situazione dell'istituto iberico.

⁵¹ Per una pregevole ricostruzione della vicenda che ha riguardato il Banco Popular v. J.C. GONZÁLEZ VÁZQUEZ, *La prima applicazione della procedura di risoluzione bancaria del SRM: dubbi e valutazioni provvisorie alla luce del caso "Banco Popular"*, in *Innovazione e diritto*, 6, 2017, pp. 14 e ss.. Si noti, tra le altre cose, come l'istituto spagnolo non sia stato la prima banca a sfuggire all'esame dei supervisori europei. Nel più lontano 2011, **banca Dexia** era stata dichiarata in salute dagli *stress test*, salvo, pochi mesi dopo, scontrarsi con la dura realtà: il fallimento della banca.

⁵² In questi termini v. L. ERZEGOVESI, *La valutazione delle azioni bancarie nell'era del bail-in: Seconda parte - Casi di risanamento e risoluzione e strumenti di capitale AT1 e T2*, giugno 2017, reperibile sul blog "pane e finanza". L'A. rileva, in proposito, come l'intervento di un cessionario

Dunque, gli *stress test* non hanno assolto alla loro funzione principale che è quella di prevedere situazioni di incapienza patrimoniale a fronte di scenari avversi. I criteri sono discutibili e le lacune ormai palesi. Come queste vicende parallele insegnano, la logica degli *stress test* e le metodologie impiegate andrebbero profondamente riconsiderate, almeno per due ordini di ragioni.

In primo luogo, su un piano squisitamente tecnico, occorre prendere atto che non è possibile valutare la rischiosità di una banca semplicemente attingendo ai dati dell'ultimo bilancio e applicando simulazioni numeriche in scenari estremi.⁵³ Queste vicende insegnano che il CET1 perde di significatività se il valore netto dei crediti è irrealisticamente elevato. Ne è dimostrazione lampante il fatto che Banco Popular, a differenza di MPS, aveva superato gli *stress test*, pur non avendo adeguatamente svalutato gli NPL presenti nel suo attivo. Quantunque la risoluzione dell'istituto spagnolo sia da imputarsi ad una crisi (idiosincratICA) di liquidità (cioè di depositi e prestiti utili per far fronte ai pagamenti correnti) e non ad una carenza di capitale,⁵⁴ il deterioramento degli *asset* immobiliari è stato decisivo, la fuga dei depositanti ne è stata una conseguenza.⁵⁵

Per eliminare l'automatismo fra *shortfall* di capitale in scenari avversi e obbligo di ricapitalizzazione, le risultanze degli *stress test* andrebbero pertanto considerate come mero elemento valutativo interno della BCE per la formalizzazione di richieste di obiettivi di CET1 per singole banche.

Da un punto vista istituzionale gli *stress test* sollevano "il più generale

abbia consentito "di salvare le altre passività altrimenti aggredite da *bail-in* (depositi sopra i 100 mila euro e obbligazioni non garantite). Tuttavia, la massa di debito *bail-inable* sarebbe stata esigua rispetto al fabbisogno di capitale presunto, dato che gran parte dei grossi depositi era già fuggita, e le obbligazioni senior erano per la maggior parte *covered bond*, quindi garantite e non aggredibili".

⁵³ Si tenga presente che i livelli di patrimonializzazione di molte delle banche entrate in dissesto o fallite nel corso della recente crisi finanziaria erano tutt'altro che contenuti, spesso notevolmente al di sopra della media del settore e dei minimi regolamentari.

⁵⁴ V. BCE, *Press release*, "ECB determined Banco Popular Español S.A. was failing or likely to fail", 7 June 2016, reperibile sul sito *web*: www.bankingsupervision.europa.eu.

⁵⁵ La fuga dei risparmiatori è stata innescata dai dubbi sul reale stato di salute del patrimonio della banca. La corsa agli sportelli che ha piegato il Banco Popular parte infatti dalla maxi-perdita di 3,5 miliardi sul 2016, quando l'azienda ha dovuto svalutare alcuni crediti inesigibili.

problema del funzionamento della struttura, autonoma e formalmente separata, costituita nell'ambito della BCE per gestire il SSM, la quale ha dato finora prove non eccelse di governo, distinguendosi per iniziative regolatorie invasive e per incertezze ed oscillazioni nella gestione dei rapporti con le banche supervisionate...".⁵⁶ Le valutazioni della Banca centrale europea sembrano viziate a monte dall'impostazione di vigilanza (a forte trazione nord-europea) e a valle da errori di valutazione (come per Banco Popular). Alla luce delle esperienze applicative *quivi* riportate e di altre simili (come quelle di Deutsche Bank e Hsh Nordbank, la *landesbank* che ha avuto bisogno di aiuti di Stato dopo aver superato gli esami EBA-BCE), gli *stress test* paiono sempre più atteggiarsi come un'arma di distruzione (di alcuni istituti) e di distrazione (dai problemi di altri).

7. La fallibilità del criterio di "solvibilità" come requisito per accedere alla ricapitalizzazione precauzionale

Strettamente legata alla problematica degli *stress test* è un'altra delle condizioni indicate affinché lo Stato possa ricapitalizzare una banca in difficoltà: e cioè la circostanza per cui il destinatario di tali misure risulti solvibile (art. 32, comma 4, lett. *d*, BRRD e art. 18, comma 4, lett. *d*, Reg. SRM). Bisogna prendere atto, infatti, che molte banche certificate come "solvibili" dalla BCE, e quindi ritenute ammissibili alla ricapitalizzazione precauzionale, potrebbero, in realtà, non esserlo: *"Even if this might seem flummoxing at first blush, we must not forget that (in)solvency is a harsh binary criterion. Since a bank's struggle can come in many degrees and varieties, it might indeed be advisable to be very cautious with a verdict of insolvency. That being said, incentives for any*

⁵⁶ Così S. AMOROSINO, *L'Unione Bancaria Europea e l'egemonia delle decisioni politiche*, cit., p. 5, il quale mette in luce come «siano stati elaborati una serie di parametri tecnici la cui oggettività è stata molto discussa perché essi sono apparsi meno severi verso qualche genere di banca e più severi verso altri. Con questi presupposti il risultato è stato che, all'esito degli *stress test*, alcune banche – molte delle quali italiane – hanno ricevuto prescrizioni di adeguamento molto onerose (riguardanti in particolare il rafforzamento del loro patrimonio); sia chiaro: a prescindere dai criteri di giudizio, più precisamente dalla "taratura" di essi, s'è trattato di prescrizioni quasi sempre opportune, ma molto discrezionali, soprattutto riguardo ai tempi ed ai modi per adeguarsi».

*supervision authority to declare a bank insolvent are rather moderate anyways, since by making such a declaration, supervisors would imply that they have not really done their job”.*⁵⁷

In effetti, la definizione che qui si vuole attribuire al criterio della solvibilità è largamente criticata in dottrina;⁵⁸ tale requisito sembra in contrasto con l'indicatore *bank is not failing or likely to fail*, assodato che questa seconda fattispecie è più esigente di un mero *test*. Tant'è che l'EBA attribuisce alla “solvibilità” un significato più strettamente allineato con le condizioni indicate dall'art. 32, par. 4, lett. a - c, BRRD e opportunamente segnala che «mentre gli elementi obiettivi elencati in questi orientamenti dovrebbero essere attentamente analizzati (...), la determinazione che un ente fallisca o rischia di fallire dovrebbe rimanere un giudizio di esperti e non dovrebbe essere derivata automaticamente da nessuno degli elementi oggettivi».⁵⁹ Inoltre, a corollario di tale sottoineatura, l'EBA precisa che, «per quanto riguarda l'articolo 32, par. 4, lett. a, il concetto di solvibilità non fa riferimento alle condizioni di autorizzazione che si riferiscono invece a risorse non finanziarie».⁶⁰

⁵⁷ Così P. LASSAHAN, *Struggling Banks and Struggling Politicians: Precautionary Recapitalisation as a Threat for Goals of European Financial Regulation?*, 9 June 2017, reperibile all'indirizzo web: <https://regulation-y.com>.

⁵⁸ In questi termini v. N. VÉRON, *Precautionary recapitalisation: time for a review?*, cit., p. 6, ove, in particolare, si osserva che: «*The stipulation that precautionary recapitalisation “shall not be used to offset losses that the institution has incurred or is likely to incur in the near future” is widely open to interpretation. The intent of the co-legislators appears to be to refer to losses “incurred” since the end of the previous reporting period (eg last published audited or verified financial statements) and “likely to be incurred in the near future” before the end of the current reporting period, but this is not made explicit in the legislative text. Also, the verb “offset” is not specifically defined, even though its intended meaning appears to be that any such losses should be matched by capital-strengthening measures other than precautionary recapitalization*».

⁵⁹ Sebbene in maniera piuttosto confusa, l'EBA, nelle sue “Q&A” (reperibile all'indirizzo web: www.eba.europa.eu/single-rule-book-qa) sulle singole regole, precisa che la “solvibilità” nel contesto dell'art. 32, par. 4, lett. d, BRRD, dovrebbe essere interpretata come riferita a un'istituzione che non soddisfa i requisiti richiesti dall'art. 32, par. 4, lett. a - c, BRRD, affinché l'ente possa essere considerato *failing or likely to fail*. Per una disamina più accurata di tali aspetti, cfr. M. HELLWIG, *Precautionary recapitalisations: time for a review*, PE 602.089, European Parliament, Brussels, 22; W.P. GROEN, *Precautionary recapitalisations: time for a review*, PE 602.091, European Parliament, Brussels, 2017, pp. 11 e ss..

⁶⁰ Così EBA, *2015 EU-Wide Stress Test. Methodological Note*, 2015, 12, reperibile sul sito web: www.eba.europa.eu.

Si può, allora, tentare di spiegare il doppio requisito tenendo conto del fatto che mentre il criterio di solvibilità si applica a tutte le forme di sostegno finanziario pubblico straordinario (vale a dire anche per garanzie statali), l'altro (cioè che l'entità *"not failing or likely to fail"*) è aggiunto specificamente in relazione allo strumento della ricapitalizzazione precauzionale.

Altresì, si può sostenere che i vincoli imposti dai requisiti di solvibilità sono troppo ristretti. Probabilmente, nei casi in cui la ricapitalizzazione precauzionale offre vantaggi rispetto alle azioni di risoluzione, questi benefici non sono necessariamente sminuiti dal fatto che la banca non è più solvibile. In letteratura si sostiene che una ricapitalizzazione precauzionale ha chiari benefici rispetto alla risoluzione quando l'entità in difficoltà è un istituto finanziario globalmente importante dal punto di vista sistemico e le cui operazioni di rilevanza anch'essa sistemica possono essere mantenute in vita solo se l'organizzazione viene preservata.⁶¹

Ad ogni buon conto è importante riconoscere che sia il *"failing or likely to fail test"* che il *"solvency test"* sono, in una certa misura, caratterizzati da un elemento soggettivo, giacché la valutazione delle attività di molte banche è estremamente difficile e dipende da varie ipotesi, oltre che dalle valutazioni (talora contrastanti) provenienti da un nugolo di autorità portatrici di interessi talora confliggenti.⁶²

8. I pericoli legati alla possibilità di imporre una conversione o un *write down* di azioni e crediti in presenza di scenari di crisi solo ipotetici

Le rigide e penalizzanti condizioni cui l'impiego di tale strumento è soggetto, soprattutto in tema di conformità all'art. 107, comma 3, lett. *b*, TFUE, rendono la ricapitalizzazione precauzionale un congegno inappropriato per le banche più

⁶¹ Sul punto v. S. MERLER, *The strange case of the MPS capital shortfall*, cit., p. 21.

⁶² Un ruolo "anomalo", quello ricoperto dalla Commissione, trattandosi di organo politico e non tecnico, come rilevano N. VÉRON, *Precautionary recapitalisations: time for a review*, cit., p. 5; W.P. GROEN, *Precautionary recapitalisations: time for a review*, cit., p. 17.

vulnerabili.⁶³ Un intermediario, anche se solvibile, può essere percepito come eccessivamente rischioso da parte del mercato in presenza di condizioni avverse di stress, circostanza che potrebbe di per sé portare a un rapido deterioramento della sua situazione e quindi all'insolvenza. Come segnalato da un'attenta dottrina, sussiste in tali circostanze un elevato rischio di scivolare da una situazione di pre-crisi ad una di "non viability" della banca:⁶⁴ esigere dagli

⁶³ D'altro canto, è proprio da queste banche (in difficoltà, ma ancora solvibili) che è più probabile che la crisi si propi all'intero sistema. La trasmissione diretta delle perdite, tuttavia, non è l'unica forma di contagio, né la più importante. Il contagio si propa anche attraverso le reazioni del mercato ad un particolare "incidente" e il modo in cui questo è stato gestito dalle autorità. In un contesto di banche deboli ove diffusa è la condizione di disagio patrimoniale, il *bail-in* nei confronti di un istituto in difficoltà può condurre altri titolari di diritti di credito delle banche a rivalutare la propria posizione. Inoltre, l'insistenza della vigilanza sul ripristino immediato e completo delle soglie di capitale può rendere più difficile l'implementazione di soluzioni private. Queste dinamiche inevitabilmente finiscono per incidere sul costo del rifinanziamento portandolo a livelli proibitivi, proprio nel punto in cui il settore bancario nel suo insieme non sarà più in grado di impegnarsi per raccogliere ulteriori fondi attraverso l'emissione di strumenti di capitale o di debito. Tra i numerosi studi che focalizzano l'attenzione sugli effetti collaterali associati al nuovo quadro di risoluzione delle crisi bancarie, cfr. S. MICOSSI - G. BRUZZONE - M. CASSELLA, *Fine-Tuning the Use of Bail-in to Promote a Stronger EU Financial System*, in CEPS Special Report No 136, CEPS, Brussels, April 2016; A.D. PERSAUD, *Why Bail-In Securities are Fool's Gold*, in *Policy Brief* No PB14-23, Peterson Institute for International Economics, Washington, D.C., November 2014; P. DE GRAUWE, *The New Bail-in Doctrine: A Recipe for Banking Crises and Depression in the Eurozone*, in *CEPS Commentary*, CEPS, Brussels, 5 April 2013; A.N. BERGER e R. TURK-ARISS, *Do Depositors Discipline Banks and Did Government Actions During the Recent Crisis Reduce this Discipline? An International Perspective*, in *Journal of Financial Services Research*, 48, 2015, pp. 2 e ss.; B. BILJANOVSKA, *Aligning Market Discipline and Financial Stability: A More Gradual Shift from Contingent Convertible Capital to Bail-in Measures*, in *European Business Organization Law Review*, 17, 2016, pp. 1 e ss.; R. BLISS, *Market Discipline in Financial Markets: Theory, Evidence and Obstacles*, in A. BERGER - P. MOLYNEUX - E.J. WILSON (eds.), *The Oxford Handbook of Banking*, 2nd ed. Oxford: Oxford University Press, 2015; de P. SURY e C. ROVERA, *'Il bail-over italiano'*, in *Banche e Banchieri*, 3, 2016. M. DEWATRIPONT, *European Banking: Bailout, Bail-in and State Aid Control*, *International Journal of Industrial Organization*, 34, 2014; C. GOODHART e E. AVGOULEAS, *A Critical Evaluation on Bail-ins as Bank Recapitalisation Mechanism*, Centre for Economic Policy Research, Discussion Paper 10065, 2014; A.C. HÜSER - G. HALAJ - C. KOK - C. PERALES - A. VAN DE KRAAIJ, *The systemic Implications of Bail-in: A Multi Layered Network Approach*, Working Paper Series, European Central bank, n. 2010, 2017; R. LENER, *Liabilities Excluded from Bail-in Implications*, 2017, mimeo; C. MARTIN - M. PURI - A. UFIER, *On Deposit Stability in Failing Banks*, 22 May 2017, Preliminary draft presented at the 2017 Biennial IADI Research Conference - "Designing an Optimal Deposit Insurance System in the wake of the Financial Crisis", Basel, 2 June 2017; C. PIGRUM - T. REININGER - C. STERN, *Bail-in: Who Invests in Noncovered Debt Securities Issued by Euro Area Banks?*, Oesterreichische Nationalbank (OeNB), Financial Stability Report, n. 32, 2016, B. COEURÉ., *The implication of bail-in rules for bank activity and stability*, 30 September 2013, reperibile all'indirizzo web: <http://www.bis.org/review/r131001b.pdf>.

⁶⁴ In merito a tale questione, R. OLIVARES-CAMINAL e C. RUSSO, *Precautionary recapitalisations: time for a review?*, cit., p. 10, sottolineano che l'esistenza di un grave turbamento nell'economia

azionisti e dagli obbligazionisti della banca (solitamente rappresentati da piccoli investitori-risparmiatori) la contribuzione agli oneri del salvataggio equivarrebbe a sottoporre i debitori minori a perdite in una fase chiaramente di pre-insolvenza.⁶⁵

L'applicazione del *burden sharing* a un banca *viable* potrebbe quindi sortire effetti opposti a quelli che la BRRD si propone di conseguire allorché prevede l'eccezione delle ricapitalizzazioni precauzionali.⁶⁶ Se infatti l'applicazione del *burden sharing* è consigliabile in termini di *policy*, essa non deve essere imperativa in linea di principio. Donde, la ricapitalizzazione precauzionale non dovrebbe essere utilizzata per la "riparazione" di un sistema bancario nazionale ampiamente sottocapitalizzato e ove le fonti private di capitale non sono in grado di fronteggiare tale situazione, ma solo per la creazione di una seconda linea di difesa a favore delle banche più forti nel sistema.

La tesi che qui si vuole sostenere è che quando non sono effettivamente simmetrici, gli effetti pratici del principio di condivisione degli oneri rischiano in concreto di rendere la misura irragionevole e sproporzionata. Da qui l'esigenza di individuare parametri volti a restituire incisività ai procedimenti di ristrutturazione degli istituti bancari e, soprattutto, a rendere meno automatico e più elastico il ricorso al *burden sharing*. Un approccio *standard* applicato a situazioni

potrebbe anche essere imputata alla fragilità del settore bancario nel suo complesso, «*which would make the system more prone to a systemic crisis should the bank slip into insolvency. Because of the serious disturbance, it may also be unlikely that other national financial institutions would be able to contribute exclusively to the bank's recovery, making the public intervention even more important. Since the financial support may avoid a future insolvency of the bank being the trigger of a domino effect, a precautionary recapitalisation measure could be considered to limit negative spillover effects on financial stability*».

⁶⁵ Cfr. M. MARCUCCI, *Aiuti di Stato e stabilità finanziaria. Il ruolo della Commissione europea nel quadro normativo europeo sulla gestione delle crisi bancarie*, in M.P. CHITI e V. SANTORO (a cura di), *L'unione Bancaria Europea*, Pisa, 2016, p. 312; L. ERZEGOVESI, *La valutazione delle azioni bancarie nell'era del bail-in: Seconda parte - Casi di risanamento e risoluzione e strumenti di capitale AT1 e T2*, cit., per il quale «un segnale debole di difficoltà finanziaria può amplificarsi e innescare una *death spiral* che fa del rischio di risoluzione una profezia che si auto avvera». Difatti, come la crisi del Banco Popular ha dimostrato, **i depositi evaporano molto prima che le autorità riescano a gestire la situazione**. Ciò lascia gli obbligazionisti completamente indifesi dalla scure del *bail-in*.

⁶⁶ Così A. DE ALDISIO, *La gestione delle crisi nell'Unione Bancaria*, cit., p. 355.

fondamentalmente diverse (nel senso cioè di una sua applicazione automatica senza che si “soppesino” le ricadute potenziali del salvataggio rispetto al settore nel suo complesso), è probabile che aumenti le divergenze e le disuguaglianze tra i sistemi bancari dei singoli Paesi membri.

9. Il nodo del “controverso” legame tra *burden sharing* e stabilità sistemica

Nel quadro europeo di gestione delle crisi l’equivalenza “ricorso alle finanze pubbliche/*burden sharing*” è diventata una logica dominante, facendo apparire secondario e quasi irrilevante il tema della stabilità finanziaria.⁶⁷

Come si è già illustrato, la portata effettiva della ricapitalizzazione precauzionale deve ricavarsi dall’applicazione di due distinti *corpus* normativi. Questi sono costituiti dalle norme sugli aiuti di Stato (e in particolare il principio di condivisione degli oneri) e ovviamente dalle disposizioni della Dir. n.59/2014. Diversi sono gli interessi protetti sottostanti a tali discipline.⁶⁸ Mentre, infatti, le norme del Trattato salvaguardano la concorrenza e il benessere dei consumatori, la BRRD si occupa del recupero e della risoluzione delle banche avendo come fine ultimo quello di garantire la stabilità finanziaria.

Gli è che, rispetto al superamento della crisi dell’intermediario, la disciplina di mercato e la stabilità finanziaria si atteggiavano come due facce della stessa medaglia, avvitate in un persistente conflitto, le cui ripercussioni sul piano fattuale meritano di essere attentamente valutate.⁶⁹

⁶⁷ Si veda J.H. BINDER, *Systemkrisenbewältigung durch Bankenabwicklung? Aktuelle Bemerkungen zu unrealistischen Erwartungen*, in *Zeitschrift für Bankrecht und Bankwirtschaft*, 2017, p. 70.

⁶⁸ In questi termini cfr. R. OLIVARES-CAMINAL e C. RUSSO, *Precautionary recapitalisations: time for a review?*, cit., p. 13; N. VÉRON, *Precautionary recapitalisations: time for a review*, cit., p. 5, che, sul punto, sottolinea: «*Especially, out of interinstitutional loyalty and dynamics, the Commission will of course make sure to not even implicitly overrule the ECB’s assessment of solvency*».

⁶⁹ Secondo G. FERRARINI e A.M. PIANTELLI, *Bank Resolution and Path Dependency: The Case of Venetian Banks*, Milano, 20 ottobre 2017, p. 45, il continuo *trade-off* tra questi due macro-obiettivi induce a ritenere che «*...the actions aken by Italian authorities in order to avoid, as far as possible, the resolution of banks which have issued subordinated debt to retailers, either by compensating them ex post (Banca Popolare di Vicenza and Veneto Banca) or protecting them ex ante (MPS), appears to be in line with the EBA advice and Regulation no. 2016/860 which provide clarification*

Questa sorta di antinomia emerge, peraltro, anche sul piano procedimentale. Qui si assiste giocoforza all'instaurazione di una procedura bifasica, dove l'ossequioso "rispetto della regolazione in chiave *antitrust* detta le precedenze",⁷⁰ spesso a discapito dell'obiettivo concorrente di garantire la stabilità sistemica.⁷¹ Spetta alla Commissione effettuare il bilanciamento fra i due obiettivi, avvalendosi dei ridotti margini di flessibilità presenti nella Comunicazione del 2013.⁷² Ed è pertanto l'Esecutivo europeo, nel momento in cui valuta se un intervento di sostegno sia da qualificarsi o meno come aiuto di Stato, a imporre l'avvio della risoluzione o invece a escluderne la necessità.⁷³

Se sul versante della disciplina degli aiuti di Stato la Commissione esige una decurtazione dei diritti dei creditori, in particolare di quelli subordinati, allorché si voglia attingere alle finanze pubbliche per risollevarle le sorti di una banca di caratura "sistemica", al contrario la Dir. n.59/2014 tende ad escludere tale

on when it is possible to exclude liabilities from bail-ins. The common thread that links all the actions that I have attempted to describe is that state aid rules and taxpayers protection are subject to a limit, and this limit appears to be market confidence».

⁷⁰ Così F. FIORDIPONTI, *Qualche riflessione sul decreto legge 23 dicembre 2016, n.237, cit.*, p. 8.

⁷¹ Come rileva L. ERZEGOVESI, *La valutazione delle azioni bancarie nell'era del bail-in: Seconda parte - Casi di risanamento e risoluzione e strumenti di capitale AT1 e T2, cit.*, «lo sdoppiamento dei ruoli tra autorità produce una paradossale inversione dei fini: l'autorità delle concorrenza funge di fatto da controllore della spesa pubblica dello Stato coinvolto, ostacolando i salvataggi a spese del suo bilancio; sotto il profilo della stabilità finanziaria, diventa allora obbligata la scelta di far assorbire la banca in crisi da soggetti più forti (come è palese nel caso di Santander). Questo però impatta anche sulle condizioni di concorrenza bancaria, ma le procedure di crisi sembrano ignorare questo aspetto. Più in generale, il processo di soluzione è forzatamente istradato verso gli esiti di più facile esecuzione senza aiuti pubblici».

⁷² Sul persistere, ai sensi della disciplina sugli aiuti di Stato, del controllo della Commissione Ue sull'impiego di tali misure, v. le critiche sollevate da A. WEBER e B. GROENDAHL, *Italy's Bank Funeral Shows EU Still Using Crisis Playbook*, Bloomberg, 3 July 2017.

⁷³ Come sottolinea L. ERZEGOVESI, *La valutazione delle azioni bancarie nell'era del bail-in: Seconda parte - Casi di risanamento e risoluzione e strumenti di capitale AT1 e T2, cit.*, «mentre, infatti, la DgComp verifica che nella fase di avvio non si celino coperture di perdite già emerse o probabili e altri aiuti pubblici vietati, la BCE ne accerta la sostenibilità economica e patrimoniale a medio termine (...). Nel complesso, l'insieme di condizioni da verificare diverge tra Bruxelles e Francoforte, nel senso che un piano che limita efficacemente i sussidi pubblici può essere insostenibile in un'ottica prudentiale. I dossier sottoposti alle autorità non sono semplici. La soluzione spesso richiede approssimazioni successive, che la banca potrebbe più facilmente concordare avendo un interlocutore unico che aiuti a mediare le varie istanze di interesse pubblico. Con un processo bicefalo, nei casi critici che più avrebbero bisogno di certezze, fosse anche quella del no senza appello, la probabilità di arrivare alla meta, e soprattutto di arrivarci in tempo per evitare il dissesto, si riduce».

sacrificio, dato che non prevede alcun obbligo di svalutare o convertire strumenti di capitale e/o di debito.⁷⁴ In fondo, nell'edificio della BRRD il suddetto strumento di rifinanziamento del *deficit* patrimoniale è concepito proprio al fine di evitare l'avvio della risoluzione e l'applicazione del *write-down* di tali titoli,⁷⁵ purché l'intervento qui considerato sia temporaneo, rivolto a porre rimedio a un grave turbamento dell'economia e remunerato in modo tale da non conferire un vantaggio all'intermediario. A tal riguardo, non è affatto superfluo osservare che al Considerando 57 della BRRD si spiega che, nel valutare la compatibilità degli strumenti di stabilizzazione pubblica con la disciplina sugli aiuti di Stato, la Commissione deve valutare se si è in presenza di una situazione straordinaria di crisi sistemica che legittima il ricorso a tali strumenti, assicurando allo stesso tempo il *level playing field* nel mercato unico.⁷⁶

E in effetti anche sul versante opposto l'art. 107, par. 3, lett. *b*, non contiene al suo interno nessun riferimento alla condivisione degli oneri quale *condicio sine qua non* per beneficiare di forme di sostegno finanziario pubblico, né tantomeno prevede deroghe al principio generale di proporzionalità, in forza del quale *"l'applicazione di condizioni per l'autorizzazione degli aiuti è ammissibile nella misura in cui non determini effetti esorbitanti e inaccettabili rispetto agli obiettivi di interesse generale perseguiti dall'Unione"*.⁷⁷

⁷⁴ Come si è più volte sottolineato, nell'art. 32 BRRD si afferma che l'iniezione pubblica di fondi non deve essere utilizzata per compensare le perdite che l'istituzione ha subito o è probabile che si verifichino nel prossimo futuro. Tuttavia, R. OLIVARES-CAMINAL e C. RUSSO, *Precautionary recapitalisations: time for a review?*, cit., p. 14, sostengono, a tal proposito, che «...future losses could be the ones resulting from the sale or devaluation of impaired assets (such as non-performing loans). Looking through the provision the interpretation can be that these future losses can be covered just with the write down of equity and debt instruments or with the conversion of liabilities into equity, which is part of the burden-sharing tool».

⁷⁵ Come si evince anche dal combinato disposto dell'art. 32, par. 4, lett. *d*, e dell'art. 59, par. 3, lett. *e*, della BRRD.

⁷⁶ La direttiva stabilisce, altresì, che l'intervento dovrà essere fiscalmente neutro nel medio termine (Considerando 58) riprendendo quanto stabilito dal FSB, *Key Attributes of Effective Resolution Regimes*, principio 6.5, che prevede che l'intervento pubblico sia recuperato in un momento successivo dai creditori o dal sistema finanziario nel suo insieme.

⁷⁷ Così M. MARCUCCI, *Aiuti di Stato e stabilità finanziaria. Il ruolo della Commissione europea nel quadro normativo europeo sulla gestione delle crisi bancarie*, cit., p. 314. Sebbene questo requisito non è esplicitamente richiesto dal Trattato, la Corte di giustizia UE, nella causa C-526/14, *Kotnik e altri*, lo ritiene conforme allo scopo perseguito dall'art. 107, par. 3, lett. *b*, essenzialmente

Sembrano quelli appena elencati elementi sufficienti per sostenere che l'elaborazione di criteri e principi cristallizzati in una Comunicazione non dispensa la Commissione dal dovere di esaminare le specifiche circostanze eccezionali che uno Stato membro invoca. E, in effetti, la Comunicazione del 2013 non è affatto prescrittiva in merito alla misura del sacrificio da imporre ai creditori della banca, dato che accoglie la formula potenzialmente più flessibile secondo cui la condivisione degli oneri dovrebbe essere "adeguata". Un'esenzione più generale per la ripartizione degli oneri da parte degli obbligazionisti subordinati, allorché l'attuazione di tali misure rischi di compromettere la stabilità finanziaria o di dare luogo a risultati sproporzionati, è espressamente contemplata al par. 45.⁷⁸ Ebbene, nulla osta affinché l'eccezione qui richiamate possa estendersi ai casi in cui l'importo dell'aiuto da ricevere sia esiguo rispetto alle attività ponderate per il rischio della banca e il *deficit* di capitale sia stato già notevolmente ridotto, in particolare attraverso misure di raccolta di capitali quali emissioni di azioni, conversione volontaria del debito subordinato in azioni, azioni di responsabilità civile, generazione di capitali da cessione di rami di azienda e di portafogli di attività, cartolarizzazioni e altre misure di tal specie.

Sebbene frutto di una navigazione che talora è potuta apparire incerta, queste annotazioni trovano un solido ancoraggio nelle Conclusioni dell'Avvocato

per due motivi: vuoi perché consente di limitare l'aiuto al minimo necessario, riducendo in tal modo il pregiudizio alla concorrenza; e vuoi perché scoraggia il *moral hazard* di strategie rischiose assunte dal *management* e le cui conseguenze negative finirebbero per ripercuotersi sulla collettività in caso di dissesto della banca.

⁷⁸ Secondo M. MARCUCCI, *Aiuti di Stato e stabilità finanziaria. Il ruolo della Commissione europea nel quadro normativo europeo sulla gestione delle crisi bancarie*, cit., p. 313, casomai «ciò che può essere messo in dubbio è la volontà effettiva della Commissione di fare altrettanto. Al momento, le indicazioni raccolte suggeriscono che, anche di fronte ad una crisi latente con potenziali conseguenze altamente dannose, come quella che riguarda il settore bancario italiano, la Commissione è rimasta imperturbata. Con l'entrata a pieno regime delle disposizioni della BRRD sulla ripartizione degli oneri a partire da gennaio 2016, la Commissione ha riscontrato ulteriori motivi per farlo». Sul punto si vedano anche le perplessità sollevate da F. CAPRIGLIONE, *Difficoltà applicative del SRM nel salvataggio delle popolari venete*, cit., p. 20, secondo il quale, a fronte dei criteri restrittivi che la Commissione ha identificato nella *Banking Communication* del 2013, le deroghe previste dalla stessa autorità «sembrano circoscrivere l'erogazione degli aiuti a situazioni di crisi comunque reversibili».

generale della Corte di giustizia presentate nella causa relativa al noto caso sloveno *Kotnik*.⁷⁹ Benché assolva la Comunicazione da ogni censura affermando la legittimità del principio di contribuzione degli oneri in essa sancito, non solo per il ritenuto carattere non vincolante delle relative previsioni, ma anche e proprio alla luce dell'eccezione di *financial stability* ivi contemplata, l'Avvocato generale evidenzia che, dato il carattere non vincolante della Comunicazione, compresi i punti da 40 a 46 della stessa, «la Commissione non può considerare la condivisione degli oneri (...) *condicio sine qua non* per dichiarare gli aiuti pianificati a favore di una banca in difficoltà compatibili ai sensi dell'art. 107, par. 3, lett. *b*, TFUE. Una misura di aiuto può infatti soddisfare i requisiti di tale disposizione del Trattato anche se non prevede alcun sacrificio imposto ad azionisti e creditori subordinati dell'ente».

A supporto di quanto sostenuto, vengono invocati altri elementi presenti nel testo della Comunicazione sul settore bancario, laddove è la stessa Commissione a indicare che la condivisione degli oneri è richiesta solo “di norma” (p.ti 41 e 43), “in linea di principio” (p.ti 43 e 44) e non può essere invocata qualora possa violare i diritti fondamentali (p.to 19) o mettere in pericolo la stabilità finanziaria o determinare risultati sproporzionati (p.to 45). Il che rafforza il convincimento per cui, al ricorrere di circostanze eccezionali, la Commissione non è vincolata a richiedere alcuna misura di condivisione degli oneri.⁸⁰

⁷⁹ Trattasi delle Conclusioni dell'Avvocato Generale N. WAHL, presentate il 18 febbraio 2016, causa C-526/14, *Kotnik e altri*, laddove viene prospettata la possibile compatibilità con l'art. 107, par. 3, TFUE del salvataggio di una banca con risorse pubbliche anche in assenza di condivisione degli oneri. per un primo commento cfr. O. CAPOLINO, *Risanamento e risoluzione delle banche: riparto delle funzioni, compiti e responsabilità*, in P. VALENSISE - M. MANCINI - V. SANTORO (a cura di), *Mercato e regole*, Torino, 2017, pp. 665 e ss..

⁸⁰ Nella citata sentenza del 19 luglio 2016 (relativa sempre alla causa C-526/14), la Corte di giustizia ha fornito alcune importanti precisazioni in tema di *bail-in* (come versione del *burden-sharing* della Comunicazione del 2013). La Corte ha fissato tre punti: il *burden-sharing* non è obbligatorio, deve ritenersi però legittimo e può essere applicato retroattivamente. Confermando uno sviluppo giurisprudenziale in parte anticipato da una sentenza di poco precedente (dell'8 marzo 2016, causa C-431/14), la Corte ha precisato, altresì, che la Comunicazione del 2013 è vincolante per la Commissione, ma non lo è per gli Stati membri. Dunque, mentre la Commissione è tenuta a considerare compatibili con il Trattato aiuti conformi ai requisiti da essa posti nella Comunicazione, gli Stati membri hanno la facoltà di notificare misure che non soddisfano questi requisiti e la Commissione è obbligata a motivare un eventuale rifiuto di autorizzarli. Si tratta,

Ad ogni modo, non va dimenticato che l'esclusione del *burden-sharing* costituisce pur sempre un'eccezione alla regola: essa, dunque, va interpretata restrittivamente e ammessa solo in presenza di circostanze straordinarie.

9.1. Applicazione (rigorosa) del *burden-sharing* e credibilità delle regole

La normativa della ricapitalizzazione precauzionale così come concepita è posta in essere da un potere politico sempre più disattento non soltanto nei confronti della realtà funzionale sopra descritta, ma addirittura anche nei riguardi del proprio fondamentale assetto istituzionale. Ciò rappresenta un evidente e per certi versi lacerante *vulnus* per l'ordinamento comunitario (e non solo) e per il suo assetto costituzionale.⁸¹ Il *burden sharing* dà luogo a forme espropriative che determinano la compressione di diritti soggettivi, conducendo ad uno svuotamento delle prerogative e della valenza economica di talune posizioni giuridiche. La svalutazione e la conversione di uno strumento di debito è un'imposizione fortemente invasiva e pervasiva, non solo della vita della società, ma anche e soprattutto dei rapporti tra prestatore e debitore.⁸²

come è stato largamente sottolineato in dottrina, di una precisazione innovativa rispetto a decisioni precedenti. In passato, la Corte aveva attribuito alle Comunicazioni della Commissione una portata vincolante nei due sensi: non solo nel senso di obbligarla ad autorizzare aiuti conformi a tali Comunicazioni, ma anche di rigettare misure che non lo fossero.

⁸¹ Cfr. T. ARIANI e L. GIANI, *La tutela degli azionisti nelle crisi bancarie*, in *Riv. dir. soc.*, 2013, pp. 721 e ss.; R. TOMASIC, *Shareholder Litigation and the Financial Crisis – the Northern Rock Shareholder Appeal*, in *www.ssrn.com*; *id.*, *The rescue of Northern Rock; Nationalisation in the Shadow of Insolvency*, in *Corporate Rescue and Insolvency*, 2008, p. 109. La perplessità maggiore è su come potrà conciliarsi una filosofia di intervento palesemente dirigistica e di stampo pubblicistico con un impianto che è e rimane – almeno formalmente e viepiù sostanzialmente sul lato del *burden sharing* della crisi – privatistico (e liberistico?). Inedita appare l'attitudine della "risoluzione" ad incidere non solo sul patrimonio del soggetto in crisi – come normalmente avviene in ogni procedura concorsuale – ma anche sul suo assetto proprietario e sinanche sulla sua organizzazione corporativa e, sia consentito dire, "esistenziale", con effetti di tipo espropriativo (*wipe-out*) o diluitivo.

⁸² La configurabilità del *bail-in* come forma di espropriazione è tesi accolta, tra gli altri, da G. GUIZZI, *Il bail-in nel nuovo sistema di risoluzione delle crisi bancarie*, *cit.*, pp. 1491 e ss.. In senso critico cfr., pure, P. CARRIÈRE, *Crisi bancaria e bail-in: prime noterelle sui decreti di recepimento della Direttiva BRRD*, in *Riv. dir. banc.*, *Approfondimenti*, febbraio 2016, p. 6, secondo cui «qui la scelta legislativa potrebbe esser ancor più discutibile alla luce dell'accresciuta ampiezza e discrezionalità dei poteri esercitabili autoritativamente sulla struttura proprietaria e sui diritti di credito (anche in assenza di una procedura concorsuale), e della dichiarata opzione "ideologica" di ricondurre la crisi bancaria agli ordinari meccanismi di sopportazione dei rischi del dissesto (il

In senso più ampio, va considerato che la normativa volta a trasporre sul piano delle regole e dei principi giuridici il dogma del salvataggio interno, reca con sé una illegittima compressione di diritti fondamentali garantiti dalla Costituzione e dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo, con l'ulteriore esiziale, abnorme pretesa di imporre una altrettanto costituzionalmente illegittima e *tranchant* applicazione retroattiva di tale strumento a rapporti già in essere alla data della sua entrata in vigore.

Chiamata a pronunciarsi su tali questioni, la Corte di giustizia dell'Unione europea ha stabilito che il principio della tutela del legittimo affidamento, il diritto di proprietà e le norme in materia di aiuti di Stato contenute nel TFUE, devono essere interpretate nel senso che non ostano ai punti della Comunicazione sul settore bancario riguardanti il principio di imputazione degli oneri del risanamento della banca a carico degli azionisti e dei creditori subordinati ai fini dell'autorizzazione di un aiuto di Stato. Pertanto, una conversione o un *write down* di azioni e crediti non sono da considerarsi come indebite lesioni del diritto di proprietà.⁸³

È, quindi, nel bilanciamento tra interesse pubblico e privato che si deve valutare la conformità del *bail-in* (*rectius* "*burden sharing*") ai suddetti principi. La BRRD ne tiene conto e, al Considerando 49, stabilisce che limitazioni dei diritti di azionisti (e creditori) dovrebbero essere imposte "*solo quando ciò risulta necessario per perseguire l'obiettivo della stabilità finanziaria nell'interesse generale*".⁸⁴

Questa interpretazione per molti aspetti normofilattica della CGUE, sebbene

burden sharing privatistico tipico del *bail-in*)».

⁸³ Sul punto la Corte UE (causa n. C-526/14) prosegue osservando che: «la circostanza che, nel corso della prima fase della crisi finanziaria internazionale, i creditori subordinati non fossero stati invitati a contribuire al salvataggio degli istituti di credito, come ricordato dalla Commissione al punto 17 della Comunicazione sul settore bancario, non consente ai creditori, di cui al procedimento principale, di avvalersi del principio di tutela del legittimo affidamento (...) Si evince da consolidata giurisprudenza – infatti – che il diritto di avvalersi di tale principio presuppone che rassicurazioni precise, incondizionate e concordanti, provenienti da fonti autorizzate ed affidabili, siano state fornite all'interessato dalle autorità competenti dell'Unione».

⁸⁴ V. anche Considerando 61 del Reg. SRM.

apprezzabile, sembra tuttavia meno condivisibile se riferita allo strumento della ricapitalizzazione precauzionale: la scelta di imporre la suddetta “incisione” in presenza di scenari di crisi solo ipotetici ovviamente solleva maggiori perplessità in termini di compatibilità con i principi della Carta dei diritti fondamentali dell’UE (e segnatamente del diritto di proprietà di cui all’art. 17)⁸⁵ e della Convenzione europea dei diritti dell’uomo (art. 1).

Orbene, una decurtazione dei diritti dei creditori (o degli stessi azionisti) può ritenersi giustificata allorché ricorrano ragioni di interesse pubblico, a fronte cioè di una situazione conclamata di difficoltà effettiva e sufficientemente avanzata. Gli è che, nel momento in cui ci si muova al di fuori di una procedura liquidatoria, è oltremodo difficile provare la sussistenza di un rischio concreto ed attuale in termini di pregiudizio alla stabilità sistemica. Nel caso di sottoposizione di una banca a *resolution*, la definizione stessa del presupposto oggettivo della risoluzione (e, in special modo, il requisito dell’interesse pubblico) dovrebbe consentire di supporre, in tutti i casi, la sussistenza di ricadute sistemiche nello scenario ipotetico di una liquidazione concorsuale.

Qui, al contrario, i dubbi di legittimità costituzionale sembrano essere più fondati, visto che la disciplina della ricapitalizzazione precauzionale determinerebbe il sacrificio degli *stakeholders* della banca nell’ipotesi di mera “eventualità” del dissesto al verificarsi di uno scenario avverso, essendo connaturata alla nozione di “rischio” la mera ipoteticità dell’evento, e quindi dell’esistenza di un pubblico interesse al salvataggio;⁸⁶ donde l’evanescente

⁸⁵ Cfr. M. MATTEI GENTILI, *Il bail-in: una risposta sbagliata ai dissesti bancari*, in *Banca, impr. soc.*, 1, 2017, pp. 23 e ss.; J. DONATI, *La Ricapitalizzazione “interna” delle banche mediante bail-in*, in *Anal. giur. eco.*, 2, 2016, pp. 616 e ss.. Oggetto della tutela di queste norme non è solo il diritto “reale”, bensì il più ampio insieme dei “diritti soggettivi” dei cittadini; vale a dire il complesso di diritti, reali e obbligatori, che ne costituiscono il patrimonio. Tutti questi diritti sono garantiti dai principi fondamentali dell’ordinamento europeo e domestico, i quali pongono precisi limiti ai legislatori nazionali: le leggi e i regolamenti, infatti, possono privare i cittadini della loro proprietà solo ove ricorra una “causa di pubblico interesse, nei casi e nei modi previsti dalla legge” e solo a patto che quel sacrificio sia compensato dal “pagamento in tempo utile di una giusta indennità”.

⁸⁶ Per M. MARCUCCI, *Aiuti di Stato e stabilità finanziaria. Il ruolo della Commissione europea nel quadro normativo europeo sulla gestione delle crisi bancarie*, cit., p. 313, «Il “debt write down” dovrebbe insomma costituire una extrema ratio, da utilizzare dopo che altri strumenti meno lesivi

individuazione di un reale interesse pubblico da tutelare mediante interventi di ripratrimonializzazione.⁸⁷ Tale, del resto, è l'approccio seguito dalla stessa BRRD, la quale stabilisce per l'attivazione dei *resolution tools* una serie di salvaguardie volte ad assicurare che l'azione dell'autorità amministrativa trovi adeguata giustificazione nell'interesse pubblico alla stabilità sistemica e che non si impongano ad azionisti e creditori sacrifici sproporzionati.⁸⁸

Si aggiunga che all'esercizio del potere di *write down* deve da far seguito una valutazione volta ad identificare eventuali lesioni del principio del "no creditor worse off" (NCWO)⁸⁹ – che pure la Comunicazione richiede di rispettare nell'applicazione di strumenti di *burden sharing* – e (in caso di violazione) a quantificare il pregiudizio subito da ciascun investitore al fine della concessione di un indennizzo.⁹⁰

Sul piano delle implicazioni pratiche questo tema sollecita alcune brevi riflessioni di segno ulteriore.

In primo luogo, va evidenziato che, rispetto alla procedura di risoluzione, mancherebbe nel caso *de quo* un valido (realistico?) termine di confronto per verificare che i creditori non subiranno un trattamento peggiore di quello che riceverebbero in caso di liquidazione secondo le regole ordinarie.

In secondo luogo, occorre domandarsi se il valutatore, prima, e il giudice, dopo, dovranno prendere come riferimento uno scenario con gli aiuti di Stato o senza

dei diritti di terzi siano stati sperimentati o quando essi non siano oramai più sufficienti o percorribili».

⁸⁷ Si veda CEDU, 10 luglio 2012, *Dennis Grainger and others v. the United Kingdom*, Application no. 34940/10, par. 38 e ss..

⁸⁸ A tal proposito v., pure, il Considerando 67 della BRRD, ove si precisa che lo strumento del *bail-in* serve a garantire che gli azionisti e i creditori dell'ente in dissesto sostengano perdite "adeguate".

⁸⁹ In forza di tale principio il creditore dell'ente sottoposto a risoluzione non deve (dovrebbe) essere posto in una condizione economica peggiore di quella in cui si sarebbe trovato qualora la banca fosse stata sottoposta a una procedura concorsuale di tipo liquidatorio (art. 34, par. 1, lett. g, BRRD). Ancora, nel Considerando 73 della BRRD si legge che l'autorità di risoluzione deve assicurare "...il rispetto del principio secondo cui nessun creditore può essere svantaggiato rispetto alla procedura ordinaria di insolvenza".

⁹⁰ L. DI BRINA, "Risoluzione" delle banche e "bail-in", alla luce dei principi della Carta dei diritti fondamentali dell'UE e della Costituzione nazionale, in *Riv. trim. dir. ec.*, 4, 2015, p. 221; E. RULLI, *Il bail-in. Il capitale (degli altri) come capitale di riserva*, in *Riv. bancaria*, 2-3, 2016, pp. 86 e ss..

di essi. Nel primo caso, la *probatio* del NCWO si tramuta in un compito a dir poco diabolico, perché è chiaro che, data una procedura ove per definizione si impongono delle perdite in capo ad azionisti e creditori e un'altra in cui l'entità di tale decurtazione è modificata per effetto di un intervento a carico delle finanze pubbliche, il paragone è inverosimile.⁹¹

Ad ogni modo, la soluzione più convincente pare quella di ritenere che – perlomeno ai fini della valutazione “successiva” – il sostegno fornito dallo Stato debba considerarsi come integralmente restituito alla data di sottoposizione a risoluzione della banca.⁹² In tal modo l'esperto indipendente non sarebbe chiamato al difficile compito di immaginare l'impatto sistemico che sarebbe conseguito alla mancata concessione del sussidio pubblico. Resta in dubbio se l'esperto debba, comunque, effettuare la valutazione successiva tenendo conto degli effetti che sul piano sistemico sarebbero scaturiti dalla sottoposizione della banca ad una procedura di liquidazione.

E comunque sia, si tratterà pur sempre di una valutazione complessa che, in quanto tale, sarà più facilmente contestabile – considerata l'incertezza che la sottende – e dovrà, pertanto, essere oggetto di attente misurazioni al fine di evitare possibili derive in termini di contenzioso.⁹³

⁹¹ Cfr. P. ATHANASSIOU, *Valuation in resolution and the “no-creditor-worse-off principle”*, in *Butterworths Journal of International Banking and Financial Law*, 2014, p. 20; G. JACOBS e D. MITCHELL, *The no-creditor-worse-off principle from a valuation perspective: standing in the shoes of a hypothetical liquidator*, in *Butterworths Journal of International Banking and Financial Law*, 2014, p. 233, a detta dei quali «*The essence of an NCWO valuation requires the valuer to put himself in the shoes of the hypothetical liquidator at the time of the assumed liquidation and form a view as to how the liquidator would have sought to realise the assets, and how much he would have realised*».

⁹² Cfr. K.P. WOJCIK, *The significance and limits of the “no creditor worse off” principle for an effective bail-in*, in *From Monetary Union to Banking Union, on the way to Capital Markets Union. New opportunities for European integration.*, ECB Legal Conference, 2015, p. 255.

⁹³ In particolare, come osserva M. MARCUCCI, *Aiuti di Stato e stabilità finanziaria. Il ruolo della Commissione europea nel quadro normativo europeo sulla gestione delle crisi bancarie*, cit., p. 313, «trattandosi di una crisi meramente ipotetica, e dovendosi raffrontare il sacrificio attuale imposto ai creditori con quello che essi subirebbero nell'ipotesi alternativa di una liquidazione disposta alla stessa data e in assenza di *write-down*, potrebbe giungersi al paradosso che – non essendosi a tale data ancora realizzata una situazione di effettivo pericolo di dissesto – qualunque sacrificio potrebbe risultare sproporzionato».

9.2. A proposito del *bail-in*...

Le considerazioni testé formulate con riferimento precipuo al *burden sharing* possono trovare *ratione materiae* ulteriori elementi di riscontro anche con riferimento allo strumento, per quanto più noto e controverso, al primo contiguo: il *bail-in*.⁹⁴

In particolare sembra utile domandarsi se, a fronte di circostanze diverse sul piano fattuale, sia più congruo predisporre un approccio differenziato alla risoluzione (*rectius* al *bail-in*), e se il SRB o le autorità nazionali di risoluzione siano legalmente capaci e disposte a farlo.⁹⁵ Per cercare di rispondere a questo, come ad altri interrogativi che sono già stati sollevati a proposito della ricapitalizzazione precauzionale, un supplemento di indagine si rivela pertanto necessario.

Come è stato ampiamente illustrato in dottrina, il *bail-in*, che si colloca al centro del nuovo modello di *crisis management*, rappresenta una forma rafforzata di *burden sharing*, che impone la riduzione o la conversione in azioni di una quota del debito non assicurato o garantito. Disciplinato dal combinato

⁹⁴ La riduzione o conversione degli strumenti di capitale al di fuori del caso di risoluzione si differenzia dal *bail-in* in senso pieno in quanto non colpisce il debito subordinato non rispondente ai requisiti regolamentari del Tier 2 né il debito *senior* non garantito, e inoltre non fa scattare la conversione in capitale degli strumenti AT1 provvisti di clausole di *contingent conversion*.

⁹⁵ Su un piano più generale, non va affatto sottovalutato che le condizioni in cui si verifica un fallimento bancario sono rilevanti anche per gli effetti (più ampi) che le misure di risoluzione sono potenzialmente in grado di scatenare. A tal riguardo, C. GOODHART e E. AVGOULLEAS, *A Critical Evaluation on Bail-ins as Bank Recapitalisation Mechanism*, cit., pp. 21 e ss., sostengono che i regimi di *bail-in* non riusciranno a sradicare la necessità di un'iniezione di fondi pubblici laddove vi sia una minaccia di collasso sistemico. D'altra parte, il *bail-in* tende ad essere efficace quando la causa del dissesto della banca è di tipo idiosincratico. Pertanto, è probabile che l'impatto del processo di *bail-in* si manifesterà sia in termini di attivazione di una fuga di capitali sia di un aumento dei costi di finanziamento da parte delle stesse banche. Gli Autori sottolineano quanto forti siano in queste circostanze gli incentivi sui creditori a ritirare i loro depositi o vendere titoli di debito e osservano come «tali azioni potrebbero essere dannose e dirompenti, sia per una singola istituzione che potenzialmente per una più ampia fiducia del mercato». Indagando sui possibili effetti di contagio del *bail-in*, anche A.C. HÜSER - G. HALAJ - C. KOK - C. PERALES - A. VAN DE KRAAIJ, *The systemic Implications of Bail-in: A Multi Layered Network Approach*, cit., pp. 22 e ss., giungono a ritenere che tale strumento tende a rimodellare il canale interbancario e raccomandano un attento monitoraggio dell'impatto del *bail-in* allorché la risoluzione si applichi ad una banca di rilevanza sistemica.

disposto dell'art. 27 del Reg. SRM e dall'art. 43 della BRRD, tale dispositivo attua una ristrutturazione rapida, analoga nello spirito al *Chapter 11* del diritto fallimentare USA, con lo scopo principale di preservare il valore dell'attivo dell'intermediario in crisi rispetto allo scenario di liquidazione. Il *bail-in* si rivela fondamentale per contrastare l'indebita dipendenza delle banche dai salvataggi pubblici⁹⁶ e, allo stesso tempo, funge da stimolo per gli investitori per monitorare i rischi delle banche (disciplina di mercato).⁹⁷

Nel caso di fallimento di una banca sistemica è importante che le risorse attivabili mediante *bail-in* siano sufficienti non soltanto a coprire le perdite, ma anche a ricapitalizzare l'istituto, del quale deve essere assicurata la continuità operativa ad ogni costo. Posto che il *deficit* patrimoniale misura le dimensioni dell'intervento di ricapitalizzazione e che le passività che gravano sul patrimonio segnano l'entità del dissesto, il *bail-in* interviene sulle passività e ne determina la riduzione nella misura necessaria ad assicurare la continuazione dell'attività bancaria.⁹⁸

Nell'aggregato delle passività esposte a *bail-in* rientrano tutti gli strumenti di

⁹⁶ Come chiarisce il Considerando 67 della BRRD, "un regime di risoluzione efficace dovrebbe ridurre al minimo i costi della risoluzione di un ente in dissesto sostenuti dai contribuenti e assicurare che la risoluzione di enti di rilevanza sistemica sia possibile senza mettere a repentaglio la stabilità finanziaria".

⁹⁷ Il tema per cui il *bail-in*, in quanto meccanismo di allocazione delle perdite, rischia di costituire il veicolo per la trasmissione delle perdite ad altri intermediari finanziari qualora questi ultimi detengano una quota rilevante delle passività della banca in crisi, è affrontato, tra gli altri, da T. CONLON e J. COTTER, *Anatomy of a Bail-In*, in *Journal of Financial Stability*, 15, 2014, p. 261; J.N. GORDON e W.G. RINGE, *Bank Resolution in the European Banking Union: A Transatlantic Perspective on What it Would Take*, University of Oxford Legal Research, Paper Series, 18, 2014, p. 17, disponibile all'indirizzo web: ssrn.com/abstract=2361347 (e in *Columbia Law Review*, 115, 5, 2015, p. 1313); J. ARMOUR, *Making Bank Resolution Credible*, 2014, p. 31, disponibile all'indirizzo web: <https://papers.ssrn.com/abstract=2393998>; J. ZHOU - V. RUTLEDGE - W. BOSSU - M. DOBLER, N. JASSAUD e M. MOORE, *From Bail-out to Bail-in: Mandatory Debt Restructuring of Systemic Financial Institutions*, IMF Staff Discussion Notes, 2012, p. 22, reperibile all'indirizzo web: www.imf.org/external/pubs/cat/longres.aspx?sk=25858.0.

⁹⁸ Cfr. D. VATTERMOLI, *Il bail-in*, in *L'Unione Bancaria Europea*, cit., pp. 529 e ss.; S. FORTUNATO, *Misure di risoluzione e liquidazione*, Relazione al Seminario FITD dal titolo "La gestione delle crisi bancarie e l'assicurazione dei depositi nel quadro dell'Unione Bancaria Europea", Roma, 22 gennaio 2016; B. INZITARI, *BRRD, bail-in, risoluzione della banca in dissesto, condivisione concorsuale delle perdite (D.Lgs. n.180 del 2015)*, in *Dir. fall. e delle soc. comm.*, 3-4, 2016, p. 715.

raccolta con l'esclusione dei depositi coperti dai sistemi di assicurazione, delle obbligazioni garantite e di altre poste che siano esplicitamente esentate.⁹⁹

Come si è di poco ricordato, le norme sul *bail-in* cercano di rimuovere il rischio di insolvenze bancarie socialmente costose: mirano, prima di tutto, a realizzare una "risoluzione interna" cancellando passività o convertendole in azioni, evitando così l'insolvenza del bilancio. Di conseguenza, è come se virtualmente la (minaccia di) "risoluzione" venisse spostata (agisse) in un momento precedente rispetto al manifestarsi della crisi. Ciò, in teoria, dovrebbe migliorare la capacità dei governi di impegnarsi a non salvare le istituzioni in futuro.

Ma visto che i poteri del *bail-in* possono essere esercitati anche in periodi di *stress* finanziario estremo, l'impiego di tale strumento dovrebbe sempre corrispondere ad un'attenta, tempestiva e – più importante – calibrazione realistica dei termini che innescano la svalutazione del debito: il metro per l'efficacia di tali poteri è dato dalla capacità delle autorità di gestire le aspettative dei creditori. Di talché, analogamente a quanto si è osservato per il *buden sharing*, se la strategia di risoluzione non è fedelmente improntata a tali accorgimenti, la logica del *bail-in* può rivelarsi controproducente in quelle stesse situazioni per cui è stata concepita.¹⁰⁰ Non è da escludere, ad esempio, che la capacità di assorbimento delle perdite di una banca possa essere sovrastimata qualora comprenda passività che non possono essere sottoposte a *bail-in* nei tempi previsti dalla strategia di risoluzione.¹⁰¹

⁹⁹ Ci si è resi conto che una definizione così generica, per di più derogabile dalle norme di attuazione nazionali o dalle autorità di risoluzione, non avrebbe consentito agli investitori e ai supervisori di quantificare in maniera chiara e univoca lo *stock* di passività effettivamente disponibili per la risoluzione delle crisi, specialmente nei casi di insolvenza di gruppi *cross-border* nei quali la *holding* capogruppo e gli intermediari operativi sono regolati da giurisdizioni diverse.

¹⁰⁰ Su tali aspetti cfr. P. LEONE, *La risoluzione delle crisi bancarie. Dal bail-out al bail-in: due strutture di pensiero a confronto*, in *Riv. banc.*, 4-5, 2016, pp. 177 e ss.; F. TUTINO, *Fiducia nelle banche, bail-in, tutela del risparmio: un approccio sistemico di lungo periodo*, in *Riv. banc.*, 4-5, 2016, pp. 191 e ss..

¹⁰¹ Cfr. J.H. BINDER, *The position of creditors under the BRRD*, 2015, 12, disponibile all'indirizzo web: <http://papers.ssrn.com/abstract=2698086>; G. PRESTI, *Il bail-in*, in *Banca impr. soc.*, 2015, pp. 356 e ss.; V. CARRIERO, *Salvataggi bancari e sacrificio di diritti: il "bail-in"*, in *www.Foro.it.*, 4, 2016, pp. 147 e ss.; A. GARDELLA, *Il bail-in e il finanziamento delle risoluzioni bancarie nel contesto del Meccanismo di Risoluzione Unico*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 2015, p. 621; V. DE

Si tenga presente che, diversamente dalla disciplina sugli aiuti di Stato, la direttiva non contempla eccezioni all'obbligo del *bail-in*, nemmeno al ricorrere di ragioni di stabilità finanziaria. Deroghe di tale natura non sono previste neppure per il *write-down* che, nel quadro della BRRD deve indefettibilmente precedere l'adozione di qualunque azione di risoluzione (art. 59, par. 3, lett. a).¹⁰²

Tuttavia, la possibilità per le autorità di risoluzione di operare delle esclusioni discrezionali è contemplata solo per il *bail-in* (e, dunque, non anche per il *burden sharing*). Sia ben chiaro, la suddetta opzione limita l'applicazione di tale *resolution tool* rispetto al caso in cui la banca sia posta in risoluzione, ma non lo elimina. Le deroghe di cui si è detto non si sostanziano mai in un'esenzione *tout court* dall'applicazione del *bail-in* e necessitano, inoltre, di trovare giustificazione nell'interesse pubblico e di non discriminare, direttamente o indirettamente, sulla base della nazionalità.¹⁰³ Per giunta, tali poteri discrezionali sono – quando esercitati dal SRB¹⁰⁴ – soggetti a limitazioni secondo la dottrina Meroni e, di conseguenza, le deroghe devono superare anche il vaglio della Commissione attraverso la sua approvazione o obiezione al programma di risoluzione. Per inciso, tali misure «consentono soltanto l'esclusione di singole passività o di determinate categorie di passività nei casi eccezionali in cui ciò sia necessario a garantire la continuità delle funzioni essenziali, ovvero per evitare un ampio contagio che perturberebbe gravemente il funzionamento dei mercati finanziari, o ancora per evitare un'esorbitante distruzione di valore (art. 48, par. 3, lett. b, c, d)». ¹⁰⁵

SERIÈRE, *Bail-in: Some Fundamental Questions*, in M. HAENTJENS e B. WESSELS (eds.), *Bank Recovery and Resolution*, L'Aja, 2014, p. 164.

¹⁰² Con l'espressione "quasi *bail-in*" si indica, infatti, il potere – strettamente collegato al *bail-in*, seppure da esso differente – di svalutare o convertire strumenti di capitale (ad es. Livello 1, strumenti aggiuntivi di Livello 1 e Livello 2) che può essere usato dall'autorità di risoluzione in combinazione con un'azione di risoluzione o indipendentemente da essa. Nel secondo caso, il "quasi *bail-in*" è ammesso solo se la svalutazione e/o la conversione sono sufficienti per rimediare alla situazione di crisi.

¹⁰³ V. art. 6 e Considerando 60 del Reg. SRM; art. 44, comma 3, della BRRD.

¹⁰⁴ Il SRB decide sull'esclusione delle passività dall'ambito dello strumento del *bail-in*, a meno che l'art. 7 del Reg. SRM determini che sia competente l'autorità nazionale di risoluzione.

¹⁰⁵ Così M. MARCUCCI, *Aiuti di Stato e stabilità finanziaria. Il ruolo della Commissione europea*

9.3. La ridefinizione del MREL nelle proposte di aggiornamento della BRRD: un rapido sguardo

Con riferimento al processo decisionale che conduce all'applicazione del *bail-in* si possono distinguere due modelli. Il primo è quello sopra descritto, in cui l'autorità di risoluzione ha il diritto di cancellare le passività della banca intervenendo sui diritti di proprietà dei creditori e degli azionisti (c.d. "*bail-in* regolamentare"). In tal caso, i termini e le condizioni di cancellazione/conversione sono specificati nella legislazione o nelle norme secondarie, lasciando all'autorità di risoluzione la determinazione della misura dell'abbattimento di passività e dell'entità della "ricapitalizzazione interna" da applicare all'intermediario in crisi.

Un secondo approccio prevede il riconoscimento in capo alle autorità di regolamentazione del potere di imporre alle istituzioni creditizie l'emissione, in un periodo antecedente al verificarsi della crisi, di uno specifico livello di debito che, al raggiungimento di un *trigger event* contrattualmente determinato (i.e., parametri di bilancio, risultati di *stress test*, *spread* CDS), si converte automaticamente in capitale azionario (*contingent convertible capital instruments* - Co.Cos). La decisione relativa ad una futura conversione (c.d. "*bail-in* contrattuale") viene quindi formulata *ex ante* dalle parti contraenti (banche e autorità competenti).

In termini di credibilità, è certamente preferibile un controllo preventivo offerto

nel quadro normativo europeo sulla gestione delle crisi bancarie, cit., p. 310, che poco più avanti precisa che «nel *bail-in* il rischio sistemico è considerato solo in parte: è permesso cioè di ripartire in modo diseguale le perdite tra i diversi creditori, escludendone alcuni e aumentando conseguentemente l'apporto degli altri fino al limite di quanto questi perderebbero se la banca fosse posta in liquidazione. Infine, apporti finanziari pubblici non sono ammessi, se non dopo aver applicato una svalutazione minima dei crediti pari all'8% del passivo della banca» (*ivi*, p. 312). In particolare, per gli aspetti che qui rilevano, v. C. HADJIEMMANUIL, *Limits on State-Funded Bailouts in the EU Bank Resolution Regime, cit.*, p. 110, secondo il quale: «*Within resolution, there is wide room for the resolution authorities, always subject to the Commission's approval, to allow discretionary exemptions from bail-in or partial bail-in, thus pushing the resolution costs further down the BRRD's financing cascade (Art. 43 (3-12)). All these discretionary judgements – which in the Banking Union typically involve supranational decision-makers – may serve to alleviate the pressure on national banking systems; but they may also aggravate it! The one area, where the room for discretion is very limited, is precisely that of public support*».

dai modelli di *bail-in* che agiscono *ex-ante*. In tale fattispecie, infatti, le autorità possono esercitare in maniera più efficace un livello di controllo precauzionale sulle banche che detengono un cuscinetto di debito convertibile in capitale. Per giunta, siffatta soluzione rende meno probabile l'applicazione del *bail-in* e allevia le eventuali ricadute in termini di stabilità sistemica che, come si è visto, rischiano di accompagnarsi all'applicazione di tale strumento allorché si intervenga in presenza di un clima di generalizzata debolezza e di una accentuata interconnessione tra gli intermediari. Tale, del resto, è l'idea alla base rispettivamente dello standard del TLAC (*Total Loss Absorbency Capital*) e di quello del MREL (*Minimum Requirement of Own Funds and Eligible Liabilities*).¹⁰⁶

Le riflessioni testé formulate impongono, dunque, di sondare anche le scelte di calibrazione dei suddetti *standard* e del livello di subordinazione degli strumenti computabili ai fini del requisito stesso, inserite nelle proposte di riforma della disciplina bancaria presentato dalla Commissione europea il 23 novembre 2016, per rafforzare ulteriormente la resilienza delle banche dell'UE.¹⁰⁷

¹⁰⁶ Il MREL e il TLAC sono due requisiti che nascono in momenti e contesti diversi, ma che hanno lo stesso obiettivo: assicurare la risolvibilità di una banca evitando di ricorrere a fondi pubblici. Mentre il MREL è disciplinato dall'art. 45 della BRRD, e dal Regolamento delegato della Commissione UE n.1450/2016, il TLAC è stato coniato dal *Financial Stability Board* (FSB) nel novembre 2015 in seguito alla richiesta del G20 di aumentare la capacità di assorbimento delle perdite delle istituzioni globali a livello sistemico (G-SIBs) in caso di risoluzione; si inserisce nei lavori avviati dal FSB subito dopo la crisi per far fronte al problema del *too big to fail*. Integra i *Key Attributes of Effective Resolution Regimes* del 2011 ed entrerà in vigore dal 1° gennaio 2019.

¹⁰⁷ Il riferimento è alle proposte contenute in COM(2016) 852, recante "*Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on amending Directive 2014/59/EU on loss-absorbing and recapitalisation capacity of credit institutions and investment firms and amending Directive 98/26/EC, Directive 2002/47/EC, Directive 2012/30/EU, Directive 2011/35/EU, Directive 2005/56/EC, Directive 2004/25/EC and Directive 2007/36/EC*" et COM(2016) 853, recante "*Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on amending Directive 2014/59/EU of the European Parliament and of the Council as regards the ranking of unsecured debt instruments in insolvency hierarchy*", parte del procedimento per atti legislativi ordinari denominato 2016/0363 (COD). Gli emendamenti proposti dalla Commissione al "pacchetto bancario" puntano a perfezionare e completare il quadro normativo delle banche. Essi contribuiscono a ridurre l'incertezza sull'evoluzione della regolamentazione di vigilanza chiarendo, almeno in linea generale, le modalità di recepimento di *standard* tecnici già approvati a livello globale. Per un quadro più dettagliato delle novità in corso di approvazione si rimanda a S. CROSETTI, *Verso la BRRD II. Analisi delle proposte di armonizzazione del requisito minimo di passività ammissibili con le indicazioni del Financial Stability Board in materia di Total*

Il requisito di un livello minimo di fondi propri e di passività sottoponibili a “bail-in” è previsto dalla BRRD non per aumentare la stabilità della banca (in ciò differenziandosi dai requisiti di capitale), ma per assicurare che la risoluzione si svolga in maniera ordinata e senza ostacoli. Ciò si ottiene chiedendo all’intermediario di strutturare le proprie passività o parte di esse nel rispetto di specifici criteri e condizioni. Il coefficiente è calcolato come l’importo di fondi propri e passività ammissibili espresso in percentuale del totale di passività e fondi propri, includendo pertanto al numeratore, oltre al capitale regolamentare (come i tradizionali *ratio* di vigilanza), anche altre passività con particolari caratteristiche.¹⁰⁸

Le passività computabili ai fini del MREL costituiscono un sottoinsieme di quelle potenzialmente coinvolte in caso di applicazione del *bail-in*: **l’obiettivo è aumentare, nel passivo delle banche, la presenza di strumenti ad elevata capacità di assorbimento delle perdite**, in modo da consentirne la liquidazione senza pregiudicare la stabilità finanziaria e senza necessità di ricorrere a fondi pubblici. Tra i criteri di ammissibilità elencati nell’art. 45 della BRRD, i più rilevanti sono:

- la durata residua di almeno un anno;
- che la passività non risulti da un derivato;
- né che sia coperta da alcun tipo di garanzia fornita dalla banca (es. *covered bond*, finanziamenti da parte della BCE).

Non è richiesta la subordinazione, requisito invece necessario per la computabilità di uno strumento nel TLAC.

In proposito, la Commissione ha rilevato che le differenti modalità di recepimento della BRRD nei Paesi membri dell’UE (conseguente anche alle

Loss Absorbing Capacity, in *Amministrazione in Cammino*, 18 gennaio 2018.

¹⁰⁸ Cfr. G.B. NAVARETTI - G. CALZOLARI - A.F. POZZOLO, *The tangled web: do capital requirements and loss absorption capacity foster a systemic risk free, pro-growth banking environment?*, in *European Economy*, vol. 1, 9, 2015; L. AMORELLO, *Total-Loss Absorbing Capacity (TLAC): breve introduzione al nuovo standard prudenziale definito dal Financial Stability Board per le banche a rilevanza sistemica globale*, in *Dir. Banc.*, 12 novembre 2015.

differenti normative fallimentari), avrebbero rappresentato un rilevante ostacolo ad una ordinata risoluzione di un intermediario la cui operatività fosse esercitata in più ordinamenti. Nel prendere atto di tale preoccupazione, la Dir. n.59/2014 prevede che il MREL: (i) sia modellato sulle dimensioni, sul modello di *business*, sul modello di finanziamento e sul profilo di rischio di ciascuna banca; (ii) tenga conto della *“misura in cui il dissesto dell’ente avrebbe effetti negativi sulla stabilità finanziaria, fra l’altro a causa del contagio di altri enti dovuto alle interconnessioni dell’ente in questione con altri o con il sistema finanziario ingenerale”*; (iii) includa anche i contributi provenienti dagli schemi di garanzia dei depositi in fase di risoluzione.

Per scongiurare il pericolo evocato dalla Commissione, anche il nuovo testo contenuto nella Proposta interviene sul regime di eleggibilità degli strumenti computabili nella struttura del MREL (per allineare tale requisito prudenziale a quello del TLAC) e introduce una nuova classe di strumenti di debito (*senior unsecured non preferred*)¹⁰⁹ nella gerarchia dei creditori bancari, così da perseguire un duplice obiettivo: da un lato, assicurare la presenza di adeguati fondi propri e passività su cui far operare il meccanismo del *bail-in* e, dall’altro, creare una gerarchia armonizzata a livello UE dei creditori bancari.

I due aspetti sopra indicati sono, infatti, strettamente correlati: gli strumenti computabili ai fini del requisito dovrebbero tendenzialmente essere subordinati, in quanto ciò consente una chiara, non controversa e rapida allocazione delle perdite nel momento della risoluzione; allo stesso tempo, la calibrazione per le banche più importanti dovrebbe essere armonizzata, tarata a seconda della tipologia di intermediario (dimensione, modello di business, ecc.) e ragionevole – tale da evitare effetti indesiderati sulla capacità di finanziamento dell’economia da parte delle banche.

¹⁰⁹ Definiti anche, in gergo tecnico, *bond “cuscinetto”* per quella loro attitudine ad inserirsi in una posizione intermedia fra le obbligazioni emesse da istituti finanziari che garantiscono il maggior grado di tutela nei confronti dell’investitore (*senior*) e quelle che invece contengono condizioni potenzialmente più penalizzanti.

10. *Bail-in o bail-out?* Interferenze “politiche” e discrezionalità applicativa nel bilanciamento tra competizione e stabilità

I commentatori più critici ritengono che l'istituto della ricapitalizzazione precauzionale, così come è attualmente configurato, possa prestarsi ad una potenziale elusione del principio generale di “no bail-out”,¹¹⁰ poiché incline ad ampliare la discrezionalità delle autorità europee e nazionali nell'individuazione delle soluzioni da adottare.¹¹¹ A tal punto da sostenere che il ricorso a tale misura, in nome del mantenimento della stabilità finanziaria, rischia di rivelarsi un congegno in grado di distorcere il corretto funzionamento del SRM, in quanto permeabile alle “contingenze” politiche, che sono per definizione discrezionali e mutevoli.¹¹²

Dal quadro di regole e vincoli sopra descritto sembra possibile enucleare due importanti postulati da cui poi far discendere alcune interessanti considerazioni: 1) in primo luogo, imporre perdite a una platea di soggetti è un prezzo inevitabile per risolvere alla radice problemi di stabilità delle banche; 2) in secondo luogo, la tempestività nella gestione delle crisi bancarie riduce significativamente l'onerosità degli esborsi.¹¹³

¹¹⁰ Cfr. L. KOEHLER, *Regulators' commitment to bail-in – is it credible? The case of MPS and Banco Popular*, 20 June 2017, in <https://regulation-y.com>. Sempre con riguardo a tali aspetti, P. LASSAHAN, *Keeping Pandora's Box Closed: Precautionary Recapitalisation and the Dangers of Regulatory Discretion*, 15 July 2017, in <https://regulation-y.com>, definisce la ricapitalizzazione precauzionale «a key to the Pandora's box of factual bail-outs and thus throw back European financial regulation by years».

¹¹¹ In ordine alla mancanza di un'univoca interpretazione della previsione normativa fissata dalla regolazione europea in esame, D. ROSSANO, *L'esclusione dell'interesse pubblico nell'interpretazione delle Autorità europee*, in *Riv. trim. dir. ec.*, suppl. al n.3, 2017, pp. 94 e ss., qualifica come “complesse nonché soggettive (e dunque sindacabili) le valutazioni effettuate in *subjecta materia* dalle Autorità competenti”. Ne deriva per l'A. (*ivi*, p. 96) «che la ricerca della decisione considerata più “soddisfacente” rispetto ad altre, vede l'Autorità pubblica cui è demandata detta funzione protesa a soppesare, ponderandoli, i diversi interessi coinvolti nella situazione fattuale sottoposta al suo esame».

¹¹² Per T. PHILIPPON e A. SALORD, *Bail-ins and Bank Resolution in Europe: A Progress Report*, Geneva Reports on the World Economy, 4th Special Report, CEPR, March 2017, disponibile all'indirizzo web: <http://voxeu.org/content/bail-ins-and-bank-resolution-europe-progress-report>, «precautionary recapitalization [...] often means more forbearance, more denial and more time wasted before real action is taken».

¹¹³ Si osservi, ad esempio, che il D.L. n.237/2016 non conteneva una norma (c.d. *freezing*) che, in

Ciò assodato, occorre tener presente che, in questa prima, lunga fase di “messa a punto” dei meccanismi di gestione delle crisi, il processo deliberativo-istituzionale che presiede alla concessione della ricapitalizzazione cautelativa della banca è affidato ad una “multilateral governance”¹¹⁴ che, tra molteplici snodi decisionali, è chiamata a perseguire il corretto bilanciamento tra competizione e stabilità.

considerazione della non prevista durata delle negoziazioni con le istituzioni dell’Unione competenti a valutare la conformità della misura di intervento pubblico con il quadro normativo comunitario, cristallizzasse a una certa data la situazione delle passività suscettibili di *burden sharing*. L’assenza di una norma di *freezing* può rivelarsi pregiudizievole per la parità di trattamento dei creditori, ove vengano a scadenza, nelle more della procedura di autorizzazione, alcune delle passività coinvolte. In questa cornice va collocato il D.L. 16 giugno 2017, n.89 (poi refuso in sede referente nel D.L. n.99/2017), che interviene con specifico riguardo ai profili volti a garantire proprio tale parità nel contesto di una ricapitalizzazione pubblica. La novella prevede che, ove la banca abbia presentato o formalmente comunicato l’intenzione di presentare richiesta di intervento dello Stato, sia prorogato di sei mesi il termine di scadenza delle passività oggetto delle predette misure di *burden sharing*, se tale termine di scadenza ricade nei sei mesi successivi alla presentazione dell’istanza o della formale comunicazione dell’intenzione di presentarla. La norma di *freezing* consente di preservare la situazione patrimoniale dell’istituto, senza che il rimborso delle passività subordinate in scadenza alteri il quadro finanziario sottoposto a valutazione ai fini dell’approvazione della procedura di rafforzamento. Nella vicenda MPS, la norma qui richiamata ha permesso di allungare da 60 a 120 giorni il periodo concesso per il completamento, da parte del MEF, delle operazioni di acquisto delle azioni delle banche interessate al risanamento, ove tali azioni derivino dalle predette misure di *burden sharing*, al fine di consentire un’adeguata valutazione da parte degli investitori coinvolti.

Si tenga presente, tra l’altro, che la normativa europea in materia di sostegno al settore bancario, tanto con riferimento alla BRRD quanto alla Comunicazione della Commissione del luglio 2013, non sembra specificamente contemplare lo strumento della sospensione, sebbene dette fonti normative non vietino espressamente il ricorso al *freezing*. Atteso che la misura in esame consente al legislatore di intervenire direttamente sull’autonomia delle parti contraenti (emittente e sottoscrittore di strumenti finanziari) occorrerebbe dunque chiarire il fondamento della suddetta proroga nel quadro più ampio della disciplina europea.

¹¹⁴ Casi esemplari di intreccio tra decisioni politiche e valutazioni tecniche sono illustrati da S. AMOROSINO, *L’Unione Bancaria Europea e l’egemonia delle decisioni politiche*, cit., pp. 2 e ss.. L’A., dopo aver assimilato l’Unione bancaria ad «una sorta di circo a tre piste, due delle quali funzionanti e comunicanti, organizzato da una “giungla di regole”, di varia fonte e cogestito da molti “centri di riferimento”: l’EBA, la BCE, le Autorità di vigilanza nazionali, la Commissione, il Consiglio europeo ed i governi nazionali», pone in evidenza come tale assetto abbia dato vita ad «una rete *multilivelli* di poteri e di interrelazioni, che rispecchia i rapporti di forza: “istituzionali” (tra le istituzioni di vertice), “tecnocratici” (tra chi, nelle diverse strutture, conta di più e meglio padroneggia il “labirinto delle regole”) ed anche “politici” (tra le autorità nazionali – governi e banche centrali – e quelle europee)». Per usare la stessa immagine cara all’A., tale architettura è paragonabile ad «una ragnatela nella quale è “egemone” chi meglio, e più rapidamente, riesce a collegare e coordinare regole e saperi tecnocratici, indirizzi politici prevalenti in sede europea ed interessi nazionali. La sintesi realistica è che le varie Autorità, poste nei “nodi” della rete, non sono neutrali ed oggettive, ma decidono in base agli equilibri tra i diversi e talora contrapposti interessi, che si formano nelle specifiche contingenze».

Di poi si aggiunga che l'applicazione di criteri soggettivi combinati con una trasparenza limitata delle motivazioni su cui si fonda la decisione di autorizzare o meno l'uso di fondi pubblici, alimenta il sospetto che valutazioni di ordine politico possano facilmente insinuarsi all'interno di tali determinazioni.¹¹⁵ E poiché la regolamentazione finanziaria riguarda specialmente la riduzione della discrezionalità normativa, vi sono valide ragioni per sostenere che, laddove la ricapitalizzazione precauzionale fosse meglio supportata da uno schema dettagliato di reazioni regolatorie più o meno automatiche, seppur accuratamente differenziate (dunque, "su misura"), molte delle perplessità ascrivibili all'impiego di tale strumento sarebbero giocoforza superate.¹¹⁶

Nel complesso, ciò che è emerso come un dato allarmante è la tendenza di governi e autorità ad affrontare la crisi di un'istituzione creditizia principalmente, se non quasi elusivamente, provando a gestire la minaccia posta dalle sue passività. A scapito di equivoci, preme constatare che nel far ciò, dette istituzioni utilizzano a pieno quel grado di flessibilità che sia le norme sugli aiuti di Stato sia quelle della BRRD concedono in situazioni particolari, per tutelare la stabilità finanziaria e per evitare gravi disturbi all'economia.¹¹⁷

D'altronde, come la realtà operativa ha evidenziato, approfittando della lentezza e della farraginosità dei percorsi tracciati dalla BRRD, guidate da ragioni di mero opportunismo politico (proteggere gli investitori al dettaglio e prevenire

¹¹⁵ Benché ciò possa essere interpretato come un argomento per richiedere maggiore informazione e migliore trasparenza sull'operazione, si dovrebbe anche tenere presente che la divulgazione di calcoli e ipotesi su cui si basa una diagnosi può avere effetti di vasta portata (e probabilmente anche dannosi) oltre che sulla banca interessata anche a cascata su altri intermediari o sull'intero mercato. Gli investitori nel Banco Popular, ad esempio, hanno avviato procedure legali dinanzi alla Corte di giustizia, mettendo in discussione, tra l'altro, come la banca fosse stata valutata. La BCE, facendo un'eccezione alla sua politica generale di comunicazione, ha pubblicato, a fini di trasparenza e rendicontabilità, il 14 agosto 2017 una versione non riservata delle sue valutazioni *failing or likely to fail* del Banco Popular, disponibile su www.bankingsupervision.europa.eu.

¹¹⁶ Come suggeriscono R. OLIVARES-CAMINAL e C. RUSSO, *Precautionary recapitalisations: time for a review?*, cit., p. 14.

¹¹⁷ Per S. MERLER, *The strange case of the MPS capital shortfall*, cit., «Hence the regulation leaves open an overly huge space for flexibility and institutional leeway, which is always a bad idea if your aim is to prevent future governments from letting themselves being pushed too far by the political heat of the moment».

effetti domino su altre banche), in diverse situazioni le autorità nazionali hanno saputo sfruttare l'eccezione della "stabilità finanziaria" prevista nella BRRD per eludere il *bail-in* e sottrarsi alle sue incisive conseguenze.¹¹⁸ Si pensi al caso dell'istituto senese, con circa il 40% del debito *bail-inable* detenuto da piccoli investitori al dettaglio, ove le pressioni politiche affinché il governo italiano iniettasse fondi statali a copertura del *deficit* di capitale, sono state determinanti. Similmente, la ricapitalizzazione pubblica delle due popolari venete, basata sull'argomento della "sistematicità", se attuata avrebbe consentito di non coinvolgere nella copertura delle perdite e nella ricapitalizzazione delle banche i risparmiatori *retail* in possesso di obbligazioni *senior*.¹¹⁹ È utile, ai soli fini del ragionamento qui sviluppato, segnalare che, nel caso di specie, l'impossibilità di attingere a tale forma di sostegno pubblico è stata determinata dall'evoluzione delle valutazioni compiute dalle Autorità europee in materia di perdite "probabili nel futuro prossimo", un concetto introdotto dalla nuova normativa sulla gestione delle crisi, che ne impone la copertura con capitali privati.¹²⁰ Non sorprenda,

¹¹⁸ Da questo punto di osservazione, il ricorso allo strumento in questione va letto anzitutto su un piano generale e valutato anche alla luce di quanto accaduto nel sistema bancario italiano negli ultimi anni: dove il tratto caratterizzante è costituito da anni di gestione continuativa di situazioni non ordinarie poi sfociate nell'emergenza. In fondo, con il salvataggio di MPS e la sottoposizione a liquidazione ordinata delle due popolari venete, entrambe a carico dei contribuenti italiani, la stagione delle combinazioni viziose tra interferenze "politiche" e discrezionalità normativa sembra non essere mai tramontata. A fronte dei commenti che vedono nella soluzione spagnola un esempio virtuoso da replicare in Italia, L. ERZEGOVESI, *La valutazione delle azioni bancarie nell'era del bail-in: Seconda parte – Casi di risanamento e risoluzione e strumenti di capitale AT1 e T2, cit.*, tiene a precisare che «la lezione che si doveva imparare dalla crisi di Popular riguardava la *pars destruens* dell'intervento, la sua rapidità ed efficacia risolutiva. Tutte caratteristiche che sono mancate nella gestione delle crisi nostrane per la paura di colpire gli investitori *retail* coinvolti in gran numero nelle precedenti ricapitalizzazioni delle quattro banche, di Monte dei Paschi e delle popolari venete. Non c'era motivo di evitare il *bail-in*, che è uno strumento legale, gestito dalle Autorità competenti nel rispetto di rigorose condizioni di pubblico interesse, assenza di alternative di mercato, miglior trattamento rispetto all'ipotesi di liquidazione. È pertanto uno strumento da usare presto e bene perché consente di superare le difficoltà di una banca senza scaricare costi sul resto del settore o sulla collettività».

¹¹⁹ Sul punto cfr. M. CASTIGLIONI, *I diritti degli azionisti e degli obbligazionisti nel caso di dissesto o procedure di liquidazione di banche e società. Il caso della liquidazione coatta amministrativa di Veneto Banca e Banca popolare di Vicenza*, in *Magistra banca e finanza*, 14 luglio 2017. La procedura prevede, peraltro, delle tutele (tra cui, forme di ristoro) per gli investitori al dettaglio che hanno sottoscritto passività subordinate delle due banche (art. 6 D.L. n.99/2017).

¹²⁰ Per M. HELLWIG, *Precautionary recapitalisation: time for a review, cit.*, p. 22, disponibile all'indirizzo web <http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/IDAN/2017/602089/IPOL->

pertanto, se proprio in relazione alla stima di queste perdite si siano registrate prolungate discussioni tecniche e divergenze di opinione tra le autorità coinvolte nella procedura.¹²¹

È evidente, dunque, come le operazioni condotte sulle banche italiane siano il frutto di una combinazione di meccanismi consentiti a monte dal quadro bancario europeo, tesi a proteggere (almeno in larga misura) gli investitori al dettaglio dalle perdite dirette. Tali interventi rappresentano la risposta dell'ordinamento interno all'urgenza di rimediare alla forzatura con la quale le autorità sovranazionali hanno sottoposto al rischio di riduzione-conversione per *burden sharing* tutte le passività non assicurate o garantite presenti nei bilanci. Ciò a dispetto, peraltro, del fatto che tale evento non fosse contemplato nei relativi regolamenti contrattuali, e soprattutto sorvolando sulle criticità che potevano sorgere (come poi è avvenuto) nei riguardi degli investitori al dettaglio che avevano sottoscritto una parte consistente del debito in questione senza la piena consapevolezza dei rischi che così andavano ad assumere.¹²²

Resta in sospeso per il momento il giudizio sulla reale portata di dette misure, e cioè se esse debbano essere lette come soluzione audace e diffusa per il

IDA(2017)602089_EN.pdf 2017, tale condizione, che la BRRD impone per la ricapitalizzazione precauzionale, è «irrealistica... [giacché] i *deficit* [di capitale] derivanti da una revisione degli attivi sono perdite derivanti da una nuova valutazione delle attività, cioè di prestiti per i quali la revisione è più pessimistica sulla prospettiva di recupero». In senso conforme v. N. VÉRON, *Precautionary Recapitalisation: Time for a Review?*, cit., p. 10, che ritiene tale valutazione difficile anche a causa dell'incertezza sulla qualità delle certificazioni pubbliche di bilancio e della non uniforme applicazione degli standard contabili nei Paesi Ue.

¹²¹ La stima iniziale (1,2 miliardi) è infatti aumentata considerevolmente a seguito dell'analisi del piano di ristrutturazione, effettuata ai fini della quantificazione del fabbisogno di capitale e della valutazione di *viability* delle due banche. Sull'abbandono dell'ipotesi della ricapitalizzazione precauzionale cfr. BANCA D'ITALIA, *La crisi di Veneto Banca S.p.A. e Banca Popolare di Vicenza S.p.A.: Domande e risposte*, 12 luglio 2017, reperibile all'indirizzo web: <https://www.bancaditalia.it/media/notizie/2017/crisi-banchevenete/index.html>; M. BODELLINI, *Greek and Italian 'Lessons'on Bank Restructuring: Is Precautionary Recapitalisation the Way Forward?*, in *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, vol. 19, 12 September 2017, pp. 154 e ss..

¹²² Si è consentito ai detentori di obbligazioni subordinate al dettaglio, che sono stati **vittime di vendita scorretta** e soddisfano determinati criteri di ammissibilità, di poter richiedere un risarcimento, che consisterà in una conversione delle loro azioni in obbligazioni privilegiate Mps. Tale risarcimento è un corrispettivo del tutto distinto dalla condivisione degli oneri ai sensi della normativa sugli aiuti di Stato dell'Ue.

settore o piuttosto come soluzione limitata a soddisfare solo le esigenze immediate di alcune banche.

11. Considerazioni conclusive

Alla prova dei fatti, la disciplina della BRRD – a seguito delle sue prime effettive, e sia pure non integrali, applicazioni – non solo sembra non essere stata in grado di realizzare il principale degli obiettivi per i quali era stata concepita, quello di rafforzare la stabilità del sistema bancario e finanziario, ma anzi sembra avere provocato esattamente l'effetto opposto.

Una lettura “olistica” dell'architettura generale dei criteri ordinatori che sovrintendono a tale istituto ha consentito di evidenziare non soltanto i nessi funzionali tra *standard* prudenziali (patrimonio e liquidità su tutti), che ne costituiscono il fondamento, ma anche l'intelaiatura di rete in cui i diversi elementi della regolamentazione e della vigilanza si inseriscono.

La mera esistenza della possibilità di un intervento di ripatrimonializzazione della banca ad opera dello Stato, ancorché in via del tutto precauzionale, è indicativa della sussistenza di un conflitto tra interessi protetti e di come il legislatore europeo abbia optato per non arginare eccessivamente la libertà dei “decisori” nazionali allorché sia necessario intervenire tramite l'utilizzo di fondi pubblici.

Gli è che, nell'ambito del nuovo *framework* europeo di gestione delle crisi bancarie la predisposizione di interventi di questo tipo induce a riflettere sulle conseguenze “sistemiche” delle soluzioni adottate: la ricapitalizzazione precauzionale, così come la concessione di garanzie da parte dello Stato, in quanto poste a carico delle finanze pubbliche, amplificano il fenomeno delle esternalità sistemiche intrinsecamente correlate ai dissesti bancari.¹²³

In una prospettiva più ampia, deve considerarsi altresì come il sistema di prevenzione, gestione e di finanziamento delle crisi degli enti bancari debba oggi

¹²³ Cfr. M. CARDI, *Ricapitalizzazioni e garanzie nelle crisi bancarie. Profili istituzionali e gestionali del caso italiano*, Torino, 2017, pp. 61 e ss..

confrontarsi con nuovi principi e nuovi meccanismi, in relazione ai quali la regola di *burden sharing*, “non solo è resa ancora più incisiva, estendendone la portata (al di là della “condivisione”) a una vera e propria allocazione degli oneri di ristrutturazione dell’ente in capo, innanzitutto, ai suoi azionisti e creditori (segnatamente, quale strumento per l’assorbimento delle perdite e per la ricapitalizzazione), ma diviene un passaggio necessario e ineludibile: ciò, indipendentemente dall’applicazione o meno delle norme sugli aiuti di stato al settore bancario”.¹²⁴

Da qui il riconoscimento, in questa complessa costruzione normativa, di un ruolo centrale all’istituto del *burden sharing*, giacché l’imputazione in capo ad azionisti e creditori subordinati degli oneri della ricapitalizzazione assurge a presidio non soltanto della stabilità della banca e del suo valore, ma anche del dovere di non incorrere nell’assunzione di rischi eccessivi che possano causare un danno sistemico (*moral hazard*).

Orbene, l’applicazione del *burden sharing* (ma considerazioni analoghe come si è visto valgono anche per il *bail-in*) presuppone l’individuazione di un delicato punto di equilibrio tra le esigenze di un mercato dove la competizione necessita di esplicarsi senza subire le interferenze dell’intervento pubblico, da un lato, e il bisogno di evitare crisi di fiducia nel sistema bancario, dall’altro; cui va aggiunta la necessità di scelte consapevoli da parte del pubblico dei risparmiatori-investitori che, seppure in forme di investimento diverse, affida il proprio denaro alla banca.

I pericoli derivanti da “soluzioni” allestite in stile “MPS” e “Banche venete” sono stati ampiamente analizzati in questa sede così come gli effetti funesti sul piano sistemico che un’interazione “incontrollata” tra condivisione degli oneri e ricapitalizzazione precauzionale può provocare.

Ciò che preme segnalare in queste battute conclusive è che la legislazione

¹²⁴ Così A.M. BENTIVEGNA, *Fondi di garanzia dei depositi e crisi abncarie: novità e profili problematici alla luce del nuovo framework regolamentare europeo in materia di risanamento e risoluzione*, in *Riv. trim. dir. eco.*, 3 suppl., 2016, pp. 51 e ss..

sugli aiuti di Stato si è rivelata in concreto un percorso tortuoso e non certo privo di incognite, che la Commissione probabilmente ha mal adattato alla realtà sociale e di mercato.¹²⁵ Questa normativa nel suo complesso avrebbe dovuto consentire sufficiente flessibilità in modo da bilanciare le esigenze di preservazione della stabilità finanziaria con gli interessi della politica di concorrenza e agevolare così il superamento di questa prima fase di applicazione distonica dei nuovi indirizzi disciplinari. Tali regole hanno finito, invece, per tramutarsi in precondizioni rigorose e talora fortemente penalizzanti per alcuni degli interessi in gioco fungendo così da ostacolo ad una ricomposizione rapida ed efficace dei requisiti di capitale della banca a fronte degli imprescindibili profili di biodiversità che connotano tale settore.¹²⁶

A cospetto del quadro descritto, viene dunque naturale chiedersi fino a che punto una strategia di prevenzione delle crisi, che punti con ostinazione sul principio di condivisione degli oneri pure in quei casi in cui la debolezza di una banca venga diagnosticata in funzione di scenari ipotetici, possa considerarsi sensata e non necessiti pertanto di una accurata rivisitazione in chiave evolutiva. D'altro canto, il pericolo per la stabilità finanziaria costituisce, al tempo stesso, presupposto per la ricapitalizzazione precauzionale e per la non applicazione delle misure di condivisione degli oneri. La possibilità di beneficiare dello strumento in questione dovrebbe rappresentare un punto di svolta per la banca in difficoltà, poiché capace di rimuovere, anche nella percezione collettiva, un rischio elevato per la stabilità dell'intero sistema bancario di quel dato Paese, eliminando così un rilevante fattore di incertezza.

Vi è poi necessità di dar conto di un'ulteriore critica che è stata mossa

¹²⁵ Cfr. F. VELLA, *E il popolo salva Monte dei Paschi*, in *www.lavoce.info*, 09/01/2017.

¹²⁶ Preso atto che un disallineamento tra obiettivi è possibile, ciò non toglie, però, che gli Stati membri dovrebbero essere liberi di decidere in merito al "se" e al "come" attuare la ricapitalizzazione precauzionale: intervenire con prontezza e in modo più risoluto permette di ridurre la probabilità che effetti di ricaduta sistemica si accompagnino all'impiego di tale istituto. Secondo R. OLIVARES-CAMINAL e C. RUSSO, *Precautionary recapitalisations: time for a review?*, cit., p. 16, «*acting independently does not necessarily entail that the State would not include covenants to recover the aid. However, giving States an unconditional freedom to act could undermine other important goals of European policy*».

all'istituto della ricapitalizzazione precauzionale, secondo cui l'attuale assetto disciplinare introdurrebbe elementi di indebita discrezionalità in un regime di regolamentazione finanziaria che, al contrario, dovrebbe eliminare ogni arbitrarietà soprattutto per evitare che salvataggi di un certo stampo si ripetano. In effetti, la Dir. n.59/2014 contiene numerose disposizioni ambigue che sul piano sostanziale conferiscono alle autorità di vigilanza e di risoluzione un ampio potere di scelta per determinare: (i) quando si verificano i presupposti della ricapitalizzazione, (ii) quali sono le modalità che di volta in volta regolano l'imputazione dei costi alle varie categorie di *stackholders* della banca.

A fronte di tali rilievi occorrerebbe disciplinare in modo più appropriato e coerente i poteri e i processi decisionali (chi assume la decisione sulla sussistenza della solvibilità, sulla valutazione delle perdite e sull'ammontare della ricapitalizzazione necessaria? Chi valuta l'esistenza di uno stato di pericolo per la stabilità finanziaria?) e rafforzare gli strumenti di coordinamento delle autorità di vigilanza, dei Governi e della Commissione europea.

Al tempo stesso, però, è d'uopo constatare che il progetto di Unione bancaria è rimasto incompiuto (basti qui ricordare che i quadri di insolvenza bancaria nazionali restano ampiamente divergenti e che si è ancora lontani dall'approvazione di un sistema unico di garanzia dei depositi a livello europeo), ragion per cui una legislazione eccessivamente prescrittiva in materia rischierebbe al presente di essere controproducente nella gestione concreta vuoi delle crisi vuoi delle fasi di pre-crisi.

Ragion per cui, il ripensamento qui auspicato dell'intero impianto regolatorio che sovrintende a tale istituto dovrebbe tradursi, oltre che nella correzione di alcuni errori di fondo del testo normativo dell'art. 32 della BRRD, nell'individuazione e, se necessario, nell'imposizione di itinerari interpretativi più creativi e tali da consentire il ridimensionamento degli effetti negativi di cui si è a lungo parlato in questa sede.

Superata l'intrinseca anomalia per cui il ricorso al "denaro pubblico" giustifica, sempre e comunque, il sacrificio dei diritti di creditori e azionisti, si può

agevolmente constatare che l'istituto della ricapitalizzazione precauzionale consenta già ora di modulare *case by case* le soluzioni – private, pubbliche e miste – circa la composizione del sostegno da fornire. Motivo per cui l'attenzione andrebbe rivolta principalmente alla funzione primigenia di tale dispositivo, ove l'intervento pubblico tende a qualificarsi non solo in termini di risorse, ma anche di disciplina, coordinamento e controllo del piano di rafforzamento patrimoniale della banca.¹²⁷

Sia detto per inciso, la regolamentazione europea deve prevedere un grado di discrezionalità che, seppur ridotto, risulti meglio "instradato", così da consentire comunque alle autorità competenti di adattarsi alle circostanze intrinsecamente imprevedibili che ogni singolo caso presenta. In un contesto normativo ove il carattere composito delle patologie costituisce il tratto dominante delle crisi, il legislatore dovrebbe mirare a massimizzare la prevedibilità come uno degli obiettivi da consolidare, sebbene conscio che la prevedibilità può essere raggiunta solo attraverso pratiche di implementazione coerenti.

¹²⁷ In tal senso, l'individuazione di un approccio più flessibile, che ha caratterizzato le ricapitalizzazioni nel 2015 della Banca del Pireo e della Banca Nazionale di Grecia, rappresenta indubbiamente un esempio a cui guardare. Entrambi gli istituti sono stati ricapitalizzati mediante una combinazione di nuovo capitale del settore privato e di un aiuto di Stato del Fondo di stabilità ellenico concesso come ricapitalizzazione precauzionale ai sensi dell'art. 32, par. 4, lett. d, BRRD. In ambedue i casi, l'approvazione della misura è stata subordinata alla partecipazione dei creditori *junior* e *senior*. Questa soluzione dimostra che il sostegno del settore pubblico può essere utilizzato in concorso con i contributi del settore privato per ridurre il sacrificio sofferto dagli azionisti e dai creditori *junior* ed evitando quindi di esacerbare le condizioni del mercato innescando un effetto domino. Similmente, nel salvataggio di MPS, come segnala N. VÉRON, *Bail-in o bail-out? Il dilemma sul Monte dei Paschi*, in www.lavoce.info, 29-07-2016, «...un ragionevole compromesso avrebbe dovuto prevedere il bail-in dei creditori subordinati, presumibilmente nella forma di uno scambio tra debito e azioni; una compensazione delle perdite per le vittime di vendite fraudolente di debito subordinato; e l'esenzione di tutti i creditori privilegiati e dei depositanti in base a quanto prevede la BRRD per le ricapitalizzazioni precauzionali».

L'ACF ad un anno dalla sua attuazione: natura dell'organismo e peculiari profili procedurali alla luce di alcuni orientamenti decisori

di Serena Barberio

ABSTRACT

The Arbitrator for Financial Disputes is an official authority alternative dispute resolution established at Consob, and its recent implementation determines a strengthening of the regulatory instruments in charge of protecting the retail client. Because the physiological imbalance that distinguishes the relationship with the Intermediary, the investor can now appeals to the Arbitrator to invoke protection of his rights about the investment services. The most important decisions of the College, really, make possible to deepen the authority's peculiarities and the most controversial procedural profiles.

SINTESI

L'Arbitro per le Controversie finanziarie è un organismo di risoluzione stragiudiziale delle controversie istituito presso la Consob, la cui recente attuazione determina un rafforzamento dello strumentario normativo preposto a tutela del cliente retail. Stante il fisiologico squilibrio che contraddistingue il rapporto di quest'ultimo con l'Intermediario, l'investitore può oggi adire l'Arbitro per invocare tutela dei propri diritti in materia di servizi di investimento. I più importanti orientamenti decisori del Collegio, invero, consentono di approfondire le peculiarità dell'organismo e i profili procedurali più controversi.

SOMMARIO: 1. Premessa – 2. Legittimazione attiva e legittimazione passiva – 3. La competenza dell'ACF: ambito e limiti – 4. Il procedimento e l'istruzione probatoria – 5. La decisione: contenuto, limiti e conseguenze

1. Premessa

Dal 9 gennaio 2017 è operativo, presso la Consob, l'Arbitro per le Controversie Finanziarie (ACF), un organismo di risoluzione stragiudiziale delle controversie, istituito dall'Autorità di vigilanza nel 2016¹ con l'intento di garantire una «degiurisdizionalizzazione e una deflazione del contenzioso in materia di servizi di investimento».²

¹ Con delibera Consob n.19602 del 4 maggio 2016, consultabile al *link*: <http://www.consob.it/documents/46180/46181/d19602.pdf/568985a9-5f3f-48a7-9bc3a923faa4832e>.

² M. DE MARI, *Diritto delle imprese e dei servizi di investimento*, Wolters Kluwer, CEDAM Scienze Giuridiche, 2018, pp. 261 e ss..

L'insuccesso della Camera di Conciliazione e Arbitrato, istituita con D.Lgs. n.179/2007, derivante soprattutto dalla scarsa incisività del metodo conciliativo³ adottato che aveva consentito a numerosi intermediari di non aderire in quanto a ciò non obbligati,⁴ spinse la Consob a promuovere l'istituzione di un nuovo organismo, di carattere decisorio, di tipo c.d. aggiudicativo, in linea di assoluta conformità a quanto già previsto, dalla Banca d'Italia, per l'Arbitro Bancario Finanziario.⁵

Come per l'organismo operativo presso la Banca d'Italia, il presupposto logico che precede la presentazione del ricorso è il contrasto verificatosi tra il cliente e l'intermediario, la cui soluzione, prima dell'istituzione di tali organismi, era affidata o ad una transazione – di difficile realizzazione – o all'esperimento

³ M.R. LUISO, *La conciliazione nel quadro della tutela dei diritti*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2004, pp. 1201 e ss.; T. MANCINI, *I nuovi strumenti processuali di tutela degli investitori: l'arbitrato amministrato dalla Consob*, in *Riv. arb.*, 2007, pp. 665 e ss.; T. MANCINI, *Sul regolamento di attuazione del D.Lgs. 8 ottobre 2007, n.179 (Camera di conciliazione e di arbitrato presso la Consob)*, in *Riv. arb.*, 2008, pp. 347 e ss.; W. GASPARRI, *La Camera di conciliazione e arbitrato presso la Consob. Quadro d'insieme e sintesi applicativa*, in *Rassegna avvocatura dello Stato*, 2010, III, pp. 304 e ss.; F. CORSINI, *L'arbitrato amministrato della Camera di conciliazione e arbitrato costituito presso la Consob*, in *Giur. Comm.*, 2012, p. 358; V. SANGIOVANNI, *La disciplina dell'arbitrato Consob*, in *Società*, 2012, p. 308. Per un quadro evolutivo della disciplina europea in tema di ADR si veda M. RISPOLI FARINA, *Sistemi alternativi di soluzione delle controversie nel settore finanziario. Pluralità di modelli ed effettività della tutela*, in *Atti celebrativi per i 40 anni dall'istituzione della Commissione Nazionale per le società e la borsa.*, a cura di G. MOLLO, *Quaderni giuridici Consob*, ottobre, 2015, pp. 267 e ss..

⁴ F. AULETTA, *Conciliazione e arbitrato presso la Consob*, in *Riv. arb.*, 2007, pp. 495 e ss.; S. BASTIANON, *La tutela dell'investitore (non professionale) alla luce delle nuove disposizioni in materia di conciliazione e arbitrato presso la Consob*, in *Resp. civ. e prev.*, 2010, 1, pp. 4 e ss..

⁵ L'Arbitro Bancario Finanziario è istituito nel 2009, in attuazione dell'art. 128-bis del Testo Unico Bancario (TUB), introdotto dalla L. del 28 dicembre 2005, n.262. Sul punto si veda G. COSTANTINO, *La istituzione dell'«Arbitrato Bancario Finanziario»*, in *Sull'arbitrato. Studi offerti a Giovanni Verde* a cura di F. AULETTA - G.P. CALIFANO - G. DELLA PIETRA - N. RASCIO, *Sull'arbitrato. Studi offerti a Giovanni Verde*, Napoli, 2010, pp. 299 e ss.; B. DE CAROLIS, *L'Arbitro bancario finanziario come strumento di tutela della trasparenza*, *Quaderni di Ricerca Giuridica*, Banca d'Italia, n.70, 2011; R. FANTETTI, *L'arbitro bancario finanziario quale sistema di risoluzione alternativa delle controversie tra investitore ed intermediario*, in *La Responsabilità Civile*, 2010, pp. 855 e ss.; G. GUIZZI, *L'Arbitro Bancario Finanziario nell'ambito dei sistemi di ADR: brevi note intorno al valore delle decisioni dell'ABF*, in *Le società*, 2011, pp.1216 e ss.; E. QUADRI, *L'«Arbitrato Bancario Finanziario» nel quadro dei sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, pp. 308 e ss.; S. RUPERTO, *L'«Arbitro Bancario Finanziario»*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2010, pp. 330 e ss.; G. GUIZZI, *Chi ha paura dell'ABF? (una breve risposta a «La giustizia nei rapporti bancari finanziari. La prospettiva dell'ADR»)*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2010, I, p. 665.

dell'azione giudiziaria.

Il risparmiatore investitore è oggi maggiormente tutelato, in quanto legittimato ad adire uno speciale organismo quale è l'ACF, nel caso in cui ritenga che l'intermediario abbia posto in essere, nell'esercizio delle attività disciplinate dalla parte II del TUF,⁶ una condotta non conforme agli obblighi di diligenza, correttezza, trasparenza e informazione previsti dal Testo Unico della Finanza,⁷ e dai relativi provvedimenti attuativi; condotta, dunque, determinativa di un danno di cui il cliente invoca la risarcibilità.

Tuttavia, non ogni controversia di carattere finanziario può essere oggetto di ricorso all'ACF e, parimenti, non tutti gli investitori possono adire il Collegio.

2. Legittimazione attiva e legittimazione passiva

Gli artt. 1-4 del Regolamento, adottato con delibera n.19602 del 4 maggio 2016, individuano il novero dei soggetti legittimati ad adire l'Arbitro. La legittimazione attiva è riconosciuta unicamente nei confronti degli investitori *retail*, individuati ai sensi dell'art. 2, comma 1, lett. g) del Regolamento sull'ACF, per il quale, richiamando la normazione del TUF, si considera investitore *retail*, per esclusione, il risparmiatore che non è suscettibile nella nozione di cliente professionale ovvero di controparti qualificate,⁸ in quanto privo di una

⁶ Dagli artt. 5 a 60-bis.4, ivi incluse le controversie transfrontaliere e le controversie oggetto del Regolamento (UE) n.524/2013.

⁷ D.Lgs. del 24 febbraio 1998, n.58. Il riferimento normativo vuole essere all'art. 21 del TUF, ai sensi del quale, al comma 1, lett. a), è sancito che *"nella prestazione dei servizi e delle attività di investimento e accessori i soggetti abilitati devono comportarsi con diligenza, correttezza e trasparenza, per servire al meglio l'interesse dei clienti e per l'integrità dei mercati"*. Come osservato dalla dottrina, infatti, il rapporto che intercorre tra tali obblighi e tutte le regole di comportamento previste nella disciplina di settore è di *«species ad genus»* (Cfr. M. DE MARI, *cit.*, p. 263).

⁸ Il riferimento è alla categoria delle controparti qualificate e dei clienti professionali. Il Regolamento Intermediari (Regolamento n.16190 del 29 ottobre 2007 - Allegato 3), chiaramente sancisce che *"un cliente professionale è un cliente che possiede l'esperienza, le conoscenze e la competenza necessarie per prendere consapevolmente le proprie decisioni in materia di investimenti e per valutare correttamente i rischi che assume"*. Il cliente può essere tale di diritto, con esplicito riferimento ai *"soggetti che sono tenuti ad essere autorizzati o regolamentati per operare nei mercati finanziari, siano essi italiani o esteri quali: a) banche; b) imprese di investimento; c) altri istituti finanziari autorizzati o regolamentati; d) imprese di assicurazione; e) organismi di investimento collettivo e società di gestione di tali organismi; f) fondi pensione"*.

e società di gestione di tali fondi; g) i negozianti per conto proprio di merci e strumenti derivati su merci; h) soggetti che svolgono esclusivamente la negoziazione per conto proprio su mercati di strumenti finanziari e che aderiscono indirettamente al servizio di liquidazione, nonché al sistema di compensazione e garanzia (locals); i) altri investitori istituzionali; l) agenti di cambio», nonché alle «imprese di grandi dimensioni che presentano a livello di singola società, almeno due dei seguenti requisiti dimensionali: - totale di bilancio: € 20.000 000; - fatturato netto: € 40.000 000; - fondi propri: € 2.000 000», - e agli investitori istituzionali «la cui attività principale è investire in strumenti finanziari, compresi gli enti dediti alla cartolarizzazione di attivi o altre operazioni finanziarie». Peraltro, se il cliente è un'impresa qualificata nei termini suesposti, l'intermediario è tenuto ad informarla, prima di qualunque prestazione, che, sulla base delle informazioni di cui dispone, essa sarà considerata di diritto un cliente professionale, pertanto, verrà trattato come tale, salvo diversa pattuizione. A tutela dell'investitore, però, «l'intermediario deve inoltre informare il cliente del fatto che può richiedere una modifica dei termini dell'accordo per ottenere un maggior livello di protezione. Spetta al cliente considerato professionale di diritto chiedere un livello più elevato di protezione se ritiene di non essere in grado di valutare o gestire correttamente i rischi assunti. A tal fine, i clienti considerati professionali di diritto concludono un accordo scritto con il prestatore del servizio che stabilisca i servizi, le operazioni e i prodotti ai quali si applica il trattamento quale cliente al dettaglio». Un cliente può essere definito professionale, invero, anche su propria richiesta. In tal caso «gli intermediari possono trattare i clienti diversi da quelli inclusi alla sezione I, che ne facciano espressa richiesta, come clienti professionali, purché siano rispettati i criteri e le procedure [previste in Allegato 3]. La disapplicazione di regole di condotta previste per la prestazione dei servizi nei confronti dei clienti non professionali è consentita quando, dopo aver effettuato una valutazione adeguata della competenza, dell'esperienza e delle conoscenze del cliente, l'intermediario possa ragionevolmente ritenere, tenuto conto della natura delle operazioni o dei servizi previsti, che il cliente sia in grado di adottare consapevolmente le proprie decisioni in materia di investimenti e di comprendere i rischi che assume. Il possesso dei requisiti di professionalità previsti per dirigenti e amministratori dei soggetti autorizzati a norma delle direttive comunitarie nel settore finanziario può essere considerato come un riferimento per valutare la competenza e le conoscenze del cliente. Nel corso della predetta valutazione, devono essere soddisfatti almeno due dei seguenti requisiti: - il cliente ha effettuato operazioni di dimensioni significative sul mercato in questione con una frequenza media di 10 operazioni al trimestre nei quattro trimestri precedenti; - il valore del portafoglio di strumenti finanziari del cliente, inclusi i depositi in contante, deve superare € 500.000; - il cliente lavora o ha lavorato nel settore finanziario per almeno un anno in una posizione professionale che presupponga la conoscenza delle operazioni o dei servizi previsti. In caso di persone giuridiche, la valutazione di cui sopra è condotta con riguardo alla persona autorizzata ad effettuare operazioni per loro conto e/o alla persona giuridica medesima». Peraltro, «i clienti definiti in precedenza possono rinunciare alle protezioni previste dalle norme di comportamento solo una volta espletata la procedura seguente: - i clienti devono comunicare per iscritto all'intermediario che desiderano essere trattati come clienti professionali, a titolo generale o rispetto ad un particolare servizio od operazione di investimento o tipo di operazione o di prodotto; - l'intermediario deve avvertire i clienti, in una comunicazione scritta e chiara, di quali sono le protezioni e i diritti di indennizzo che potrebbero perdere; - i clienti devono dichiarare per iscritto, in un documento separato dal contratto, di essere a conoscenza delle conseguenze derivanti dalla perdita di tali protezioni. Prima di decidere di accettare richieste di rinuncia a protezione, devono essere adottate tutte le misure ragionevoli per accertarsi che il cliente che chiede di essere considerato cliente professionale soddisfi i requisiti indicati nella sezione II al punto 1. Gli intermediari devono adottare per iscritto misure interne appropriate per classificare i clienti. Spetta ai clienti professionali informare il prestatore del servizio di eventuali cambiamenti che potrebbero influenzare la loro attuale classificazione. Se tuttavia l'intermediario constata che il cliente non soddisfa più le condizioni necessarie per ottenere il trattamento riservato ai clienti professionali deve adottare provvedimenti

competenza, un'esperienza e una conoscenza di spiccato rilievo in materia di intermediazione finanziaria.

Gli investitori *retail*, per invocare una tutela del proprio diritto, è sufficiente che si affermino meri titolari dello stesso, essendo poi compito del Collegio l'accertamento attinente al merito.

Sul punto si è pronunciato il Collegio rigettando l'eccezione preliminare di difetto di legittimazione attiva formulata da parte resistente, ritenendo sufficiente che il ricorrente si sia meramente affermato quale quotista di un fondo comune di investimento. Precisamente l'Arbitro ha ritenuto che «ai fini dell'esistenza della legittimazione basta che il ricorrente abbia affermato la qualità di quotista (anche la legittimazione si misura sul metro della domanda come prospettata dall'attore) mentre l'eventuale accertamento dell'inesistenza di tale qualità determinerebbe una pronuncia di rigetto non già in rito (come nel caso di difetto di legittimazione) bensì nel merito, perché si tratterebbe più radicalmente di un rigetto per difetto della titolarità del diritto azionato».⁹

Legittimati passivi sono gli intermediari finanziari individuati ai sensi dell'art. 2, comma 1, lett. h), del Regolamento n.19602/2016,¹⁰ vale a dire le banche, le società di intermediazione mobiliare (Sim), i soggetti che gestiscono fondi di investimento (Sgr, Sicav e Sicaf), gli intermediari comunitari che abbiano una succursale in Italia e quelli extracomunitari ivi autorizzati ad operare, le Poste Italiane – anche con riguardo all'attività svolta da parte di consulenti finanziari

appropriati".

⁹ Decisione n.75 del 6 ottobre 2017; decisione n.207 del 18 gennaio 2018.

¹⁰ Art. 2, comma 1, lett. h), Regolamento n.19602/2016, ai sensi del quale si prescrive che si definiscono intermediari: "i soggetti abilitati di cui all'articolo 1, comma 1, lettera r) del TUF, anche con riguardo all'attività svolta per loro conto da parte di consulenti finanziari abilitati all'offerta fuori sede di cui all'articolo 31 del TUF: - la società Poste Italiane-Divisione Servizi di Banco Posta, autorizzata ai sensi dell'articolo 2 del decreto del Presidente della Repubblica 14 marzo 2001, n.144, anche con riguardo all'attività svolta per suo conto da parte di consulenti finanziari abilitati all'offerta fuori sede; - i consulenti finanziari autonomi e le società di consulenza finanziaria di cui, rispettivamente, agli articoli 18-bis e 18-ter del TUF; - i gestori di portali per la raccolta di capitali per start-up innovative e PMI innovative di cui all'articolo 50-quinquies del TUF; - le imprese di assicurazione limitatamente all'offerta in sottoscrizione e al collocamento di prodotti finanziari di cui all'articolo 1, comma 1, lettera w-bis), del TUF dalle stesse emessi".

abilitati all'offerta fuori sede – i gestori di portali *crowdfunding* e le imprese di assicurazione (relativamente però alla sola distribuzione di prodotti finanziario-assicurativi), i consulenti finanziari (art. 18-*bis*) e le società di consulenza finanziaria (art. 18-*ter*).

È essenziale che i soggetti autorizzati siano anche operanti, ponendosi il problema della legittimazione per quelli sottoposti a liquidazione coatta amministrativa che abbiano, però, vista revocata l'autorizzazione all'esercizio dell'attività bancaria. Con riguardo alle banche venete sottoposte a liquidazione coatta amministrativa ex D.L. n.99/2017, il Collegio ha riconosciuto la legittimazione passiva di queste ultime nei ricorsi proposti prima della revoca dell'autorizzazione all'esercizio dell'attività bancaria e, dunque, dell'abilitazione alla prestazione dei servizi di investimento. Prima del 19 luglio 2017, invece, in quanto soggetti autorizzati, le due banche venete potevano essere convenute dinanzi all'ACF senza che a ciò si opponesse la pendenza dell'intervenuta procedura concorsuale, dal che il Collegio ha ritenuto, in casi della specie, applicabile l'art. 83, comma 3, del TUB, «avendo il procedimento – come ha ritenuto, con riferimento all'omologo procedimento dell'ABF, la Corte costituzionale nell'ordinanza n.218 del 4 luglio 2011 – connotazioni che attengono sì all'esercizio di una funzione di tipo giustiziale ma che possono riecheggiare gli interventi di organi amministrativi in autotutela».¹¹

Lo stesso Arbitro ha, tuttavia, ritenuto di dover riconoscere una legittimazione passiva in capo agli intermediari che avevano provveduto alla commercializzazione delle azioni delle predette banche, seppur ceduti ad un nuovo soggetto bancario. La *ratio* si individua nel fatto che, nonostante il D.L. n.99/2017 si preoccupasse di disciplinare l'avvio e lo svolgimento della

¹¹ Cfr. Decisione n.22 del 18 luglio 2017; decisioni nn.36 e 38 del 29 agosto 2017; decisione n.43 del 18 settembre 2017; decisione n.70 del 5 ottobre 2017; decisioni nn. 98 e 99 del 26 ottobre 2017; decisione n.118 del 21 novembre 2017; decisioni nn. 120, 123 e 126 del 24 novembre 2017; decisione n.134 del 29 novembre 2017; decisione n.162 del 20 dicembre 2017; decisione n.193 del 16 gennaio 2018; decisioni nn. 204, 206 e 208 del 18 gennaio 2018; decisioni nn. 213 e 222 del 24 gennaio 2018.

liquidazione coatta amministrativa delle Banche venete, «è parimenti vero che, nel quadro di questa disciplina in deroga, il decreto legge detta alcune disposizioni volte ad escludere che determinate passività che possono riguardare le due banche sottoposte alla l.c.a. in relazione alle operazioni di commercializzazione delle proprie azioni possano gravare il soggetto (l'intermediario interveniente) che si rende acquirente delle rispettive aziende bancarie. E tuttavia, se ciò è vero, vero è anche che l'art. 3, comma 1, lett. b), del detto decreto legge testualmente delinea il perimetro delle passività escluse con unico riferimento a quelle afferenti alle due banche poste in l.c.a., senza estenderlo a ricomprendere anche quelle delle loro controllate, che sono d'altronde autonomi soggetti di diritto, per i quali non è stata aperta, né pende alcuna procedura. Insomma, quel che si intende dire è che l'intermediario resistente non è interessato da alcuna procedura concorsuale, né i suoi asset hanno mai formato oggetto di trasferimento ad alcuno; ciò che è stato trasferito è solo il controllo del resistente dalla banca in l.c.a. all'intermediario interveniente. Ma una tale cessione per definizione non incide né sul rapporto "processuale" – che resta tra ricorrente e resistente – né incide, e non può incidere, sulla titolarità dell'obbligazione che dovesse risultare accertata, all'esito del procedimento innanzi all'ACF, a carico del resistente per le vicende controverse (restitutoria o risarcitoria che sia), appunto perché l'art. 3, comma 1, lett. b), del predetto decreto legge non può testualmente riferirsi ad esse».¹²

Ritenendo il Collegio che l'intermediario resistente non è interessato da alcuna procedura concorsuale e che i suoi asset non hanno formato oggetto di trasferimento (ciò che è stato trasferito è solo il controllo della resistente dalla banca sottoposta a liquidazione coatta amministrativa al soggetto cessionario) la cessione non inciderà né sul rapporto "processuale" – che resta tra ricorrente

¹² V. decisione n.111 del 16 novembre 2017. Si veda G. GUIZZI, *Sull'oggetto e sui limiti del potere decisorio dell'ACF: un primissimo bilancio*, in *Atti celebrativi per i 40 anni dall'istituzione della Commissione Nazionale per le società e la borsa, Quaderni Giuridici Consob*, a cura di G. MOLLO, ottobre 2015, pp. 267 e ss..

e resistente – né sulla titolarità dell'obbligazione che dovesse risultare accertata all'esito del procedimento innanzi all'ACF perché l'art. 3, comma 1, lett. b) del D.L. n.99/2017 non può testualmente riferirsi ad esse.

Il Collegio ha sottolineato che un'interpretazione estensiva della predetta norma, oltre a non essere autorizzata dal suo tenore letterale, sarebbe «francamente eversiva del sistema – e gravemente sospetta di incostituzionalità anche nell'ambito della riconosciuta discrezionalità del legislatore, non foss'altro che per la sua palese irragionevolezza – in quanto essa nella sostanza postulerebbe che il decreto legge abbia sostanzialmente disposto la cessione di un debito (sia pure litigioso) che gravava sul resistente in favore della banca che all'epoca dei fatti la controllava, in contrasto così con il principio comune del diritto delle obbligazioni che non consente la cessione di un debito senza il consenso del creditore. In conclusione sembra al Collegio che la disciplina del D.L. n.99/2017 non possa essere in alcun modo letta come volta a esonerare il resistente da eventuali responsabilità per la commercializzazione delle azioni della allora capogruppo, e che al più tale disciplina possa semmai far sorgere un domani – ove il resistente fosse dichiarato responsabile e tenuto a risarcire i propri clienti – i presupposti affinché l'intermediario interveniente possa rivalersi nei confronti della l.c.a. cedente sulla base di eventuali previsioni e garanzie del contratto di cessione di asset, tra cui le partecipazioni al capitale del resistente, per l'esistenza di un maggior passivo della controllata non preventivato all'atto dell'acquisto».¹³

¹³ Cfr. decisioni nn. 107, 111 e 112 del 16 novembre 2017; decisione n.163 del 20 novembre 2017; decisione n.194 del 16 gennaio 2018; decisione n.227 del 26 gennaio 2018; decisione n.317 del 9 marzo 2018; decisione n.452 del 18 maggio 2018; decisione n.460 del 22 maggio 2018; decisione n.482 del 24 maggio 2018; decisione n.500 del 31 maggio 2018; decisione n.510 del 1° giugno 2018; decisione n.520 del 6 giugno 2018; decisioni nn. 539 e 540 dell'8 giugno 2018; decisione n.583 del 2 luglio 2018; decisioni nn. 606 e 607 del 5 luglio 2018; decisione n.611 del 9 luglio 2018; decisione n.644 del 18 luglio 2018.

3. La competenza dell'ACF: ambito e limiti

È necessario segnalare che il venir meno dell'*Ombudsman Giurì Bancario*¹⁴ si è ancora ad un principio di efficienza ed economia procedimentale¹⁵ e, pertanto, l'attuale coesistenza dell'ABF e dell'ACF impone una disamina attenta in termini di ripartizione delle competenze proprie di ciascun collegio.¹⁶

Dal punto di vista procedimentale, la competenza dell'ACF è individuata ex art. 4, comma 1, del Regolamento n.19602/2016, ai sensi del quale si chiarisce che *"l'Arbitro conosce delle controversie fra investitori e intermediari relative alla violazione da parte di questi ultimi degli obblighi di diligenza, correttezza, informazione e trasparenza previsti nei confronti degli investitori nell'esercizio delle attività disciplinate nella parte II del TUF, incluse le controversie transfrontaliere e le controversie oggetto del Regolamento (UE) n.524/2013"*.

Posto che l'ACF è un sistema ADR aggiudicativo e, in quanto tale, potenzialmente deflattivo del contenzioso ordinario, la competenza riconosciuta

¹⁴ Già l'*Ombudsman Giurì Bancario*, invero, si configurava quale organismo collegiale alternativo al giudice togato, i cui rapporti con l'ACF, peraltro sono stati anche oggetto di diverse pronunce da parte del Collegio, il quale ha ritenuto che nel caso in cui il ricorso presentato inerisse a fattispecie già oggetto di pronuncia da parte dell'*Ombudsman*, sebbene nessuna contrarietà al principio del *ne bis in idem* si sarebbe potuta sul punto rilevare, posto che «non può non osservarsi che l'Ombudsman - Giurì Bancario, oltre a non essere evidentemente riconducibile ad organo qualificabile come giudiziale, non può neanche essere annoverato tra gli organismi incaricati della risoluzione alternativa delle controversie previsti dalla relativa disciplina di derivazione europea; infine, va ulteriormente considerato che l'art. 15 del regolamento disciplinante, al tempo dei fatti, l'attività dell'Ombudsman, espressamente prevede che *"il ricorso all'Ombudsman non priva il cliente del diritto di investire della controversia, in qualunque momento, anche successivo alla decisione, l'Autorità giudiziaria, un organismo conciliativo, ovvero, se previsto, un collegio arbitrale"* (cfr. decisioni nn. 12 e 13 del 7 luglio 2017 e decisione n.62 del 3 ottobre 2017). La possibilità di ricorrere all'*Ombudsman Giurì Bancario* è riconosciuta dal 1° gennaio 2006 soltanto ai consumatori. Sul punto si veda G. SANGIORGIO, *Un esempio di giustizia 'domestica' alternativa a quella dell'a.g.o.: l'ombudsman - giurì bancario*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2009, pp. 344 e ss..

¹⁵ Si è avuto modo di osservare in dottrina che «sarebbe (stato) partito adeguato trascurare l'attivazione di due procedure parallele e tendenzialmente gemelle (o che, comunque, tali potrebbero essere intese), per procedere invece alla costruzione di un'unitaria struttura ADR per le materie tutte inerenti al comparto finanziario» (Cfr. A.A. DOLMETTA e U. MALVAGNA, *Sul nuovo "ADR CONSOB"*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2016, I, pp. 251 e ss.).

¹⁶ G. GUIZZI, *Sull'oggetto e sui limiti del potere decisorio dell'ACF: un primissimo bilancio*, in *Quaderni giuridici Consob*, febbraio 2018, consultabile al link: <http://www.consob.it/documents/46180/46181/qg16.pdf/b27685dd-c358-4e3f-906d-3f53181c66f7>.

in materia di controversie tra intermediari finanziari¹⁷ e investitori *retail*¹⁸ è di carattere generale. In attuazione di quanto sancito dall'art. 4, comma 1, summenzionato, l'ACF decide sulle controversie relative alla violazione degli obblighi di diligenza, correttezza, informazione e trasparenza da parte degli intermediari nello svolgimento delle attività previste nella parte II del TUF, ivi includendosi anche le controversie transfrontaliere e quelle di cui al Regolamento (UE) n.524/2013.¹⁹

Quanto all'oggetto di cognizione dell'Arbitro, lo stesso si individua nelle attività che gli intermediari offrono ai propri clienti per poterne investire i risparmi in strumenti finanziari (ad esempio negoziazione per conto proprio, esecuzione di ordini per conto dei clienti, ricezione e trasmissione di ordini, sottoscrizione e/o collocamento, gestione di portafogli, consulenza in materia di investimenti), nonché nelle operazioni di raccolta del risparmio da parte di soggetti a ciò autorizzati (Sgr, ma anche Sicav o Sicaf).

Paradigmatica è sul punto la casistica relativa alle declaratorie di inammissibilità pronunciate dall'Arbitro in controversie aventi ad oggetto il collocamento dei buoni fruttiferi postali. Se rispetto al profilo della legittimazione passiva *nulla quaestio*, rileva l'inidoneità dei BPF a costituire oggetto di investimento sui mercati finanziari per difetto del requisito di negoziabilità. Gli stessi, infatti, non possono sussumersi nel novero della categoria dei valori mobiliari e, pertanto, il Collegio ha opportunamente chiarito che le controversie aventi ad oggetto tali titoli non rientrano nell'ambito di propria competenza in attuazione di quanto sancito proprio dall'art. 4, comma 1, del Regolamento summenzionato. In numerose decisioni, l'ACF ritiene di rilevare che «riveste carattere di pregiudizialità ed è eventualmente dirimente accertare se il collocamento di buoni postali fruttiferi possa essere ricondotto nell'alveo di una

¹⁷ Art. 2, comma 1, lett. h), del Regolamento di attuazione dell'articolo 2, commi 5-bis e 5-ter, del D.Lgs. dell'8 ottobre 2007, n.179, concernente l'Arbitro per le Controversie Finanziarie (ACF).

¹⁸ Art. 2, comma 1, lett. g), del Regolamento di attuazione dell'articolo 2, commi 5-bis e 5-ter, del D.Lgs. dell'8 ottobre 2007, n.179, concernente l'Arbitro per le Controversie Finanziarie (ACF).

¹⁹ Cfr. *supra*.

delle attività e dei servizi di cui alla parte II del TUF e di conseguenza se, in casi della specie, possano trovare applicazione le relative regole di condotta previste dal medesimo Testo Unico della Finanza. A tal riguardo, occorre soffermarsi sulla natura giuridica dei titoli di cui trattasi, in particolare verificando se essi siano riconducibili o meno al genus "strumenti finanziari". La nozione di strumenti finanziari è, come noto, di derivazione comunitaria ed è stata inizialmente elaborata in sostituzione di quella di "valori mobiliari" che costituiva, tra l'altro, l'oggetto dell'attività di intermediazione mobiliare disciplinata dalla legge n.1/1991. In sede di recepimento della direttiva MIFID, con il D.Lgs. n.164/2007 è stata introdotta nel TUF la nozione di strumenti finanziari, in essa ricomprendendosi anche i "valori mobiliari" ed altri sottoinsiemi di strumenti, quali gli strumenti del mercato monetario, le quote di organismi di investimento collettivo del risparmio, i contratti derivati, le operazioni su valute e i contratti finanziari differenziali. Trattasi di elencazione analitica ma, nello stesso tempo, non esaustiva né tassativa e, pertanto, astrattamente idonea a ricomprendere anche i titoli [in esame]. Purtroppo, non può non rilevarsi che i titoli di cui trattasi risultano privi di un requisito necessario ai sensi del TUF, qual è quello della negoziabilità sui mercati di capitali e, dunque, dell'idoneità ad essere oggetto di transazioni, dal che consegue che tali titoli non possono farsi rientrare nel novero dei valori mobiliari (rectius strumenti finanziari), anche avuto riguardo a quanto stabilito nel D.M. 6 ottobre 2004, laddove tali titoli sono dichiarati "non cedibili salvo il trasferimento per successione per causa di morte del titolare o per cause che determinino successione a titolo universale, e non possono essere dati in pegno". Ne consegue, conclusivamente, che nel perimetro delle competenze dell'ACF non possono ritenersi rientranti anche controversie afferenti a tale tipologia di titoli». ²⁰

²⁰ Decisione n.27 del 31 luglio 2017; decisione n.28 del 31 luglio 2017; decisione n.86 del 16 ottobre 2017; decisione n.100 del 26 ottobre 2017.

4. Il procedimento e l'istruzione probatoria

Il procedimento che si celebra dinanzi all'ACF è introdotto esclusivamente dall'investitore *retail* con ricorso redatto su un apposito *format* disponibile sul sito dell'ACF.

Unica modalità per adire l'ACF è la procedura *online*, salvo che l'investitore decida di non avvalersi dell'ausilio di un procuratore o di una specifica associazione di categoria: in tal caso – e solo per i primi due anni di operatività dell'Arbitro²¹ – sia il ricorso che la documentazione probatoria prodotta a sostegno delle doglianze possono essere presentati in forma cartacea.

La proposizione del ricorso si àncora a due condizioni, dal momento che si richiede ai fini della valida esperibilità dello stesso che quest'ultimo non sia giudicato irricevibile ovvero inammissibile.

L'atto introduttivo è ricevibile se, sui medesimi fatti oggetto dello stesso: *i*) non sono già pendenti altre procedure di risoluzione stragiudiziale sulla medesima controversia; *ii*) il cliente ha già preventivamente presentato un reclamo²² all'intermediario con esito non favorevole per il risparmiatore, in ordine agli stessi fatti di cui si duole, in qualità di ricorrente, dinanzi al Collegio.

Le condizioni suesposte devono verificarsi a patto che vi sia un'identità contenutistica tra il reclamo e il ricorso: i fatti oggetto di questi ultimi devono essere, ai sensi dell'art. 10, comma 2, lett. *b*), i medesimi. La conformità dei due atti non deve essere valutata in termini meramente formali, ma occorre che si persegua un approccio sostanzialistico, dal momento che ad essere coincidenti dovranno essere le doglianze oggetto di reclamo e le domande articolate nel ricorso, cui magari potranno allegarsi anche nuove argomentazioni, consequenziali al tentato "contraddittorio" preventivamente instaurato con la

²¹ Fino al 9 gennaio 2019. Ciò è quanto sancito dall'art. 2 della delibera n.19783 del 23 novembre 2016, avente ad oggetto l'"Avvio dell'operatività dell'Arbitro per le Controversie Finanziarie (ACF) e adozione di disposizione transitorie".

²² La preventiva presentazione del reclamo è condizione di procedibilità e il tempo di cui dispone l'intermediario per replicare è di 60 giorni. Peraltro, ai sensi dell'art. 10, comma 3, del Regolamento sull'ACF, si prescrive che il ricorso può essere proposto al massimo entro un anno dalla presentazione del reclamo.

banca tramite reclamo.

Posto che sono le violazioni degli obblighi di condotta cui l'intermediario è tenuto ex art. 21 TUF a costituire oggetto della cognizione dell'ACF, anche il reclamo dovrà avere ad oggetto specifiche contestazioni rivolte all'intermediario in ragione della condotta dallo stesso posta in essere.

È la Segreteria tecnica a valutare, entro 7 giorni dalla presentazione del ricorso, se quest'ultimo deve ritenersi o meno ricevibile ovvero ammissibile e, nel caso di valutazione positiva,²³ l'atto è trasmesso all'intermediario. Nel caso di una valutazione negativa, invece, la Segreteria stessa trasmetterà l'atto introduttivo al Presidente, il quale potrà a sua volta, entro 21 giorni dalla presentazione del ricorso, conformarsi al giudizio palesato dalla Segreteria tecnica ovvero sottoporre comunque la questione al Collegio all'esito dell'istruttoria.

Paradigmatici sono stati, in tal senso, alcuni ricorsi rispetto ai quali il Presidente si è pronunciato ex art. 11, comma 3, del Regolamento sull'ACF, in quanto privi di preventivo reclamo e pertanto irricevibili, dal momento che il cliente, nulla contestando in ordine alla condotta tenuta dall'intermediario, presentava a quest'ultimo reclamo al solo fine di ottenere una copia della documentazione inerente alle operazioni di investimento ovvero un'istanza di informazione generica in ordine al valore dei titoli sottoscritti.²⁴

Sarà, invece, ammissibile il ricorso qualora: *i*) contenga la determinazione della cosa oggetto della domanda, nonché l'esposizione dei fatti che ne costituiscono le ragioni e le relative conclusioni; *ii*) inerisca ad una controversia sussumibile nel novero delle fattispecie per cui l'ACF è competente.

L'atto introduttivo, a pena di inammissibilità, deve contenere la determinazione della cosa oggetto della domanda (*petitum*) e l'esposizione dei fatti costituenti

²³ Ove mai la Segreteria tecnica dell'ACF ritenesse necessari chiarimenti o integrazioni degli atti prodotti dal ricorrente, ebbene la stessa concede un termine non superiore a 7 giorni alla parte per colmare le lacune del suo fascicolo e, nei successivi 7 giorni dal completamento di tali operazioni, si riserva di valutare l'ammissibilità e la ricevibilità del ricorso.

²⁴ Dichiarazioni di irricevibilità del Presidente prot. 0047663/17 del 12 aprile 2017 e prot. 0031951/17 del 10 marzo 2017.

le ragioni della stessa (*causa petendi*). Seppur l'art. 12 del Regolamento sull'ACF tesauroizzi l'impostazione processual-civilistica di cui all'art. 163, comma 2, nn. 3 e 4, c.p.c., occorre precisare che la sanzione prevista in caso di vizio dell'atto introduttivo in ipotesi di tal specie non sarà, come previsto dall'art. 164 c.p.c. la nullità, bensì una declaratoria di inammissibilità in ragione del fatto che il ricorso all'ACF, lungi dall'instaurare un procedimento di carattere giurisdizionale, non necessita di tutte quelle garanzie che il legislatore prevede nel processo civile, preoccupandosi così di "salvare il salvabile" perché il giudizio possa procedere. Nel caso dell'Arbitro, infatti, purché tempestivo e opportunamente modificato, un ricorso dichiarato inammissibile è un ricorso comunque riproponibile.

Il Collegio ha chiarito che la *ratio* dell'art. 12, comma 2, lett. a), del Regolamento sull'ACF, è data dal bisogno di garantire il diritto di difesa dell'intermediario, alla luce delle contestazioni mosse dal ricorrente. Del resto, una volta ricevuto il ricorso, l'intermediario ha 30 giorni di tempo – che diventano 15 se assistito da un'associazione di categoria – per presentare le proprie deduzioni, in cui espone la propria strategia difensiva e controreplica alle doglianze di parte attorea, producendo tutta la documentazione afferente al rapporto controverso.

Perché ciò possa avvenire, deve essere ben comprensibile l'oggetto che costituisce la doglianza del ricorrente, senza che ciò si esponga alle storture della prassi.²⁵ L'oggetto del *petitum*, pertanto, potrebbe ritenersi comunque determinato anche nel caso in cui l'intermediario, nonostante l'omessa specificazione degli investimenti in contestazione, sia stato effettivamente messo in condizione di avere sostanziale contezza delle doglianze dal ricorrente sollevate.

Il Collegio chiarisce che «l'oggetto della domanda, così come il perimetro delle

²⁵ Come evidenziato dalla dottrina, «per integrare il pre-requisito in discorso dovrebbe essere sufficiente che una qualunque richiesta formulata dal cliente, resti dotata di traccia documentale e che sia atta a fare intendere la sostanza della questione all'intermediario» (cfr. A.A. DOLMETTA e U. MALVAGNA, *cit.*, p. 274).

violazioni contestate all'intermediario devono essere sufficientemente chiari e definiti, specie in considerazione della circostanza che il ricorso è solo il momento conclusivo di una serie di reclami e diffide rivolte nei confronti del resistente».²⁶

Il procedimento che si svolge dinanzi all'ACF è gratuito, dal momento che il cliente non è tenuto a versare alcun contributo,²⁷ e cartolare, posto che, all'indomani della presentazione del ricorso, verrà formato un fascicolo informativo, al quale le parti interessate accedono a mezzo *internet* con le proprie credenziali, e ciò agevola sicuramente anche lo stesso Collegio che avrà modo di procedere e provvedere in un tempo di certo più ragionevole di quello che impone l'*iter* processuale ordinario.

Una volta che tutti i documenti sono stati caricati nel fascicolo elettronico da parte dell'intermediario, il ricorrente ha 15 giorni di tempo per presentare le proprie repliche a cui, eventualmente, possono seguire le controrepliche di parte resistente.

Il procedimento è celere, spedito, rapido, ma, nonostante non si svolgano udienze e le parti non compariranno dinanzi ad un giudice togato, non per questo non vi sarà istruttoria.

Ai sensi dell'art. 23, comma 6, del TUF, il legislatore sancisce espressamente che nei giudizi di risarcimento del danno cagionato al cliente da parte dell'intermediario nella prestazione di servizi di investimento, spetta ai soggetti abilitati l'onere di provare di aver agito con la specifica diligenza loro richiesta. Tale impostazione è ulteriormente specificata nel Regolamento sull'ACF del 2016, con cui la Consob onera l'intermediario non solo di allegare alle proprie deduzioni *"tutta la documentazione afferente al rapporto controverso"*,²⁸ ma

²⁶ Decisione n.37 del 29 agosto 2017; cfr. decisione n.110 del 16 novembre 2017 e decisione n.242 del 2 febbraio 2018.

²⁷ Non è previsto il pagamento di un "contributo unificato", dal momento che l'accesso alla procedura è garantito dal Fondo per la tutela stragiudiziale dei risparmiatori e degli investitori, a differenza del procedimento che si instaura dinanzi all'ABF, per il quale occorre invece il versamento della cifra – seppur modica – di euro 20.

²⁸ Art. 11, comma 4, del Regolamento adottato con delibera Consob n.19602 del 6 maggio 2016.

anche di provare “di aver assolto agli obblighi di diligenza, correttezza, informazione e trasparenza [cui è tenuto] nei confronti degli investitori”.²⁹

La giurisprudenza di merito, sul punto, ha ritenuto che il riparto dell’onere probatorio di cui all’art. 23, comma 6, TUF, non esonera affatto il ricorrente che adisce l’ACF al fine di ottenere un risarcimento del danno, dall’onere dell’allegazione specifica dei fatti costitutivi del diritto fatto valere. Tale disposizione, secondo il Tribunale di Roma³⁰ ad esempio, si limiterebbe ad introdurre esclusivamente la regola secondo cui l’onere di provare l’esatto e corretto adempimento è a carico del resistente, mentre il ricorrente è comunque tenuto ex art. 2697 c.c. ad allegare i fatti posti a fondamento del proprio *petitum*.

Sul punto si è espressa prima la giurisprudenza di legittimità, e poi l’ACF. La Suprema Corte ha espressamente chiarito che la regola dell’inversione dell’onere della prova in materia impone al giudice, per poter rigettare il ricorso, di non limitarsi a dichiarare la mancata prova della negligenza ovvero dell’inadempimento, bensì di accertare la sussistenza effettiva di una prova positiva della sua diligenza e dell’adempimento delle obbligazioni poste a carico del resistente.³¹

Indiscutibilmente, infatti, il procedimento che si svolge dinanzi a tale Arbitro è retto dal principio del contraddittorio e l’onere della prova è posto a carico dell’intermediario, cui si richiede di provare di aver assolto agli obblighi di diligenza, correttezza, informazione e trasparenza cui è tenuto nei confronti della clientela.³²

La giurisprudenza di legittimità, pronunciandosi sull’art. 23 TUF nel 2017, ha sancito che nei giudizi di risarcimento dei danni cagionati al cliente nello svolgimento dei servizi di investimento, «è sufficiente... che il ricorrente allegghi la circostanza dell’inadempimento da parte dell’intermediario delle obbligazioni

²⁹ Art. 15, comma 2, del Regolamento adottato con delibera Consob n.19602 del 6 maggio 2016.

³⁰ Trib. di Roma, sent. 3 ottobre 2011, n.19012.

³¹ Cass. civ., Sez. I, sent. 19 ottobre 2012, n.18039.

³² Così M. DE MARI, *cit.*, p. 265.

poste a suo carico dall'art. 21 del TUF, senza necessità di provarla».³³

E, in senso conforme, si è espresso anche l'ACF asserendo che: «non è sui ricorrenti che, ai sensi dell'art. 23, ultimo comma, del D.Lgs. 24 febbraio 1998, n.58 (TUF) incombe l'onere della prova in merito ai comportamenti violativi ascritti a parte resistente. Come sancito dalla disposizione testé richiamata, nei giudizi di risarcimento dei danni cagionati al cliente nello svolgimento dei servizi di investimento e di quelli accessori – ai quali va ricondotto quello di cui si tratta – spetta ai soggetti abilitati l'onere della prova di avere agito con la specifica diligenza richiesta e, per costante giurisprudenza della Corte di Cassazione [...], è sufficiente che il ricorrente in questi giudizi allegghi la circostanza dell'inadempimento da parte dell'intermediario delle obbligazioni poste a suo carico dall'art. 21 del TUF, senza necessità di provarla». Ciò, peraltro, è anche confermato ai sensi dell'art. 15, comma 2, del Regolamento istitutivo dell'ACF, laddove dispone che *“il Collegio accoglie la domanda quando, sulla base delle allegazioni e dei documenti prodotti dalle parti, ne ritiene sussistenti i fatti costitutivi, tenuto conto che spetta all'intermediario la prova di avere assolto agli obblighi di diligenza, correttezza, informazione e trasparenza nei confronti degli investitori”*.

In attuazione di quanto asserito, pertanto, il Collegio chiarisce definitivamente che «grava pertanto sul prestatore dei servizi di investimento l'onere di dimostrare di avere adempiuto a tutti gli obblighi cui esso è soggetto e in particolare di aver loro fornito tutte le informazioni richieste per la valutazione dell'investimento proposto, nonché di avere raccomandato ai ricorrenti un investimento adeguato al loro profilo di rischio quando, si intende, il servizio prestato presuppone il controllo di adeguatezza dell'investimento».³⁴

L'onere di fornire la prova dei fatti costitutivi posti a fondamento del diritto fatto valere dal ricorrente, grava su quest'ultimo in assoluta conformità con quanto sancito dall'art. 2697 c.c., mentre la regola di cui all'art. 23 del TUF

³³ Cass. civ., sent. 11 luglio 2017, n.17080.

³⁴ Decisione 21 novembre 2017, n.115.

«attiene unicamente, una volta instauratosi il rapporto, al differente piano del corretto adempimento agli obblighi contrattuali riguardanti la prestazione del servizio di investimento».³⁵

Pertanto, e nel concreto, il cliente deduce ogni elemento utile a corroborare la genesi del rapporto contrattuale, mentre l'intermediario provvede a dimostrarne la corretta esecuzione. L'onere probatorio di cui è gravato l'intermediario, però, non può e non deve tradursi in una *probatio diabolica* a carico dello stesso, perché non sarebbe affatto ragionevole ritenere che, ad esempio, nel caso – ormai frequente! – in cui un ricorrente affermi di essere stato indotto all'investimento perché assicurato dal proprio intermediario, la sola "parola" dell'investitore sia determinativa di un trasferimento in capo all'intermediario dell'onere di provare la correttezza del proprio *facere*.

In tal senso si è orientato il Collegio, affermando che «non può non rilevarsi, sotto un profilo di carattere generale, che i principi in tema di riparto dell'onere probatorio sanciti dalle disposizioni sopra richiamate – che senza ombra di dubbio alcuno impongono, in casi come quello oggi all'esame del Collegio, in capo all'intermediario un *facere*, informativo e documentale, ben più ampio di quello previsto per il cliente – non può, all'evidenza, tradursi fattualmente in una sorta di *probatio diabolica* a carico del soggetto maggiormente onerato, cioè a dire l'intermediario. In altri termini, quel che si intende dire, con ciò passando all'analisi delle risultanze in atti riferite all'odierno ricorso, è che la "parola" del ricorrente (cioè a dire, di aver ricevuto assicurazioni dall'addetto dell'intermediario circa la ridotta perdita riveniente dall'esecuzione dell'operazione di disinvestimento) – in assenza di ulteriori e meglio circostanziati elementi a supporto di una tale affermazione – non può di per sé ritenersi sufficiente per trasferire in capo all'intermediario l'onere di provare il contrario, in assenza del che dovrebbe ritenersi accertata la violazione e, per l'effetto, anche accertata la fondatezza della pretesa risarcitoria».³⁶

³⁵ Decisione n.124 del 24 novembre 2017.

³⁶ Decisione n.85 del 16 ottobre 2017.

In capo all'investitore resta l'onere di allegare, ex art. 12, comma 2, del Regolamento sull'ACF, *"la determinazione della cosa oggetto della domanda e l'esposizione dei fatti costituenti le ragioni della domanda, con le relative conclusioni"*,³⁷ nonché la sussistenza di un nesso di causalità³⁸ tra l'inadempimento e il danno, magari anche "semplicemente" in via presuntiva.

Nella decisione n.44 del 18 settembre 2017, chiaramente il Collegio sancisce che, dal momento che «il ricorrente non risulta aver adeguatamente assolto all'onere di dimostrare che, nel caso in cui l'ordine fosse stato effettivamente inserito nel mercato richiesto, egli avrebbe impartito immediatamente un nuovo ordine di vendita senza prezzo limite. Come avvalorato da consolidata giurisprudenza della Corte di Cassazione (*ex multis*, Cass., sent. 26 ottobre 2015, n.21711), nei giudizi di responsabilità dell'intermediario per violazione di regole di condotta nella prestazione di un servizio di investimento, mentre grava su quest'ultimo l'onere di provare di avere agito con la specifica diligenza richiesta, grava nello stesso tempo sul cliente l'onere di dimostrare il nesso di causalità e il danno risarcibile».³⁹

5. La decisione: contenuti, limiti e conseguenze

Esaurita l'attività istruttoria, la fattispecie è sottoposta al Collegio per essere

³⁷ Per un approfondimento sulla portata contenutistica delle conclusioni si veda A.A. DOLMETTA e U. MALVAGNA, *cit.*, pp. 251 e ss..

³⁸ Nessuna competenza si radica in capo all'ACF, invece, per la risarcibilità dei danni che non siano una conseguenza immediata o diretta di un suo comprovato inadempimento e ciò si pone chiaramente in linea con quanto affermato dalla Consob, secondo cui «la rapidità del procedimento è direttamente correlata alla cognizione sommaria dei fatti di causa e degli elementi probatori che le parti portano a sostegno delle proprie pretese. Di qui la decisione di ridurre l'ambito probatorio ai soli documenti prodotti dalle parti e, in particolare, dall'intermediario. Naturalmente, eventuali perizie o analisi tecniche poste a corredo delle argomentazioni delle parti saranno prese in considerazione, ma senza la possibilità di procedere ad audizione ovvero di assumere dichiarazioni testimoniali in forma scritta» (Consob, *Esiti consultazione sul Regolamento ACF*, 4 maggio 2016).

³⁹ Decisioni nn. 44 e 47 del 18 settembre 2017; decisione n.85 del 16 ottobre 2017; decisione n.102 dell'8 novembre 2017; decisione n.115 del 21 novembre 2017; decisione n.155 del 20 dicembre 2017; decisione n.332 del 20 marzo 2018; decisione n.233 del 31 gennaio 2018; decisione n.473 del 23 maggio 2018; decisione n.497 del 31 maggio 2018; decisione n.544 del 13 giugno 2018; decisione n.554 del 21 giugno 2018.

decisa entro 90 giorni⁴⁰ con un provvedimento motivato, in fatto e in diritto, sulla base di quanto sancito dalla normativa di settore.⁴¹

Il Collegio, ripetutamente, è stato chiamato a definire il perimetro del proprio potere cognitivo relativamente alla natura delle proprie decisioni.

Dal momento che il ricorrente potrebbe anche richiedere all'ACF una pronuncia di carattere costitutivo e ciò è sì possibile, ma a patto che si ritenga un presupposto logico giustificativo della richiesta di un consequenziale risarcimento: l'accertamento sarà soltanto incidentale e non occorre neanche che l'ACF espressamente statuisca sul punto.

Peraltro, nella prassi, è quasi sempre lo stesso intermediario ad eccepire, in via preliminare, l'inammissibilità della domanda di parte attorea qualora quest'ultima inerisca, ad esempio, all'annullamento di un'operazione di investimento, evocando a riguardo l'asserita ontologica inidoneità del Collegio a rimuovere atti o negozi giuridici e, conseguentemente, a pronunciare decisioni di invalidità e/o di carattere costitutivo.

⁴⁰ Il Collegio può prorogare tale termine di ulteriori 90 giorni nel caso in cui la fattispecie presenti elementi di novità ovvero caratteri di complessità rispetto ai quali non è possibile pervenire ad un'agevole definizione. Invero, potrebbero essere anche le stesse parti a richiedere una proroga del termine anzidetto, dal momento che, magari, queste ultime potrebbero provare ad esperire una composizione transattiva della lite. Ove ciò dovesse realmente avvenire, su richiesta dal ricorrente, il Presidente dichiara estinto il procedimento ai sensi dell'art. 13, comma 3, lett. b, del Regolamento di attuazione dell'articolo 2, commi 5-bis e 5-ter, del D.Lgs. dell'8 ottobre 2007, n.179. Parimenti, la norma succitata chiarisce che: "1. Il procedimento è interrotto quando, sui medesimi fatti oggetto del ricorso, vengono avviate, anche su iniziativa dell'intermediario a cui l'investitore abbia aderito, altre procedure di risoluzione extragiudiziale. 2. Se la procedura di risoluzione extragiudiziale non definisce la controversia, il procedimento può essere riassunto dal ricorrente entro dodici mesi dalla dichiarazione di interruzione. 3. Il procedimento si estingue quando: a) sui medesimi fatti oggetto del ricorso vengono avviati procedimenti arbitrali ovvero procedimenti giurisdizionali e non risulti la dichiarazione di improcedibilità e l'adozione del provvedimento previsto dall'articolo 5, comma 1-bis, del decreto legislativo 4 marzo 2010, n.28; b) il ricorrente rinuncia al ricorso con atto espresso. 4. L'interruzione e l'estinzione del procedimento sono dichiarate dal Presidente".

⁴¹ L'art. 15, comma 1, del Regolamento di attuazione dell'articolo 2, commi 5-bis e 5-ter, del Decreto legislativo 8 ottobre 2007, n.179, concernente l'Arbitro per le Controversie Finanziarie (ACF), sancisce che "il collegio definisce il procedimento con pronuncia motivata, adottata applicando le norme giuridiche che disciplinano la materia e tenendo conto degli atti di carattere generale emanati dalla Consob e dall'AESFEM, delle linee guida delle associazioni di categoria validate dalla Consob, dei codici di condotta delle associazioni di categoria ai quali l'intermediario aderisce".

Sul punto, il Collegio ha avuto ripetutamente modo di pronunciarsi e, ad esempio, nella decisione n.844 del 28 maggio 2018, ha statuito che «non sussistendo nessun limite al potere di cognizione dell'Arbitro per le Controversie Finanziarie, questo può estendersi alla valutazione sulla nullità, l'annullabilità o la risoluzione di un contratto, anche se esclusivamente in via incidentale, ai fini della valutazione sul risarcimento del danno».⁴²

Ove mai, invece, a venire in rilievo fosse un profilo di nullità, nulla osta a che la stessa sia rilevata d'ufficio ovvero su iniziativa del ricorrente.

Tale tipo di accertamento è sussumibile nell'ambito del potere di cognizione dell'Arbitro, in attuazione di quanto sancito dall'art. 11, comma 9, del Regolamento sull'ACF.⁴³

Nella decisione n.315 del 9 marzo 2018, ad esempio, il Collegio chiarisce che «quanto all'eccezione di inammissibilità della domanda di nullità, va detto che risulta pacifico che questo Arbitro abbia competenza a pronunciarsi anche su domande di nullità, come si evince dal disposto di cui all'art. 11, comma 9, del Regolamento ACF, il quale prevede e disciplina l'eventualità che il Collegio rilevi d'ufficio, per l'appunto, una possibile causa di nullità, dal che a fortiori e coerentemente deve farsi conseguire che esso sia competente a pronunciarsi su una causa di nullità fatta valere dal ricorrente, come nel caso di specie».⁴⁴

In merito alla natura delle decisioni, le stesse possono qualificarsi come autorevoli pareri, a cui parte della dottrina ha riconosciuto anche una valenza precognitoria,⁴⁵ in quanto funzionali ad anticipare alle parti gli esiti di una futura controversia, ove mai venisse dalle stesse adita, *ex post*, l'autorità giudiziaria. Tali provvedimenti, pur avendo natura decisoria in quanto conclusivi di una

⁴² Decisione n.484 del 28 maggio 2018.

⁴³ Art. 11, comma 9, del Regolamento sull'ACF, il quale sancisce che «il Collegio quando rileva una causa di nullità contrattuale, invita le parti [...] a fornire le proprie osservazioni anche al fine di verificare se, nei casi di nullità che può essere fatta valere solo dall'investitore, questi intenda effettivamente valersene».

⁴⁴ Decisione n.221 del 26 gennaio 2018; decisione n.315 del 9 marzo 2018.

⁴⁵ C. CONSOLO e M. STELLA, *Il ruolo prognostico-deflattivo, irriducibile a quello dell'arbitro, del nuovo abf, scrutatore di torti e ragioni nelle liti in materia bancaria*, commento a Corte costituzionale, ord. 21 luglio 2011, n.218, in *Corriere giur.*, 12/2011, pp. 1653 e ss..

procedura aggiudicativa, non possono ritenersi giuridicamente vincolanti, né agli stessi potrà riconoscersi efficacia costitutiva ex art. 2908 c.c., dovendosi, piuttosto, ritenere che l'incisività delle decisioni si dispieghi in una dimensione differente.

L'atto conclusivo del procedimento che si svolge dinanzi all'ACF non è suscettibile di esecuzione forzata ed è anche inidoneo al passaggio in giudicato⁴⁶ e ciò perché a pronunciare la decisione non è un giudice togato, bensì un autorevole Arbitro cui viene affidata la definizione della controversia.

Posto che tale organismo non ha natura giurisdizionale, la Corte costituzionale⁴⁷ ha ritenuto, in ordine agli organismi di risoluzione stragiudiziale delle controversie, che questi ultimi, seppur istituiti dal legislatore, è da escludersi che siano riconducibili «[...] a quelli giurisdizionali, ancorati, per la loro stessa natura, al fondamento costituzionale e alla riserva di legge».⁴⁸ La Corte, in sentenza, fa riferimento al solo ABF, ma occorre che l'argomentazione giuridica ivi prospettata si estenda anche all'ACF, considerando il parallelismo sussistente tra i due Arbitri. Nel caso concreto, il Collegio di Napoli dell'ABF ha sollevato, in riferimento agli articoli 3, 41 e 117, secondo comma, lettera l), della Costituzione, una questione di legittimità costituzionale dell'art. 19, comma 1, della legge della Regione siciliana 14 maggio 2009, n.6 (Disposizioni programmatiche e correttive per l'anno 2009), che prevede la proroga, da parte degli istituti di credito, della scadenza dei termini delle esposizioni agrarie. A dire dell'ABF napoletano, quest'ultimo, nell'ambito dei sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie, avrebbe un ruolo "autenticamente decisorio", atteso che le sue decisioni risulterebbero per vari aspetti vincolanti, specie per gli intermediari, la cui "reputazione" sarebbe messa in gioco in caso di inottemperanza, dal che deriverebbe un ruolo "in qualche modo contiguo" a quello degli arbitri, oggi

⁴⁶ Sul punto si veda F. AULETTA, *Arbitro bancario finanziario e "sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie*, in *Società*, 2011, pp. 88 e ss..

⁴⁷ Corte cost., ord. 21 luglio 2011, n.218, pubblicata in *Gazzetta Ufficiale* il 27 luglio 2011, n.32.

⁴⁸ *Ibidem*.

abilitati a promuovere questioni di legittimità costituzionale in forza dell'art. 819-*bis* c.p.c.. La controparte ritiene che l'ABF non sarebbe legittimato a sollevare una questione di legittimità costituzionale, trattandosi di organo che non esercita funzioni giudicanti, le cui decisioni non produrrebbero i medesimi effetti della sentenza pronunciata dall'autorità giudiziaria, poiché non sono previsti mezzi di impugnazione delle stesse, in quanto contenenti misure che non incidono sulla sfera giuridica delle parti e non precludono il ricorso all'autorità giudiziaria. Peraltro, anche dopo la decisione del Collegio, è sempre possibile ricorrere alla autorità giudiziaria ovvero ad ogni altro mezzo previsto dall'ordinamento per la tutela dei propri diritti ed interessi.

La Consulta, alla luce dei rilievi suesposti, dichiara la manifesta inammissibilità della questione di legittimità costituzionale, ritenendo che quanto prospettato dal Collegio rimettente per asseverare la propria qualità di "autorità giurisdizionale" non può tuttavia essere considerato persuasivo, alla luce della stessa disciplina relativa alle attribuzioni dell'organo in questione. Non può ritenersi privo di pregio il fatto che l'ABF, pur istituito sulla base di una disposizione di carattere legislativo, quale l'art. 128-*bis* del Testo unico bancario, ha poi trovato la propria disciplina esclusivamente in disposizioni di carattere amministrativo e che, pertanto, si profilano, sul piano strutturale e funzionale, connotazioni che valgono ad escludere la riconducibilità di tale organo a quelli giurisdizionali, àncorati, per loro stessa natura, al fondamento costituzionale e alla riserva di legge. La Corte aggiunge che è ulteriormente significativo, per denotare il carattere dei compiti dell'organismo in discorso, che gli stessi criteri e requisiti di nomina dei componenti, il loro stato giuridico e il complesso delle regole deontologiche, non siano paragonabili ai presidi corrispondentemente previsti nei confronti di organismi chiamati a svolgere funzioni giurisdizionali e che, parimenti, gli indici di riconoscibilità considerati tipici delle funzioni giurisdizionali appaiono del tutto assenti in riferimento alle specifiche attribuzioni che l'organismo in discorso è chiamato a svolgere, alla stregua delle richiamate fonti che ne disciplinano il funzionamento.

Quanto al profilo della decisione che ivi rileva, la stessa Corte costituzionale chiarisce che i caratteri della giurisdizione si rivelano inesistenti, posto che la decisione non assume, in realtà, alcun valore cogente per nessuna delle parti “in causa”, svolgendo essa solo una funzione destinata ad incidere sulla immagine e sulla reputazione dell’intermediario, in particolare se non ottemperante, secondo connotazioni che possono riecheggiare gli interventi di organi amministrativi in autotutela e che, per altro verso, la circostanza secondo cui il “responso” dell’ABF debba essere adottato “secondo diritto” non può ritenersi in sé argomento probante, giacché è tipico di qualsiasi funzione giustiziale procedere e adottare le proprie determinazioni *secundum ius*, al pari di qualsiasi organismo della Pubblica Amministrazione.

Ciò posto, anche l’ACF si è pronunciato sul punto, chiarendo che «la sua decisione non ha – né potrebbe mai avere – tra i suoi effetti (anche) quello di determinare un giudicato rilevante ai sensi e per gli effetti di cui all’art. 2909 c.c., non precludendo alle parti la possibilità di avvalersi di qualsivoglia altra azione prevista dall’ordinamento a tutela degli interessi riconducibili alla propria sfera giuridica». ⁴⁹

Il sistema sanzionatorio adottato sarà di tipo reputazionale. Precisamente, nel caso in cui il Collegio dovesse accogliere un ricorso, indicherà all’Intermediario un termine (di norma 30 giorni) per adempiere a quanto sancito in decisione e, contestualmente, per comunicare all’Arbitro anche gli atti posti in essere per conformarsi a quest’ultima. ⁵⁰ Ove mai l’intermediario non dovesse adempiere a quanto deciso dal Collegio, ⁵¹ la notizia sarà pubblicata sul sito *internet* dell’ACF,

⁴⁹ Decisione n.12 del 7 luglio 2017.

⁵⁰ Ai sensi dell’art. 16, comma 1, del Regolamento adottato dalla Consob con delibera n.19602 del 4 maggio 2016, il resistente è inoltre tenuto a versare alla Consob un c.d. contributo di soccombenza, che varia dai 400 ai 600 euro a seconda dell’importo riconosciuto al ricorrente.

⁵¹ L’investitore potrà sempre e comunque adire l’autorità giudiziaria né ciò potrebbe mai allo stesso essere impedito, in attuazione di quanto sancito e previsto ex art. 24 Cost. e considerando, tra l’altro, che le decisioni assunte dall’ACF rappresentano, perfino, una condizione di procedibilità per l’esercizio dell’azione in sede civile. Sul rapporto sussistente tra l’arbitrato obbligatorio e la Costituzione si veda anche V. ANDRIOLI, *L’arbitrato obbligatorio e la Costituzione*, in *Giur. cost.*, 1977, I, p. 1103.

su due quotidiani a diffusione nazionale,⁵² e per 6 mesi sulla *home page* del sito *internet* dell'intermediario stesso.

Ufficializzare l'inadempimento significa minare la credibilità dell'intermediario e comprometterne il rapporto fiduciario instaurato con il cliente.

⁵² A cura dello stesso intermediario!

Il principio di proporzionalità del voto nelle Società per Azioni: deroghe statutarie ed extrastatutarie

di Emanuele Coraggio

ABSTRACT

This paper analyzes the structure and the function of voting right within public companies, as well as its founding principle, which is the proportionality principle between share and vote.

The latter can be considered in particular one the most important expressions of the wider proportionality principle between power and risk in the company and manifests itself in the "one share, one vote" rule. Besides, the paper studies the major cases of derogation of this rule in the framework of statutory and extra-statutory autonomy.

SINTESI

Il presente lavoro analizza la struttura e la funzione del diritto di voto all'interno delle S.p.A., nonché il principio su cui ne è costruita la disciplina legale, ossia il principio di proporzionalità fra partecipazione sociale e voto.

Quest'ultimo, in particolare, può considerarsi una delle massime espressioni del più ampio principio di proporzionalità fra potere e rischio nell'impresa e concretamente si manifesta nella regola "un'azione, un voto". Il lavoro in particolare evidenzia i più importanti casi di deroga a questo principio nel quadro dell'autonomia statutaria ed extrastatutaria.

SOMMARIO: 1. Introduzione – 2. Il diritto di voto nelle S.p.A. e il fondamento della sua disciplina legale: un inquadramento sistematico del principio di proporzionalità – 3. Le legittime disuguaglianze soggettive fra i soci e le azioni quali fondamentale "criterio di giustizia" endosocietario – 4. L'originaria formulazione della regola "un'azione, un voto" e una deroga risalente: le azioni privilegiate a voto limitato – 5. Il declino del sistema *one-share, one-vote* nell'ordinamento italiano, con particolare riguardo alla riforma del diritto societario del 2003 – 6. Azioni speciali e principio di proporzionalità: la *summa divisio* fra deroghe "verso il basso" e "verso l'alto" – 6.1. *Le azioni a voto sottoproporzionale e il limite inderogabile della metà del capitale sociale come «baluardo della tradizionale ricostruzione del sistema delle società a base capitalistica»* – 6.2. *Le azioni a voto plurimo e i nuovi limiti dell'autonomia statutaria in seguito al D.l. n.91/2014* – 7. Le clausole di contingentamento, scaglionamento e maggiorazione del voto: fra sistemi di voto e categorie speciali di azioni – 8. Le tecniche extrastatutarie di deviazione dal principio di proporzionalità: la scomposizione fra *economic* e *voting ownership* della partecipazione azionaria – 8.1. *La vendita del voto: i contrastanti orientamenti dottrinari e la posizione della Suprema Corte nel caso Palasciano c. Flego* – 8.2. *Lo share borrowing e il suo peculiare impiego nel record date system* – 8.3. *Gli equity swaps e il loro articolato meccanismo di "svuotamento" del voto* – 8.4.

La opzioni put e call: operazioni di acquisto e di vendita ed empty voting – 9.
Conclusioni

1. Introduzione

Nello studio delle società per azioni l'analisi della disciplina delle partecipazioni azionarie occupa senz'altro una posizione di primaria importanza ed in seno a quest'ultima è a sua volta essenziale quella del diritto di voto, quale fondamentale diritto amministrativo dei soci. Scopo del presente scritto è, appunto, da una parte esaminare quali siano le coordinate di fondo su cui il nostro legislatore ha costruito la disciplina del diritto di voto nelle S.p.A., con particolare riguardo al principio di proporzionalità sancito dall'art. 2351, co. 1, c.c., e dall'altra indagare le principali forme e modalità attraverso cui ai privati è consentito derogare a un siffatto sistema legislativo. Nel fare ciò, in particolare, si è ritenuto opportuno distinguere da un punto di vista sistematico fra deroghe statutarie ed extrastatutarie alla *one-share, one-vote rule*: nell'ambito delle prime ci si è soffermati essenzialmente sulle categorie speciali di azioni a voto non proporzionale e sulle c.d. clausole di voto (*i.e.* di contingentamento, scaglionamento e maggiorazione); alle seconde, invece, sono ascrivibili un insieme eterogeneo di strumenti giuridici, alcuni dei quali particolarmente diffusi nella prassi societaria e finanziaria anche internazionale (*e.g. share borrowing e equity swaps*).

2. Il diritto di voto nelle S.p.A. e il fondamento della sua disciplina legale: un inquadramento sistematico del principio di proporzionalità

In primo luogo, dunque, pare opportuno ricordare che il diritto di voto nelle assemblee sociali rappresenta il principale strumento a disposizione degli azionisti per concorrere alla formazione della volontà sociale: sia direttamente, partecipando alle deliberazioni assembleari attinenti all'organizzazione dell'attività sociale, sia indirettamente, partecipando alla nomina e alla revoca

degli amministratori.¹ A ben vedere questo diritto costituisce una delle manifestazioni più evidenti del carattere oggettivo del principio di uguaglianza dei diritti incorporati nelle azioni.² Esso, infatti, insieme ad altri diritti sociali, come quello agli utili e alla quota di liquidazione, non a caso definiti “accrescibili” o “cumulabili”,³ risulta determinato nella sua estensione dal numero complessivo di azioni possedute dal socio. Ciò risulta particolarmente chiaro analizzando il tenore letterale dell’art. 2351, co. 1, c.c., alla stregua del quale “ogni azione attribuisce il diritto di voto”. Come è noto, il fondamento implicitamente richiamato dalla disposizione, a cui il legislatore informa la disciplina del diritto di voto, è il principio di proporzionalità: esso in particolare postula l’uguaglianza fra le partecipazioni sociali possedute e i voti esprimibili nelle assemblee sociali. Autorevole dottrina ha sottolineato, tuttavia, che l’addentellato normativo su cui è costruito il suddetto principio non si esaurisce nella norma citata, dal momento che esso emergerebbe anzitutto dal combinato disposto di altre disposizioni contenute nello stesso art. 2351 c.c.:⁴ ci si riferisce in particolare – essendo venuto meno il divieto di emettere azioni a voto plurimo – al limite sancito dal secondo comma, in forza del quale le azioni a voto non pieno non devono superare la metà del capitale sociale. In secondo luogo, esso emergerebbe altresì dalla circostanza di essere stato impiegato dal legislatore in altre disposizioni relative alla disciplina dei diritti degli azionisti: si pensi al già citato diritto agli utili e alla quota di liquidazione (art. 2350, co. 1), o al diritto alla liquidazione delle azioni in caso di recesso (art. 2437-ter), o ancora al diritto di opzione (art. 2441) e di assegnazione gratuita delle azioni (art. 2442).⁵

Com’è stato correttamente affermato, inoltre, il suddetto principio rappresenta

¹ M. CIAN, *Manuale di diritto commerciale*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2016, pp. 384 e ss..

² Sul punto si vedano A. GRAZIANI - G. MINERVINI - U. BELVISO - V. SANTORO, *Manuale di diritto commerciale*, CEDAM, Padova, 2013, p. 239, che preferiscono parlare di “principio di parità di trattamento” quale principio informatore della disciplina del diritto di voto.

³ In tal senso si esprime G. D’ATTORRE, *Il principio di uguaglianza tra i soci nelle società per azioni*, Giuffrè Editore, Milano, 2007, p. 141.

⁴ A. ANGELILLIS e M.L. VITALI, *sub art. 2351*, in *Commentario alla riforma delle società*, Egea, Milano, 2008, p. 397.

⁵ A. ANGELILLIS e M.L. VITALI, *op. cit.*, p. 397.

la “massima espressione” di quello più ampio di proporzionalità fra potere e rischio nell’impresa,⁶ operante non solo “a valle”, cioè in sede di disciplina del diritto di voto, ma anche “a monte”, ossia in sede di assegnazione delle azioni, che salvo diversa previsione statutaria devono essere proporzionali alla parte di capitale sottoscritta, ai sensi dell’art. 2346, co. 4, c.c..⁷ Esso, inoltre, permeerebbe la stessa struttura della partecipazione azionaria, se si accoglie quella tesi che dal principio di indivisibilità delle azioni, sancito *apertis verbis* dall’art. 2347, co. 1, c.c., distingue quello dell’inscindibilità dei diritti sociali, che non potrebbero mai rientrare nella titolarità di soggetti diversi.⁸

La relazione fra potere e rischio nell’impresa a sua volta richiama uno degli assiomi su cui sono fondate non solo le società per azioni, ma in generale tutte le società di capitali: trattasi del principio plutocratico (anche detto “capitalistico” per l’appunto),⁹ sulla base del quale il potere all’interno di queste società va distribuito in misura proporzionale alla quantità di ricchezza investita e, quindi, gravata dal rischio d’impresa.¹⁰

3. Le legittime disuguaglianze soggettive fra i soci e le azioni quali fondamentale “criterio di giustizia” endosocietario

Fondamentale conseguenza della applicazione del principio di proporzionalità al diritto di voto è la creazione all’interno delle S.p.A. di situazioni di

⁶ Così A. POMELLI, *Rischio d’impresa e potere di voto nella società per azioni: principio di proporzionalità e categorie azionarie*, in *Giur. comm.*, III, 2008, pp. 510 e ss.. In senso analogo si vedano: G. D’ATTORRE, *op. cit.*, pp. 146 e ss.; L. GENGHINI e P. SIMONETTI, *Le società di persone*, CEDAM, Padova, 2012, p. 29; M. SAGLIOCCA, *Il definitivo tramonto del principio “un’azione, un voto”: tra azioni a voto multiplo e maggiorazione del voto*, in *Rivista del notariato*, 2014, pp. 921 e ss.; sul punto si veda anche M. CIAN, *op. cit.*, pp. 384 e ss., che evidenzia come l’azione oltre a costituire “unità di investimento” sia anche “unità di potere” all’interno della società.

⁷ G. D’ATTORRE, *op. cit.*, p. 141.

⁸ G.F. CAMPOBASSO, *Diritto commerciale. Diritto delle società*, II, UTET, Torino, 2013, p. 202, nt. 5; L. GENGHINI e P. SIMONETTI, *Le società di capitali e le cooperative*, CEDAM, Padova, 2015, p. 173; G. VISENTINI, voce *Azioni di società*, in *Enc. dir.*, IV, Giuffrè Editore, Milano, 1959, p. 974.

⁹ G.P. LA SALA, *Principio capitalistico e voto non proporzionale nella s.p.a.*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2011, *passim*; M. CIAN, *op. cit.*, pp. 384 e ss..

¹⁰ Per il concetto di rischio d’impresa si veda V. BUONOCORE, *L’impresa*, in *Trattato di diritto commerciale*, diretto da V. BUONOCORE, II, G. Giappichelli Editore, Torino, 2002, pp. 222 e ss..

disuguaglianza soggettiva fra i soci. Supponendo, infatti, che il capitale sociale sia posseduto per il 60% da un azionista di maggioranza e per il rimanente 40% da tanti azionisti di minoranza, il primo si verrebbe a trovare senza dubbio in una situazione di predominio pressoché indiscusso, avendo il potere di controllare la società attraverso la maggioranza assoluta dei voti esprimibili nelle assemblee sociali. Si tratta, inoltre, come è stato correttamente evidenziato, di disuguaglianze soggettive “perfettamente legittime e giuste”, proprio in quanto conformi al superiore principio capitalistico.¹¹ In dottrina, in effetti, vi è anche chi ha sottolineato che anziché parlare di disuguaglianze soggettive, espressione che potrebbe apparire come uno “sgradevole” riferimento a discriminazioni e disparità all’interno della società, sarebbe più corretto adoperare la formula di “eguaglianza proporzionale tra gli azionisti”, ovvero di “parità relativa degli azionisti”.¹² Nel primo caso il riferimento palese è alla circostanza che il diritto di voto viene attribuito agli azionisti in maniera proporzionale alle azioni possedute; nel secondo caso, d’altra parte, altrettanto palese è il richiamo al principio di uguaglianza dei diritti incorporati nelle azioni e in particolare del diritto di voto, nella misura in cui quest’ultimo dipende direttamente dal numero di azioni possedute da ciascun azionista.

È doveroso evidenziare, inoltre, che secondo la ricostruzione appena descritta il fondamentale “criterio di giustizia” che informa i rapporti fra soci è costituito dalle azioni,¹³ che assolverebbero a due funzioni essenziali. In primo luogo rendere legittime unicamente le disuguaglianze fondate sul dato astratto e impersonale della categoria azionaria e non anche quelle fondate su criteri differenti, per esempio di natura personalistica. A questo proposito, peraltro, vale

¹¹ Così G.F. CAMPOBASSO, *Diritto delle società*, cit., p. 206. Nello stesso senso si vedano: N. ABRIANI, *Le azioni e gli altri strumenti finanziari*, in *Trattato di diritto commerciale*, diretto da G. COTTINO, IV, CEDAM, Padova, 2010, pp. 237 e ss.; A. ANGELILLIS e M.L. VITALI, *op. cit.*, p. 392.

¹² Così G. D’ATTORRE, *op. cit.*, pp. 139 e ss..

¹³ *Ibid.*; sul punto si vedano pure: F. D’ALESSANDRO, *La seconda direttiva e la parità di trattamento degli azionisti*, in *Riv. soc.*, 1987, p. 4; F.M. MUCCIARELLI, *Sulla parità di trattamento nelle società quotate*, in *Riv. soc.*, 2004, pp. 184 e ss.; G. PASETTI, *Parità di trattamento e autonomia privata*, CEDAM, Padova, 1970, p. 7.

la pena sottolineare che la consacrazione della categoria azionaria quale criterio impersonale di differenziazione tra le posizioni dei soci rappresenta un tratto distintivo del tipo S.p.A. rispetto agli altri tipi sociali; dopo la riforma del diritto societario del 2003, in particolare, esso segna ancor di più uno “spartiacque” rispetto alla disciplina della società a responsabilità limitata.¹⁴ Con riguardo a quest’ultima, infatti, la legge contempla espressamente la possibilità di attribuire particolari diritti “a singoli soci”¹⁵ in ragione del concreto rilievo della loro persona, laddove non consente di creare “categorie di quote” incorporanti particolari diritti o doveri, destinati a trasferirsi in capo ai successivi acquirenti delle stesse:¹⁶ in tal caso, dunque, la legge opera in maniera diametralmente opposta a quanto avviene in sede di disciplina del tipo S.p.A..¹⁷ Merita di essere accolta, pertanto, la tesi prospettata in dottrina che esclude in radice l’ammissibilità dei c.d. diritti individuali convenzionali degli azionisti, sul fondamentale rilievo che «la società per azioni conosce e si rapporta con le

¹⁴ Così N. ABRIANI, *Sub art. 2348*, in *Il nuovo diritto societario*, diretto da G. COTTINO - G. BONFANTE - O. CAGNASCO - P. MONTALENTI, Zanichelli Editore, Bologna, 2004, pp. 263 e ss.; *Id.*, *Le azioni, cit.*, pp. 242 e ss..

¹⁵ Cfr. art. 2468, co. 3, c.c..

¹⁶ In tal senso si esprime la dottrina maggioritaria ed in particolare si vedano: A. DACCÒ, *I diritti particolari del socio nelle s.r.l.*, in G.F. CAMPOBASSO, *Il nuovo diritto delle società*, Liber Amicorum, III, UTET, Torino, 2007, p. 407; R. SANTAGATA, *I diritti particolari dei soci*, in *S.r.l., Commentario*, dedicato a G.B. PORTALE, Giuffrè Editore, Milano, 2011, p. 287. Tuttavia si veda *contra*: A. BLANDINI, *Categorie di quote, categorie di soci*, Giuffrè Editore, Milano, 2009, pp. 57 e ss..

¹⁷ È appena il caso di segnalare in questa sede che alcuni recenti interventi normativi, e precisamente il D.l. 24 aprile 2017 n.50, convertito nella l. 21 giugno 2017 n.96, hanno esteso la disciplina precedentemente destinata alle sole *start-up* e PMI innovative a tutte le S.r.L. che posseggono i requisiti di legge per poter essere qualificate PMI. La normativa *de qua*, in particolare, contempla numerose deroghe alla disciplina di diritto comune, fra cui la possibilità di prevedere in atto costitutivo la creazione di categorie speciali di quote. Ebbene, pare potersi affermare che ad oggi la suindicata differenza tipologica fra S.p.A. e S.r.L. abbia visto restringere di molto il proprio perimetro, essendo com’è noto il tessuto imprenditoriale italiano caratterizzato per lo più da PMI, che se costituite nella forma della S.r.L. possono ben optare per un sistema di differenziazione tra le posizioni dei soci di natura (non necessariamente personale ma anche) impersonale. Tale conclusione, inoltre, mi sembra perfettamente in linea con il maggior peso che l’ordinamento riconosce alla volontà dei soci all’interno della S.r.L., che entro certi limiti può spingersi finanche a derogare alla struttura corporativa della società. Resta ferma di regola, invece, come meglio *infra* evidenziato, l’impossibilità per la S.p.A. di adottare criteri personalistici di attribuzione dei diritti.

azioni, ma non conosce e non si rapporta con gli azionisti».¹⁸ Per quanto riguarda, poi, la seconda funzione esercitata dalle azioni quali criterio di giustizia all'interno S.p.A., essa si sostanzia nella circostanza che le azioni, essendo di regola attribuite in misura proporzionale al capitale sottoscritto, ancorano le differenze derivanti dal diverso possesso azionario dei soci a un ben preciso quadro di compartecipazione al rischio d'impresa. In altri termini, le azioni consentono di rendere legittime le disuguaglianze concernenti la distribuzione dei diritti sociali accrescibili, traducendo la misura di rischio d'impresa sopportata da ciascun azionista in una corrispondente quantità di diritti sociali.¹⁹ Ritengo, per l'appunto, che sia proprio quest'ultima circostanza – nonostante possa ormai considerarsi pacifico il suo carattere dispositivo²⁰ – a costituire il sostrato imprescindibile della disciplina legale del diritto di voto e del principio di proporzionalità fra partecipazione sociale e voto.

4. L'originaria formulazione della regola "un'azione, un voto" e una deroga risalente: le azioni privilegiate a voto limitato

Il principio di proporzionalità si esprime concretamente nella regola "un'azione, un voto". Quest'ultima, com'è stato autorevolmente sostenuto,²¹ nella sua formulazione originaria accolta dal legislatore del '42 risultava composta da tre corollari fondamentali così riassumibili: il diritto di voto spetta unicamente ai soci ("nessun voto senza azione"); i soci non possono essere privati del diritto di voto ("nessuna azione senza voto"); infine, le azioni non possono attribuire più di un voto ciascuna ("una azione, un voto soltanto"). Queste tre articolazioni fondamentali del sistema *one-share, one-vote* in origine erano dotate di forza imperativa e conseguentemente era esclusa in linea di principio la possibilità di

¹⁸ Così M. NOTARI, *Le categorie speciali di azioni*, in G.F. CAMPOBASSO, *Il nuovo diritto societario*, Liber amicorum, I, UTET, Torino, 2006, pp. 612 e ss., che si interroga sulla possibilità e sulle conseguenze di una qualificazione di eventuali clausole statutarie miranti a costituire diritti individuali in termini di patti parasociali.

¹⁹ G. D'ATTORRE, *op. cit.*, p. 140.

²⁰ A questo proposito si veda *infra* § 4.

²¹ G.P. LA SALA, *op. cit.*, pp. 1 e ss.; M. SAGLIOCCA, *op. cit.*, p. 923.

derogarvi. L'unica ipotesi in cui l'ordinamento ammetteva una deroga parziale al secondo corollario era quella contemplata dall'art. 2351, co. 2, c.c., che nella sua versione originaria consentiva di prevedere nell'atto costitutivo che le azioni privilegiate sotto il profilo degli utili e del rimborso del capitale attribuissero il diritto di voto unicamente nelle assemblee straordinarie, a condizione di non superare la metà del capitale sociale.

Le azioni privilegiate a voto limitato, dunque, hanno rappresentato storicamente il primo tentativo di conciliare l'interesse del gruppo di comando ad aumentare la capitalizzazione della società, senza perdere al contempo il controllo della stessa, con quello del socio investitore a realizzare un'operazione dal carattere più marcatamente speculativo.²² Ciò lo si desume, d'altro canto, anche dalla Relazione ministeriale al codice civile n.956 in cui viene sottolineata la necessità di effettuare le dovute distinzioni in seno ai titolari di partecipazioni in società azionarie, specialmente quelle di maggiori dimensioni. Fra questi ultimi, infatti, alcuni perseguono unicamente lo scopo di impiegare le proprie disponibilità in titoli nei quali hanno fiducia e da cui si ripromettono di trarre un reddito possibilmente costante; altri, invece – normalmente si tratta degli azionisti che hanno preso l'iniziativa della costituzione della società e che a questa danno il proprio contributo di lavoro e di esperienza – antepongono alla certezza di una costante distribuzione degli utili l'interesse ad amministrare la società, «poiché confidano di trovare un adeguato compenso nello sviluppo e nella prosperità che questa potrà raggiungere in avvenire».²³ Si trattava, ad ogni modo, di azioni solo in parte prive del diritto di voto e, comunque, assistite necessariamente in funzione compensativa da privilegi di natura patrimoniale, che secondo la dottrina maggioritaria dovevano essere cumulativi (ossia riconosciuti sia sul diritto agli utili che nel rimborso del capitale successivo alla

²² G.P. LA SALA, *op. cit.*, pp. 13 e ss.; sul punto si vedano anche: A. ASQUINI, *Le azioni privilegiate a voto limitato*, in *Riv. soc.*, 1961, pp. 929 e ss.; M. CASELLA, *Legittimità del voto scalare nelle società per azioni*, in *Riv. soc.*, 1973, pp. 428 e ss.; A. PATRONI GRIFFI, *L'intervento all'assemblea delle azioni a voto limitato*, in *Banca e borsa*, I, 1967, pp. 370 e ss..

²³ Cfr. *Relazione ministeriale al codice civile* (n.956).

liquidazione) ed effettivi.²⁴

5. Il declino del sistema *one-share, one-vote* nell'ordinamento italiano, con particolare riguardo alla riforma del diritto societario del 2003

Al di là della circoscritta ipotesi delle azioni privilegiate a voto limitato, il sistema *one-share, one-vote* non ha conosciuto eccezioni significative nei primi decenni successivi all'entrata in vigore del codice civile.

A partire dalla riforma del 1974, invece, con l'introduzione delle azioni di risparmio caratterizzate dalla totale assenza del diritto di voto, il principio di proporzionalità ha intrapreso un lento ma costante declino, le cui tappe fondamentali sono costituite dalla riforma del diritto societario del 2003 e dal più recente "abbattimento" del divieto di emissione di azioni a voto plurimo realizzato con il D.l. 24 giugno 2014, n.91 (c.d. decreto competitività). Privato del suo carattere cogente, dunque, il principio in esame ha acquisito i connotati di una *regula iuris* meramente dispositiva, ossia derogabile da parte dello statuto societario.²⁵ Insieme ad esso, inoltre, secondo autorevole dottrina anche il più ampio principio plutocratico avrebbe perso il proprio carattere cogente, "degradando" a semplice regola residuale.²⁶

²⁴ A. ASQUINI, *op. cit.*, p. 935.

²⁵ Sul punto si veda G. D'ATTORRE, *op. cit.*, pp. 145 e ss., che evidenzia il sostanziale «superamento del carattere imperativo del principio di corrispondenza fra capitale investito dal socio e la misura della sua partecipazione alla gestione sociale attraverso l'esercizio del diritto di voto», a favore di una maggiore autonomia dei privati che possono derogare a tale disciplina che così assume carattere dispositivo. E si vedano anche: C.F. GIAMPAOLINO, *Le azioni speciali*, Giuffrè Editore, Milano, 2004, p. 170, secondo cui la riforma del 2003 «qualifica [...] la costante rischio-potere quale "meramente normale" in quanto ammette attribuzioni azionarie non proporzionali ai conferimenti, azioni senza voto soggette paritariamente alle perdite ed azioni riscattabili»; nonché A. POMELLI, *op. cit.*, pp. 525 e ss., secondo cui «pare non si possano avere dubbi sul fatto che il rapporto di proporzionalità tra rischio e potere del socio di società per azioni, più che principio di ordine generale, assume la veste di criterio di distribuzione del potere a carattere meramente suppletivo o residuale».

²⁶ È la tesi sostenuta, non solo con riguardo alle società per azioni ma anche alle società a responsabilità limitata, da P. SPADA, *Classi e tipi di società dopo la riforma organica (guardando alla «nuova» società a responsabilità limitata)*, in *Le grandi opzioni della riforma del diritto e del processo societario. Atti del Convegno (Abano Terme, 5-7 giugno 2003)*, a cura di G. CIAN, CEDAM, Padova, 2004, pp. 45 e ss.; in senso analogo si veda Cons. Not. Milano, *Massima* n.142 (19-05-15), reperibile sul sito <https://www.consigionotarilemilano.it/documenti-comuni/massime-commissione-societa142.aspx>, in cui si legge: «[...] si può continuare ad affermare che

È pacifico, pertanto, che un ruolo fondamentale nel predetto processo sia stato giocato dalla riforma Vietti, la quale ha fortemente inciso sia sul primo che sul secondo corollario. In primo luogo, infatti, venne modificata la regola secondo cui il voto è attribuibile solo alle azioni (“nessun voto senza azioni”), riconoscendo il diritto di voto, sia pure soltanto su argomenti specificatamente indicati, anche ai portatori di strumenti finanziari partecipativi, ossia a dei non soci.²⁷ In secondo luogo, il legislatore derogò ampiamente al corollario “nessuna azione senza voto” attraverso quattro disposizioni fondamentali: consentendo l’emissione di azioni prive del diritto di voto per tutte le società (e non più solo quelle quotate); prevedendo la possibilità di limitare il voto a taluni argomenti o di subordinarlo a condizioni non meramente potestative – sia in questo che nel caso precedente a condizione che il valore di tali azioni non superasse la metà del capitale sociale; consentendo di creare categorie speciali di azioni fornite di diritti diversi sia di natura amministrativa (come il diritto di voto per l’appunto) che di natura patrimoniale (e.g. diritto agli utili); infine, consentendo (fino al 2014 alle sole società chiuse) di introdurre statutariamente il sistema di voto scalare ovvero

il principio di proporzionalità tra *rischio* e *potere* rappresenta la regola che connota il *regime legale* delle S.p.A. [...] e che trova applicazione in mancanza di diversa volontà dei soci. Si può altresì affermare che si tratta tutt’ora di un principio “tendenziale”, nel senso che gli spazi di deroga concessi all’autonomia statutaria, allorché venga modificato il coefficiente di attribuzione del diritto di voto (1:1, un’azione, un voto), non sono illimitati, in quanto: (a) se il voto viene “quantitativamente” ridotto, vige il limite della metà del numero complessivo di azioni a voto non pieno, ai sensi dell’art. 2351, comma 2, c.c.; (b) se il voto viene “quantitativamente” aumentato, vige il limite del coefficiente massimo dei voti attribuibili a ciascuna azione, pari a 1:3 (un’azione, tre voti), ai sensi dell’art. 2351, comma 4, c.c.». In realtà, già prima della riforma Vietti parte autorevole della dottrina aveva sostenuto la possibilità per i privati di derogare, sia pure entro ben precisi limiti, al principio di proporzionalità, e in particolare si veda R. SACCHI, *L’intervento e il voto nell’assemblea delle s.p.a.. Profili procedurali*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da G.E. COLOMBO e G.B. PORTALE, III, 1994, p. 309, nt. 24. In senso contrario, invece, si veda G.P. LA SALA, *op. cit.*, pp. 100 e ss., secondo cui «da una valutazione attenta dei singoli istituti [...] non emerge una trama sistematica orientata in modo univoco verso l’integrale superamento di ogni relazione tra la forza di voto e la partecipazione sociale. Emerge piuttosto [...] che il principio capitalistico ha conservato un grado di cogenza di portata variabile in base al tipo di deviazione programmata».

²⁷ Sul punto si veda M. NOTARI e A. GIANNELLI, *sub* art. 2346, comma 6, in *Commentario alla riforma delle società*, diretto da P. MARCHETTI - L. A. BIANCHI - F. GHEZZI - M. NOTARI, Egea, Milano, 2008, p. 84, secondo cui se «si volesse cercare una valenza innovativa dell’art. 2346, comma 6, [...] essa dovrebbe essere riconosciuta proprio nella previsione della possibilità di far partecipare al contratto sociale anche soggetti che non assumono la qualifica di soci».

tetti massimi al diritto di voto.²⁸ Ebbene, è corretto concluderne che la possibilità di derogare alla regola “un’azione, un voto” in seguito alla riforma del 2003 fosse limitata alle sole deroghe *in minus*, laddove, permanendo il divieto di azioni a voto plurimo, non potevano ancora considerarsi legittime le deroghe *in maius* – che tali sarebbero divenute soltanto 11 anni dopo la riforma con il citato D.l. n.91/2014.

6. Azioni speciali e principio di proporzionalità: la summa divisio fra deroghe “verso il basso” e “verso l’alto”

Passando un punto di vista sistematico, le principali deviazioni dal sistema *one-share, one-vote* realizzabili attraverso l’esercizio dell’autonomia statutaria sono, dunque, suddivisibili in due macro-categorie fondamentali, a seconda che siano dirette verso il basso (“più azioni che voti”) ovvero verso l’alto (“più voti che azioni”). Da qui la distinzione, già oggetto di interesse in letteratura,²⁹ fra azioni a voto sottoproporzionale e sovrapproporzionale, sulla quale è opportuno soffermarsi per comprendere a pieno entro quali limiti ai privati sia consentito di derogare alla disciplina legale del diritto di voto mediante la creazione di categorie azionarie speciali.

6.1. Le azioni a voto sottoproporzionale e il limite inderogabile della metà del capitale sociale come “baluardo della tradizionale ricostruzione del sistema delle società a base capitalistica”

Per quel che concerne le deroghe *in minus* appare evidente che il legislatore abbia già da tempo abbandonato quell’atteggiamento di rigida chiusura che lo aveva caratterizzato in passato. *De iure condito*, infatti, può dirsi legittima tanto l’emissione di azioni di risparmio, ossia di azioni prive del diritto di voto, ma

²⁸ A. BUSANI e M. SAGLIOCCA, *Le azioni non si contano, ma “si pesano”*: superato il principio one share one vote con l’introduzione delle azioni a voto plurimo e a voto maggiorato, in *Le Società*, 2014, pp. 1049 e ss.; M. SAGLIOCCA, *op. cit.*, pp. 924 e ss..

²⁹ Sul punto si veda massimamente G.P. LA SALA, *op. cit.*, pp. 26 e ss..

dotate di particolari privilegi di natura patrimoniale, quanto di azioni a voto limitato a particolari argomenti, quanto di azioni a voto condizionato al verificarsi di particolari eventi non meramente potestativi, e finanche di azioni prive del diritto di voto non assistite da alcun privilegio patrimoniale.³⁰

L'unico limite inderogabile, previsto dal secondo comma dell'art. 2351 c.c., è costituito dal divieto di emettere le suddette azioni speciali in misura superiore alla metà del capitale sociale. È pacifico che tale norma vada intesa "in senso cumulativo",³¹ ossia che essa trovi applicazione indipendentemente dalla circostanza che di tratti di azioni totalmente prive del diritto di voto, con voto limitato o condizionato. L'abrogazione del quarto comma dell'art. 145 TUF, che esplicitava questo limite con riguardo alle azioni di risparmio, non impedisce inoltre di considerarlo applicabile anche a queste ultime, in quanto caratterizzate dalla necessaria soppressione del diritto di voto.³² A confermare tale ricostruzione ed anzi a rafforzare la tenuta di questa disposizione, d'altro canto, la legge prevede dei meccanismi volti ad evitare che, in conseguenza della riduzione del capitale sociale per perdite, il valore nominale delle azioni di risparmio e delle altre azioni a voto limitato superi stabilmente la metà del capitale sociale complessivo.³³

Quanto alla sua *ratio*, poi, la disposizione codicistica, nell'imporre che le azioni a voto pieno rappresentino almeno la metà del capitale di rischio della società, assolve alla funzione fondamentale di garantire un minimo equilibrio tra chi

³⁰ Il nostro ordinamento, fra l'altro, è uno dei soli cinque a livello europeo ad ammettere l'emissione di azioni senza voto non privilegiate, come evidenzia IIS, ECGI, Shearman & Sterling, *Report on the Proportionality Principle in the European Union*, 2007, reperibile sul sito http://ec.europa.eu/internal_market/company/docs/shareholders/study/final_report_en.pdf.

³¹ Così N. ABRIANI, *Le azioni*, cit., p. 304.

³² G.F. CAMPOBASSO, *Diritto delle società*, cit., p. 214.

³³ L'art. 145, co. 5, TUF, dispone, infatti, che "Se, in conseguenza della riduzione del capitale per perdite, l'ammontare delle azioni di risparmio e delle azioni a voto limitato supera la metà del capitale sociale, il rapporto indicato nel comma 4 deve essere ristabilito entro due anni mediante emissione di azioni ordinarie da attribuire in opzione ai possessori di azioni ordinarie. Tuttavia, se la parte di capitale rappresentata da azioni ordinarie si è ridotta al di sotto del quarto del capitale sociale, deve essere riportata almeno al quarto entro sei mesi. La società si scioglie se il rapporto tra azioni ordinarie e azioni di risparmio e con voto limitato non è ristabilito entro i termini predetti".

conferisce capitali di rischio e chi ha la facoltà di indirizzare la gestione della società,³⁴ assicurando il governo della stessa solo a chi sia titolare di una percentuale significativa del capitale sociale. Tale regola, dunque, com'è stato autorevolmente sostenuto, si pone a «baluardo della tradizionale ricostruzione del sistema delle società a base capitalistica», che fonda la legittimazione del potere maggioritario nella sopportazione di un rischio maggiore, conseguente ad un investimento maggiore.³⁵ Stante il carattere imperativo del divieto in questione, pertanto, pare condivisibile la tesi dottrina secondo cui la clausola statutaria che comporti uno squilibrio nel rapporto fra azioni a voto non pieno e capitale vada sanzionata con la nullità.³⁶ Viceversa la delibera di aumento del capitale con cui si raggiunge il medesimo risultato andrebbe sanzionata ordinariamente con l'annullabilità, non essendo stata assunta in conformità della legge ai sensi dell'art. 2377, co. 2, c.c..³⁷ Quanto, infine, ai possibili rimedi di carattere operativo, volti cioè a ripristinare la proporzione fra azioni a voto non pieno e capitale sociale totale, tre sono le soluzioni idealmente prospettate in dottrina e nella prassi notarile. La prima consiste nel deliberare un aumento reale di capitale con emissione di azioni a voto pieno in misura tale da ristabilire il citato rapporto. La seconda si sostanzia nella conversione delle azioni a voto sottoproporzionale che superano il limite in azioni a voto pieno. La terza si realizza attraverso una riduzione reale del capitale e comporta l'annullamento delle azioni a voto non pieno fino al ripristino della proporzione.³⁸

6.2. Le azioni a voto plurimo e i nuovi limiti dell'autonomia statutaria in seguito al D.l. n.91/2014

A partire dal 2014, in forza del D.l. n.91 e della relativa legge di conversione

³⁴ Così M. NOTARI, *Disposizioni generali. Conferimenti. Azioni*, in AA.VV., *Diritto delle società. Manuale breve*, Giuffrè Editore, Milano, 2012, p. 147.

³⁵ Così N. ABRIANI, *Le azioni*, cit., p. 304.

³⁶ AA.VV., *Il controllo notarile sugli atti societari*, a cura di A. PACIELLO, Giuffrè Editore, Milano, 2001, *passim*.

³⁷ Così A. ANGELILLIS e M.L. VITALI, *op. cit.*, p. 414, nt. 123.

³⁸ *Ivi*, pp. 414 e ss..

n.116, che hanno modificato il quarto comma dell'art. 2351 c.c., in aggiunta alla facoltà di derogare verso il basso al principio di proporzionalità mediante le summenzionate speciali categorie azionarie, è stata riconosciuta altresì ai privati, come anticipato, la facoltà di derogarvi verso l'alto, attraverso cioè la creazione di azioni a voto sovrapporzionale, il cui modello paradigmatico è costituito dalle azioni a voto plurimo. Queste ultime si caratterizzano da un punto di vista strutturale per il fatto di attribuire un numero di voti superiore all'unità e sono state introdotte nel nostro ordinamento per diverse ragioni,³⁹ fra cui merita di essere segnalata in particolare la necessità di offrire una copertura ai soci di controllo nel caso di apertura dell'impresa societaria al mercato del capitale di rischio.⁴⁰ È evidente, infatti, che attraverso le azioni a voto plurimo il legislatore italiano abbia inteso implementare l'insieme degli strumenti di finanziamento a disposizione delle società, e ciò anche sul modello di alcuni ordinamenti stranieri: basti pensare a quello statunitense, nell'ambito del quale un ruolo determinante è stato giocato dalla suddetta categoria azionaria, che ha costituito lo strumento privilegiato attraverso cui sono state realizzate alcune delle più importanti offerte iniziali al pubblico degli ultimi anni, come quella di *Google* nel 2004 e quella di *Facebook* nel 2012.⁴¹

Per una scelta politica del legislatore, ad ogni modo, la libertà dei privati di dar vita ad azioni a voto plurimo non è assoluta, ma risulta sottoposta a due specifiche limitazioni: anzitutto ciascuna di esse non può attribuire al proprio

³⁹ Per un esame analitico delle suddette ragioni si rimanda a P. ABBADESSA, *Le azioni a voto plurimo: profili di disciplina*, in *Impresa e Mercato. Studi dedicati a Mario Libertini*, a cura di V. DI CATALDO - V. MELI E R. PENNISI, I, Giuffrè Editore, Milano, 2015, p. 5. Quanto alle alterne vicende che hanno caratterizzato nel corso degli anni questa peculiare categoria azionaria, anche per gli ampi riferimenti dottrinari *ivi* contenuti, si veda M. BIONE, *Le azioni*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da G.E. COLOMBO e G.B. PORTALE, II, UTET, Torino, 1991, p. 52, nt. 27.

⁴⁰ *Ibidem*.

⁴¹ Sul punto si vedano: N. ABRIANI, *Azioni a voto plurimo e maggiorazione del diritto di voto degli azionisti fedeli: nuovi scenari e inediti problemi interpretativi*, in *Giustiziacivile.com*, 2014, pp. 6 e ss.; S. ALVARO - A. CIAVARELLA - D. D'ERAMO - N. LINCIANO, *Le deviazioni dal principio "un'azione - un voto" e le azioni a voto multiplo*, in CONSOB, *Quaderni giuridici*, 2014, pp. 45 e ss.; U. TOMBARI, *Le azioni a voto plurimo*, in *Riv. dir. comm.*, 4, 2016, p. 589.

titolare un numero di voti superiore alle tre unità;⁴² in secondo luogo la loro emissione può essere prevista o deliberata unicamente da parte di società non quotate in mercati regolamentati. Se da un lato, dunque, la possibilità di ricorrervi risulta fortemente ridotta in forza di quest'ultima limitazione, d'altra parte va segnalato che il limite inderogabile della metà del capitale sociale previsto per le azioni a voto non pieno non può trovare applicazione nei riguardi delle azioni a voto sovrapporzionale, che pertanto potrebbero rappresentare anche la totalità o quasi-totalità del capitale.

Alla luce di quanto affermato sin ora, dunque, è corretto osservare che *de lege lata* i privati possano introdurre all'interno delle S.p.A. dei modelli di *governance* tali da garantire il controllo della società anche a favore di chi posseda poco più del 12,5% del capitale sociale: a un siffatto risultato, infatti, si può giungere in maniera assolutamente fisiologica semplicemente combinando i due strumenti delle azioni a voto sottoporzionale e sovrapporzionale, pur entro i limiti previsti dall'ordinamento.⁴³

7. Le clausole di contingentamento, scaglionamento e maggiorazione del voto: fra sistemi di voto e categorie speciali di azioni

Per ragioni di completezza va evidenziato che le deroghe al principio di proporzionalità rientranti nel perimetro dell'autonomia statutaria possono derivare non soltanto dalla creazione di azioni speciali, ma anche

⁴² Cfr. art. 2351, co. 4, c.c.. Pare, dunque, corretto ritenere che un'azione a voto plurimo sia astrattamente idonea ad attribuire alternativamente due o tre voti. Controversa è, invece, la possibilità di prevedere l'attribuzione dei decimali di voto: per la tesi affermativa maggioritaria si veda N. ABRIANI, *Azioni a voto plurimo*, cit., p. 9, il quale evidenzia che: «La compatibilità "ontologica" del frazionamento del voto al di sotto dell'unità è ormai attestata dall'istituto della maggiorazione (che, come si vedrà, è certamente attribuibile anche in percentuali intermedie tra 1 e 2 voti per azione), né si vedono ragioni ostative ad una configurazione del moltiplicatore del voto nei termini che risultino di volta in volta più adeguati ad individuare il punto di equilibrio in concreto preferibile per le diverse componenti della compagine sociale»; per la tesi negativa si veda: A. BUSANI e M. SAGLIOCCA, *Gli strumenti finanziari partecipativi nelle operazioni di restructuring*, in *Le Società*, VIII, 2011, p. 1058, nt. 16.

⁴³ Cons. Not. Milano, *Massima* n.142 (19-05-2015), reperibile sul sito <http://www.consigionotarilemilano.it/documenti-comuni/massime-commissione-societa/142.aspx>.

dall'introduzione di sistemi di voto non proporzionale mediante apposita clausola di voto.⁴⁴ Questi sistemi, in particolare, si caratterizzano strutturalmente per il fatto di essere fondati su criteri di distribuzione del voto diversi da quello ordinario di natura oggettiva, secondo il quale a ciascuna azione deve corrispondere un voto nelle assemblee sociali (c.d. criterio ponderale); essi si fondano piuttosto su criterio di stampo soggettivo, che varia a seconda del tipo di deroga apportata al principio di proporzionalità. Quando essa si dirige verso il basso (voto sottoproporzionale), infatti, il criterio soggettivo prescelto dall'ordinamento è quello dell'entità del possesso azionario;⁴⁵ viceversa quando essa si dirige verso l'alto (voto sovrapporzionale), il criterio è quello del possesso azionario continuato per un certo arco di tempo, indipendente dalla sua effettiva entità.

Con riguardo alla prima fattispecie di clausole, si può dire che due siano quelle individuate dal legislatore, specificamente all'interno dell'art. 2351. co. 3, c.c.: la clausola di "contingentamento" e quella di "scaglionamento" del voto. La prima si caratterizza per la previsione che il diritto di voto spetta a ciascun azionista fino al possesso di un "tetto" massimo di azioni, oltrepassato il quale esso non è più esercitabile.⁴⁶ La seconda (voto scalare), invece, si caratterizza per il fatto che il diritto di voto subisce una progressiva attenuazione al raggiungimento di determinate soglie di capitale sociale.⁴⁷ È corretto concludere, dunque, che attraverso lo scaglionamento il diritto di voto incorporato nella partecipazione eccedente la soglia statutaria non è del tutto sterilizzato, come avviene nel primo tipo di clausola, ma è semplicemente depotenziato.⁴⁸ Le clausole di tetto massimo e di voto scalare, inoltre, possono essere utilizzate congiuntamente,

⁴⁴ Così G.P. LA SALA, *op. cit.*, pp. 26 e ss..

⁴⁵ *Ivi*, pp. 22 e ss..

⁴⁶ E.g. fino al dieci per cento del capitale sociale posseduto ogni azione attribuisce un voto, per l'eccedenza non è più possibile esercitare il diritto di voto.

⁴⁷ E.g. fino al dieci per cento del capitale posseduto ogni azione attribuisce un voto, dal dieci al venti per cento ogni cinque azioni attribuiscono un voto, dal venti al trenta per cento ogni dieci azioni attribuiscono un voto, e così via per multipli di cinque.

⁴⁸ Così N. ABRIANI, *Le azioni, cit.*, p. 317, nt. 288.

prevedendo una prima soglia, al di sopra della quale opera un semplice frazionamento del voto, e una seconda soglia più alta, il cui superamento determina la sterilizzazione della partecipazione eccedente; ovvero possono avere ad oggetto tanto la totalità delle deliberazioni assembleari quanto unicamente alcune materie ben delimitate.⁴⁹

Quanto, poi, al secondo insieme di clausole di voto, quelle che cioè derogano verso l'alto al principio di proporzionalità, esse vengono comunemente ricondotte all'istituto della maggiorazione del voto disciplinato dall'art. 127-*quinquies* del TUF. Quest'ultimo, in particolare, consente di prevedere, nelle sole società quotate in mercati regolamentati, che sia attribuito un voto superiore all'unità e non eccedente le due, a favore dei soci che abbiano posseduto ininterrottamente delle azioni per un arco di tempo non inferiore ai ventiquattro mesi. Fermo restando l'eterogeneità del criterio soggettivo di attribuzione del voto e della direzione verso cui si realizza la deroga al principio di proporzionalità, dunque, pare si possa affermare che il meccanismo operativo della maggiorazione sia assolutamente simile a quello delle clausole di contingentamento e di scaglionamento di cui *supra*.⁵⁰ Si tratta pertanto di sistemi di voto alternativi e non già di categorie speciali di azioni.

A quest'ultimo proposito, peraltro, merita di essere segnalato che, nonostante

⁴⁹ *Ivi*, pp. 317 e ss.; A. PISANI MASSAMORMILE, *Azioni e altri strumenti finanziari partecipativi*, in *Riv. soc.*, 2003, p. 1296. Va segnalato, per inciso, che l'assenza di limiti specifici all'impiego delle suddette clausole di voto, e in particolare della clausola di contingentamento, ha condotto autorevole dottrina, sul solco di una tesi diffusa specialmente nella letteratura tedesca – come evidenzia G.P. LA SALA, *op. cit.*, p. 28, nt. 74, il quale richiama *ex multis*: T. BAUMS, *Höchststimmrechte*, in *AG*, 1990, p. 230; U. HÜFFER, *Aktiengesetz*, Beck, Monaco, 2008; S. KALSS, *Das Höchststimmrecht als Instrument zur Wahrung des Aktionärsinflusses*, European University Institute Badia Fiesolana, San Domenico di Fiesole, 1992, p. 58; G. THIERY, *Höchststimmrecht für Aktionäre*, in *NZ*, 1989, p. 84; W. ZÖLLNER, *Die Schranken mitgliedschaftlicher Stimmrechtsmacht bei den privatrechtlichen Personenverbänden*, Beck, München-Berlin, 1963, pp. 117 e ss. – a sostenere la piena legittimità del c.d. voto capitario o per testa all'interno delle S.p.A.: A. BLANDINI, *Le azioni a voto limitato nella riforma*, in *Giur. comm.*, 2004, I, p. 486; G. D'ATTORRE, *op. cit.*, pp. 167 e ss.; V. SANTORO, *sub art. 2351*, in *La riforma delle società*, a cura di M. SANDULLI e V. SANTORO, I, G. Giappichelli Editore, Torino, 2003, p. 151.

⁵⁰ F. GUERRERA, *La scissione tra proprietà e voto nella s.p.a.: doveri, abusi, rimedi*, in *Giur. comm.*, II, 2017, p. 191.

il parere contrario di alcuni Autori,⁵¹ è opinione maggioritaria in dottrina ed è tesi prevalentemente seguita anche dalla prassi notarile, quella secondo cui sarebbe perfettamente legittimo limitare l'operatività dei meccanismi di contingentamento, scaglionamento e maggiorazione del voto, anche a singole categorie azionarie.⁵² Tale tesi pare preferibile, infatti, per via dell'ampio potere riconosciuto all'autonomia statutaria di derogare alla disciplina legale delle azioni mediante la creazione di apposite categorie speciali, nonché per la circostanza che queste ultime sono individuate chiaramente dal legislatore come lo strumento prioritario attraverso cui i privati possono introdurre delle differenziazioni oggettive fra le posizioni dei soci.⁵³

8. Le tecniche extrastatutarie di deviazione dal principio di proporzionalità: la scomposizione fra *economic* e *voting ownership* della partecipazione azionaria

In aggiunta agli strumenti giuridici fin qui analizzati, meritano di essere esaminati altresì alcuni particolari schemi contrattuali, largamente impiegati nella prassi societaria sia italiana che internazionale, che consentono ai privati di derogare parimenti al principio di proporzionalità, pur non essendo espressione,

⁵¹ Sul punto si veda F.S. COSTANTINO, *Azioni. Strumenti finanziari partecipativi. Obbligazioni.*, in *Le nuove s.p.a.*, diretto da O. CAGNASSO e L. PANZANI, I, Zanichelli Editore, Bologna, 2010, p. 377, il quale afferma che le limitazioni al diritto di voto originate dai meccanismi di contingentamento e scaglionamento debbano necessariamente riferirsi a tutte le azioni, perché in caso contrario si «determinerebbe di fatto l'attribuzione del voto plurimo alle azioni a voto pieno»; tesi questa che, fra l'altro, con l'eliminazione del divieto di azioni a voto plurimo per le società non quotate può dirsi ancor meno convincente. In senso dubitativo si veda N. ABRIANI, *sub art. 2351, cit.*, pp. 330 e ss..

⁵² In tal senso si vedano: G.P. LA SALA, *op. cit.*, 82; P.G. MARCHETTI, *Il voto maggiorato nelle società quotate*, in *Governo societario, azioni a voto multiplo e maggiorazione del voto*, a cura di U. TOMBARI, G. Giappichelli Editore, Torino, 2016, p. 6; M. NOTARI, *Le categorie speciali, cit.*, p. 593, nt. 1. In particolare cfr. E. LA MARCA, *Azioni(sti) con voto maggiorato: primi spunti*, in *I battelli del Reno*, Bari, 2014, p. 4, secondo cui, con specifico riguardo alla maggiorazione del voto, tale possibilità risulterebbe confermata indirettamente dallo stesso art. 127-sexies, co. 2, TUF, che stabilisce, per le sole società quotate che abbiano emesso azioni a voto plurimo anteriormente alla quotazione in borsa, il divieto di prevedere nello statuto ulteriori maggiorazioni del diritto di voto "a favore di singole categorie di azioni né ai sensi dell'articolo 127-quinquies". Infine si segnala anche: Cons. Not. Milano, *Massima* n.136 (13-05-2014), reperibile sul sito <http://www.consigionotarilemilano.it/documenti-comuni/massime-commissione-societa/136.aspx>.

⁵³ G.P. LA SALA, *op. cit.*, p. 82.

a differenza delle azioni speciali e delle clausole di voto, dell'autonomia statutaria, ma della più ampia autonomia contrattuale.

Le tecniche di deviazione dal principio di proporzionalità di cui si discorre, infatti, si sostanziano in contratti finanziari (come la vendita del voto e il prestito titoli) ovvero in strumenti (*rectius* contratti) finanziari derivati (si pensi agli *equity swaps* o alle opzioni *put* e *call*) e nulla hanno a che vedere con tipiche espressioni dell'autonomia statutaria, *in primis* con la libertà di determinare il contenuto azionario di cui all'art. 2348, co. 2, c.c.. Cionondimeno, com'è stato sottolineato da autorevole dottrina anche straniera, esse realizzano dei risultati che in larga parte coincidono con quelli raggiunti dalle azioni speciali a voto quantitativamente diverso, poiché derogano parimenti alla regola "un'azione, un voto".⁵⁴

Nello specifico, attraverso questi strumenti i privati riescono a scomporre i *cash flow rights* (ossia la "proprietà economica" o *economic ownership* dell'azione, attinente agli interessi economici ad essa sottostanti) dai *voting rights* (ossia dalla titolarità del diritto di voto o *voting ownership*). In tal modo ha luogo una vera e propria dissociazione (c.d. *decoupling*)⁵⁵ fra diritto di voto e rischio economico che, com'è stato attentamente osservato, non è molto diversa da quella che si verrebbe a verificare ove il capitale della società fosse rappresentato, per una metà, da azioni a voto singolo e, per l'altra metà, da azioni

⁵⁴ In tal senso si vedano: A. ANGELILLIS e M.L. VITALI, *op. cit.*, p. 437; G. FERRARINI, *Prestito titoli e derivati azionari nel governo societario*, in *La società per azioni oggi: tradizione, attualità e prospettive. Atti del Convegno internazionale di studi: Venezia, 10-11 novembre 2006*, a cura di P. BALZARINI - G. CARCANO - M. VENTORUZZO, Giuffrè Editore, Milano, 2007, pp. 642 e ss.. Nella letteratura internazionale e specialmente quella statunitense, per un'analisi dell'incidenza di queste tecniche sul sistema *one-share, one-vote* si vedano: H.T.C. HU e B.S. BLACK, *The new vote buying: empty voting and hidden (morphable) ownership*, in *Southern California Law Review*, 79, 2006, pp. 811 e ss.; H.T.C. HU e B.S. BLACK, *Equity and debt, decoupling and empty voting II: importance and extensions*, in *Pennsylvania Law Review*, 156, 2008, pp. 625 e ss..

⁵⁵ Sul punto si veda H.T.C. HU e B.S. BLACK, *Hedge Funds, Insiders, and the Decoupling of Economic and Voting Ownership: Empty Voting and Hidden (Morphable) Ownership*, *J. Corp. Fin.*, 13, 2007, pp. 343 e ss., i quali adoperano il termine *decoupling* per indicare letteralmente il "disaccoppiamento" delle due componenti fondamentali dell'azione, cioè quella patrimoniale e quella amministrativa.

a voto doppio, ed un dato socio possedesse la metà di queste ultime.⁵⁶ Né si verrebbe a creare una situazione particolarmente differente da quella in cui il capitale fosse formato, per la metà, da azioni senza voto ed un azionista possedesse la metà di quelle ordinarie.⁵⁷ In entrambi i casi, infatti, il titolare di una percentuale minoritaria di diritti sociali patrimoniali si ritroverebbe a disporre di una percentuale maggiore e, quindi, non proporzionale di voti.

In letteratura, comunque, si suole distinguere fra la tecnica (per così dire) “classica” di dissociazione della proprietà azionaria dalla titolarità del voto, che comporta la formale disposizione di quest’ultimo in favore di un soggetto terzo e si realizza attraverso la cd. vendita del voto, e le tecniche che si sono affermate a partire dai primi anni 2000 con la rivoluzione dei derivati finanziari e con lo sviluppo del mercato del prestito di titoli, le quali danno vita al fenomeno che è stato indicato efficacemente con l’espressione *empty voting*.⁵⁸ Quest’ultima, infatti, simboleggia letteralmente lo “svuotamento” del potere di voto dal correlativo interesse economico, che le summenzionate tecniche, pur senza alcuna formale disposizione del diritto di voto a favore di un soggetto terzo, sono in grado di realizzare da un punto di vista sostanziale.

8.1. La vendita del voto: i contrastanti orientamenti dottrinari e la posizione della Suprema Corte nel caso *Palasciano c. Flego*

La vendita del voto, in particolare, può essere definita come il contratto mediante il quale una parte si impegna nei confronti dell’altra ad esercitare il proprio diritto di voto secondo modalità prefissate.⁵⁹ Essa, come anticipato, costituisce la tecnica contrattuale attraverso cui tradizionalmente si è raggiunto il risultato di scindere la componente patrimoniale dell’azione da quella amministrativa e, difatti, risalenti sono i dibattiti dottrinari inerenti alla legittimità

⁵⁶ Così G. FERRARINI, *op. cit.*, p. 643.

⁵⁷ *Ibidem*.

⁵⁸ *Ivi*, p. 630; G. SANDRELLI, *Innovazione finanziaria ed esercizio del voto*, Milano, Egea, 2017, p. 39.

⁵⁹ *Ivi*, p. 636.

di questa fattispecie. In passato, in particolare, erano di gran lunga prevalenti le tesi che negavano il diritto di cittadinanza a tale fattispecie, sulla base di molteplici ordini di ragioni: vuoi per la presunta inscindibilità fra la proprietà dell'azione e la titolarità del diritto di voto;⁶⁰ vuoi per contrasto al principio secondo cui il voto deve essere esercitato nell'interesse sociale (e non individuale);⁶¹ vuoi ancora per contrasto con le regole del buon costume.⁶²

Nel tempo, tuttavia, hanno raccolto un crescente consenso le tesi affermative della legittimità di questo peculiare contratto. In particolare vi è chi ha evidenziato che non sussisterebbe alcun espresso divieto nel nostro ordinamento contro la vendita del voto, come invece avviene in altri ordinamenti quale quello tedesco e francese.⁶³ Questa posizione, fra l'altro, ha ottenuto anche l'avallo della Suprema

⁶⁰ Sul punto si veda C. ANGELICI, *sub art. 2351*, in *Il codice civile*, Commentario fondato da P. SCHLESINGER, diretto da F.D. BUSNELLI, Giuffrè Editore, Milano, 1992, p. 146, secondo cui «il diritto di voto non è suscettibile di isolato trasferimento»; nonché, a conferma del carattere "risalente" dell'impiego di questa tipologia contrattuale nella prassi societaria, si veda C. VIVANTE, *Gli azionisti non possono alienare o vincolare il loro diritto di voto*, in *Riv. dir. comm.*, I, 1914, pp. 173 e ss., il quale afferma che il diritto di voto è inscindibilmente unito alla proprietà dell'azione e non può costituire oggetto di alienazione "separata", a pena di invalidità della relativa pattuizione per contrarietà all'ordine pubblico.

⁶¹ G. SENA, *Il voto nella assemblea delle società per azioni*, Giuffrè Editore, Milano, 1961, pp. 311 e ss.; *contra* si veda A. MIGNOLI, *La società per azioni. Problemi, letture, testimonianze*, I, Giuffrè Editore, Milano, 2002, pp. 98 e ss., che critica questa ricostruzione, negando l'esistenza di qualsivoglia obbligo (giuridico o morale) per il socio di perseguire l'interesse sociale.

⁶² Sul punto si veda G. COTTINO, *Le convenzioni di voto nelle società commerciali*, Giuffrè Editore, Milano, 1958, p. 234, secondo cui «ancorché in assenza di un'espressa disposizione di legge, ripugna ai principi dell'ordinamento societario, urta anzi specificamente contro il buon costume, siavi o meno un danno concreto per la società, che il voto sia promesso e dato contro compenso».

⁶³ Nello stesso senso si vedano *ex multis*: L. CALVOSA, *La partecipazione eccedente e i limiti al diritto di voto*, Milano, Giuffrè Editore, 1995, pp. 106 e ss.; G. FERRI, *Validità dei sindacati azionari*, in *Nuova riv. dir. comm.*, 1949, pp. 13 e ss., il quale afferma che «il mito della incommerciabilità del diritto di voto, che per lunghi anni ha costituito un cardine fondamentale della struttura societaria, è definitivamente tramontato»; S. GATTI, *La rappresentanza del socio nell'assemblea*, Giuffrè Editore, Milano, 1975, pp. 185 e ss., il quale evidenzia che «la libertà di voto nelle società di capitali non può essere equiparata ad altre libertà personali che non possono essere degradate ad oggetto di mercato, proprio perché essa è poco o nulla caratterizzata dalla nota della personalità e quasi del tutto assorbita nell'ambito della patrimonialità»; R. WEIGMANN, *Concorrenza e mercato azionario*, Giuffrè Editore, Milano, 1978, pp. 124 e ss., secondo cui non solo la vendita del voto è compatibile con l'ordinamento ma sarebbe anzi auspicabile prevedere la possibilità di «quotare in borsa come beni commerciabili i voti separatamente dalle azioni, quando sia annunciata un'offerta pubblica d'acquisto ovvero una battaglia per le procure». Nella letteratura più di recente si veda G.F. CAMPOBASSO, *Diritto delle società*, cit., p. 348, che afferma: «nulla si oppone a mio avviso a che l'azionista "venda" il proprio voto; si impegni cioè a sostenere dietro corrispettivo una determinata deliberazione, eventualmente rilasciando delega a favore del

Corte di Cassazione nel caso *Palasciano contro Flego*, che aveva ad oggetto un accordo con il quale un azionista si impegnava a votare in favore della ricapitalizzazione di una società al fine di evitarne la liquidazione, dietro un corrispettivo rappresentato dall'assegnazione di una parte delle azioni di nuova emissione.⁶⁴ Orbene, il giudice di legittimità in quell'occasione ha affermato che il contratto di vendita del voto che era stato stipulato «non fosse nullo per illiceità della causa e che, anzi, la liceità di un simile accordo non potesse essere, in linea di principio, esclusa».⁶⁵

In aggiunta alle due tesi estreme, poi, meritano di essere segnalati due ulteriori orientamenti mediani. Secondo una prima tesi, in particolare, si potrebbe riconoscere diritto di cittadinanza alla vendita del voto, solo ove quest'ultima non determini una situazione di conflitto di interessi, ovverosia quando il contratto soddisfi un interesse personale ma rientrante pur sempre nella sfera degli interessi collettivi e sociali.⁶⁶ Quando, invece, esso soddisfa un interesse esclusivamente proprio dell'azionista che ha ricevuto o aspira a ricevere un corrispettivo a fronte dell'esercizio del voto – ossia un interesse extrasociale – sarà applicabile l'art. 2373 c.c. e conseguentemente potrà essere annullata la delibera assunta in forza del voto favorevole venduto.⁶⁷ Secondo l'altra tesi intermedia, infine, se da un lato la vendita intesa come cessione permanente del voto contrasterebbe con il principio di inscindibilità del potere di voto dalla qualità di azionista e dall'interesse relativo,⁶⁸ una semplice cessione temporanea dello stesso sarebbe pienamente compatibile con il nostro ordinamento.⁶⁹

“compratore”».

⁶⁴ Cass., sent. 22 ottobre 1996, in *Giur. comm.*, II, 1997, pp. 237 e ss..

⁶⁵ Così G. FERRARINI, *op. cit.*, p. 637.

⁶⁶ Così P.G. JAEGER, *Ammissibilità e limiti dell'accordo di "cessione" del voto in cambio di "corrispettivo" (con considerazioni in merito alla c.d. «vendita del voto»)*, in *Giur. comm.*, II, 1997, pp. 240 e ss.; sul punto si veda anche: Cass., sent. 19 gennaio 2004, in *Cass. pen.*, X, 2005, p. 3104, la quale sottolinea d'altra parte come la vendita del voto possa essere impiegata proprio al fine di aggirare il divieto di esercitare il voto per conflitto di interessi.

⁶⁷ *Ibidem.*

⁶⁸ Così L. CALVOSA, *op. cit.*, p. 107, nt. 39.

⁶⁹ G. OPPO, *Patti parasociali: ancora una svolta legislativa*, in *Riv. dir. civ.*, II, 1998, pp. 215 e ss.; mentre subordina la validità della vendita del voto a molteplici e diversi requisiti M. ATELLI, *Il*

Quale che sia la tesi accolta, ad ogni modo, non si può negare che la vendita del voto sia perfettamente in grado di realizzare una dissociazione fra *economic* e *voting ownership* delle azioni e, quindi, di derogare al principio di proporzionalità fra partecipazione sociale e diritto di voto.

8.2. *Lo share borrowing e il suo peculiare impiego nel record date system*

Tecnica diversa ma affine alla vendita del voto è costituita dal cd. prestito titoli (o *share borrowing*),⁷⁰ che è il contratto attraverso cui una parte, generalmente dietro prestazione di una garanzia (spesso costituita da strumenti finanziari come le obbligazioni emesse dal Dipartimento del Tesoro), trasferisce la proprietà di un certo numero di azioni all'altra parte; quest'ultima, dall'altro canto, si impegna a restituirne il *tantusdem eiusdem generis* alla scadenza pattuita, unitamente ai dividendi distribuiti durante la vigenza del contratto e ad uno specifico corrispettivo.⁷¹ Anche questo schema contrattuale, com'è stato giustamente osservato, può risultare idoneo a separare la proprietà economica delle azioni dal voto.⁷² Il rischio economico dell'investimento azionario, infatti, grava sul solo prestatore, dal momento che alla scadenza del contratto egli riceverà un numero di azioni pari a quelle prestate. Il prestatario, invece, diviene formalmente titolare delle azioni per la durata del prestito e, quindi, anche dei diritti di voto da esse attribuiti. Un risultato pressoché identico a quello descritto, fra l'altro, è realizzabile nel nostro ordinamento anche mediante l'impiego del contratto tipico di riporto che, ai sensi degli artt. 1548 e 1551 c.c., consente al riportatore di esercitare il diritto di voto (salvo patto contrario), e al riportato di percepire gli utili per le medesime azioni.⁷³

Con riguardo al prestito titoli, inoltre, parte della dottrina ha efficacemente

diritto alla liquidazione della quota giustifica la previsione di un corrispettivo, in *Guida al diritto*, I, 1997, pp. 40 e ss..

⁷⁰ A. ANGELILLIS e M.L. VITALI, *op. cit.*, p. 435.

⁷¹ Così G. FERRARINI, *op. cit.*, pp. 632 e ss..

⁷² *Ivi*, p. 633.

⁷³ A. ANGELILLIS e M.L. VITALI, *op. cit.*, p. 436.

impiegato l'espressione *record date capture*,⁷⁴ in quanto il contratto in questione nella prassi viene sottoscritto generalmente in tempo utile per risultare titolari delle azioni conformemente al c.d. "sistema della data di registrazione".⁷⁵ Quest'ultimo prevede, infatti, che soltanto coloro i quali risultino azionisti in corrispondenza della data di registrazione (o *record date*) acquisiscano la legittimazione a votare nelle assemblee sociali.⁷⁶ Si tratta, dunque, di un sistema di legittimazione del voto che permette senz'altro una dissociazione tra titolarità delle azioni e del voto,⁷⁷ favorendo sotto questo profilo il ricorso allo *share borrowing*.

8.3. Gli equity swaps e il loro articolato meccanismo di "svuotamento" del voto

Per concludere vanno analizzate due tecniche di *decoupling* realizzate mediante l'impiego dei cd. contratti (o strumenti) derivati.⁷⁸ La prima prende il nome di *equity swap* e si tratta in effetti di una particolare tipologia del contratto di *swap*,⁷⁹ che può essere definito come l'accordo attraverso cui le parti si impegnano a scambiarsi uno o più flussi di cassa (c.d. gambe o *legs*), determinati nel loro ammontare sulla base di criteri prestabiliti e ad una data scadenza temporale.⁸⁰ La peculiarità degli *equity swaps* è rappresentata dalla natura di uno dei criteri di determinazione del valore delle prestazioni contrattuali: in aggiunta al cd. capitale nozionale (ossia al capitale assunto come base di calcolo delle

⁷⁴ Sul punto si vedano: S.E.K. CHRISTOFFERSEN - C.C. GECZY - D.K. MUSTO - A.V. REED, *Vote Trading and Information Aggregation*, in *The Journal of Finance*, 2007, p. 2897; H.T.C. HU e B.S. BLACK, *The new vote buying*, cit., p. 831; E. SCIMENI, *Il vote-trading nel diritto societario americano*, in *Merc. conc. reg.*, 2003, pp. 439 e ss..

⁷⁵ G.F. CAMPOBASSO, *Diritto delle società*, cit., pp. 332 e ss..

⁷⁶ N.DE LUCA, *Titolarità vs. legittimazione: a proposito di record date, empty voting e «proprietà nascosta» di azioni*, in *Rivista di diritto societario*, 2010, pp. 311 e ss.; H.T.C. HU e B.S. BLACK, *The new vote buying*, cit., *ibid.*.

⁷⁷ N.DE LUCA, *ibid.*.

⁷⁸ Sulla duplice veste giuridica dei derivati, da intendersi sia come contratti che come strumenti finanziari, si veda E. GIRINO, *I contratti derivati*, Giuffrè Editore, Milano, 2010, p. 242.

⁷⁹ Per una disamina generale del contratto di *swap* si veda C.M. DE IULIIS, *Lo swap d'interessi o di divise nell'ordinamento italiano*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 2004, pp. 391 e ss..

⁸⁰ G. GUIZZI, *Il finanziamento. Operazioni di finanziamento*, in *Diritto delle imprese. Manuale breve*, a cura di N. ABRIANI, I, Giuffrè Editore, Milano, 2012, pp. 206 e ss..

prestazioni, convenzionalmente stabilito e presente anche negli altri contratti di swap) e a un tasso di interesse fisso o variabile (anch'esso convenzionalmente individuato e caratterizzante altri tipi di swap), è presente infatti anche un parametro di riferimento *sui generis*, che è dato dal valore di una determinata azione societaria, o meglio dal tasso di rendimento (o *rate of return*) maturato da quest'ultima nel periodo di durata del contratto. Analizzando concretamente lo schema contrattuale, dunque, si può dire che una parte (cd. *short part* o *equity amount payer*) si impegna a corrispondere all'altra i dividendi distribuiti durante la vigenza del contratto,⁸¹ nonché una somma pari, se *positiva*, al prodotto fra il tasso di rendimento azionario e il capitale nozionale.⁸² L'altra parte (c.d. *long part* o *equity amount receiver*), invece, si impegna a corrispondere alla prima una somma pari al prodotto fra il tasso fisso o variabile concordato e il capitale nozionale, nonché una somma pari, se *negativa*, al prodotto fra il tasso di rendimento azionario e il capitale nozionale.⁸³ Ovviamente l'esecuzione delle prestazioni, come normalmente avviene nelle altre fattispecie di swap, segue alla loro compensazione:⁸⁴ alla scadenza del contratto (e all'esito della compensazione) cioè solo la parte che risulta economicamente soccombente procede al pagamento a favore dell'altra, per un ammontare pari al c.d.

⁸¹ Sul punto si veda G. FERRARINI, *op. cit.*, p. 634, il quale distingue a questo proposito fra un *total return equity swap*, in cui la parte "corta" si impegna a corrispondere anche i dividendi distribuiti, e un *price return equity swap*, in cui la *short part* si impegna semplicemente a corrispondere il prodotto fra tasso di rendimento azionario e capitale nozionale.

⁸² *Ivi*, p. 634, nt. 14, ove si evidenzia che il *rate of return* viene calcolato da parte di un *calculation agent*, ossia di un terzo mandatario, sottraendo il prezzo finale delle azioni al prezzo iniziale e dividendo il totale per il prezzo iniziale.

⁸³ E. GIRINO, *op. cit.*, p. 119; I. PORCHIA e L.A. LO PO', *Le nuove regole Consob in materia di trasparenza delle partecipazioni cash-settled*, in *Le Società*, VI, 2012, p. 677, nt. 19. Sul punto si veda pure la definizione di *equity swap* fornita dalla *Securities and Exchange Commission*, l'ente federale statunitense preposto alla vigilanza della borsa valori, secondo cui esso costituisce un «*instrument in which one counterparty, the seller of the TRS, makes a payment that is based on the price appreciation and income from an underlying security or security index. The other counterparty, the buyer of the TRS, makes a financing payment that is often based on a variable interest rate, such as LIBOR (or other interbank offered rate or money market rate, as described above), as well as a payment based on the price depreciation of the underlying reference. The "total return" consists of the price appreciation or depreciation, plus any interest or income payments*».

⁸⁴ G. GUIZZI, *op. cit.*, pp. 206 e ss..

differenziale (che è appunto la differenza fra quanto si doveva ricevere e quanto è dovuto complessivamente alla controparte).

Orbene, nell'ipotesi in cui si addivenga alla stipula di un *equity swap*, da un punto di vista sostanziale è corretto affermare che: la parte "lunga" ha la proprietà economica delle azioni usate come parametro di riferimento, poiché da un lato sopporta il rischio economico della discesa del loro prezzo e dall'altro beneficia dell'eventuale aumento di quest'ultimo; la parte "corta", invece, è titolare del diritto di voto, perché o già possiede le azioni in questione o le acquista contestualmente alla stipula del contratto, ed in linea di massima è «insensibile alle vicende della società partecipata»: ⁸⁵ se il prezzo delle sue azioni diminuisse, infatti, essa maturerebbe comunque il diritto al pagamento del differenziale tramite lo *swap*. ⁸⁶ Appare chiaro, dunque, che la *short part* proceda normalmente alla stipula di un *equity swap* proprio allo scopo di eliminare il rischio economico connesso all'acquisto di un dato pacchetto azionario. ⁸⁷ Ciò palesa, evidentemente, la funzione precipua esercitata da questo schema contrattuale nel nostro sistema finanziario, quale strumento cioè di «separazione fra diritto di voto, titolarità delle azioni e interesse economico». ⁸⁸

8.4. Le opzioni put e call: operazioni di acquisto e di vendita ed *empty voting*

Infine, l'altro fondamentale strumento derivato attraverso cui si manifesta il fenomeno dell'*empty voting* è costituito dalle c.d. opzioni di acquisto e di vendita. Queste ultime, in particolare, possono essere definite come i contratti attraverso

⁸⁵ Così G. FERRARINI, *op. cit.*, p. 638.

⁸⁶ Sul punto si veda I. PORCHIA e L.A. LO PO', *op. cit.*, p. 678, i quali evidenziano che una dei casi più frequenti di *empty voting* nella prassi «è quello di un investitore che acquisti fisicamente una partecipazione in una società e contestualmente, attraverso la stipula di un *total return equity swap*, assuma una posizione corta sulle stesse azioni, mantenendo così la titolarità dei diritti di voto ma liberandosi dell'esposizione economica all'andamento dei titoli».

⁸⁷ Non è un caso che il pacchetto azionario acquistato dalla parte "corta" costituisca sia la "misura" per determinare l'ammontare del capitale nozionale che il parametro di riferimento per calcolare il *rate of return*.

⁸⁸ Così A. LUPOI, *I fenomeni finanziari apolidi e le regole giuridiche*, in *Rivista di diritto bancario*, 2012, reperibile sul sito: <http://www.dirittobancario.it/rivista/finanza/mercati-finanziari-e-regole-di-sistema/i-fenomeni-finanziari-apolidi-e-le-regole-giuridiche>.

cui una parte (c.d. opzionario o beneficiario), dietro il pagamento di un corrispettivo (o premio), acquisisce il diritto potestativo di stipulare un contratto di vendita con il cd. concedente, in qualità di venditore (*put option*) ovvero di acquirente (*call option*) di un certo quantitativo di titoli azionari o di altre attività finanziarie, a un prezzo prestabilito (cd. *strike price* o prezzo di esercizio) ed entro un termine concordato o alla scadenza dello stesso.⁸⁹ Il che significa, all'evidenza, che il titolare di un'opzione *call*, da un lato, eserciterà la facoltà di acquisto se il valore di mercato delle azioni sarà divenuto più *alto* del prezzo di esercizio (alla scadenza contrattuale fissata) e che il titolare di una opzione *put*, dall'altro, eserciterà la facoltà di vendita solo se il valore di mercato delle azioni sarà divenuto più *basso* del prezzo di esercizio.

In entrambi i casi, comunque, l'azionista è in grado di neutralizzare il rischio economico connesso al proprio investimento azionario e di scindere in tal modo la proprietà economica dalla titolarità del voto. Con riguardo all'opzione di vendita, infatti, se è vero che il beneficiario/azionista (in quanto formalmente proprietario delle azioni) è titolare del diritto di voto, è altrettanto vero che egli non possiede alcun interesse a che queste ultime aumentino di valore nel breve termine, perché in tal caso gli risulterebbe svantaggioso l'aver pagato il premio contrattuale;⁹⁰ viceversa, il concedente (pur non disponendo dei voti ad essi connessi) acquisisce l'*economic ownership* dei titoli azionari, dal momento che è soggetto al rischio di un loro deprezzamento sul mercato, da cui deriverebbe sicuramente l'esercizio dell'opzione di vendita della controparte al prezzo più alto pattuito.

Discorso analogo vale per l'opzione di acquisto: in questa ipotesi, nello specifico, se si immagina che l'azionista sia il concedente e che si addivenga alla

⁸⁹ G.F. CAMPOBASSO, *Diritto commerciale. Contratti. Titoli di credito. Procedure concorsuali*, III, UTET, Torino, 2014, p. 213.

⁹⁰ Sul punto si veda G. FERRARINI, *op. cit.*, pp. 635 e ss., il quale sottolinea giustamente che il suddetto azionista «preferirà comportamenti capaci di generare incrementi del valore azionario più lontani nel tempo, votando contro delibere che potrebbero avere un immediato impatto positivo sul prezzo delle azioni».

vendita dell'opzione a favore di un non socio, è corretto affermare che: da un lato l'azionista, formalmente titolare del diritto di voto, perde interesse a che i suoi titoli incrementino di valore, perché sa che in quel caso verrà esercitata l'opzione di acquisto dalla controparte; dall'altro il beneficiario acquisisce la proprietà economica degli stessi, avendo interesse a che il prezzo di mercato delle azioni divenga maggiore del prezzo di esercizio, in modo tale da poterne diventare proprietario ad un prezzo conveniente.⁹¹

9. Conclusioni

Al termine di questa analisi delle principali deroghe statutarie ed extrastatutarie al principio di proporzionalità del voto nelle S.p.A., pare opportuna una breve considerazione di carattere conclusivo che tenga conto dei risultati raggiunti. In particolare, a giudizio di chi scrive, non sembra possa negarsi che il quadro normativo di riferimento nello studio del fenomeno esaminato risulti tutt'oggi imperniato, in punto di disciplina legale, sulla fondamentale regola che postula la proporzionalità fra diritto di voto e partecipazione azionaria. Tanto si desume non soltanto dall'interpretazione letterale dell'art. 2351, co. 1, c.c., ma anche da un'analisi di carattere sistematico, che tenga in debito conto della connotazione tipicamente "capitalistica" delle società per azioni. Queste ultime, infatti, continuano a costituire la *sedes materiae* privilegiata del principio plutocratico, che impone la proporzionalità fra potere e rischio nell'impresa e, dunque, anche fra partecipazione sociale e voto. La stessa modalità impersonale di attribuzione dei diritti sociali all'interno delle S.p.A., che come *supra* evidenziato conoscono e si rapportano con le azioni piuttosto che con gli azionisti,⁹² appare inoltre in perfetta sintonia con l'esistenza di un generale regime di proporzionalità in tema di diritto di voto. A favore di un simile inquadramento, infine, milita l'ulteriore e fondamentale esigenza di

⁹¹ S. MARTIN e F. PARTNOY, *Encumbered Shares*, in *University of Illinois Law Review*, 2005, p. 775.

⁹² Si veda *supra* § 2.

salvaguardare la parità di trattamento dei soci, che è principio pacificamente riconosciuto dalla dottrina e dalla giurisprudenza, ancorché taciuto dal legislatore.⁹³

Le riforme del diritto societario intervenute nel corso degli anni da un lato e la creatività della prassi societaria e finanziaria nel fornire sempre nuove soluzioni alle mutevoli esigenze del mercato dall'altro, cionondimeno impediscono di riconoscere natura imperativa al descritto scenario normativo. Non può revocarsi in dubbio, infatti, che il percorso intrapreso dal nostro ordinamento negli ultimi decenni vada proprio nella direzione di favorire il ricorso a strumenti di deroga al principio di proporzionalità. Fra questi ultimi, in particolare, le azioni a voto plurimo (per le società chiuse) e il meccanismo della maggiorazione del voto (per le società aperte) rappresentano il momento culminante del processo di cui si discorre. Certo pare altrettanto corretto riconoscere al principio di proporzionalità quanto meno un carattere "tendenziale",⁹⁴ nel senso cioè che l'autonomia statutaria, allorquando venga modificato il coefficiente di attribuzione del diritto di voto, soggiace comunque a delle limitazioni di massima (i.e. la metà del capitale sociale rappresentato da azioni a voto pieno per le azioni senza diritto di voto, il tetto dei tre voti per le azioni a voto plurimo e quello dei due voti per le azioni a voto maggiorato). Le suddette limitazioni, d'altro canto, sono state ideate e costruite dal legislatore con riguardo alla sola autonomia statutaria e non anche a quella extrastatutaria. Quest'ultima viceversa, come dimostrato attraverso l'analisi delle fattispecie create dalla prassi societaria, ha elaborato tecniche in grado di modellare pressoché liberamente, ossia senza particolari vincoli, il rapporto di proporzionalità fra *voting rights* e *cash flow rights*.

De iure condito, dunque, pare corretto concludere che il principio di

⁹³ Isolati riferimenti al principio *de quo*, tuttavia, sono riscontrabili in due disposizioni dettate dal legislatore, rispettivamente in tema di società cooperative (art. 2516 c.c.) e di mercato finanziario (art. 92 TUF).

⁹⁴ In tal senso cfr. Cons. Not. Milano, *Massima* n.142, *cit.*, *ibid.*.

proporzionalità, salvo ipotesi straordinarie di inderogabilità, abbia ormai assunto i tratti di mera regola suppletiva. Essa, infatti, è destinata a trovare applicazione solo se ed in quanto non sia diversamente determinato dalla volontà dei soci, che di conseguenza può ben essere considerata il vero dogma accolto dall'ordinamento *in subjecta materia*.

Le importazioni, i depositi IVA, le triangolazioni e le sanzioni: un'analisi delle novità interne ed euro-unitarie

di Giorgio Emanuele Degani

Dottorando di ricerca in Business & Law presso l'Università degli Studi di Brescia-Bergamo e Avvocato tributarista in Milano

ABSTRACT

The regulatory framework of the provisions concerning imports, VAT deposits, triangulation and their sanctions has radically changed over the years. In the context of the imposition of a certain economic operation on VAT, it seems appropriate to dwell on the nature of the individual institutions in order to verify the rules applicable to our days.

SINTESI

Il quadro normativo delle disposizioni relative alle importazioni, ai depositi IVA, alle triangolazioni e alle rispettive sanzioni è radicalmente mutato nel corso degli anni. Atteso il rilievo di tali fattispecie nell'ambito dell'imposizione ad IVA di una determinata operazione economica, pare opportuno soffermarsi sulla natura dei singoli istituti, al fine di verificarne quali siano le regole applicabili ai nostri giorni.

SOMMARIO: 1. Le importazioni – 2. I depositi IVA: la normativa di riferimento – 2.1. Lo scopo e la funzione dei depositi – 2.2. Modifiche normative relative ai depositi IVA – 2.3. Le modalità di estrazione dei beni – 2.4. Affidabilità, super affidabilità e non affidabilità – 2.5. Le procedure – 2.6. Il ruolo del gestore del deposito IVA – 2.7. L'estrazione dei carburanti dai depositi fiscali: le novità dal 2018 – 3. Le triangolazioni – 4. Le sanzioni amministrative tributarie per le violazioni della normativa sui depositi IVA. Il principio di proporzionalità – 5. Conclusioni

1. Le importazioni

Come è noto, ai sensi dell'art. 67, D.P.R. n.633/1972, costituiscono importazioni le operazioni che hanno per oggetto beni che vengono introdotti nel territorio dello Stato italiano, che provengano da Paesi o territori non compresi nello spazio della Unione europea e che non siano stati già immessi in libera pratica in un altro Stato Membro, ossia le operazioni di immissione in libera pratica, quelle di perfezionamento attivo, quelle di ammissione temporanea aventi per oggetto beni destinati ad essere riesportati "tali e quali" e le operazioni

di immissione in consumo di beni provenienti dal Monte Athos,¹ dalle Isole Canarie e dai Dipartimenti francesi d'oltremare.²

Si considerano immesse in libera pratica le merci provenienti da paesi terzi in relazione ai quali sono stati riscossi i dazi doganali.³

In questa sede ci occupiamo del tema delle importazioni con riferimento all'istituto del deposito IVA in cui frequentemente vengono introdotti i beni di provenienza estera.

L'immissione in libera pratica di merci di origine non comunitaria con l'introduzione in un deposito IVA è da considerarsi importazione, non in sospensione di imposta, bensì non soggette a IVA sulla base di una dichiarazione dell'importatore circa la destinazione del bene comprovata anche dalla restituzione di una copia del documento doganale di importazione munito dell'attestazione, sottoscritta dal depositario, di avvenuta presa in carico delle merci nell'apposito registro⁴ previsto per i depositi IVA.

¹ Si rileva che l'Unione europea è composta da 28 Stati membri e che anche all'interno di questi vi sono territori che, per ragioni giuridiche, geografiche o storiche vengono considerate estranee al territorio dell'Unione. Ad esempio, si ricordano il Monte Athos per la Repubblica ellenica e i Dipartimenti (ex colonie) della Repubblica francese. Di contro, esistono anche territori che si considerano, invece, parte dell'Unione europea ai soli fini fiscali: tra questi, il Principato di Monaco, la Repubblica di San Marino, lo Stato della Città del Vaticano.

² CGUE, sent. 28 gennaio 1999, causa C-181/97, *A.J. van der Kooy*. In particolare, ci si è chiesti se questo ricomprendesse i Paesi e i Territori d'oltremare (PTOM), quali le Antille olandesi. Sul punto, la questione era relativa all'imponibilità IVA dell'operazione di importazione di una nave proveniente dalle Antille olandesi. La Corte di giustizia, confermato che il territorio della Comunità (oggi Unione europea) corrisponde all'ambito di applicazione del Trattato, definito dall'art. 227 del medesimo, ha precisato che i PTOM formano oggetto del regime speciale di associazione definito nella parte Quarta del medesimo Trattato. Secondo tale regime, le norme del Trattato non si applicano nei confronti di tali territori, salvo che vi sia un riferimento espresso. Ne consegue che la mancata indicazione delle Antille olandesi comporta che l'operazione non possa essere qualificata come intracomunitaria ai fini della Sesta Direttiva, bensì come una importazione. Sempre sulla territorialità delle operazioni si richiama la pronuncia della Corte di giustizia dell'11 luglio 2002, causa C-371/99, *Liberexim bv*, ove si afferma che l'operazione di importazione di un bene, in quanto soggetta all'IVA, viene effettuata, trattandosi di un bene entrato nel territorio unionale in base ad uno dei regimi doganali particolari contemplati nella detta disposizione, nello Stato membro nel cui territorio il bene esce da detto regime.

³ Il significato del termine "libera pratica" viene tratto dall'articolo 10 del Trattato di Roma istitutivo della CEE (Legge 14 ottobre 1957, n.1203) nel quale è detto: «Sono considerati in libera pratica in uno Stato membro i prodotti provenienti da paesi terzi per i quali siano state adempiute in tale Stato le formalità di importazione e riscossi i dazi doganali e le tasse di effetto equivalente esigibili e che non abbiano beneficiato di un ristorno totale o parziale di tali dazi e tasse».

⁴ Il depositario, a norma del comma 3 dell'articolo 50-bis, deve istituire, tenere e conservare un

In riferimento alle operazioni di importazione, il problema più significativo che deve essere affrontato riguarda la competenza funzionale all'accertamento e alla riscossione dell'IVA all'importazione.

In particolare, ci si chiede se la competenza sia da attribuirsi all'Agenzia delle dogane ovvero all'Agenzia delle entrate.

Ciò in base alla considerazione che l'art. 50-bis, D.L. n.331/1993, al comma 5, prescrive che è l'Agenzia delle entrate a eseguire i controlli per il rispetto degli adempimenti fiscali connessi alla gestione e all'utilizzo dei depositi IVA e può recuperare anche l'eventuale indebita detrazione dell'IVA operata dal soggetto passivo destinatario finale della merce importata.⁵

Fin da subito occorre affrontare il tema della natura dell'IVA all'importazione e della relativa potestà d'imposizione.

In base all'art. 3, Trattato sul funzionamento UE, la materia doganale è di competenza esclusiva dell'Unione europea e la relativa normativa si applica direttamente agli Stati membri.

Mi limito a precisare che il Codice Doganale Europeo⁶ definisce l'obbligazione doganale come *"l'obbligo di una persona di corrispondere l'importo dei dazi"*, che vengono identificati con *"i dazi doganali e le tasse di effetto equivalente dovuti all'importazione delle merci"*: ne deriva che l'obbligazione doganale non comprende l'IVA all'importazione, la quale resta di conseguenza estranea all'operazione doganale.

La stessa Corte di giustizia, con la sentenza del 29 luglio 2010, causa C-48/09,

apposito registro nel quale deve indicare la movimentazione fisica dei beni (entrata e uscita). Il registro deve contenere: a) il numero e la specie dei colli; b) la natura, qualità e quantità dei beni; c) il corrispettivo o, in mancanza, il valore normale dei beni; d) il luogo di provenienza dei beni di volta in volta introdotti e di destinazione di quelli estratti; e) il soggetto proprietario dei beni per conto del quale l'introduzione o l'estrazione degli stessi è effettuata.

⁵ In particolare, gli organi incaricati del controllo sono: 1) l'ufficio doganale o l'ufficio tecnico di finanza, per i depositi già sotto il regime doganale o delle accise; 2) l'ufficio delle entrate nella cui circoscrizione si trovano i locali, per i depositi autorizzati dalle Direzioni delle entrate; 3) la Guardia di Finanza. Quest'ultima e gli uffici delle entrate possono eseguire controlli anche presso depositi sotto regime doganale o accise, previa intesa con gli uffici ai quali è istituzionalmente demandato il controllo.

⁶ Istituito con il Regolamento n.952/2013 del 9 ottobre 2013, in G.U., L. n.269 del 10 ottobre 2013.

Pakora Pluss SIA, ha affermato che «i dazi all'importazione non includono l'IVA da riscuotere per l'importazione dei beni medesimi».

Sul punto, l'orientamento più recente della Corte di Cassazione è nel senso che l'Autorità doganale non è chiamata ad occuparsi dell'IVA all'importazione (cfr. Cass., sent. n.16463/2016).

Tale affermazione mi sembra essere un po' forzata in quanto l'art. 70, D.P.R. n.633/1972, afferma testualmente che l'IVA all'importazione è "*accertata, liquidata e riscossa per ciascuna operazione*", lasciando intendere che la competenza sia attribuita all'Agenzia delle dogane.⁷

La Cassazione cerca di interpretare la normativa interna alla luce ed in conformità a quella eurounitaria, affermando che qualora l'immissione in libera pratica, cioè lo sdoganamento delle merci con il pagamento dei dazi doganali, e l'immissione in consumo coincidano, l'Autorità doganale accerta anche l'IVA all'importazione, per ragioni di economia procedimentale (cfr. Cass., sent. n.16464/2016).

Qualora, invece, l'immissione in libera pratica preceda temporalmente l'immissione in consumo, l'Autorità che accerta l'IVA all'importazione e quella intracomunitaria non è l'autorità doganale, in quanto l'applicazione e la riscossione dell'IVA avviene al di fuori degli spazi doganali e, quindi, "*non afferisce alla fiscalità degli scambi internazionali*", che delineano la competenza dell'Agenzia delle dogane, ai sensi dell'art. 63, D.Lgs. n.300/1999.⁸

Qui bisogna distinguere due momenti particolarmente rilevanti nel procedimento di nazionalizzazione di merce proveniente da Paesi Terzi.

La circolazione all'interno della Unione europea delle merci implica, anzitutto,

⁷ Ad avvalorare tale argomentazione, gli articoli 324 e 325 del TULD (D.P.R. n.43/73) prevedono esplicitamente la competenza della dogana anche per l'accertamento e l'irrogazione delle sanzioni in caso di violazioni della normativa doganale.

⁸ Tale norma afferma espressamente che "*l'Agenzia delle dogane e dei Monopoli è competente a svolgere i servizi relativi all'amministrazione, alla riscossione e al contenzioso dei diritti doganali e della fiscalità interna negli scambi internazionali, delle accise sulla produzione e sui consumi, escluse quelle sui tabacchi lavorati, operando in stretto collegamento con gli organi dell'Unione europea nel quadro dei processi di armonizzazione e di sviluppo dell'unificazione europea*".

l'immissione in libera pratica, che comporta, come abbiamo visto, *"l'applicazione di dazi legalmente dovuti"*.

Tanto non basta per l'inserimento della merce nel circuito commerciale, in quanto occorre l'immissione in consumo:⁹ l'art. 36, comma 2, D.P.R. n.43/1973, a riguardo prescrive che *"si intendono destinate al consumo entro il territorio doganale le merci estere dichiarate per l'importazione definitiva"*.

Secondo la Cassazione la questione si riduce a questo: ai fini della importazione definitiva, occorre corrispondere non soltanto i dazi, ma anche gli altri diritti di confine,¹⁰ tra i quali si annovera l'IVA all'importazione.¹¹

La Corte di giustizia, richiamata dalla Cassazione, ha rilevato che l'IVA all'importazione è intesa a porre i prodotti importati nella stessa situazione dei prodotti nazionali analoghi per quanto riguarda gli oneri fiscali gravanti sulle due categorie di merci (CGUE, sent. 25 febbraio 1988, causa C-299/86, *Rainer Drexel*): la finalità del Mercato Comune Europeo è quella di garantire la neutralità fiscale rispetto all'origine dei beni, comunitaria o extra comunitaria.

Al fine di assicurare la parità di trattamento dell'IVA relativa ai singoli beni è previsto che ai beni importati si applichi la stessa aliquota applicabile per l'immissione in consumo dei beni nazionali aventi la medesima natura (art. 69, D.P.R. n.633/1972).

Tale circostanza è assunta dalla Cassazione come argomento decisivo per sostenere che l'IVA all'importazione costituisca un tributo interno, non

⁹ L'importazione, infatti, sotto il profilo doganale non costituisce un vero e proprio "regime doganale" in quanto tale qualifica/definizione viene attribuita dal CDU (articolo 5, n.16) alla "immissione in libera pratica". Tale operazione costituisce, in sostanza, la "prima fase" della introduzione dei beni nel territorio dell'Unione europea, contraddistinta dal pagamento dei dazi e di altre tasse di effetto equivalente, cui segue l'"importazione" con la quale, assolvendo l'IVA e le accise, si rispetta anche la "fiscalità interna" che consente l'"immissione in consumo" dei beni.

¹⁰ La nozione del termine "diritti doganali" si rileva dall'articolo 34 del testo unico delle leggi doganali, approvato con D.P.R. n.43 del 23 gennaio 1973. Si considerano diritti doganali tutti quei diritti che la dogana è tenuta a riscuotere in forza di legge. Fra i diritti doganali costituiscono diritti di confine: i dazi di importazione previsti dai regolamenti comunitari e dalle relative norme di applicazione; i diritti di monopolio; le sovrimposte di confine; ogni altra imposta o sovrimposta di consumo a favore dello Stato.

¹¹ In questo senso, Cass., sent. 8 ottobre 2001, n.12333.

ricollegabile ai tributi doganali.¹²

In definitiva, secondo l'orientamento consolidato della Cassazione, l'IVA all'importazione avrebbe natura di tributo interno, caratterizzato da specificità procedurali e sanzionatorie, correlate al meccanismo dell'importazione.

Questo orientamento, che sembra oggi essere consolidato (v. Cass., sent. 5 agosto 2016, n.16509, e le coeve sentenze nn. 16456, 16459, 16460, 16464, ecc.) è di segno completamente opposto a quello precedentemente elaborato dalla stessa Cassazione, che, pacificamente fino al 2014, attribuiva la competenza funzionale in materia di IVA all'importazione all'Agenzia delle dogane.

La svolta la si è avuta con la sentenza *Equoland* (CGUE, sent. 17 luglio 2014, causa C-272/13).

Come è noto la sentenza ha affrontato due aspetti fondamentali che si riflettono sulla corretta attuazione dello specifico meccanismo applicativo dell'imposta, previsto per i beni importati destinati ad essere introdotti nei depositi IVA.

Il primo di tali aspetti riguarda l'effettiva sussistenza dell'obbligo di introdurre fisicamente i beni di provenienza estera nel deposito IVA, giungendo alla conclusione per cui, ai fini dell'applicazione dello specifico regime, non è sufficiente che l'introduzione avvenga solo a livello cartolare, escludendosi la legittimità di qualsiasi ipotesi di deposito virtuale.

Il secondo aspetto, invece, è relativo alla questione se ricorra o meno l'obbligo di procedere comunque al versamento dell'IVA in Dogana, nonostante il fatto che l'imposta sia già stata assolta con il meccanismo del *reverse charge* mediante emissione dell'autofattura da parte del soggetto che procede all'estrazione dei beni dal deposito, con conseguente e contestuale annotazione della stessa nei registri IVA delle vendite e degli acquisti.

Quanto al primo aspetto l'obbligo di introdurre fisicamente la merce importata

¹² Il ragionamento seguito dai Supremi Giudici si articola in tre punti: il sistema dell'IVA alle importazioni è per sua natura incardinato in quello generale dell'IVA; quanto sopra evidenzia la natura di tributo interno; la natura interna del tributo non ne consente l'assimilazione ai dazi.

nel deposito IVA previsto dalla legislazione italiana, la Corte di giustizia ha sottolineato che tale obbligo, «nonostante il suo carattere formale», è idoneo a garantire la riscossione dell'IVA e ad evitare l'evasione del tributo e, in quanto tale, non contrasta con i principi europei. Pertanto, le merci, per essere considerate introdotte nel deposito IVA, devono entrarvi materialmente, essendo il deposito IVA un luogo fisico in cui devono essere svolte le funzioni di stoccaggio e di custodia, che giustifichino economicamente e giuridicamente il contratto di deposito (circ.12/D del 2015 dell'Agenzia delle dogane).¹³

Quanto alla seconda questione, la Corte di giustizia ha osservato che «l'IVA era dovuta al momento dell'importazione e, pertanto, il pagamento mediante il meccanismo dell'inversione contabile costituisce un pagamento tardivo di tale IVA». Tuttavia, richiedere l'IVA sull'operazione di importazione, una volta che è stato adottato il meccanismo dell'inversione contabile, determinerebbe una doppia imposizione dell'IVA: il che non è consentito secondo il principio di neutralità delle imposte che permea il sistema IVA.¹⁴

In sintesi, la sentenza *Equoland* identifica l'IVA all'importazione come un'imposta interna in forza dell'applicazione del meccanismo del *reverse charge*, sicché sussisterebbe la competenza funzionale dell'Agenzia delle entrate.

Tuttavia, in Cassazione giacciono numerose cause in cui l'Agenzia delle dogane ha richiesto il pagamento dell'IVA all'importazione nell'ipotesi di deposito

¹³ Con la Circolare n.16/D del 20 ottobre 2014 l'Agenzia delle dogane conferma che nella sentenza della Corte UE «è stato ...ritenuto legittimo l'obbligo... posto a carico del soggetto passivo di introdurre fisicamente la merce importata nel deposito fiscale al fine di poter beneficiare dell'agevolazione. Ad avviso dell'Organo giudicante, 'nonostante il suo carattere formale', detto obbligo mira a garantire l'esatta riscossione dell'IVA e ad evitare l'evasione, per cui non contrasta con la normativa comunitaria». Anche l'Agenzia delle entrate, nella circolare n.12/E del 24 marzo 2015, ribadisce tali concetti.

¹⁴ Tale principio è stato richiamato nella successiva ordinanza n.15995 emessa il 29 luglio 2015, nella quale la Cassazione ha esposto il seguente principio di diritto: «L'assolvimento dell'IVA intracomunitaria col metodo dell'inversione contabile, in luogo dell'assolvimento dell'IVA all'importazione, non consente al fisco di richiedere nuovamente il pagamento dell'imposta». Principio confermato dalla più recente ordinanza n.21769 del 20 settembre 2017 secondo la quale «l'importatore che assolve il tributo all'atto dell'estrazione della merce, anche se irregolarmente immessa nel medesimo, non è tenuto al versamento ulteriore del tributo» che è stato assolto con un'autofattura ed una registrazione nel registro degli acquisti e delle vendite.

virtuale, nonostante che l'importatore avesse adottato il meccanismo dell'inversione contabile nell'estrazione delle merci.

In questo filone di cause si dà per scontato che l'IVA all'importazione sia di competenza dell'Agenzia delle dogane.

La stessa Cassazione, con ordinanza del 6 maggio 2016, n.9278, ha rimesso alla Corte di giustizia la questione volta ad accertare se contrasti con il principio generale del contraddittorio endoprocedimentale la stessa normativa doganale (prima delle modifiche intervenute nel 2012) laddove non prevede in favore del contribuente che non sia stato ascoltato prima dell'adozione di un atto di revisione dell'accertamento definitivo in materia doganale, la sospensione di tale atto, come conseguenza della proposizione di un ricorso giurisdizionale.

In materia di depositi IVA, sulla base della già citata giurisprudenza *Equoland*, la posizione della Corte di Cassazione è, quindi, ormai chiara (cfr. Cass., sent. 29 luglio 2015, n.15988) nel vietare la doppia imposizione IVA.

In tal senso, la recentissima pronuncia n.21300 del 29 agosto 2018 conferma che in caso di violazione dell'obbligo di introduzione fisica delle merci in un deposito IVA, l'Amministrazione finanziaria non può pretendere il pagamento dell'IVA all'importazione dal soggetto passivo che, non avendo materialmente immesso i beni nel deposito fiscale, si è illegittimamente avvalso del regime di sospensione, qualora questi abbia provveduto tardivamente all'assolvimento dell'imposta mediante il meccanismo del *reverse charge* con un'autofatturazione ed una registrazione nel registro degli acquisti e delle vendite.

I Giudici confermano inoltre che la violazione del sistema di versamento dell'IVA realizzata dall'importatore per effetto dell'immissione solo virtuale della merce nel deposito ha natura formale e non può mettere, pertanto, in discussione il suo diritto alla detrazione.¹⁵

¹⁵ D'altra parte, detta violazione può essere punita con una specifica sanzione per il ritardo, purché sia rispettato il principio di proporzionalità, la cui determinazione compete al giudice di merito, come stabilito dai giudici comunitari nella sentenza *Equoland*. È dunque applicabile la sanzione prevista dall'ex articolo 13 del D.Lgs. n.471 del 1997, ossia pari al 30% dell'importo non versato in relazione allo scarto temporale tra la dichiarazione e l'autofatturazione (cfr. Cass., sent. 19

Una cosa è dunque certa, con riguardo all'applicazione del regime del deposito fiscale, l'assolvimento dell'IVA all'importazione con il metodo dell'inversione contabile non consente al Fisco di richiedere nuovamente il pagamento dell'imposta, rimanendo sullo sfondo la questione relativa alla competenza funzionale all'accertamento dell'IVA all'importazione non ancora definitivamente risolta dalla Cassazione.

2. I depositi IVA: la normativa di riferimento

L'art. 16 della Direttiva 77/388/CEE (oggi trasfuso negli artt. 155-163 della Direttiva 2006/112/CE) ha previsto, a livello europeo, l'introduzione dei depositi IVA:¹⁶ la norma, difatti, dispone che *“gli Stati membri possono (...) prendere misure particolari per non sottoporre all'imposta sul valore aggiunto le operazioni seguenti o alcune di esse, a condizione che non mirino ad una utilizzazione e/o ad un consumo finali e che l'importo dell'imposta sul valore aggiunto percepito al momento dell'immissione in consumo corrisponda all'importo della tassa che avrebbe dovuto essere percepito se ognuna di tali operazioni fosse stata tassata all'importazione o all'interno del paese”*.

In altri termini, la Direttiva era volta ad evitare un trattamento fiscale peggiore in relazione ai beni comunitari rispetto a quello riservato ai beni provenienti da Paesi terzi.

gennaio 2018, n.1327).

¹⁶ I depositi IVA, che sono diversi dai depositi doganali per i quali esiste uno specifico “regime”, sono luoghi – veri e propri *black boxes* – nei quali tutte le operazioni avvengono senza pagamento dell'IVA ma ove la merce deve necessariamente entrare dato che non è assolutamente ammessa alcuna forma di deposito “virtuale”. L'attore principale di questa nuova struttura è garante di tutte le operazioni è il depositario, unico responsabile per tutte le transazioni che avvengono nel deposito.

I depositi IVA sono simili ai depositi doganali, ma si differenziano da questi perché: 1) non ricevono merce extracomunitaria (cioè merce che non abbia assolto il dazio di importazione nell'UE); 2) non sono soggetti a controlli permanenti da parte degli organi doganali; 3) necessitano dell'introduzione fisica delle merci, senza la quale non operano le agevolazioni.

Tali tipi di deposito permettono, in via prioritaria, di risolvere il problema delle transazioni a catena: quelle operazioni, cioè, che non rientrano tra le “triangolari comunitarie” perché, ad esempio, intervengono una pluralità di soggetti passivi identificati in diversi Stati membri o perché vengono effettuate più operazioni “interne” nel territorio nazionale in cui partecipa più di un soggetto identificato nello stesso paese.

Nel nostro ordinamento, tale disposizione è stata recepita nell'art. 50-bis, D.L. n.331/1993, introdotto dalla Legge 18 febbraio 1997, n.28, il quale prevede che *"sono istituiti, ai fini dell'imposta sul valore aggiunto, speciali depositi fiscali, in prosieguo denominati "depositi IVA", per la custodia di beni nazionali e comunitari che non siano destinati alla vendita al minuto nei locali dei depositi medesimi"*.

2.1. Lo scopo e la funzione dei depositi

Lo scopo dei depositi è stato di evitare di assoggettare ad IVA le operazioni, in particolare, di cessioni intracomunitarie e di immissione in libera pratica di beni non comunitari: l'introduzione dei depositi all'uopo istituiti comporta il differimento dell'obbligo di assolvimento dell'imposta fino al momento dell'estrazione delle merci per l'immissione in consumo e lo configura direttamente a carico dell'ultimo acquirente.

Pertanto, l'introduzione dei beni e le successive cessioni sono effettuate senza applicazione di IVA; così pure non sono soggetti ad imposta le lavorazioni dei beni custoditi e anche il compenso dovuto per il deposito e la custodia, mentre all'atto dell'estrazione dei beni dai depositi si realizza l'assoggettamento all'imposta secondo la loro destinazione (cessione interna imponibile, ovvero cessione all'esportazione o intracomunitaria non imponibile). In altri termini, i depositi IVA nascono dall'esigenza di facilitare la movimentazione e la custodia di beni oggetto di traffici internazionali.¹⁷

La Corte di Cassazione, con la sentenza del 3 febbraio 2014, n.2254, ha osservato che il regime fiscale dei beni importati ed immessi in un deposito IVA, sia da ricondurre allo schema della "imponibilità differita dell'operazione" e non della "sospensione d'imposta", prevista dall'art. 67, D.P.R. n.633/1972.

¹⁷ L'istituzione di tali depositi si è resa necessaria anche ai fini perequativi, per consentire, cioè, che anche la circolazione dei beni all'interno degli Stati membri possa usufruire della sospensione di imposta della quale fruisce la circolazione dei beni che provengono da paesi terzi e per i quali, verificandosi i presupposti doganali, può essere chiesta la sospensione dell'imposta all'atto della loro importazione.

Difatti, con l'accettazione da parte delle Dogane della dichiarazione doganale della merce non comunitaria presentata dall'importatore ai fini dell'immissione in libera pratica, si realizza compiutamente la fattispecie tributaria – doganale, con conseguente insorgenza dell'obbligazione doganale avente ad oggetto la liquidazione e la riscossione del dazio, mentre non insorge contestualmente anche l'obbligo del pagamento della corrispondente IVA all'importazione – quale diritto di confine – in quanto la realizzazione del relativo presupposto si perfeziona soltanto al momento della materiale estrazione della merce dal deposito IVA.

In tale contesto, ci si potrebbe interrogare sull'effettiva funzione del deposito IVA: esso è stato previsto per agevolare gli scambi in ambito comunitario, "snellendo" le procedure e consentendo operazioni agevolate (stoccaggio ed eventuale lavorazione delle merci custodite), ma nel corso del tempo la sua funzione è stata svilita, in quanto è stato inteso perlopiù quale strumento atto ad evitare una anticipazione finanziaria.

2.2. Modifiche normative relative ai depositi IVA

Al fine di contrastare efficacemente i fenomeni evasivi, a partire dal 1° aprile scorso, trovano applicazione le modifiche introdotte dall'art. 4, comma 7, D.L. n.193/2016, convertito nella L. n.225/2016.¹⁸

Le modifiche hanno inciso in modo sostanziale sulla fase operativa, prevedendo differenti adempimenti a seconda della destinazione dei beni al momento dell'estrazione dal deposito IVA, nonché della loro origine.

¹⁸ Tale Decreto ha apportato sostanziali modifiche all'articolo 50-bis intervenendo: 1) con modifiche al comma 4, lett. c), al fine di consentire l'utilizzo del deposito IVA anche per "le cessioni di beni eseguite mediante introduzione in un deposito IVA"; 2) con la soppressione della lett. d) del medesimo comma 4, tenuto conto dell'ampliamento dell'ambito oggettivo delle operazioni effettuabili mediante utilizzo di un deposito IVA; 3) con l'integrale sostituzione del comma 6, che dispone ora rilevanti novità per ciò che concerne l'estrazione dei beni da un deposito IVA, demandando, tra l'altro, ad un D.M. l'individuazione dei contenuti, delle modalità e dei casi nei quali è dovuta la prestazione di idonea garanzia da parte del soggetto che procede all'estrazione dei beni in questione. A completamento di tali disposizioni è intervenuto il decreto del Ministro dell'economia e delle finanze 23 febbraio 2017, e i successivi provvedimenti del direttore dell'Agenzia delle entrate n.57217 del 24 marzo 2017 e n.59277 del 28 marzo 2017.

Il precedente dettato normativo non operava tale distinzione, prevedendo, per tutte le tipologie di beni estratti da deposito la possibilità di assolvere l'imposta mediante l'emissione di un'autofattura (*reverse charge*) o attraverso l'integrazione della fattura con IVA in caso di acquisto di beni comunitari.

Ad oggi, si può continuare ad utilizzare l'autofattura quale documento di estrazione dei beni dal deposito IVA solamente per quei beni che, provenendo da Paesi terzi, sono stati immessi in libera pratica con introduzione nel deposito stesso, mentre si possono continuare ad estrarre mediante integrazione della fattura di acquisto i beni introdotti nel deposito IVA di provenienza comunitaria.

La recente modifica ha riguardato innanzitutto il comma 4, dell'art. 50-*bis*: da un lato, è stata riscritta la lett. c), estendendo l'utilizzo del deposito fiscale a tutti i beni; dall'altro lato, è stata abrogata la lett. d), che limitava l'utilizzo del deposito da parte dei soggetti nazionali ai soli beni presenti nella tabella *a-bis*.¹⁹

Oggi il comma 4, art. 50-*bis*, fornisce un elenco delle operazioni che si possono effettuare senza il pagamento dell'IVA.

In particolare:

- a) gli acquisti intracomunitari di beni introdotti in deposito;
- b) l'immissione in libera pratica di beni da introdurre in deposito;
- c) le cessioni di beni eseguite mediante l'introduzione in deposito;
- d) (lettera soppressa);
- e) le cessioni di beni custoditi in regime di deposito;
- f) le cessioni intracomunitarie di beni estratti dai depositi (in tal caso, però, si tratta di cessioni non imponibili ai sensi dell'articolo 41 del D.L. n.331 del 1993);
- g) le esportazioni di beni estratti dai depositi (anche in questa situazione si

¹⁹ Con la riscrittura della precedente lettera c) e la contemporanea abrogazione della successiva lettera d), dal 1° aprile 2017 viene quindi accresciuta l'adozione del deposito IVA che può essere utilizzato anche da soggetti nazionali ed esteri in previsione di una successiva esportazione fuori del territorio comunitario. Nel deposito IVA, poi, possono essere introdotti beni appartenenti a qualsiasi tipologia merceologica e non soltanto quelli previsti nella tabella *A-bis* allegata al decreto (anche se questo lascia qualche dubbio in ordine al perfetto allineamento della disciplina interna con quella comunitaria che prevede espressamente tale limitazione e che pare voglia limitare solo per tali beni la possibilità di essere introdotti in un deposito IVA, a prescindere dalla posizione dell'acquirente).

tratta di operazioni non imponibili ai sensi dell'articolo 8 del D.P.R. n.633 del 1972);

h) le prestazioni di servizi, compresi il perfezionamento e le manipolazioni usuali, relative a beni in deposito, anche se eseguite in locali "limitrofi"²⁰ e purché di durata inferiore a sessanta giorni;

i) il trasferimento dei beni in altro deposito IVA.

In particolare, secondo il nuovo dettato normativo, la possibilità di introdurre beni all'interno del deposito IVA è stata di fatto estesa a qualsiasi tipologia di transazione.

Questa sostituzione determina un ampliamento delle operazioni che possono essere ammesse al regime di differimento dell'imposta, creando delle nuove opportunità di utilizzo dello specifico regime per tutte le operazioni interne, specialmente quando le merci sono oggetto di più transazioni ovvero sono dirette ad essere esportate o cedute in un altro Stato membro.

Stante questa modifica sostanziale che può essere accolta positivamente, fanno da contraltare le nuove regole che sono state previste per gestire l'estrazione dei beni dal deposito quando i beni sono destinati ad essere commercializzati ovvero utilizzati in Italia.

2.3. Le modalità di estrazione dei beni

Con l'estrazione dei beni dal deposito IVA²¹ si conclude il regime di differimento dell'IVA e, nelle ipotesi di immissione in consumo nel territorio dello Stato del bene estratto dal deposito, sorge l'obbligo di assolvimento dell'imposta.

²⁰ Secondo la R.M. n.149/E del 2 ottobre 2000 per "spazi limitrofi" ai depositi si intendendo quei locali, dichiarati alle autorità competenti, che pur non costituendo parte integrante del deposito sono a questo funzionalmente e logisticamente collegati in un rapporto di contiguità e che, comunque, devono rientrare nel plesso aziendale del depositario, qualunque sia il titolo di detenzione, con esclusione, in ogni caso, di locali gestiti da soggetto diverso dal depositario.

²¹ L'estrazione dei beni dai depositi IVA può essere compiuta solo da un operatore identificato quale soggetto passivo d'imposta in Italia: può essere un operatore residente, una stabile organizzazione di un soggetto estero ovvero il rappresentante fiscale di un soggetto non residente. È esclusa la possibilità di estrarre i beni da parte di privati o di soggetti che non agiscono nell'esercizio di impresa, arte e professione o di operatori esteri non identificati in Italia.

Al contrario, qualora i beni estratti dal deposito siano destinati a mercati esteri, si realizzano rispettivamente cessioni all'esportazione²² nel caso in cui il Paese di destinazione sia extra UE, ovvero cessioni intracomunitarie²³ nel caso in cui sia un Paese dell'Unione europea.

Con riguardo alle cessioni intracomunitarie, ove sovente si riscontra l'utilizzo del deposito IVA quale strumento per la realizzazione di condotte fraudolente, si inseriscono le modifiche introdotte dal D.L. n.193/2016.

Per questo motivo, è stato previsto che colui che estrae i beni dal deposito e li immette in consumo nel territorio nazionale è obbligato ad assolvere l'IVA.

L'art. 50-bis, comma 6, prevede modalità differenti di assolvimento dell'imposta a seconda della tipologia di beni oggetto di estrazione.

Le nuove regole di estrazione, quindi, impongono una più puntuale tracciabilità delle merci, dalla loro introduzione sino alla loro estrazione.

In effetti, è necessario tenere distinte le cessioni nazionali con introduzione dei beni in deposito IVA dalle altre.

Infatti, la differente modalità di assolvimento dell'IVA varia a seconda che i beni immessi in deposito e poi estratti provengano:²⁴

- 1) da uno Stato appartenente all'Unione europea;
- 2) da uno Stato extra UE;
- 3) o che si tratti di beni nazionali.

Qualora i beni oggetto di estrazione siano stati introdotti nel deposito IVA a seguito di un acquisto intracomunitario, il soggetto che adempie l'estrazione ha l'obbligo di assolvimento dell'imposta provvedendo alla integrazione della fattura relativa all'acquisto intracomunitario, con l'indicazione dei servizi eventualmente

²² Disciplinate dall'articolo 8 del D.P.R. n.633 del 1972.

²³ Disciplinate dall'articolo 41 del D.L. n.331 del 1993.

²⁴ Come chiarito dalla Risoluzione n.55/E del 3 maggio 2017, infatti, la corretta modalità di estrazione dei beni dai depositi IVA è sempre e soltanto collegata all'origine del bene "*rectius, all'operazione con la quale il bene è stato introdotto nel deposito*". Di conseguenza, le successive cessioni di cui i beni possono essere stati oggetto durante il periodo di permanenza nel deposito IVA non incidono sull'individuazione della modalità di estrazione del bene medesimo, fermo restando che, in virtù di quanto espressamente previsto dal comma 6 la base imponibile sarà comunque costituita dal corrispettivo o valore dell'ultima di tali cessioni.

resi e dell'imposta.

Detta fattura va poi annotata per la variazione in aumento nel registro delle fatture emesse, di cui all'art. 23, D.P.R. n.633/1972, entro quindici giorni dalla data di estrazione, con riferimento a quest'ultima, e nel registro delle fatture ricevute, di cui all'art. 25 del medesimo D.P.R. n.633/1972, entro il mese successivo a quello di estrazione.

Per questa particolare tipologia di beni, quindi, le regole di estrazione restano sostanzialmente immutate rispetto al passato, fermo restando l'onere in capo al depositario di verificare chi sono i soggetti che realizzano le operazioni di introduzione e di estrazione. Infatti, qualora si tratti di soggetti non residenti, questi sono tenuti a nominare un rappresentante fiscale in Italia, la cui veste, su richiesta del cliente, può essere assunta anche dal gestore del deposito che, quale rappresentante fiscale leggero, conserva la fattura di acquisto, la integra e provvede a compilare il modello INTRASTAT.

È evidente come, nel caso di specie, la tracciabilità dei beni assuma una particolare importanza, perché permette di evitare il pagamento dell'imposta consentendo, a chi estrae con destinazione il mercato italiano, di assolvere l'imposta con l'integrazione della fattura di acquisto.

In caso di estrazione di beni precedentemente immessi in libera pratica ed introdotti nel deposito IVA, l'imposta è dovuta dal soggetto che procede all'estrazione mediante autofattura, a condizione che colui che estrae rispetti le modalità e le tempistiche di presentazione di una apposita garanzia, imposta dal DM 23 febbraio 2017, n.37.²⁵

²⁵ In questo caso le regole sono cambiate dal 1° aprile 2017: chi estrae i beni provvede ad assolvere l'imposta mediante la procedura dell'inversione contabile o della c.d. autofatturazione, ai sensi dell'art. 17, secondo comma, del D.P.R. n.633 del 1972, ma in assenza di particolari requisiti di affidabilità deve adempiere l'ulteriore obbligo di prestare idonea garanzia, con i contenuti e le modalità definite dal citato D.M. 23 febbraio 2017 cui hanno fatto seguito i due provvedimenti attuativi del Direttore dell'Agenzia delle entrate n.57215 del 24 marzo 2017 e n.59277 del 28 marzo 2017. Questa nuova e "ulteriore" garanzia va intesa come un obbligo distinto rispetto alla garanzia che va prestata all'atto dell'introduzione in deposito IVA di beni immessi in libera pratica.

2.4. Affidabilità, super affidabilità e non affidabilità

Il citato Decreto dà efficacia all'art. 50-bis, comma 6, D.L. n.331/1993, nella parte in cui regola le modalità di estrazione dei beni immessi in libera pratica, ha previsto diverse discipline a seconda del grado di "affidabilità" dell'operatore.

Si rileva sin da subito che i soggetti "super affidabili" e "affidabili" non sono tenuti a prestare la garanzia.

I soggetti "affidabili" non sono tenuti a prestare la garanzia se hanno una serie di requisiti c.d. di "compliance tributaria", che devono sussistere cumulativamente.

In particolare, l'art. 2 del D.M. citato fonda il concetto di affidabilità su un criterio oggettivo legato alla regolarità e alla correttezza nell'assolvimento degli obblighi tributari e all'assenza di formale conoscenza di procedimenti penali per reati tributari del soggetto passivo in un periodo temporale definitivo.

Pertanto, è affidabile l'operatore che:

1) abbia regolarmente presentato la dichiarazione IVA, se obbligato, nei tre periodi di imposta antecedenti all'operazione di estrazione;

2) abbia eseguito correttamente i versamenti, se dovuti, relativi all'IVA dovuta in base alle ultime tre dichiarazioni annuali presentate alla data dell'operazione di estrazione;

3) non abbia avuto avvisi di rettifica o di accertamento divenuti definitivi, per i quali non sia stato effettuato il pagamento, per violazioni relative all'emissione o all'utilizzo di fatture per operazioni inesistenti, notificati nel periodo di imposta in corso ovvero nei tre antecedenti all'operazione di estrazione;

4) non abbia formale conoscenza dell'inizio di procedimenti penali o di condanne o di applicazione della pena su richiesta delle parti (art. 444 del c.p.p., a carico del legale rappresentante o del titolare della ditta individuale, per uno dei reati tributari di cui al D.Lgs. n.74/2000 o per contrabbando ai sensi dell'art. 216 del R.D. 16 marzo 1942, n.267.

È evidente che l'affidabilità riguarda tanto l'aspetto amministrativo – tributario,

quanto quello penale.²⁶

Per taluni soggetti, le condizioni di affidabilità stabilite dall'art. 2 e sopra indicate, sono presunte in virtù di una particolare relazione giuridica con il bene introdotto nel deposito o sulla base di un particolare status fiscale.

Partendo dalla prima ipotesi, l'art. 4 del Decreto stabilisce, alla lett. a), che si considerano sussistenti le condizioni di affidabilità in capo ai soggetti che procedono all'estrazione qualora tali soggetti siano i medesimi che hanno introdotto il bene nel deposito IVA.

È questo il caso dell'importatore del bene che sia anche il soggetto che lo introduce nel deposito e che, effettuate le operazioni interessate, estrae il bene. In questo caso il rischio frode è limitato o azzerato sulla base della circostanza che non vi è un secondo soggetto cessionario.²⁷

Per quanto riguarda l'altra ipotesi di affidabilità presunta, in relazione ad un particolare status fiscale, sono esonerati dalla garanzia gli operatori economici autorizzati in ambito doganale²⁸ (che abbiano determinati requisiti) e le imprese che a giudizio dell'Amministrazione finanziaria possono essere ritenute "notoriamente solvibili" (art. 90 del Testo Unico delle disposizioni legislative in materia doganale, di cui al D.P.R. 23 gennaio 1973, n.43).²⁹

²⁶ La sussistenza dei requisiti di affidabilità è attestata dal soggetto che procede all'estrazione attraverso una dichiarazione sostitutiva di atto di notorietà (art. 47 del D.P.R. n.445/2000) redatta in conformità al modello approvato con provvedimento del direttore dell'Agenzia delle entrate (Provvedimento n.57215 del 24 marzo 2017).

²⁷ Come si legge in P. CENTORE e F. SPAZIANTE, *La prestazione della garanzia nel deposito IVA*, in *Corr. Trib.* n.9/2018, «in tal caso, poiché il soggetto che estrae i beni coincide con quello che ha effettuato l'introduzione nel deposito, egli ha già prestato garanzia, contestualmente all'introduzione stessa, ai sensi del comma 4, lettera b) dell'articolo 50-bis del D.L. n.331 del 1993. La lettera b) impone infatti all'operatore la previa prestazione di idonea garanzia commisurata all'imposta prima che i beni siano introdotti nel deposito IVA. Tale circostanza porta a ritenere il predetto operatore affidabile ai sensi del decreto in esame e, dunque, a esentarlo dal dover presentare un'ulteriore garanzia in uscita».

²⁸ Ai sensi degli articoli 38 e seguenti del Regolamento UE n.952/2013 del 9 ottobre 2013.

²⁹ L'esclusione "di diritto" dall'obbligo di prestare la garanzia, in questi specifici casi, è motivata dalla circostanza che le operazioni di immissione in libera pratica di beni destinati ad essere introdotti in un deposito IVA sono già assistite dalla autonoma garanzia prestata all'atto del vincolo al regime (nota delle Dogane n.38945/R.U. del 30 marzo 2017). La Risoluzione n.5/E del 16 gennaio 2018 ha confermato che alla luce del combinato disposto degli articoli 2 e 4 del DM 23 febbraio 2017, nel caso di immissione in libera pratica con introduzione del bene nel deposito, il soggetto che estrae i beni può applicare il *reverse charge* senza aver prestato la garanzia "in

I soggetti "non affidabili" sono quelli privi di uno o più dei requisiti di "affidabilità" sopra indicati.

Tali soggetti sono tenuti a versare l'IVA dovuta, in mancanza di ogni tipo di garanzia e, conseguentemente, potrà procedere alla detrazione dell'IVA versata da annotare sul registro degli acquisti.

L'operatore che vorrà accedere comunque al *reverse charge* dovrà stipulare idonea garanzia di cui all'art. 38-bis, comma 5, del D.P.R. n.633/1972, a favore del competente Ufficio dell'Agenzia delle entrate, per l'importo corrispondente all'imposta dovuta e per la durata di sei mesi dalla data di estrazione.³⁰

La *ratio* della disposizione è chiara: limitare l'utilizzo del *reverse charge* a soggetti ritenuti fiscalmente virtuosi.

La virtuosità non è soggetta a valutazioni discrezionali, ma è parametrata a specifici indici tributari afferenti il soggetto passivo, come il regolare pagamento dell'IVA e l'assenza di procedimenti penali.

È noto che l'istituto del deposito IVA si presta per il suo sistema di differimento dell'imposizione IVA, si presta a possibili frodi attraverso il meccanismo del *missing trader*.

A titolo di esempio, colui che estrae il bene dal deposito assolve l'imposta con l'inversione contabile, non versando quindi nulla all'Erario; tuttavia, nel cedere il bene nel territorio dello Stato esercita la rivalsa, incassa l'IVA ma non la versa all'Erario.

Ecco perché il legislatore pone particolare attenzione nei confronti del soggetto estrattore, richiedendo che egli abbia determinati requisiti per non

uscita" di cui all'articolo 50-bis, comma 6, del D.L. n.331 del 1993 nei seguenti casi: 1) il soggetto che estrae possiede i requisiti di affidabilità indicati nell'articolo 2, comma 1, del D.M. citato; 2) il soggetto che estrae rientra tra i soggetti contemplati dall'art. 4, comma 1, lettere a) e b).

³⁰ Con Provvedimento n.59277 del 28 marzo 2017 del Direttore dell'Agenzia delle entrate, sono stati approvati due diversi modelli di garanzia: - il primo è relativo alla costituzione di un deposito vincolato in titoli di Stato o garantiti dallo Stato presso un intermediario o una banca; - il secondo consiste nel rilascio di una polizza fideiussoria o di una fideiussione bancaria. Entrambi i modelli vanno consegnati alla Direzione Provinciale dell'Agenzia delle entrate competente in base al domicilio fiscale del "richiedente", cioè del soggetto che intende estrarre i beni in questione dal deposito IVA.

versare l'IVA al momento dell'estrazione del bene.

2.5. Le procedure

Per quanto riguarda le procedure, l'art. 3 del Decreto prevede un duplice sistema:

- 1) per i soggetti affidabili è data la possibilità di autocertificare i requisiti di affidabilità previsti dall'art. 2;
- 2) per il soggetto non affidabili è prevista la consegna della garanzia, ovvero il versamento dell'imposta.

Il momento rilevante per l'effettuazione dei predetti oneri è l'estrazione del bene dal deposito.

Nel dettaglio, l'art. 3 stabilisce che la sussistenza dei requisiti di affidabilità previsti dall'art. 2, comma 1, è attestata dal soggetto che procede all'estrazione attraverso una dichiarazione sostitutiva di atto notorio ai sensi dell'art. 47 del D.P.R. 28 dicembre 2000, n.445, redatta in conformità al modello approvato con provvedimento del Direttore dell'Agenzia delle entrate.

La dichiarazione sostitutiva di atto notorio è consegnata dal soggetto estrattore al gestore del deposito all'atto della prima estrazione effettuata ed è valida per l'intero anno solare di presentazione.

Il gestore del deposito trasmette la dichiarazione sostitutiva all'Agenzia delle entrate che procede, anche sulla base di analisi del rischio di evasione o di frode, ad opportuni controlli ivi compresi quelli connessi alla verifica dell'effettiva sussistenza dei requisiti di garanzia dichiarati dal contribuente. In caso di prestazione della garanzia per i soggetti non affidabili, copia della stessa deve essere consegnata dal soggetto estrattore al gestore del deposito all'atto dell'estrazione.

L'Agenzia, dunque, monitora l'estrattore affidabile in relazione a quanto autodichiarato circa la presenza di tutte le condizioni per poter applicare il

reverse charge, senza stipulare una garanzia finanziaria.³¹

Appare evidente che con questo sistema di autocertificazione e l'invio contestuale all'estrazione di tale documento all'Amministrazione finanziaria, il legislatore ha mostrato di voler contemperare due esigenze non poco spesso in antitesi:

- 1) la celerità negli scambi commerciali;
- 2) il controllo sul soggetto estrattore per prevenire le frodi.

Infine, nel caso in cui il soggetto che procede all'estrazione del bene sia un esportatore abituale, quest'ultimo potrà avvalersi del *plafond* IVA attraverso la compilazione della dichiarazione di intento secondo le modalità operative indicate nella risoluzione n.35/E del 20 marzo 2017.³²

2.6. Il ruolo del gestore del deposito IVA

La figura del soggetto gestore del deposito ha sempre assunto un ruolo fondamentale nel corretto funzionamento del regime del deposito IVA.³³

³¹ Qualora fossero riscontrate difformità tra i dati dichiarati e quelli reali, l'Ufficio comunicherà l'esito del controllo al gestore del deposito e il soggetto che estrae decadrà dai benefici previsti dal Decreto.

³² In tale Risoluzione sono state fornite indicazioni in ordine alle modalità operative che devono osservare gli esportatori abituali che intendono utilizzare il beneficio del non pagamento dell'imposta all'atto dell'estrazione:

- la dichiarazione d'intento deve essere sempre trasmessa all'Agenzia delle entrate che rilascia apposita ricevuta telematica;
- l'esportatore abituale che intende avvalersi del beneficio a lui consentito deve compilare una dichiarazione d'intento per ogni singola estrazione indicando come destinatario della stessa il gestore del deposito; pertanto, nella Sezione "Destinatario della dichiarazione" del modello vanno indicati il codice fiscale, la partita IVA e la denominazione del gestore del deposito IVA;
- l'importo dell'estrazione, calcolato come indicato nel primo periodo del comma 6 dell'articolo 50-*bis*, deve essere inserito nel modello nella Sezione "Dichiarazione" - campo 1 "una sola operazione per un importo fino a euro (...)";
- la dichiarazione, unitamente alla ricevuta di presentazione rilasciata dall'Agenzia delle entrate, deve essere consegnata al gestore del deposito, che procede a riscontrare telematicamente l'avvenuta presentazione all'Agenzia delle entrate.

La successiva Risoluzione n.55/E 3 maggio 2017 ha confermato che la dichiarazione d'intento va rilasciata dall'esportatore abituale per ogni singola estrazione indicando come destinatario il gestore del deposito e rispettando le altre regole indicate nella Risoluzione n.35/E del 20 marzo 2017.

³³ L'articolo 50-*bis* individua due categorie di soggetti che possono gestire i depositi IVA:

- 1) le imprese già abilitate a gestire depositi con rilevanza fiscale (imprese esercenti magazzini generali con autorizzazione doganale, imprese esercenti depositi franchi, imprese operanti nei

Il Regolamento (D.M. 20/10/1997, n.419) impone al depositario, quale garante del rispetto delle regole che informano il deposito IVA, di farsi parte diligente per acquisire i documenti da trasmettere all'Agenzia delle entrate che, a sua volta, ha il compito di esperire i relativi controlli.

Nei depositi IVA conto terzi, il gestore del deposito assume un ruolo fondamentale, qualificandosi come colui che garantisce all'Erario il rispetto delle regole imposte dalla norma.

Questo ruolo è stato ulteriormente rafforzato dal D.L. n.193/2016, attribuendo al gestore impegni e responsabilità del tutto innovativi che si sommano a quelli previgenti.

Al momento della introduzione dei beni in deposito, il depositario deve acquisire la documentazione con cui il depositante accompagna l'ingresso dei beni.

In particolare, per i beni introdotti in base ad acquisti intracomunitari da soggetti non residenti, il gestore del deposito deve verificare se chi introduce i beni ha un rappresentante fiscale in Italia ovvero assumere lui tale qualifica (c.d. rappresentante fiscale leggero³⁴).

punti franchi, depositi fiscali per prodotti soggetti ad accisa, depositi doganali compresi i depositi custodia e lavorazione lane), per le quali non necessita alcuna autorizzazione specifica, in quanto già munite di permesso;

2) le imprese che possono essere autorizzate alla gestione di tali depositi. A tale riguardo sono previste due tipologie di depositi: depositi in conto terzi, che possono essere condotti da società per azioni, in accomandita per azioni, a responsabilità limitata, da società cooperative e da enti, purché abbiano un capitale o un fondo di dotazione non inferiore ad euro 516.456,90; depositi in conto proprio la cui autorizzazione può essere concessa a qualsiasi impresa, di qualunque natura e dimensione, limitatamente però ai beni inviati da un operatore comunitario e destinati ad essere ceduti alla stessa impresa depositaria (cosiddetto *consignment stock* o *call stock*).

Il comma 2-bis, aggiunto all'art. 50-bis dal D.L. n.262 del 2006, ha previsto un nuovo obbligo per i titolari di depositi fiscali per i prodotti soggetti ad accisa e di depositi doganali che, in precedenza, erano automaticamente autorizzati ad operare come depositi IVA. Tali soggetti non hanno bisogno di un'autorizzazione esplicita per utilizzare i loro depositi anche come depositi IVA, ma devono comunque effettuare una preventiva comunicazione all'ufficio doganale che esercita la vigilanza sul relativo impianto, indirizzata anche alla Direzione regionale delle entrate territorialmente competente in relazione al luogo di dislocazione del deposito.

³⁴ In base al comma 7 dell'articolo 50-bis, i gestori del deposito possono assumere la veste di rappresentanti fiscali, ai fini dell'adempimento degli obblighi tributari afferenti le operazioni, se i soggetti non residenti intervengono nelle operazioni di introduzione, cessione o estrazione dei beni dai depositi stessi, e non hanno già nominato un rappresentante fiscale ovvero non hanno

Per i beni di provenienza extra UE deve verificare la prestazione della garanzia ovvero l'eventuale esonero.

Inoltre, il soggetto gestore deve provvedere alla registrazione di detti beni nel registro del deposito, alla loro tracciabilità – fisica e contabile – e monitoraggio, acquisendo anche tutti i documenti commerciali e le fatture che attestano le singole transazioni che avvengono all'interno del deposito.

Al momento della estrazione qualora si tratti di beni nazionali destinati ad essere immessi in consumo in Italia, il depositario (soggetto gestore) è tenuto al pagamento dell'imposta in nome e per conto del soggetto che estrae.

Ebbene, nella sua funzione di garante della corretta applicazione del regime, il depositario assume una responsabilità solidale con il depositante per l'assolvimento dell'imposta e, in caso di mancato pagamento, si rende applicabile la sanzione prevista dall'art. 13, D.Lgs. n.471/1997.

Ovviamente, nel caso in cui chi estrae è un esportatore abituale e quindi assolve l'imposta con utilizzo del *plafond* IVA, senza averne la disponibilità, dell'imposta e della relativa sanzione risponde solo chi estrae e non il depositario.

Si badi, inoltre, che l'inosservanza delle regole previste in capo al gestore del deposito nella fase dell'estrazione viene valutata per la revoca dell'autorizzazione alla gestione del deposito ovvero ai fini della esclusione dall'abilitazione a gestire come deposito IVA i magazzini generali e i depositi doganali (cfr. art. 50-bis, comma 8, D.L. n.331/1993).

In caso di estrazione dal deposito IVA di beni nazionali, l'imposta è parimenti dovuta dal soggetto che procede all'estrazione, ma, come detto, è versata in nome e per conto di tale soggetto dal gestore del deposito.

In questi casi il pagamento dell'imposta deve avvenire entro il 16 del mese successivo a quello di estrazione,³⁵ attraverso un versamento diretto con il Mod.

provveduto a identificarsi direttamente in Italia quali operatori non residenti. Per tali operazioni i gestori possono richiedere l'attribuzione di un numero unico di partita IVA per tutti i soggetti passivi di imposta non residenti da essi rappresentati (cosiddetto "rappresentante del luogo" o "del punto").

³⁵ M. BALZANELLI e R. ZAVATTA, in *Depositi IVA: chi estrae deve conoscere il "pedigree" del*

F24, con divieto di avvalersi della compensazione “orizzontale” di cui all’art. 17, D.Lgs. n.241/1997.³⁶

Il versamento diretto genera in capo a chi estrae la formazione di un credito verso lo Stato che viene autofatturato e annotato sul registro degli acquisti (art. 25, D.P.R. n.633/1972) e permette la detrazione dell’imposta.

Pertanto è chiaro che la nuova regola del versamento tramite F24 senza compensazione potrà concorrere ad aumentare la posizione creditoria dei contribuenti che operano l’estrazione da un deposito.³⁷

A seguito delle predette modifiche sui depositi fiscali, sono mutate anche le responsabilità del gestore del deposito, che, in precedenza, aveva soltanto l’obbligo di acquisire, da parte del soggetto che estrae i beni, le informazioni necessarie per verificare che tale soggetto avesse correttamente adempiuto agli obblighi di autofatturazione o di integrazione delle fatture.

Con le nuove disposizioni, il gestore, oltre ad essere tenuto alla corretta esecuzione degli adempimenti di registrazione e conservazione dei documenti previsti dall’art. 50-*bis*, comma 3, avrà anche l’ulteriore responsabilità di valutare se l’estrazione dei beni deve scontare l’imposta mediante il versamento che esso dovrà eseguire in nome e per conto del soggetto che estrae i beni, ovvero se l’estrazione può essere effettuata senza il pagamento dell’imposta.

bene, in *Corr. Trib.* n.27/2017, fanno notare che, con riferimento al diritto di detrazione IVA, «la disposizione normativa, interpretata rigidamente, sembrerebbe comportare un penalizzante effetto *décalage*, considerato che i dati relativi all’avvenuto pagamento dell’IVA sarebbero disponibili solo nel mese successivo a quello dell’estrazione». Tuttavia i due autori segnalano che il diritto alla detrazione sorge nel momento in cui l’imposta diviene esigibile e che l’estrazione dei beni dal deposito IVA rappresenta «il momento che coincide con l’esigibilità del tributo». La conseguenza è che la detrazione dovrebbe essere esercitabile a partire da tale momento, indipendentemente dal fatto che i dati relativi al versamento dell’imposta siano disponibili solo nel mese successivo a quello dell’estrazione.

³⁶ La Risoluzione n.45/E del 7 aprile 2017 ha istituito i nuovi codici per i versamenti mensili da parte dei gestori dei depositi IVA. Per ogni mese dell’anno va indicato un codice tributo (6301 per gennaio, 6302 per febbraio, e così via fino a 6312 per dicembre) che identifica il periodo in cui i beni vengono estratti. Nella sezione CONTRIBUENTE del mod. F24, nei campi “codice fiscale” e “dati anagrafici”, vanno indicati il codice fiscale e i dati anagrafici del soggetto estrattore dei beni dal deposito IVA, mentre nel campo “Codice fiscale del coobbligato, erede, genitore, tutore o curatore fallimentare” si riporta il codice fiscale del gestore del deposito IVA, unitamente al codice identificativo “50”. Il “codice ufficio”, “codice atto” ed “elementi identificativi” non vanno riempiti.

³⁷ S. FICOLA e B. SANTACROCE, *La nuova operatività del deposito IVA*, in *Corr. Trib.* n.16/2017.

Di conseguenza, si configura una doppia responsabilità per il gestore del deposito.

La prima riguarda, come evidenziato nella circolare n.12/E/2015, l'obbligo di ottenere la "*prova idonea a dimostrare il regolare assolvimento dell'imposta*" (ad es. copia del documento contabile contenente l'esposizione dell'IVA dovuta).

In particolare deve assicurarsi che la base imponibile indicata nel documento di estrazione comprenda anche i corrispettivi relativi alle prestazioni di servizio (compresa la custodia) eventualmente rese sui beni nel periodo di giacenza nel deposito (cfr. art. 50-*bis*, comma 5), se territorialmente rilevanti.

Il mancato assolvimento di tali obblighi comporta la responsabilità solidale, limitatamente all'imposta dovuta sull'operazione.

La seconda ipotesi di responsabilità riguarda, invece, l'effettivo assolvimento dell'obbligo di versamento dell'imposta nei casi in cui esso è previsto a norma del comma 6.

In questa ipotesi, la solidarietà per il pagamento dell'imposta si estende alla sanzione di cui all'art. 13 del D.Lgs. 18 dicembre 1997, n.471.

Stante la formulazione della norma che prevede la solidarietà per la sanzione limitatamente all'ipotesi del "*mancato versamento dell'imposta dovuta ai sensi dei precedenti periodi*", è da ritenere che non si estenda alle altre ipotesi di estrazione in regime di non imponibilità previste dal comma 4, dell'art. 50-*bis*.

Una ultima ipotesi riguarda il caso dell'esportatore abituale, il quale deve compilare una dichiarazione d'intento per ogni singola estrazione, indicando come destinatario della stessa il gestore del deposito.

Tale dichiarazione dovrà essere trasmessa all'Agenzia delle entrate e dovrà essere consegnata al gestore del deposito.

Nel caso in cui l'esportatore abituale compia l'estrazione presentando una dichiarazione d'intento falsa al gestore del deposito, troverà applicazione la sanzione di cui dal 100% al 200% dell'imposta, e obbligato al pagamento

dell'imposta, nonché della sanzione, sarà solo l'esportatore abituale.³⁸

2.7. L'estrazione dei carburanti dai depositi fiscali: le novità dal 2018

La Legge n.205 del 2017 ha introdotto, con decorrenza 1° febbraio 2018, specifici obblighi per il versamento dell'IVA da parte dei cd. *trader* di carburanti per motori e per gli altri carburanti combustibili.

Infatti, nel caso di estrazione di benzina e gasolio da un deposito fiscale o dal deposito di un destinatario registrato,³⁹ indipendentemente dalla loro provenienza (acquisto nazionale, intracomunitario o extracomunitario), colui che procede all'estrazione deve versare l'IVA avvalendosi del modello F24, ma senza diritto di compensazione con altre imposte.

Il versamento è effettuato dunque dal soggetto per conto del quale il gestore dei predetti depositi procede ad immettere in consumo o ad estrarre i prodotti.⁴⁰

È previsto inoltre che gli estremi del versamento vengano indicati nel documento di accompagnamento per la circolazione dei prodotti stessi (DAS) e la ricevuta di versamento dovrà essere consegnata al gestore del deposito.⁴¹

Tali novità portano alla conclusione che l'IVA non dovrà più essere applicata scomputando dalla massa delle operazioni attive la massa delle operazioni passive, ovvero per i carburanti oggetto di acquisto intracomunitario con il sistema del *reverse charge*, ma per ciascuna operazione prima dell'estrazione. I titolari del deposito non potranno infatti procedere all'estrazione o all'immissione

³⁸ M. PERIOLO, *Le regole sui depositi IVA per il contrasto dei comportamenti fraudolenti*, in *Corr. Trib.* n.4/2017.

³⁹ Il deposito fiscale è l'impianto in cui vengono fabbricate, trasformate, detenute, ricevute o spedite merci sottoposte ad accisa, in regime di sospensione dei diritti di accisa, mentre il destinatario registrato è la persona, fisica o giuridica, autorizzata dalle autorità competenti dello Stato membro di destinazione, a ricevere, nell'esercizio della sua attività, prodotti sottoposti ad accisa circolanti in regime di sospensione dall'accisa da un altro Stato membro.

⁴⁰ La base imponibile, che include l'ammontare dell'accisa ed è costituita dal corrispettivo o valore relativo all'operazione di introduzione ovvero dal corrispettivo o valore relativo all'ultima cessione effettuata durante la loro custodia nel deposito, è aumentata dell'importo relativo alle eventuali prestazioni di servizi sui prodotti durante la giacenza fino all'estrazione, mentre non tiene conto dell'eventuale importo sul quale è stata versata l'IVA in dogana all'atto dell'importazione.

⁴¹ Nota Agenzia delle dogane n.4716/RU/2018 del 7 febbraio 2018.

in consumo prima della consegna della ricevuta di versamento da parte dell'operatore commerciale, salva, in mancanza, la loro responsabilità solidale per il pagamento dell'IVA.⁴²

Per i carburanti introdotti in un deposito IVA a seguito di un acquisto intracomunitario, le suddette disposizioni non si applicano se l'immissione in consumo è effettuata per conto di un soggetto ritenuto affidabile o che presti idonea garanzia.

La disciplina non si applica inoltre ai carburanti di proprietà del gestore del deposito dal quale sono immessi in consumo o estratti. Sono infine esclusi i prodotti immessi in consumo da un deposito fiscale per conto di un soggetto, titolare di un diverso deposito fiscale avente capacità non inferiore ai valori stabiliti dall'articolo 23, comma 3, del testo unico di cui al D.Lgs. n.504 del 1995 e che integri i criteri di affidabilità stabiliti con il decreto da emanarsi, nonché i prodotti immessi in consumo da un deposito fiscale avente capacità non inferiore ai predetti valori per conto di un soggetto che presti idonea garanzia con le modalità e i termini stabiliti con il medesimo decreto.

Il Decreto MEF 13 febbraio 2018, pubblicato sulla GU. del 17 febbraio 2018, ha completato l'iter normativo, dando attuazione alla disciplina nonché precisando il campo di applicazione, i criteri di affidabilità⁴³ e le forme attraverso le quali prestare idonea garanzia ai fini dell'esonero.

L'eventuale garanzia deve essere prestata a favore dell'ufficio competente dell'Agenzia delle entrate e consegnata in copia al gestore del deposito fiscale. Essa deve avere una durata pari a 12 mesi dall'immissione in consumo dei beni dal deposito fiscale e un ammontare corrispondente all'IVA dovuta. Sono

⁴² F. CERIONI, *Pagamento immediato dell'IVA sui carburanti estratti dai depositi fiscali o dei destinatari registrati*, in *Corr. Trib.* n.21/2018.

⁴³ In particolare, è previsto che i criteri di affidabilità si considerano integrati se ricorre una delle seguenti condizioni: 1) il soggetto è un operatore economico autorizzato c.d. "AEO"; 2) il soggetto è esonerato dall'obbligo di prestare cauzione ai sensi dell'art. 90 del D.P.R. n.43/73 (Amministrazioni dello Stato, enti pubblici e ditte di notoria solvibilità); 3) il soggetto è esonerato dall'obbligo di prestare cauzione ai sensi dell'art. 5 comma 3 lett. a) del D.P.R. n.504/95, relativamente al deposito fiscale di cui risulta titolare.

ammesse le seguenti forme di garanzie: a) cauzione in titoli di Stato o garantiti dallo Stato, al valore nominale; b) fideiussione rilasciata da una banca o da un'impresa commerciale che offra adeguate garanzie di solvibilità a giudizio dell'Amministrazione finanziaria; c) polizza fideiussoria rilasciata da un'impresa di assicurazione.

3. Le triangolazioni

In materia di triangolazioni⁴⁴ è da rilevare che la più recente giurisprudenza della Corte di Cassazione appare essere "pro contribuente", affermando, in sostanza, che l'operazione non è imponibile ai fini IVA se la merce è comunque destinata all'estero.

Il regime di non imponibilità delle operazioni all'esportazione si pone dunque quale logico corollario del principio di imposizione nel luogo in cui avviene il consumo finale.

Le operazioni triangolari sono così chiamate per la presenza di un cedente e di un cessionario entrambi residenti nel territorio dello Stato e di un terzo cessionario residente in uno Stato estero e di destinazione della merce.⁴⁵

⁴⁴ In ragione del luogo in cui i soggetti che partecipano all'operazione triangolare sono identificati ai fini IVA, le triangolazioni possono essere classificate come segue:

- nazionali, nel caso in cui il primo cedente ed il promotore della triangolazione siano identificati nel medesimo Stato membro, mentre l'acquirente finale sia identificato in un diverso Stato membro ovvero in un Paese extra-UE;
- comunitarie, nel caso in cui i tre soggetti siano identificati in altrettanti Paesi membri;
- comunitarie "improprie", nel caso in cui due soggetti siano identificati in Paesi membri differenti, mentre il terzo soggetto sia identificato in un Paese extra-UE.

⁴⁵ Esemplificando il dettato letterale della norma, nell'esportazione triangolare interviene un primo soggetto (IT1), identificato ai fini IVA nel territorio italiano, il quale vende i beni ad un secondo soggetto (IT2), anch'egli identificato in Italia, il quale rivende i medesimi beni ad un terzo soggetto estero (CH).

Perché l'operazione sia regolare ed entrambe le operazioni (1^a vendita da IT1 a IT2 e 2^a vendita da IT2 a CH) costituiscano cessioni all'esportazione non imponibili è necessario, secondo il dettato letterale della norma, che i beni, su incarico del cessionario, siano trasportati o spediti fuori del territorio comunitario "a cura o a nome del cedente". Verificandosi questa circostanza e provata l'avvenuta esportazione dei beni, sia IT1 che IT2 eseguono entrambi una cessione all'esportazione non imponibile.

In ordine ai soggetti che possono intervenire nella triangolazione e ai contratti stipulati tra le parti va specificato quanto segue: il primo cedente (IT1) e il promotore della triangolazione (IT2) devono essere entrambi soggetti passivi d'imposta identificati in Italia, cioè devono possedere

Ai fini della non imponibilità IVA dell'operazione di triangolazione, è necessario che l'operazione sia stata voluta *ab origine* come cessione nazionale in vista di un trasporto al cessionario residente all'estero, nel senso che tale destinazione sia riferibile alla comune volontà degli originari contraenti, indipendentemente dalla circostanza per cui il trasporto sia avvenuto a cura o a nome del cedente.

Tuttavia, si rileva che nella giurisprudenza della Corte di Cassazione, sono emersi due orientamenti di segno opposto.

Il primo, molto risalente nel tempo e più "rigido" (Cass., sent. 24 maggio 1998, n.5065; Cass., sent. 5 settembre 2008, n.22445), secondo cui nelle operazioni triangolari, l'esportazione dei beni deve avvenire a cura o a nome del cedente anche se su incarico del cessionario, senza possibilità di inserimento, in tale fase, da parte del cessionario, a nulla rilevando che la merce sia stata poi effettivamente esportata.

Tale orientamento è stato superato: oggi, la Corte di Cassazione (Cass., sent. 4 aprile 2000, n.4098, e sent. 25 giugno 2014, n.14405) ritiene legittima l'applicazione del regime di "non imponibilità IVA" nell'ambito delle triangolazioni, laddove il contratto per la spedizione dei beni all'estero sia stato stipulato dal primo cessionario italiano dell'operazione e non dal primo cedente.

La Corte ha affermato che affinché una operazione triangolare possa qualificarsi come cessione intracomunitaria non imponibile, l'espressione "*a cura del cedente*" relativa al trasporto, contenuta nell'art 8, comma 1, lett. a), D.P.R. n.633/1972 (così come quella "*per suo conto*" prevista dall'art. 15, comma 1, Direttiva 77/388/CEE), va interpretata in relazione allo scopo della norma medesima, ossia di evitare e di contrastare operazioni fraudolente, che si

un numero di partita IVA italiana, e, quindi, devono essere soggetti passivi "stabiliti" in Italia (residenti, domiciliati o con "stabile organizzazione" in Italia), ovvero soggetti passivi non residenti (comunitari o extracomunitari) identificati direttamente o dotati di rappresentante fiscale.

Inoltre, il cliente finale, destinatario all'estero dei beni, in genere è un soggetto stabilito fuori della UE, ma può anche essere un soggetto passivo d'imposta nazionale o comunitario che si fa consegnare i beni fuori del territorio comunitario e può rivestire la qualifica di soggetto passivo d'imposta, di ente o di privato consumatore.

verificherebbero se il cessionario nazionale potesse autonomamente decidere di esportare i beni in un altro Stato membro.

Pertanto, ai fini della non imponibilità IVA dell'operazione non è necessario che la spedizione o il trasporto avvengano in esecuzione di un contratto concluso direttamente dal cedente o in rappresentanza di quest'ultimo, ma è essenziale solo che vi sia la prova che l'operazione, fin dalla sua origine e nella sua rappresentazione documentale, sia stata voluta come cessione nazionale in funzione del successivo trasporto a un cessionario residente all'estero (Cass., sent. 23 febbraio 2018, n.4408).⁴⁶

A nulla rileva, inoltre, che la fattura relativa al trasporto sia emessa dallo spedizioniere, ovvero dal trasportatore, nei confronti del primo cedente o di altri soggetti, dunque anche nei confronti del promotore dell'operazione.

Si può affermare che tale orientamento sia oggi consolidato: difatti, con la recente pronuncia del 31 gennaio 2017, n.2460, la Corte di Cassazione, richiamando la Corte di giustizia UE (sent. 6 aprile 2006, causa C-245/04; sent. 12 dicembre 2010, causa C-430/09; sent. 27 settembre 2012, causa C-587/10), ha dato continuità alla precedente statuizione, affermando che la non imponibilità IVA, in caso di più vendite consecutive, è riconosciuta alla cessione interna dei beni oggetto di un unico trasporto, a prescindere dal soggetto, che può quindi essere anche il cessionario intermedio, che abbia la disponibilità della merce durante il trasporto verso il destinatario non residente.

Si segnala, peraltro, che anche l'Amministrazione finanziaria ha mostrato una maggiore sensibilità alle tematiche degli operatori economici, rivedendo le proprie precedenti ed assai formalistiche posizioni.

In particolare, con le risoluzioni nn. 35/E e 43/E del 2010, l'Amministrazione

⁴⁶ In ordine alla volontà originaria degli operatori nazionali IT1 e IT2, essa può essere provata se documentata «per mezzo degli ordini di spedizione merci, bollette doganali, ecc.» (cfr. Cass., sent. n.14405 del 2014, confermata dalla successiva ordinanza n.25527 del 2014), nonché con il richiamo nelle bolle doganali di esportazione sia dei «riferimenti della fattura emessa dal fornitore al cessionario che della fattura emessa dal cessionario al cliente finale estero» (ord. n.5330 del 18 marzo 2015).

finanziaria ha precisato che il regime di non imponibilità previsto per le cessioni all'esportazione (e per le cessioni intracomunitarie) è subordinato alla circostanza che dalla documentazione relativa all'operazione emerga la comune volontà delle parti è quella di trasportare la merce a destinazione dell'acquirente finale in uno Stato terzo (o in un diverso Stato membro dell'Unione, in caso di cessione intracomunitaria).

L'Agenzia delle entrate ha così parzialmente superato la posizione espressa nelle precedenti risoluzioni nn. 115/E/2001 e 51/E/1995.

Tale nuovo orientamento consente di evitare che formalismi superflui impediscano di ricondurre al regime specificatamente previsto per il commercio con l'estero, determinate operazioni che si dalla loro origine e in tutta la rappresentazione documentale risultano effettivamente "volute" dalle parti alla stregua di cessioni all'esportazione.⁴⁷

Con riferimento alle operazioni triangolari, un ulteriore profilo problematico riguarda la detraibilità dell'IVA nel caso di fatturazione per operazioni inesistenti o per frodi "carosello".

La questione è stata oggetto di numerose pronunce, sia della Corte di giustizia UE sia della Corte di Cassazione, e ha riguardato la ripartizione dell'onere probatorio tra Amministrazione finanziaria e contribuente.

La proporzionalità è un criterio fondamentale nell'ambito della ripartizione dell'onere probatorio in sede di accertamento o finanche in sede processuale.

Il riferimento è, ancora una volta, al diritto alla detrazione, con particolare riguardo alla figura del cessionario nelle ipotesi di frodi IVA commesse da terzi a monte della catena delle operazioni assoggettate al tributo.⁴⁸

⁴⁷ A. ALBANO e C. ARMUZZI, *La rilevanza dei profili esecutivi nelle operazioni triangolari "nazionali" all'esportazione*, in *Corr. Trib.*, n.25/2018.

⁴⁸ Dalla prassi giurisprudenziale emerge che è opportuno negare il diritto alla detrazione ai soggetti che, pur non avendo organizzato la frode, hanno effettuato acquisti all'interno della catena fraudolenta, qualora risulti che essi non potevano non sapere dell'esistenza della stessa; in questi casi, un operatore diligente si sarebbe accorto del carattere anomalo dell'operazione messa in atto, difficilmente spiegabile in un contesto fiscalmente fisiologico. Lo stesso diritto alla detrazione sarà, invece, conservato dal soggetto che attesti la sua non conoscenza e non conoscibilità della frode.

Rispetto a tale questione, la Corte di giustizia (con orientamento ormai recepito dalla Cassazione) evidenzia che il diniego del diritto alla detrazione non è compatibile con l'ordinamento comunitario laddove manchi la prova della consapevolezza della frode da parte del cessionario, che va sempre fornita dall'amministrazione finanziaria e dalla quale non può prescindere la verifica in sede processuale (Corte di giustizia UE, sent. 13 febbraio 2014, causa C-18/13, *Maks Pen EOOD*; Corte di giustizia UE, sent. 6 dicembre 2012, causa C-285/11, *Bonik EOOD*; Corte di giustizia UE, sent. 31 gennaio 2013, causa C-642/11, *Stroy trans EOOD*).

Per la Corte, sarebbe infatti sproporzionato richiedere al cessionario di fornire la prova circa l'assenza di consapevolezza della frode da altri perpetrata.

Il principio del "non sapeva o non poteva sapere" assume dunque un'importanza centrale per distinguere le fattispecie opposte della connivenza o dell'inconsapevolezza della frode.

Alla luce del giusto bilanciamento tra diritto alla detrazione e contrasto alle frodi IVA, il cessionario è quindi tenuto a fornire esclusivamente la prova circa la regolarità "apparente" dell'operazione: la prova della consapevolezza della frode dovrebbe essere data in positivo, dall'Amministrazione finanziaria, perché è tale prova che equivale a dimostrare il coinvolgimento del soggetto passivo nella operazione fraudolenta.⁴⁹

Richiedere una prova negativa, per di più documentale, atta a dimostrare l'assenza di consapevolezza, si risolve in una *probatio diabolica* e quindi contraria al principio di proporzionalità. In pratica, si richiederebbe al contribuente non già una prova in positivo della propria buona fede, ma

Tuttavia, per evitare l'eccessiva responsabilizzazione del contribuente in un'attività di monitoraggio sul proprio fornitore, è stato addossato l'onere della prova all'amministrazione.

⁴⁹ Per garantire il perfetto funzionamento del sistema, la Corte ha individuato e chiarito quali fossero gli "elementi oggettivi" che indurrebbero a ritenere di essere al cospetto di una frode. In questo senso, i giudici comunitari hanno evidenziato che l'anomalia dell'operazione di acquisto potrebbe rinvenirsi nell'applicazione di prezzi significativamente inferiori ai valori di mercato o nella realizzazione di anomale modalità di consegna-fornitura-pamento della merce.

addirittura una prova in negativo relativa all'assenza di mala fede.⁵⁰

La Corte di giustizia, sotto questo profilo, utilizza la proporzionalità come criterio di ripartizione dell'onere probatorio tra amministrazione finanziaria e contribuente, in base al quale non può essere richiesta al soggetto passivo una prova che proporzionalmente e ragionevolmente questi non è in grado di fornire.

Mediante tale approccio, si vuole evitare quel sistema di responsabilità oggettiva che, secondo la Corte di giustizia, non è compatibile con il regime del diritto dell'Unione europea alla detrazione dell'IVA e del principio di proporzionalità.

Difatti, «l'istituzione di un sistema di responsabilità oggettiva va al di là di quanto necessario per garantire i diritti dell'Erario». Il principio di proporzionalità impone che le limitazioni del diritto di detrazione, imposte dagli Stati ai soggetti passivi, non devono eccedere quanto necessario per assicurare l'esatta riscossione dell'imposta ed evitare frodi o abusi.

Sulla base di tale principio, pertanto, il contribuente non deve dimostrare la propria buona fede, ma è l'amministrazione finanziaria a dover provare che l'acquirente «sapeva o avrebbe dovuto sapere» che l'operazione si iscriveva in una frode: solo in tale ipotesi risulta proporzionato il diniego del diritto alla detrazione, che altrimenti non può subire limiti.

La proporzionalità opera dunque come criterio di ripartizione e misura dell'onere probatorio, secondo logiche comunitarie che a livello interno la Corte di Cassazione, non senza qualche difficoltà, sta facendo proprie.

4. Le sanzioni amministrative tributarie per le violazioni della normativa sui depositi IVA. Il principio di proporzionalità

Per quanto riguarda l'aspetto sanzionatorio, occorre partire dalla fattispecie affrontata dalla Corte di giustizia UE nella sentenza *Equoland*, ove l'Ufficio ha applicato la sanzione amministrativa del 30% prevista dall'art. 13 del D.Lgs.

⁵⁰ P. CENTORE, *Prova, controprova e responsabilità dell'operatore nelle frodi IVA*, in *Corr. Trib.*, n.32/2014, p. 2471.

n.471/1997.

La Corte di Cassazione ha sostanzialmente confermato la posizione dell'Amministrazione finanziaria stabilendo, da un lato, che, stante la natura di tributo interno dell'IVA all'importazione e non rinvenendosi, all'interno della normativa doganale, una disposizione sanzionatoria speciale, è corretta l'applicazione dell'art. 13 del D.Lgs. n.471/1997⁵¹ e, dall'altro lato, che non è invocabile l'esimente per le violazioni meramente formali e che nemmeno può farsi riferimento all'art. 6, comma 9-bis, del D.Lgs. n.471/1997, concernente l'assolvimento dell'IVA col sistema dell'autofatturazione in assenza dei requisiti previsti per il meccanismo dell'inversione contabile di cui agli artt. 17 e 74 del D.P.R. n.633/1972.

Sul punto, la Corte di giustizia si è limitata a ribadire che l'osservanza del principio di proporzionalità dovrebbe indurre a ritenere non proporzionata una sanzione d'importo corrispondente a quello dell'imposta detraibile, dal momento che ciò significherebbe privare il soggetto passivo del diritto di detrazione.⁵²

Infatti, assoggettare una sola e unica operazione a una doppia imposizione dell'IVA, concedendo al contempo una sola volta la detraibilità di tale imposta, fa permanere la rimanente IVA a carico del soggetto passivo.

La valutazione finale sul carattere proporzionato o meno della sanzione del 30%, tuttavia, compete unicamente al giudice del rinvio.⁵³

⁵¹ Con la Circolare n.16/D del 20 ottobre 2014, l'Agenzia delle entrate ha chiarito che la sanzione pari al trenta per cento dell'importo dell'IVA non versata all'atto dell'importazione, al ricorrere delle condizioni ivi previste, viene applicata nella misura ridotta pari ad un quindicesimo per ciascun giorno di ritardo, se la regolarizzazione avviene entro il 15° giorno, assumendo come *dies ad quem* quello in cui risulta annotata, nei registri contabili, l'autofattura emessa ai sensi del citato articolo 50-bis, comma 6, relativamente all'"estrazione" dei beni dal deposito IVA.

⁵² In tal senso, la Corte ha ripetutamente dichiarato che, in considerazione del ruolo preponderante che il diritto a detrazione occupa nel sistema comune dell'IVA, diretto a garantire la perfetta neutralità fiscale di tale imposta rispetto a tutte le attività economiche, poiché tale neutralità presuppone la facoltà per il soggetto passivo di detrarre l'IVA dovuta o assolta nell'ambito di tutte le sue attività economiche, una sanzione consistente in un diniego del diritto a detrazione non è conforme alla sesta direttiva nel caso in cui non fossero accertati nessuna frode o danno per il bilancio dello Stato.

⁵³ Al fine di valutare se sanzione sia conforme al principio di proporzionalità, occorre tener conto, in particolare, della natura e della gravità dell'infrazione che detta sanzione mira a penalizzare, nonché delle modalità di determinazione dell'importo della sanzione stessa (CGUE, sent. 17 luglio

Il principio di proporzionalità ha assunto una particolare funzione di bilanciamento proprio con riguardo alle sanzioni tributarie, in particolare non penali.

In attuazione di tale principio è necessario che la sanzione irrogata sia commisurata alla gravità del comportamento e della violazione posti in essere dal contribuente e che non ecceda quanto necessario al fine di garantire l'esatta riscossione dell'imposta, l'adempimento degli obblighi formali e di prevenire l'evasioni e le frodi.

La proporzionalità, come sottolineato dalla dottrina, assume una funzione limitativa del potere sanzionatorio al fine di evitare sproporzioni ed incoerenze del sistema repressivo nel suo complesso.

La giurisprudenza della Corte di giustizia ha affrontato principalmente il tema della proporzionalità del sanzionatorio soprattutto nel settore dell'IVA.

A tal proposito, occorre ricordare che nel settore delle sanzioni IVA manca una armonizzazione della normativa dell'Unione europea, in quanto gli Stati membri sono competenti a individuare le sanzioni che a loro sembrano più appropriate.

Tuttavia, gli ordinamenti interni devono sempre rispettare il diritto dell'Unione e i suoi principi generali e, di conseguenza, il rispetto del principio di proporzionalità (CGUE, sent. 6 febbraio 2014, causa C-424/12 *Fatorie*).

I capisaldi della giurisprudenza europea in ambito sanzionatorio sono essenzialmente due.

Il primo è che la sanzione non può mai consistere nella perdita del diritto alla detrazione, perché una sanzione pari all'importo dell'imposta detraibile «sarebbe sproporzionata, dato che ciò equivarrebbe a privare in sostanza il soggetto passivo del suo diritto alla detrazione» (CGUE, sent. 12 luglio 2012, causa C-284/11, *EMS BULGARIA Transport*).⁵⁴

2014, causa C-272/13, punto 35).

⁵⁴ In linea di principio, infatti, la detrazione dell'IVA a monte dev'essere accordata se i requisiti sostanziali sono soddisfatti, anche se certi requisiti formali sono stati omessi da parte dei soggetti passivi. La soluzione può essere diversa se la violazione di tali requisiti formali abbia l'effetto di impedire che sia fornita la prova certa del rispetto dei requisiti sostanziali.

Il secondo è che qualsiasi sanzione deve essere “proporzionata” ed “adeguata” alla violazione commessa, sulla base dell’assunto secondo cui l’ordinamento europeo impone il principio della “congruità del mezzo al fine”: le sanzioni devono essere necessarie rispetto allo scopo perseguito e tener conto della gravità dell’infrazione (cfr. CGUE, sent. 12 luglio 2001, C-262/99, par. 67).

Sotto tale profilo, è emblematica la sentenza *Equoland* (CGUE, sent. 17 luglio 2014, causa C-272/13), nella quale il Giudice europeo ha ritenuto che la sanzione per tardivo versamento dell’IVA, pari al 30% dell’imposta tardivamente corrisposta, potrebbe essere ritenuta “eccessiva”.

Ma a chi spetta valutare la proporzionalità della sanzione irrogata?

Sul punto soccorre la sentenza del 20 giugno 2013, causa C-259/12, *Rodopi*, nella quale la Corte di giustizia ha demandato al Giudice nazionale il compito di valutare se, in concreto, il quantum della sanzione irrogata appare in contrasto rispetto al principio di proporzionalità.

Orbene, l’orientamento della Corte indicato in tale sentenza e da ultimo nella recentissima pronuncia 26 aprile 2017, causa C-564/15, *Tibor Farkas*, è nel senso di affidare al giudice nazionale un ruolo fondamentale in tema di sanzioni amministrative: valutare le circostanze concrete e ridurre, se del caso, la misura delle sanzioni irrogate, laddove le stesse risultino eccessive.⁵⁵

Nella sentenza da ultimo citata, la Corte di giustizia afferma espressamente che la valutazione circa la proporzionalità della sanzione deve tener conto della natura e della gravità della violazione che detta sanzione mira a punire, nonché delle modalità di determinazione dell’importo della sanzione stessa.

La Corte insiste sulla necessità che le sanzioni siano graduate in relazione alle

⁵⁵ Pertanto, sebbene, al fine di garantire l’esatta riscossione dell’imposta e di evitare l’evasione, gli Stati membri possono legittimamente prevedere, nelle rispettive normative nazionali, sanzioni appropriate, volte a penalizzare il mancato rispetto degli obblighi IVA, siffatte sanzioni non devono tuttavia eccedere quanto è necessario per conseguire tali obiettivi. Spetta al giudice nazionale verificare se l’importo della sanzione non ecceda quanto necessario per conseguire gli obiettivi consistenti nell’assicurare l’esatta riscossione dell’imposta ed evitare l’evasione, considerate le circostanze del caso di specie e, in particolare, la somma concretamente inflitta e l’eventuale sussistenza di un’evasione o di un’elusione della normativa applicabile imputabili al soggetto passivo la cui mancata iscrizione viene sanzionata.

circostanze concrete (natura e gravità dell'illecito), biasimando qualsiasi automatismo nell'applicazione di una sanzione fissa.

Proprio nella pronuncia *Farkas* la Corte ha ritenuto che l'irrogazione di una sanzione pari al 50% dell'importo dell'IVA nel caso in cui il soggetto passivo che ha acquistato un bene non applicando erroneamente il regime dell'inversione contabile, deve ritenersi del tutto sproporzionata.

Ciò tenuto conto degli elementi di fatto che caratterizzano la fattispecie: da un lato, la mancanza di perdita di gettito (e quindi di danno erariale perché l'IVA comunque era stata versata) e, dall'altra, l'assenza di indizi di frode.

Pertanto, la Corte pur giudicando sproporzionata la sanzione in esame, ha rinviato al giudice nazionale la verifica delle circostanze concrete al fine di operare una adeguata riduzione della sanzione.

Nell'ambito dell'ordinamento italiano, come noto, l'art. 7, comma 4, D.Lgs. n.472/1997 prevedeva la possibilità di ridurre alla metà del minimo edittale la sanzione, in presenza di circostanze "eccezionali" che rendessero manifesta la sproporzione tra l'entità del tributo cui la violazione si riferiva e la sanzione irrogata.

Con la riforma del sistema sanzionatorio di cui al D.Lgs. n.158/2015, proprio in forza al principio di proporzionalità è stato eliminato il riferimento alle circostanze "eccezionali",⁵⁶ anche se permane il limite della riduzione alla metà del minimo edittale.

Ma ciò che rileva, alla fine, è il giudice nazionale che dovrà valutare la sproporzione della sanzione in relazione al caso concreto e disporre, se del caso, una adeguata riduzione.

⁵⁶ Attraverso l'eliminazione della parola "eccezionali", l'attenuante assume carattere generale, con la conseguenza che alla stessa gli uffici potranno fare ricorso in tutte le ipotesi, non predeterminate, in cui, in concreto, il trattamento sanzionatorio produca nei confronti del contribuente conseguenze eccedenti rispetto al disvalore della sua condotta o al danno arrecato alle ragioni dell'Erario.

5. Conclusioni

Come si è visto, il quadro normativo delle disposizioni relative alle importazioni, ai depositi IVA, alle triangolazioni e alle rispettive sanzioni è radicalmente mutato nel corso degli anni. In particolare, sono numerosi gli interventi in chiave eurounitaria che hanno consentito di introdurre una disciplina sempre più armonizzata dell'Imposta sul Valore Aggiunto.

Nel presente lavoro si è cercato di cogliere le novità di tali interventi: soprattutto gli approdi giurisprudenziali, sia quelli resi internamente dalla Suprema Corte di Cassazione che quelli emanati dalla Corte di giustizia dell'Unione europea, hanno consentito una applicazione sempre più uniforme delle disposizioni.

Se con riguardo all'importazione, ai depositi fiscali e alle triangolazioni il principio di fondo che sembra regolare le singole materie è quello della prevalenza della sostanza della forma, l'aspetto sanzionatorio è improntato al fondamentale principio di proporzionalità.

Soffermandosi su quest'ultimo – la cui portata applicativa risulta essere molto rilevante – si precisa che esso postula che la misura prescelta dall'ordinamento o dalla prassi amministrativa sia:

- 1) adeguata al fine;
- 2) necessaria, cioè nel senso che deve essere la meno invasiva possibile della sfera patrimoniale del contribuente rispetto ad altre misure alternative;
- 3) rispettosa dell'equo bilanciamento tra l'interesse fiscale, che rappresenta un vantaggio per tutta la collettività, e i diritti soggettivi del singolo, che non possono essere compromessi rispetto a quanto è oggettivamente necessario per preservare i diritti dell'Erario.

Il principio di proporzionalità, si atteggia quindi come un criterio guida nell'interpretazione e nelle decisioni sia da parte dell'Amministrazione finanziaria dei giudici nazionali, rappresentando un efficace baluardo contro il formalismo che sovente serpeggia sia nella legislazione che nella prassi amministrativa.

In un momento storico in cui vengono estesi a dismisura i poteri

dell'Amministrazione finanziaria, vengono ampliati gli istituti facenti riferimento alla c.d. *cooperative compliance*, ancora, vengono estesi gli istituti deflattivi del contenzioso tributario (da ultimo l'innalzamento della soglia del reclamo), insomma, in un'era fiscale in cui l'Amministrazione finanziaria si presenta come protagonista assoluta nella gestione del rapporto tributario, col malcelato fine di circoscrivere la tutela davanti al giudice tributario, essa assume una funzione alta, ossia quella che Allorio chiamava la "funzione giustiziale" dell'Amministrazione finanziaria,⁵⁷ per cui il processo dovrebbe diventare l'ultima *ratio* della tutela del contribuente.

Appare chiaro che, quindi, sempre più nel diritto tributario il fine di giustizia è rimesso all'Amministrazione finanziaria.

Pertanto, in tale contesto, la funzione giustiziale non può essere svolta dall'Amministrazione finanziaria senza che il suo agire sia improntato ai principi europei, in particolare quello di proporzionalità, che, in estrema sintesi, può essere declinato come l'agire basato sulla logicità e sul buon senso.

Alla luce della sopracitata analisi dell'evoluzione degli istituti in parola, mi pare evidente che sia stato raggiunto un elevato livello di armonizzazione: ciò sulla scorta tanto degli interventi giurisprudenziali interni ed eurounitari, quanto sull'applicazione dei principi di matrice europea, ossia di prevalenza della sostanza sulla forma e di proporzionalità, che hanno influenzato il legislatore nello svolgimento dell'attività di normazione.

⁵⁷ Secondo lo spunto di E. ALLORIO, *Diritto processuale tributario*, Torino, 1969. Secondo l'Autore le Autorità fiscali, investite di una "funzione giustiziale", non hanno solo il compito di salvaguardare un limitato vantaggio patrimoniale e una definitività dei rapporti. La loro funzione è soprattutto quella di essere corrette con i contribuenti, dalla cui iniziativa giunge ormai la totalità del gettito tributario.

I nuovi strumenti di prevenzione della corruzione: ambito giuridico soggettivo e indicatori di rischio

di Angelo Francini

Cultore di Diritto dell'economia
Università degli Studi di Bologna

ABSTRACT

The article highlights the innovation of the most markedly preventive approach to the fight against corruption introduced in Italy by Law no. 190 in 2012, in accordance with international and supranational initiatives.

Focusing on the national level, the document underlines how the preventive purpose characterizes as much the evolution of the bodies appointed to fight corruption, up to the current ANAC, as the identification of measurement tools not only of the existing corruption but, above all, of the risk of the occurrence of corruptive episodes.

Always with the aim of enhancing the preventive aspect of the provisions, the article refers to the regulations relating to administrative liability as per Legislative Decree no. 231 of 2001 and emphasizes the guiding role played by ANAC through the issue of specific guidelines which classify the obligations to be fulfilled by the institutions according to the institutions type.

SINTESI

L'articolo evidenzia l'innovazione dell'approccio più marcatamente preventivo della lotta alla corruzione introdotto in Italia dalla Legge n. 190 del 2012, in coerenza con iniziative internazionali e sovranazionali.

Concentrandosi sull'ambito nazionale, il contributo sottolinea come la finalità preventiva caratterizzi tanto l'evoluzione degli organismi deputati a contrastare la corruzione, fino ad arrivare all'attuale ANAC, quanto l'individuazione di strumenti di misurazione non solo della corruzione esistente ma, soprattutto, del rischio del verificarsi di episodi corruttivi.

Sempre con l'obiettivo di valorizzare il carattere preventivo delle disposizioni, l'elaborato richiama la normativa relativa alla responsabilità amministrativa di cui al D.Lgs. n. 231 del 2001 e sottolinea il ruolo di indirizzo svolto da ANAC attraverso l'emanazione di specifiche linee guida che graduano gli obblighi e gli adempimenti a carico degli enti a seconda della loro tipologia.

SOMMARIO: 1. I Caratteri del fenomeno corruttivo – 2. Gli organismi pubblici per il contrasto al fenomeno corruttivo – 3. Il nuovo ambito giuridico soggettivo di applicazione delle disposizioni normative in tema di trasparenza e anticorruzione, D.Lgs. n.97/2016: ruoli e responsabilità – 3.1. Società a controllo pubblico – 3.2. Società indirettamente controllate – 3.3. Società a partecipazione pubblica non di controllo – 3.4. Società quotate – 3.5. Altri enti di diritto privato in controllo pubblico – 3.6. Altri enti di diritto privato a partecipazione pubblica non di controlli – 3.7. Enti pubblici economici – 3.8.

Compiti delle Amministrazioni controllanti partecipanti – 4. Gli indicatori di rischio: nuovo strumento anticorruzione – 5. Osservazioni conclusive

1. I caratteri del fenomeno corruttivo

La corruzione non è un fenomeno circoscritto a determinate epoche storiche ma accompagna sin dall'antichità lo svolgimento delle funzioni pubbliche e tende a crescere con l'ampliarsi di queste, secondo meccanismi simili nei vari paesi.¹

A partire dagli anni Novanta, in Italia, l'attenzione verso la corruzione è andata intensificandosi e ha portato, soprattutto negli ultimi decenni, all'emanazione di disposizioni normative sempre più incisive.

Nello stesso periodo, a livello sovranazionale e internazionale sono state avviate iniziative da istituzioni quali l'OCSE, il Parlamento europeo e l'ONU.

Alcune di dette iniziative si caratterizzano per aver introdotto disposizioni innovative, come la "Convenzione anticorruzione di pubblici ufficiali stranieri in operazioni economiche internazionali", approvata dall'OCSE il 21 novembre 1997 ed entrata in vigore il 15 febbraio 1999, in un periodo in cui, in quasi tutti gli Stati aderenti, la corruzione dei pubblici ufficiali stranieri non integrava gli estremi di reato;² altre affermano il ruolo fondamentale ricoperto dalla cooperazione internazionale nella lotta alla corruzione, quale la Convenzione delle Nazioni Unite UNCAC (*United Convention Against Corruption*), c.d. Convenzione Merida, assunta dall'ONU il 31 ottobre 2003,³ che sollecita gli Stati membri ad adottare misure repressive contro il fenomeno della corruzione ed impone politiche di prevenzione con specifiche forme di cooperazione internazionale, a partire dall'assistenza giudiziaria nel campo della raccolta e della trasmissione di elementi di prova, estradizione, congelamento, sequestro e confisca dei proventi della corruzione fino all'importante novità della mutua assistenza giudiziaria anche in assenza di doppia incriminazione.

Altre iniziative, ancora, mirano a semplificare gli strumenti per la lotta alla

¹ Si rinvia, per tutti, a B.G. MATTARELLA, *Le regole dell'onestà*, Bologna, 2007, pp. 15-16.

² Convenzione ratificata dall'Italia con la L. 29 settembre 2000, n.300.

³ Convenzione in vigore dal 2005.

corruzione e, tra essi, si ricorda l'istituzione di un Registro per la trasparenza congiunta europea⁴ voluto nel 2011 dal Parlamento europeo con l'unificazione di due diversi registri, quello del Parlamento stesso e quello della Commissione europea.

A livello sovranazionale, inoltre, attenzione specifica viene riservata anche alla tutela dei soggetti danneggiati dalla corruzione con la sollecitazione agli Stati di introdurre di misure di indennizzo, come riportato dalla Convenzione Civile sulla Corruzione, firmata a Strasburgo nell'ambito del Consiglio d'Europa nel 1999.

Le iniziative sopra citate attestano, dunque, come la corruzione sia un fenomeno multidimensionale di difficile definizione, in quanto di difficile identificazione, che coinvolge simultaneamente l'ordinamento giuridico ed il sistema economico e sociale, rendendo necessario un approccio multidisciplinare.⁵

Comprendere, dunque, la natura di tale fenomeno non è operazione agevole, dovendosi indagare molteplici fattori il cui peso può variare a seconda della prospettiva d'esame.

Si può infatti optare per una interpretazione amplissima, comprendente tutti quei comportamenti che prevedono la violazione di un interesse della collettività a vantaggio di quello di un soggetto particolare,⁶ ovvero spingersi ad altre interpretazioni che si riferiscono ai soli reati contro la Pubblica Amministrazione disciplinati dal codice penale.⁷

Tra i modelli teorici elaborati per lo studio della corruzione sia in ambito economico che sociologico quello del *Principal Agent Problem* risponde

⁴ Accordo interistituzionale (All) sul registro comune per la trasparenza del Parlamento e della Commissione, approvato con decisione del Parlamento europeo in data 11 maggio 2011 sulla conclusione di un accordo interistituzionale tra Parlamento europeo e Commissione europea (2010/2291 - ACI).

⁵ R. INGRASSIA, *Economia, organizzazioni criminali e corruzione*, Roma, 2018, pp. 11-22; G. MAROTTA, *Aspetti criminologici del fenomeno corruttivo*, in *Revista Brasileira de Estudos Politicos*, n.115/2017, p. 321.

⁶ S. CORREY, *The struggle to define corruption through history*, in www.abc.net.au/radionational/programs/rearvision/the-struggle-to-define-corruption-through-history/6462784, 2015.

⁷ M.A. TESI, *Le tipologie della corruzione*, Torino, 2012, p. 77.

maggiormente all'esigenza degli operatori in quanto accomuna diversi approcci e comprende le varie tipologie di corruzione.⁸

Secondo tale modello la collettività delega ai funzionari pubblici il potere decisionale per realizzare determinati interessi collettivi ma i funzionari, venendo meno al loro mandato, abusano del potere conferitogli per realizzare, invece, interessi personali, sfruttando asimmetrie informative e scarsità di controlli.

Il modello pone l'eccesso di burocrazia, una legislazione farraginosa, composta da norme contenute in più atti non adeguatamente coordinati tra loro e spesso di difficile comprensione, e l'alta pressione fiscale, tra le cause principali del fenomeno corruttivo.

La confusione normativa incentiva infatti la deresponsabilizzazione dei pubblici funzionari e il rischio di comportamenti arbitrari in quanto, rendendo difficile l'individuazione della norma da applicare al caso concreto, lascia loro ampia discrezionalità: in questo senso, «la burocrazia così è vittima del disordine normativo ma allo stesso tempo se ne avvantaggia, perché esso copre i privilegi, giustifica le inefficienze ed aumenta la discrezionalità».⁹

Importanti Scuole economiche, come la corrente che si sviluppa nell'ambito di quella di Chicago a partire dagli anni Cinquanta e si afferma negli anni Settanta ed Ottanta, fondandosi sul paradigma neoclassico dell'efficienza dei mercati concorrenziali, ritengono che l'intervento pubblico in economia disincentivi gli investimenti privati comportando la direzione pubblica del mercato, riduca la competitività fornendo una serie di garanzie attraverso la legislazione sociale,¹⁰ e favorisca l'insorgere di occasioni di corruzione: maggiori, infatti, sono i vincoli e le condizioni da rispettare da parte degli operatori economici privati, maggiori sono le occasioni in cui, direttamente o indirettamente, il mondo dell'imprenditoria e gli apparati burocratici, venendo in contatto, possono dare

⁸ G. BECKER, *Crime and Punishment. An Economic Approach*, *Journal of Political Economy*, vol. 76/1968, p. 176; Relazione ANAC del 6 luglio 2017, parte II, cap. 3, pp. 52-53.

⁹ B.G. MATTARELLA, *op. ult. cit.*, p. 41; B.G. MATTARELLA, *La trappola delle leggi*, Bologna, 2011, p. 133.

¹⁰ F. COCOZZA, *Profili di diritto costituzionale applicato all'economia*, Torino, 1999, p. 41.

vita al fenomeno corruttivo.

Secondo l'impostazione liberista, la Scuola di Chicago attribuisce all'intervento pubblico l'instaurarsi di un "circolo vizioso" che alimenta la spesa pubblica, fa crescere il disavanzo ed inasprisce la pressione fiscale.¹¹

La Scuola di Chicago pone, quindi, il libero mercato a fondamento del sistema economico, assegnando un ruolo secondario all'intervento pubblico: in base a tale impostazione, l'economia di mercato, ovvero il libero e volontario scambio tra individui (guidati dal proprio interesse), è garanzia del raggiungimento di una situazione di equilibrio.

Analogamente ad altre teorie che focalizzano l'attenzione su una causa specifica, anche questa è soggetta a contestazioni suffragate da esempi concreti.

Nel caso in questione, la realtà dei Paesi scandinavi testimonia come non sempre la forte presenza statale comporti un altrettanto forte presenza della corruzione. Inoltre, l'assunto di considerare tali Paesi una semplice anomalia non è fondato in quanto gli stessi hanno istituzioni e forme di Stato e di Governo che sono presenti anche in Paesi in cui, invece, la corruzione è radicata in modo massiccio.

Pare eccessivo, inoltre, ritenere, come invece sostengono gli appartenenti alla Scuola di Chicago, che alla sola esclusione dell'intervento pubblico consegua l'immediata riduzione della corruzione poiché la promozione di logiche ultraliberiste potrebbe comportare l'affermazione dell'assunto della liceità dell'utilizzo di qualsiasi mezzo.

Apparati burocratici efficienti, al contrario, sono un elemento necessario, pur se non sufficiente, al contenimento del fenomeno.

Il rilievo riconosciuto agli effetti distorsivi della corruzione sull'economia ha fatto sì che molti studiosi abbiano indagato ed indaghino tuttora i fattori che maggiormente determinano tali effetti.

¹¹ F. COCOZZA, *op. ult.cit.*, p. 41.

Secondo Klitgaard,¹² l'intensità del rischio del verificarsi della corruzione è direttamente proporzionale all'aumentare della discrezionalità degli agenti pubblici ed alla presenza di loro posizioni monopolistiche di rendita oltre che alla scarsa incisività dei sistemi di controllo.

Pur riconoscendo l'esistenza della relazione tra i diversi fattori indicati da Klitgaard ed il fenomeno corruttivo, è indispensabile richiamare l'importanza della dimensione morale e del ruolo della società civile, come esposto in più occasioni dall'economista Stefano Zamagni¹³ e trattato più approfonditamente nelle conclusioni.

Infatti, non è sufficiente la sola presenza di apparati pubblici efficienti ed efficaci se questi non operano in un tessuto sociale permeato da valori morali: pensare di arginare una problematica, anche etica, senza la promozione di una morale positiva e la diffusione di valori condivisi tra le parti sociali pare inutile e controproducente.¹⁴

Anche in modo intuitivo è agevole comprendere che la corruzione non può che produrre effetti negativi. Detti effetti, inoltre, non sono circoscritti ai singoli atti posti in essere da corrotto e corruttore ma si espandono, con meccanismi non sempre facilmente identificabili, all'intero sistema economico e sociale in modo sia diretto, come conseguenza di un dato episodio, che indiretto, quale fonte di condizionamento delle relazioni.

Uno degli effetti certi, tanto diretto quanto indiretto, del fenomeno corruttivo è la distorsione dell'allocazione delle risorse, sia pubbliche che private, con conseguente inefficiente gestione della spesa pubblica e, talvolta, anche aumento della stessa.

Nello specifico, un episodio di corruzione, ad esempio nell'ambito della gestione di una gara d'appalto, incide direttamente sull'allocazione delle risorse

¹² R. KLITGAARD, *Controlling Corruption*, Berkeley and Los Angeles, 1988.

¹³ S. ZAMAGNI, *Corruzione, capitale sociale, sviluppo* in AICCON, *Le giornate di Bertinoro*, XV Edizione, 2015.

¹⁴ S. ZAMAGNI, *op. ult. cit.*, p. 8.

relative a quella relazione ma, contemporaneamente, espande il suo effetto negativo sulla distribuzione delle risorse dell'intero sistema condizionando anche l'indotto e frenando la competitività.

Altre conseguenze sono il condizionamento del mercato, la forzata riduzione della competitività, magari con imposizione di barriere all'entrata, il distorto funzionamento dei prezzi, il prevalere degli interessi particolari delle *lobbies* nelle decisioni pubbliche, la riduzione degli investimenti destinati alla ricerca di innovazione, cui vengono preferite attività spesso legate alla criminalità organizzata con l'unico risultato di replicare i fenomeni corruttivi, ed il rallentamento dello sviluppo.

Ostacolando la crescita economica, la corruzione incide sul tasso di crescita dei redditi più bassi acuendo le disuguaglianze.¹⁵

A conferma della necessità di un approccio multidimensionale, si possono citare gli studi dell'economista Gary Becker, il quale¹⁶ definisce la corruzione un crimine di calcolo ed elabora una funzione matematica che individua i diversi fattori che incidono sull'esistenza della stessa, tra i quali rivestono particolare rilievo le pene edittali, la probabilità di condanna, l'entità del ricavato di condotte alternative e non illecite, l'intensità della propensione al rischio dell'agente.

Nella costruzione della funzione matematica lo stesso Becker, presupponendone la razionalità, evidenzia che le scelte dell'agente seguiranno il principio di utilità secondo il quale l'utilità attesa si riduce a fronte dell'inasprimento delle pene ed in un sistema di repressione efficiente.

Particolare rilievo viene rivestito dalla minore o maggiore propensione al

¹⁵ Relazione dimostrata dal coefficiente di Gini. Detto coefficiente, introdotto dallo studioso di statistica italiano Corrado Gini, è una misura della disuguaglianza di una distribuzione. È spesso usato come indice di concentrazione per misurare la disuguaglianza nella distribuzione del reddito o anche della ricchezza. È un numero compreso tra 0 ed 1. Valori bassi del coefficiente indicano una distribuzione abbastanza omogenea mentre valori alti indicano una distribuzione più diseguale. Il valore 0 corrisponde alla pura equidistribuzione, ad esempio la situazione in cui tutti percepiscono esattamente lo stesso reddito; mentre il valore 1 corrisponde alla massima concentrazione, ovvero la situazione dove una persona percepisce tutto il reddito del paese mentre tutti gli altri hanno un reddito nullo.

¹⁶ G. BECKER, *op. ult. cit.*, pp. 169-216.

rischio del soggetto: infatti, una scarsa propensione al rischio non verrà influenzata tanto dalla diminuzione delle pene quanto da un'uguale riduzione percentuale del rischio di ricevere una condanna per il crimine commesso e la situazione si ribalterà nel caso in cui vi sia una forte propensione al rischio.

Rischio di condanna ed entità della pena si condizionano vicendevolmente in quanto, ad esempio, un aumento del massimo della pena avrà un impatto ridotto in un sistema in cui è semplice sfuggire alla comminazione della stessa mentre, viceversa, anche in un sistema in cui le probabilità di venire scoperti e condannati sono elevate, sarà possibile il proliferare della corruzione se le pene sono lievi.

Dette riflessioni devono guidare le risposte di tipo penalistico approntate per combattere il fenomeno.

Inoltre, la corruzione si modifica secondo logiche di adattamento all'ambiente, ad esempio, come tangente potrà passare inosservata se frazionata in più *tranche* elargite in diversi momenti, camuffata in donazione o mimetizzata tra le fatture grazie a prestanome ed altri *escamotage*.

La dinamica capacità di assumere le sembianze più diverse, talvolta di difficile individuazione, rende ancor più necessaria la predisposizione di strumenti affidabili per quantificare il livello e l'impatto economico della corruzione e per misurare il peso dei vari fattori che la influenzano.

Proprio detta consapevolezza ha fatto sì che, nell'ultimo ventennio, si sviluppassero varie modalità di misurazione della corruzione.

Gli indicatori meno recenti prendono a riferimento la percezione del fenomeno e si suddividono in soggettivi ed oggettivi.

Tra i primi, uno dei più noti e strutturati è il *Corruption Perception Index* (CPI),¹⁷ elaborato dall'ONG Transparency International ed utilizzato sino dal 1995, che si avvale di sondaggi ed interviste ad esperti. Altri sono l'indice di controllo della corruzione (CCI), elaborato dalla Banca Mondiale, e l'*Index of Public Integrity*

¹⁷ L'indice viene utilizzato per creare una graduatoria delle Nazioni ordinata sulla base del livello di corruzione percepito, ottenuta attribuendo a ciascun paese un voto tra 0 e 100, dove 0 corrisponde al massimo livello di corruzione e 100 all'assenza totale.

(IPI)¹⁸ che analizza la trasparenza della sfera pubblica, l'apertura dei mercati e la libertà di stampa al fine di valutare il livello di opposizione alla corruzione dello specifico sistema.

Detti indici sono accomunati dalla capacità di affrontare il fenomeno della corruzione in modo globale guardando agli aspetti diretti ed indiretti. Sono molto utilizzati in quanto, essendo sintetici e facilmente confrontabili, hanno il pregio di consentire di stilare classifiche. Presentano, però, il limite, intrinseco alla loro stessa natura, di riferirsi a mere percezioni, pur se coadiuvate da altri elementi.

Gli indicatori oggettivi tengono conto di testimonianze dirette e non, invece, di semplici percezioni, oltre che di denunce e sentenze emesse in relazione al fenomeno.

Come rappresentato dal Presidente Cantone¹⁹ nel suo intervento al Seminario "G7 High level Workshop on Corruption Measurement" del 27 ottobre 2017, si tratta di indicatori che, fondandosi solo su fatti rilevati, non consentono di inquadrare e misurare l'effettiva dimensione del fenomeno corruttivo ma solo di indagarne la parte emersa.

Il Presidente Cantone sottolinea l'ambivalenza e la difficoltà della materia ricordando come SAeT²⁰ nel 2010 avesse ritenuto che in Italia non ci fosse un'emergenza corruzione fondando la propria valutazione sui soli dati del Ministero dell'Interno relativi, appunto, ai soli reati registrati.

Nella sua esposizione, il Presidente Cantone afferma che «si tratta di numeri inaffidabili dal punto di vista quantitativo e temporale: dietro una singola sentenza di condanna possono celarsi molti episodi di corruzione» che, peraltro, possono essersi verificati nell'arco di più anni.

Analogamente, evidenzia i limiti degli indicatori soggettivi, ovvero la mancanza

¹⁸ Indice elaborato e compilato da *European Research Centre for Anti-Corruption and State Building*.

¹⁹ Presidente dell'Autorità Nazionale Anticorruzione dal 28 aprile 2014.

²⁰ Servizio Anticorruzione e Trasparenza del Dipartimento della Funzione Pubblica, istituito presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri, organismo anticorruzione antecedente alle innovazioni che, nel 2012, porteranno all'attuale ANAC.

di trasparenza per l'individuazione del campione oggetto di valutazione e la difficoltà ad attuare un effettivo confronto tra le diverse situazioni nazionali in ragione della scarsa omogeneità dei criteri.

Ciò nonostante, riconosce comunque l'importanza del principale indicatore soggettivo, ovvero *del Corruption Perception Index (CPI)*, per la sua capacità di misurare il grado di fiducia dei cittadini verso le Istituzioni.

Un ulteriore passo in avanti per la comprensione del fenomeno corruttivo si è compiuto nel momento in cui ai parametri già descritti, che si fondano sulla registrazione dell'esistente, si sono affiancati indicatori finalizzati anche a verificare l'efficacia dei presidi anticorruzione, evidenziando situazione patologiche.

Tali indicatori, denominati indicatori di rischio e trattati approfonditamente di seguito, sono il frutto di una visione prospettica volta a ricercare i possibili strumenti per limitare e prevenire la corruzione in una logica sistemica.

Secondo quanto affermato dal Presidente Cantone nel citato intervento, la parzialità delle visioni, la carenza di dati e la difficoltà di misurazione del fenomeno evidenziano i limiti delle singole categorie di indicatori e suggeriscono la strada del loro utilizzo coordinato: si conferma la necessità che gli indicatori vengano elaborati a livello sovranazionale affinché possano essere un valido baluardo contro la corruzione, così da consentire valutazioni comparative tra le diverse situazioni nazionali.

Come gli indicatori sono stati sempre più finalizzati alla prevenzione della corruzione più che alla registrazione dello *status quo*, analogamente, le istituzioni italiane anticorruzione hanno visto, nel tempo, rafforzare le loro funzioni preventive.

2. Gli organismi pubblici per il contrasto al fenomeno corruttivo

La genesi degli organismi istituiti in Italia per la lotta alla corruzione, con le innovazioni introdotte nel 2012 dalla L. n.190, pone al centro del disegno normativo l'obiettivo della prevenzione ed assegna centralità all'Autorità

Nazionale Anticorruzione (ANAC) istituita a conclusione del processo di seguito sintetizzato.

In Italia, in coerenza con le disposizioni internazionali ed europee finalizzate a contrastare la corruzione, già nel 2003, con la legge n.3, era stato istituito l'Alto Commissario per la prevenzione ed il contrasto della corruzione e delle altre forme di illecito nella Pubblica Amministrazione.

Detta istituzione si poneva quale risultato delle iniziative di coordinamento internazionale nella lotta alla corruzione avviate dalla fine degli anni Novanta che, nel 1997, avevano portato alla sottoscrizione di due importanti convenzioni: a Bruxelles, della Convenzione relativa alla lotta contro la corruzione nella quale sono coinvolti funzionari delle Comunità europee o degli Stati membri dell'UE e, a Parigi, della già citata Convenzione OCSE sulla lotta alla corruzione di pubblici ufficiali stranieri nelle operazioni economiche internazionali, entrambe ratificate dall'Italia con la L. n.300 del 2000 con conseguenti innovazioni anche del codice penale.

Nello specifico, alla L. n.300 si deve l'introduzione dell'articolo 322-bis c.p. e la modifica degli articoli 321 c.p. e 322 c.p..

L'Alto Commissario aveva essenzialmente compiti di indagine conoscitiva ed era un'autorità essenzialmente priva di poteri.²¹

L'Alto Commissario fu poi soppresso nel 2008 con il D.L. n.112 del 2008, convertito nella L. n.133 del 2008, che ne assegnò le competenze al Servizio anticorruzione e trasparenza del Dipartimento della Funzione pubblica.

Solo nel 2012, con la L. n.190, si individuò in un organismo già esistente, ovvero nella CIVIT,²² il soggetto cui affidare funzioni di lotta alla corruzione come autorità indipendente. L'anno successivo, CIVIT fu rinominata ANAC.

La CIVIT, essendo riconducibile al modello dell'autorità amministrativa indipendente, dotata quindi di indipendenza e poteri sanzionatori, poteva agire

²¹ B.G. MATTARELLA, *Le regole dell'onestà*, Bologna, 2007, p. 19.

²² Commissione per la valutazione, l'integrità e la trasparenza nelle Pubbliche Amministrazioni, istituita con D.Lgs. n.150 del 2009.

con maggior efficienza del precedente Servizio anticorruzione e trasparenza, che era, invece, incardinato nel Dipartimento della Funzione pubblica.

In una prima fase, però, alcune funzioni di CIVIT/ANAC erano strettamente collegate ad altre del Dipartimento della Funzione pubblica con conseguenti condizionamenti reciproci che potevano determinare anche situazioni di incertezza, oltre che di inefficienza.

Esemplificativo della sovrapposizione delle competenze assegnate ai due organi è il processo di compilazione del Piano nazionale anticorruzione (PNA) cui, secondo la legge, dovevano fare seguito i Piani triennali anticorruzione (PTPC) che le singole Pubbliche Amministrazioni dovevano adottare entro il mese di gennaio: infatti, il primo PNA fu approvato dall'Autorità solo nel mese di luglio 2013, dopo essere stato predisposto dal Dipartimento della Funzione Pubblica, con evidente allungamento dei tempi.

Proprio in ragione di dette criticità, nel 2014 il sistema fu nuovamente modificato con il D.L. n.90/2014 convertito in legge n.114/2014 e ANAC assunse le caratteristiche attuali.

Gradatamente, il quadro normativo ha modificato la situazione attribuendo ad ANAC, accanto alle funzioni in materia di prevenzione della corruzione e promozione della trasparenza, i compiti dell'Autorità per la Vigilanza sui Contratti Pubblici di lavori, servizi e forniture (AVCP),²³ incorporata, appunto, in ANAC stessa.

Il D.L. n.90/2014 segna, quindi, una tappa fondamentale nell'evoluzione dell'Autorità in quanto ne individua la mission istituzionale²⁴ nello svolgimento di un'azione efficace di prevenzione e contrasto alla corruzione nelle Pubbliche Amministrazioni, in tutti gli ambiti di intervento, primo tra tutti quello dei contratti pubblici, particolarmente esposto a forme di illegalità e cattiva gestione.

Attraverso il controllo svolto da ANAC sull'applicazione delle norme previste

²³ Autorità istituita con il D.Lgs. n.163 del 2006 quale evoluzione dell'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici nata nel 1994, con la L. n.109 (Legge Merloni).

²⁴ R. DE NICTOLIS, *Il nuovo codice dei contratti pubblici*, in Urb. e App., 2016, p. 513.

per la prevenzione della corruzione e di quelle in materia di trasparenza sulle attività delle Pubbliche Amministrazioni si intende superare la logica di tipo formale²⁵ di controllo sugli esatti adempimenti posti in essere nell'ambito di gare e concessioni.²⁶

Con la stessa finalità, vengono rafforzati anche i poteri sanzionatori di ANAC. L'attuale assetto normativo introdotto dalle nuove disposizioni di cui alla L. n.190/2012, come integrata e modificata dal D.L. n.90/2014 e dal D.Lgs. 25 maggio 2016, n.97, attuativo della Legge delega 7 agosto 2015, n.124, delinea un sistema caratterizzato da un'azione strategica che si sviluppa, a livello centrale, attraverso ANAC, e, a livello decentrato, attraverso le singole Amministrazioni.

Si tratta di un sistema in cui il Piano Nazionale Anticorruzione, adottato da ANAC a livello centrale, indirizza i singoli Piani di Prevenzione della Corruzione, assunti sui territori dalle singole Pubbliche Amministrazioni, di cui al D.Lgs. 30 marzo 2001, n.165.

L'elemento innovativo²⁷ consiste proprio nella valorizzazione delle capacità delle singole organizzazioni che sono chiamate non solo a dare attuazione al PNA predisposto da ANAC, ai sensi dell'articolo 1 del D.Lgs. 25 maggio 2016, n.97, ma anche a introdurre iniziative volte a contrastare il fenomeno corruttivo nello specifico contesto.

Il PNA, in quanto atto di indirizzo per le P.A. finalizzato all'adozione di misure di prevenzione della corruzione integrative di quelle assunte ai sensi del D.Lgs. 8 giugno 2001, n.231, a suo tempo emanato per introdurre il principio della responsabilità amministrativa degli enti, fa da cornice alle misure preventive

²⁵ Cfr. B.G. MATTARELLA, *La trappola delle leggi*, Bologna, 2011, p. 138. Egli osserva che «il rispetto formale della legge non sempre va di pari passo con la buona amministrazione. I magistrati che indagano sugli episodi di corruzione raccontano che i loro sospetti si rafforzano quando in una procedura, per esempio in una gara di appalto, tutte le regole sono perfettamente rispettate. Recentemente il Presidente della Corte dei conti, nel corso di una audizione parlamentare, ha osservato: il "pactum sceleris" tra corruttore e corrotto si fonda, nella maggior parte dei casi, sull'adeguamento formale alle norme».

²⁶ N. PARISI e M.L. CHIMENTI, *Il ruolo dell'ANAC nella prevenzione della corruzione in materia di appalti pubblici*, in *Dir. Comm. Int.*, 2015, 2, pp. 419 e ss..

²⁷ C. POLIDORI, *La nuova disciplina degli appalti pubblici*, Roma, 2016, p. 137.

obbligatorie per legge e da punto di riferimento per le ulteriori misure che le Amministrazioni e gli Enti individuano in ragione delle proprie peculiarità, sempre in coerenza con il livello nazionale.²⁸

Ai sensi dell'art. 1, co. 16, della L. n. 190/2012, il PNA definisce le quattro aree di rischio comuni ed obbligatorie:

- 1) *acquisizione e progressione del personale;*
- 2) *affidamento di lavori, servizi e forniture;*
- 3) *provvedimenti ampliativi della sfera giuridica dei destinatari privi di effetto economico diretto ed immediato sui destinatari stessi;*
- 4) *provvedimenti ampliativi della sfera giuridica dei destinatari con effetto economico diretto ed immediato sui destinatari stessi.*

Il disegno normativo, sviluppando la logica del *risk management*, fa seguire all'analisi organizzativa ed all'individuazione dei possibili vettori della corruzione, la valutazione dei rischi e la programmazione delle attività di contrasto degli stessi, anche implementando i sistemi di controllo già in uso.

Nell'ambito di ogni Pubblica Amministrazione e di ogni soggetto obbligato alle disposizioni anticorruzione, di cui si dirà di seguito,²⁹ attori della lotta alla corruzione e per la trasparenza sono individuati negli Organi di indirizzo, nei Responsabili della prevenzione della corruzione e della trasparenza, negli Organismi indipendenti di valutazione.

In primis l'Organo di indirizzo dispone di rilevanti competenze tra cui:

- *la nomina del Responsabile della prevenzione della corruzione e della trasparenza (RPCT), scelto tra dirigenti che non collaborino direttamente con l'Organo di indirizzo medesimo e che non siano preposti ad attività ad alto rischio corruttivo;*
- *l'adozione del Piano su proposta del Responsabile della prevenzione della corruzione e trasparenza e la successiva trasmissione ad ANAC.*

²⁸ M. GIORDANO - M. GIUA - F. STELLA - V. MIRRA - D. CORRADINI, *L'anticorruzione - normativa, strumenti operativi e sociali*, Bologna, 2015, p. 33.

²⁹ Si veda il paragrafo 3.

Obiettivo fondamentale dell'Organo di indirizzo è garantire che il Responsabile possa esercitare in piena autonomia funzioni e poteri idonei allo svolgimento dell'incarico.³⁰

Al Responsabile della prevenzione della corruzione e della trasparenza sono affidati³¹ i compiti di:

- *proporre il Piano, verificandone l'idoneità e l'efficacia di attuazione;*
- *adeguare il Piano in seguito a modifiche organizzative o ad attività dell'Amministrazione;*
- *individuare il personale operante nei settori che il Piano identifica come maggiormente esposti al rischio corruttivo per l'inserimento in programmi formativi su etica e legalità;*
- *verificare con i dirigenti competenti la rotazione degli incarichi relativi ad attività ad alto rischio di corruzione;*
- *redigere e presentare entro il 15 dicembre di ogni anno la relazione annuale all'Organo di indirizzo ed all'Organismo indipendente di valutazione;*
- *pubblicare tale relazione sul sito internet dell'Amministrazione;*
- *comunicare ad ANAC la presenza di eventuali misure discriminatorie nei suoi confronti in ragione dello specifico potere dell'Autorità di richiedere il riesame dell'eventuale provvedimento di revoca dell'incarico.*

Ripetute violazioni del Piano pongono in capo a detta figura la responsabilità dirigenziale per omesso controllo la quale, ove il Responsabile dimostri di avere adempiuto correttamente ai propri doveri, ricade sui dirigenti.³²

A fronte di un reato di corruzione, accertato con sentenza passata in giudicato, per non incorrere in sanzioni disciplinari ed erariali, il Responsabile deve dimostrare di avere adempiuto ai propri doveri con la predisposizione di un adeguato Piano triennale prima della commissione del reato e di avere vigilato

³⁰ Art. 1, comma 7, L. n.190/2012.

³¹ Art. 1, commi da 8 a 10, L. n.190.

³² Art. 1, comma 14, L. n.190/2012.

sul funzionamento e l'osservanza dello stesso.³³

Infine l'Organismo Indipendente di Valutazione (OIV) verifica la coerenza degli obiettivi stabiliti dall'Organo di indirizzo sia con i Piani di prevenzione della corruzione e della trasparenza sia con la relazione del Responsabile Prevenzione Corruzione e Trasparenza. Può chiedere informazioni al Responsabile e sentire i dipendenti; esso inoltre riferisce ad ANAC sullo stato di attuazione delle misure di prevenzione della corruzione e della trasparenza³⁴ ed è tenuto ad attestare l'effettivo assolvimento degli obblighi di pubblicazione previsti dall'art. 14, co. 4, lett. g), del D.Lgs. n.150/2009, concentrando l'attività di monitoraggio su quelli ritenuti particolarmente rilevanti sotto il profilo dell'uso delle risorse pubbliche.

Proprio allo scopo di verificare la pubblicazione di quanto previsto dalla normativa, con la deliberazione n.141 del 21 febbraio 2018, ANAC ha individuato specifiche categorie di dati per le quali gli OIV (ex art. 44 del D.Lgs. n.33/2013 o gli organismi con funzioni analoghe nelle Amministrazioni e negli Enti di diritto privato che non abbiano un OIV) sono tenuti ad attestare la pubblicazione al 31 marzo 2018 ed ha predisposto il modello denominato, appunto, Documento di attestazione fornito quale Allegato 1.1 alla stessa delibera.

Detta attestazione va pubblicata a cura del **Responsabile prevenzione corruzione e trasparenza** nella sezione "Amministrazione trasparente" o "Società trasparente" entro il 30 aprile 2018:³⁵ tale onere condiviso tra i vari attori è quello di garantire che le azioni messe in campo siano adeguate alla peculiarità dello specifico contesto.

Testimonianza che il nuovo sistema mira a valorizzare l'apporto delle singole organizzazioni è rappresentata altresì dal fatto che una mera applicazione formale del PNA si configura quale elusione delle disposizioni in materia.

Oltre alla formulazione ed adozione del PNA, le funzioni di ANAC sono molteplici e riguardano ambiti diversi, con differenti livelli di incisività.

³³ Art. 1, comma 12, L.n.190/2012.

³⁴ Art. 1, comma 8-bis, L. n.190/2012.

³⁵ Delibera ANAC n.141/2018, paragrafo 3, p. 11.

I poteri e i compiti maggiormente legati alla funzione di prevenzione della corruzione consistono in:

- *collaborazione con altri organismi nazionali o sovranazionali;*
- *predisposizione di studi su cause e fattori della corruzione, con individuazione di possibili interventi;*
- *compilazione della Relazione annuale da riferire al Parlamento sullo stato delle azioni di contrasto alla corruzione e sull'efficacia delle disposizioni vigenti;*
- *formulazione di pareri vincolanti sulla conformità degli atti delle Pubbliche Amministrazioni e dei comportamenti dei pubblici dipendenti alle leggi, ai codici di comportamento ed ai contratti collettivi;*
- *espressione di pareri su conflitti di interessi ed incompatibilità di ruoli;*
- *definizione di linee guida per l'attuazione ed il coordinamento della normativa.*³⁶

Il potere di vigilanza riconosciuto ad ANAC è particolarmente ampio e comprende la vigilanza sugli appalti pubblici, che, come già detto, era in precedenza compito della AVCP, e quella sull'effettivo rispetto da parte delle Pubbliche Amministrazioni delle disposizioni anticorruzione e sulla trasparenza con potere d'ordine alle Pubbliche Amministrazioni stesse al fine di far adottare o rimuovere atti.

ANAC può comminare sanzioni amministrative nel caso di omissione dei piani triennali anticorruzione e dei programmi triennali di trasparenza che le Pubbliche Amministrazioni devono inviare alla stessa Autorità.

Stante la stretta correlazione tra le misure relative alla trasparenza e quelle finalizzate a contrastare la corruzione, il D.Lgs. n.97/2016 dispone l'unificazione in un solo strumento del Piano Triennale di Prevenzione della Corruzione (PTPC) e del Programma Triennale Trasparenza e Integrità (PTTI) con implicito rafforzamento dell'efficacia dell'azione di vigilanza in capo ad ANAC ed in un'ottica di semplificazione degli adempimenti.

³⁶ Art. 1, comma 2, L. n.190/2011; artt. 19, 30 e 32, D.L. n.90/2014; art. 41, D.Lgs. n.97/2016.

Inoltre, ai sensi dell'articolo 54-bis del D.lgs. n.165/2001, ANAC è competente a ricevere segnalazioni di illeciti da parte di dipendenti pubblici attraverso un'applicazione informatica per l'acquisizione e la gestione delle stesse, nel rispetto delle garanzie di riservatezza previste dalla normativa vigente.

Il sistema di ANAC per la segnalazione di condotte illecite è indirizzato al c.d. *whistleblower*,³⁷ inteso come dipendente pubblico di cui all'articolo 54-bis del D.Lgs. n.165/2001, introdotto dalla L. n.190/2012 e modificato dalla L. n.179/2017,³⁸ che intende segnalare illeciti di interesse generale di cui sia venuto a conoscenza in ragione del rapporto di lavoro.

La disciplina si applica anche ai dipendenti degli enti pubblici economici, degli enti di diritto privato sottoposti a controllo pubblico ai sensi dell'articolo 2359 c.c., e ai lavoratori e collaboratori delle imprese fornitrici di beni e servizi che realizzano opere in favore delle Pubbliche Amministrazioni.

Il sistema si fonda, essenzialmente, sulla non "perseguibilità" del *whistleblower* che non può essere licenziato, sanzionato o sottoposto a misure discriminatorie a condizione che la sua segnalazione sia fondata e non si configuri come calunnia (art. 368 c.p.).

Ad ANAC è richiesto di:

- *promuovere e stabilire norme e metodologie per la prevenzione della*

³⁷ Figura presente negli ordinamenti anglosassoni sin dalla seconda metà del sec. XIX, come attesta il *False Claims Act*, emanato nel 1863 negli Stati Uniti e volto alla protezione da licenziamenti ingiusti, molestie e declassamento dei dipendenti che denunciavano illeciti. Vd. E.J. BALLAN, *Protecting Whistleblowing (and Not Just Whistleblowers)*, in *Michigan Law Review*, 2017, vol. 116, issue 3, p. 478.

³⁸ La L. n.179/2017 amplia la sfera di applicazione delle disposizioni a protezione del *whistleblower*, includendovi anche le imprese private. Si tratta di una materia delicata in ragione della contestuale necessità di tutelare obblighi ed interessi diversi: gli obblighi del segreto d'ufficio e del segreto professionale posti in capo ai dipendenti, l'interesse pubblico e dell'impresa alla tempestiva conoscenza dei fenomeni di corruzione, l'interesse di coloro che forniscono le informazioni ad essere protetti (da P. ICHINO, *Relazione svolta il 18/01/2016 alla Commissione Lavoro del Senato sul disegno di legge n.2208*). La nuova disciplina continua a non considerare la possibilità di erogare incentivi di tipo economico a favore del segnalante, a differenza di quelle anglosassoni, mirando ad armonizzare gli interessi in gioco. Si tratta di un obiettivo ambizioso il cui raggiungimento potrà essere appurato solo a conclusione di un congruo periodo di applicazione della legge. Vd. N. PARISI, *Osservazioni a prima lettura sulla legge n.179/2017 di tutela del whistleblower*, in *LavoroDirittiEuropa*, n.1/2018, p. 17.

corruzione;

- *definire modelli e standard per gli obblighi di pubblicazione, verificando l'esatto adempimento, d'ufficio o su segnalazione, sui siti web istituzionali di amministrazioni, enti o società tenuti all'applicazione delle disposizioni del D.Lgs. n.33/2013;*

- *formare criteri per assicurare la rotazione dei dirigenti nei settori più esposti alla corruzione e per evitare l'eccessiva sovrapposizione di incarichi sui singoli dirigenti.*³⁹

ANAC può solo segnalare alle Pubbliche Amministrazioni la mancata conformità dei loro atti alle disposizioni di legge senza potere intervenire direttamente, rientrando nella competenza delle Amministrazioni stesse il potere di modifica dei propri atti.

L'Autorità si riserva, inoltre, di segnalare, ai sensi dell'art. 45 del D.Lgs. n.33/2013, agli organi di indirizzo di amministrazioni/enti/società interessate i casi di mancata o ritardata attestazione degli obblighi di trasparenza da parte degli OIV o degli altri organismi con funzioni analoghe e altresì le ipotesi in cui la verifica condotta abbia rilevato una discordanza tra quanto contenuto nelle attestazioni e quanto effettivamente pubblicato nella sezione "Amministrazione trasparente" o "Società trasparente".

All'attività di vigilanza, d'ufficio o su segnalazione, può seguire un controllo documentale da parte della Guardia di Finanza diretto a riscontrare l'esattezza e l'accuratezza dei dati attestati dagli OIV o dagli altri organismi con funzioni analoghe. Il controllo della Guardia di Finanza è effettuato mediante estrazione di un campione casuale semplice che garantisca imparzialità e le stesse probabilità, per ogni soggetto, di entrare a far parte del campione.⁴⁰

L'ANAC esercita un'azione di vigilanza sull'intero sistema degli appalti pubblici, ivi comprese le imprese partecipanti.

³⁹ Art. 1., comma 4, lettera e; comma 5, lettera b; comma 10, lettera b, L. n.190/2012.

⁴⁰ Determinazione ANAC n.141/2018, par. 4, p. 12.

Istituto innovativo, di grande efficacia ma di notevole complessità interpretativa ed applicativa, è il commissariamento a fini anticorruzione riconosciuto all'ANAC.⁴¹

Ai sensi dell'art. 32 del D.L. n.90/2014, a fronte di ben individuate specie di reato⁴² accanto alle quali il legislatore assegna rilievo anche a *“situazioni anomale e comunque sintomatiche di condotte illecite o eventi criminali attribuibili ad un'impresa aggiudicatrice di un appalto ovvero ad un aggiudicatario di lavori pubblici”*, il Presidente ANAC informa il Procuratore della Repubblica e propone al Prefetto competente in base alla sede della stazione appaltante, alternativamente, di ordinare la rinnovazione degli organi sociali, allo scopo di estromettere dalla governance societaria il soggetto coinvolto nei fatti illeciti, o di provvedere direttamente alla straordinaria e temporanea gestione dell'impresa appaltatrice limitatamente alla completa esecuzione del contratto di appalto o concessione.

Nel caso l'ordine di rinnovazione non sia stato rispettato nel termine di legge di 30 giorni, il Prefetto provvede disponendo comunque il commissariamento.

In circostanze meno gravi, vale a dire quando i reati sono stati commessi da organi societari diversi,⁴³ ANAC può agire con misure di sostegno e monitoraggio tramite esperti appositamente nominati.

L'Autorità agisce individuando il problema e lasciando, se possibile, la capacità di agire alla stessa impresa aggiudicatrice dell'appalto ove si è verificato un illecito rilevante.

⁴¹ Relazione del Presidente ANAC alla Camera dei Deputati, 2 luglio 2015.

⁴² Concussione (art. 317 c.p.), corruzione per l'esercizio della funzione (art. 318 c.p.), corruzione per un atto contrario ai doveri d'ufficio (art. 319 c.p.), corruzione in atti giudiziari (art. 319-ter), induzione indebita a dare o promettere utilità (art. 319-quater), corruzione di persona incaricata di un pubblico servizio (art. 320 c.p.), istigazione alla corruzione (art. 322 c.p.), peculato, concussione, induzione indebita a dare o promettere utilità, corruzione e istigazione alla corruzione di membri degli organi delle Comunità europee e di funzionari delle Comunità europee e di Stati Esteri (art. 322-bis c.p.), traffico di influenze illecite (art. 346-bis c.p.), turbata libertà degli incanti (art. 353 c.p.), turbata libertà del procedimento di scelta del contraente (art. 353-bis).

⁴³ Art. 32, comma 8, D.L. n.90/2014.

3. Il nuovo ambito giuridico soggettivo di applicazione delle disposizioni normative in tema di trasparenza e corruzione, D.Lgs. n.97/2016: ruoli e responsabilità

La normativa anticorruzione si intreccia strettamente con quella relativa alla responsabilità amministrativa introdotta in Italia dal D.Lgs. 8 giugno 2001, n.231, adottato in attuazione della L. n.300/2000, a sua volta emanata quale recepimento delle disposizioni comunitarie di cui al Secondo Protocollo della Convenzione sulla protezione degli interessi finanziari della Comunità europea (PIF) adottato a Bruxelles il 19 giugno 1997.

Le disposizioni sulla responsabilità amministrativa degli enti si applicano sia agli enti forniti di personalità giuridica che alle società ed associazioni che ne sono prive mentre non si applicano allo Stato, agli enti pubblici territoriali, agli enti pubblici non economici ed agli enti che svolgono funzioni di rilievo costituzionale.

Il D.Lgs. n.231/2001 subordina il giudizio di responsabilità dell'ente alla circostanza che la persona fisica che ha commesso (o tentato di commettere) un determinato reato abbia un rapporto qualificato con l'ente stesso in termini o di rappresentanza, amministrazione, direzione, gestione, controllo di fatto anche di una unità organizzativa dotata di autonomia finanziaria e funzionale (art. 5, comma 1, lett. a), oppure di dipendenza da persone in posizione apicale (art. 5, comma 1, lett. b).

In merito alla circostanza che il reato deve essere commesso nello specifico interesse o vantaggio (art. 5, commi 1 e 2) dell'ente, la dottrina maggioritaria sintetizza le due fattispecie nell'unico concetto di interesse, da intendersi in senso obiettivo in rapporto alla condotta dell'autore del reato, mentre la relazione al decreto legislativo mantiene separate dette fattispecie considerando l'interesse quale condotta della persona fisica in senso marcatamente soggettivo, per la quale sarebbe sufficiente una verifica *ex ante*, ed il vantaggio come beneficio che potrebbe essere ricavato anche quando la persona fisica non

agisca per un interesse proprio, da verificare *ex post*.⁴⁴

Il decreto delinea un modello di colpevolezza *sui generis* definito sulle caratteristiche strutturali dell'ente ed impostato secondo il sistema dei *compliance programs* di origine nord-americana⁴⁵ cioè sulla colpevolezza concepita come "rimproverabilità soggettiva" peculiarmente connessa al fatto. Come si legge nella relazione al decreto, «Il reato dovrà costituire anche espressione della politica aziendale o quanto meno derivare da una colpa di organizzazione. (...) All'ente viene in pratica richiesta l'adozione di modelli comportamentali specificamente calibrati sul rischio-reato, e cioè volti ad impedire, attraverso la fissazione di regole di condotta, la commissione di determinati reati. Requisito indispensabile perché dall'adozione del modello derivi l'esenzione da responsabilità dell'ente è che esso venga efficacemente attuato».⁴⁶

Al regime di responsabilità amministrativa posta a carico degli enti per alcune fattispecie di reato (c.d. presupposto, inserito nello specifico catalogo normativo⁴⁷) commesse da amministratori, dirigenti o dipendenti nell'interesse oppure a vantaggio degli stessi enti, va ad aggiungersi la responsabilità penale della persona fisica che ha commesso il reato.

Viene affermato il principio dell'autonoma responsabilità dell'ente che risponde anche quanto l'autore del reato non è stato identificato o non è imputabile e il reato si estingue per una causa diversa dall'amnistia.⁴⁸

Il D.Lgs. n.231 introduce il c.d. "Modello 231", dalla numerazione del decreto, quale misura di protezione dell'ente dalla responsabilità amministrativa: esso prevede l'adozione, appunto, di modelli di organizzazione e di gestione idonei a

⁴⁴ O. DI GIOVINE, *Lineamenti sostanziali del nuovo illecito punitivo*, Milano, 2010, p. 64.

⁴⁵ Con il termine di "*compliance programs*" ci si riferisce a modelli organizzativi definiti per uniformare i comportamenti dei singoli ed attuare sistemi di controllo interno tali da garantire la correttezza e la liceità dell'esercizio d'impresa.

⁴⁶ G. FIANDACA e E. MUSCO, *Diritto penale - parte generale*, Bologna, 2015, p. 167.

⁴⁷ Per l'identificazione delle figure di reato previste si rinvia agli artt. 24, 24-bis, 25, 25-bis, 25-ter, 25-quater, 25-quater, 25-quinquies, 25-sexies, 25-septies, 25-octies, 25-novies del D.Lgs. n.231/2001.

⁴⁸ G. FIANDACA e E. MUSCO, *op. ult. cit.*, p. 168.

prevenire i reati e l'affidamento ad un organismo dell'ente, dotato di poteri di iniziativa e di controllo, di compiti di vigilanza sul funzionamento e l'osservanza dei modelli stessi e di cura del loro aggiornamento.

Va però evidenziata l'importanza dell'effettività del "Modello 231" tanto in termini di contenuti quanto in termini di applicazione affinché lo stesso possa concretamente operare come misura esimente di dette responsabilità. Il riconoscimento della valenza esimente del "Modello 231" è subordinato ad un giudizio di adeguatezza espresso dal giudice in termini proprio di valutazione dell'idoneità preventiva del Modello stesso intesa come capacità di prevenire i reati della medesima specie di quello verificatosi.

Il ruolo ricoperto dalla persona che commette il reato determina un diverso posizionamento della responsabilità dell'ente. Ove si tratti di un apicale,⁴⁹ la responsabilità dell'ente è determinata dal tipo di modello ed organizzazione approntati dall'ente stesso il quale, per attestarne la correttezza, deve dimostrare che si è trattato di un'elusione fraudolenta e che non vi è stata omessa o insufficiente sorveglianza da parte dell'organismo di vigilanza competente. Mentre, se a commettere il reato è stato un dipendente,⁵⁰ l'ente è responsabile solo se non ha osservato gli obblighi di direzione e vigilanza.⁵¹

Il D.Lgs. n.231 qualifica la nuova forma di responsabilità degli enti come amministrativa, pur a fronte di un fatto di reato accertato in sede penale. Detta ambiguità ha portato a ritenere che il legislatore sia incorso «in una sorta di frode delle etichette»⁵² definendo come amministrativa una responsabilità che, nei fatti, ha caratteri penalistici o parapenalistici, come confermato dalla Corte di Cassazione con la sentenza 30 gennaio 2006, n.3615, in cui afferma che «ad onta del "nomen iuris", la nuova responsabilità, nominalmente amministrativa,

⁴⁹ Art. 6, D.Lgs. n.231/2001.

⁵⁰ Art. 7, D.Lgs. n.231/2001.

⁵¹ G. FIANDACA e E. MUSCO, *op. ult. cit.*, p. 168.

⁵² E. MUSCO, *Le imprese a scuola di responsabilità tra pene pecuniarie e interdizioni*, in *Dir. Gius.*, 2001, p. 8; *id.*, *Responsabilità amministrativa delle persone giuridiche* in *Giusto Proc.*, 2002, p. 117.

dissimula la sua natura, sostanzialmente penale».

Nell'ambito della normativa anticorruzione-trasparenza un ruolo centrale è svolto dalle disposizioni disciplinanti la trasparenza di cui al D.Lgs. n.33/2013, al D.L. n.90/2014 come convertito nella L. n.114/2014 e al D.Lgs. 25 maggio 2016, n.97, recante Revisione e semplificazione delle disposizioni in materia di prevenzione della corruzione, pubblicità e trasparenza, correttivo della L. 6 novembre 2012, n.190, e del D.Lgs. 14 marzo 2013, n.33, ai sensi dell'articolo 7 della L. 7 agosto 2015, n.124, in materia di riorganizzazione delle amministrazioni pubbliche che, insieme al D.Lgs. 19 agosto 2016, n.175, Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica, traccia il nuovo quadro normativo in materia di corruzione e trasparenza.

Dette disposizioni incidono, infatti, sulla L. n.190/2012 e sul D.Lgs. n.33/2013, modificandone l'ambito soggettivo sia in materia di trasparenza che di anticorruzione.

Il principio di trasparenza coinvolge quindi interamente l'assetto organizzativo e può ingenerare meccanismi di controllo diffusi.

Proprio al fine di rafforzare l'incisività dei controlli e l'efficacia degli interventi, il legislatore, con l'art. 41, lettera f) del D.Lgs. n.97/2014 è intervenuto sulla L. n.190/2012 superando l'iniziale impostazione che vedeva due diversi responsabili, uno per la corruzione ed uno per la trasparenza, e due distinti piani triennali ed accorpendo le due figure ed i due piani.

L'evoluzione normativa ha tenuto conto dell'esigenza rappresentata da ANAC di differenziare le disposizioni destinate ai soggetti pubblici da quelle relative ai privati.

Il D.Lgs. n.97/2016, modificando il D.Lgs. n.33/2013, introduce l'articolo 2-bis che ridisegna l'ambito soggettivo di applicazione della disciplina sulla trasparenza rispetto alla precedente indicazione normativa contenuta nell'abrogato art. 11 del D.Lgs. n.33/2013.

In relazione a dette disposizioni, ANAC ha adottato proprie Linee guida

esplicative e di coordinamento delle varie normative che,⁵³ come osserva il Consiglio di Stato nel parere n.1257 del 29 maggio 2017, «non sono un atto regolamentare, ma un atto mediante il quale ANAC chiarisce la portata applicativa e le ricadute organizzative degli adempimenti stabiliti dalla normativa (L. n.190/2012 e D.Lgs. n.33/2013, come novellati dal D.Lgs. n.97/2016) a carico di soggetti pubblici e privati sottoposti al pari delle Pubbliche Amministrazioni (anche se in maniera non sempre coincidente) agli obblighi finalizzati a prevenire la corruzione e ad assicurare la trasparenza nell'azioni amministrativa, rispetto ai quali ANAC ha una potestà di vigilanza».

Procedendo con ordine, al primo comma il citato decreto definisce e delimita la nozione di Pubbliche Amministrazioni dell'articolo 2-bis rinviano all'articolo 1, co. 2, del D.Lgs. n.165/2001.

Con la deliberazione n.141/2018,⁵⁴ già citata in merito agli obblighi di pubblicazione, ANAC ha chiarito che «le Pubbliche Amministrazioni sono tenute a pubblicare, ai sensi del D.Lgs. n.33/2013, i dati relativi a:

- 1) consulenti e collaboratori (art. 15);
- 2) personale (incarichi conferiti o autorizzati - art. 18);
- 3) bandi di concorso (art. 15);
- 4) sovvenzioni, contributi, sussidi, vantaggi economici (artt. 26 e 27);
- 5) beni immobili e gestione del patrimonio (art. 30);
- 6) controlli e rilievi sull'amministrazione (art. 31);
- 7) altri contenuti - Piano triennale della prevenzione della corruzione e della trasparenza (art. 10);
- 8) altri contenuti - Registro degli accessi (Linee guida ANAC, determinazione

⁵³ Con delibera 1310 del 28 dicembre 2016, ANAC ha approvato in via definitiva "Prime linee guida recanti indicazioni sull'attuazione degli obblighi di pubblicità, trasparenza e diffusione di informazioni" contenute nel D.Lgs. n.33/2013, come modificato dal D.Lgs. n.97/2016. In fase di consultazione *on-line* con invio dei contributi entro il 26 aprile 2017 ANAC ha predisposto Aggiornamento delle Linee guida per l'attuazione della normativa in materia di prevenzione della corruzione e trasparenza da parte delle società e degli enti di diritto privato controllati e partecipati dalle Pubbliche Amministrazioni e degli enti economici.

⁵⁴ *Infra*, p. 13.

n.1309/2016)».

Gli OIV, o gli organismi con funzioni analoghe, degli enti territoriali, oltre ai dati di cui sopra, sono tenuti ad attestare anche quelli relativi alla pianificazione e al governo del territorio (art. 39) e, per le Regioni, in aggiunta, anche i dati relativi alle strutture private accreditate (art. 41).

Gli OIV, o gli organismi con funzioni analoghe, degli enti, delle aziende e delle strutture pubbliche che erogano prestazioni per conto del servizio sanitario, oltre ai dati di cui sopra, sono tenuti ad attestare i dati relativi alle liste di attesa (art. 41, co. 6).

Al secondo comma dell'art. 2-bis, il D.Lgs. n.33/2013 dispone che *“la medesima disciplina prevista per le pubbliche amministrazioni di cui al comma 1 si applica, in quanto compatibile:*

- a) *agli enti pubblici economici e agli ordini professionali;*
- b) *alle società in controllo pubblico come definite dall'articolo 2, comma 1, lettera m), del D.Lgs. 19 agosto 2016, n.175. Sono escluse le società quotate come definite dall'articolo 2, comma 1, lettera p), dello stesso decreto legislativo, nonché le società da esse partecipate, salvo che queste ultime siano, non per il tramite di società quotate, controllate o partecipate da amministrazioni pubbliche;⁵⁵*
- c) *alle associazioni, alle fondazioni e agli enti di diritto privato comunque denominati, anche privi di personalità giuridica, con bilancio superiore a cinquecentomila euro, la cui attività sia finanziata in modo maggioritario per almeno due esercizi finanziari consecutivi nell'ultimo triennio da Pubbliche Amministrazioni e in cui la totalità dei titolari o dei componenti dell'organo d'amministrazione o di indirizzo sia designata da Pubbliche Amministrazioni”.*

Al terzo comma prevede che *“la medesima disciplina prevista per le Pubbliche Amministrazioni di cui al comma 1 si applica, in quanto compatibile, limitatamente ai dati e ai documenti inerenti all'attività di pubblico interesse*

⁵⁵ Lettera così sostituita dall'art. 27, comma 2-ter, D.Lgs. n.175 del 2016, introdotto dall'art. 27 del D.Lgs. n.100 del 2017.

disciplinata dal diritto nazionale o dell'Unione europea, alle società in partecipazione pubblica come definite dal decreto legislativo emanato in attuazione dell'articolo 18 della L. 7 agosto 2015, n.124, e alle associazioni, alle fondazioni e agli enti di diritto privato, anche privi di personalità giuridica, con bilancio superiore a cinquecentomila euro, che esercitano funzioni amministrative, attività di produzione di beni e servizi a favore delle Amministrazioni Pubbliche o di gestione di servizi pubblici".

Nella definizione di "società a controllo pubblico" riportata nella normativa un elemento di discontinuità rispetto alla previgente disciplina è dato dal richiamo che l'art. 2, co. 1, lett. m), del D.Lgs. n.175/2016, fa non solo all'articolo 2359 c.c., ma anche all'ipotesi di un'ulteriore forma di controllo che si realizza nei casi in cui sia richiesto l'unanime consenso delle parti pubbliche controllanti ai fini delle decisioni finanziarie e gestionali strategiche secondo norma di legge, clausole statutarie o patti sociali. Si tratta, dunque, dell'inclusione di un'ipotesi di controllo che non si realizza in assemblea ma si sostanzia in un condizionamento esterno dell'attività sociale derivante da vincoli contrattuali di forza tale da generare un'influenza dominante equivalente a quella data dal controllo in assemblea ordinaria e di incidenza tale che la società che li subisce non può liberamente scioglierli.

Conseguentemente, per amministrazione controllante deve intendersi non solo quella titolare delle partecipazioni ma anche, quando non coincidente, l'amministrazione che, comunque, esercita un effettivo potere di controllo e indirizzo dell'attività sociale.

Per tali società, l'attuale dato normativo impone quindi l'adozione del "Modello 231".

Il decreto gradua l'obbligo di trasparenza, ponendo vincoli meno stringenti agli enti di diritto privato in partecipazione pubblica non di controllo che sono tenuti al rispetto delle disposizioni solo per quel che concerne i dati ed i documenti inerenti alle attività di pubblico interesse svolte.

Per attività di pubblico interesse il legislatore intende tutte le attività

riconducibili alle finalità istituzionali delle Amministrazioni affidanti che sono state esternalizzate in virtù di scelte organizzative e gestionali.

Il modello organizzativo introdotto dal D.Lgs. n.231 mira, quindi, ad impedire i fatti corruttivi includenti un possibile vantaggio per la società.

Le misure integrative hanno lo scopo di colpire le attività in danno alla società o alla Pubblica Amministrazione.

Tenuto conto delle diverse finalità del “Modello 231” e delle misure integrative, ANAC e la giurisprudenza hanno chiarito che è onere delle singole società indicare, all’interno dello strumento adottato per l’introduzione di misure integrative del “Modello 231” quali attività rientrano tra quelle di pubblico interesse regolate dal diritto nazionale o comunitario. Detta indicazione deve avvenire di intesa con le Amministrazioni controllanti o partecipanti, cui è riservato il potere di verifica.

ANAC ha inoltre specificato che il criterio di compatibilità deve essere valutato in via generale e, per quanto riguarda società e altri enti di diritto privato controllati o partecipati, in relazione alla tipologia delle attività svolte, distinguendo le attività di pubblico interesse da quelle in concorrenza o svolte in regime di privativa. Inoltre, l’Autorità ha evidenziato l’opportunità, al fine di evitare duplicazioni di adempimenti, di tenere conto del regime già applicabile alle diverse tipologie di enti in base ad altre normative.

In conclusione, sul punto, le società e gli enti di diritto privato in controllo pubblico applicano le disposizioni sulla trasparenza sia alla propria organizzazione sia all’attività svolta, mentre le società e gli enti di diritto privato a partecipazione pubblica non di controllo sono tenuti agli obblighi di trasparenza limitatamente all’attività di pubblico interesse.

I primi devono pubblicare, ai sensi del D.Lgs. n.33/2013, i dati relativi a:

- 1) *consulenti e collaboratori (art. 15 e art. 15-bis);*
- 2) *personale (incarichi conferiti o autorizzati - art. 18);*
- 3.) *selezione del personale (art. 19, D.Lgs. n.33/2013, art. 1, comma 16, lett. d) L. 190/2012, art. 19, comma 2 e 3, D.Lgs. n.175/2016);*

- 4) bilanci (art. 29, D.Lgs. n.33/2013 e art. 6, comma 4, D.Lgs. n.175/2016);
- 5) beni immobili e gestione del patrimonio (art. 30);
- 6) controlli e rilievi sull'amministrazione (art. 31);
- 7) servizi erogati (carta dei servizi e standard di qualità, class action, costi contabilizzati, liste di attesa, servizi in rete t. 32 e 41 D.Lgs. n.33/2013, artt. 1 e 4 D.Lgs. n.198/2009, art. 7, comma 3, D.Lgs. n.82/2005);
- 8) altri contenuti - Piano triennale della prevenzione della corruzione e della trasparenza o integrazione del "Modello 231" (art. 10);
- 9) altri contenuti - Registro degli accessi (Linee guida ANAC determinazione n.1309/2016).

Gli OIV, o gli organismi con funzioni analoghe, degli enti, delle aziende e delle strutture private che erogano prestazioni per conto del servizio sanitario, oltre ai dati di cui sopra, sono tenuti ad attestare la pubblicazione dei dati relativi alle liste di attesa (art. 41, comma 6). In caso di mancanza di OIV, o di organismi con funzioni analoghe, nelle strutture private l'attestazione è predisposta dal rappresentante legale.

I secondi, ovvero le società e gli enti di diritto privato a partecipazione pubblica non di controllo, devono pubblicare:

- 1) bilanci (art. 29 D.Lgs. n.33/2013 e art. 6, comma 4, D.Lgs. n.175/2016);
- 2) servizi erogati (carta dei servizi e standard di qualità, class action, costi contabilizzati - artt. 32 e 41 D.Lgs. n.33/2013, artt. 1 e 4 D.Lgs. n.198/2009);
- 3) altri contenuti - Registro degli accessi (Linee guida ANAC determinazione n.1309/2016).

Il nuovo ambito soggettivo di applicazione introdotto dal D.Lgs. n.97/2016 assume rilievo anche ai fini dell'adozione delle misure di prevenzione della corruzione di cui alla L. n.190/2012, laddove l'articolo 41 del D.Lgs. n.97/2016, aggiungendo il comma 2-bis all'articolo 1 della L. n.190/2012, prevede che tanto le Pubbliche Amministrazioni quanto gli altri soggetti di cui all'articolo 2-bis, comma 2, del D.Lgs. n.33/2013, siano destinatari delle indicazioni contenute nel PNA ma secondo un regime differenziato.

Mentre le prime sono tenute ad adottare un vero e proprio PTPCT (Piano Triennale per la Prevenzione della Corruzione e della Trasparenza), i secondi devono adottare misure integrative di quelle previste ai sensi del D.Lgs. n.231/2001. Questa innovazione costituisce conferma della distinzione già operata da ANAC secondo la quale solo gli enti di diritto privato in controllo pubblico sono tenuti ad adottare le misure integrative del “Modello 231”, mentre gli enti solo partecipati non hanno gli stessi obblighi e, quindi, dirime ogni dubbio sull’applicabilità della normativa anticorruzione anche agli enti di diritto privato controllati.

Va peraltro rilevato che ANAC (nelle Linee guida del 2015 e ora nel recente adeguamento delle stesse⁵⁶) evidenzia l’opportunità che tutti i soggetti rientranti nell’ambito di applicazione della disciplina adottino misure strutturali finalizzate all’anticorruzione ed alla trasparenza, in quanto la stabilità di tali misure organizzative è il presupposto della maggiore efficacia delle stesse.

I poteri di vigilanza di ANAC agiscono sia sulle società e gli enti di diritto privato tenuti ai diversi adempimenti sia nei confronti delle Amministrazioni controllanti o partecipanti, delle quali verifica l’effettivo esercizio delle funzioni di vigilanza di cui sono titolari.⁵⁷

Per ANAC la mancata adozione delle misure integrative del “Modello 231” equivale alla mancata adozione del PTPCT ed è soggetta a sanzione amministrativa del valore compreso tra i mille ed i diecimila euro, qualora il fatto non costituisca reato, come disposto dall’articolo 19, comma 5, del D.L. n.90/2014; ed inoltre ANAC vigila altresì sull’effettiva nomina e sull’indipendenza del RPCT.⁵⁸

In materia di trasparenza, oggetto di vigilanza è l’effettiva pubblicazione di dati, documenti e informazioni obbligatori, ed il mancato adempimento costituisce

⁵⁶ Determinazione ANAC n.1134 in data 8 novembre 2017, pubblicata sulla G.U. - Serie Generale n.284 del 5 dicembre 2017.

⁵⁷ Determinazione ANAC n.1134/2017, paragrafo 5, p. 46.

⁵⁸ Determinazione ANAC n.1134/2017, paragrafo 5.1, p. 47.

illecito disciplinare, perseguibile anche nelle società e negli enti di diritto privato controllati e partecipati; rientra nei poteri ANAC la segnalazione dell'illecito all'ente interessato o all'ufficio disciplinare o, in mancanza, all'RPCT, ove esistente, ed agli Organi di indirizzo dell'ente.

Nei riguardi delle Amministrazioni controllanti o partecipanti, l'Autorità svolge una duplice vigilanza, sia sul rispetto degli obblighi di trasparenza e anticorruzione, che la legge pone in capo alle Amministrazioni stesse, sia sull'effettivo svolgimento dei compiti di controllo loro assegnati dalle disposizioni.

Le attività di promozione della trasparenza e della lotta alla corruzione e di vigilanza devono essere espressamente riportate nel PTPCT della singola Amministrazione controllante o partecipante e la loro previsione è verificata in sede di valutazione della qualità del piano stesso.⁵⁹

L'omissione pesa sino al punto da comportare l'applicazione, nei casi più gravi, della sanzione amministrativa prevista dall'articolo 19 del D.L. n.90/2014, come nel caso della completa assenza di una sezione dedicata alla prevenzione della corruzione ed alla trasparenza negli enti controllati o partecipati.

Le disposizioni contenute nelle Linee guida ANAC prevedono misure diverse a seconda della tipologia di soggetto, come di seguito rappresentate.

3.1. Società a controllo pubblico

Le misure volte alla prevenzione della corruzione ai sensi della L. n.190 sono un compito del Responsabile della prevenzione della corruzione, il quale non può delegarlo a soggetti estranei alla società e deve eseguirlo in stretto coordinamento⁶⁰ con l'Organismo di vigilanza, e sono poi adottate dall'Organismo di indirizzo della società quale, ad esempio, il Consiglio di amministrazione. Una volta assunte, le misure devono essere adeguatamente pubblicizzate, sia all'interno della società che verso l'esterno tramite il sito *web*.

⁵⁹ Determinazione ANAC n.1134/2017, paragrafo 5.1, p. 48.

⁶⁰ Determinazione ANAC n.1134/2017, paragrafo 3.1.1, p. 22.

Nel caso in cui la società non disponga di un sito, la pubblicizzazione è fatta a cura dell'Amministrazione controllante che mette a disposizione una specifica sezione del proprio sito.⁶¹

La stessa ANAC definisce i contenuti minimi delle misure di prevenzione della corruzione, che dovranno:

- individuare e gestire i rischi di corruzione, dando una rappresentazione il più possibile completa di come i fatti di maladministration e le fattispecie di reato possano essere contrastate nel contesto operativo dell'ente;
- definire il sistema dei controlli ed integrare il codice di comportamento o adottarne uno specifico;
- stabilire regole per la rotazione del personale dirigenziale e apicale, purché compatibili con l'organizzazione esistente, e per la distinzione delle funzioni;
- individuare le casistiche di inconferibilità e incompatibilità di incarichi di amministratori e dirigenti;
- fissare regole atte ad impedire l'assunzione di dipendenti pubblici che, negli ultimi tre anni di servizio, abbiano esercitato poteri autoritativi o negoziali nei confronti delle società stesse;
- sancire regole di tutela dei dipendenti che segnalano illeciti;
- stabilire i contenuti e le modalità di erogazione della formazione da destinare al personale;
- porre in essere un sistema di monitoraggio sulle misure adottate;
- individuare il Responsabile della prevenzione della corruzione e della trasparenza (RPCT) che, come detto,⁶² ha poteri di vigilanza e di proposta e che, entro il 15 dicembre di ogni anno, deve pubblicare sul sito della società una relazione sui risultati ottenuti. In merito a detta figura, l'ANAC sottolinea che deve trattarsi di personale interno alla società, di rango dirigenziale, ad eccezione delle società di ridotte dimensioni o che svolgano attività strumentali.

Anche le misure di trasparenza sono oggetto di particolare attenzione da parte

⁶¹ Determinazione ANAC n.1134/2017, paragrafo 3.1.3, p. 33.

⁶² *Supra*, p. 12.

di ANAC che chiarisce che queste devono confluire in un'apposita sezione del documento contenente le misure di prevenzione della corruzione integrative del "Modello 231" ovvero dell'unico documento contenente insieme misure integrative e misure del "Modello 231". L'omessa previsione della sezione dedicata alla trasparenza è considerata come un caso di omessa adozione del PTPC e, pertanto, sanzionata ai sensi dell'art. 19, comma 5, del D.L. n.90/2014 che dispone una sanzione amministrativa dal valore compreso tra mille e diecimila euro.

Il D.Lgs. n.175/2016, oltre a prevedere l'obbligo in capo alle società a controllo pubblico di assicurare il massimo livello di trasparenza per quanto riguarda l'uso delle proprie risorse ed i risultati ottenuti, introduce obblighi di pubblicazione per la cui violazione estende l'applicazione di specifiche sanzioni contenute nel D.Lgs. n.33/2013.

I nuovi obblighi introdotti dall'art. 19 del D.Lgs. n.175/2016 riguardano, tra gli altri,

- *i provvedimenti in cui le società in controllo pubblico stabiliscono i criteri e le modalità per il reclutamento del personale (commi 2 e 3);*
- *i provvedimenti delle Amministrazioni Pubbliche socie in cui sono fissati per le società in loro controllo gli obiettivi specifici, annuali e pluriennali, sul complesso delle spese di funzionamento (comma 5);*
- *i provvedimenti in cui le società in controllo pubblico recepiscono gli obiettivi relativi alle spese di funzionamento fissati dalle Pubbliche Amministrazioni (comma 6).*

Le sanzioni per il mancato rispetto degli obblighi consistono:

- *ai sensi dell'art. 22, comma 4, del D.Lgs. n.33/2013, nel divieto di erogare somme a qualsiasi titolo a favore della società da parte dell'Amministrazione controllante;*
- *ai sensi dell'art. 47, comma 2, del D.Lgs. n.33/2013, nella sanzione amministrativo-pecuniaria da cinquecento a diecimila euro a carico del responsabile della violazione;*

- ai sensi dell'art. 46 del D.Lgs. n.33/2013, nell'attivazione della responsabilità dirigenziale sino ad un'eventuale causa per danno all'immagine ed alla mancata corresponsione della retribuzione di risultato. Nelle società tale responsabilità deve essere attivata nelle forme stabilite con atto statutario o regolamentare interno, sulla cui adozione devono vigilare le Amministrazioni controllanti.

A parere di ANAC le disposizioni contenute nell'art. 14 del D.Lgs. n.33/2013 sono compatibili con l'organizzazione e le funzioni delle società e degli enti in controllo pubblico. Pertanto, fatti salvi gli incarichi a titolo gratuito, per i titolari di incarichi o cariche di amministrazione o di governo, comunque denominati, devono essere pubblicati i dati relativi a nomina, curricula, compensi di qualsiasi natura, altre cariche presso enti pubblici o privati e relativi compensi, eventuali incarichi con oneri a carico della finanza pubblica e relativi compensi.

Per quanto riguarda i dirigenti, l'obbligo di trasparenza è graduato in base all'ambito di autonomia dei poteri di amministrazione e di adozione di atti decisionali.

Per il direttore generale, l'applicazione è totale, per i dirigenti, rimane esclusa la pubblicità dei dati reddituali e patrimoniali.

In analogia con quanto disposto per l'anticorruzione, le società devono pubblicare quanto previsto sul proprio sito web o utilizzare una specifica sezione del sito dell'Amministrazione controllante.

L'obbligo di trasparenza include anche l'obbligo di garantire "l'accesso civico" di cui al D.Lgs. n.33/2013 come modificato dal D.Lgs. n.97/2016, ossia l'obbligo di rendere fruibili le informazioni, i dati, i documenti detenuti relativi all'organizzazione ed alle attività svolte, laddove non già pubblicati.

Detto obbligo trova, comunque, sempre un contemperamento nelle esclusioni fissate dall'articolo 5-bis del D.Lgs. n.33/2013, come modificato, relative a: sicurezza e ordine pubblico, sicurezza nazionale, difesa e questioni militari, relazioni internazionali, stabilità finanziaria ed economica dello Stato, conduzione di indagine sui reati ed il loro perseguimento, regolare svolgimento

di attività ispettive, protezione dei dati personali, libertà e segretezza della corrispondenza, interessi economici e commerciali di persona fisica, ivi compresa la proprietà intellettuale, il diritto d'autore ed il segreto commerciale, oltre che il segreto di stato e gli altri casi di esclusione previsti dalla legge.

3.2. Società indirettamente controllate

In caso di società indirettamente controllate, la capogruppo assicura che le stesse adottino misure di prevenzione della corruzione ex L. 190 coerenti con le proprie.

Laddove nell'ambito del gruppo vi siano società di ridotte dimensioni, in particolare svolgenti attività strumentali, la società capogruppo, con delibera motivata ed in base a ragioni oggettive, può introdurre le misure di prevenzione della corruzione ex L. 190, relative alle predette società nel proprio "Modello 231".

In tal caso, il RPCT della capogruppo è responsabile dell'attuazione delle misure anche all'interno delle società di ridotte dimensioni. Per coerenza interna, ciascuna società deve, però, nominare, all'interno della propria organizzazione, un referente dell'RPCT.

3.3. Società a partecipazione pubblica non di controllo

Le nuove Linee guida ANAC di novembre 2017 stabiliscono che non è prevista l'applicazione diretta della disciplina per la prevenzione della corruzione alle società a partecipazione pubblica non di controllo. Le Pubbliche Amministrazioni partecipanti sono, però, tenute a promuovere l'adozione delle misure relative, quali l'adozione del "Modello 231" e delle misure integrative e la nomina del RPCT.

Per le società a partecipazione pubblica non di controllo rileva non tanto l'adozione del "Modello 231" e delle disposizioni integrative di prevenzione della corruzione, pur auspicata, quanto l'approntamento di misure organizzative che ne garantiscano l'effettivo recepimento, anche attraverso la sottoscrizione di protocolli di legalità.

Premettendo il rispetto per l'autonomia organizzativa di tale tipo di società, ANAC auspica che nominino l'RPCT, pur non essendo tenute.

La stessa normativa sottolinea l'opportunità che le società prevedano una funzione di controllo e monitoraggio degli obblighi di pubblicazione da affidare preferibilmente all'Organismo di vigilanza.

Essendo regolate o finanziate dalle Pubbliche Amministrazioni, le società sono tenute a rispettare le norme sull'incompatibilità previste nel D.Lgs. n.39/2013.

In merito alla trasparenza, invece, le società in questione sono tenute al rispetto delle medesime disposizioni valide per le Pubbliche Amministrazioni, sempre tenendo conto dei limiti derivanti dal principio della compatibilità ed esclusivamente per le attività di pubblico interesse, come disciplinate dal diritto nazionale o dell'Unione europea.

Anche se non adottano un documento contenente le misure di integrazione del "Modello 231", le società devono garantire il rispetto degli obblighi di pubblicazione e accesso generalizzato esclusivamente nei confronti di dati, documenti ed informazioni relativi ad attività di pubblico interesse.

Invece, è escluso detto accesso con riferimento alle attività non di pubblico interesse ed all'organizzazione.

Stante detto obbligo, le società devono predisporre adeguate soluzioni organizzative per la ricezione e la trattazione delle richieste di accesso.

3.4. Società quotate

L'articolo 2-bis del D.Lgs. n.33/2013, nel testo successivamente modificato, esclude le società quotate dall'applicazione della normativa relativa alle società in controllo pubblico.

Tenuto conto del punto di collocazione nel corpus legislativo di tale previsione di esclusione e non essendo esplicitata la totale inapplicabilità a tale tipologia di società delle norme sulla trasparenza e la prevenzione della corruzione, ANAC ritiene che, limitatamente alle attività di pubblico interesse svolte, le società

quotate rientrano nella sfera di operatività delle disposizioni sulle società solo partecipate dalle Pubbliche Amministrazioni.

Il citato articolo 2-*bis* rinvia all'art. 18 del D.Lgs. n.175/2016 per la definizione di "società quotata", intendendo sia le società con azioni quotate sia quelle che abbiano emesso, entro il 31 dicembre 2015, altri strumenti finanziari su mercati regolamentati.

A parere di ANAC, l'inclusione delle società che hanno solo emesso strumenti finanziari quotati appare più problematica in quanto la sola emissione di strumenti finanziari in mercati regolati non sembra mutare la natura delle società stesse e delle attività svolte.

Tra l'altro, la mancata previsione di un esplicito coinvolgimento di CONSOB,⁶³ ovvero dell'Autorità deputata alla vigilanza specifica, potrebbe determinare conflitti di attribuzione, anche a livello di contenzioso giurisdizionale.

3.5. Altri enti di diritto privato in controllo pubblico

Gli altri enti di diritto privato in controllo pubblico sono tenuti ad applicare la normativa per la prevenzione della corruzione valida per le società in controllo pubblico.

Specularmente, le Amministrazioni Pubbliche tenute al controllo inseriscono nei propri piani di prevenzione della corruzione le misure, anche organizzative, utili per la vigilanza sull'effettiva nomina del RPCT e sull'adozione di misure atte a prevenire i fenomeni corruttivi.

In merito alla trasparenza, gli enti soggiacciono agli stessi obblighi delle Pubbliche Amministrazioni, in quanto compatibili.

Elemento di rilievo, innovativo rispetto alla previgente disciplina, è che la trasparenza non è più limitata alle sole attività di pubblico interesse. L'ampliamento dell'ambito degli obblighi di trasparenza, a parere di ANAC, è

⁶³ Commissione nazionale per le società e la Borsa, istituita con la Legge 7 giugno 1974, n.216. È un'autorità amministrativa indipendente la cui attività è rivolta alla tutela degli investitori, all'efficienza, alla trasparenza e allo sviluppo del mercato mobiliare italiano.

coerente con la penetrante incisività dell'influenza esercitata dalle Amministrazioni su tutte le scelte degli enti in ragione dei finanziamenti delle stesse Pubbliche Amministrazioni e della titolarità a nominare i componenti degli organi di indirizzo o di amministrazione.

In coerenza con la disciplina applicabile alle società in controllo pubblico, gli enti devono adottare le misure di trasparenza in una apposita sezione del documento integrativo del "Modello 231" o, in sua assenza, del protocollo di legalità, attribuendo al Responsabile della Prevenzione della Corruzione anche le funzioni di Responsabile della Trasparenza, assicurando l'esercizio dell'accesso civico e generalizzato ed istituendo nel proprio sito web (o utilizzando quello dell'Amministrazione controllante) una sezione denominata "Amministrazione trasparente".

3.6. Altri enti di diritto privato a partecipazione pubblica non di controllo

Complessivamente, gli altri enti di diritto privato a partecipazione pubblica non di controllo soggiacciono alle medesime disposizioni delle società partecipate sia in merito alle disposizioni anticorruzione che per quanto riguarda la trasparenza, limitatamente alle attività di pubblico interesse.

Nelle più volte citate Linee guida, ANAC ha chiarito che le fondazioni bancarie sono escluse dal novero di detti enti in quanto la loro attività non appare riconducibile alla definizione di attività di pubblico interesse.

A parere di ANAC occorre distinguere le attività di pubblico interesse da quelle di utilità sociale, essendo solo le prime sempre collegate all'espletamento di funzioni pubbliche: infatti, la natura pubblica degli interessi non può essere riferita genericamente a tutte le attività che assumono un rilievo di interesse generale in base all'orientamento di scelte rimesse alla discrezionalità privata.

3.7. Enti pubblici economici

Il D.Lgs. n.97/2016 conferma la precedente impostazione includendo gli enti pubblici economici tra i soggetti tenuti ad applicare la normativa in tema di

prevenzione della corruzione e di trasparenza.

Nello specifico, gli enti pubblici economici sono tenuti a sottostare agli stessi obblighi previsti per le Pubbliche Amministrazioni in quanto compatibili in ragione della natura pubblicistica dell'organizzazione e della sicura prevalenza delle attività di pubblico interesse, anche se svolte in regime di diritto privato.

3.8. Compiti delle Amministrazioni controllanti e partecipanti

La normativa dedica attenzione anche a compiti e doveri delle Amministrazioni, sia di quelle controllanti enti o società di diritto privato sia di quelle che detengono solo partecipazioni non di controllo.

In merito alla trasparenza, il D.Lgs. n.33/2013 pone, all'articolo 22, comma 1, in carico alle Pubbliche Amministrazioni l'obbligo di pubblicare, sul proprio sito istituzionale, la lista degli enti cui partecipano o che controllano, con l'elencazione delle funzioni attribuite e delle attività svolte da questi ultimi in favore delle Amministrazioni o delle attività di servizio pubblico affidate.

Nello specifico, le Pubbliche Amministrazioni sono tenute a pubblicare i dati previsti dall'articolo 22 con riferimento a:

- *tutti gli enti pubblici, comunque istituiti o vigilati o finanziati, per i quali abbiano poteri di nomina degli amministratori;*
- *tutte le società controllate o anche partecipate;*
- *tutti gli enti di diritto privato, comunque denominati, in controllo pubblico oppure, anche se non in controllo, comunque istituiti o vigilati nei quali siano alle medesime riconosciuti poteri di nomina dei vertici o dei componenti degli organi.*

L'elencazione dei soggetti previsti dall'articolo 22 è più ampia di quella riportata nell'articolo 2-bis in quanto le disposizioni rispondono ad una diversa *ratio*.

L'articolo 22 definisce gli obblighi di pubblicazione al fine di dare una conoscenza completa dell'intero sistema di partecipazione di una determinata Amministrazione: si tratta di obblighi, quindi, ricadenti sulle Amministrazioni che

si avvalgono degli enti privati da loro partecipati.

L'articolo 2-bis, invece, sancisce gli obblighi in capo agli enti privati connessi al diritto del cittadino di conoscere la situazione di ogni singolo soggetto privato, graduandoli in rapporto all'intensità della partecipazione pubblica.

La ricognizione che le Amministrazioni sono chiamate a porre in essere al fine di adempiere all'obbligo di pubblicazione dell'elenco completo degli enti pubblici, delle società controllate o partecipate e degli enti di diritto privato controllati e partecipati è un passo fondamentale per rendere trasparente il sistema delle partecipate pubbliche.

In merito all'ambito specifico dell'anticorruzione, compito delle controllanti è la sollecitazione alla nomina del RPCT e la vigilanza sull'effettiva designazione nonché sull'adozione delle misure del "Modello 231": per il raggiungimento di tali fini le Amministrazioni possono avvalersi anche degli strumenti tipici del controllo, quali la promozione di modifiche statutarie e l'emanazione di atti di indirizzo rivolti agli amministratori. Dette azioni devono trovare il loro fondamento nel PTPCT delle Amministrazioni controllanti.

Le Amministrazioni partecipanti, pur prive di strumenti capaci di incidere direttamente, devono comunque promuovere l'adozione delle misure integrative del "Modello 231" o del "Modello 231" stesso, ove non ancora attuato, nonché la nomina del RPCT.

In conclusione, la lotta alla corruzione si sviluppa attraverso disposizioni imperative di rango nazionale e disposizioni formate dai singoli soggetti a seguito di autoanalisi in relazione alle peculiarità degli ambiti e dei territori.

La strategia preventiva è articolata su due livelli, ANAC e singole P.A., necessariamente integrati tra loro al fine di garantirne l'adeguatezza agli specifici contesti.⁶⁴

Progressivamente, l'ambito di applicazione delle disposizioni anticorruzione si sta estendendo, includendo nel proprio raggio di azione anche nuovi soggetti,

⁶⁴ M. GIORDANO - M. GIUA - F. STELLA - V. MIRRA - D. CORRADINI, *op. ult. cit.*, pp. 32-34.

come dimostra la recente L. n.124/2017 che, al comma 125 dell'art. 1, stabilisce che le associazioni, le ONLUS e le fondazioni che intrattengono rapporti economici con Pubbliche Amministrazioni e altri soggetti pubblici, nonché con le società controllate di diritto o di fatto, direttamente o indirettamente, ivi comprese quelle che emettono azioni quotate e le loro partecipate, devono pubblicare entro il 28 febbraio di ogni anno nei propri siti e portali le informazioni relative a sovvenzioni, contributi, incarichi retribuiti e, comunque, vantaggi economici di qualunque genere ricevuti nell'anno precedente dalle Pubbliche Amministrazioni e dagli altri soggetti elencati pena la sanzione, prevista dal successivo comma 126, dell'obbligo di restituzione in caso di inosservanza.

4. Gli indicatori di rischio: un nuovo strumento anticorruzione

Puntando sulla prevenzione della corruzione, le disposizioni innovative introdotte dalla L. n.190/2012, come successivamente modificata, valorizzano l'importanza di individuarne anche solo il rischio, grazie ad indicatori specifici.⁶⁵

Il rischio di corruzione, come detto, presenta una duplice natura, oggettiva e soggettiva. Sotto il primo profilo è preponderante il ruolo svolto dall'organizzazione, per il secondo, invece, è determinante la possibile parzialità del funzionario pubblico.

Trattandosi di aspetti strettamente connessi, le soluzioni organizzative adottate devono mirare a garantire tanto l'imparzialità dell'intero procedimento decisionale quanto i controlli specifici.

Al fine di impostare risposte sempre più efficaci è necessario che siano chiaramente identificate le aree di maggior rischio con la predisposizione di strumenti atti ad indicarne la presenza.

Attualmente, si mira a costruire indicatori affidabili abbinandoli a strumenti di misurazione del rischio, in linea con il *focus* del G7 2017 e con gli studi svolti da ANAC in collaborazione con l'Agenzia per la Coesione territoriale ed il

⁶⁵ R. CANTONE, *L'importanza di misurare la corruzione, intervento al seminario "G7 High level workshop on corruption measurement"*, Roma, 27 ottobre 2017.

Dipartimento per le Politiche di coesione della Presidenza del Consiglio dei Ministri.⁶⁶

Gli indicatori di rischio sono misure sintetiche, costituite da una o più variabili, atte a rilevare situazioni o eventi sintomatico-patologici cui può essere associato un più alto rischio di corruzione. A dette variabili vengono attribuiti pesi diversi in base alla loro rilevanza.

Pur non privi di limiti metodologici⁶⁷ per quanto riguarda la raccolta e sistematizzazione dei dati, detti indicatori analizzano il fenomeno della corruzione secondo una prospettiva scientifica, funzionale tanto alle finalità più generali della L. n.190/2012 quanto a quelle più settoriali degli appalti pubblici del D.L. n.90/2014.

Stante il peso economico e l'alta vulnerabilità agli attacchi della corruzione, le azioni di ANAC si sono concentrate sul settore degli appalti pubblici, ovvero, secondo la definizione contenuta nell'articolo 1, comma 1, lettera a) della Direttiva 2004/18 CE, recepita dal D.Lgs. 12 aprile 2006, n.163, che all'articolo 3, comma 6, sui *"contratti a titolo oneroso, stipulati per iscritto tra una stazione appaltante o un ente aggiudicatore e uno o più operatori economici, aventi per oggetto l'esecuzione di lavori, la fornitura di prodotti, la prestazione di servizi"*.

La criticità del settore è attestata tanto dall'articolo 1, co. 16, lettera b) della L. n.190/2012, che qualifica le procedure di gara come settore a rischio, quanto dall'allegato 1 alla Determinazione ANAC n.12 del 28 ottobre 2015, che si riferisce alla complessiva "area di rischio contratti pubblici" ricomprendendovi non solo la fase di affidamento del contratto ma anche quella successiva di esecuzione.

L'obiettivo di strutturare indicatori "personalizzati" vale a dire che tengano conto dello specifico contesto, del settore, dell'ambito territoriale e delle dimensioni dei soggetti caratterizza anche il PON⁶⁸ "Governance e capacità

⁶⁶ *Relazione annuale del Presidente ANAC*, avvenuta in data 6 luglio 2017 alla Camera dei deputati, capitolo III, p. 52.

⁶⁷ *Relazione annuale del Presidente ANAC*, avvenuta in data 6 luglio 2017 alla Camera dei deputati, capitolo III, p. 57.

⁶⁸ Il PON è un programma operativo proposto alla Commissione europea da uno Stato nazionale

istituzionale 2014-2020”⁶⁹ che vuole proprio definire, rilevare ed aggiornare periodicamente una batteria di strumenti di misurazione della corruzione.

Si tratta dello strumento che deve contribuire alle finalità della Strategia dell’Unione per una crescita intelligente, sostenibile e inclusiva⁷⁰ attraverso interventi di rafforzamento della capacità amministrativa e istituzionale, di modernizzazione della Pubblica Amministrazione nonché di miglioramento della *governance* multilivello nei programmi di investimento pubblico.

Il Programma nazionale mira agli obiettivi di **Europa 2020** attraverso un’azione di rafforzamento della **capacità istituzionale** volta ad accompagnare la strategia nazionale di riforma della Pubblica Amministrazione ed a sostenere il coordinamento tra i diversi livelli di governo nell’attuazione degli **investimenti pubblici**.

Gli interventi puntano a innovare metodi, modelli, procedure, modalità di offerta dei servizi, soluzioni e strumenti per una **Pubblica Amministrazione che, quindi, sia più efficiente, efficace e vicina a territori, cittadini e imprese**.

In detto contesto, gli obiettivi comunitari e quelli nazionali concordano nel mirare a caratterizzare gli indicatori anticorruzione affinché siano adatti alla specifica situazione e, contemporaneamente, ad individuare un sistema condiviso a livello sovranazionale.

Si tratta di un risultato raggiungibile solo nel medio o addirittura lungo periodo cui ANAC tende attraverso tappe intermedie di avvicinamento, con la costruzione di indicatori sperimentali a partire da quelli più generali, facilmente calcolabili ed in grado di rilevare le anomalie presenti, per arrivare ad indicatori che tengano

o da una sua Regione al fine di dare attuazione, in quel paese, alla programmazione comunitaria ed è soggetto all’approvazione della Commissione stessa.

⁶⁹ Programma operativo proposto dal Governo italiano per l’attuazione della strategia europea anticorruzione adottato dalla Commissione europea con Decisione C (2015) 1343 del 23 febbraio 2015.

⁷⁰ Europa 2010-2020 è la strategia adottata il 17 giugno 2010 dal Consiglio europeo su comunicazione della Commissione del marzo 2010 allo scopo di agevolare l’uscita dalla crisi economica e delineare un modello di sviluppo nota Europa 2010-2020 è la strategia adottata il 17 giugno 2010 dal Consiglio europeo su comunicazione della Commissione del marzo 2010 allo scopo di agevolare l’uscita dalla crisi economica e delineare un modello di sviluppo.

conto delle differenze tra i settori e le tipologie di appalto.⁷¹

Al fine di dare una visione di insieme più completa possibile, gli indicatori di rischio devono essere combinati assieme ed integrati da quelli di rilevazione del fenomeno corruttivo in quanto, come già detto, il singolo risultato può essere spia anche solo di una inefficienza del sistema e non dell'effettiva presenza della corruzione.

L'intero processo di affidamento dell'appalto può essere indagato attraverso indicatori, relativi a singoli aspetti e fasi, che ANAC ha organizzato in due insiemi afferenti, rispettivamente, la fase della determinazione delle esigenze e quella di predisposizione del bando.

Oggetto di indagine degli indicatori della prima fase sono le scelte adottate dalla Pubblica Amministrazione per soddisfare le proprie necessità.

L'opzione di non avvalersi delle procedure di acquisizioni centralizzate, l'elevato numero di procedure non aperte e l'alta frequenza di affidamenti diretti o cottimi fiduciari possono essere spia di relazioni preferenziali con alcuni operatori economici.

Analogamente, il frazionamento in *tranche* dal valore economico basso di contratti la cui consistenza impone, invece, l'adozione della procedura d'appalto, il delta esistente tra il valore previsto e quello finale, la numerosità o, per converso, l'esiguità dei criteri di scelta adottati possono essere il segnale di manipolazioni a monte delle procedure.

Nella seconda fase vengono esaminate le attività svolte dalla Pubblica Amministrazione per la gestione del bando o della procedura.

La variabile temporale riveste un peso rilevante per quanto riguarda il tempo medio assegnato per la presentazione delle offerte in quanto un lasso temporale destinato alla ricezione delle offerte troppo breve in relazione ai termini previsti per la specifica procedura può denunciare la volontà di limitare il numero di partecipanti ed essere segnale di possibili accordi preesistenti.

⁷¹ *Relazione annuale del Presidente ANAC*, avvenuta in data 6 luglio 2017 alla Camera dei deputati, p. 58.

L'esistenza di un'effettiva possibilità per le imprese di agire in concorrenza può essere testimoniata dal numero di procedure con un'unica offerta, ossia in quanti casi la procedura ha visto un unico candidato, dal numero medio di offerte escluse dalla partecipazione, dal numero di procedure annullate, dalla ricorrenza con la quale le stesse imprese, in un dato momento, si sono aggiudicate il maggior numero di appalti.

Considerato che ogni stazione appaltante può, in autonomia, applicare gli indicatori alle proprie procedure, l'auspicio è che il loro utilizzo sia sempre più ampio e che le Pubbliche Amministrazioni sempre meno si limitino ad essere solo oggetto di controllo, attuando una vera prevenzione della corruzione a livello decentrato, prevedendo in propri regolamenti una disciplina specifica che imponga l'utilizzo degli indicatori.

La costituzione di un gruppo di lavoro composto da ANAC, Funzione Pubblica, ISTAT e Ministeri, risalente a novembre 2017,⁷² e la pubblicazione da parte di ANAC di uno studio sulla relazione esistente tra l'inefficienza dei contratti pubblici ed il fenomeno corruttivo, a gennaio 2018,⁷³ sono ulteriori attestazioni del rilievo assegnato alla materia dalle stesse Pubbliche Amministrazioni.

Necessariamente, all'insieme di indicatori deve essere affiancato un sistema repressivo.

Si ritiene che i positivi risultati che potranno venire dall'avvenuta sistematizzazione degli indicatori, il cui scopo principale è di prevenire il fenomeno corruttivo e non solo di registrarne l'esistenza, saranno comunque condizionati dal sistema di valori del relativo contesto economico e sociale.

Disposizioni che non tengono conto della sfera valoriale della società e si limitano a fondarsi su apparati di controllo e repressione e sulla mera esecuzione di adempimenti legislativi sono inefficienti e destinate a produrre risultati parziali,

⁷² Protocollo d'intesa del 20 novembre 2017.

⁷³ Studio ANAC, a cura dell'Ufficio rilevazione e monitoraggio prezzi di riferimento contratti pubblici, *Efficienza dei contratti pubblici e sviluppo di indicatori di rischio corruttivo*, 2018.

come osservato da Zagrebelsky.⁷⁴

I controlli, in particolare quelli svolti in fase di esecuzione del procedimento, pur necessari, hanno costi immediatamente monetizzabili, relativi all'approntamento degli strumenti ed alla loro manutenzione, la cui consistenza già ne condiziona l'ampiezza, e costi impliciti di incidenza sulle *performance* dei funzionari i quali, se non ne condividono lo scopo finale, potrebbero sentirsi ingabbiati e sviliti nelle loro attività.

Effetti limitati producono anche i modelli che puntano sulla leva salariale, in quanto il maggiore riconoscimento economico non immunizza i funzionari dall'avidità.⁷⁵

Interventi o soluzioni imposti dall'esterno e non riconosciuti come necessari ed utili da coloro che sono chiamati a darne attuazione, non possono che essere improduttivi.

L'interiorizzazione del valore dell'integrità ed il riconoscimento del beneficio indiretto che tutta la società ricava da meccanismi che riescono a tenere sotto controllo il fenomeno sono le basi su cui deve fondarsi qualsiasi sistema anticorruzione.

La L. n.190 e gli atti di ANAC si pongono proprio in quest'ottica nella consapevolezza che la corruzione lede i principi di uguaglianza e giustizia e determina la perdita di fiducia verso le istituzioni, con conseguente erosione della coesione sociale secondo un meccanismo circolare.

Diversamente, istituzioni credibili e certezza del diritto favoriscono un atteggiamento di fiducia della società civile cui devono essere destinati interventi di promozione della cultura della legalità che, nel medio e lungo periodo, potranno ostacolare l'estendersi della corruzione la quale, in quanto fenomeno cumulativo, tende a riprodurre i propri meccanismi e ad includere altri soggetti.

⁷⁴ G. ZAGREBELSKY, *Liberi Servi*, Torino, 2015, p. 263.

⁷⁵ B. FREY e A. STUNTZER, *Economia e felicità*, *Il Sole24ore*, Milano, 2006; S. ZAMAGNI e L. BRUNI, *Economia civile*, Bologna, 2015, p. 51.

5. Osservazioni conclusive

In conclusione si può osservare che l'attuale assetto normativo tende non solo a colpire la corruzione laddove essa si manifesta ma, riconoscendo che la repressione e le sanzioni sono indispensabili ma operano essenzialmente sull'ultimo fronte della lotta alla corruzione, mira soprattutto ad impostare meccanismi virtuosi che garantiscano il presidio degli ambiti maggiormente a rischio e prevenano e circoscrivano il fenomeno corruttivo.

La L. n.190 introduce elementi innovativi nelle disposizioni anticorruzione disegnando un sistema il cui fulcro è costituito da un'unica Autorità amministrativa, ANAC appunto, cui competono funzioni prima assegnate a più organismi allo scopo di garantire maggiore efficacia ed efficienza alle azioni intraprese dall'Autorità stessa, ed i cui vertici sono le Pubbliche Amministrazioni le quali, a livello decentrato, devono dare attuazione alle prescrizioni legislative ed alle indicazioni di ANAC e, nel contempo, organizzare interventi mirati allo specifico contesto in cui operano.

L'obiettivo della normativa è quello di far sì che l'applicazione delle disposizioni anticorruzione sia sempre più estesa anche utilizzando le Pubbliche Amministrazioni come pungolo che la normativa vincola al senso di responsabilità affidandogli il compito di promuovere gli strumenti individuati dalle disposizioni stesse.

Tra detti strumenti, un rilievo particolare è assegnato agli indicatori di rischio la diffusione del cui utilizzo è auspicata proprio come mezzo di analisi delle singole situazioni. Infatti, più il ricorso agli indicatori assume carattere sistemico e viene tenuto in considerazione il risultato della loro applicazione, maggiore sono le probabilità di impostazione di procedure efficienti ed in grado di consentire forme di auto-controllo delle Pubbliche Amministrazioni e delle singole stazioni appaltanti.

La stessa L. 190, all'articolo 1, commi 8, 10, 11, imponendo che i piani triennali di prevenzione della corruzione prevedano attività formative per i dipendenti destinati ad operare nei settori particolarmente esposti alla corruzione, individua

la formazione quale leva per estendere la cultura della legalità.

Gli interventi formativi destinati ai dipendenti pubblici dovrebbero essere diversificati per contenuto tra quelli riservati a coloro che sono chiamati a dare attuazione alle norme specifiche, dal contenuto più tecnico, indispensabili stante la complessità della materia, e, quelli indirizzati a tutto il personale, finalizzati a rappresentare i benefici, in termini di efficienza, efficacia e riduzione dei costi, di cui la Pubblica Amministrazione e la società civile potrebbero fruire riducendo gli episodi di corruzione.

Gli interventi dovrebbero richiamare il dettato costituzionale e i doveri di disciplina ed onore che l'art. 54 della Costituzione assegna ai dipendenti pubblici, in quanto cittadini cui sono affidate funzioni pubbliche. Si tratta di obblighi che derivano da una fonte gerarchicamente superiore ad ogni contratto di lavoro che pongono detti dipendenti in posizione diversa da qualsiasi altro lavoratore dipendente.⁷⁶ Attestazione di tale particolarità è data dal fatto che i delitti dei pubblici ufficiali e degli incaricati di pubblico servizio sono puniti dal codice penale in modo più severo delle corrispondenti condotte poste in essere dagli altri individui.⁷⁷

Analoghi interventi dovrebbero essere inseriti nella programmazione scolastica allo scopo di valorizzare la lotta alla corruzione come difesa del bene comune e, conseguentemente, di responsabilizzare anche le nuove generazioni.

Come rappresentato da Zamagni,⁷⁸ «il comportamento corrotto possiede una dimensione morale ben precisa e non solo una dimensione giuridica e/o economica. La corruzione, cioè, non chiama in causa la sola norma penale e la sola norma sociale, ma anche – e direi soprattutto – quella morale».

La pratica della corruzione, assegnando quote più o meno rilevanti di ricchezza a chi non ha alcun titolo per meritarsela, incide sul canone della giustizia distributiva vanificando il principio di uguaglianza e costituisce una grave

⁷⁶ B.G. MATTARELLA, *Le regole dell'onestà*, Bologna, 2007, p. 9.

⁷⁷ B.G. MATTARELLA, *op. ult. cit.*, p. 8.

⁷⁸ S. ZAMAGNI, *op. ult. cit.*, p. 4.

minaccia alla fruibilità della democrazia.

La corruzione è un ostacolo alla crescita economica ma è soprattutto un serio impedimento al progresso civile e morale di una comunità in quanto corrotti e corruttori non violano solamente la legge positiva ma anche quella morale ed erodono le fondamenta della coesione sociale, facendo prevalere logiche e dinamiche particolaristiche.⁷⁹

Posto che l'eccesso di norme, minando la certezza del diritto, scoraggia l'iniziativa economica e gli investimenti, un ulteriore strumento anticorruzione può essere proprio la semplificazione legislativa, con l'adozione di testi unici o codici o, comunque, di disposizioni chiare che rendano più semplice la comprensione delle regole e, conseguentemente, il loro rispetto, anche riducendo l'eventuale contenzioso.

La necessità della chiarezza delle disposizioni normative è stata riconosciuta dalla stessa Corte costituzionale nella sentenza n.364/1988, dove ha mitigato il principio per cui l'ignoranza della legge è inescusabile stabilendo che al cittadino non può essere rimproverata l'ignoranza inevitabile dovuta ai vizi del legislatore.⁸⁰

In conclusione, si può affermare che alla chiarezza delle leggi deve fare da contraltare la trasparenza dell'azione amministrativa, come disciplinata dalle relative norme aventi la finalità di impostare meccanismi virtuosi di auto-analisi da parte delle Pubbliche Amministrazioni, con valorizzazione del senso di responsabilità dei singoli funzionari, da cui dovrebbe conseguire un sentimento di attese soddisfatte nei cittadini ed una maggiore fiducia degli stessi nelle Istituzioni con conseguente il disconoscimento dell'utilità delle pratiche elusive.

⁷⁹ S. ZAMAGNI, *op. ult. cit.*, p. 4.

⁸⁰ B.G. MATTARELLA, *La trappola delle leggi*, Bologna, 2011, p. 133.

Bibliografia

- ANAC, *Relazione annuale 2015*, presentata a Palazzo Madama, 14 luglio 2016;
Rapporto sullo stato di attuazione e la qualità dei piani triennali di prevenzione della corruzione nelle amministrazioni pubbliche 2015-2017, 16 dicembre 2015;
Corruzione sommersa e corruzione emersa in Italia: modalità di misurazione e alcune evidenze empiriche, dicembre 2013;
Aggiornamento 2015 al Piano Nazionale Anticorruzione, determinazione n.12 del 28 ottobre 2015;
Relazione annuale 2016 presentata alla Camera dei Deputati, 7 luglio 2017;
Aggiornamento delle Linee guida per l'attuazione della normativa in materia di prevenzione della corruzione e trasparenza da parte delle società e degli enti di diritto privato controllati e partecipati dalle pubbliche amministrazioni e dagli enti pubblici economici, 27 marzo 2017;
Efficienza dei contratti pubblici e sviluppo di indicatori di rischio corruttivo gennaio 2018; Determinazione 141 del 28/02/2018;
- E.C. BANFIELD, *Le basi morali di una società arretrata*, Il Mulino, Bologna, 2010;
- G. BECKER, *Crime and Punishment. An Economic Approach*, Journal of Political Economy, vol. 76, 1968;
- F. BILIARDO e M. PROSPERI, *Piano nazionale e piani decentrati anticorruzione. La riforma anticorruzione in una visione integrata giuridica e organizzativa in 100 domande e 100 risposte*, Maggioli, Rimini, 2014;
- L. BRUNI e S. ZAMAGNI, *Economia civile*, Il Mulino, Bologna, 2004;
- S. CANEPELLE (a cura di), *Le mafie dentro gli appalti, Casi di studio e modelli preventivi*, coll. Crime science, Franco Angeli, Milano, 2014;
- R. CANTONE e F. MERLONI, *La nuova Autorità Nazionale Anticorruzione*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2015;
- M. CENTORRINO - M. LISCIANDRA - N. PARISI - D. RINOLDI, *La corruzione fra teoria economica normativa internazionale, modelli d'organizzazione d'impresa*, I Quaderni Europei n.18, 2010;
- F. COCOZZA, *Profili di diritto costituzionale applicato all'economia*, G. Giappichelli, Editore, Torino, 1999;
- COMMISSIONE EUROPEA, COM (2014) 38 final, ANNEX XII, *Allegato sull'Italia della Relazione della commissione al Consiglio e al Parlamento europeo-Relazione dell'unione sulla lotta alla corruzione*, Bruxelles, 3 febbraio 2014;

Corruption Report, Special Eurobarometer n.397/2013; Flash Eurobarometro 374 risultati per l'Italia, report n.374, 2013;

COMMISSIONE EUROPEA, COM (2010), *Europa 2020. Una strategia per una crescita intelligente, sostenibile e inclusiva*, Commissione europea, Bruxelles, 3 marzo 2010;

CONSIGLIO DI STATO, commissione speciale, 20 aprile 2017, n.650, in merito alla richiesta di parere in tema di "Aggiornamento delle Linee guida per l'attuazione della normativa in materia di prevenzione della corruzione e trasparenza da parte delle società e degli enti di diritto privato controllati e partecipati dalle pubbliche amministrazioni e degli enti pubblici economici";

J. DE HAAN - E. DIETZENBACHER - H. LE VAN, *Higher government wages may reduce corruption*, 2013.

O. DI GIOVINE, *Lineamenti sostanziali del nuovo illecito punitivo*, Giuffrè Editore, Milano, 2010;

E. DOLCINI, *La legge 190/2012: contesto, linee di intervento, spunti critici*, Diritto Penale Contemporaneo, numero 3, 2013;

E. FEHR - U. FISCHBACHER, *Why Social preferences matter*, Economic Journal, vol. 112, 2002;

G. FIANDACA e E. MUSCO, *Diritto Penale. Parte generale*, Zanichelli Editore, Bologna, 2015;

FREY B - STUTZER A., *Economia e Felicità, come l'economia e le istituzioni influenzano il benessere*, Il Sole 24 Ore, Milano, 2006;

M. FRONTONI, *Contratto e antimafia - Il percorso dai "Patti di legalità" al rating di legalità*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2015;

S. GAUDIANO, *Economia, Finanza e corruzione. Come i valori etici influenzano il benessere dei paesi*, Aracne Editrice, Ariccia, 2016;

R. GAROLFI e G. FERRARI, *La nuova disciplina degli appalti pubblici*, Nel Diritto Editore, Roma, 2016;

M. GOLDEN - L. PICCI, *Proposal for a new measure of corruption, illustrated with italian data*, Economics & Politics, vol. 17, 2005;

GRECO, *Rapporto di valutazione sull'Italia*, 43° Riunione Plenaria, Strasburgo, 2009;

P. ICHINO, *Relazione alla Commissione Lavoro del Senato sul disegno di legge n.2208*, svolta il 18/01/2016;

ISTAT, ANAC, *Protocollo d'intesa tra l'Istituto Nazionale di Statistica e l'Autorità Nazionale Anticorruzione in materia di integrità, trasparenza e analisi del fenomeno della corruzione*, 22 marzo 2016;

A. HEIDENHEIMER (a cura di), *Political corruption. Readings in comparative analysis*, New York, 1978;

R. KLITGAARD, *International Cooperation Against Corruption*, Finance & Development, vol. 35, n.1, Chicago, 1998;
Controlling Corruption, University of California Press, Berkley and Los Angeles, 1988;

G. MAROTTA, *Aspetti criminologici del fenomeno corruttivo*, Revista de Estudos Politicos, Belo Horizonte, 2017;

B.G. MATTARELLA, *La trappola delle leggi*, il Mulino, Bologna, 2011;

B.G. MATTARELLA e M. PELLISSERO, (a cura di), *La legge anticorruzione- Prevenzione e repressione della corruzione*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2012;

N. PARISI, *Osservazioni a prima lettura sulla legge n.179/2017 di tutela del whistleblower*, in LavoroDirittiEuropa, numero 1 del 17 maggio 2018;

A. ROGOW - H.D. LASSWELL, *Power, corruption and rectitude*, Greenwood Press, 1977;

A. SANTUARI, *RPC: anticorruzione, ANAC e inconfiribilità di incarichi*, Persona e Danno, 2016;

P. SCHENA, *Il Modello 231 e le misure anticorruzione negli organismi partecipati: una misura di protezione e di accountability*, in Atti del Convegno del 27 ottobre 2017 "Il ruolo degli enti locali nelle società partecipate alla luce del T.U. - D.Lgs. 175/2016";

A. SPENA, *Dalla punizione alla riparazione? Aspirazioni e limiti dell'ennesima riforma anticorruzione*, Studium iuris, 2015;

M.A. TESI, *Le tipologie della corruzione*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2012;

TRASPARENCY INTERNATIONAL, *Corruption Perceptions Index 2015*;

G. ZAGREBELSKY, *Liberi Servi*, Giulio Einaudi Editore, Torino, 2015;

S. ZAMAGNI, *Corruzione, capitale sociale, sviluppo*, AICCON, 2012.

PARTE SECONDA

Illegittimità costituzionale dell'articolo 57, comma 1, lett a), del D.P.R. n.602 del 1973: commento breve alla sentenza della Corte costituzionale n.114 del 31 maggio 2018

di Andrea Purpura

Dottorando di Ricerca in Diritto tributario

(Corso di Dottorato in Scienze economiche, aziendali e giuridiche)

Università degli Studi di Enna

ABSTRACT

The Constitutional Court with the sentence no. 114 of 31 May 2018 has recently declared unconstititutional the article 57 of D.P.R. 602 of 1973. In this way has been filled a regulatory gap that penalized the tax payers in case of forced tax execution. Infact article 57, first paragraph, statued that oppositions referred to article 615 of the c.p.c. were not to be considered admissible in the judgment related to the proper acts of the forced tax execution, penalaizing the taxpayer's right to defense.

SINTESI

La Corte costituzionale, con la sentenza n. 114 del 31 maggio 2018, ha recentemente dichiarato incostituzionale l'articolo 57 del D.P.R. n.602 del 1973. In questo modo è stato colmato un vuoto normativo che penalizzava i contribuenti in caso di esecuzione forzata delle imposte. L'articolo 57, primo paragrafo, ha dimostrato infatti che le opposizioni che si riferivano all'articolo 615 del c.p.c. non erano considerate ammissibili nei confronti delle decisioni relative agli atti di esecuzione forzata del pagamento dei tributi, penalizzando così il diritto di difesa del contribuente.

SOMMARIO: 1. Premessa – 2. La decisione della Corte costituzionale – 3. Opposizione all'esecuzione e vuoto di tutela gravante sul contribuente – 4. Opposizione all'esecuzione tra giurisdizione tributaria e ordinaria – 5. Conclusioni

1. Premessa

I Giudici della Corte costituzionale si sono recentissimamente pronunciati in merito a questione di legittimità costituzionale sollevata dal Tribunale ordinario di Trieste in relazione all'articolo 57, comma 1, lettera a) del D.P.R. n.602 del

1973¹ – come sostituito dall’articolo 16 del D.Lgs. del 26 febbraio 1999 n.46² – limitatamente a quella parte della disposizione menzionata per mezzo della quale il legislatore aveva, almeno fino ad oggi, previsto che le opposizioni cui all’articolo 615 del codice di procedura civile³ non fossero da considerarsi ammissibili e, conseguentemente, applicabili in sede di giudizio correlato ad atti propri dell’esecuzione forzata tributaria successivi alla notifica della cartella o all’atto di intimazione ad adempiere.⁴

Più precisamente, in accoglimento della questione sollevata, il Collegio ha dichiarato l’illegittimità costituzionale dell’articolo 57, comma 1, lettera a) per quella parte in cui quest’ultimo non ammetteva la proposizione delle eccezioni di cui sopra, ovvero tutte quelle opposizioni esperibili contro atti che, pur avendo quale obiettivo quello di dar luogo ad esecuzione forzata, non fossero impugnabili presso la Commissione tributaria di qualsivoglia grado e luogo fosse).

Mediante detta dichiarazione di illegittimità costituzionale la giurisprudenza

¹ G.U. del 16 ottobre 1973, n.268, recante *Disposizioni in materia di riscossione delle imposte sul reddito*.

² G.U. del 5 marzo 1999, n.53, apportante *Riordino della disciplina della riscossione mediante ruolo, a norma dell’articolo 1 della legge 28 settembre 1998, n.337*. Con quest’ultima disposizione il legislatore nazionale ha previsto che il Governo sia delegato ad emanare, entro sei mesi dalla data di entrata in vigore della presente legge, uno o più decreti legislativi recanti disposizioni volte al riordino della disciplina della riscossione e del rapporto con i concessionari e con i commissari governativi provvisoriamente delegati alla riscossione, al fine di conseguire un miglioramento dei risultati della riscossione mediante ruolo e di rendere più efficace ed efficiente l’attività dei concessionari e dei commissari stessi, con l’osservanza di determinati principi e criteri direttivi (tra questi, e per tutti, se ne ricordino i seguenti a titolo esemplificativo: a) affidamento, mediante procedure ad evidenza pubblica, ai concessionari della riscossione mediante ruolo delle entrate dello Stato, degli enti territoriali e degli enti pubblici, anche previdenziali, e previsione della facoltà, per i contribuenti, di effettuare il versamento diretto di tali entrate anche mediante delega ai concessionari stessi; c) eliminazione dell’obbligo del non riscosso come riscosso gravante sui concessionari.

³ Detta disposizione, rubricata *Forma dell’opposizione*, consta di due commi. Con il primo si fa riferimento a quel tipo d’opposizione esperibile soltanto laddove l’esecuzione non risulti ancora effettuata (in questo caso l’opposizione non potrà non effettuarsi se non presso il giudice competente *rationae materiae*, per valore ovvero ancora per territorio. Il secondo comma, di contro, prende in considerazione l’opposta eventualità e cioè il fatto che si sia già proceduto ad eseguire l’esecuzione; in tal caso l’opposizione sarà da proporsi innanzi al giudice dell’esecuzione.

⁴ E. DE MITA, *Opposizione ampia agli atti esecutivi*, tratto da *Il Sole24Ore* (Sez. Norme e Tributi) del 26 giugno 2018.

non ha fatto altro, e si avrà modo di verificarlo a breve, se non riconoscere in capo al contribuente un nuovo strumento di tutela e garanzia in ragione del quale questi potrà ricorrere, in sede di giudizio d'esecuzione, ponendo quest'ultimo nelle condizioni d'esperire, ove il caso lo richiedesse, tutte quelle opposizioni cui all'articolo 615 del codice di procedura civile ed il cui utilizzo era stato, fino ad oggi, recluso.

2. La decisione della Corte costituzionale

Seppur in somma sintesi, appare doveroso fare riferimento alle modalità di svolgimento dei fatti che hanno condotto la Corte costituzionale ad emanare il provvedimento in commento. Ebbene, il giudice dell'esecuzione del Tribunale di Trieste con due ordinanze le quali, sotto un profilo contenutistico, si presentavano in modo pressoché identico (la prima del 19 agosto 2015 e la seconda del 28 marzo 2017), ha sollevato questione di legittimità costituzionale dell'articolo 57 del D.P.R. n.602 del 1973, con riferimento a due procedimenti promossi dalla società G. nei confronti di Equitalia nord S.p.A. e, quale terzo pignorato, l'Azienda S.I. oltreché contro Equitalia nord S.p.A. e G. S.p.A. - G.S., come terzo pignorato.

Come riportato dal giudice remittente, la società G. S.p.A., nelle qualità di esecutata opponente, a seguito dei pignoramenti avviati da Equitalia nord S.p.A. nei confronti di terzi al fine di vedere soddisfatti i crediti per l'imposta comunale sugli immobili (ICI) relativamente agli anni 2008 e 2009 aveva ritenuto proporre opposizione all'esecuzione ai sensi dell'articolo 615 del codice di procedura civile, avendo precedentemente ottenuto la sospensione dell'esecuzione degli atti impugnati (avvisi di accertamento e seguenti cartelle di pagamento). Alla luce dell'applicazione di dette misure cautelari, Equitalia nord S.p.A., sospendeva i pignoramenti in autotutela ricevendo altresì invito dal Comune beneficiario a non proseguire nell'esecuzione.

Orbene, come rilevato dalla Corte, in entrambi i giudizi l'esecutata opponente (G. S.p.A.) deduceva non soltanto la violazione operata da Equitalia dell'art. 7 del

D.L. del 13 maggio 2011 n.70⁵ ma anche, e da qui l'importanza della sentenza in esame, eccezione di illegittimità costituzionale dell'articolo 57 sopramenzionato in relazione agli articoli 3, 24, 54, 97, 111 e 113 della Costituzione, denunciando, dunque plurime lesioni patite dal contribuente, concretizzantesi in un pregiudizio al corretto e legittimo esercizio tanto del diritto alla difesa quanto del principio di tutela giurisdizionale avverso gli atti propri dell'amministrazione pubblica.

Per dette – e sommariamente esposte – ragioni la Corte ha deciso di accogliere la questione sottoposta.

3. Opposizione all'esecuzione e vuoto di tutela gravante sul contribuente

L'*iter* logico sotteso al provvedimento in commento, pur dispiegandosi all'interno di una materia senza dubbio irta ed impervia, appare chiaro, lineare e da accettarsi interamente.

I Giudici, infatti, nel dispiegare il proprio ragionamento sulla materia *de qua* si sono mossi passi radicando la decisione in commento nella lettura dell'articolo 57, comma primo, del D.P.R. n.602 del 1973, affiancando all'esame del dato normativo in senso stretto un *excursus* storico avente un ruolo fondamentale per comprendere a pieno il tema oggetto di studio, concernente l'esame della disciplina fornita dal legislatore prima e dopo l'introduzione della nuova disciplina del contenzioso tributario.⁶ Ebbene, la disposizione oggi dichiarata incostituzionale ha fornito fin qui disciplina della c.d. opposizione all'esecuzione (o agli atti esecutivi), in sede di riscossione delle imposte sul reddito, attività disciplinatoria, rileva la Corte, precendentemente assolta, in senso fortemente restrittivo, dall'articolo 54 del medesimo D.P.R..

⁵ G.U. del 13 maggio 2011 n.110, recante *Prime disposizioni urgenti per l'economia - Semestre Europeo*. Più precisamente il menzionato articolo 7, rubricato *Semplificazione fiscale*, prevede una serie di modificazioni alla normativa vigente al momento dell'emanazione del Decreto-legge finalizzate alla riduzione del peso della burocrazia che grava sulle imprese e più in generale sui contribuenti. Detto decreto è stato convertito nella L. 12 luglio 2011, n.106, con cui il legislatore ha altresì introdotto la sospensione *ex lege* degli atti esecutivi esattoriali per la durata di 120 giorni.

⁶ G.U. del 13 gennaio 1993, n.9, avente ad oggetto *Disposizioni sul processo tributario in attuazione della delega al Governo contenuta nell'art. 30 della L. 30 dicembre 1991, n.413*.

In quest'ultimo caso il legislatore aveva, difatti, provveduto a delineare un sistema di tutela fallace organizzato su più piani; ciò era da imputarsi essenzialmente al fatto che, stando alla risalente disciplina, il contribuente, qualora sottoposto a riscossione esattoriale, avrebbe avuto diritto ad una tutela amministrativa concretizzantesi nel ricorso all'intendente di finanza, e soltanto in un secondo momento avrebbe avuto la possibilità di avvalersi d'una tutela, questa volta giudiziaria, di tipo amministrativo.⁷

In un quadro così delineato anche il ricorso al giudice tributario appariva infruttuoso in quanto il D.P.R. n.636 del 26 ottobre 1972⁸ non attribuiva a quest'ultimo il potere di sospendere l'esecuzione attraverso l'impugnazione del ruolo ed unica figura cui fosse riconosciuto il potere di adottare il provvedimento di sospensione dell'esecuzione rimaneva proprio l'intendente di finanza.

In tal senso, in regime di critica all'impianto regolamentare che il legislatore aveva strutturato, anche la Giurisprudenza di legittimità aveva avuto modo di rilevare che il regime dell'esecuzione esattoriale previsto dall'articolo 54 desse luogo ad una totale esclusione dell'ammissibilità delle opposizioni tanto agli atti esecutivi quanto all'esecuzione non essendo rinvenibile all'interno del nostro ordinamento giuridico una norma che riconoscesse al contribuente il diritto ad opporsi a queste.⁹

Alla luce della disciplina fornita dall'articolo 54, terzo comma, in ragione del

⁷ Per approfondimento sul punto si vd. Cass. civ., SS.UU., sent. 26 novembre 1993, n.11717. Con detta sentenza i Giudici della Suprema Corte sancirono che: «Nel sistema del contenzioso tributario anteriore alla riforma attuata con D.Lgs. 31 dicembre 1992, n.546 – il cui art. 47 attribuisce alle Commissioni tributarie il potere di sospendere in via di urgenza l'esecuzione dell'atto impugnato – un potere siffatto esula dalle attribuzioni sia del giudice ordinario, sia di alcun altro giudice, e spetta esclusivamente in sede amministrativa all'intendente di finanza, contro le cui determinazioni le posizioni soggettive del contribuente sono tutelabili davanti al giudice amministrativo; ne consegue, senza che ciò ponga dubbi di illegittimità costituzionale, che sussiste difetto assoluto di giurisdizione in ordine alla domanda del contribuente intesa ad ottenere la detta sospensione dal giudice ordinario con le modalità di cui agli artt. 700 e ss. c.p.c.» (in *www.mass.giur.it*, 1993).

⁸ G.U. dell'11 novembre 1972, n.292, recante *Revisione della disciplina del contenzioso tributario*.

⁹ Si vd. Cass. civ., Sez. III, sent. 18 novembre 2013, n.25855, con cui gli Ermellini, chiamati a pronunciarsi in materia di azione esecutiva esattoriale hanno sancito che è esperibile l'azione di risarcimento del danno ex art. 2043 del codice civile avverso l'Agenzia delle entrate che determini un'azione esecutiva esattoriale nei confronti di soggetto non tenuto all'obbligo tributario.

quale in capo al contribuente leso fosse da riconoscersi una semplice e, a parere di chi scrive, troppo incerta e non pienamente soddisfattiva se confrontata alla perdita potenziale patibile dal contribuente, tutela risarcitoria ex. art. 2043 c.c., per mezzo della quale richiedere ristoro dei danni subiti a seguito dell'illegittima esecuzione subita, si veniva a creare, e questo appare chiaro anche al Collegio costituzionale, una situazione nella quale la tutela riservata al contribuente sottoposto ad esecuzione fosse soltanto successiva ed eventuale rispetto alla riscossione operata dall'Amministrazione finanziaria configurandosi, dunque, una certamente evitabile voragine di tutela talmente grave d'aver già dato luogo, in passato, a questioni di legittimità costituzionale relative al summenzionato articolo 54 per presunta violazione degli articoli 24 e 113 della Costituzione, purtroppo allora non considerate accoglibili.¹⁰

Oggi, e ciò risulta evincibile anche dalla lettura della sentenza in commento, a seguito dell'introduzione del nuovo contenzioso tributario e della riscossione mediante ruolo, il sistema normativo pare essere improntato ad una maggiore attenzione verso il contribuente. Nella materia che forma oggetto di studio, ai fini della determinazione del giudice competente *rationae materiae* ruolo centrale è ricoperto dal momento della notifica della cartella di pagamento e dall'eventuale avviso di intimazione ad adempiere, essendo stato riconosciuto al giudice tributario il potere a giudicare sul punto attribuendo, di contro, al giudice ordinario e, ancora dopo, al giudice dell'esecuzione una competenza di natura prettamente residuale.

In un quadro così delineato, l'articolo 57, comma 1, lettera a) – spesso interpretato in senso restrittivo dai Giudici di legittimità dando luogo ad una assoluta improponibilità della domanda per carenza, in seno al nostro

¹⁰ Si vd. Corte cost., sent. 1° aprile 1982, n.63, con cui è stata sancita l'infondatezza della questione di costituzionalità degli artt. 15, 39 e 54 D.P.R. 29 settembre 1973, n.602, nonché dell'art. 60 (*rectius*: 62) D.P.R. 26 ottobre 1972, n.633, nella parte in cui escludono che i giudici tributari (e il giudice ordinario innanzi al quale il giudizio eventualmente prosegue a norma dell'art. 40 D.P.R. n.636/1972) possano disporre la sospensione dei procedimenti di riscossione coattiva dei tributi (in *Giur. Cost.*, 1982, I, p. 622).

ordinamento giuridico, d'una norma in grado di tutelare la posizione giuridica di chi ritenga d'opporsi all'esecuzione o agli atti esecutivi¹¹ – si inserirebbe a pieno titolo, almeno parzialmente, come idoneo strumento di tutela del contribuente; infatti, usando le parole della Corte, pur escludendo l'ammissibilità dell'opposizione all'esecuzione per il solo fatto che il contribuente opponente formuli un *petitum* con cui contesti il diritto dell'Amministrazione finanziaria o dell'agente della riscossione di procedere ad esecuzione forzata, il ricorrente non sarebbe privo di tutela dovendosi leggere l'articolo 57 congiuntamente all'articolo 2 del D.Lgs. n.546 del 1992 il quale, come noto, conferisce al giudice tributario il potere di pronunciarsi in materia di contestazione del titolo su cui la riscossione esattoriale si fonda. Di tal modo non si verificherebbe una deficienza tutelare a discapito del contribuente sottoposto a riscossione esattoriale potendosi quest'ultimo rivolgere al giudice tributario.

Di contro, questione si porrebbe laddove il contribuente abbia sia impugnato la cartella esattoriale innanzi al giudice tributario, sia proposto contestuale opposizione all'esecuzione ai sensi dell'articolo 615 del codice di procedura civile innanzi al giudice ordinario, contestando il diritto dell'Ente per la riscossione di procedere ad esecuzione forzata per mezzo di pignoramento presso terzi, e ciò perché l'articolo 57 non ammette un'opposizione di questo tipo e il ricorso al giudice tributario non sarebbe ammissibile perché, sul punto, carente di giurisdizione.

È in detta eventualità, e il caso in esame costituisce esempio lampante, che si manifesterebbe un vuoto di tutela lesivo del legittimo diritto alla difesa proprio del contribuente.

In questo frangente, dunque, è il concetto di "pienezza della garanzia giurisdizionale" ad essere eretto a fondamento della pronuncia in commento.

A conferma di ciò, gli stessi Giudici costituzionali, richiamando risalente giurisprudenza con la quale la medesima Corte aveva dichiarato l'illegittimità

¹¹ E. FRONTICELLI BALDELLI, *Tutela del contribuente nella esecuzione esattoriale: giurisdizione ordinaria o tributaria?*, in *Il Fisco*, 23/2015, p. 2262.

costituzionale dell'art. 17 della Legge 3 gennaio 1981, n.6,¹² nella parte in cui, rinviando alle norme previste per la riscossione delle imposte dirette, impediva al debitore di proporre opposizione all'esecuzione dinanzi all'autorità giudiziaria ordinaria¹³ in tutte quelle ipotesi in cui avesse contestato l'entità se non l'esistenza del credito stesso, hanno posto alla base della sentenza oggi in esame l'impellente necessità che il legislatore predisponga un apparato normativo tale da garantire ogniqualvolta se ne presenti il bisogno, una tutela del contribuente quanto più profonda ed efficace possibile.

In questa prospettiva, l'inammissibilità delle opposizioni cui all'articolo 57, primo comma, lettera a) e la contestuale ammissibilità prevista soltanto in relazione alle eccezioni che abbiano ad oggetto la semplice pignorabilità dei beni, non pare vadano nella corretta direzione e ciò è parso chiaro al Collegio giudicante.

4. Opposizione all'esecuzione tra giurisdizione tributaria ed ordinaria

La sentenza in commento appare altresì accoglibile laddove vi si guardi attraverso la lente d'ingrandimento, cui si è anticipato nelle righe che precedono, della razionalizzazione e della maggior tutela voluta ed operata dal legislatore attraverso l'introduzione del D.Lgs. n.46 del 1999 con cui la materia della riscossione coattiva è stata assoggettata ad una ripartizione della giurisdizione tra il giudice tributario ed il giudice ordinario, demarcazione segnata dal momento della notifica della cartella di pagamento, attribuendo al primo la cognizione fino al momento della notifica dell'atto impositivo, al secondo competenza per quanto susseguente alla comunicazione dell'atto dell'amministrazione.¹⁴

Un'impostazione di questo tipo, avente fondamento, a parere di autorevole

¹² G.U. del 14 gennaio 1981, n.12, recante *Norme in materia di previdenza per gli ingegneri e gli architetti*.

¹³ Corte cost., sent. 18 luglio 1997, n.239.

¹⁴ A. GINEX, *La Corte costituzionale sdogana l'opposizione all'esecuzione*, da Euroconference del 28 giugno 2018, p.1.

dottrina, in un meccanismo connotato da una degiurisdizionalizzazione derivante dallo scorporo tra titolarità del credito e titolarità dell'azione esecutiva,¹⁵ si proporrebbe, presumibilmente, di perseguire un obiettivo chiaro e cioè quello di fornire al contribuente una tutela piena tanto sotto un profilo squisitamente tributario quanto sotto quello ordinario e d'esecuzione.

Ebbene, ove questo fosse stato l'originario intento del legislatore, la traduzione in norma non vi avrebbe dato degna concretizzazione, almeno per quanto attiene la disciplina relativa all'opposizione all'esecuzione, essendo il caso in esame esempio cristallino di come la normativa *de qua* non fosse in grado di fornire adeguate soluzioni e garanzie, in termini di semplice e legittimo esercizio del diritto alla difesa, al contribuente.

E infatti, l'articolo 57, primo comma, lettera a), come detto, escludendo l'ammissibilità di tutte le opposizioni regolata dall'articolo 615 del codice di procedura civile ad eccezione di quelle concernenti la pignorabilità dei beni, non ha fatto altro che creare un potenziale difetto assoluto di giurisdizione in tutti quei casi come quello in esame, in cui il ricorrente abbia esperito azione di esecuzione ai sensi del summenzionato articolo di procedura civile al fine di contestare il diritto dell'Agente della riscossione (Equitalia S.p.A.) a procedere ad esecuzione forzata.¹⁶

In tal modo appare chiaro come il diritto alla difesa del contribuente venga totalmente svilito lasciando a quest'ultimo la possibilità di trovare tutela soltanto una volta patita l'esecuzione.

Una ripartizione della giurisdizione così orientata, e la contestuale non esperibilità delle opposizioni cui all'articolo 615 del codice di procedura civile, pur traendo propria legittimazione nel fatto che su vicende quali la prescrizione sopravvenuta del credito tributario, piuttosto che il pagamento parziale del

¹⁵ Per approfondimento si vd. A. BONAFINE, *Il riparto di giurisdizione nel sistema delle opposizioni all'esecuzione tributaria ai sensi dell'articolo 57, D.P.R. n.602 del 1973*, in *Rivista dell'Esecuzione Forzata*, 1/2018, p. 97; ed ancora, G. GIUSTI e M. MARTINO, *La riscossione esattoriale*, in *Rivista dell'Esecuzione Forzata*, 3/2006, p. 536.

¹⁶ *Op. cit.*, p. 2.

tributo, debba avere conoscenza il giudice tributario (non quello ordinario),¹⁷ oltre a remare contro la più recente giurisprudenza di legittimità¹⁸ non appare altresì informata alle più semplici logiche di tutela difensiva da riconoscersi in capo a qualsivoglia ricorrente.

5. Conclusioni

La pronuncia giurisprudenziale commentata costituisce, o almeno questa è la speranza, un punto di svolta per la materia che ha formato oggetto di studio.

La dichiarazione di incostituzionalità dell'articolo 57, comma 1, del D.P.R. n.602 del 1973 nella parte in cui non prevede che, nelle controversie che riguardano gli atti dell'esecuzione forzata tributaria successivi alla notifica della cartella di pagamento o all'avviso di cui all'art. 50¹⁹ del D.P.R. n.602 del 1973, sono ammesse le opposizioni regolate dall'articolo 615 del codice di procedura civile, costituisce un, potenziale, significativo ampliamento degli strumenti di tutela che fino ad oggi erano stati posti al servizio del contribuente.

D'altra parte, come rilevato in dottrina, l'interesse proprio dell'Unione europea, dello Stato e, in ultimo, dell'Amministrazione finanziaria a garantire un'efficace riscossione fiscale²⁰ non può e non deve trovare legittimazione in un paese

¹⁷ F. RUSSO, *Atto di pignoramento e giurisdizione tributaria*, in *Diritto e Pratica Tributaria*, 1/2018, p. 363.

¹⁸ Si vd. Cass., SS.UU., sent. 5 giugno 2017, n.13913, con cui i Giudici di legittimità hanno sancito che in materia di esecuzione forzata tributaria, l'opposizione agli atti esecutivi avverso l'atto di pignoramento asseritamente viziato per omessa o invalida notificazione della cartella di pagamento (o di altro atto prodromico al pignoramento), è ammissibile e va proposta – ai sensi degli artt. 2, comma 1, e 19 del D.Lgs. n.546 del 1992, dell'art. 57 del D.P.R. n.602 del 1973 e dell'art. 617 c.p.c. – davanti al giudice tributario, risolvendosi nell'impugnazione del primo atto in cui si manifesta al contribuente la volontà di procedere alla riscossione di un ben individuato credito tributario (Fonte: *Dir. e Prat. Trib.*, 2018, 1, p. 363, nota di F. RUSSO).

¹⁹ Detta disposizione, rubricata *Termini per l'inizio dell'esecuzione*, si articola in tre commi in ragione dei quali: i) Il concessionario procede ad espropriazione forzata quando è inutilmente decorso il termine di sessanta giorni dalla notificazione della cartella di pagamento, salve le disposizioni relative alla dilazione ed alla sospensione del pagamento; ii) Se l'espropriazione non è iniziata entro un anno dalla notifica della cartella di pagamento, l'espropriazione stessa deve essere preceduta dalla notifica, da effettuarsi con le modalità previste dall'articolo 26, di un avviso che contiene l'intimazione ad adempiere l'obbligo risultante dal ruolo entro cinque giorni; iii) l'avviso di cui al comma secondo è redatto in conformità al modello approvato con decreto del Ministero delle finanze e perde efficacia trascorsi centottanta giorni dalla data della notifica.

²⁰ C. SCALINCI, *Dal divieto di opporsi all'esecuzione tributaria "a valle" della cartella di*

indebolimento gravante sul contribuente, il quale, fino ad oggi, per quanto attinente alla materia di che trattasi non aveva potuto trovare adeguata tutela innanzi ad azioni esecutive spesso inevitabili ed innanzi alle quali veniva riconosciuta una tutela di natura squisitamente, eventualmente, e soltanto, risarcitoria in ragione di un ingiustificabile vuoto normativo che da oggi si auspichi trovi nuova e completa formulazione.

pagamento emerge un incostituzionale vuoto di tutela, in Rivista di Diritto Tributario (supplemento on-line), 6 giugno 2018.

Corte costituzionale - Sentenza 31 maggio 2018, n.114**PRESIDENTE: LATTANZI - REDATTORE: AMOROSO**

[...] nei giudizi di legittimità costituzionale dell'articolo 57, comma 1, del Decreto del Presidente della Repubblica 29 settembre 1973, n.602 (Disposizioni sulla riscossione delle imposte sul reddito), come sostituito dall'art. 16 del Decreto legislativo 26 febbraio 1999, n.46 (Riordino della disciplina della riscossione mediante ruolo, a norma dell'articolo 1 della Legge 28 settembre 1998, n.337), e dell'art. 3, comma 4, lettera a), del Decreto-Legge 30 settembre 2005, n.203 (Misure di contrasto all'evasione fiscale e disposizioni urgenti in materia tributaria e finanziaria), convertito, con modificazioni, nella Legge 2 dicembre 2005, n.248, promossi dal giudice dell'esecuzione del Tribunale ordinario di Sulmona con due ordinanze del 31 e dell'11 dicembre 2013, e dal giudice dell'esecuzione del Tribunale ordinario di Trieste con due ordinanze del 19 agosto 2015 e del 28 marzo 2017, iscritte rispettivamente ai nn. 8, 9 e 195 del registro ordinanze 2016 e n.110 del registro ordinanze 2017 e pubblicate nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica n.5 e n.41, prima serie speciale, dell'anno 2016 e n.35, prima serie speciale, dell'anno 2017.

Visti gli atti di costituzione di Equitalia Centro S.p.A., di Genagricola S.p.A., di Equitalia Servizi di riscossione S.p.A., dell'Agenzia delle entrate - Riscossione, ente subentrato nei rapporti giuridici della società Equitalia servizi di riscossione S.p.A., nonché gli atti di intervento del Presidente del Consiglio dei ministri;

udito nella udienza pubblica del 17 aprile 2018 il Giudice relatore Giovanni Amoroso;

uditi gli avvocati Simonetta Rottin per Genagricola S.p.A., Marcello Cecchetti per l'Agenzia delle entrate - Riscossione, ente subentrato nei rapporti giuridici della società Equitalia servizi di riscossione S.p.A., a sua volta incorporante Equitalia Centro S.p.A., e per Equitalia servizi di riscossione S.p.A., e l'avvocato dello Stato Gianni De Bellis per il Presidente del Consiglio dei ministri.

RITENUTO IN FATTO

1. Con ordinanza dell'11 dicembre 2013, iscritta al n.9 del registro ordinanze 2016, emessa nel procedimento civile promosso da R. C. contro Equitalia Centro S.p.A., il giudice dell'esecuzione del Tribunale ordinario di Sulmona ha sollevato questioni incidentali di legittimità costituzionale dell'art. 57, comma 1, del D.P.R. 29 settembre 1973, n.602 (Disposizioni sulla riscossione delle imposte sul reddito), come sostituito dall'art. 16 del Decreto legislativo 26 febbraio 1999, n.46 (Riordino della disciplina della riscossione mediante ruolo, a norma dell'articolo 1 della Legge 28 settembre 1998, n.337).

Riferisce il giudice rimettente che l'attrice, opponente in un procedimento di riscossione coattiva nella forma del pignoramento presso terzi, ha dedotto «l'inesistenza di rapporti con il terzo pignorato, la prescrizione dei crediti attivati dall'agente per la riscossione, la violazione dell'art. 7 dello Statuto dei contribuenti e vizi di notificazione del pignoramento».

Preliminarmente il giudice rimettente ha rilevato d'ufficio che la notificazione dell'atto di pignoramento ex art. 72-bis D.P.R. n.602 del 1973 era avvenuta con modalità del tutto difformi da quelle previste dalla legge, tanto da poter essere considerata come inesistente. Secondo il rimettente la notifica sarebbe inesistente per essersi Equitalia limitata a spedire al terzo una mera raccomandata con avviso di ricevimento. Ma – lamenta il giudice rimettente – da una parte l'inesistenza della notificazione del pignoramento non può essere fatta valere davanti alle commissioni tributarie, poiché gli atti dell'esecuzione esulano dalla giurisdizione tributaria e non sono previsti nell'elenco degli atti impugnabili in detta sede. D'altra parte, l'art. 57, comma 1, del D.P.R. n.602 del 1973, limita le opposizioni regolate dagli artt. 615 e 617 del codice di procedura civile a vizi ben specifici, tra cui non rientrerebbe l'inesistenza della notificazione del pignoramento.

Vi sarebbe, pertanto, un difetto assoluto di giurisdizione con conseguente violazione degli artt. 3 e 24 della Costituzione.

Inoltre la disposizione censurata violerebbe anche la «riserva di legge prevista dall'art. 97 Cost. e 111 Cost.», e contrasterebbe altresì sia con «gli artt. 3, 11, 117 Cost. e 6 CEDU, nella parte in cui non garantisce al debitore di crediti erariali un processo equo quanto meno in misura pari agli altri debitori»; sia con l'art. 113 Cost., «atteso che si avrebbe una limitata impugnativa del cittadino per atti della Pubblica Amministrazione, sostanziatesi in forme di notificazione *extra ordinem*».

La questione sarebbe rilevante – secondo il giudice rimettente – «poiché, stando all'attuale testo normativo, occorrerebbe operare una sospensione cautelare per i soli crediti parafiscali, mentre per quelli erariali si dovrebbe rigettare l'istanza argomentando un difetto assoluto di giurisdizione».

2. Il medesimo giudice dell'esecuzione del Tribunale ordinario di Sulmona, con ordinanza del 31 dicembre 2013, iscritta al n.8 del registro ordinanze 2016, emessa nel procedimento civile promosso da S.D.D. contro Equitalia Centro S.p.A., ha sollevato analoga questione incidentale di legittimità costituzionale dello stesso art. 57, comma 1, del D.P.R. n.602 del 1973.

Riferisce il giudice rimettente che l'attrice si opponeva al pignoramento presso terzi lamentando la sua eccessività perché incideva sul suo minimo vitale e chiedeva in via cautelare la sospensione dell'esecuzione.

In questo giudizio Equitalia Centro S.p.A. restava contumace.

Preliminarmente il giudice rimettente rileva d'ufficio che Equitalia si era limitata a spedire al terzo una mera raccomandata con avviso di ricevimento. Ma – secondo il rimettente – la notificazione avvenuta con questa modalità doveva essere considerata come inesistente.

Quanto alle ragioni del dubbio di legittimità costituzionale, il giudice rimettente svolge rilievi analoghi a quelli della precedente ordinanza dello stesso Tribunale.

3. In entrambi i giudizi incidentali promossi dal Tribunale ordinario di Sulmona si è costituita Equitalia Centro S.p.A. con atti depositati il 23 febbraio 2016, domandando che le questioni di legittimità costituzionale siano dichiarate

inammissibili o comunque, nel merito, manifestamente infondate.

Con atti depositati il 23 febbraio 2016, è intervenuto il Presidente del Consiglio dei ministri, rappresentato e difeso dall'Avvocatura generale dello Stato, chiedendo parimenti che le questioni di legittimità costituzionale siano dichiarate inammissibili o comunque manifestamente infondate.

Con memoria depositata il 27 marzo 2018, l'Agenzia delle entrate - Riscossione, succeduta a Equitalia Centro S.p.A., ha sostenuto la manifesta inammissibilità delle questioni e comunque la loro manifesta infondatezza.

4. Con due distinte ordinanze di analogo contenuto del 19 agosto 2015 e del 28 marzo 2017, iscritte rispettivamente al n.195 del registro ordinanze 2016 e al n.110 del registro ordinanze 2017, il giudice dell'esecuzione del Tribunale ordinario di Trieste, in due procedimenti civili promossi dalla società Genagricola S.p.A. contro Equitalia nord S.p.A. e Azienda Servizi Integrati, terzo pignorato, e contro Equitalia nord S.p.A. e GSE S.p.A. - Gestore dei servizi energetici, terzo pignorato, ha sollevato questioni di legittimità costituzionale dell'art. 57 del D.P.R. n.602 del 1973, e, «ove occorra», dell'art. 3, comma 4, lettera a), del Decreto-Legge 30 settembre 2005, n.203 (Misure di contrasto all'evasione fiscale e disposizioni urgenti in materia tributaria e finanziaria), convertito, con modificazioni, nella Legge 2 dicembre 2005, n.248.

Riferisce il giudice rimettente che, in entrambi i giudizi, la società Genagricola S.p.A., eseguita opponente, aveva proposto opposizione all'esecuzione ex art. 615 cod. proc. civ., avverso i pignoramenti presso terzi avviati, ex art. 72-bis del D.P.R. n.602 del 1973, da Equitalia Nord S.p.A., per i crediti per l'imposta comunale sugli immobili (ICI) rispettivamente per gli anni 2008 e 2009 non corrisposta al Comune di Cassano allo Jonio, avente ad oggetto i crediti vantati dall'opponente nei confronti dei terzi.

In precedenza la stessa società Genagricola S.p.A. aveva impugnato sia gli avvisi di accertamento, sia le successive cartelle di pagamento, domandando e ottenendo la misura cautelare della sospensione dell'esecuzione degli atti impugnati.

A seguito dell'adozione di tali misure cautelari Equitalia nord S.p.A. sospendeva in autotutela - «sino a nuova comunicazione» - i pignoramenti e lo stesso Comune di Cassano allo Jonio invitava Equitalia a non dar corso all'esecuzione intrapresa.

In entrambi i giudizi di opposizione all'esecuzione la società deduceva l'avvenuta violazione dell'art. 7 del decreto-legge 13 maggio 2011, n.70 (Semestre europeo - Prime disposizioni urgenti per l'economia), convertito, con modificazioni, nella Legge 12 luglio 2011, n.106, che ha introdotto in via generale la sospensione *ex lege* degli atti esecutivi esattoriali per la durata di 120 giorni. In violazione di tale disposizione Equitalia aveva avviato l'esecuzione prima che fossero decorsi 120 giorni dalla proposizione del ricorso, e pedissequa istanza cautelare, contro la cartella di pagamento, e comunque, prima che fosse intervenuta la decisione del giudice tributario su tale istanza cautelare.

In entrambi i giudizi la società Genagricola sollevava, inoltre, eccezione di

illegittimità costituzionale dell'art. 57 del D.P.R. n.602 del 1973, in riferimento agli artt. 3, 24, 54, 97, 111 e 113 della Costituzione.

In accoglimento di tale eccezione il giudice adito riteneva non manifestamente infondato il dubbio di legittimità costituzionale della censurata disposizione per contrasto con gli artt. 3, 24, 111 e 113 Cost.

L'art. 57 citato – prevedendo l'inammissibilità delle opposizioni all'esecuzione ex art. 615 cod. proc. civ., fatta eccezione per quelle concernenti la pignorabilità dei beni – gli impedirebbe di pronunciarsi sulla fondatezza dell'opposizione proposta dalla società, pur in presenza di elementi di fatto e di diritto che indurrebbero a ravvisarne l'indubbia fondatezza sostanziale e processuale. Tale disposizione violerebbe gli indicati parametri incidendo in senso limitativo sul diritto di difesa del contribuente e sui mezzi di tutela di quest'ultimo contro taluni atti dell'esecuzione in materia tributaria. Infatti l'art. 57 censurato impedisce al debitore opponente la proponibilità dell'opposizione all'esecuzione, che è ammissibile solo per far valere l'impignorabilità dei beni, non anche, in tesi, per rilevare l'illegittimità dell'esecuzione o la carenza dei presupposti dell'esecuzione, costringendo il contribuente a subire in ogni caso l'esecuzione, ancorché ingiusta, con la sola possibilità di presentare *ex post* una richiesta di rimborso di quanto ingiustamente percepito dall'Amministrazione finanziaria o dal suo concessionario per la riscossione, ovvero di agire per il risarcimento del danno.

Secondo il rimettente il citato art. 57 sarebbe in contrasto «con gli artt. 24 e 113 della Costituzione, in quanto impedisce di chiedere ed ottenere tutela giurisdizionale sia nei confronti di privati che nei confronti dello Stato e di altri enti minori», lasciando al contribuente la sola possibilità di agire *ex post* per il rimborso delle somme versate, nonché «con l'art. 3 della Costituzione in relazione alla differenza di trattamento che crea tra contribuenti che sono in grado di pagare immediatamente l'intero tributo e quelli che, invece, non hanno mezzi sufficienti per farlo».

In particolare sarebbe violato l'art. 24 Cost., poiché è impedita, al debitore opponente, in modo generalizzato ed irragionevole, ogni possibilità di difesa, consentendosi al medesimo di fare opposizione all'esecuzione solo ed esclusivamente per far valere l'impignorabilità dei beni, non anche per tutelarsi da esecuzioni illegittime. Sarebbe violato anche l'art. 113 Cost., poiché la disposizione censurata limita e impedisce la tutela del contribuente contro una determinata categoria di atti della Pubblica Amministrazione e dei concessionari di quest'ultima, impedendo in modo indiscriminato ed ingiustificato ogni difesa contro tutti gli atti dell'esecuzione.

5. La Genagricola S.p.A. si è costituita in entrambi i giudizi incidentali, con atti depositati il 31 ottobre 2016 e il 18 settembre 2017, sviluppando, in sostanza, analoghi argomenti difensivi. La società, aderendo alle censure mosse dal giudice rimettente, ha domandato che ciascuna questione di legittimità costituzionale sia dichiarata fondata.

Con atti depositati il 31 ottobre 2016 e il 18 settembre 2017, si sono costituite

Equitalia Nord S.p.A. (nel giudizio reg. ord. n.195 del 2016) e l'Agenzia delle entrate - Riscossione (nel giudizio reg. ord. n.110 del 2017), entrambe domandando che ciascuna questione di legittimità costituzionale sia dichiarata inammissibile o comunque, nel merito, infondata.

Con atti di tenore sostanzialmente analogo, depositati il 2 novembre 2016 e il 19 settembre 2017, è intervenuto in entrambi i giudizi il Presidente del Consiglio dei ministri, rappresentato e difeso dall'Avvocatura generale dello Stato, chiedendo che ciascuna questione di legittimità costituzionale sia dichiarata inammissibile o comunque infondata.

Con memorie depositate il 27 marzo 2018, riferite ad entrambe le ordinanze del Tribunale ordinario di Trieste, l'Agenzia delle entrate - Riscossione ha sostenuto la inammissibilità delle questioni e in subordine la loro infondatezza.

CONSIDERATO IN DIRITTO

1. Con ordinanze in data 11 e 31 dicembre 2013, iscritte rispettivamente al n.9 e al n.8 del registro ordinanze 2016, il giudice dell'esecuzione del Tribunale ordinario di Sulmona ha sollevato questioni di legittimità costituzionale dell'art. 57, comma 1, del Decreto del Presidente della Repubblica 29 settembre 1973, n.602 ("Disposizioni sulla riscossione delle imposte sul reddito"), come sostituito dall'art. 16 del Decreto legislativo 26 febbraio 1999, n.46 (Riordino della disciplina della riscossione mediante ruolo, a norma dell'articolo 1 della Legge 28 settembre 1998, n.337), in riferimento agli artt. 3, 24, 97, 111, 113 e 117 della Costituzione e all'art. 6 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU), firmata a Roma il 4 novembre 1950, ratificata e resa esecutiva con Legge 4 agosto 1955, n.848.

Il rimettente, in particolare, dubita della legittimità costituzionale della disposizione censurata nella parte in cui, limitando la facoltà di proporre le opposizioni regolate dagli artt. 615 e 617 del codice di procedura civile solo a quelle riguardanti la pignorabilità dei beni ed alle opposizioni agli atti esecutivi concernenti le patologie del titolo e del precetto, non contempla «la facoltà di proporre opposizione nei confronti delle patologie riguardanti il pignoramento o il procedimento di notificazione di detto atto, quand'anche si trattasse dell'inesistenza della notificazione», nonché nella parte in cui «avalla delle modalità di notificazione dell'atto di pignoramento presso terzi diverse da quelle previste dalla legge e per le quali non è consentita al debitore alcuna forma di tutela».

2. Con due ordinanze di analogo tenore, del 19 agosto 2015 e del 28 marzo 2017, iscritte rispettivamente al n.195 del registro ordinanze 2016 e al n.110 del registro ordinanze 2017, il giudice dell'esecuzione del Tribunale ordinario di Trieste ha sollevato questione di legittimità costituzionale del medesimo art. 57 e, «ove occorra, anche» dell'art. 3, comma 4, lettera a), del Decreto-legge 30 settembre 2005, n.203 (Misure di contrasto all'evasione fiscale e disposizioni urgenti in materia tributaria e finanziaria), convertito, con modificazioni, in Legge 2 dicembre 2005, n.248.

Il rimettente dubita della legittimità costituzionale dell'art. 57 del D.P.R. n.602 del 1973 in riferimento agli artt. 3, 24, 111 e 113 Cost., nella parte in cui – prevedendo l'inammissibilità sia delle opposizioni regolate dall'art. 615 cod. proc. civ., fatta eccezione per quelle concernenti la pignorabilità dei beni, sia delle opposizioni regolate dall'art. 617 cod. proc. civ. relative alla regolarità formale ed alla notificazione del titolo esecutivo – costringe «il contribuente a subire in ogni caso l'esecuzione, ancorché ingiusta; con la sola possibilità di presentare *ex post* una richiesta di rimborso di quanto ingiustamente percepito dalla Pubblica Amministrazione, o suo concessionario per la riscossione, ovvero di agire per il risarcimento del danno».

Il Tribunale assume che l'art. 57 del D.P.R. n.602 del 1973 si pone in contrasto con l'art. 24 Cost., per la menomazione del diritto di difesa derivante dalla limitazione dei casi in cui è ammessa l'opposizione all'esecuzione *ex art.* 615 cod. proc. civ., e con l'art. 113 Cost., poiché limita e impedisce la tutela del contribuente contro una determinata categoria di atti della Pubblica Amministrazione. Inoltre ritiene violati l'art. 3 Cost., per la disparità di trattamento tra contribuenti secondo che il debito riguardi, o meno, tributi per i quali l'art. 2 del Decreto legislativo 31 dicembre 1992, n.546 ("Disposizioni sul processo tributario in attuazione della delega al Governo contenuta nell'art. 30 della Legge 30 dicembre 1991, n.413"), prevede la giurisdizione tributaria, e l'art. 111 Cost., per contrasto con il principio del giusto processo.

3. Le questioni di legittimità costituzionale, sollevate dal Tribunale ordinario di Sulmona e dal Tribunale ordinario di Trieste, sono in larga parte sovrapponibili e quindi si rende opportuna la loro trattazione congiunta mediante riunione dei giudizi.

4. Le questioni poste con le due ordinanze di rimessione del Tribunale ordinario di Sulmona sono inammissibili.

Nell'ordinanza iscritta al n.8 del registro ordinanze 2016 il Tribunale rimettente – a fronte delle censure della parte attrice, che ha proposto opposizione al pignoramento presso terzi lamentando la sua eccessività perché incidente sul suo minimo vitale e ha chiesto in via cautelare la sospensione dell'esecuzione – si limita a rilevare d'ufficio che la notificazione al terzo pignorato è avvenuta con modalità del tutto difformi da quelle previste dalla legge, tanto da poter essere considerata come inesistente.

Ma, da una parte, la fattispecie del giudizio a quo non è descritta se non con il sommario ed assai sintetico riferimento alla censura mossa dalla parte assoggettata a riscossione coattiva. D'altra parte comunque – considerato che la parte attrice non ha eccepito il vizio di notifica dell'atto di pignoramento presso terzi – l'atto potrebbe avere comunque raggiunto il suo scopo (art. 156, terzo comma, cod. proc. civ.) anche in presenza di una modalità della notifica che il giudice ricorrente assume essere *contra legem*, ma che non riconduce alla categoria dell'inesistenza della notifica nei termini ristretti e più puntuali da ultimo ritenuti dalla giurisprudenza di legittimità (Corte di cassazione, Sezioni Unite, sentenza 20 luglio 2016, n.14916).

È quindi carente la motivazione in ordine alla rilevanza delle sollevate questioni di legittimità costituzionale, considerato anche che la doglianza della parte attrice in ordine ai limiti di pignorabilità del suo credito nei confronti di terzi non incontra affatto la limitazione di ammissibilità dell'opposizione all'esecuzione prevista dal censurato art. 57 del D.P.R. n.602 del 1973, essendo invece ammessa proprio quando concerne la pignorabilità dei beni.

Anche nell'ordinanza iscritta al n.9 del registro 2016 del medesimo Tribunale rimettente la fattispecie del giudizio a quo è solo richiamata in termini sommari e del tutto insufficienti.

Inoltre – a fronte delle censure della parte attrice che, secondo il sintetico e generico riferimento contenuto nell'ordinanza di rimessione, ha sostenuto l'inesistenza di rapporti con il terzo pignorato, la prescrizione dei crediti attivati dall'agente per la riscossione, la violazione dell'art. 7 della Legge 27 luglio 2000, n.212 (Disposizioni in materia di statuto dei diritti del contribuente), e vizi di notificazione del pignoramento – il Tribunale, anche in questo secondo giudizio, ha rilevato d'ufficio che la notificazione al terzo pignorato sarebbe avvenuta con modalità difformi da quelle previste dalla legge sì da dover essere considerata come inesistente. Il rimettente però non spiega le ragioni per cui tale vizio, avendo ad oggetto un atto della riscossione fiscale (il pignoramento presso terzi) e non già il titolo posto a fondamento della riscossione stessa (la cartella di pagamento) – e comunque non risolvendosi nell'inesistenza della notificazione (secondo la citata giurisprudenza di legittimità) – non possa esser fatto valere con l'ordinaria opposizione agli atti esecutivi ai sensi dell'art. 617 cod. proc. civ., atteso che l'art. 57 censurato esclude soltanto le opposizioni relative alla regolarità formale ed alla notificazione del titolo esecutivo.

Tutte le sollevate questioni sono, quindi, inammissibili.

5. Invece le questioni poste con le ordinanze del Tribunale ordinario di Trieste, sostanzialmente identiche seppur riferite a diverse annualità dell'obbligo tributario della società opponente, sono ammissibili.

In entrambi i giudizi a *quibus* la società, assoggettata a riscossione coattiva, dopo aver proposto al giudice tributario ricorso avverso sia l'avviso di accertamento, sia la cartella di pagamento e dopo aver chiesto la sospensione giudiziale dell'esecuzione degli atti impugnati, contesta, con atto di opposizione all'esecuzione ex art. 615 cod. proc. civ., il diritto di Equitalia Nord S.p.A. di procedere ad espropriazione forzata nella forma del pignoramento presso terzi, effettuato ai sensi dell'art. 72-bis del D.P.R. n.602 del 1973, facendo valere il termine di moratoria di 120 giorni previsto dall'art. 7, comma 1, lettera m), del Decreto-legge 13 maggio 2011, n.70 (Semestre europeo - Prime disposizioni urgenti per l'economia), convertito, con modificazioni, in Legge 12 luglio 2011, n.106, il quale ha previsto che, in caso di richiesta di sospensione giudiziale degli atti esecutivi, non si procede all'esecuzione fino alla decisione del giudice e comunque fino al centovesimo giorno.

Il giudice dell'esecuzione, adito dalla società, è quindi chiamato a fare applicazione della disposizione censurata la quale prevede che nel procedimento

di riscossione esattoriale l'opposizione all'esecuzione ai sensi dell'art. 615 cod. proc. civ. è inammissibile, fatta eccezione per quella concernente la pignorabilità dei beni.

D'altra parte sussiste, secondo il giudice rimettente, l'interesse ad agire della società opponente perché, pur essendo stato il pignoramento presso terzi sospeso in autotutela da Equitalia Nord, ciò però è avvenuto – rileva il Tribunale – «sino a nuova comunicazione» e quindi il procedimento di riscossione può essere riattivato in qualsiasi momento. Ciò costituisce una non implausibile motivazione della ritenuta sussistenza dell'interesse della società ad ottenere una pronuncia di accertamento dell'illegittimità della procedura di riscossione perché avviata quando non era ancora spirato il suddetto termine di moratoria e pertanto era preclusa per legge.

Rilevanti sono quindi le questioni di costituzionalità sollevate dal Tribunale ordinario di Trieste.

Sussiste inoltre anche una sufficiente motivazione della ritenuta non manifesta infondatezza delle questioni di costituzionalità, nonché la plausibile non adottabilità di un'interpretazione adeguatrice della disposizione censurata.

In via preliminare va poi precisato che oggetto dell'incidente di costituzionalità è solo l'art. 57 del D.P.R. n.602 del 1973, e non anche l'art. 3, quarto comma, lettera a), del decreto-legge n.203 del 2005, seppur indicato nel dispositivo delle ordinanze di rimessione, ma soltanto "ove occorra" e senza che alcuna censura nei suoi confronti sia mossa dal Tribunale rimettente. Infatti tale ultima disposizione – la quale prevede che l'agente per la riscossione opera con i poteri e secondo le disposizioni di cui al Titolo I, Capo II, e al Titolo II, del D.P.R. n.602 del 1973 – è richiamata dal giudice rimettente al solo fine di confermare l'applicabilità dell'art. 57 citato nel giudizio *a quo* e quindi al fine di conestare la rilevanza della questione di legittimità costituzionale di tale disposizione; la quale è l'unica investita dalle censure mosse dal giudice rimettente.

6. Nel merito, le questioni di legittimità costituzionale sollevate in riferimento agli artt. 24 e 113 Cost. e che investono l'art. 57 del D.P.R. n.602 del 1973, segnatamente il suo comma 1, lettera a), sono fondate.

7. Il censurato art. 57, come sostituito dall'art. 16, comma 1, del D.Lgs. n.46 del 1999, n.46, disciplina attualmente l'opposizione all'esecuzione o agli atti esecutivi nel regime della riscossione delle imposte sul reddito, come già faceva in passato l'art. 54 del medesimo D.P.R. nella sua originaria formulazione, in vigore fino al riordino della disciplina della riscossione mediante ruolo di cui al citato D.Lgs. n.46 del 1999.

In precedenza era quest'ultima disposizione (l'art. 54) che – nel contesto della disciplina processuale del contenzioso tributario all'epoca vigente, prima della riforma del 1992, e derogando al regime generale della riscossione delle entrate patrimoniali dello Stato – regolava la materia della riscossione delle imposte sul reddito in termini particolarmente restrittivi per il contribuente ad essa assoggettato quanto alla prevista inammissibilità delle opposizioni all'esecuzione.

Infatti, in generale per le entrate patrimoniali dello Stato l'art. 3 del regio decreto 14 aprile 1910, n.639 (Approvazione del testo unico delle disposizioni di legge relative alla riscossione delle entrate patrimoniali dello Stato) accordava ampia tutela al debitore perché stabiliva che egli, nel prescritto termine (di trenta giorni dalla notificazione della ingiunzione), poteva proporre opposizione (o ricorso) avanti al conciliatore o al pretore o al Tribunale del luogo in cui aveva sede l'ufficio emittente, nel rispetto delle norme del codice di rito, espressamente richiamato, e riconosceva al giudice adito il potere di sospendere il procedimento coattivo. Invece per le imposte sul reddito il testo originario dell'art. 54 del D.P.R. n.602 del 1973 – prevedendo seccamente, al secondo comma, che *“le opposizioni regolate dagli artt. da 615 a 618 del codice di procedura civile non sono ammesse”* – escludeva qualsiasi opposizione del contribuente, consentendo solo quella di terzo ex art. 619 cod. proc. civ..

Questa preclusione assoluta era però bilanciata, in termini di disciplina speciale derogatoria, dall'ulteriore prescrizione del medesimo art. 54 che stabiliva, al primo comma, che *“la procedura esecutiva non può essere sospesa dall'esattore se la sospensione non sia disposta dall'intendente di finanza ai sensi dell'art. 53 o dal pretore in seguito ad opposizione di terzo”*. Era quindi riconosciuta al contribuente assoggettato a riscossione esattoriale una tutela amministrativa (il ricorso all'intendente di finanza), alla quale solo successivamente poteva seguire – secondo quanto ritenuto dalla giurisprudenza (Corte di Cassazione, Sezioni Unite Civili, sentenza 26 novembre 1993, n.11717) – una tutela giudiziaria innanzi al giudice amministrativo adito avverso l'eventuale provvedimento sfavorevole dell'intendente di finanza, mentre il ricorso al giudice tributario avverso il ruolo non sospendeva ex se l'esecuzione, né questa poteva essere sospesa da quel giudice, ove adito, in quanto, nel regime processuale del D.P.R. 26 ottobre 1972, n.636 (Revisione della disciplina del contenzioso tributario), non ne aveva il potere.

8. Si aveva pertanto che, in caso di controversia tributaria promossa avverso il ruolo dal contribuente che contestasse il diritto dell'Amministrazione finanziaria di procedere a riscossione esattoriale, solo l'intendente di finanza – organo della stessa amministrazione che aveva attivato la procedura di riscossione – poteva adottare il provvedimento di sospensione dell'esecuzione (art. 39 D.P.R. n.602 del 1973). Ricorrente era l'affermazione in giurisprudenza, anche recente (ex plurimis, Cassazione civile, sentenza 18 ottobre 2013, n.25855), secondo cui, con riferimento al regime dell'esecuzione esattoriale precedente alla riforma del 1999, l'art. 54 citato, nell'escludere l'ammissibilità delle opposizioni sia all'esecuzione che agli atti esecutivi, configurava un'ipotesi di improponibilità assoluta della domanda per carenza, nell'ordinamento, di una norma che riconoscesse e tutelasse la posizione giuridica di chi intendeva opporsi all'esecuzione o agli atti esecutivi.

In questa situazione la tutela del contribuente era limitata e, di fatto, era prevalentemente successiva alla riscossione stessa dal momento che il medesimo art. 54, al terzo comma, prevedeva che il contribuente, che si fosse

ritenuto leso dall'esecuzione esattoriale, poteva agire contro l'esattore dopo il compimento della esecuzione stessa domandando il risarcimento dei danni per aver subito un'esecuzione illegittima. Sull'assunto che ciò identificasse un meccanismo di *solve et repete*, la disposizione fu investita da censure di illegittimità costituzionale non dissimili da quelle che avevano riguardato l'art. 6 della Legge 20 marzo 1865, n.2248 (Legge sul contenzioso amministrativo - All. E)"; disposizione quest'ultima che, non solo condizionava la tutela giurisdizionale del contribuente alla pubblicazione del ruolo e all'iscrizione a ruolo dell'imposta (primo comma), ma anche prevedeva (al secondo comma) che gli atti d'opposizione per essere ammissibili in giudizio dovessero essere accompagnati dal "*certificato di pagamento dell'imposta*", sicché l'onere del pagamento del tributo costituiva, per il contribuente, presupposto imprescindibile per accedere alla tutela giurisdizionale. Questa Corte, ritenendo violato il diritto alla tutela giurisdizionale, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'uno e dell'altro comma di tale disposizione (rispettivamente: sentenze n.125 del 1969 e n.21 del 1961).

In realtà però nell'art. 54 citato non era rinvenibile una vera e propria clausola di *solve et repete* perché formalmente la tutela giurisdizionale diretta c'era, seppur innanzi al giudice amministrativo e condizionata al previo esperimento del ricorso all'intendente di finanza. Questa Corte ha quindi ritenuto non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 54 in riferimento, in particolare, agli artt. 24 e 113 Cost. (sentenza n.63 del 1982).

9. Con la nuova disciplina del contenzioso tributario (D.Lgs. n.546 del 1992) e con quella della riscossione mediante ruolo (D.Lgs. n.46 del 1999), estesa a tutte le entrate dello Stato, anche diverse dalle imposte sui redditi, e di quelle degli altri enti pubblici, il quadro normativo muta radicalmente in termini di maggior tutela per il contribuente assoggettato ad esecuzione coattiva, seppur con una circoscritta carenza sulla quale – come si viene ora a dire – si appuntano le censure del giudice rimettente.

Innanzitutto viene fissato, quanto alla riscossione coattiva, uno specifico criterio di riparto della giurisdizione tra giudice tributario e giudice (ordinario) dell'esecuzione. Infatti l'art. 2 del D.Lgs. n.546 del 1992 prevede che "*restano escluse dalla giurisdizione tributaria soltanto le controversie riguardanti gli atti della esecuzione forzata tributaria successivi alla notifica della cartella di pagamento e, ove previsto, dell'avviso di cui all'articolo 50 del decreto del Presidente della Repubblica 29 settembre 1973, n.602, per le quali continuano ad applicarsi le disposizioni del medesimo decreto del Presidente della Repubblica*".

Viene così tracciata una linea di demarcazione della giurisdizione, posta dalla cartella di pagamento e dall'eventuale successivo avviso recante l'intimazione ad adempiere: fino a questo limite la cognizione degli atti dell'amministrazione, espressione del potere di imposizione fiscale, è devoluta alla giurisdizione del giudice tributario; a valle, la giurisdizione spetta al giudice ordinario e segnatamente al giudice dell'esecuzione.

È questo un criterio di riparto della giurisdizione; ma la sommatoria della tutela innanzi al giudice tributario e di quella innanzi al giudice (ordinario) dell'esecuzione deve realizzare per il contribuente una garanzia giurisdizionale a tutto tondo: in ogni caso deve esserci una risposta di giustizia perché siano rispettati gli artt. 24 e 113 Cost..

Questa tutela – complementare, nell'insieme, e senza sovrapposizioni – della giurisdizione tributaria e della giurisdizione ordinaria c'è, in particolare, quanto al potere cautelare di sospensione della riscossione: come il giudice tributario, sempre che abbia giurisdizione, può sospendere l'esecuzione ai sensi dell'art. 47 del D.Lgs. n.546 del 1992 quando dall'atto impugnato può derivare al ricorrente un danno grave ed irreparabile, così il giudice (ordinario) dell'esecuzione – ove sia egli, e non il giudice tributario, ad avere la giurisdizione – può sospendere l'esecuzione quando ricorrano gravi motivi e vi sia fondato pericolo di grave e irreparabile danno (art. 60 del D.P.R. n.602 del 1973). La necessità della tutela cautelare mediante sospensione dell'esecuzione dei ruoli esattoriali è già stata affermata da questa Corte che, relativamente ad entrate di natura non tributaria, aveva dichiarato l'illegittimità costituzionale di una disciplina di settore che rendeva applicabile, in forza di rinvio, la previgente procedura di riscossione coattiva disciplinata dal D.P.R. n.602 del 1973 (sentenza n.318 del 1995).

10. In questo riformato contesto normativo l'opposizione all'esecuzione o quella agli atti esecutivi nel procedimento di riscossione coattiva è disciplinata dal censurato art. 57, nella formulazione sostituita dall'art. 16 D.Lgs. n.46 del 1999, in termini ben diversi da quelli dell'originario art. 54, che – come rilevato – le precludeva del tutto. Non si passa però ad una loro generale ammissibilità secondo le regole ordinarie del codice di rito; anzi l'incipit dell'art. 57 conserva ancora la formulazione al negativo, in termini di inammissibilità dell'opposizione. Infatti la disposizione attualmente censurata prevede al primo comma: *“Non sono ammesse: a) le opposizioni regolate dall'articolo 615 del codice di procedura civile, fatta eccezione per quelle concernenti la pignorabilità dei beni; b) le opposizioni regolate dall'articolo 617 del codice di procedura civile relative alla regolarità formale ed alla notificazione del titolo esecutivo”*.

In vero, l'apertura alle opposizioni agli atti esecutivi – quelle relative alla regolarità formale degli atti della procedura di riscossione – è in realtà piena nel senso che sono tutte ammesse con la sola eccezione delle opposizioni che riguardano la regolarità formale e la notificazione del titolo esecutivo. Ma non è questa una deroga limitativa della tutela giurisdizionale perché queste ultime opposizioni sono attratte alla giurisdizione del giudice tributario. Quindi la tutela del contribuente c'è in ogni caso, senza che le regole di riparto della giurisdizione possano significare alcuna soluzione di continuità della garanzia giurisdizionale nel rispetto dei parametri evocati dal giudice rimettente (artt. 24 e 113 Cost.).

Lo stesso, però, non può predicarsi, in ogni caso, per le opposizioni all'esecuzione, ossia per quelle che vedono il contribuente contestare il diritto dell'agente della riscossione a procedere ad esecuzione forzata, giacché l'art. 57 ammette solo le opposizioni che attengono alla pignorabilità dei beni, ma esclude

tutte le altre. Ed è su questa testuale esclusione che si appuntano le censure di illegittimità costituzionale mosse dal giudice rimettente.

11. Orbene, la disposizione dell'art. 57, comma 1, lettera a), esprime, in parte qua, una duplice norma: una, che si sottrae alle censure del giudice rimettente, l'altra, che invece ne è attinta.

Da una parte essa esclude che sia ammissibile l'opposizione all'esecuzione per il solo fatto che il contribuente opponente formuli un *petitum* con cui contesta il diritto dell'Amministrazione finanziaria o dell'agente della riscossione di procedere ad esecuzione forzata, come sarebbe invece possibile secondo il canone ordinario dell'opposizione ex art. 615 cod. proc. civ. In questa parte l'art. 57 va ricordato con l'art. 2 del D.Lgs. n.546 del 1992, che demanda alla giurisdizione del giudice tributario le contestazioni del titolo (normalmente, la cartella di pagamento) su cui si fonda la riscossione esattoriale. Se il contribuente contesta il titolo della riscossione coattiva, la controversia così introdotta appartiene alla giurisdizione del giudice tributario e l'atto processuale di impulso è il ricorso ex art. 19 del D.Lgs. n.546 del 1992, proponibile avverso "*il ruolo e la cartella di pagamento*", e non già l'opposizione all'esecuzione ex art. 615 cod. proc. civ..

Sicché, come non c'è affatto un vuoto di tutela nell'ipotesi della prevista inammissibilità dell'opposizione agli atti esecutivi riguardante la regolarità formale e la notificazione del titolo esecutivo, ma solo una puntualizzazione del criterio di riparto della giurisdizione, analogamente la prevista inammissibilità dell'opposizione all'esecuzione, quando riguarda atti che radicano la giurisdizione del giudice tributario, non segna una carenza di tutela del contribuente assoggettato a riscossione esattoriale, perché questa c'è comunque innanzi ad un giudice, quello tributario. L'inammissibilità dell'opposizione ex art. 615 cod. proc. civ. si salda, in simmetria complementare, con la proponibilità del ricorso ex art. 19 del D.Lgs. n.546 del 1992, assicurando, in questa parte, la continuità della tutela giurisdizionale.

Non c'è insomma una tutela giurisdizionale concorrente secondo la prospettazione del *petitum* del ricorrente. Altrimenti detto, l'opposizione all'esecuzione ex art. 615 cod. proc. civ. – che non è soggetta a termine di decadenza – in tanto non è ammissibile, come prescrive l'art. 57 citato, in quanto non ha, e non può avere, una funzione recuperatoria di un ricorso ex art. 19 del D.Lgs. n.546 del 1992 non proposto affatto o non proposto nel prescritto termine di decadenza (di sessanta giorni).

12. Deve anche aggiungersi che sul crinale di questo canone di riparto di giurisdizione – per cui in tanto è inammissibile l'opposizione all'esecuzione ex art. 615 cod. proc. civ. in quanto è proponibile il ricorso ex art. 19 del D.Lgs. n.546 del 1992 – si colloca quella più recente giurisprudenza di legittimità (Corte di Cassazione, Sezioni Unite Civili, sentenza 5 giugno 2017, n.13913), che, a composizione di un contrasto, ravvisa nel primo atto della riscossione coattiva (quale l'atto di pignoramento) di cui il contribuente abbia avuto conoscenza, in mancanza di precedenti atti ritualmente notificati, quello recante l'esercizio della

potestà impositiva, la cui contestazione radica una controversia devoluta alla giurisdizione del giudice tributario ed onera il contribuente del ricorso ex art. 19 del D.Lgs. n.546 del 1992 (nel prescritto termine di decadenza). Anche in tale evenienza la tutela del contribuente c'è, ma è attivata con lo strumento processuale di accesso al giudice tributario costituito dal ricorso ex art. 19 del D.Lgs. n.546 del 1992 (nel prescritto termine di decadenza), non essendo ammissibile invece l'opposizione ex art. 615 cod. proc. civ. (senza termine di decadenza). Resta comunque salvo il meccanismo della *translatio iudicii* per cui, quando un giudice declina la propria giurisdizione, il processo continua davanti al giudice munito di giurisdizione, con salvezza degli effetti sostanziali e processuali che la domanda avrebbe prodotto se il giudice di cui è stata dichiarata la giurisdizione fosse stato adito fin dall'inizio.

Parimenti, peraltro, anche in caso di contestazione della legittimità della riscossione coattiva mediante cartella per il pagamento di sanzioni amministrative, quali quelle per violazioni del codice della strada, si è posto un problema analogo e la giurisprudenza ha ritenuto inammissibile l'opposizione all'esecuzione ex art. 615 cod. proc. civ. perché nei confronti del primo atto della procedura di riscossione, di cui abbia avuto conoscenza il debitore assoggettato a riscossione coattiva, è esperibile l'ordinaria opposizione al verbale di accertamento della violazione nel prescritto termine di decadenza (Corte di Cassazione, Sezioni Unite Civili, sentenza 22 settembre 2017, n.22080).

Altra giurisprudenza, in vero, interpretando l'ambito dell'opposizione agli atti esecutivi ex art. 617 cod. proc. civ. come comprensivo anche dell'ipotesi della dedotta nullità derivata dell'atto di pignoramento in ragione della mancata (o invalida) notifica dell'atto presupposto su cui si fonda la riscossione coattiva (cartella di pagamento, intimazione ad adempiere, ingiunzione fiscale), afferma sussistere la giurisdizione del giudice ordinario, chiamato a conoscere dell'opposizione così qualificata (Corte di Cassazione, Sezioni Unite Civili, sentenza 27 ottobre 2016, n.21690). In questa prospettiva non si pone un problema di inammissibilità dell'opposizione all'esecuzione perché si ritiene che si versi nella fattispecie dell'opposizione agli atti esecutivi.

Ma ciò che rileva in questo giudizio di costituzionalità è che in tutti questi casi la tutela giurisdizionale non soffre quella discontinuità censurata dal giudice rimettente, nel senso che c'è sempre un giudice chiamato a pronunciarsi in ordine alle doglianze della parte assoggettata a riscossione esattoriale, ma si pongono altri e diversi problemi: quelli di riparto di giurisdizione e di identificazione dell'atto processuale necessario per adire il giudice.

13. Però la censurata disposizione dell'art. 57, comma 1, lettera a), esprime anche un'altra norma: l'opposizione all'esecuzione ex art. 615 cod. proc. civ. è inammissibile non solo nell'ipotesi in cui la tutela invocata dal contribuente, che contesti il diritto di procedere a riscossione esattoriale, ricada nella giurisdizione del giudice tributario e la tutela stessa sia attivabile con il ricorso ex art. 19 del D.Lgs. n.546 del 1992, ma anche allorché la giurisdizione del giudice tributario non sia invece affatto configurabile e non venga in rilievo perché si è a valle

dell'area di quest'ultima. Il dato letterale della disposizione censurata non consente di ritenere che l'inammissibilità dell'opposizione all'esecuzione sia sancita solo nella prima ipotesi e non anche nell'altra.

Il giudice rimettente ha sperimentato la possibilità di interpretazione adeguatrice della disposizione censurata, ma l'ha correttamente esclusa perché il suo dato testuale è inequivocabile: l'opposizione all'esecuzione ex art. 615 cod. proc. civ. è inammissibile in ogni caso e quindi anche ove la fattispecie sia fuori dall'area della giurisdizione del giudice tributario e non sia pertanto ammissibile il ricorso ex art. 19 del D.Lgs. n.546 del 1992.

Sotto questo profilo il caso oggetto dei giudizi a quibus è emblematico: il titolo sul quale si fonda la riscossione è la cartella esattoriale che è stata impugnata innanzi al giudice tributario dalla società opponente; la quale, inoltre, con l'opposizione all'esecuzione ex art. 615 cod. proc. civ. contesta innanzi al giudice ordinario il diritto dell'agente della riscossione di procedere ad esecuzione forzata, nella forma del pignoramento presso terzi ex art. 72-bis del D.P.R. n.602 del 1973, allegando la temporanea inidoneità del titolo a legittimare la riscossione in ragione della moratoria di 120 giorni, introdotta dall'art. 7, comma 1, lettera m), del decreto-legge n.70 del 2011, come convertito, il quale ha previsto che, in caso di richiesta di sospensione giudiziale degli atti esecutivi, non si procede all'esecuzione fino alla decisione del giudice e comunque fino al centoventesimo giorno.

Il giudice rimettente non dubita della propria giurisdizione (ex art. 2 citato) perché il giudizio riguarda atti della esecuzione forzata tributaria successivi alla notifica della cartella di pagamento, già impugnata innanzi al giudice tributario, e ritiene, secondo un plausibile apprezzamento degli atti processuali, che la contestazione della società sia relativa al diritto di procedere alla riscossione e non riguardi invece la mera regolarità formale del titolo esecutivo o di atti della procedura sicché deve qualificarsi come opposizione all'esecuzione e non già come opposizione agli atti esecutivi.

Del resto è possibile ipotizzare anche altre evenienze che si collocano a valle della notifica della cartella di pagamento, in cui la doglianza del contribuente sia diretta a contestare il diritto di procedere a riscossione coattiva e non già la mera regolarità formale della procedura, come nell'ipotesi dell'intervenuto adempimento del debito tributario o di una sopravvenuta causa di estinzione dello stesso per essersi il contribuente avvalso di misure di favore per l'eliminazione del contenzioso tributario, quale, ad esempio, la cosiddetta "rottamazione" delle cartelle di pagamento ex art. 6 del decreto-legge 22 ottobre 2016, n.193 (Disposizioni urgenti in materia fiscale e per il finanziamento di esigenze indifferibili), convertito, con modificazioni, in Legge 1° dicembre 2016, n.225.

In tutte queste ipotesi in cui sussiste la giurisdizione del giudice ordinario – perché la controversia si colloca a valle della giurisdizione del giudice tributario ex art. 2 del D.Lgs. n.546 del 1992 – e l'azione esercitata dal contribuente assoggettato alla riscossione deve qualificarsi come opposizione all'esecuzione

ex art. 615 cod. proc. civ., essendo contestato il diritto di procedere a riscossione coattiva, c'è una carenza di tutela giurisdizionale perché il censurato art. 57 non ammette siffatta opposizione innanzi al giudice dell'esecuzione e non sarebbe possibile il ricorso al giudice tributario perché, in tesi, carente di giurisdizione. Né questa carenza di tutela giurisdizionale sarebbe colmabile con la possibilità dell'opposizione agli atti esecutivi laddove la contestazione della legittimità della riscossione non si limiti alla regolarità formale del titolo esecutivo o degli atti della procedura. Una dilatazione dell'ambito di applicazione di tale rimedio processuale lascerebbe comunque un'ingiustificata limitazione di tutela giurisdizionale se non altro in ragione dell'esistenza di un termine di decadenza per la proponibilità dell'azione, che invece non è previsto in caso di opposizione all'esecuzione.

La pur marcata peculiarità dei crediti tributari, che può sì giovare di una disciplina di favore per l'amministrazione fiscale, come ritenuto da questa Corte (da ultimo, sentenza n.90 del 2018), e che è a fondamento della speciale procedura di riscossione coattiva tributaria rispetto a quella ordinaria di espropriazione forzata, non è però tale da giustificare che, nelle ipotesi in cui il contribuente contesti il diritto di procedere a riscossione coattiva e sussista la giurisdizione del giudice ordinario, non vi sia una risposta di giustizia se non dopo la chiusura della procedura di riscossione ed in termini meramente risarcitori.

Può richiamarsi in proposito la giurisprudenza di questa Corte che ha ritenuto illegittimo il differimento della tutela giurisdizionale solo dopo l'adempimento dell'obbligazione tributaria secondo il criterio del *solve et repete* (sentenze n.45 del 1962, n.21 e n.79 del 1961). La pienezza della garanzia giurisdizionale è altresì a fondamento della dichiarazione di illegittimità costituzionale di una disciplina di settore nella parte in cui, rinviando alle norme previste per la riscossione delle imposte dirette, impediva al debitore esecutato di proporre opposizione all'esecuzione dinanzi all'autorità giudiziaria ordinaria (sentenza n.239 del 1997). Più in generale vi è che la possibilità di attivare il sindacato del giudice su atti immediatamente lesivi appartiene al diritto, inviolabile e quindi fondamentale, di agire in giudizio per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi (art. 24 Cost.), senza che contro gli atti della Pubblica Amministrazione la tutela giurisdizionale possa essere esclusa o limitata a particolari mezzi di impugnazione o per determinate categorie di atti (art. 113 Cost.).

14. In conclusione quindi si ha che – laddove la censura della parte assoggettata a riscossione esattoriale non radichi una controversia devoluta alla giurisdizione del giudice tributario e quindi sussista la giurisdizione del giudice ordinario – l'impossibilità di far valere innanzi al giudice dell'esecuzione l'illegittimità della riscossione mediante opposizione all'esecuzione, essendo ammessa soltanto l'opposizione con cui il contribuente contesti la mera regolarità formale del titolo esecutivo o degli atti della procedura e non anche quella con cui egli contesti il diritto di procedere alla riscossione, confligge frontalmente con il diritto alla tutela giurisdizionale riconosciuto in generale dall'art. 24 Cost. e nei confronti della Pubblica Amministrazione dall'art. 113

Cost., dovendo essere assicurata in ogni caso una risposta di giustizia a chi si oppone alla riscossione coattiva.

Quindi – assorbite le altre questioni promosse dal giudice rimettente in riferimento agli artt. 3 e 111 Cost. – va dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'art. 57, comma 1, lettera a), citato, limitatamente alla parte in cui non prevede che, nelle controversie che riguardano gli atti dell'esecuzione forzata tributaria successivi alla notifica della cartella di pagamento o all'avviso di cui all'art. 50 del D.P.R. n.602 del 1973, sono ammesse le opposizioni regolate dall'art. 615 cod. proc. civ..

P.Q.M.

LA CORTE COSTITUZIONALE

riuniti i giudizi,

1) dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 57, comma 1, lettera a), del decreto del Presidente della Repubblica 29 settembre 1973, n.602 (Disposizioni sulla riscossione delle imposte sul reddito), come sostituito dall'art. 16 del Decreto legislativo 26 febbraio 1999, n.46 (Riordino della disciplina della riscossione mediante ruolo, a norma dell'articolo 1 della Legge 28 settembre 1998, n.337), nella parte in cui non prevede che, nelle controversie che riguardano gli atti dell'esecuzione forzata tributaria successivi alla notifica della cartella di pagamento o all'avviso di cui all'art. 50 del D.P.R. n.602 del 1973, sono ammesse le opposizioni regolate dall'art. 615 del codice di procedura civile;

2) dichiara inammissibili le questioni di legittimità costituzionale del medesimo art. 57, comma 1, del D.P.R. n.602 del 1973, sollevate, in riferimento agli artt. 3, 24, 97, 111, 113 e 117 della Costituzione e all'art. 6 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU), firmata a Roma il 4 novembre 1950, ratificata e resa esecutiva con Legge 4 agosto 1955, n.848, dal Tribunale ordinario di Sulmona con le ordinanze indicate in epigrafe.

PARTE TERZA

Il trust nella circolare n.1/2018 della Guardia di Finanza

di Nicholas Mariani

ABSTRACT

Finance Gard has recently issued the Circular no. 1/2018, entitled "Operating Manual with regard to combating tax evasion and tax fraud". In the document the Agency has upgraded the investigation methods that will be pursued by the police force in their job. A paragraph deals with trust and potential distorted use of this institute. The purpose of this work is to explain the characteristic features of self-declared trust and sham trust; it analyzes the excessively strict conclusions reached by Guardia di Finanza.

SINTESI

La Guardia di Finanza ha recentemente emanato la circolare n. 1/2018, intitolata "Manuale Operativo per la lotta all'evasione e alle frodi fiscali". Nel documento l'Agenzia ha aggiornato i metodi investigativi che saranno perseguiti dalle forze di polizia nel loro lavoro. Un paragrafo riguarda il trust e il potenziale uso distorto di questo istituto. Lo scopo di questo lavoro è spiegare gli aspetti caratteristici del trust auto-dichiarato e del falso trust; analizza le conclusioni eccessivamente severe raggiunte dalla Guardia di Finanza.

SOMMARIO: 1. Premessa – 2. Il trust autodichiarato – 3. Lo sham trust – 4. Conclusioni: il crescente interesse per il trust da parte degli operatori

1. Premessa

In data 4 dicembre 2017 è stata pubblicata la Circolare n.1/2018 della Guardia di Finanza, a ben dieci anni di distanza dalla precedente. Costituisce il nuovo "Manuale operativo in materia di contrasto all'evasione e alle frodi fiscali"¹ ed è diventata operativa il 1° gennaio 2018. Con la stessa sono state aggiornate le direttive del Corpo, che verranno seguite dai militari nel corso delle ispezioni e delle indagini.

Tale documento di prassi ha destato come sempre grande interesse negli operatori professionali, considerato la portata e l'autorevolezza dell'intervento.

¹ La Circolare è liberamente consultabile sul sito *Internet* della Guardia di Finanza: <http://www.gdf.gov.it/documenti-e-pubblicazioni/circolari/circolare-1-2018-manuale-operativo-in-materia-di-contrasto-allevasione-e-alle-frodi-fiscali>.

All'interno della corposa circolare è presente un paragrafo, denominato "Utilizzo distorto del trust",² all'interno del quale vengono individuati dei modelli giudicati aprioristicamente invalidi.

Esporrò di seguito alcune considerazioni in tema di i) *trust* autodichiarato e ii) *sham trust*.

2. Il *trust* autodichiarato

Nella circolare viene definito il *trust* autodichiarato nei seguenti termini: «Quando vi è coincidenza tra *settlor* e *trustee*, si genera il *trust* c.d. "autodichiarato": in tale evenienza, il vincolo di destinazione sui beni viene a costituirsi all'interno del medesimo patrimonio del disponente».

Tale affermazione si presta a delle riflessioni; sebbene infatti l'istituto presenti tradizionalmente una struttura trilaterale, in questa tipologia di *trust*, seppure i beni non vengono trasferiti e rimangono nella sfera patrimoniale del disponente, vengono segregati e sono destinati agli scopi del *trust*.

Pertanto, pur non realizzandosi un effettivo trasferimento dei beni e dei diritti del disponente, quando la gestione da parte del *trustee* delle consistenze poste nel *trust fund* sia asservita non al perseguimento degli scopi personali dello stesso disponente, ma alla realizzazione del programma dell'atto istitutivo, non vi sono in pratica differenze rispetto ad un *trust* in cui i due soggetti non coincidono.

Dal punto di vista normativo, la particolare formulazione dell'articolo 2 della Convenzione dell'Aja, secondo cui è previsto che "*i beni debbano essere posti sotto il controllo del trustee*" ha costituito una fonte di incertezza per quanto riguarda questa tipologia di *trust*: il dato letterale sembrerebbe infatti richiedere che disponente e *trustee* debbano essere soggetti diversi. La dottrina prevalente

² Considerate le dimensioni della Circolare, appare opportuno inserire i riferimenti di tale paragrafo. Lo stesso è inserito nel Volume I, Parte II, *L'attività di polizia giudiziaria a contrasto dell'evasione e delle frodi fiscali*, capitolo 1. *Il sistema penale tributario in materia di imposte dirette e IVA, disposizioni sostanziali*, par. 8. *Sottrazione fraudolenta al pagamento di imposte*, b) Indicazioni operative.

ammette la dichiarazione unilaterale di *trust*, basandosi sul fatto che i soggetti indicati nel suddetto articolo si riferiscono a figure giuridiche e non a persone specifiche: per aversi un *trust* ai sensi della Convenzione occorre una fattispecie in cui qualcuno svolga il ruolo di disponente e qualcuno, ma non necessariamente qualcun'altro, quello di *trustee*.³ Nei lavori preparatori della Convenzione, la prima stesura dell'art. 2 prevedeva il trasferimento dei beni al *trustee*; l'eliminazione di questo requisito e la sua sostituzione con il termine "controllo" può essere quindi spiegato come il modo di comprendere il *trust* autodichiarato tra quelli convenzionali.⁴ La Convenzione dilata la categoria degli istituti riconoscibili come *trust* fino a ricomprendervi quelli in cui il *trustee* esercita un semplice "controllo" sui beni dando spazio a situazioni più sfumate nei contorni e quindi maggiormente in linea con quelle che prevedono come elemento caratterizzante il trasferimento della proprietà; ne discende che in questa nozione più ampia non può non rientrare il *trust* autodichiarato.⁵

Sul punto in dottrina è stato recentemente sottolineato che «è proprio il dato letterale della norma convenzionale che deve invece far propendere per l'ammissibilità del *trust* autodichiarato: da un lato, infatti, il *de minimis* cui si fa riferimento nella norma definitoria del *trust* convenzionale è la sottoposizione dei beni conferiti al "controllo" del *trustee*, senza dunque che sia necessario per il disponente trasferire i beni ad altro soggetto e, dall'altro, nel caso in cui il disponente si trovi a svolgere il ruolo di *trustee*, a lui spetterà il controllo dei beni non in qualità di disponente, ma di *trustee*, essendo dunque soggetto ai vincoli derivanti dall'atto istitutivo».⁶

Successivamente nella Circolare viene asserito che «L'indirizzo giurisprudenziale è univoco sul punto, nel senso di definire tale *trust* inesistente

³ S. BARTOLI, *Il trust auto-dichiarato nella Convenzione dell'Aja sui trusts*, in *T&AF*, 2005, p. 364.

⁴ M. LUPOI, *Istituzioni del diritto dei trust negli ordinamenti di origine e in Italia*, 3°, Padova, 2016, p. 240.

⁵ S. BARTOLI, *Il trust auto-dichiarato nella Convenzione dell'Aja sui trusts*, in *T&AF*, 2005, p. 364.

⁶ P. MANES e G. ERRANI, *Trust autodichiarato e vincoli di destinazione: l'effetto segregativo*, in *T&AF*, 2018, p. 484; in senso conforme, vedasi anche O. NOCERINO, *La causa concreta del trust autodichiarato e la soggettività passiva IRES*, in *T&AF*, 2018, pp. 162-163.

(Cass., Sez. VI, sent. 18 marzo 2015, n.5322 e Cass., Sez. VI, sent. 25 febbraio 2015, n.3886)».

In realtà la giurisprudenza non risulta affatto concorde nel qualificare il *trust* autodichiarato come inesistente, considerato che si sono registrate diverse sentenze che considerano ammissibile tale tipologia di *trust*.⁷ Solo recentemente sono emerse invece decisioni ostili al *trust* autodichiarato, che si basano sostanzialmente sulla necessaria sussistenza della terzietà del *trustee* rispetto al disponente e sulla tassatività del trasferimento dei beni.⁸ Tale giurisprudenza appare alla dottrina come il tentativo di stroncare sul nascere costruzioni sospettate di essere illecite: infatti il *trust* autodichiarato fa sorgere pesanti sospetti di essere simulato e quindi di costituire una struttura fittizia ed artificiosa.⁹ Autorevole dottrina, al contrario, ha sostenuto che se il suo utilizzo risulta funzionale alla realizzazione dell'interesse perseguito, tale tipologia di *trust* non appare di per sé in grado di configurare alcuna fattispecie elusiva.¹⁰

Peraltro, la giurisprudenza citata dalla Guardia di Finanza risulta essere superata già nel 2016 (cioè l'anno successivo rispetto alle sentenze richiamate), con una decisione della Suprema Corte che invece dà per scontata l'ammissibilità del *trust* autodichiarato; la sentenza ha altresì ribaltato completamente il precedente orientamento in merito al trattamento tributario del *trust* ai fini dell'imposta sulle successioni e donazioni, affermando il seguente

⁷ Le sentenze favorevoli hanno dato per scontato l'applicazione della Convenzione ai *trust* autodichiarati, anche se la questione non era pacifica: Tribunale di Verona, sent. 8 gennaio 2003, in *T&AF*, 2003, p. 409; Tribunale di Parma, sent. 21 ottobre 2003, in *T&AF*, 2004, p. 73; recentemente anche il Tribunale di Milano, sent. 10 giugno 2014, in www.ilcaso.it; il Tribunale di Forlì, Sez. II, sent. 5 febbraio 2015, in M. INDOLFI, *Sull'ammissibilità del trust auto-dichiarato. Il commento*, in *I Contratti*, 2015, p. 437; e il Tribunale di Milano, Sez. I civ., sent. 30 gennaio 2017, in *T&AF*, 2018, p. 211.

⁸ Oltre alla giurisprudenza indicata nella Circolare, si segnalano: Cass. civ., Sez. VI-5, sent. 24 febbraio 2015, n.3735, in *GT - Riv. Giur. Trib.*, 2015, p. 397, con nota di D. STEVANATO; Tribunale di Monza, sent. 13 maggio 2015, in *T&AF*, 2016, pp. 58-61; Tribunale di Bergamo, sent. 4 novembre 2015, in *T&AF*, 2016, pp. 148-150.

⁹ A. TONELLI, *I nuovi negazionisti*, in *T&AF*, 2016, p. 250. Del resto anche l'ordinamento italiano conosce una pluralità di vincoli auto-costituiti come il fondo patrimoniale, l'eredità beneficiata, il vincolo di cui all'articolo 2645-ter, le separazioni patrimoniali all'interno delle Sgr, ed altre) o applicazioni quotidiano nella prassi professionale come gli *escrow account*.

¹⁰ T. TASSANI, *Trust, abuso del diritto ed agevolazioni fiscali*, in *T&AF*, 2015, p. 25.

principio di diritto: «L'istituzione di un *trust* cosiddetto "autodichiarato", con conferimento di immobili e partecipazioni sociali, con durata predeterminata o fino alla morte del disponente - *trustee*, con beneficiari i discendenti di quest'ultimo, deve scontare l'imposta ipotecaria e quella catastale in misura fissa e non proporzionale, perché la fattispecie si inquadra in quella di una donazione indiretta cui è funzionale la "segregazione" quale effetto naturale del vincolo di destinazione, una "segregazione" da cui non deriva quindi alcun reale trasferimento di beni e arricchimento di persone, trasferimento e arricchimento che dovrà invece realizzarsi a favore dei beneficiari, i quali saranno perciò nel caso successivamente tenuti al pagamento dell'imposta in misura proporzionale». ¹¹

Particolarmente apprezzabile risulta inoltre l'intervento in una recentissima sentenza di legittimità in tema di *trust* autodichiarato: i giudici, infatti, concordando quanto già sostenuto in Appello, hanno ribadito come « ...la nullità del *trust* non deriva dalla coincidenza tra disponente e *trustee* (*trustee* non significa necessariamente "terzo" e ben potrebbe coincidere con il disponente) ma dall'analisi complessiva delle clausole dell'atto, dalla verifica in concreto dei poteri che il disponente si riserva ed attribuisce al *trustee*, sia che queste figure s'identifichino sia si tratti di soggetti diversi». ¹²

La stessa Amministrazione finanziaria non ha sollevato obiezioni alla

¹¹ Cass., Sez. trib., sent. 26 ottobre 2016, n.21614, in *T&AF*, 2017, p. 66. Le pronunce precedenti sono state aspramente criticate dalla dottrina pressoché univoca. La tesi sostenuta dalla Suprema Corte nella sentenza n.21614/2016 è stata consolidata successivamente dalla giurisprudenza di merito prevalente e anche dalla stessa Cass., Sez. trib., sent. 17 gennaio 2018, n.975, in *T&AF*, 2018, p. 334 che, seppur riferita ad una fattispecie anteriore al D.L. n.262/2006, che ha reintrodotto l'imposta sulle successioni e donazioni con estendendola anche ai c.d. vincoli di destinazione, ha comunque affermato in maniera chiara che l'atto di dotazione del *trust* non realizza il presupposto impositivo di tale tributo e pertanto si applica l'imposta in misura fissa. Si segnala, per l'orientamento opposto, una recentissima sentenza della Corte di Cassazione nella quale i giudici di legittimità, pur aderendo alla tesi proposta dalla Cassa. nella sent. n.21614/2016, hanno sostenuto l'applicazione dell'imposta sulle donazioni in misura dell'8% per l'atto istitutivo di *trust* con il quale una S.p.A. (disponente) conferisce quote di partecipazione in una S.r.L., al fine di alienare le stesse in un secondo momento e provvedere all'estinzione di una posizione debitoria (Cass. civ., Sez. trib., sent. 30 maggio 2018, n.13626 in *T&AF*, 2018, p. 645).

¹² Cass. pen., Sez. III, sent. 11 maggio 2018, n.20862, in *www.cassazione.net.*

possibilità di istituire un *trust* autodichiarato, ritenendo, sempre in tema di imposta sulle successioni e donazioni, che lo stesso «pur in assenza di formali effetti traslativi, deve essere assoggettato alla imposta sulle successioni e donazioni.»¹³

Questa tesi ha peraltro avuto una recente conferma: in risposta ad un recente interpello (n.954-909/2016), l'Agenzia delle entrate, Direzione Centrale Normativa, ha affermato come nel caso sottoposto al suo esame il *trust* autodichiarato fungesse allo scopo fissato per beneficiare dell'esenzione dalle imposte di donazione, ipotecarie e catastali (indicato dall'art. 6, comma 2, della L. n.112/2016 (c.d. Legge sul "Dopo di Noi"), quale «la finalità esclusiva dell'inclusione sociale, la cura e l'assistenza delle persone con disabilità grave», e debba quindi considerarsi come fiscalmente operativo ai fini delle imposte dirette, scontando l'IRES e non la tassazione progressiva IRPEF.¹⁴ Tale interpretazione è assolutamente condivisibile: infatti, dal dato letterale dell'art. 6, comma 3, della medesima Legge, non sembra che possa escludersi questa figura. Si deve comunque tenere in debito conto la specificità dell'ambito della Legge sul "Dopo di Noi" e le finalità a cui la stessa è sottesa.

Questa opinione è stata condivisa anche in dottrina; si è infatti ritenuto che la sostituzione del termine trasferimenti con il riferimento a beni e diritti conferiti in *trust*, gravati da vincoli di destinazione ex art. 2645-ter e destinati a fondi speciali, «dovrebbe lasciare spazio alla definizione di strutture negoziali non solo bilaterali, vale a dire in cui vi sia alterità tra disponente dei beni e diritti e gestore dei medesimi, ma anche unilaterali, in cui le due figure coincidano quali, ad esempio, il *trust* "autodichiarato" in cui il disponente e *trustee* si sovrappongono,

¹³ Circolare dell'Agenzia delle entrate n.3 del 22 gennaio 2008, *Successioni, donazioni, atti a titolo gratuito e vincoli di destinazione*, p. 27. Si evidenzia comunque che nella Circolare n.61/E del 27-12-2010 l'Agenzia, qualificando come fittiziamente interposto il *trust* in cui il potere gestionale e dispositivo del *trustee* risulti in qualche modo limitato dalla volontà del disponente e/o dei beneficiari, implicitamente assimila a tale fattispecie il *trust* autodichiarato, considerato che il disponente e il *trustee* coincidono. Cfr. E. VIAL, *Trust: temi emergenti e nuove applicazioni*, Santarcangelo di Romagna, 2017, p. 166.

¹⁴ G. SEPIO, *Trust al figlio disabile, prelievo ridotto*, in *Il Sole 24 Ore*, 29 marzo 2017, p. 36.

purché si tratti di strutture che rispondano a canoni di meritevolezza e non siano contrarie a norme imperative previste dall'ordinamento».¹⁵

3. Lo *sham trust*

La Circolare prosegue delineando correttamente gli elementi che devono sussistere perché un *trust* sia riconosciuto fiscalmente, ovvero sia deve realizzarsi in concreto lo spossessamento dei beni e dei diritti posti in *trust fund* dal disponente, altrimenti il *trust* sarebbe un soggetto meramente interposto ai fini fiscali. Dopo aver citato delle pronunce in merito, la Guardia di Finanza ricorda che sia l'Agenzia delle entrate che l'Unità di Informazione Finanziaria (U.I.F.) si erano espresse sul tema, fornendo rispettivamente una serie di esemplificazioni di *trust* classificati come fittiziamente interposti e uno schema rappresentativo di comportamenti anomali riconducibili ad un suo utilizzo distorto. Il paragrafo dedicato al *trust* si conclude con una serie di esemplificazioni, che, secondo la Guardia di Finanza, costituirebbero «indici sintomatici dell'inesistenza del *trust* o di *sham trust*».

Sul punto, l'Agenzia delle entrate è intervenuta sul tema con due documenti di prassi (la Guardia di Finanza cita solo la Circolare n.43/E/2009): nel primo¹⁶ sono individuate cinque ipotesi di *trust* da ritenersi fittiziamente interposti,¹⁷ e nel

¹⁵ A. TOMASSINI e A. LONGO, *Condizioni civilistiche e agevolazioni tributarie della Legge sul "Dopo di noi": aspetti problematici*, in *Corr. trib.*, 2016, pp. 2839-2840.

¹⁶ Circolare n.43 del 10 ottobre 2009, *Emersione di attività detenute all'estero. Articolo 13-bis del decreto legge 1° luglio 2009, n.78, convertito, con modificazioni, dalla legge 3 agosto 2009, n.102, e successive modificazioni*, 10.

¹⁷ Le cinque esemplificazioni fornite dall'Amministrazione finanziaria sono riportate qui sotto:

- *trust* che il disponente (o il beneficiario) può far cessare liberamente in ogni momento, generalmente a proprio vantaggio o anche a vantaggio di terzi;
- *trust* in cui il disponente è titolare del potere di designare in qualsiasi momento sé stesso come beneficiario;
- *trust* in cui il disponente (o il beneficiario) è titolare di significativi poteri in forza dell'atto istitutivo, in conseguenza dei quali il *trustee*, pur dotato di poteri discrezionali nella gestione ed amministrazione del *trust*, non può esercitarli senza il suo consenso;
- *trust* in cui il disponente è titolare del potere di porre termine anticipatamente al *trust*, designando sé stesso e/o altri come beneficiari (cosiddetto "*trust a termine*");
- *trust* in cui il beneficiario ha diritto di ricevere anticipazioni di capitale dal *trustee*.

secondo¹⁸ tali fattispecie sono ampliate con l'introduzione di altre quattro, per un totale di nove.¹⁹ Peraltro l'Agenzia con la circolare del 2010 ha modificato due delle esemplificazioni dell'elenco fornito con la precedente del 2009. In particolare, il terzo esempio è stato integrato prevedendo l'ipotesi che, oltre alle clausole previste nell'atto istitutivo, siano anche "altri elementi di fatto" a porre dei vincoli nell'esercizio del potere/dovere del *trustee*.

Tale orientamento ha incontrato pesanti critiche in dottrina²⁰ che presentano un medesimo filo conduttore: il convincimento che non sia possibile affermare che tali clausole conducano obbligatoriamente alla inopponibilità fiscale, dovendosi considerare necessariamente le ragioni economiche e sociali sottese. Non si può, in buona sostanza, prescindere dal caso concreto.

¹⁸ Circolare dell'Agenzia delle entrate n.61 del 27 dicembre 2010, *Ulteriori chiarimenti in merito alla disciplina fiscale dei Trust*, p. 6.

¹⁹ Le nove fattispecie vengono citate *infra*:

- *trust* che il disponente (o il beneficiario) può far cessare liberamente in ogni momento, generalmente a proprio vantaggio o anche a vantaggio di terzi;
- *trust* in cui il disponente è titolare del potere di designare in qualsiasi momento sé stesso come beneficiario;
- *trust* in cui il disponente (o il beneficiario) risulti, dall'atto istitutivo ovvero da altri elementi di fatto, titolare di poteri in forza dell'atto istitutivo, in conseguenza dei quali il *trustee*, pur dotato di poteri discrezionali nella gestione ed amministrazione del *trust*, non può esercitarli senza il suo consenso;
- *trust* in cui il disponente è titolare del potere di porre anticipatamente al *trust*, designando sé stesso e/o altri come beneficiari (cosiddetto "*trust* a termine");
- *trust* in cui il beneficiario ha diritto di ricevere attribuzioni di patrimonio dal *trustee*;
- *trust* in cui è previsto che il *trustee* debba tener conto delle indicazioni fornite dal disponente in relazione alla gestione del patrimonio e del reddito da questo generato;
- *trust* in cui il disponente può modificare nel corso della vita del *trust* i beneficiari;
- *trust* in cui il disponente ha la facoltà di attribuire redditi e beni del *trust* o concedere prestiti a soggetti dallo stesso individuati;
- ogni altra ipotesi in cui il potere gestionale e dispositivo del *trustee*, così come individuato dal regolamento del *trust* o dalla legge, risulti in qualche modo limitato o anche semplicemente condizionato dalla volontà del disponente e/o dei beneficiari.

²⁰ Si veda ad esempio T. TASSANI, *I trusts nel sistema fiscale italiano*, Ospedaletto, 2012, pp. 198-201; A. VICARI, *La soggettività passiva del trust nelle imposte dirette tra interposizione fittizia, simulazione e riqualificazione – parte I*, in *T&AF*, 2011, p. 475; M. BASTIANELLI, *Brevi note sulla disciplina dei trust ai fini delle imposte sui redditi*, in *T&AF*, 2011, p. 135; A. CONTRINO, *Recenti indirizzi interpretativi sul regime fiscale di trust trasparenti, interposti e transnazionali: osservazioni critiche*, in *Riv. dir. trib.*, 2011, II; D. MURITANO, *Le condizioni dell'Agenzia delle entrate per la rilevanza fiscale dei trust interni: osservazioni critiche*, in *T&AF*, 2011, p. 263; A. FRANCO, *Brevi note in merito ai recenti orientamenti dell'Agenzia delle entrate in materia di interposizione e inesistenze del trust*, in *Riv. dott. comm.*, 2011.

Anche la Guardia di Finanza, nella propria Circolare, ha elaborato una serie di semplificazioni relative allo *sham trust*.^{21 e 22}

Mentre l'Agenzia delle entrate qualifica sempre le casistiche individuate come fiscalmente inopponibili, la Guardia di Finanza chiarisce che tali fattispecie «possono costituire elementi di patologia».

L'interpretazione si concilia quindi maggiormente con l'orientamento della dottrina maggioritaria, considerato che per qualificare un *trust* come fittiziamente interposto non si può ignorare il contesto socio-economico in cui si è costituito.

L'aggettivo *sham* da parte della Guardia di Finanza viene utilizzato in riferimento a delle fattispecie in cui il disponente non intende spossessarsi dei beni e dei diritti trasferiti nel *trust*, mantenendo in realtà un controllo pregnante sugli stessi, venendo così a mancare l'effetto segregativo che lo contraddistingue. Tale *trust* è nullo, come chiarito dalla giurisprudenza citata

²¹ Gli esempi proposti nella Circolare sono riportati qui sotto:

- l'identità tra disponente e *trustee* o tra disponente e beneficiario;
- il rapporto di coniugio/parentela tra *trustee* o guardiano e *settlor*;
- la presenza di lettere di intenti (*letters of wishes*) che comprimano l'autodeterminazione del *trustee*, richiedendo la preventiva condivisione da parte del *settlor* delle scelte di gestione;
- la rendicontazione puntuale delle attività di gestione del patrimonio conferito a favore del disponente;
- la fruizione o l'utilizzo dei beni in *trust* da parte del disponente o di suoi familiari (ad esempio, beni immobili locati o in comodato d'uso ai medesimi);
- l'esistenza di contratti tra il *trustee* e il disponente;
- in caso di conferimento di partecipazioni societarie nel *trust*, la gestione di diritto (quale amministratore, co-amministratore, legale rappresentante) o di fatto (anche sulla base di contratti di consulenza), da parte del *settlor*, delle relative società ovvero la rimessione al disponente delle decisioni circa l'eventuale distribuzione di dividendi;
- la comunanza di interessi economici tra società del *trustee* e quella del disponente;
- l'immotivata revocabilità del *trust* o del *trustee*;
- la costituzione del *trust* ed il conferimento di beni in costanza o in data prossima all'attività criminosa, con pertinenzialità dei beni conferiti alla medesima attività; la natura gratuita dell'atto.

²² Si osserva come negli esempi riportati nella nota precedente, la Guardia di Finanza utilizza alternativamente i termini "disponente" e *settlor*. In realtà i suddetti termini non possono essere utilizzati come sinonimi, considerato che il *settlor* è colui che pone in essere un *settlement*, una tipologia di *trust* che vincola patrimoni, solitamente immobiliari, per più generazioni. Cfr. M. LUPOLI, *Trusts*, II°, Milano, 2001, 620; F. CERRI, *Trust, affidamento fiduciario e fiducie. Tre modi di declinare la fiducia nel quadro del diritto europeo*, Milano, 2015, p. 9.

nella Circolare.²³ e ²⁴ L'espressione, a parere di chi scrive, merita comunque una piccola digressione storica.

Il termine *sham* fu coniato per la prima volta in Inghilterra nel 1967,²⁵ in riferimento ad un negozio bilaterale: in quella circostanza, il giudice aveva qualificato come *sham* l'atto o il documento che entrambe le parti coinvolte abbiano, di comune accordo, prodotto per ingenerare in terze persone il convincimento che con tale atto volessero creare un diritto o un'obbligazione, mentre, nella realtà, intendevano costituirne uno differente.

L'aggettivo *sham* fu associato per la prima volta nella giurisprudenza inglese all'istituto del *trust* nel 1995:²⁶ in tale occasione, il giudice ritenne invece non necessaria la comune intenzione delle parti coinvolte, essendo sufficiente la volontà del disponente di porre in essere un'operazione che in realtà non rifletteva le sue intenzioni e la disponibilità del *trustee* ad avallare tale condotta.²⁷ Pochi anni prima invece il concetto di *sham* fu impiegato ad un *trust* regolato

²³ Sull'argomento, autorevole dottrina ha sostenuto che qualora un *trust* interno sia regolato da un diritto straniero che non permette di accertare che l'istituto sia *sham*, il giudice italiano, facendo ricorso all'art. 15 della Convenzione dell'Aja, che dispone "la Convenzione non ostacolerà l'applicazione delle disposizioni di legge previste dalle regole di conflitto del foro, allorché non si possa derogare a dette disposizioni mediante una manifestazione della volontà, in particolare nelle seguenti materie: (...) Qualora le disposizioni del precedente paragrafo siano di ostacolo al riconoscimento del *trust*, il giudice cercherà di attuare gli scopi del *trust* in altro modo", potrà disapplicare la norma di diritto straniero, e applicare in sua vece le norme italiane, ma ciò non comporterà la nullità del *trust*. La norma guida anzi il giudice alla scelta di un istituto affine che possa perseguire gli scopi del *trust*. Pertanto, specialmente nelle ipotesi di *trusts* istituiti allo scopo di frodare i creditori, l'articolo 15 della Convenzione fornisce una protezione che permette di applicare il diritto italiano per accertare la simulazione del *trust*; così, i *trusts* interni non potranno essere definiti come *trust sham* ma simulati. Cfr. A. VICARI, *Il trust sham o simulato: questioni di diritto internazionale privato*, T&AF, 2010, pp. 606-608.

²⁴ Si osserva che nella Circolare n.61/E del 27 dicembre 2010 l'Amministrazione finanziaria qualifica siffatti *trusts* come inesistenti fiscalmente: «Se (...) il potere di gestire e disporre dei beni permane in tutto o in parte in capo al disponente e ciò emerge non soltanto dall'atto istitutivo del *trust* ma anche da elementi di mero fatto e non si verifica, quindi, il reale spossessamento di quest'ultimo, il *trust* deve considerarsi inesistente dal punto di vista dell'imposizione dei redditi da esso prodotti». La migliore dottrina ha osservato come quattro fra le esemplificazioni fornite dall'Agenzia non presenta alcuna criticità dal punto di vista del diritto civile, oltre ad essere contestabili in diritto tributario. Cfr. M. LUPOLI, *Istituzione del diritto dei trust negli ordinamenti di origini e in Italia*, Padova, III°, 2016, p. 292.

²⁵ *Snook v London and West Riding Investments Ltd.* [1967] 2 QB 786 (CA), in T&AF, 2006, p. 286.

²⁶ *Midland Bank plc v Wyatt* [1995] 1 FLR 696 (Ch), in T&AF, 2003, p. 299.

²⁷ A. BRAUN, *Quando un trust è "sham": brevi riflessioni su recenti sviluppi giurisprudenziali in Inghilterra e sull'isola di Jersey*, in T&AF, 2006, p. 348.

dalla legge di Jersey; in questo caso la Corte aveva stabilito che il *trust* fosse *sham* considerato che, fin dal momento dell'istituzione, il disponente non avesse realmente l'intenzione di spossessarsi dei beni posti nel *trust fund*, ma piuttosto di essere l'unico beneficiario, mantenendo il pieno controllo del fondo.²⁸

È stato sostenuto che la nozione di *sham* non abbia avuto né sufficiente elaborazione in dottrina né una rilevante applicazione in giurisprudenza per avere una connotazione sufficientemente precisa.²⁹

Anche la giurisprudenza anglosassone pare comunque aver indicato come conseguenza dell'accertamento del carattere *sham*, la nullità del *trust*.³⁰

Ritornando alle esemplificazioni proposte dalla Guardia di Finanza, non si può però fare a meno di osservare come, a parere di chi scrive, alcune delle fattispecie proposte, non presentino in realtà elementi che facciano pensare ad un fenomeno di interposizione o inesistenza.

La prima esemplificazione configura, nel caso di identità fra disponente e *trustee*, un *trust* autodichiarato che, come si è mostrato in precedenza, non rappresenta, da sola, l'ipotesi di interposizione fittizia.

Maggiori criticità si pongono, invece, per il *trust* in cui il disponente coincide con il beneficiario (c.d. *trust* autodestinato).

Il tema relativo all'ammissibilità di siffatta tipologia di *trust* è stato analizzato in dottrina in relazione ai c.d. *protective trusts*, tipologia codificata nell'ordinamento inglese, in cui è previsto che la posizione attribuita al beneficiario cessi e così il *trust* muta la propria fisionomia per effetto del verificarsi o meno di un determinato evento, generalmente per porre al riparo il beneficiario stesso da azioni esecutive da parte dei creditori o dal fallimento.³¹

²⁸ *Abdel Rahman v Chase Bank (CI) Trust Co Ltd.* 1991 JLR 103, in *T&AF*, 2004, p. 296. Per una più approfondita analisi del caso in esame, si veda R. BELVEDERI, *Alcune considerazioni in materia di sham trust*, *T&AF*, 2013, p. 146.

²⁹ M. LUPOI, *Istituzione del diritto dei trust negli ordinamenti di origini e in Italia*, Padova, III°, 2016, p. 96.

³⁰ *Ivi*, 101; diversa dottrina sottolinea come la giurisprudenza inglese abbia qualificato il *trust sham* utilizzando concetti fondamentalmente diversi fra loro come *void*, *unenforceable*, *invalid*, A. VICARI, *Il trust sham o simulato: questioni di diritto internazionale privato*, *T&AF*, 2010, p. 605.

³¹ M. LUPOI, *Trusts*, Milano, 2001, p. 221.

Motivazioni di ordine pubblico impediscono che in tale tipologia di *trust* un soggetto possa essere al tempo stesso disponente e beneficiario.³²

Tuttavia vi sono diversi casi in cui il *trust* autodestinato può avere una valida ragion d'essere e assumere una funzione virtuosa, ad esempio nel caso in cui un politico si spossessi temporaneamente di una parte del proprio patrimonio, in cui sono presenti beni che potrebbero essere soggetti ad interventi legislativi favorevoli, perdendone così il controllo e riottenendolo solo al termine del mandato.³³

Il *trust* autodestinato è stato inoltre utilizzato molto spesso a vantaggio di persone prive di autonomia, essendo il *trust* uno strumento che consente di soddisfare le esigenze e i bisogni di tali soggetti ancor meglio degli istituti tipizzati dal Codice civile ed incontrando perciò il favore della giurisprudenza che in diversi precedenti ne ha autorizzato l'istituzione.³⁴ Pur tenendo in debito conto la peculiarità della norma, si osserva inoltre che la recentissima Legge sul "Dopo di Noi", ai commi 2 e 3 dell'art. 6, detta le condizioni che il *trust* deve rispettare obbligatoriamente per poter usufruire della esenzione dalla imposta sulle successioni e donazioni ex art. 2, commi da 47 a 49, D.L. 3 ottobre 2006 n.262.

In particolare, il comma 3, lett. h), prevede che *"l'atto deve stabilire la destinazione del patrimonio residuo al momento della morte della persona con disabilità grave"*.

Pertanto, proprio al fine di godere delle agevolazioni previste dalla norma, l'atto istitutivo deve prevedere obbligatoriamente l'indicazione dei soggetti che beneficeranno del residuo del *trust fund* alla morte del soggetto disabile. Nulla vieta che tali soggetti possano essere gli stessi disponenti e, in tal caso, come affermato da autorevole dottrina, il trasferimento avverrà in esenzione dalle

³² *Ivi*, p. 222.

³³ R. BASSETTI, *Trust e protezione beneficiari*, in R. BASSETTI (a cura di), *Il trust: criticità, correzioni, sviluppi*, Torino, 2017, pp. 276-277.

³⁴ Si veda, a titolo di esempio, Tribunale di Bologna, sent. 12 giugno 2013, in *T&AF*, 2014, p. 44; Tribunale di Genova, sent. 17 giugno 2009, in *T&AF*, 2009, p. 531; Tribunale di Bologna, sent. 23 settembre 2008, in *T&AF*, 2008, p. 631; Tribunale di Rimini, sent. 21 aprile 2009, in *T&AF*, 2009, p. 409.

imposte di donazione e successione, con applicazione delle imposte di registro e ipo-catastali in misura fissa, in base al disposto del quarto comma dell'art. 6.³⁵

Fatte salve queste limitate applicazioni, l'ammissibilità di questa tipologia di *trust* rimane piuttosto dubbia.

Non si comprende, invece, come possa costituire un indicatore di inesistenza il rapporto di parentela tra il disponente e il *trustee*.

Parimenti si ritiene ingiustificatamente restrittiva la quarta esemplificazione, secondo cui rappresenta un indice sintomatico di *sham trust* la rendicontazione delle attività di gestione del patrimonio al disponente. Infatti lo stesso art. 2 della Convenzione prevede che non sia necessariamente incompatibile con l'esistenza del *trust* "il fatto che il disponente conservi alcune prerogative"; certamente tale circostanza non potrà limitare l'autonomia gestionale del *trustee*, ma non si vede come l'attività di rendicontazione possa in qualche modo porre un freno all'autonomia di quest'ultimo.

Sul tema, il CNDCEC ha emanato un documento di studio relativo alle modalità di rendicontazione del *trustee*, obbligo previsto dall'art. 2, comma 2, lettera c), della Convenzione. Tra i soggetti destinatari di tale rendiconto viene indicato anche lo stesso disponente, sempre che l'atto istitutivo non stabilisca, per ragioni di riservatezza, diversamente.³⁶ In merito alla periodicità di tale adempimento, è stato indicato che viene ritenuta opportuna un obbligo di rendicontazione almeno annuale, sebbene la prassi anglosassone (alla cui legge si fa riferimento nella maggior parte dei *trusts* istituiti in Italia), preveda una costante disponibilità del *trustee* nella predisposizione del rendiconto.³⁷

Da ultimo non si comprende come la natura gratuita dell'atto comporti di per sé una fattispecie di interposizione, considerando che generalmente l'istituzione di *trust* liberale (si pensi ad esempio ai *trusts* utilizzati nel passaggio

³⁵ T. TASSANI, *La Legge sul "Dopo di noi" e la fiscalità degli strumenti di destinazione patrimoniale*, Roma, Consiglio Nazionale del Notariato, Studio n.33-2017/T, 2017, p. 3.

³⁶ Consiglio Nazionale dei Dottori Commercialisti ed Esperti Contabili, Documento di studio del 21 novembre 2011, *L'obbligo di rendiconto del trustee*, p. 18.

³⁷ *Ivi*, p. 20.

generazionale oppure ancora ai *trusts* istituiti per la protezione dei soggetti deboli) sia un negozio a titolo gratuito.³⁸

4. Conclusioni: il crescente interesse per il *trust* da parte degli operatori

In questo breve elaborato ho analizzato l'orientamento espresso dalla Guardia di Finanza nella Circolare n.1/2018 in merito ai possibili utilizzi distorti del *trust*. Sebbene il Corpo abbia preso delle posizioni piuttosto *tranchant* e, in alcuni casi, non del tutto in linea con le tesi espresse dalla dottrina maggioritaria e dalla giurisprudenza, tali lievi incongruenze possono certamente essere spiegate dalla complessità dell'istituto, dalla sua poliedricità, e non da ultimo dalle continue e recenti evoluzioni giurisprudenziali che lo coinvolgono, circostanza che richiede un'analisi attenta e costante nel tempo. Sicuramente non ha giocato a favore il fatto di volere condensare in poche righe la trattazione di un argomento così complesso, su cui ormai da più di un decennio si sono spesi sia i commentatori sia la prassi, giungendo spesso a conclusioni diametralmente opposte.

Non si può però fare a meno di osservare come in tema di *trust*, un istituto che non ha eguali nell'ordinamento italiano proprio per la varietà degli utilizzi a cui si presta, si sia giunti a delle conclusioni un po'troppo affrettate e eccessivamente restrittive, che denotano una certa dose di scetticismo da parte degli operatori professionali nei confronti dello stesso.

La strada da seguire è comunque quella giusta, considerato che recentemente l'attenzione del legislatore sul *trust* è cresciuta, con degli sforzi che possono essere considerati apprezzabili.

³⁸ Si veda M. LUPOLI, *Trusts*, Milano, II°, 2001, p. 623.