

ISSN 1825-9871

InnovazioneDiritto

Quarterly Review of Tax and Economic Law

Pubblicazione
1 • 2024



Università degli studi di Napoli Federico II

Innovazione e Diritto - Rivista trimestrale on line fondata nel 2005 dal prof. Raffaele Perrone Capano, autore e responsabile scientifico del Progetto di informatizzazione diffusa della Facoltà di Giurisprudenza, e di catalogazione in formato digitale della Biblioteca storica, a supporto della ricerca e della didattica.

Il Progetto, approvato dal MIUR nel 2004, per un importo complessivo di 1.350.00 €, era stato finanziato per il 70% dall'UE, per il 26% dalla Facoltà, attraverso il riconoscimento delle spese effettuate nel settore informatico nel biennio precedente, e per il restante 4% dal MIUR.

Innovazione e Diritto è stata, fin dalla nascita, una rivista ad accesso libero, a supporto delle attività dei dottorati di ricerca e dei giovani studiosi della Facoltà. L'adesione di numerosi colleghi, professori e ricercatori di altre Università italiane, ne ha consolidato in breve tempo la dimensione nazionale.

Dal 2012, in seguito alla trasformazione delle Facoltà in Dipartimenti, la Rivista ha proseguito l'attività, per l'impegno di un gruppo di professori e ricercatori di numerose Università italiane che hanno assicurato il regolare flusso di contributi scientifici di elevata qualità. Il nuovo assetto editoriale ha favorito l'estensione degli interessi scientifici della Rivista ai settori più direttamente investiti dalla crisi finanziaria del 2008, la più grave dal dopoguerra. L'orizzonte più ampio ha comportato una parallela specializzazione della produzione scientifica, e ne ha amplificato la diffusione e l'impatto.

Un primo punto di svolta ha preso avvio all'inizio del 2018, con la scelta della cadenza trimestrale, per lasciare spazio alla pubblicazione di numeri speciali, di Atti di convegno e di altre iniziative promosse dalla Rivista, affiancata dall'indicazione nel sottotitolo di: "Rivista di Diritto tributario e dell'Economia". Un secondo punto si è concretizzato in una nuova partenza, basata su una piattaforma digitale avanzata, coerente con le indicazioni dell'ANVUR per le riviste di classe A e con gli standard definiti da Google per la massima diffusione internazionale dei contenuti.

DIRETTORE RESPONSABILE

Prof.ssa Clelia Buccico (*Professore ordinario di Diritto tributario - Dipartimento di Economia dell'Università della Campania "Luigi Vanvitelli"*)

Innovazione e Diritto è stata diretta fino al 2020 dal Fondatore, prof. Raffaele Perrone Capano, già ordinario di Diritto finanziario e tributario nell'Università di Napoli Federico II. In funzione del maggiore impegno che comporta la gestione della nuova piattaforma digitale, la rivista è attualmente retta da una Direzione collegiale, i cui componenti sono i professori:

COMITATO DI DIREZIONE

Prof.ssa Clelia Buccico

- *Professore ordinario di Diritto tributario - Dipartimento di Economia dell'Università della Campania "Luigi Vanvitelli"*

Prof. Raffaele Perrone Capano

- *Fondatore della rivista, già Professore ordinario di Diritto finanziario e tributario presso l'Università degli Studi di Napoli "Federico II"*

Prof.ssa Marilena Rispoli Farina

- *Già Professore ordinario di Diritto commerciale e bancario presso l'Università degli Studi di Napoli "Federico II"*

Prof.ssa Beatrice Bertarini

- *Professore associato con abilitazione a ordinario di Diritto dell'economia - Dipartimento di Sociologia e Diritto dell'economia dell'Università di Bologna "Alma Mater Studiorum"*

Prof. Gianluigi Bizioli

- *Professore ordinario di Diritto tributario - Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Bergamo*

Prof. Paolo Borghi

- *Professore ordinario di Diritto alimentare e Diritto agrario dell'Unione europea - Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Ferrara*

Prof.ssa Loredana Carpentieri

- *Professore ordinario di Diritto tributario - Dipartimento di Studi economici e giuridici dell'Università degli Studi di Napoli "Parthenope"*

Prof. Alessandro Giovannini

- *Professore ordinario di Diritto tributario - Dipartimento Studi aziendali e giuridici dell'Università degli Studi di Siena*

Prof. Giuseppe Melis

- *Professore ordinario di Diritto tributario - Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Roma "LUISS Guido Carli"*

Prof. Sebastiano Maurizio Messina

- *Professore ordinario di Diritto tributario - Dipartimento di Scienze Giuridiche dell'Università di Verona*

Prof. Salvatore Muleo

- *Professore ordinario di Diritto tributario - Dipartimento di Scienze Aziendali e Giuridiche dell'Università della Calabria*

Prof. Gaetano Ragucci

- *Professore ordinario di Diritto tributario - Dipartimento di Scienze Giuridiche dell'Università degli Studi di Milano Statale*

Prof. Gennaro Rotondo

- *Professore ordinario di Diritto dell'economia - Dipartimento di Scienze Politiche dell'Università della Campania "Luigi Vanvitelli"*

Prof.ssa Maria Alessandra Stefanelli

- *Professore ordinario di Diritto dell'economia - Dipartimento di Sociologia e Diritto dell'Economia dell'Università di Bologna "Alma Mater Studiorum"*

Prof. Stefano Zunarelli

- *Professore ordinario di Diritto dei trasporti e Legislazione del turismo - Dipartimento di Scienze Giuridiche dell'Università*

di Bologna "Alma Mater Studiorum"

I lavori scientifici pubblicati nelle parti prima e seconda di ciascun numero della rivista, sono sottoposti a referaggio. Gli altri contributi d'interesse per l'attualità e il carattere divulgativo degli argomenti trattati, ovvero per il rilievo politico degli stessi, sono pubblicati in parte terza.

Tutti i lavori sono sottoposti alla valutazione di un componente della Direzione.

Innovazione e Diritto, rivista open access, non risponde degli articoli pubblicati, i cui autori abbiano utilizzato lavori altrui di cui non sia stata citata esplicitamente la fonte.

COMITATO SCIENTIFICO

Prof.ssa Antonella Brozzetti

- Professore ordinario di Diritto dell'economia - Dipartimento di Studi Aziendali e Giuridici dell'Università degli Studi di Siena

Prof. Giuseppe Corasaniti

- Professore ordinario di Diritto tributario - Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Brescia

Prof. Avv. Francesco Eriberto D'Ippolito

- Professore ordinario di Storia della giustizia e delle Istituzioni politiche - Università degli Studi della Campania Luigi Vanvitelli

Prof. Avv. Maurizio Logozzo

- Professore ordinario di Diritto tributario - Facoltà di Economia dell'Università di Milano Cattolica del Sacro Cuore

Prof.ssa Carla Masi

- Professore ordinario di Diritto romano e Diritti dell'antichità - Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Napoli "Federico II"

Prof.ssa Maria Pierro

- Professore ordinario di Diritto tributario - Dipartimento di Economia dell'Università degli Studi dell'Insubria

Prof. Salvatore Sammartino

- Professore di Diritto finanziario e tributario - Dipartimento di Giurisprudenza a Palermo dell'Università LUMSA

Prof. Antonio Felice Uricchio

- Professore ordinario di Diritto tributario - Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Bari "Aldo Moro"

COMITATO EDITORIALE

Prof. Francesco Vincenzo Albertini

- Professore associato di Diritto tributario - Dipartimento di Scienze Giuridiche dell'Università degli Studi di Milano "La Statale"

Prof. Olivier Karl Emmanuel Butzbach

- Professore associato di Economia politica - Dipartimento di Scienze Politiche dell'Università degli Studi della Campania "Luigi Vanvitelli"

Prof. Marco Cedro

- Professore associato di Diritto tributario - Università di Palermo LUMSA

Prof. Filippo Cicognani

- Professore associato di Diritto tributario - Università di Bologna "Alma Mater Studiorum"

Prof. Filippo Alessandro Cimino

- Professore associato di Diritto tributario - Università degli Studi di Enna

Prof.ssa Daniela Conte

- Professore associato di Diritto tributario - Università degli Studi di Napoli

Prof. Samuele Donatelli

- *Professore associato di Diritto tributario, Università degli Studi di Roma*

Prof. Nicola Fortunato

- *Professore ordinario di Diritto tributario - Università degli Studi di Bari*

Prof.ssa Laura Letizia

- *Professore associato di Diritto tributario - Università degli Studi della Campania "Luigi Vanvitelli"*

Prof.ssa Daniela Mazzagrecò

- *Professore associato di Diritto tributario - Università degli Studi di Palermo*

Prof. Ottavio Nocerino

- *Professore ordinario Dipartimento di Economia - Università degli studi della Campania "Luigi Vanvitelli"*

Prof. Andrea Quattrocchi

- *Ricercatore di Diritto tributario con abilitazione ad associato - Università di Milano Cattolica del Sacro Cuore*

Prof. Federico Rasi

- *Professore associato di Diritto tributario - Università del Molise, Campobasso*

Prof. Luca Sabbi

- *Ricercatore di Diritto tributario con abilitazione ad associato - Università degli Studi di Bergamo*

Prof.ssa Adriana Salvati

- *Ricercatore di Diritto tributario con abilitazione ad associato - Università degli Studi della Campania*

Prof. Gianluca Selicato

- *Professore associato di Diritto tributario - Università degli Studi di Bari*

Prof.ssa Maria Villani

- *Assegnista di ricerca e Professore a contratto di Diritto tributario con abilitazione ad associato - Università degli Studi di Napoli "Federico II"*

Dott. Daniele Canè

- *Ricercatore e Professore a contratto di Diritto tributario - Università degli Studi dell'Insubria*

Dott.ssa Alessandra Kostner

- *Dottore e assegnista di ricerca in Diritto tributario - Università della Calabria*

Dott. Andrea Perrone Capano

- *Dottore di ricerca in Diritto delle persone, delle imprese e dei mercati, nonché Cultore della materia in Diritto commerciale e bancario - Università degli Studi di Napoli*

Dott. Luigi Scipione

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

Dott. Stefano Zagà

- *Ricercatore di Diritto tributario - Università degli Studi dell'Insubria*

INDICE

1. Le politiche fiscali ad impatto ambientale (Tax policies with environmental impact) <i>di Emanuela Di Rauso</i>	1
2. Riflessioni su profili fiscali delle attività svolte nella creator economy <i>di Stefano D'Albenzio</i>	19
3. Principio di proporzionalità e verifiche fiscali: ricadute sul consenso alle attività istruttorie e sull'estensione a terzi delle indagini bancarie <i>di Daniela Mendola</i>	41
4. La proposta europea di riforma dell'attuale quadro normativo in materia di gestione delle crisi bancarie e sistemi di tutela dei depositi. Luci ed ombre della riforma <i>di Marilena Rispoli Farina</i>	43
5. Sull'applicazione dell'art. 31, primo comma, D.L. n. 78 del 2010, in corso di sequestro ex D.Lgs. n. 159 del 2011 <i>di Salvatore Muleo</i>	73

Le politiche fiscali ad impatto ambientale (Tax policies with environmental impact)

di Emanuela Di Rauso

*Dottoranda di ricerca in Imprenditorialità e Innovazione -
Dipartimento di Economia - Università degli Studi della Campania
"Luigi Vanvitelli"*

ABSTRACT

The pandemic crisis has gripped the world economies over the past two years and has brought with it the need to development models (building back better) in a special way environmental taxation has become prominent. Development models are understood to mean (consumption patterns, lifestyles, welfare models, urban planning, construction, etc...). In this paper, project in a special way, it is to raise the hypothesis of investing public resources in the best possible way, as decisions will be crucial for the bad decade in the field of technologies and processes that help the environment. Many scholars have argued that being there "environmental improvement", resources must also come from revenues through fair taxation, this would ensure "financial sustainability" of the measures taken without having to chase after other forms of revenue such as labor or business. The particular guidelines available to us today are as follows:

1) The NRP (National Recovery and Resilience Plan), which wants to allocate resources to achieve the goals of carbonization and environmental energy transition.

2) The Fiscal Delegation Act of 2014 specifically defined by Article 15 dedicated to Energy and Environmental Taxation and the National Strategy for Sustainable Development, these articles help the promotion of environmental taxation.

In addition, as far as the NRP is concerned, the enabling act for tax reform present July 31, 2021, tends to provide answers to the country's structural weaknesses through European resources. Environmental taxation has become an integral part of recovery, making smart use of resources, and this is only possible through (ad Hoc) taxation regulations, which is “The purpose” of the following research project (paper). In addition, the secondary but also main objective is to study the role of environmental taxation and green budgeting within the overall framework of the Italian budget. In my opinion, to ensure “More efficiency” of the following research project, I would organize the study as follows:

- 1) Study of the general framework of environmental taxation within the European framework.
- 2) Researching ad hoc taxation for the proper use of resources for environmental improvement.

SINTESI

La crisi pandemica ha coinvolto le economie mondiali nell'arco dell'ultimo biennio, portando con sé l'esigenza di modificare i modelli di sviluppo (building back better), in modo particolare attraverso la tassazione ambientale. Per modelli di sviluppo si intendono (modelli di consumo, stili di vita, modelli di welfare, pianificazione urbana, edilizia, ecc...). In questo paper, progetto in maniera particolare, si tratta di sollevare l'ipotesi di investire risorse pubbliche nel miglior modo possibile, poiché le decisioni saranno cruciali per il prossimo decennio nel campo delle tecnologie e processi che aiutano l'ambiente. Molti studiosi hanno affermato che esserci “miglioramento ambientale”, le risorse devono pervenire anche dalle entrate

attraverso un'equa tassazione, questo garantirebbe "la sostenibilità finanziaria" delle misure adottate senza dover ricorrere ad altre forme di gettito come lavoro o imprese. Le particolari linee guida che oggi abbiamo a disposizione sono le seguenti:

Il PNNR (Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza) che vuole destinare le risorse per realizzare gli obiettivi di carbonizzazione e di transizione energetico ambientale.

La Legge Delega fiscale del 2014, in modo particolare definita dall'art.15 dedicato alla Fiscalità energetica e ambientale e della strategia nazionale per lo sviluppo sostenibile, questi articoli aiutano la promozione della fiscalità ambientale.

Per quanto riguarda concerne il PNRR, inoltre, la legge delega per la riforma fiscale presentano il 31 luglio 2021 tende a dare risposte alle debolezze strutturali del paese attraverso le risorse europee. La fiscalità ambientale è diventata parte integrante della ripresa, utilizzando in modo intelligente le risorse, e questo è possibile solo attraverso norme di fiscalità (ad Hoc), che rappresenta "Lo scopo" del seguente progetto (paper) di ricerca. Inoltre, l'obiettivo secondario ma anch'esso principale è rappresentato dallo studio del ruolo della fiscalità ambientale e del green budgeting all'interno del quadro generale del bilancio italiano. Secondo me, per garantire "Maggiore efficienza" del seguente progetto di ricerca, lo studio lo organizzerei così:

Studio del quadro generale della tassazione ambientale all'interno del quadro europeo.

Ricerca una tassazione ad hoc per il corretto utilizzo delle risorse per il miglioramento dell'ambiente.

SOMMARIO

1. Metodologia, Criterio di Ricerca, Fonti e domanda di ricerca
- **2.** Strumenti fiscali e riforme fiscali verdi: "Le politiche ad impatto ambientale" - **3.** Le teorie di base per la costruzione delle politiche fiscali verdi - **4.** Il ruolo dei tributi e dei sussidi ambientali nel sistema fiscale italiano - **5.** Le prospettive d'intervento della Commissione europea e lo studio della legge delega come imposta - **6.** Come possibile soluzione: Il pacchetto FIT FOR 55 europeo - **7.** Caso carburanti ed energia in Italia - **8.** Come tassare le risorse in esaurimento ed esaurite? - **9.** Le misure fiscali orizzontali per la salvaguardia dell'ambiente - **10.** Risultati di ricerca e conclusioni

1. Metodologia, Criterio di Ricerca, Fonti e domanda di ricerca

La metodologia utilizzata per il seguente lavoro è la revisione sistemica della letteratura, prendendo in considerazione le fonti dall'anno 2021 ad oggi. Le banche date utilizzate sono: Juris, Researchgate, Scopus, Google Scholar. Inoltre, sono state prese in considerazione molti testi presenti presso la biblioteca dell'Università degli Studi della Campania "Luigi Vanvitelli". Le parole chiave di ricerca sono state: - Politiche fiscali verdi - Green taxes - imposte ambientali - SAD (Sussidi ambientalmente dannosi).

La revisione sistemica della letteratura è stata svolta in questo modo:

- 1) Raccolta degli articoli attraverso le banche dati.
- 2) Attenta analisi degli articoli.

3) Messa in evidenza tutte le componenti che forniscono una panoramica chiara per poter rispondere in modo esaustivo alle domande di ricerca poste nel corso del seguente lavoro. Le domande di ricerca poste sono le seguenti:

1) In che modo le politiche fiscali ambientali possono provvedere alla salvaguardia dell'ambiente?

2) Quale potrebbe essere un modello ambientale adeguato a ridurre l'inquinamento e il gettito fiscale?

Il lavoro attraverso una revisione delle varie linee guida applicate dal 2020 ad oggi cerca di rispondere alle seguenti domande di ricerca e cerca inoltre di offrire nei risultati di ricerca e conclusioni importanti spunti di ricerca futura per cercare di equilibrare nel corso del tempo le difficoltà tra lo Stato e l'applicazione delle politiche fiscali verdi.

2. Strumenti fiscali e riforme fiscali verdi: “Le politiche ad impatto ambientale”

Nell'ambito internazionale e in particolare nella tassazione ambientale, le imposte ambientali hanno la loro base imponibile fondata su una grandezza fisica (una proxy), cioè delle risorse da tassare a causa delle agevolazioni. Però poiché queste risorse vengono utilizzate in maniera (scorretta), per l'ambiente in progetti ambientali molte volte dannosi per esso, questo tipo d'imposta ha un impatto negativo e specifico sull'ambiente. Obiettivo fondamentale e di grande supporto per l'ambiente è “adottare” una politica fiscale in grado di migliorare l'ambiente. Le eccessive deduzioni ai fini fiscali sulle imposte ambientali stanno portando incentivi d'investimento negativi per esso. Basta pensare ai sussidi diretti e indiretti sulle fonti fossili. Per quanto riguarda il concetto di sussidio è un concetto puramente economico, che non va ripreso giuridicamente parlando, (anche se l'OCSE ci ha tentato). Il sussidio è tutto ciò che riguarda: Incentivi, agevolazioni, finanziamenti agevolati, esenzioni da tributi¹ finalizzati alla tutela dell'ambiente. Il sussidio può essere diretto e indiretto:

- quello diretto avviene mediante: a) trasferimento economico a fondo perduto a operatori economici fatti tramite bandi, pagamento

¹ A.F. URICCHIO., *“Le politiche tributarie in materia ambientale, La fiscalità ambientale in Europa e per l'Europa”*, Cacucci Editore, Bari, 2016, p. 472.

d’interessi, ecc., b) trasferimenti potenziali di risorse pubbliche a operatori economici (ad es. garanzie, assicurazioni), c) copertura di costi, tariffe o canoni per l’accesso a beni e/o servizi;

- quello indiretto avviene tramite spese fiscali come detrazioni, deduzioni, esenzioni, riduzioni d’aliquota, esclusioni o riduzioni dalla base imponibile. Agevolazioni tariffarie, canoni ridotti e sussidi e prodotti simili, attività simili ma al minor importo.

Agendo sia sul versante delle entrate (imposte), e sia su quello delle uscite (sui vari progetti ambientali), si può seriamente pensare ai processi di riallocazione fiscale verde. L’obiettivo fondamentale delle politiche fiscali è eliminare la SAD, cioè i sussidi fiscali² dannosi per l’ambiente. Tale prospettiva è definita nell’agenda 2030 dell’ONU con l’obiettivo di realizzare sussidi ed imposte coerenti con questo settore.

3. Le teorie di base per la costruzione delle politiche fiscali verdi

La riallocazione fiscale verde comprende due sfere: “maggiori entrate fiscali”, e “utilizzo delle risorse”.

Maggiori entrate fiscali	Utilizzo delle risorse
Introduzione di nuovi tributi legati all’ambiente	Riduzione di altre entrate fiscali maggiormente distorsive e penalizzanti per la crescita
Revisione dei tributi esistenti in modo da meglio riflettere le esternalità ambientali associate alle scelte di consumo e/o	Investimenti in infrastrutture e beni durevoli finalizzati alla protezione e alla valorizzazione

² A. ZATTI, “Riforma ecologica del fisco italiano: il contesto e le priorità”, ECCO The Italian Independent Energy and Climate Change Think Thank, 2021.

produzione	dell'ambiente
Creazione di mercati attraverso la messa all'asta di permessi negoziabili	Sussidi all'innovazione eco-friendly a livello di produzione e consumo
Riduzione/eliminazione dei sussidi dannosi per l'ambiente, costituiti in buona parte da forme di erosione fiscale	Interventi di mitigazione/compensazione per le categorie maggiormente colpite dalle misure sul versante delle entrate
Valutazione e revisione periodica dei sussidi ambientalmente favorevoli in modo da migliorarne la costo-efficacia	Riduzione del deficit e del debito

La teoria della green taxes³ afferma che: I pacchetti integrati di misure per la sostenibilità ambientale devono essere valutati congiuntamente ad una serie di fattori. Perché una politica fiscale distorta può frenare o depotenziare i percorsi d'investimento ambientale.⁴ La politica fiscale dev'essere coerente col contesto, con l'ambiente e i policy maker.

4. Il ruolo dei tributi e dei sussidi ambientali nel sistema fiscale italiano

Le imposte ambientali in Italia hanno generato entrate per 58,7 milioni di euro. Le imposte ambientali sono divise per settori:

³ Si faccia riferimento a B. SANTACROCE, E. SBANDI, "Plastic tax: riflessioni tecniche e questioni aperte in attesa delle disposizioni attuative", *Il Fisco*, n. 13, Wolters Kluwer, 30 marzo 2020.

⁴ Si veda REVISTA DE ESTUDIOS JURÌDICOS, "Fiscalità ambientale e principi europei: spunti critici", n. 17/2017.

- il 18,2% sui mezzi di trasporto;
- l'81% sui tributi energetici;
- l'1% le risorse energetiche.

Circa 2/3 del gettito fiscale sui trasporti incide sul settore ambientale. Negli ultimi anni l'attenzione all'ambiente ha dato origine all'introduzione di nuovi tributi come nel caso dell'introduzione del tributo sullo smaltimento in discarica. Alcuni tributi sono stati rimodulati affinché si possa dare maggiore attenzione al tema ambiente. Un esempio è la (tassa automobilistica). Questo tipo di tassa andava a penalizzare gli strumenti automobilistici più penalizzanti per l'ambiente perché sono più potenti e inquinanti. Le imposte ambientali hanno avuto un cambiamento ad U graficamente parlando. Infatti:

- 1) Nel 2019 le imposte ambientali in Italia erano il 3,3% del Pil. Ed il 7,7% delle entrate fiscali.
- 2) Nel 1999 era il 3,5% del Pil e il 9,1% sul totale delle entrate.
- 3) Nel 2008 era il 2,6% del Pil e il 6,2% sul totale delle entrate.

Le percentuali sono scese perché ci è stato il mancato adeguamento delle aliquote all'inflazione e all'economia reale. Le accise sui carburanti vengono utilizzate come strumento di correzione dei conti pubblici dopo la crisi fiscali del 2011. Assumono importanza quei sussidi con impatti fiscali sull'ambiente, con particolare riferimento delle spese fiscali. Le riforme fiscali si devono adeguare al polluter pay principle,⁵ queste riforme devono essere inserite in una riforma fiscale verde. Le riforme devono avere come obiettivi:

- Eliminazione dei sussidi ambientali dannosi;
- Miglioramento della conoscenza del costo-efficacia dei sussidi ambientali dannosi;
- Il processo così come richiesto dalla comunità scientifico

⁵ AA.VV., *"Cost of pollution China, Economic estimates of physical damages"*, Conference Edition, February 2007.

dev'essere progressivo ma rapido.

Purtroppo, gli incentivi fiscali (ai sussidi dannosi), provoca un grandissimo danno all'ambiente. Nel settore energetico, ad esempio, con l'indagine sin ora condotta le agevolazioni fiscali toccano il 67% dei SAD e il 76% dei SAF. Molte agevolazioni adottate sulle basi imponibili dei SAD indiretti hanno altri scopi economici (politica industriale, finalità redistributive, tutela della concorrenza, politiche territoriali ecc..), ma i loro effetti purtroppo si ripercuotono negativamente sull'ambiente. Molte agevolazioni fiscali sul 84% dei SAF favoriscono scelte favorevoli per l'ambiente. Cambiare il regime impositivo riguardo le imposte ambientali porta con sé dei pro e dei contro. I pro riguardano "Forme di agevolazioni fiscali su sussidi che fanno realmente bene all'ambiente". I contro stanno nella valutazione della dannosità ambientale. Quest'ultima non è sempre uguale sotto tutti gli aspetti, basta pensare ai mezzi di trasporto pubblico e collettivo. I trasporti pubblici e correttivi hanno l'esenzione dell'imposta pubblica sull'esenzione e dell'elettricità, l'esenzione è giustificata dal fatto che si incentiva l'uso del mezzo pubblico a differenza del privato nonostante è inquinante. Quindi il nuovo criterio d'imposizione fiscale verde deve tenere conto di una molteplicità di fattori. Quindi nonostante il tentativo di andare a ridurre le imposte sui SAD (sussidi dannosi), non ci si riesce facilmente perché dipende sotto quale prospettiva valutiamo la "dannosità". Infatti, la Commissione europea nel 2020 ha avviato un processo di rimodulazione dei sussidi in termini di fiscalità ma è tutto ancora fermo. Andrebbero rivisti anche i SAD in aggiunta poiché sono quasi tutti destinati al sostegno delle fonti rinnovabili (11,5 milioni), per le pratiche agricole e per il recupero e la riqualificazione energetica degli edifici esistenti.

Elementi comparativi

I tributi⁶ ambientali in Italia hanno incidenza medio-alta in termini di agevolazioni fiscali. È impossibile trovare la giusta tassa ambientale che comprende tutto o che sia uguale per tutti i paesi.⁷ Infatti, in un'ottica di crescita per l'appunto, bisogna trovare un modello di tassazione ambientale eterogeneo cioè valido per settori, per tipologia di base imponibile. Questo modello di tassazione è "Misalignment". In sintesi, ci sono alcune cose che eviterebbero molto inquinamento ambientale in fase evolutiva. Tra queste:

1. maggiore tassazione sui carburanti usati per i trasporti pubblici. I trasporti pubblici nonostante la loro utilità inquinano molto;
2. la tassazione diversa in base al tipo di combustibile, favorendo in particolare i combustibili meno inquinanti;
3. mettere a fuoco nuovi strumenti d'intervento (accise energetiche, quote d'emissione a titolo oneroso, obblighi di emissione sul mercato);
4. introduzione d'imposte che correggono nel tempo la maggior parte delle forme d'inquinamento. E che hanno conto in aggiunta un'analisi costi/benefici che solo nel tempo si può misurare, andando a variare le imposte ambientali in base alle caratteristiche economiche;
5. La speranza è che si sviluppi un quadro d'intervento coerente e multilivello dove si intrecciano le varie discipline e norme a livello globale, nazionale e sub-nazionale.

Per trovare un'imposizione ambientale ottimale c'è bisogno di osservare un quadro fiscale⁸ generico. In Italia il quadro è il seguente:

- Le imposte maggiori circa il 50,3% sono quelle sul lavoro con particolare riferimento alla componente dei contributi sociali sia per

⁶ Si veda R. MICELI, *"Tassazione ambientale e sistema tributario nazionale: nuove linee guida per le regioni dalla sentenza della corte cost. n. 58/2015"*, in Rivista trimestrale di diritto tributario, fascicolo 1, 2016.

⁷ V. FICARI, G. SCANU, *"Tourism Taxation. Sostenibilità ambientale e turismo fra fiscalità locale e competitività"*, ed. Giappichelli p. 124, 2013.

⁸ Si faccia riferimento a F. MARCHETTI, *"Tassa, imposta, corrispettivo o tributo ambientale?"*, in *Finanza locale*, 2004.

gli individui che per le imprese. In Italia l'aliquota minore è quella sul consumo. L'Italia applica sul consumo un'aliquota sul consumo molto inferiore a differenza di quella di altri paesi europei. In maniera intermedia sui redditi d'impresa e sulle proprietà. Riguardo l'IVA sono molto sviluppati i fenomeni di evasione ed elusione fiscale.

5. Le prospettive d'intervento della Commissione europea e lo studio della legge delega come imposta

Il governo italiano all'interno del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR), ha inserito delle misure volte a promuovere la fiscalità ambientale. Le misure più importanti sono le seguenti:

- Semplificazione e correttezza del sistema fiscale;
- L'Irpef come sistema duale ciò significa che verrebbero assoggettate alla progressività solo i redditi da lavoro e assimilati, mentre gli altri redditi (incluso il reddito da lavoro autonomo sotto una certa soglia) rimarrebbero soggetti ad aliquote proporzionali.
- La semplificazione dell'Ires, con riduzione dell'aliquota applicata per tutti quei comportamenti in linea con la transizione ecologica.
- Ridurre le spese fiscali per l'ambiente in linea con la transizione ecologica.

In particolare, nel testo la Commissione⁹ del Senato e della Camera e nell'art. 5 della proposta Legge delega emerge quanto segue:

La Commissione a livello fiscale propone:

“Il riordino, la semplificazione, e la stabilizzazione degli edifici privati per la riqualificazione energetica e antisismica per fornire un quadro chiaro alle famiglie e consente anche la cessione dei crediti fiscali”.

- Prevede anche di aumentare gli incentivi per gli interventi di decarbonizzazione e riqualificazione ambientale, arrecando anche il meno possibile danni alle famiglie.

- Un aumento del limite della detraibilità IVA (40%), per tutti i

⁹ A. DI PIETRO, *“La fiscalità ambientale in Europa e per l'Europa”*, Cacucci, p. 57, 2016.

veicoli a basse emissioni.

- Rimodulare la tassazione ambientale agli obiettivi del Green Deal, riducendo le emissioni di CO₂.

La proposta della legge delega prevede una riforma del sistema fiscale, adeguando il sistema fiscale al Green Deal European. Adeguare inoltre le aliquote indirette sulla produzione sui consumi di prodotti energetici al fine di ridurre le emissioni di gas e promuovere le fonti energetiche rinnovabili. Ma tutto ciò richiederebbe all'Italia (Paese molto indebitato), di ridurre le sue entrate a gettito fiscale e questa è un'ipotesi non realista. Quindi l'unica cosa che si può sperare è il raggiungimento di questi obiettivi in 1-5 anni cioè nel primo anno i primi passi e così via. La prospettiva di riallocazione fiscale verde parte già dal 2014 con la Legge delega.

6. Come possibile soluzione: Il pacchetto FIT FOR 55 europeo

Il pacchetto della Comunità europea "Fit For 55", comprende alcune misure per regolare le normative comunitarie, le entrate del gettito fiscale alle politiche di fiscalità verde. Il pacchetto è diviso in vari settori cioè quattro. La prima parte riguarda la revisione direttiva sulla tassazione energetica e comprende i seguenti obiettivi (argomenti):

- Adeguamento del valore delle accise minime;
- Ridefinizione dei livelli minimi delle accise energetiche al fine di commisurarle a quelle del carbonio;
- Tante altre misure tra cui l'introduzione dei livelli minimi di tassazione per i carburanti usati nei trasporti marittimi.

La seconda parte del pacchetto riguarda la revisione del sistema europeo delle quote di emissione:¹⁰

Article I. Riduzione delle emissioni del 61%;

Article II. Riduzione delle quote distribuibili gratuitamente al settore

¹⁰ D. VERGNE, "Organizzazione Europea dei Consumatori, Perché non è consigliabile estendere lo scambio di quote di emissione (ETS) al trasporto su strada e agli edifici", FIRE, Febbraio 2021.

aereo entro la fine del 2026;

Article III. Destinare le entrate nette in misura del 100% alle tematiche ambientali;

Article IV. Destinare il 25% delle entrate sui trasporti alle famiglie vulnerabili, microimprese e utenti del trasporto su strada.

La terza parte del pacchetto è il Carbon Border Adjustment Mechanism che prevede:

- Dal 2026 chi vuole emettere gas serra dovrà avere una particolare certificazione (acquisita a titolo oneroso);

- Il prezzo applicato all'importo delle immissioni importate varia da settimana a settimana;

- Dal 2026 eliminazione delle quote gratuite che riguardano (il cemento, l'acciaio, l'alluminio, l'elettricità, fertilizzanti), per favorire la fiscalità verde.

A tal proposito si stimano più entrate per 5,2 milioni da destinare a sussidi ambientali. La quarta parte del pacchetto riguarda il contributo nazionale sui rifiuti di plastica da imballaggio non riciclati;

- Si applica un'aliquota dello 0,8 euro per ogni chilo di plastica (non riciclata), per favorire la fiscalità verde.

- A livello comunitario, però queste proposte¹¹ possono essere rallentate poiché anch'esse piene d'incognite e quindi queste iniziative potrebbero ritardare l'attivazione. Inoltre, a livello di bilancio comunitario in futuro potrebbero verificarsi maggiori uscite e minori entrate e nel bilancio comunitario le spese potrebbero inoltre essere già previste.

- Mezzi di trasporto.

Il carico fiscale superiore in Italia è quello che grava sui mezzi di trasporto in tema di tributi ambientali. Infatti, nel 2019 ha garantito un gettito fiscale pari a 0,7 miliardi di euro pari al 1,5% delle entrate tributarie in totale. Queste entrate quindi in termini di gettito fiscale sono appetibili, stabili e prevedibili ma queste imposte in termini di

¹¹ A. KALINA, A. MEHTAP, *"The Emissions Trading Scheme proposal explained: changes and challenges ahead"*, European Trade Union Institute, Settembre 2021.

fiscalità verde devono essere rimodulate. Ad esempio, i mezzi di trasporto vengono tassati per peso, potenza, dimensioni, consumi, emissioni, ecc... Invece dovrebbero essere tassati anche sulla collocazione spazio-temporale relativamente all'uso che se ne fa e ai chilometri percorsi. In base ai fenomeni possiamo regolarci sul fenomeno inquinante.¹² Inoltre, le auto normali sono soggette a bollo e superbollo, invece le auto tra i vent'anni e i ventinove anni d'anzianità al nulla assoluto, invece rappresentano una maggiore fonte inquinante. Il segreto sarebbe quello di trovare la giusta equità tra tassazione verde, aumento del gettito fiscale e crescita del bilancio in termini di entrate per destinare fondi all'ambiente. Un altro ambito molto importante sono i mezzi aerei, dove si va ad incidere sui permessi di emissione e la revisione della ETD, ma purtroppo la conferenza di Chicago non dà una soluzione anti-ambientalista, e questo consiste cioè nell'esenzione della tassazione sui carburanti. Ma questa soluzione va ad incrementare l'inquinamento, e non persegue gli scopi della fiscalità verde.

7. Caso carburanti ed energia in Italia

In Italia nonostante le aliquote applicate siano alte, sui consumi¹³ di carburante vengono applicate percentuali molto basse, e questo forse perché influiscono poco sul gettito fiscale generale. Poiché in Italia tutte le aliquote in generale sono molto alte, l'impatto delle aliquote sui carburanti sembra quasi che impattino poco. Le aliquote, gli impatti fiscali vanno corretti in base ad alcuni condizioni stabilite dal "Fit For 55" in termini di impatto ambientale positivo e fiscalità verde. Gli interventi sono i seguenti:

Un intervento sul gap fiscale benzina, gasolio, purtroppo le

¹² A. PERRA, *"Come una riforma ambiziosa e rapida dell'EU-ETS sia essenziale per raggiungere i nuovi obiettivi climatici"*, EURACTIVE, luglio 2021.

¹³ P. SALZA, *"Strategie per l'ottimizzazione di sistemi di produzione e utilizzazione di energia in ipotesi di penetrazione significativa di fonti rinnovabili"*, Africa Rivista 2009.

aliquote, attualmente come stanno ora, vanno a favore della benzina che rappresenta un carburante a maggior impatto sull'ambiente. Quindi una possibile soluzione sarebbe quella di aumentare le aliquote sulla benzina per aumentare il gasolio.

2) Una seconda condizione è un intervento sul gpl e sul metano. Andando ad applicare su questi due carburanti un'aliquota pari ai 2/3 di quella prevista per diesel e benzina.

3) Una riduzione delle agevolazioni che riguarda il settore agricolo. Le macchine utilizzate nel settore¹⁴ agricolo consumano carburanti, e c'è una tassazione ridotta sui carburanti di queste macchine, queste agevolazioni vanno ridotte perché le macchine agricole inquinano.

4) Anche nel settore marittimo vanno aumentate le aliquote di tassazione, poiché le emissioni marittime provocano "impatto ambientale in negativo".

Il settore dell'energia in Italia ha livelli impositivi già alti, ciò rende difficile prevedere grandi margini di manovra nel campo delle energie, fiscalità verde e di aliquote. Anche qui sono state introdotte azioni volte a salvare l'impatto ambientale attraverso il meccanismo delle politiche verdi. Le condizioni sono le seguenti:

- Ridurre le agevolazioni fiscali rivolte alle grandi imprese che consumano un certo totale di energia elettrica (totale di energia consumate superiore al normale).

- Eliminare le aliquote vantaggiose per quanto riguarda (metano, carbone, Gpl).

- Introdurre più entrate aggiuntive in termini di gettito fiscale per quanto riguarda le entrate relative ai permessi di emissione.

- Inserire in bolletta l'onere della componente incentivamente Asos relativa al sostegno delle energie rinnovabili.¹⁵

¹⁴ S. BELLOCCHI, M. MANNO, M. NOUSSAN, M.G. PRINA, M. VELLINI, *"Electrification of transport and residential heating sectors in support of renewable penetration: Scenarios for the Italian energy system"*, Elsevier, 2020.

¹⁵ L. DI MARCO, *"Obiettivi di sviluppo sostenibile e politiche europee: dal Green Deal al Next Generation EU"*, Roma, Alleanza Italiana per lo Sviluppo Sostenibile (ASviS), 2020.

8. Come tassare le risorse in esaurimento ed esaurite?

Lo strumento tributario o para-tributario (le imposte, i tributi) nel caso delle risorse naturali per disincentivare lo spreco di risorse naturali non disponibili illimitatamente in natura oppure disponibili ma che hanno un impatto rilevante sull'ambiente. Ne sono esempi alcune manovre fiscali volte alla risoluzione di alcuni problemi ambientali attraverso le politiche fiscali "green".¹⁶ Una prima risoluzione potrebbe essere l'incremento del tributo speciale per il deposito in discarica dei rifiuti. La normativa internazionale dovrebbe introdurre dei range minimi "alti" per disincentivare il deposito di eccessivi rifiuti nelle discariche. Per quanto riguarda i canoni idrici essi già vengono applicati agli usi, alle quantità che ne facciamo delle acque pubbliche. Qui la manovra fiscale potrebbe essere quella che parte dallo Stato circa l'introduzione di canoni idrici minimi per uso (tipologia d'uso). Questo consentirebbe una maggiore entrata di gettito fiscale e un uso responsabile¹⁷ dell'acqua. Anche per quanto riguarda l'estrazione dei materiali di cava c'è bisogno dell'introduzione di oneri aggiuntivi in termini di tassazione, qui come ricavo si avrebbe un uso responsabile delle risorse per l'ambiente e inoltre si incentiva ancor più l'utilizzo di risorse "non subito esauribili" e un maggior gettito fiscale. Bisogna inoltre incentivare i tributi sull'estrazione degli idrocarburi solidi e diretti (visti come risorse non rinnovabili). Questi tributi dovrebbero essere applicati alla quantità di risorsa estratta. Questo incentiva il ricorrere a risorse alternative per l'ambiente e a maggiori entrate fiscali. Un'altra manovra sensata riguarderebbe la tassazione sugli input chimici in agricoltura sul fatturato in particolare si potrebbe incentivare invece l'uso dei fitosanitari agevolando l'IVA al 10%. Invece sui prodotti chimici si

¹⁶ E. DE FALCO, *"L'armonizzazione fiscale e le tasse ecologiche"*, in Riv. Giur. Ambiente, 643 ss. 2004,

¹⁷ F. GALLO, *"Disuguaglianze, giustizia distributiva e principio di progressività"*, Rassegna Tributaria, 2012

dovrebbe ridurre la tassazione.

9. Le misure fiscali orizzontali per la salvaguardia dell'ambiente

Le misure orizzontali rappresentano l'insieme di strategie volte al miglioramento della sostenibilità¹⁸ ambientale con l'aiuto delle manovre sulle politiche fiscali. Ad oggi le possibili soluzioni, secondo recenti studi per l'adozione delle politiche fiscali verdi sono le seguenti:

1 monitorare continuamente oltre l'ISTAT anche il gettito fiscale in entrata e gli impatti ambientali che le imposte generano sull'ambiente in termini di "Incentivi e Disincentivi";

2 un'indicizzazione periodiche delle aliquote applicate ai tributi ambientali in modo da preservarne i valori reali in base al contesto.¹⁹ Quindi senza l'applicazione di imposte ad aliquote fisse che non sarebbero più benevoli per l'ambiente in caso di variazione del contesto;

3 le politiche di bilancio dovrebbero essere sottoposte a screening di efficacia ed efficienza per misurarne il loro impatto sull'ambiente;

4 tutte le misure di politiche fiscali dovrebbero essere coerenti a livello nazionale, internazionale e comunitario. In modo da adottare normative coese per salvaguardare l'impatto ambientale.

10. Risultati di ricerca e conclusioni

Lo Stato sente l'esigenza di ridurre le imposte sui redditi derivanti dall'impiego di fattori²⁰ di produzione. Questa misura guardata in chiave realistica ridurrebbe di molto le entrate di gettito fiscale. A tal

¹⁸ B. ARDÙ, *"Chi investe in green economy crea occupazione"*, La Repubblica, 2017.

¹⁹ B. PAGAMICI, *"Terzo Settore: impresa sociale e società benefit a confronto"*, IPSOA, 2016.

²⁰ M. NOUSSAN, B. NASTASI, *"Data Analysis of Heating Systems for Buildings - A Tool for Energy Planning, Policies and Systems Simulation"*, Energies, Gennaio 2018.

punto le imposte ambientali ridurrebbero di gran lunga questo gap, causando maggiori entrate fiscali. Ma nell'applicazione di queste politiche fiscali verdi si deve tener conto di vari fattori:

1. dei miglioramenti ambientali che questi disincentivi in termini di imposta e portano nel corso del tempo ad un minor gettito fiscale;
2. la difficoltà nell'attuazione (anche tra gli Stati e questo perché dovrebbe esserci una normativa unica e ad Hoc), per portare a risultati ottimali;
3. inoltre, ci vorrebbero delle previsioni presenti e future più precise per migliorare le politiche fiscali verdi.

Come conclusioni ci si augura che l'argomento susciti più attenzione sia nei confronti degli studiosi tributari che degli economisti.

Riflessioni su profili fiscali delle attività svolte nella creator economy

di **Stefano D'Albenzio**

Autore su InnovazioneDiritto.it

ABSTRACT

The proliferation of new professions, due to the incessant technological development, poses the need to intercept unprecedented expressions of taxable capacity and, among these, the taxation of income portrayed by the activities carried out professionally by the broad category of digital content creators. The services rendered by them, in fact, although characterized, oftentimes, by elements that coincide with the cases arising from sponsorship contracts, do not exclude the occurrence of certain difficulties both identifying and applying on the tax application side.

Hence, we try to consider, albeit succinctly and proceeding with an evolutionary reading, the fundamental precept of the ability to pay in order to verify the advisability or otherwise of introducing a tax expressly aimed at context workers and to make, if necessary, the system more adequate to intercept their income whenever they implement and manage their content published on the web, aimed at businesses or individuals, to enhance for commercial purposes through the image disseminated online, including their own.

SINTESI

Il proliferare di nuove professioni, in ragione dell'incessante sviluppo tecnologico, pone la necessità di intercettare inedite espressioni di capacità contributiva e, tra queste, la tassazione dei redditi ritratti dalle attività svolte in modo professionale dall'ampia categoria dei creatori di contenuti digitali. Le prestazioni dagli stessi rese, infatti, pur se connotate, di sovente, da elementi che coincidono

con le fattispecie derivanti da contratti di sponsorizzazione, non escludono l'insorgenza di talune difficoltà sia identificative che applicative sul versante applicativo tributario.

*Da qui, si prova a considerare, sia pur succintamente e procedendo con una lettura evolutiva, il precetto fondamentale della capacità contributiva al fine di verificare l'opportunità o meno d'introdurre un tributo espressamente rivolto ai lavoratori del contesto e per rendere, eventualmente, il sistema più adeguato a intercettare i redditi tutte le volte in cui **implementino e gestiscano i loro contenuti pubblicati sul web, rivolti** a imprese o privati, per valorizzare a fini commerciali attraverso l'immagine diffusa online, anche la propria.*

SOMMARIO

1. Introduzione: la ricerca di nuove forme di determinazione degli imponibili nel processo evolutivo dell'economia, del business e della società - **2.** La capacità contributiva declinata riguardo alla produzione di ricchezza a opera del digital content creator - **3.** L'individuazione della figura professionale e la stipula di contratti di sponsorizzazione - **3.1.** (Segue) *L'interpretazione dell'amministrazione finanziaria* - **4.** La qualificazione dei redditi quali redditi di lavoro autonomo - **4.1.** (Segue) *Quali redditi assimilati a quelli di lavoro dipendente* - **4.2.** (Segue) *Quali redditi d'impresa* - **4.3.** (Segue) *Quali redditi diversi* - **5.** L'opportunità o meno di introdurre un tributo specifico - **6.** Considerazioni conclusive

1. Introduzione: la ricerca di nuove forme di determinazione degli imponibili nel processo evolutivo dell'economia, del business e della società

Lo scenario economico, a seguito dell'avvento della digitalizzazione e, più recentemente, in ragione degli effetti della crisi determinata dalla pandemia prima e dal conflitto russo-ucraino poi, ha espresso repentine e profonde mutazioni e rinforzato l'emergere di nuove forme di *business* da cui sono conseguite non poche difficoltà quanto all'elaborazione di sistemi di tassazione declinati in ordinamenti certi e stabili nel tempo,¹ oltre che atti a intercettare in un senso sempre efficace e giusto le inedite manifestazioni di capacità contributiva determinatesi.

Sicché, mentre l'economia, gli affari e la società hanno accelerato i

¹ Cfr. L. CARPENTIERI, *Nuovi presupposti d'imposta e nuovi criteri di determinazione degli imponibili: riflessioni de iure condito e de iure contendo*, in *Riv. dir. trib.*, 11 gennaio 2024.

propri itinerari, il legislatore tributario non sempre ha fatto altrettanto e con riferimento alle imprese, talune hanno potuto trarre profitti e ritrarre vantaggi indebiti proprio in ragione di lacune normative ricorrendo a pratiche di *profit shifting* e, più in generale, di pianificazione fiscale aggressiva.²

Invero, guardando al contesto globale, ben prima delle ultime “emergenze”, si erano registrate determinate mutazioni in ragione dell’incessante diffusione delle opportunità offerte dai processi di digitalizzazione, indirizzati a potenziare le *performance* delle realtà produttive con susseguenti emersioni di forme di ricchezza rapportate, essenzialmente, a elementi intangibili.

Da qui, la progressiva diminuzione delle organizzazioni *brick and mortar* non identificabili più nei territori di appartenenza mancando le strutture fisiche riferibili.

In effetti, le *web companies* con i loro modelli commerciali *online* hanno posto seri ripensamenti rispetto ad alcuni istituti tradizionali e, in specie, rispetto a quello della stabile organizzazione relativamente alle giurisdizioni esterne alle “mura” domestiche.³

La trasformazione dei processi produttivi ha perciò richiesto, ancor prima dei servizi e/o prodotti offerti sui mercati, d’individuare espressioni emergenti di ricchezza da sottoporre a tassazione e, dunque, d’identificare i nuovi contribuenti nella prospettiva di allocare in modo più adeguato le produzioni di gettito tra i diversi Stati coinvolti.⁴

² In argomento, tra gli altri, P. PISTONE, *La pianificazione fiscale aggressiva e le categorie concettuali del diritto tributario globale*, in F. AMATUCCI - R. C. GUERRA (a cura di), *L’evasione e l’elusione fiscale in ambito nazionale e internazionale*, Roma, 2017, pp. 275 e ss.

³ Tra gli Autori che, nel tempo, hanno approfondito la tematica, cfr., in particolare, P. ADONNINO, *La pianificazione fiscale internazionale*, in V. UCKMAR (a cura di), *Corso di diritto tributario internazionale*, Padova, 2002, pp. 67 e ss.; S. DORIGO, *Residenza fiscale delle società e libertà di stabilimento nell’Unione europea*, Padova, 2012, pp. 288 e ss.; S. CIPOLLINA, *I redditi “nomadi” delle società multinazionali nell’economia globalizzata*, in *Riv. dir. fin. sc. fin.*, 2014, 1, pp. 21 e ss.

⁴ In tema A. FEDELE, *Nuova ricchezza ed elementi essenziali di capacità contributiva nella dimensione postmoderna*, in *Riv. dir. trib.*, 1/2023, pp. 1 e ss.

Pertanto, l'anzidetta *permanent establishment*⁵ o, ancora, il *transfer pricing*, ormai inadeguati a rispondere alle "esigenze" variate del Fisco, hanno fatto sì che, rispetto alla prima e a livello internazionale, si giungesse alla revisione dell'art. 5 del Modello OCSE e del commentario relativo al fine di recepire le conclusioni del Rapporto sull'Azione 7 dei BEPS relativo al contrasto dell'elusione e alla successiva approvazione della Convenzione multilaterale.

Invece, sul piano interno, l'evoluzione ultra-europea ed unionale, ha comportato l'introduzione della stabile organizzazione digitale o virtuale, ossia svincolata dalla "fisicità" delle imprese che operano sul *web* e la cui definizione è rinvenibile nella lett. *f-bis*) del comma 2 dell'art. 162 t.u.i.r.⁶ In particolare, nell'espressione si enuclea l'ipotesi delle realtà produttive che mostrino "una significativa e continuativa presenza economica nel territorio dello Stato", sebbene "costruite" senza che emerga in esso una loro "consistenza fisica".

Relativamente poi alle attività a contrasto di pratiche abusive, più proposte e direttive sovranazionali se ne sono occupate sul presupposto di adeguare con sollecitudine le discipline tributarie nazionali ai nuovi metodi di produzione di ricchezza e all'effettiva loro localizzazione.⁷

⁵ Sul suo rinnovato concetto si rimanda a S. CIPOLLINA, *Terzo millennio, post globalizzazione e stabile organizzazione: quale tassazione per i GAFAs*, in V. MASTROIACOVO - G. MELIS (a cura di), *Il diritto costituzionale tributario nella prospettiva del terzo millennio*, Torino, 2022, pp. 185 e ss.

⁶ Per i necessari approfondimenti, cfr. S. FIORENTINO, *Stabile organizzazione virtuale "versus" presenza digitale significativa*, in *Dir. proc. trib.*, 2019, 2, pp. 129 e ss. Sul punto anche L. DEL FEDERICO, *Introduzione al dibattito sulla tassazione della Digital Economy. Le nuove forme di tassazione della digital economy*, in ID. - C. RICCI, Roma, 2018, pp. 23 e ss. Per la visione dottrinale prima dell'intervento di modifica della norma, si rinvia ad A.F. URICCHIO, *Evoluzione tecnologica e imposizione: la cosiddetta "bit tax". Prospettive di riforma della fiscalità di internet*, in *Annali della Facoltà di Giurisprudenza di Taranto*, 2008, 2, pp. 498 e ss.

⁷ In merito, per rendere esempi, si consideri il "progetto BEPS" del 2013 o la proposta di direttiva COM(2016) 683 *final* volta all'identificazione di una base imponibile consolidata e comune per l'imposta sulle società (CCCTB). Inoltre, si tenga presente la Direttiva 2016/1164/UE (ATAD 1), modificata dalla 2017/952/UE (ATAD 2), nonché le proposte di direttive COM (2018) 147 *final* (*Comprehensive Solution*) e COM(2018) 148 *final* (*Targeted solution*). In dottrina C. BUCCICO, *La Convenzione multilaterale BEPS: i principali impatti sui Trattati bilaterali*, in

Dunque, alcune imprese si sono reinventate adattando al mutato contesto i processi produttivi o, meglio, le produzioni di valore; altre, ancora, li hanno del tutto trasformati con superamento del concetto di ricchezza quale matematica differenza tra ricavi e costi.⁸

Sono emerse, per di più, talune attività lavorative inedite e, tra queste, quella svolta dal *digital content creator*, le cui prestazioni si caratterizzano, tra l'altro, per il rapporto peculiare che instaura con i visitatori delle sue pagine *social*, quali clienti potenziali.

In particolare, i "seguaci", se numerosi, ne determinano la "presenza digitale" e questa può anche essere significativa,⁹ dimodoché i contenuti che il *creator* pubblica, condivide e rende fruibili per monetizzarli finiscono con il condizionare i processi d'acquisto di determinati prodotti e/o servizi verso una destinazione precisa e che attiene al *target* di riferimento.

Può accadere, peraltro, che un *internet celebrity* influenzi le scelte di acquisto degli utenti *online* sfruttando l'immagine che diffonde da remoto per scopi commerciali sulla base di contratti di sponsorizzazione remunerati, per l'appunto, in rapporto alla consistenza numerica dei propri *followers*.

Ai fini di queste note ci si chiede, pertanto e *in primis*, come ciò possa trovare adeguata collocazione nella prospettiva dell'art. 53 Cost., nel senso di poter pervenire, eventualmente, a un'interpretazione più "elastica" del precetto rispetto a quella intesa classicamente e che, notoriamente, rappresenta *il canone fondamentale del nostro ordinamento tributario sovrintendendo alla ripartizione del carico impositivo tra i consociati*.

Successivamente, ci si interroga se occorra o meno ipotizzare un

Innovazione e diritto, 2018, 2, pp. 17 e ss. Al riguardo anche S. DE MARCO, *Riflessioni in tema di stabile organizzazione digitale*, in *Innovazione e Diritto*, 2021, 1, pp. 45 e ss.

⁸ In tema G. CORASANITI, *La creazione di valore secondo i principi internazionali*, in C. BUCCICO - S. DUCCESCHI - S. TRAMONTANO (a cura di), *L'evoluzione della fiscalità internazionale: le venti "primavere" di Napoli*, Milano, 2020, pp. 81 e ss.

⁹ Per considerazioni puntuali sul concetto, cfr. S. FIORENTINO, *Stabile organizzazione virtuale "versus" presenza digitale significativa*, cit., pp. 135 e ss.

intervento del legislatore indirizzato a introdurre un regime fiscale appositamente dedicato ai redditi conseguiti dai *creators* digitali.

Più ampiamente e da subito, si osserva come l'ecosistema necessiti di specifiche regolamentazioni e ciò anche per ciò che concerne un'identificazione più esatta delle attività professionali in questione con riguardo al codice Ateco applicabile, dal momento che quelli attualmente previsti appaiono sin troppo generici.

Si pensi, ad esempio, alle prestazioni rese da *bloggers* o *youtubers*, oppure rivolte a promuovere prodotti, condurre campagne di *marketing*, offrire servizi pubblicitari mirati ad attrarre clientela o per fidelizzare quella già acquisita, lanciare film e ulteriori prodotti audiovisivi.¹⁰

2. La capacità contributiva declinata riguardo alla produzione di ricchezza a opera del digital content creator

Il comma 1 dell'art. 53 Cost. esplicita la volontà del Costituente di richiamare "tutti" al concorso alle spese pubbliche in base alla capacità contributiva di ciascuno.

Si tratta di un dovere e, al contempo, di un presidio, affinché i fatti economici che l'esprimono si commisurino, relativamente al carico tributario, all'effettiva condizione economica di ogni consociato, senza che su tale commisurazione incidano ricchezze prodotte da altri.¹¹

Sebbene il precetto sia stato largamente interpretato nel tempo e non senza contrasti dalla dottrina, la sua applicazione con riferimento ai nuovi modelli economici e di *business* continua a determinare visioni non sempre coincidenti.

¹⁰ Infatti, i codici Ateco previsti al momento sono il 73.11.01 e il 73.11.02.

¹¹ *Ex pluribus*, Corte cost., nn. 179/1976; 400/1987; 219/1989. In dottrina cfr., in particolare, F. MOSCHETTI, *Il principio di capacità contributiva, espressione di un sistema di valori che informa il rapporto tra singolo e comunità*, in L. PERRONE - C. BERLIRI (a cura di), *Diritto tributario e Corte costituzionale*, Napoli, 2006, pp. 45 e ss.; G. FALSITTA, *Natura e funzione dell'imposta, con speciale riguardo al fondamento della sua "indisponibilità"*, in S. LA ROSA (a cura di), *Profili autoritativi e consensuali del diritto tributario*, Milano, 2008, pp. 68 e ss.

Al proposito, difatti, alcuni Autori ritengono che il metodo tradizionale debba essere ampliato per poter individuare le manifestazioni rinnovate di capacità contributiva sì da consentire un'attuazione maggiormente adeguata della norma costituzionale alle espressioni di ricchezza digitale o, comunque, digitalmente ottenute, coniugando il rispetto del canone con l'effettività e la concretezza delle economie moderne.¹²

In sostanza, questa visione richiede che sia necessario modificare sul piano sostanziale il precetto per adattarlo agli scenari del presente e, dunque, che la capacità contributiva non dovrebbe essere intesa solo come *ability to pay*. Vi sarebbe, perciò, uno spazio per definirla quale mero criterio di riparto che autorizza a scegliere il soggetto passivo d'imposta in relazione a fatti e atti da lui realizzati che non necessariamente dimostrano una forza economica a contenuto patrimoniale, bensì attribuiscono solo vantaggi economicamente e socialmente rilevanti.¹³

Un orientamento consolidato della Consulta sulla capacità di che trattasi, tuttavia, resta fermo sul fatto che la stessa vada desunta concretamente dal presupposto economico a cui ragguagliare l'ammontare del prelievo.¹⁴

È pur vero, comunque, che il Giudice delle leggi ha sviluppato un'ulteriore interpretazione, strettamente collegata al principio di uguaglianza. Le espressioni di capacità contributiva, difatti, sono rinvenibili pure nelle fattispecie idonee a esprimere forza economica o

¹² In questo senso R. SUCCIO, *Digital Economy, Digital Enterprise e imposizione tributaria: alcune considerazioni sistematiche*, in *Dir. prat. trib.*, 2020, 6, pp. 2374 e ss.

¹³ F. GALLO, *Ability to pay and equality principle*, 2014, p. 2, visionabile in www.salviniesoci.it.

¹⁴ Cfr. E. DE MITA, (voce) *Capacità contributiva*, in *Dig. disc. priv.*, Sez. comm., II, Torino, 1987, p. 457. Quanto all'ulteriore finalità, di cui al comma 2 dell'art. 53 Cost., ossia a "criterio di riparto" che si ricollega agli ulteriori principi di giustizia distributiva ed equità del tributo, si veda. F. GALLO, *Le ragioni del fisco. Etica e giustizia nella tassazione*, cit., pp. 81 e ss.; *id.*, *Il tributo quale indispensabile strumento di politiche (re)distributive*, in *Rass. trib.*, 2/2021, p. 289; A. GIOVANNINI, *Legalità ed equità: per un nuovo sistema impositivo*, in *Dir. prat. trib.*, 2017, 6, p. 2340.

potenzialità economica «sganciate dal concreto garantire i mezzi per farvi fronte».¹⁵

Sulla scorta di queste considerazioni minime e ritornando al tema d'indagine, la ricchezza prodotta dal *digital creator* potrebbe essere direttamente correlata al quantitativo di seguaci/clienti che lo stesso annovera sul proprio profilo *on line*¹⁶ o, meglio, gli elementi discriminanti potrebbero essere rappresentati da tale quantitativo numerico. D'altronde, ai *followers* sono pubblicizzati prodotti e/o servizi mediante l'*engagement rate* e, quindi, ciò che rileva è proprio l'attitudine nel coinvolgere consumatori creando con gli stessi "interazioni". Dunque, quanto più elevato risulta il numero di *followers* vantati, tanto più il creatore digitale può incrementare la possibilità di orientare le scelte di acquisto o, comunque, mostrare la sua attitudine a "far tendenza".¹⁷

Ritornando solo per un attimo al delicato tema della capacità contributiva – come anticipato – autorevole dottrina propende per una sua interpretazione più estensiva¹⁸ e, quindi, maggiormente inclusiva:

¹⁵ Per una lettura garantista della capacità contributiva si veda F. MOSCHETTI, "Interesse fiscale" e "ragioni del Fisco" nel prisma della capacità contributiva, in ID. - M. BEGHIN - R. SCHIAVOLIN - L. TOSI - G. ZIZZO (a cura di), *Atti della giornata di studi in onore di Gaspare Falsitta*, Milano, 2012, pp. 157 e ss. Per una visione diversa, cfr. F. GALLO, *Le ragioni del Fisco. Etica e giustizia nella tassazione*, Bologna, cit., pp. 79 e ss.

¹⁶ Con riguardo all'attività svolta dagli *influencers*, cfr. S. SCARASCIA MUGNOZZA, *Prime riflessioni sulla tassazione degli influencers*, in *Riv. dir. trib. int.*, 2021, 2, p. 132.

¹⁷ L'ASSOCIATION OF NATIONAL ADVERTISING MANAGERS ha provveduto a suddividere le categorie degli *influencers* in base al numero dei loro *followers*. Al proposito, esse sono state differenziate in *celebrities (influencers con 500.000 seguaci e oltre)*, *mega-influencers* (da 100.000 a 500.000), *macro-influencers* (da 10.000 a 25.000) e *nano-influencers* (da 10.000 a 1.000). Considerando, poi, il grado di "influenza" che tali soggetti sono in grado di esercitare, un'ulteriore diversificazione è stata compiuta tra *social broadcaster*, *mass-influencer* e *potential influencer*, a seconda delle competenze specifiche/settoriali, del bacino di utenti in grado di raggiungere e dell'ascendenza potenziale nelle rispettive *communities*. Per questi riferimenti si consulti www.ana.net.

¹⁸ In questo senso e rispetto ai tributi ambientali, cfr. P. SELICATO, *La tassazione ambientale tra la ricerca di nuovi indici di ricchezza e la coerenza dei sistemi fiscali*, in *Riv. dir. trib. internaz.*, 2004, 2-3, pp. 257 e ss.; A.F. URICCHIO, *Emergenze ambientali e imposizione*, in AA.Vv., *La dimensione promozionale del Fisco*, Bari, 2015, pp. 281 e ss.; V. FICARI (a cura di), *I nuovi elementi di capacità contributiva*.

l'obbligo tributario sorgerebbe (anche) a fronte di manifestazioni di ricchezza non necessariamente coincidenti con quelle tradizionali. L'attitudine alla contribuzione, pertanto, sarebbe da identificare *anche* in «fatti, circostanze e situazioni non immediatamente trasponibili in termini di ricchezza disponibile».¹⁹

Contestualizzando il tutto rispetto ai contribuenti in commento, il numero di seguaci vantati di per sé non costituisce un contenuto propriamente patrimoniale, bensì rappresenta il fattore principale rispetto al quale un'impresa che intenda lanciare i propri prodotti/servizi può avvalersene versandogli corrispettivi rapportati all' "influenza" conseguita nella sua *community*.

Del resto, tali soggetti, proprio in rapporto al numero dei seguaci vantati, ricoprono una posizione, più o meno, dominante nel mercato di riferimento suscettibile d'imposizione fiscale.

Ma la schiera di *followers* può fungere da autonomo presupposto per introdurre un nuovo tributo?²⁰ Oppure la manifestazione di ricchezza espressa dal creatore digitale è già intercettata correttamente nel nostro ordinamento tributario?

In sostanza, occorre procedere, eventualmente, a qualche rivisitazione delle norme preesistenti o, piuttosto, il legislatore deve predisporre un tributo *ad hoc*?

3. L'individuazione della figura professionale e la stipula di contratti di sponsorizzazione

La professione del *digital creator* sconta la carenza di un inquadramento normativo e ciò richiede di considerare gli elementi principali che la contraddistinguono.

A titolo d'esempio, si possono tener presenti le attività dallo stesso

L'ambiente, Roma, 2018, *passim*.

¹⁹ Così M. BASILAVECCHIA, *La tutela ambientale: profili tributari*, in *Riv. trim. dir. trib.*, 2019, 4, p. 753.

²⁰ Si è posta la questione rispetto agli *influencers* S. SCARASCIA MUGNOZZA in *Prime riflessioni sulla tassazione degli influencers*, *cit.*, p. 133.

esercitate attraverso l'utilizzo di canali *social*, quali *TikTok*, *Snapchat*, *Instagram*, *YouTube*, *Twitch*. Infatti, ricorrendo alle piattaforme digitali, questo soggetto pubblica "contenuti" accessibili a una platea di utenti, talvolta estremamente vasta, sulle sue pagine virtuali (*accounts*),²¹ ritraendo – come premesso – compensi che, usualmente, vengono commisurati all'*engagement* (o *interaction*) rate.

Nella maggior parte dei casi, comunque, le "entrate" conseguite sono determinate dalla conclusione di contratti di pubblicità e, in particolare, espressi in forma di *sponsorship* laddove gli *sponsee* associano all'attività diffusa sul *web*, immagini, nomi o segni distintivi degli *sponsors* in tal modo *ampliando le vendite dei prodotti e/o servizi da questi ultimi offerti*. In ogni caso, appare necessario sottolineare come sussista una sostanziale differenza che tipizza la professione del *digital creator* – e, in particolar modo, dell'*influencer* – rispetto a quella di un personaggio famoso che, parimenti, può stipulare contratti di sponsorizzazione.

Mentre, infatti, una sponsorizzazione tradizionale si caratterizza per lo sfruttamento dell'immagine, latamente intesa, in ragione della notorietà acquisita da una *celebrity* che già esercita un'altra attività lavorativa (si pensi, ad esempio, a uno sportivo, un cantante o un attore) e, quindi, è proprio questa che gli permette di raggiungere una platea, più o meno ampia, di utenti/clienti, commercializzandola e traendo i conseguenti vantaggi economici,²² i corrispettivi ottenuti

²¹ Al proposito, nel documento parlamentare del 2 marzo 2022 denominato *Indagine conoscitiva sui lavoratori che svolgono attività di creazione di contenuti digitali* a p. 8 è specificato: «[...] l'attività di *influencer* si caratterizza per la presenza di un rapporto trilaterale, ove sono presenti il soggetto creatore dei contenuti, la piattaforma ospitante e gli utilizzatori della stessa [...], nel caso degli *influencer* questa trilateralità è particolarmente accentuata e diventa, in un certo senso, parte dello stesso rapporto economico, in quanto il rapporto con gli altri utenti e la capacità di influenzarne le decisioni relative ad acquisti di beni e servizi sono parte essenziale dell'attività».

²² Tali contratti si caratterizzano per una struttura "atipica" in virtù dell'autonomia contrattuale ex art. 1322 c.c.; più precisamente, gli stessi si presentano "socialmente tipici" se trattasi di accordi di *personality merchandising*. Dunque, qualora un personaggio noto rinunci alla presenza virtuale, pur sempre continua a svolgere l'attività professionale principale. In tal caso, infatti, la notorietà rappresenta la "conseguenza" di quest'ultima, totalmente svincolata da una

dall'*influencer* ottengono solo dallo sfruttamento della propria immagine/presenza digitale e, dunque, manca sostanzialmente la fattispecie prodromica.

La notorietà, in effetti, ne rappresenta *sic et simpliciter* l'area dei suoi affari, il proprio *core business*.

3.1. (Segue) L'interpretazione dell'amministrazione finanziaria

Già da una prima lettura di quanto sinteticamente esposto, emergono criticità sul versante tributario rispetto alla stipula di contratti di sponsorizzazione.

L'Agenzia delle entrate in merito si è espressa più volte,²³ pur se non approfondendo nello specifico la professione in disamina e soffermandosi, piuttosto, sullo sfruttamento economico dell'immagine a opera di artisti e sportivi.

In particolare, la prassi ha confermato che tale commercializzazione presenta un obiettivo promozionale e che va configurata come un elemento immateriale riferibile all'attività esercitata. Per di più, i corrispettivi ritratti dalla cessione di che trattasi configurano redditi di lavoro autonomo, sempreché l'attività sia esercitata per professione abituale.²⁴

Ben si sa che l'allocazione corretta di una fonte di reddito in una delle categorie di cui all'art. 6, comma 1, del T.u.i.r, avviene prendendo in considerazione *anche* la "strumentalità" di una qualunque attività ulteriore rispetto a quella svolta in via principale da un contribuente.

Per cui, non solo lo sfruttamento economico dell'immagine va

presenza sui *social*. Al riguardo A. MAGLIARO - S. CENSI, *Dall'immagine alla notorietà: la tassazione delle nuove forme di ricchezza nell'epoca dei social*, in *Il fisco*, 2021, 20, p. 1923; L. LETIZIA, *Il nuovo regime fiscale per gli impatriati dello sport professionistico*, in *Dir. proc. trib.*, 2019, 3, pp. 295 e ss. Per gli ulteriori sviluppi in merito e sempre relativi al settore sportivo, nuovamente L. LETIZIA, *Annotazioni critiche sul recente intervento di modifica del regime fiscale attrattivo a favore degli impatriati del professionismo sportivo*, in *Giur. imp.*, 2022, 3, pp. 1 e ss.

²³ Risoluzione n. 255/E/2009, nonché risposte a interpello nn. 139 e 700/2021.

²⁴ Agenzia delle entrate, risposta a interpello n. 139, *cit.*

considerato ma ogni altro elemento, materiale o meno, che riporta a un determinato soggetto passivo.

Orbene, rispetto a un *influencer* una delle due componenti segnalate decade, ossia il requisito dell'attività esercitata in via principale e non è presente; dunque e come detto, la fattispecie prodromica non sussiste. Egli, in sostanza, incentra il fulcro dell'attività eseguita su una costante sponsorizzazione di sé stesso attraverso i canali virtuali e ciò rende poco agevole intercettare i connotati tipici "dell'arte e della professione".

In ogni caso, l'amministrazione finanziaria ha chiarito sul punto che, ricorrendo la fattispecie, il regime fiscale applicabile deve considerare la tipologia di rapporto instaurato dal soggetto passivo con la piattaforma di riferimento e, riportando il ragionamento al *digital creator*, si possono prospettare più categorie di reddito a seconda che il corrispettivo ritratto consegua da prestazioni di lavoro autonomo (o assimilate a queste), lavoro subordinato, d'impresa oppure rientranti nell'ampia categoria dei redditi diversi.

4. La qualificazione dei redditi quali redditi di lavoro autonomo

L'Agenzia delle entrate ha specificato che se l'attività in questione è esercitata per professione abituale, ancorché non esclusiva, il reddito prodotto rientra nella categoria reddituale ex art. 53, comma 1, t.u.i.r., e dunque, tra l'altro, sorgerà in capo al creatore di contenuti digitali l'obbligo di aprire partita IVA.

Inoltre, laddove si configuri l'ipotesi di un'attività generatrice di reddito di lavoro autonomo, il contribuente - in presenza di determinate condizioni - può invocare il regime forfettario di determinazione del reddito, introdotto sin dal 2014, a favore degli esercenti attività d'impresa, arti e professioni in forma individuale.²⁵

²⁵ L'imposta sostitutiva è stata introdotta dall'art. 1, commi 54-89, della "Legge di Stabilità 2015" (L. n. 190/2014) che, a seguito della novella apportata dal comma 54, dalla "Legge di bilancio 2023" (L. n. 197/2022), ha riformulato i requisiti di

Nello specifico, il vantaggio nell'adottare il regime alternativo è dato dalla determinazione del reddito imponibile mediante l'applicazione all'ammontare dei compensi percepiti di un coefficiente di redditività variabile in riferimento all'attività svolta e, poi, un'aliquota fissa del 15 per cento sull'imponibile così determinato.

Ulteriormente, a favore di coloro che iniziano una nuova attività è consentito, per cinque periodi d'imposta, di applicare un'aliquota ridotta (5 per cento), purché siano rispettati i requisiti di cui al comma 65 dell'art. 1 *cit.*

E ancora, se un committente corrisponde a un *creator* del digitale un corrispettivo riferito allo sfruttamento economico dell'immagine e si tratta di un reddito che non consegue dall'esercizio di imprese commerciali (art. 53, co. 2, lett. *b*, t.u.i.r.), lo stesso va equiparato a un reddito di lavoro autonomo e, laddove, risulti "slegato" dall'attività principale esercitata, il contribuente beneficia di una deduzione forfettaria del 25 per cento.²⁶

Per di più, interviene l'applicazione della ritenuta d'acconto al 20 per cento sulla parte imponibile (compenso meno deduzione forfettaria) e sul contribuente non sussiste l'obbligo dell'apertura della partita IVA.²⁷

Nell'ipotesi, infine, che il soggetto percepisca compensi da lavoro autonomo per attività non slegate del tutto da quella per cui percepisce altri redditi legati allo sfruttamento dell'immagine, i redditi prodotti sono attratti nella prima categoria, sempreché la stessa sia esercitata abitualmente conseguendo a ciò ogni relativo obbligo formale e sostanziale.

accesso, attualmente meno stringenti in termini di fatturato. Infatti, la soglia-limite di ricavi e compensi per la permanenza nel regime agevolato è passata da 65 mila a 85 mila euro, con ulteriore *gap* fino a 100 mila euro. Superato quest'ultimo, vi è poi la fuoriuscita dal regime con applicazione dell'IVA, delle ritenute d'acconto e di ogni ulteriore regola ai fini IRPEF.

²⁶ Se, però, tali compensi vengono percepiti da soggetti con un'età inferiore ai 35 anni, la deduzione forfettaria spetta nella misura del 40 per cento (art. 54, comma 8, t.u.i.r.).

²⁷ La fattispecie opera nel caso di cessione a soggetti italiani che agiscano in qualità di sostituti d'imposta.

4.1. (Segue) Quali redditi assimilati a quelli di lavoro dipendente

Un *digital creator* può svolgere le sue prestazioni anche sulla base di un rapporto di collaborazione coordinata e continuativa e il reddito in tal modo prodotto va ascritto nei redditi assimilati a quelli di lavoro dipendente come l'art. 50, comma 1, lett. c-bis), t.u.i.r. dispone.

A ogni modo, si configurano redditi assimilati a quelli di lavoro dipendente i compensi percepiti seguendo lo "schema" del rapporto di lavoro subordinato; si pensi all'ipotesi in cui un creatore digitale sia stato contrattualizzato da una società che ne curi gli "interessi".

Il dettato normativo contenuto nel Capo IV del t.u. prevede, invero, che i redditi, nonostante siano percepiti per attività svolte in assenza di un vincolo di subordinazione nei confronti di un determinato soggetto, debbano essere comunque assimilati a quelli di lavoro dipendente.²⁸

Considerando poi il livello internazionale, occorre tener presente che numerose complicità sono emerse per inquadrare la tassazione applicabile alle attività accessorie alla prestazione principale, tant'è che il Modello di Convenzione dell'OCSE contro le doppie imposizioni e, in particolar modo, il suo paragrafo 15 - ove si definiscono i criteri ordinari per l'imposizione del lavoro subordinato - non contiene linee guida rivolte a identificare in modo adeguato l'aspetto.²⁹

È possibile affermare, perciò, che l'elemento decisivo deve essere rappresentato dal fatto che il reddito rinvia «la propria causale, diretta o indiretta, prima o remota, nel rapporto di lavoro dipendente,

²⁸ L'art. 50, comma 1, lett. c-bis), t.u.i.r., assimila ai redditi di lavoro dipendente anche le somme e i valori in genere percepiti, a qualunque titolo, nel periodo d'imposta «anche sotto forma di erogazioni liberali [...] in relazione ad altri rapporti di collaborazione aventi per oggetto la prestazione di attività svolte senza vincolo di subordinazione a favore di un determinato soggetto nel quadro di un rapporto unitario e continuativo [...]». Dalla lettura della norma si ricava che anche qualora dovesse configurarsi un'ipotesi di "retribuzione" tramite *fringe benefit*, ai sensi dell'art. 2099, comma 3, c.c., questi sarebbero assimilati a fini della tassazione ai redditi di lavoro dipendente.

²⁹ Per approfondimenti in merito, cfr. L. LETIZIA, *La tassazione delle attività sportive dilettantistiche*, Torino, 2023, pp. 228 e ss.

sicché il compenso stesso non sarebbe stato corrisposto nell'assenza di tale rapporto, a nulla rilevando per contro [...] né la particolare natura del compenso medesimo, né la circostanza che il soggetto erogante sia lo stesso datore di lavoro ovvero un terzo, né l'esistenza o meno di un rapporto di sinallagmaticità tra la prestazione lavorativa e il compenso percepito».³⁰

Infine, appare d'interesse evidenziare per le considerazioni che si stanno svolgendo come il tema dello sfruttamento dell'immagine *latu sensu* sia stato interessato da un'assidua evoluzione giurisprudenziale.

In particolare, una recentissima decisione di una Corte di giustizia tributaria di secondo grado³¹ riferita a un noto calciatore e avente a oggetto un diniego di rimborso d'imposte per aver lo stesso esercitato l'opzione per il regime sostitutivo dei redditi prodotti all'estero (art. 24-*bis* del t.u.i.r.), ha statuito che la commercializzazione di che trattasi determina la sostanziale "destrutturazione", nonché la "compresenza", dei tradizionali momenti del *pati* e del *facere*. Difatti, prima dell'avvento dei *social*, un *testimonial* era tenuto alla prestazione del *facere* in un determinato luogo e in un determinato momento concordato con lo *sponsor*, mentre lo sfruttamento dell'immagine avveniva in una fase successiva attraverso l'idealizzazione e la diffusione di campagne di *marketing* strutturate e, talvolta, differenziate territorialmente.

Diversamente, l'avvento dei *social network* ha fatto sì che l'attività del *facere* si possa realizzare "immediatamente" su pagine *on line* e siti *web* che permettono di condividere e visualizzare i messaggi pubblicitari ovunque e in tempo reale.

In siffatto contesto, dunque, il *pati* legato allo sfruttamento economico del diritto d'immagine risulta "polverizzato" non potendosi, anche volendo, analizzare e distinguere il messaggio

³⁰ Cfr. S. PANSIERI, *I redditi di lavoro dipendente*, in G. FALSITTA (a cura di), *Manuale di diritto tributario. Parte speciale*, Milano, 2008, p. 16.

³¹ Corte di Giustizia tributaria del Piemonte, sent. n. 219/2/2023.

promozionale con riferimento «a un definito territorio di sfruttamento» sussistendo, piuttosto, «un mondo virtuale totale».

4.2. (Segue) Quali redditi d'impresa

Un *digital creator* professionista nell'espletare l'attività lavorativa, oltre a utilizzare i canali *web* e *social*, può avvalersi di apposite "attrezzature" e "strutture" (fotocamere, pc, *software*, spazi fisici, etc.), nonché di collaboratori.

Conseguentemente, il profitto realizzato può ai fini fiscali rientrare nella categoria dei redditi d'impresa. In particolare, il riferimento normativo è dato dal comma 1 dell'art. 55 t.u.i.r., che indica le attività riconducibili all'art. 2195 c.c., le quali configurano – per presunzione assoluta – reddito d'impresa, anche se non risultano organizzate in forma d'impresa³² ma purché esercitate per professione abituale.

Quanto al comma 2 della medesima previsione, ivi è disposto: «I redditi derivanti dall'esercizio di attività organizzate in forma d'impresa dirette alla prestazione di servizi che non rientrano nell'art. 2195 c.c. costituiscono comunque redditi d'impresa».

Pertanto, i redditi del *creator* potrebbero rientrare in questo dettato normativo, sebbene occorra procedere con cautela e compiere valutazioni in merito alla presenza o meno di forme organizzative di tipo imprenditoriale che potrebbero configurare, piuttosto, redditi di lavoro autonomo.³³

³²

Sulla questione si è espressa varie volte la Sez. trib. della Cassazione. In particolare, nell'ord. 4 dicembre 2019, n. 31643, il giudice di legittimità ha statuito che le attività di cui all'art. 2195 c.c. «sono qualificate come espressioni dell'esercizio di impresa commerciale, indipendentemente dal fatto che siano organizzate in forma di impresa. L'esercizio delle attività di cui all'art. 2195 c.c. determina sempre la sussistenza di una impresa commerciale, ai fini del t.u.i.r., indipendentemente dall'assetto organizzativo scelto per l'esercizio dell'attività; ciò, quindi, deroga alla previsione civilistica di cui agli artt. 2082 e 2195 c.c., per il quale le attività di cui all'art. 2195 c.c. integrano i presupposti dell'impresa commerciale solo se sono organizzate». Si veda anche e, tra le altre, Cass., ord. 8 marzo 2023, n. 6874.

³³ In argomento M. BEGHIN, *Il reddito d'impresa. Situazioni soggettive, regole generali e speciali, procedimento di determinazione, operazioni straordinarie*, Pisa,

Nelle professioni intellettuali, infatti, la presenza di un'organizzazione, pur complessa, non vale necessariamente a qualificare l'attività come "impresa" in quanto l'organizzazione è pur sempre "servente" e, pertanto, non "caratterizzante".

Ciò vale a dire che l'apporto intellettuale del soggetto prevale indipendentemente dalla forma organizzativa adottata.

La prestazione professionale del contribuente in commento, perciò, solo raramente può essere inquadrata come "attività svolta in forma d'impresa" prevalendo, invece, *l'intuitus personae*.

Nondimeno, l'organizzazione in forma d'impresa non concerne solo un profilo quantitativo e, quindi, la particolare complessità dei beni coinvolti, ma anche un profilo qualitativo.

Da qui, a fronte di un'organizzazione di mezzi, ciò che assume rilievo è l'opera esercitata dalla persona fisica, dato che la sola organizzazione di mezzi, pur se apprezzabile quantitativamente, non soddisfa la particolare connotazione, fiscalmente significativa, della "forma d'impresa". Tant'è che pure il lavoratore autonomo dispone di un'organizzazione di beni strumentali per l'esercizio della propria attività e può avvalersi del lavoro altrui. Quantunque, indipendentemente dalla dimensione quantitativa, tale organizzazione non configura eterorganizzazione.

In ultima analisi, l'organizzazione assume un ruolo strumentale rispetto all'opera personale del soggetto agente³⁴ ed è finalizzata a migliorarne le prestazioni.³⁵

4.3. (Segue) Quali redditi diversi

Considerando l'art. 67 t.u.i.r, il suo comma 1 identifica - come noto

2021, pp. 145 e ss.; O. NOCERINO, *Il principio di inerenza nel reddito d'impresa. Dalla teoria generale al diritto positivo*, Milano, 2022, pp. 57 e ss.

³⁴ Sul carattere della "personalità" dell'impresa, per tutti, G. OPPO, *Realtà giuridica globale dell'impresa nell'ordinamento italiano*, in *Riv. dir. civ.*, 1976, I, pp. 591 e ss.

³⁵ In questo senso O. NOCERINO, *Il principio di inerenza nel reddito d'impresa, cit.*, p. 64.

- la categoria dei redditi diversi in quelli che non costituiscono redditi di capitale, non conseguono dall'esercizio di arti e professioni oppure che sono carenti di una "relazione" con la qualità di lavoratore dipendente.

Dal contenuto della norma, perciò, i redditi ottenuti dal *digital creator* confluirebbero nella categoria reddituale, genericamente individuata all'art. 6, comma 1, lett. f), t.u.i.r.

Più specificamente, questi redditi, differentemente da quelli da lavoro autonomo, si configurerebbero ogni qualvolta l'attività del soggetto venga svolta in maniera saltuaria, sporadica e, di conseguenza, non richieda l'apertura di partita IVA.

Occorre, ulteriormente, però che l'attività sia effettuata senza l'ausilio di collaboratori, oltre che svolta in piena autonomia rispetto all'attività del committente.

L'applicazione dell'art. 67 t.u.i.r., tuttavia, se assicura - da un lato - l'assoggettamento a tassazione dei redditi così conseguiti - dall'altro - non garantisce un loro adeguato prelievo ai fini IRPEF, intervenendo regole differenti per determinare quest'imposta rispetto a quelle indicate per il lavoro autonomo.

5. L'opportunità o meno di introdurre un tributo specifico

Nell'esordio di queste note ci si è posti l'interrogativo sulla possibilità (o la necessità) che il legislatore preveda un tributo *ad hoc* per tassare più opportunamente i redditi prodotti dai *digital creators*.

Il fondamento della considerazione si fonda sull'assunto prima indicato, ossia sul fatto che nell'ordinamento tributario, a seguito dell'evoluzione del sistema economico, già sono state introdotte nuove forme d'imposizione idonee a intercettare nuove manifestazioni di ricchezza.³⁶

³⁶ Tra queste, a titolo meramente esemplificativo, si richiama l'imposta sugli extra-profitti (*windfall tax*), generalmente identificabile come "*an extra tax that a government charges a company when it makes a large, unexpected profit, especially if they have been helped by economic conditions*". Ancora, si richiama il contributo straordinario sugli extra-profitti delle imprese energetiche introdotto

È evidente, però e preliminarmente, che occorrerebbe individuare la categoria reddituale di riferimento per costruire un ipotetico tributo sui redditi conseguiti dai creatori di contenuti digitali.

Si potrebbe, perciò, pensare a prelievo fiscale *una tantum* da applicare, ad esempio, oltrepassata una data soglia di reddito e ciò troverebbe giustificazione nella peculiare natura della manifestazione di ricchezza a cui lo stesso si riferisce.

Ciononostante, sorgerebbero problematiche evidenti in merito alla sua legittimità costituzionale e, quindi, sarebbe necessario, innanzitutto, definirne il presupposto prendendo quale fulcro del ragionamento proprio l'innovativa capacità contributiva del soggetto passivo da rapportare al numero di coloro che seguono i suoi "canali".

Ponderando il ragionamento a fattispecie configuranti la produzione di redditi d'impresa, potrebbe considerarsi la rilevanza del capitale immateriale rappresentata, per l'appunto, dagli utenti/clienti, sino a configurare un tributo "proprio" più stabile e duraturo nel tempo.

Continuando a riflettere sull'ipotesi, non si può prescindere dalle argomentazioni *a contrario*. In particolare, rispetto alla possibilità di "convivenza" del nuovo tributo supposto con ciò che costituisce il presupposto dell'IRAP,³⁷ ossia l'esercizio abituale di un'attività autonomamente organizzata, diretta alla produzione o allo scambio di beni ovvero alla prestazione di servizi, e costituito dal valore della

dall'art. 37 del D.L. n. 21/2022 e l'imposta straordinaria sugli extra-profitti delle banche che operano sul territorio nazionale di cui alla L. n. 136/2023. Per i dovuti approfondimenti, cfr. F. URICCHIO, *Il costo dei diritti tra controllo del debito, strumenti di finanza straordinaria e windfall taxes*, in *Riv. dir. din. sc. fin.*, I, 2018, pp. 3 e ss.; R. IAIA, *Prime riflessioni sistemiche in ordine al contributo straordinario sul c.d. "caro bollette"*, in *Riv. tel. dir. trib.*, 1, 2022, pp. 9 e ss.; A. PURPURA, *L'imposizione sugli extraprofitti: verso una (pericolosa) "normalizzazione" di forme non più eccezionali d'imposizione straordinaria*, in *Novità Fiscali*, 2023, pp. 628-631; A. FEDELE, *Intervento sulla rilevanza dei dati nella determinazione degli imponibili nell'era digitale*, in *Riv. dir. trib.*, 2023, pp. 5 e ss.; L. CARPENTIERI, *Nuovi presupposti d'imposta e nuovi criteri di determinazione delle basi imponibili: riflessioni de iure condito e de iure condendo*, *cit.*, pp. 7 e ss.

³⁷ Si tenga presente l'art. 8 della L.D. n. 111/2023 che ha disposto la revisione dell'imposta per pervenirne a un graduale suo superamento e, al contempo, per istituire una sovrimposta determinata seguendo le regole dell'IRES.

produzione netta derivante dall'attività esercitata.³⁸

6. Considerazioni conclusive

Alla luce delle riflessioni compiute, appare evidente come il legislatore si trovi e si troverà di fronte a scenari sempre più complessi per individuare un sistema di tassazione effettivamente adeguato alle molteplici espressioni della *digital economy*.

L'emersione e la diffusione di nuove forme di produzione di ricchezza, in effetti, ha reso evidente l'inadeguatezza del sistema impositivo del presente nell'adattarsi alla realtà, non mostrandosi particolarmente allineato alla capacità contributiva dei grandi possessori di ricchezza e, corrispondentemente, penalizzando le categorie "minori", con evidente frustrazione del principio ex art. 53, co. 1, Cost.

Le ICT, in ogni caso, rappresentano un fondamentale strumento di supporto, in termini operativi, per l'individuazione di fenomeni di elusione o evasione fiscale³⁹ e, al proposito, è d'interesse la circolare operativa n. 1/2024 della Guardia di Finanza in linea con la "DAC7" recepita dal legislatore italiano nel D.Lgs. n. 32/2023.

Il documento, infatti, si conforma alle **metodologie di controllo eseguite a livello europeo - attività ispettive e indagini di polizia** - sulle piattaforme *on line nei confronti di imprese e persone fisiche che se ne avvalgano quali canali d'intermediazione per vendere beni e/o servizi (marketplace)*.

L'Agenzia delle entrate e la Guardia di Finanza hanno adottato, inoltre, un *memorandum* applicativo "congiunto" in cui hanno definito un piano d'azione per intensificare il contrasto all'evasione fiscale

³⁸ Art. 4, D.Lgs. n. 446/1997. Sull'IRAP, senza alcuna pretesa di esaustività, si rinvia a C. BUCCICO, *L'Irap nel sistema tributario italiano*, Napoli, 2000, *passim*; R. SCHIAVOLIN, *L'imposta regionale sulle attività produttive. Profili sistematici*, Milano, 2007, *passim*. Più di recente L. LETIZIA, *Lineamenti dell'ordinamento delle Regioni. Regioni e limiti del federalismo fiscale*, Torino, 2020, pp. 81 e ss.

³⁹ Relativamente all'ausilio delle tecnologie digitali nella fase di attuazione dei tributi, cfr. F. PAPARELLA, *L'ausilio delle tecnologie digitali nell'applicazione dei tributi*, in L. DEL FEDERICO - ID. (a cura di), *Diritto tributario digitale*, Pisa, 2023, pp. 155 e ss.

proprio nel settore dei creatori di contenuti digitali.

In definitiva, occorre che il nostro sistema fiscale si adatti al mutato contesto non solo per “far cassa” ma per rispondere a esigenze rinnovate di giustizia ed equità sociale; in tale prospettiva, si auspica l’avviamento di un processo di revisione del sistema che eviti possibili occultamenti delle nuove fonti di reddito e, quindi, di materia imponibile, come già hanno fatto altri Stati.⁴⁰

Cosicché, si auspica l’introduzione di un tributo specificamente rivolto ai creatori di contenuti digitali, espressivo della loro capacità contributiva e incentrato sul quantitativo di *followers* vantato. In sostanza, bisognerebbe introdurre una forma di tassazione autonoma. Nondimeno, occorrerà che questa non risulti penalizzare eccessivamente la *creator economy* finendo con il rallentare l’ulteriore sviluppo e, naturalmente, occorrerà che sia armonizzata a livello internazionale per evitare strategie di abuso del diritto e di concorrenza fiscale aggressiva rivolte ad attrarre i redditi del contribuente digitale.

⁴⁰ Per approfondimenti sullo scenario europeo e internazionale per l’introduzione di tributi collegati al mondo del digitale, cfr. M. PIASENTE, *Reazioni internazionali e nazionali in tema di web e digital tax*, in L. CARPENTIERI (a cura di), *Profili fiscali dell’economia digitale*, Torino, 2020, pp. 25 e ss.; S. DE MARCO, *Profili evolutivi della fiscalità nella digital economy*, Napoli, 2022, pp. 91 e ss.; S. ARIATTI - P.L. CARDELLA, *Tributi minori e regimi speciali*, in L. DEL FEDERICO - F. PAPARELLA (a cura di), *cit.*, pp. 133 e ss.;

Principio di proporzionalità e verifiche fiscali: ricadute sul consenso alle attività istruttorie e sull'estensione a terzi delle indagini bancarie

di **Daniela Mendola**

Professore a contratto di Diritto tributario, Dipartimento di Scienze giuridiche dell'Università degli Studi di Salerno

ABSTRACT

ABSTRACT

The work analyzes the principle of proportionality to be understood as a limit to administrative discretion, as it binds the public administration, in the exercise of its functions, to choose the least harmful instrument to achieve the goal. Starting from the legal provision of the Taxpayer's Charter, which has codified the principle of proportionality, the implications are highlighted regarding the thesis that the taxpayer's consent cures the lack of authorization and the practice of automatically extending bank investigations to third-party accounts.

SINTESI

SINTESI

Il lavoro analizza il principio di proporzionalità da intendersi come limite alla discrezionalità amministrativa, in quanto vincola la pubblica amministrazione, nell'esercizio delle sue funzioni, a scegliere lo strumento meno lesivo per il raggiungimento dello scopo. Muovendo dalla previsione normativa dello Statuto del contribuente che ha codificato il principio di proporzionalità, si evidenziano le ricadute

sulla tesi per cui il consenso del contribuente sana la mancanza di autorizzazione e sulla prassi di estendere in modo automatico le indagini bancarie sui conti dei terzi.

SOMMARIO

1. Il principio di proporzionalità come regola di condotta dell'azione amministrativa impositiva - **2.** La natura immanente del principio di proporzionalità: il caso delle autorizzazioni - **3.** Mancanza dell'autorizzazione e tesi del consenso sanante - **4.** L'estensione delle indagini bancari ai terzi - **5.** Conclusioni

La proposta europea di riforma dell'attuale quadro normativo in materia di gestione delle crisi bancarie e sistemi di tutela dei depositi. Luci ed ombre della riforma

di Marilena Rispoli Farina

Già Professore ordinario di Diritto commerciale e bancario presso l'Università degli Studi di Napoli "Federico II"

ABSTRACT

The European Commission has adopted a proposal to adapt and further strengthen the current EU framework for banking crisis management and deposit insurance (CMDI), with a particular focus on medium- and small-sized banks which have often been bailed out with the use of taxpayers' money rather than with the internal resources of the bank or private management financed by the sector.

The proposal will allow authorities to organize the orderly exit from the market of a failing bank of any size and business model, with a wide range of tools.

In particular, it will facilitate the use of deposit guarantee schemes, also extended to public bodies as well as to taxpayers' money deposited in certain types of funds.

The implementation of the proposed reform is not without problems and the experience of other European systems such as the Italian one shows that the orderly exit from the market for small and medium-sized banks can also be achieved with special liquidation. The extended use of deposit guarantee funds is not approved either at national or European level, as it could lead to a compression of the autonomy of guarantee funds and excessive costs for the banking sector which could also have repercussions on customers.

SINTESI

La Commissione europea ha adottato una proposta per adeguare e rafforzare ulteriormente l'attuale quadro dell'UE per la gestione delle crisi bancarie e l'assicurazione dei depositi (CMDI), con particolare attenzione alle banche di medie e piccole dimensioni che sono state spesso salvate con l'utilizzo del denaro dei contribuenti anziché con le risorse interne di tipo obbligatorio della banca o di gestioni private finanziate dal settore. La proposta consentirà alle autorità di organizzare l'uscita ordinata dal mercato di una banca in crisi di qualsiasi dimensione e modello aziendale, con un'ampia gamma di strumenti. In particolare, faciliterà l'uso di sistemi di garanzia dei depositi, esteso anche agli enti pubblici nonché al denaro dei clienti depositato in alcuni tipi di fondi della clientela.

L'attuazione della riforma proposta non è esente da problemi e l'esperienza di altri ordinamenti europei come quello italiano mostra che l'uscita ordinata dal mercato per le banche piccole e medie può essere realizzata anche con la liquidazione speciale. L'utilizzo esteso dei fondi di garanzia dei depositi non è approvato né in sede nazionale che europea, potendo comportare una compressione dell'autonomia dei Fondi di garanzia e costi eccessivi per il settore bancario che potrebbero anche ripercuotersi sui clienti.

SOMMARIO

1. Premessa - **3.** Luci ed ombre della riforma. I principali profili di criticità - *3.1. Il public interest test* - *3.2. La depositor preference.* - *3.3. L'uso del Dgs in risoluzione* - **4.** La proposta di revisione della Dgsd - **6.** Un bilancio su vantaggi e svantaggi della proposta

1. Premessa

Il 18 aprile 2023 la Commissione europea ha pubblicato un pacchetto di proposte per riformare l'attuale quadro normativo in materia di gestione delle crisi bancarie e sistemi di tutela dei depositi (c.d. "crisis management and deposit insurance framework" o "CMDI").¹ La proposta intende affrontare alcuni temi emersi a seguito

¹ Le proposte di riforma sono disponibili al seguente indirizzo: <https://finance.ec.europa.eu/publications/reform-bank-crisis-management-and-deposit-insurance-framework-en>.

Una tappa fondamentale per arrivare alla proposta è stata costituita dalla posizione formulata dall'Eurogruppo nell'accordo politico raggiunto a giugno 2022. Se da un lato è stato rinviato a un secondo momento il completamento dell'Unione Bancaria con l'edificazione dell'Edis, alla luce della distanza di opinioni tra i vari paesi dell'Eurozona, dall'altro è stato dato impulso al processo di revisione del CMDI framework con l'invito formulato alla Commissione, al Consiglio e al Parlamento a completare l'iter entro la primavera del 2024, in corrispondenza del termine dell'attuale ciclo legislativo. L'Eurogruppo ha altresì indicato quattro elementi chiave per il processo di revisione, relativi alla revisione della valutazione della presenza dell'«interesse pubblico» per l'avvio della procedura di risoluzione (public interest assesment, Pia), all'applicazione più estesa della risoluzione, all'armonizzazione dell'utilizzo dei Deposit Guarantee Schemes (Dgs) nelle crisi e, infine, di alcuni elementi delle leggi nazionali in tema di insolvenza. La presentazione della proposta legislativa della Commissione per la revisione del CMDI framework, già attesa per la fine del 2021, è stata dunque più volte posticipata e, in ultimo, pubblicata il 18 aprile 2023.

Per le premesse teoriche della CMDI, nell'ottica del processo di piena realizzazione dell'Unione bancaria, si veda T.F. HUERTAS, *Reset Required, The Euro-area Crisis Management and Deposit Insurance Framework*. In *Journal of Financial Regulation*, Volume 8, Issu 2, September 2022, oo. 187 - 202, <https://doi.org/10.1093/jfr/fjac0007>.

delle recenti crisi che hanno interessato il settore bancario – non solo in Europa ma anche negli Stati Uniti e in Svizzera² – e si propone di rafforzare ulteriormente le regole a tutela dei risparmiatori e della stabilità del mercato, con particolare attenzione alle banche di medie e piccole dimensioni.

Per il dibattito precedente, INTERNATIONAL MONETARY FUND, *Euro area policies. Programma di valutazione del settore finanziario. Nota tecnica - Bank resolution and crisis management*, FMI Country Report n. 18/232, luglio 2022, pp. 22 e 23; S. SCATIZZI, *Failing or probabile fallimento ma nessuna risoluzione - un possibile punto di vista*, in *ESCB Legal Conference* (6 e 7 settembre), dicembre, 2018, p. 153; J. PULGAR EZQUERRA, *Hacia la armonización europea de la resolución de bancos y entidades financieras: deficiencias y retos*, in *La Ley Mercantil*, 2019 n. 64, dicembre, sez. VI, pp. 1 e 19-21; F. RESTOY, R. VRBASKI, R. WALTERS, *“Bank failure management in the European banking union: What's wrong and how to fix it”*, in *Financial Stability Institute Occasional Papers*, n. 15, luglio 2020, pp. 1, 2 e 20-22; A. CARRASCOSA, *Come migliorare la gestione delle crisi bancarie di piccole e medie dimensioni?* in *Moving forward: Monetary Union after Covid 19. A Yearbook on the Euro*, *Fundación de Estudios Financieros y Fundación ICO*, 2021, pp. 245, 247 e 257; J.ÿH BINDER, *The next step: Verso quadri armonizzati per la liquidazione di enti creditizi non sistematicamente rilevanti nell'UE? Una discussione di scelte politiche e potenziali impedimenti*, EBI Working Paper Series, n. 115, febbraio, 2021, pp. 17 e pp. 9-27; E. KÖNIG, *Il quadro di gestione delle crisi per le banche nell'UE: cosa si può fare con le banche di piccole e medie dimensioni?*, in *Il quadro di gestione delle crisi per le banche nell'UE. Come affrontare la crisi delle piccole e medie banche?* in *Seminari e convegni. Workshop e Convegni*, n. 24 maggio 2021, Banca d'Italia, pp. 137 e 138; C. BRESCIA MORRA, A.F. POZZOLO, N. VARDI, *Il completamento dell'Unione bancaria. Il caso della gestione delle crisi delle banche di piccole e medie dimensioni*, Approfondimento richiesto dalla commissione ECON, maggio 2023, pp. 1-33.

Il complessivo pacchetto di riforme riguarda tre atti legislativi: la Direttiva 2014/59/UE sulla risoluzione delle banche (Bank Recovery and Resolution Directive, Brrd); la Direttiva 2014/49/UE sui sistemi di garanzia dei depositi (Deposit Guarantee Schemes Directive, Dgsd); il Regolamento 806/2014 sul meccanismo di risoluzione unico (Single Resolution Mechanism Regulation, Srmr). Si tratta di una riforma corposa e di complessa analisi e valutazione, i cui elementi, ai fini di una indagine puntuale, devono essere letti in stretta connessione fra loro, in considerazione delle numerose interrelazioni fra i vari atti normativi. Occorre poi valutare attentamente l'insieme delle condizioni e dei vincoli posti per l'effettiva applicabilità, in particolare, degli interventi dei sistemi di garanzia dei depositi in tale rinnovato contesto regolamentare. Al riguardo, molteplici sono le perplessità che permangono sulla reale efficacia della riforma, come sta emergendo dai dibattiti in corso e dalle prime posizioni espresse in merito. Si veda di recente l'intervento di L.F. SIGNORINI (Direttore Generale della Banca d'Italia) che condivide l'opportunità del pacchetto CMDI di revisione del sistema di soluzione delle crisi e di intervento dei Fondi di Garanzia dei depositi, con uno sguardo di favore alle strategie adottate negli Stati Uniti dal Federal Deposit Insurance Corporation, ma non l'estensione

La proposta della Commissione prende le mosse dall'osservazione che, sebbene sia stata varata la c.d. Banking Union nel 2014 e siano pienamente operativi due dei suoi tre pilastri,³ molte banche in crisi di medie e piccole dimensioni sono state gestite con soluzioni al di fuori del quadro di risoluzione delineato a livello europeo: in diversi casi, infatti, gli Stati membri hanno fatto ricorso a risorse del bilancio

della risoluzione alle banche minori, per la difficoltà di adempiere l'obbligo di disporre di passività intaccabili in caso di crisi (MREL), come pure l'introdurre limiti più stringenti alla ricapitalizzazione precauzionale. Denuncia, inoltre, la mancata previsione di una valvola di sicurezza, simile alla "systemic risk exception" statunitense che consenta di superare i vincoli ordinari per far fronte alle situazioni di instabilità sistemica, così da evitare il "contagio", come dimostra ancora l'esperienza degli Stati Uniti d'America nelle recenti crisi del mese di marzo del corrente anno. Si veda *Intervento*, alla Giornata del credito, Roma 5 ottobre 2023, pp. 7 e ss., in *Giornata del Credito (bancaditalia.it)* Si veda anche P. ANGELINI (*Vice Governatore delle Banca d'Italia*), *Le crisi bancarie del 2023: alcune prime riflessioni*, Roma 8 novembre 2023, in *Banca d'Italia - Intervento di Paolo Angelini su "The banking crises of 2023: some initial reflections" (bancaditalia.it)*. Favorevole alla riforma appare A. ENRIA, Presidente uscente del consiglio di Vigilanza della BCE, in quanto "offre maggiore flessibilità e facoltatività nelle gestione delle crisi di banche di medie dimensioni, con un ambito più ampio per la risoluzione e maggiore possibilità di utilizzare sistemi di garanzia dei depositi come strumenti per finanziare potenziali soluzioni al minor costo", in *A race car camouflaged as a tanker*, 2023, *Intervista*, in *Supervision Letter*, 15 novembre 2023.

² Le crisi finanziarie che si sono verificate negli Stati Uniti d'America e in Svizzera nel mese di marzo 2023, quantunque di natura e portata diversa, hanno scosso profondamente i mercati e evidenziato, tra l'altro gravi carenze nell'attività di vigilanza e scarsa competenza in materia di gestione dei rischi. Il venir meno della fiducia nel sistema bancario, con il conseguente *run* dei depositanti ha reso necessario l'intervento dei Governi e dei regolatori a porre rimedio, per tutelare i depositanti e la stabilità del sistema finanziario. La crisi di SVB, la prima banca americana ad essere salvata, nasce da una cattiva gestione dei rischi e da una governance inefficace, dalla deregolamentazione operata nell'ultimo decennio, e da una vigilanza troppo accomodante. Rappresenta anche la conferma dell'inadeguatezza dell'impianto regolamentare vigente in USA, incapace di limitare i rischi originati dalla trasformazione delle scadenze e dal leverage, che da sempre hanno consentito alle banche di sfruttare le imperfezioni del mercato per massimizzare i profitti di breve termine. Si veda in tal senso E. MONTANARO, *Brevi riflessioni sul fallimento della Silicon Valley Bank* in *Janus* 2022, n. 26, pp. 133 e ss. Per il dibattito sulle conseguenze delle crisi americane e svizzera si veda a M. RISPOLI FARINA., *Quali lezioni dalle crisi bancarie di marzo? Crolli timori e riforme*, in *Janus* 2022, n. 26, pp. 115 e ss. Si vedano anche A. PALLINI, M. DE CESARE, F. CALARCO, G. GRASSO, R. DE LISA, *Recenti casi di crisi bancarie nell'era del bankclick run*, in *BANCARIA*, 2023, n.3, pp. 1 e ss., e in <https://www.fiftd.it>; Per la crisi del Credit Suisse si veda A. MESSORE F. BONARDI, *Crisi bancarie e strumenti Additional Tier 1: il caso credit Suisse* in *Diritto Bancario*, aprile 2023, pp. 1 e ss., Per le conseguenze sul piano regolamentare, delle crisi bancarie del marzo 2023, si

pubblico (c.d. bail-out) anziché attivare il c.d. bail-in o altri meccanismi di risoluzione, ovvero ricorrere a sistemi di tutela dei depositi e fondi di risoluzione. Con la proposta suddetta la Commissione intende consentire alle autorità di risoluzione di organizzare l'ordinata estromissione dal mercato di una banca in crisi di qualsiasi dimensione mediante un'ampia gamma di strumenti. Il tema è di stretta attualità poiché, sebbene la riforma del quadro normativo di riferimento sia oggetto di discussione da diversi anni, le recenti crisi bancarie hanno sottolineato l'importanza di garantire che le disposizioni dell'UE per la gestione delle stesse siano più solide, omogenee ed efficaci.⁴

2.-I principali elementi della riforma

La Commissione propone di apportare modifiche legislative alla Direttiva 2014/59/UE (BRRD) in materia di risanamento e risoluzione delle banche, al Regolamento (UE) n. 806/2014 (SRMR) sulla risoluzione delle banche nel quadro del meccanismo di risoluzione

vedano P. ANGELINI (Vicegovernatore delle Banca d'Italia), *Le crisi bancarie del 2023: alcune prime riflessioni*, cit., p. 2.

Per i contenuti del CMDI si veda A. PALLINI, G. CALARCO, G. GRASSO, R. DE LISA, *La proposta di nuove regole europee sulle crisi bancarie: cosa cambia per i sistemi di garanzia dei depositi?* in *BANCARIA*, 2023, n. 9, pp. 69 e ss.

Per il progetto Unidroit sulla soluzione della crisi delle medie e piccole banche, L. TIRADO, M. THIJSEN, *Il progetto Unidroit sull'insolvenza bancaria: come affrontare il fallimento delle banche di piccole e medie dimensioni*", in A. CAPOLINO, *Le crisi bancarie: risoluzione, liquidazione e prospettive di riforma alla luce dell'esperienza spagnola e italiana*, *Banca d'Italia, Quaderni di Ricerca Giuridica*, n. 95, aprile 2023, pp. 123-137.

³ Ci si riferisce al Single Supervisory Mechanism (SSM) e al Single Resolution Meccanismo (SRM), cui deve aggiungersi il terzo pilastro costituito dai sistemi di tutela dei depositi, (EDIS) rispetto al quale, tuttavia, allo stato non è ancora stato raggiunto un accordo politico tra i co-legislatori dell'Unione (la proposta della Commissione, presentata il 24 novembre 2015, non ha mai concluso l'iter legislativo richiesto per la sua definitiva approvazione.

⁴ Si veda per il contenuto del pacchetto CMDI, la *COMUNICAZIONE DELLA COMMISSIONE AL PARLAMENTO EUROPEO, AL CONSIGLIO, ALLA BANCA CENTRALE EUROPEA, AL COMITATO ECONOMICO E SOCIALE EUROPEO E AL COMITATO DELLE REGIONI* sul riesame del quadro per la gestione delle crisi e l'assicurazione dei depositi che contribuisce al completamento dell'Unione bancaria, in *EUR-Lex - 52023DC0225*, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/>, pp.1 e ss.

unico e del fondo di risoluzione unico e alla Direttiva 2014/49/UE (DGSD) relativa ai sistemi di garanzia dei depositi. Gli elementi principali su cui insiste la proposta della Commissione possono essere così indicati:

Concetto di interesse pubblico.

La proposta di riforma fornisce chiarimenti sulla valutazione dell'interesse pubblico nella gestione delle crisi bancarie al fine di armonizzare gli approcci seguiti in proposito dalle autorità e di ridurre il loro margine di discrezionalità. In particolare, il criterio di valutazione consistente nella minimizzazione del ricorso alle misure pubbliche di finanziamento viene modificato in modo da distinguere tra l'utilizzo di risorse del bilancio pubblico (che deve essere evitato) e l'impiego di risorse dei fondi di risoluzione o del sistema di garanzia dei depositi (che è consentito nei limiti definiti dalla normativa). L'autorità di risoluzione deve comparare le misure di supporto pubblico che possono essere adottate in uno scenario di risoluzione e di insolvenza per decidere se l'applicazione di misure di risoluzione risponde all'interesse pubblico.

2) Utilizzo dei fondi di tutela dei depositi per il finanziamento delle crisi bancarie.

La proposta di modifica intende facilitare l'utilizzo dei fondi di tutela dei depositi per il finanziamento degli strumenti di gestione delle crisi. L'utilizzo dei fondi deve avvenire solo come complemento rispetto alla capacità interna di assorbimento delle perdite delle banche, che rimane la prima linea di difesa. È introdotta la possibilità di utilizzare i fondi di tutela dei depositi per consentire il trasferimento di depositi e attività ad un acquirente terzo o un ente-ponte, coprendo con le risorse dei fondi la differenza tra il valore del passivo e dell'attivo, nonché per far fronte al fabbisogno di fondi propri dell'acquirente. Ad esse si aggiunge una proposta di modifica del c.d. "Daisy Chain Act" relativo ad alcuni aspetti del MREL (*minimum requirement for own funds and eligible liabilities*). Il contributo dei fondi di tutela dei depositi sarà inoltre considerato ai fini della soglia

dell'8% del totale delle passività e dei fondi propri delle banca (TLOF) che consente il ricorso ai fondi di risoluzione, alle condizioni precisate nella proposta della Commissione.

3) Test del costo minimo.

L'utilizzo dei fondi di tutela dei depositi per il finanziamento degli strumenti di gestione delle crisi deve essere soggetto a un test armonizzato detto "del costo minimo": i costi sostenuti dai fondi di tutela dei depositi per intervenire nell'ambito della procedura di risoluzione non devono essere superiori ai costi che sarebbero stati sostenuti dagli stessi laddove si fosse reso necessario coprire le perdite subite dai depositanti in relazione ai depositi protetti dal sistema di garanzia.

4) Gerarchia dei crediti in caso di insolvenza.

La disciplina europea prevede, attualmente, che i depositi protetti e le pretese dei fondi di tutela dei depositi siano sovraordinati ai depositi non protetti nella gerarchia dei crediti in caso di insolvenza, mentre i depositi non protetti di persone fisiche e PMI sono sovraordinati rispetto alle pretese dei creditori chirografari. Nulla è previsto in ordine ai depositi non protetti di soggetti diversi da persone fisiche e PMI, che in alcuni Stati membri sono assimilati ai crediti chirografari, mentre in altri Stati membri (tra cui l'Italia) sono gerarchicamente sovraordinati a questi ultimi (c.d. *general depositor preference*). La gerarchia delineata dalla normativa europea costituisce, tuttavia, un limite al ricorso ai fondi di tutela dei depositi per il finanziamento delle crisi bancarie secondo la nuova logica del test del costo minimo⁵, così come un possibile ostacolo all'applicazione delle misure di risoluzione alla luce del principio del "*no creditor worse off*". La proposta della Commissione prevede dunque l'introduzione di una *general depositor preference* unica

⁵ Tale circostanza è dovuta al fatto che, considerata la posizione gerarchica particolarmente elevata delle pretese che i fondi in questione avrebbero verso la banca dopo aver rimborsato i depositi protetti, è probabile che l'importo recuperato dai fondi in caso di liquidazione sia comunque significativo o elevato; il che restringerebbe i margini di manovra per utilizzare i fondi del sistema di garanzia dei depositi in caso di risoluzione sulla base del test del costo minimo

(single-tier) che include tutte le tipologie di depositi sopra menzionati, eliminando la gerarchia relativa tra le tre categorie di depositi contemplate dall'attuale normativa (three-tier).

5) Condizioni per adottare misure straordinarie di supporto pubblico.

Nel quadro normativo attuale è possibile per gli Stati membri adottare misure straordinarie di supporto pubblico al ricorrere di determinate condizioni eccezionali: ciò consente di fatto agli Stati membri di disapplicare in larga parte il quadro normativo in materia di risoluzione, ivi incluse le norme in materia di bail-in⁶. La proposta intende restringere le opzioni riconosciute dalla normativa attuale, limitando l'adozione delle misure in questione ai casi di ricapitalizzazione precauzionale, misure preventive dei fondi di tutela dei depositi adottate per preservare l'accesso ai depositi e altre forme di supporto garantite nell'ambito di procedure di liquidazione. Sono disciplinate in modo più dettagliato le misure di ricapitalizzazione precauzionale, al fine di assicurare che le stesse possano essere adottate soltanto in via temporanea per consentire a una banca di sopravvivere a degli shock esterni. La banca beneficiaria delle misure in questione non deve essere insolvente e l'autorità competente deve confermare che essa rispetterà verosimilmente i propri requisiti patrimoniali per i successivi 12 mesi.

6) Misure di intervento precoce.

Nella proposta della Commissione si prevede di allineare le circostanze che consentono di adottare misure di intervento precoce a quelle che permettono l'adozione di provvedimenti di vigilanza dell'autorità secondo il quadro normativo europeo applicabile alle banche e alle imprese di investimento, fatte salve alcune circostanze aggiuntive che possono legittimare l'adozione della prima tipologia di misure. La proposta della Commissione supera il rapporto di sequenzialità tra misure di intervento precoce, rimozione degli

⁶ Su questi aspetti e sulle relative implicazioni, anche con riferimento alle recenti crisi bancarie, si veda A. MESSORE. F. BONARDI, *La Proposta, ult. cit.*

esponenti aziendali e nomina di un commissario temporaneo, dovendo le autorità di vigilanza scegliere tra le misure più idonee da applicare secondo il principio di proporzionalità. Sono poi eliminate alcune sovrapposizioni tra misure di intervento precoce e di vigilanza e vengono chiariti gli obblighi di informazione e coordinamento tra autorità di vigilanza e di risoluzione in caso di early intervention.

7) Attivazione delle misure di risoluzione e “*early warning*”.

Nella proposta è prevista l'introduzione di un meccanismo di notifica (c.d. *early warning*) in forza del quale l'autorità competente deve avvisare l'autorità di risoluzione non appena si materializzi un significativo rischio che una banca si trovi in una situazione che possa determinare l'eventuale applicazione di misure di risoluzione. Durante questo periodo (c.d. “*early warning period*”) l'autorità di risoluzione dovrebbe essere posta in condizione di monitorare la situazione della banca e valutare le misure disponibili, coordinandosi con l'autorità di vigilanza competente. Recependo anche le indicazioni fornite sul punto dalla Corte di giustizia ⁷, la proposta chiarisce gli step delle valutazioni che devono essere effettuate da autorità competenti e di risoluzione per avviare la procedura di risoluzione.

8) Finalità delle procedure ordinarie di liquidazione

Secondo quanto previsto dalla normativa europea attuale, le banche che non sono soggette a risoluzione sulla base del test dell'interesse pubblico devono essere poste in liquidazione secondo le norme nazionali applicabili. Non è prevista, tuttavia, alcuna forma di armonizzazione di tali procedure di liquidazione a livello europeo e l'esperienza ha dimostrato che in talune circostanze le procedure di liquidazione sono state utilizzate per ristrutturare le banche in crisi invece che facilitarne l'uscita dal mercato. La proposta della Commissione interviene sul punto specificando che le procedure nazionali in questione devono garantire l'uscita dal mercato della banca oggetto di liquidazione entro un lasso di tempo ragionevole.

⁷ Corte di Giustizia Europea (terza sezione), Sentenza del 6 maggio 2021. ABLV Bank contro ECB, C-551/19 P e C-552/19 In *eur-lex.europa.eu-Lex.Europa*.

9) Previsioni in materia di MREL.

La Commissione intende precisare le modalità di calibrazione del requisito MREL laddove la strategia di risoluzione preveda il trasferimento degli attivi e delle passività bancarie. Con la proposta saranno poi introdotti alcuni chiarimenti relativi, tra l'altro, alle restrizioni alle distribuzioni derivanti dal rispetto del requisito MREL e dei coefficienti di riserva del capitale, al trattamento delle passività strutturalmente subordinate e alle c.d. *contingent liabilities*. Con un atto separato (c.d. Daisy Chain Act) la Commissione chiarisce alcuni aspetti concernenti l'applicazione della disciplina MREL, in particolare nell'ambito di gruppi bancari (c.d. *internal MREL*).

10) Disciplina dei fondi di tutela dei depositi.

La proposta della Commissione modifica, infine, la disciplina in materia di fondi di tutela dei depositi (DGSD) introducendo una serie di precisazioni e misure di armonizzazione, ad esempio sulle modalità di pagamento dei rimborsi ai depositanti, sul termine di prescrizione (fissato a 5 anni) dei relativi diritti verso i fondi, le pretese esercitabili dai fondi verso la banca successivamente al rimborso dei depositanti, etc.

In conclusione, la proposta della Commissione interviene a colmare alcune lacune della disciplina europea in materia di risoluzione, da un lato introducendo maggiori elementi di flessibilità (in particolare con riferimento all'utilizzo dei fondi di tutela dei depositi), dall'altro lato riducendo la possibilità per gli Stati membri di adottare misure di sostegno pubblico o di ristrutturazione delle banche al di fuori del quadro normativo europeo, ad esempio attraverso la ricapitalizzazione precauzionale o l'applicazione di procedure di liquidazione giudiziale per le banche di medie o piccole dimensioni. Come evidenziato nella valutazione d'impatto che accompagna il pacchetto legislativo adottato dalla Commissione, la riforma proposta sarebbe ancora più efficace ove combinata con un sistema di garanzia dei depositi comune a tutti gli Stati membri ⁸. Tale schema,

⁸ 8 Cfr. http://ec.europa.eu/finance/docs/law/230418-impact-assessment_en.pdf.

come si è sempre sostenuto con la sua previsione, espanderebbe la rete di sicurezza disponibile per proteggere i depositanti riducendo la vulnerabilità dei fondi nazionali di garanzia dei depositi a shock locali di grandi dimensioni. La Commissione ha altresì annunciato che sta effettuando una valutazione complessiva della disciplina sugli aiuti di Stato alle banche, che costituisce un tassello cruciale per definire il quadro normativo applicabile in materia di risoluzione, soprattutto con riferimento alla gestione delle crisi delle banche di piccole e medie dimensioni.

Gli effetti complessivi delle misure proposte dalla Commissione dovranno essere pertanto valutati anche alla luce degli ulteriori provvedimenti che potranno essere adottati dalle istituzioni europee in relazione al terzo pilastro dell'Unione Bancaria e alle norme in materia di aiuti di Stato.

3. Luci ed ombre della riforma. I principali profili di criticità

Risulta evidente, anche da un primo sguardo di insieme, che è stata messa in cantiere una riforma ambiziosa, corposa e di complessa analisi e valutazione, i cui elementi, come si è già sottolineato, ai fini di una indagine puntuale, devono essere letti in stretta connessione fra loro, in considerazione delle numerose interrelazioni fra i vari atti normativi. Occorre poi valutare attentamente l'insieme delle condizioni e dei vincoli posti per l'effettiva applicabilità, in particolare, degli interventi dei sistemi di garanzia dei depositi, su cui si concentrerà il presente intervento, in tale rinnovato contesto regolamentare.

Al riguardo, numerose perplessità permangono sulla reale efficacia della riforma, come sta emergendo dai dibattiti in corso e dalle prime posizioni espresse in merito.⁹

⁹ Si vedano P. ANGELINI. - L.F. SIGNORINI, *op. cit.*, SMACCARONE, *op. cit.* Di particolare interesse le posizioni di A. ENRIA, che ha segnalato da tempo il problema della gestione della crisi delle piccole banche. Si veda *La gestione delle crisi delle banche di medie dimensioni: la necessità di un approccio europeo. Intervento di apertura, al workshop della Banca d'Italia sul quadro di gestione delle crisi bancarie*

3.1. Il public interest test

Un primo elemento di perplessità che emerge dall'analisi della proposta attiene al sostanziale mutamento nell'approccio del framework proposto rispetto a quello attualmente in vigore. In particolare, appare evidente l'accresciuta rilevanza ora attribuita alla procedura di risoluzione rispetto alle procedure di liquidazione, governate dal diritto nazionale, e agli altri strumenti per la gestione delle crisi in via preventiva e/o alternativa.

Emerge negli intendimenti del legislatore europeo un'inversione di prospettiva nelle procedure di gestione delle crisi bancarie. L'approccio del framework attuale si basa sul valutare, *in primis*, se la liquidazione sia in grado di consentire il raggiungimento degli obiettivi della risoluzione previsti dalla Brrd. Laddove tali condizioni non si realizzino, si procede, in seconda battuta, a verificare la sussistenza del presupposto dell'interesse pubblico, quale condizione necessaria per attivare la procedura di risoluzione. Dal punto di vista operativo, la valutazione della presenza dell'interesse pubblico, nell'ambito dell'Unione Bancaria, ha sin qui privilegiato l'approccio del «*resolution is for the few not the many*», determinando, di fatto, la non applicazione della risoluzione o il ricorso alla stessa in un numero molto limitato di casi. Le statistiche sulla gestione delle crisi bancarie in Europa, elaborate in sede Eba e SRB, e anche dalle unità di risoluzione nazionali, confermano la limitata applicazione degli strumenti di risoluzione, soprattutto con riferimento ai paesi rientranti nell'Unione Bancaria.

La proposta legislativa ribalta tale prospettiva e sembra conferire alla procedura di risoluzione un ruolo predominante per la gestione delle crisi bancarie, con l'effetto di attendersi che la liquidazione, nel nuovo scenario regolamentare, tenda ad assumere una frequenza

nell'UE. Francoforte sul Meno, 15 gennaio 2021, in <https://www.bankingsupervision.europa.eu/press/speeches/date/2021/html/>.

«residuale», con applicazione solo nel caso in cui sia in grado di soddisfare - meglio della risoluzione - gli obiettivi che la Brrd declina per la risoluzione stessa e non sia necessario ricorrere a esborso di denaro pubblico. La Commissione europea, va precisato, ha preso le distanze dalla lettura in tal senso delle nuove norme e in una recente comunicazione del Commissario ai mercati finanziari rivolta all'ABI, ha tenuto a specificare che la risoluzione non rappresenta «la procedura principale per la gestione di situazioni di crisi»;¹⁰ secondo tale posizione, sarebbero state introdotte modifiche per meglio inquadrare la valutazione dell'interesse pubblico, ma non in misura tale da creare una presunzione di procedura di risoluzione.

Dalla lettura delle nuove norme proposte emergono poi dubbi e perplessità quanto all'effettiva applicabilità dello strumentario di gestione delle crisi disciplinato dal framework.

La Commissione si muoverebbe in senso contrario a quanto è stato fatto per affrontare le recenti crisi di banche statunitensi, che ha visto interventi di vari enti, pubblici e privati, per affrontare con tempestività la fuga dei depositi e tutelare la stabilità delle banche regionali coinvolte, anche con un aumento dell'ammontare dell'intervento finanziario del Fondo di garanzia dei depositi. Parrebbe invece opportuno, anche in sede europea, un approccio pragmatico e integrato, che si fondi sulla possibilità di ricorrere a tutti gli strumenti disponibili per la soluzione delle crisi e applicabili al caso di specie, nonché sulla velocità di esecuzione degli interventi.

Le modifiche alla Brrd relative al perimetro di applicazione della risoluzione sono state realizzate tramite un ampliamento delle maglie del *public interest* assesment, allo stato non accompagnato dalla necessaria chiarezza definitoria. Si prevede, inoltre, che possa essere adottata una misura di risoluzione anche per le banche che svolgono funzioni essenziali a livello regionale, oltre che nazionale. Su tale rilevante aspetto si auspica che nel corso dell'iter legislativo possano emergere ulteriori elementi e precisazioni. Permane, comunque, un

10

elevato margine di discrezionalità che finora ha sempre negativamente caratterizzato la valutazione dell'“interesse pubblico”.

3.2. *La depositor preference.*

Nell'attuale impianto normativo introdotto dalla Brrd, ai depositi è attribuito un trattamento preferenziale nell'ambito della più generale categoria dei crediti chirografari (è la cosiddetta *depositor-preference*). I sistemi di garanzia dei depositi, in relazione ai pagamenti effettuati a favore dei depositanti protetti della banca in liquidazione coatta amministrativa, nei limiti dell'importo erogato - surrogandosi nei diritti e negli obblighi ai depositanti protetti - partecipano ai riparti di liquidazione in via prioritaria rispetto agli altri creditori chirografari, ivi inclusi anche i depositanti con depositi oltre il limite di garanzia (depositi cosiddetti *eligible*) e gli altri depositi (*super depositor preference* del Dgs).

Per effetto di tale priorità, di fatto anche il possibile coinvolgimento dei Dgs in una procedura di¹¹ risoluzione rappresenta nell'attuale framework un'ipotesi residuale, limitata nell'importo e circoscritta ai casi in cui, dopo che sono stati incisi tutti gli altri creditori con grado di priorità inferiore al Dgs, residuassero perdite che andrebbero in linea teorica a incidere i depositanti protetti, esclusi dalle norme da ogni effetto della risoluzione.

Il sistema di garanzia dei depositi gode, dunque, dello stesso ordine di priorità attribuito ai depositi protetti, in virtù della surroga nei diritti dei medesimi nel rimborso, e ciò incide sull'operatività del medesimo nell'espletamento del proprio mandato istituzionale, specie con riferimento agli interventi alternativi e preventivi per i quali trova applicazione il criterio del *least cost*. Nella vigente impostazione, è infatti alta la probabilità che il Dgs possa recuperare, attraverso i riparti di liquidazione attribuiti in funzione della priorità riconosciuta, se non l'intero ammontare, buona parte dell'importo versato per il

11

rimborso dei depositanti. Ne consegue una riduzione delle stime del costo di liquidazione da considerare nella determinazione della minore onerosità delle misure alternative e preventive, attraverso la comparazione del costo di tali misure con quello dello scenario liquidatorio.

Nella proposta di revisione del CMDI framework è introdotta nella Brrd (v. art. 108) una modifica alla gerarchia dei creditori, con la quale si attua il passaggio da una «*super depositor preference*» (*three-tier depositor preference*) a una «*general depositor preference*» (*single-tier depositor preference*), in cui tutti i depositi, anche quelli non protetti, sono considerati *pari passu*, ma con preferenza rispetto alle altre passività *unsecured*. La modifica della gerarchia ha ovviamente impatto nel calcolo del minor onere, anche con riferimento alla procedura di risoluzione.

La modifica, unitamente alle altre previste della Brrd, impatta in modo significativo sui Dgs, i quali potranno essere chiamati a contribuire nelle procedure di risoluzione e/o di liquidazione con maggiore probabilità ma potranno avere come contraltare maggiori costi a carico del sistema delle banche aderenti (per il reintegro delle risorse utilizzate ai fini del mantenimento del livello-obiettivo della dotazione finanziaria) e con impatto ultimo quindi sulla sostenibilità del sistema finanziario.

In tale quadro si consideri altresì che, a fronte dell'eliminazione della «*super preference*» per il Dgs, la proposta di riforma attribuisce tale status al Single Resolution Fund (Srf), a tutela delle risorse dello stesso ove utilizzate, rispetto ai depositanti e ai sistemi di garanzia.

3.3. *L'uso del Dgs in risoluzione*

Nell'attuale impostazione della Brrd (v. art. 109), i sistemi di garanzia dei depositi sono chiamati a intervenire con proprie risorse nell'ambito della risoluzione, al fine di contribuire alla copertura delle perdite che graverebbero sui depositanti protetti, i quali per espressa

previsione normativa sono esclusi in via permanente da ogni effetto della procedura di risoluzione.

Con la finalità di consentire l'accesso ininterrotto ai depositi si è configurata una funzione di «loss absorber» del Dgs invece dei depositanti protetti, con attivazione del contributo del medesimo in via residuale in funzione della menzionata preferenza attribuita al sistema di garanzia nella gerarchia dei creditori. Inoltre, con la definizione del limite quantitativo alle risorse utilizzabili nella risoluzione (50% delle risorse/livello obiettivo) e l'applicazione del principio del no creditor worse-off (Ncwo), le norme perseguono l'obiettivo di salvaguardare la dotazione finanziaria e la funzione primaria del D.Lgs del rimborso dei depositanti.

La proposta di revisione della Brrd avanzata dalla Commissione europea conferma il principio dell'esclusione permanente dei depositi protetti e dell'intervento del Dgs in loro vece, nonché del no creditor worse-off; tuttavia, rimodulando l'intervento del sistema di garanzia nel finanziamento della risoluzione e, attraverso le modifiche prospettate, tra cui l'eliminazione del cap del 50% delle risorse, l'eventuale copertura del requisito Mrel e la rivisitazione della gerarchia dei creditori con conseguente ampliamento del least cost, lo si rende di fatto attivabile in risoluzione con maggiore probabilità e potenzialmente per importi più elevati.^{12 13}

L'approccio del rinnovato art. 109 è quello di prevedere l'intervento del Dgs in varie ipotesi.

Da un lato, ogni banca è tenuta a costituire un cuscinetto di passività ammissibili al bail-in (requisito Mrel) per consentire l'applicazione dello strumento. Al riguardo, assume rilievo la nuova previsione in base alla quale il Dgs può essere chiamato a coprire il gap per il raggiungimento di tale soglia di passività bail-inabile qualora

¹² Si veda A. PALLINI A. ed altri, *La proposta di nuove regole europee*, cit., pp. 69 e ss.

¹³ Si veda la *Proposta*, cit., p. 5.

la banca sottoposta a risoluzione non abbia Mrel sufficiente a raggiungere la soglia dell'8% individuata, aprioristicamente, per consentire il successivo utilizzo del fondo di risoluzione. E' evidente la portata di una simile previsione in termini di maggiori risorse del sistema di garanzia. Inoltre, nel caso in cui sia applicato lo strumento del bail-in, indipendentemente o in combinazione con lo strumento di asset separation, il contributo del sistema di garanzia è pari all'importo, per il quale sarebbero stati incisi i depositi protetti, per la copertura delle perdite e la ricapitalizzazione della banca in risoluzione.

Dall'altro, nel caso in cui siano utilizzati gli strumenti della cessione di attività/passività o della banca ponte, singolarmente o in combinazione con altri strumenti, il Dgs è chiamato a coprire lo sbilancio di cessione - tra il valore dei depositi protetti e di altre passività di rango pari o superiore e gli attivi trasferiti - nonché, ove necessario, a contribuire per l'importo necessario ad assicurare la neutralità patrimoniale del soggetto acquirente dopo il perfezionamento della cessione. La cessione in discorso può essere anche estesa a depositi non protetti o ad altre passività bail-inabile, che l'Autorità di risoluzione abbia valutato di escludere dagli effetti della risoluzione.

In caso di contributo per la ricapitalizzazione della banca in risoluzione, il Dgs è chiamato a trasferire la partecipazione o altri strumenti di capitale acquisiti al settore privato non appena le condizioni finanziarie e di mercato lo consentano, attraverso procedure aperte e trasparenti e non discriminatorie tra i potenziali acquirenti.

La determinazione dell'onere del contributo del Dgs spetta all'Autorità di risoluzione. Il Dgs, ricevuta la notifica dell'importo del contributo, è tenuto a versarlo «senza indugio». La norma prevede che l'Autorità di risoluzione consulti il sistema di garanzia in merito ai

costi stimati del payout, dunque ai soli fini dell'applicazione del requisito del least cost.

Per come è strutturato il procedimento, possono rilevarsi opacità nelle tempistiche di effettuazione degli interventi e nello scambio di informazioni tra i soggetti coinvolti. Proprio l'effetto che le riforme vorrebbero evitare. Sarebbe quindi auspicabile maggiore chiarezza sulla sequela degli atti e l'effettiva possibilità di interlocuzione del Dgs nella determinazione della misura del contributo, per le connesse implicazioni in termini di funding e contribuzioni da parte delle banche aderenti.

4. La proposta di revisione della Dgsd

Per quanto riguarda la revisione proposta dalla Commissione sulla Dgsd, possono rilevarsi alcuni aspetti di criticità relativi a: 1) gli interventi del Dgs di tipo preventivo e alternativo; 2) il principio del «minor onere» (least cost test); 3) il perimetro dei depositi protetti (oggetto della garanzia).

Quanto alle misure di intervento preventive e alternative, nell'esperienza italiana del Fitd,¹⁴ gli interventi alternativi e preventivi

¹⁴ Si veda *FITD - Relazioni annuali FITD*; C.COSTA, *Crisi bancarie e interventi dei fondi di garanzia*, in *Dir. fall.*, 2020, pp. 1389 e ss.; Un preciso quadro delle esperienze di soluzione delle crisi bancarie italiane a partire del 2015 è in V. SERATA (Direttore dell'unità di risoluzione e Gestione delle crisi, Banca d'Italia) *Risoluzione e liquidazione: esperienze recenti*, in *Atti del Convegno Le crisi bancarie: risoluzione, liquidazione e prospettive di riforma alla luce dell'esperienza spagnola e italiana*, Roma 21 ottobre 2022. I casi esaminati sono: 4 banche Less significant; Banche Venete, Monte dei Paschi di Siena; Banca Carige; Banca Popolare di Bari, AIGIS Banca. Si vedano anche M. RISPOLI FARINA, *La recapitalización cautelar del Monte dei paschi di Siena Y la Liquidación forzosa Administrativa de Vento Banca Y Banca Popolare di Vicenza. Estudio Comparativo*, in GONZALES VASQUEZ - COLINO MEDIIVILLA (a cura di), *Cuestiones Controvertidas de la regulación bancaria. Gobierno, supervisión y resolución de entidades de crédito*, Las Rozas (Madrid), 2018, pp. 325 e ss.; M. RISPOLI FARINA, *La resolución bancaria en Italia. Nuevas tendencias y comparación con Europa*, in GONZALES VASQUEZ - COLINO MEDIIVILLA (a cura di), *Regulación bancaria y actividad financiera*, Las Rozas (Madrid), 2020, pp. 417 e ss.; M. RISPOLI FARINA, *La soluzione delle crisi del Monte Paschi di Siena e delle banche venete nell'ambito della procedura di risanamento e risoluzione delle banche italiane. Uno sguardo di insieme*, in *Studi Senesi*, 2018, n. 3, pp. 224 e ss.; I.VISCO, *Intervento al Convegno "Le crisi bancarie: risoluzione, liquidazione e prospettive di riforma alla luce dell'esperienza spagnola e italiana"*

hanno costituito soluzioni più efficaci ed efficienti della liquidazione atomistica nella gestione delle crisi di banche consorziate di piccole e medie dimensioni, in special modo negli ultimi anni.¹⁵ Il Fitd ha realizzato complessivamente nel corso della sua operatività, interventi per un totale di 3,3 miliardi di euro, salvaguardando in tal modo depositi per un ammontare dieci volte maggiore, pari a 29 miliardi. L'importanza delle misure di intervento alternative e preventive è stata di recente confermata dalla Economic Governance and Emu scrutiny Unit (Egov) che, in una «in depth-analysis» sulla riforma CMDI preparata per la Commissione Econ del Parlamento, ha sottolineato che «Le Dgss sono attori critici in alcune giurisdizioni, finanziando strategie di trasferimento e assicurandone il successo, in particolare negli Stati Uniti e in Giappone, e in Italia nel contesto dell'Ue (sia nel quadro del regime obbligatorio che in quello volontario, a seguito della sentenza Tercas delle corti europee»

In generale, la proposta di emendamenti alla Dgsd muove, tra gli altri, dalla conferma della Commissione circa l'importanza del ruolo attivo svolto dai Dgs nella gestione delle crisi bancarie e se ne auspica un «rafforzamento» nella nuova disciplina, soprattutto in

organizzato dalla Consulenza legale della Banca d'Italia, Roma 21 ottobre 2022, in www.bancaditalia.it/pubblicazioni/interventi-governatore/integov2022/Visco_21102022. Per V. SERATA, *Risoluzione e liquidazione: esperienze recenti*, op. cit., p. 14, i Punti chiave per la revisione del CMDI alla luce dell'esperienza italiana sono: 1) definizione più chiara e armonizzata della valutazione dell'interesse pubblico. 2) ampliamento del perimetro di intermediari da sottoporre a risoluzione, incluse banche di medio piccole dimensioni, quando risulta possibile finanziare il fabbisogno (e.g. MREL) 3) armonizzazione nell'utilizzo dei fondi degli schemi di garanzia dei depositanti, da rendere flessibili per facilitare la fuoriuscita dal mercato delle banche in crisi. 4) armonizzazione di specifici aspetti delle procedure di insolvenza nazionale, per assicurare coerenza in ambito europeo. Per la ricostruzione dell'intervento del Fondo di garanzia dei depositi (FITD) in Italia, S. MACCARONE, *La gestione delle banche less significant. Un problema*, in *Diritto della banca e del mercato finanziario*, n. 3, 2023, pp. 343 e ss.

J. COLINO MEDIAVILLA, *El régimen de la inviabilidad bancaria en la unión europea: cuestiones clave y expectativas de reforma*, in O. CAPOLINO. *Le crisi bancarie: risoluzione, liquidazione e prospettive di riforma alla luce dell'esperienza spagnola e italiana*, BANCA D'ITALIA; di Ricerca Giuridica, n. 95, aprile 2023, pp. 79-104.

¹⁵ S. MACCARONE, *cit.*, p. 351.

situazioni diverse dal rimborso dei depositanti, con l'obiettivo di preservare la fiducia di questi ultimi e la stabilità finanziaria, oltre alla minore onerosità rispetto a risoluzione e liquidazione. La proposta della Commissione lascia ferma, per le misure preventive e alternative, la configurazione di misure «facoltative» - vale a dire la cui implementazione nelle legislazioni nazionali è rimessa alla discrezionalità dei singoli Stati membri - a differenza del rimborso dei depositanti e del finanziamento della risoluzione che restano interventi di tipo «obbligatorio».

In merito agli Interventi preventivi nei "Considerando" della proposta di riforma del CMDI framework si conferma che gli interventi al di fuori del payout possono risultare più convenienti per i Dgs e garantire un accesso ai depositi senza interruzioni. Al riguardo, assume rilievo l'esperienza applicativa di alcuni Stati membri - tra cui l'Italia - in cui i Dgs possono già nell'attuale quadro regolamentare finanziare misure preventive per ripristinare la redditività a lungo termine delle banche aderenti oppure misure alternative in caso di insolvenza. Constatato che gli interventi preventivi e alternativi possono migliorare in modo significativo la protezione dei depositi, la Commissione ha tuttavia ritenuto necessario introdurre e/o armonizzare alcune «salvaguardie» per l'espletamento di tali misure, al fine di garantire condizioni di parità tra i Dgs (*level playing field*), nonché l'efficacia e l'efficienza degli interventi in termini di costi. Con riferimento agli interventi di supporto per prevenire l'insorgere di situazioni di crisi conclamata, la proposta si muove in continuità rispetto all'impostazione della Direttiva attualmente in vigore in merito alle condizioni generali delle misure preventive, che risultano confermate nel nuovo quadro regolamentare, in particolare con riferimento:

al requisito del minor onere, rispetto a un ipotetico scenario di rimborso dei depositanti;

A :

alle procedure e ai sistemi appropriati di cui deve disporre il sistema di garanzia per selezionare la tipologia di intervento, darvi esecuzione e monitorarne i rischi;

alle condizioni imposte dal Dgs alla banca beneficiaria dell'intervento (*inter alia*, rafforzamento dei presidi dei rischi e ampi diritti di verifica sugli impegni assunti da parte del Dgs) e che la stessa si impegna a osservare unitamente a garantire l'accesso ininterrotto dei depositanti ai depositi protetti.

La proposta innova l'impianto regolamentare affiancando nuove e puntuali condizioni a tali requisiti.¹⁶ Una revisione significativa riguarda la predisposizione da parte della banca richiedente l'intervento, consultata l'Autorità competente, di una «nota» che illustri le misure che la stessa si impegna a attuare per ristabilire i requisiti di vigilanza imposti dalla normativa di riferimento (Crd e Crr).

La nota deve contenere tutti gli elementi che mirano a prevenire il deterioramento della situazione finanziaria e a rafforzare la posizione di capitale e di liquidità della banca, consentendogli di rispettare i relativi requisiti prudenziali, anche in ottica prospettica.

In caso di intervento nella forma di supporto al capitale, la nota deve quantificare la richiesta di intervento del Dgs e identificare tutte le misure di raccolta e conservazione del capitale che la banca intende implementare, come ad esempio l'emissione di strumenti computabili nei fondi propri, la conversione volontaria di obbligazioni subordinate, la gestione delle passività, la cessione di attività che generano capitale, la cartolarizzazione di crediti, o l'imposizione di vincoli sulla distribuzione di dividendi e/o sull'acquisizione di partecipazioni in imprese.

Per tale fattispecie di intervento, gli Stati membri assicurano che la detenzione da parte del Dgs di strumenti di partecipazione al capitale sia limitata al tempo occorrente per procedere al loro smobilizzo verso il settore privato non appena le circostanze dal punto di vista

¹⁶ Si veda: Illustrazione dettagliata delle singole disposizioni della proposta, in *Proposta, cit.*, pp. 12 e ss.

finanziario lo consentano. Qualora l'intervento preventivo assuma la forma di supporto alla liquidità della banca, si deve invece prevedere fin da subito un piano di rimborso della misura concessa dal Dgs.

Nel complesso, le specificazioni da sottoporre al Dgs per richiederne l'intervento devono essere coerenti con il capital conservation plan richiesto dall'Autorità di vigilanza e, se è applicabile il framework sugli aiuti di Stato, con il piano di ristrutturazione da sottoporre alla Commissione europea. L'intervento preventivo può essere implementato previa conferma da parte dell'Autorità designata che tutte le condizioni sopra citate siano soddisfatte. L'Autorità designata notifica tale accertamento alle Autorità di vigilanza e di risoluzione.

Inoltre, per garantire che la banca beneficiaria dell'intervento preventivo del Dgs rispetti gli impegni assunti, la proposta prevede che l'Autorità di vigilanza richieda un piano di recupero (*remediation plan*) alla banca inadempiente, con indicazione delle iniziative e le relative tempistiche necessarie per ristabilire il rispetto dei requisiti prudenziali, assicurare la *long term viability* e, se del caso, restituire al Dgs l'ammontare del supporto ricevuto.

Qualora l'Autorità di vigilanza ritenga che le misure previste nel remediation plan non siano in grado di garantire la redditività a lungo termine della banca, il Dgs non può effettuare un ulteriore intervento preventivo nei confronti della medesima banca.

Per assicurare un approccio coerente all'applicazione delle misure preventive, è richiesto all'Eba di definire linee guida sugli elementi principali della nota di accompagnamento alla richiesta di intervento e il *remediation plan*.

L'esperienza degli ultimi anni con i noti casi di crisi bancarie ha dimostrato come una efficace attuazione delle misure di intervento preventivo consenta al sistema di garanzia di evitare conseguenze peggiori sul sistema delle aderenti, anche in termini di salvaguardia della fiducia e degli interessi di tutti gli *stakeholder*. Attraverso il rafforzamento della fiducia, i sistemi di garanzia dei depositi

contribuiscono, peraltro, a minimizzare il rischio che si inneschino meccanismi di contagio sulle altre banche.

Quanto agli interventi alternativi, ferma restando la natura facoltativa delle misure alternative, nel rinnovato quadro regolamentare disegnato dalla proposta della Commissione si conferma che gli interventi della specie possono essere effettuati, in alternativa al rimborso dei depositanti e, quindi, nell'ambito di procedure di insolvenza nazionali, nella forma di cessione di attività e passività o trasferimento di depositi o beni e rapporti giuridici individuabili in blocco, per consentire l'accesso ai depositi senza soluzione di continuità e a condizione che l'onere connesso all'intervento non superi il costo che il Dgs dovrebbe sostenere per il rimborso dei depositanti.

Al riguardo, è stata introdotta una nuova previsione in base alla quale i Dgs possono effettuare interventi alternativi a condizione che la banca cedente - e per essa si intenderebbe, verosimilmente, gli organi della liquidazione - abbia messo in atto una procedura trasparente e competitiva per il trasferimento di attività, passività e rapporti giuridici al soggetto cessionario.¹⁷

Quanto al principio del minor onere (*least cost*) è il principio in base al quale gli interventi di un Dgs in risoluzione, preventivi o alternativi, possono essere effettuati sempre che comportino un costo inferiore rispetto all'onere che deriverebbe dal rimborso dei depositanti in uno scenario di liquidazione cosiddetta atomistica. Occorre pertanto calcolare tale onere e confrontarlo con il costo dell'intervento che il Dgs intende attuare (*least cost test*). Allo stato, non vi è sul piano normativo generale una vera e propria regolamentazione di dettaglio

¹⁷ In particolare, ferma restando la disciplina in materia di aiuti di Stato in presenza di soggetti pubblici, il processo di marketing deve essere effettuato nel rispetto delle seguenti condizioni aperto e trasparente e rappresenta fedelmente le attività, passività e rapporti giuridici da trasferire; non è discriminatorio e non favorisce né conferisce alcun vantaggio a uno o più dei potenziali acquirenti; non sussiste alcun conflitto di interessi; tiene conto della necessità di attuare una soluzione rapida; mira a massimizzare, per quanto possibile, il prezzo di vendita dei beni ceduti.

del calcolo del *least cost*. Pertanto, la relativa applicazione del *least cost* rientra a oggi nell'autonomia dei sistemi di garanzia.

La proposta della Commissione mira a colmare tale gap legislativo, individuando alcuni requisiti principali per l'effettuazione del test a livello armonizzato e rimettendo all'Eba il compito di emanare appositi standard i relativi dettagli tecnici (*Regulatory Technical Standard, Rts*). In dettaglio, nella stima degli oneri complessivi di un intervento diverso dal payout, il Dgs deve tener conto dei connessi recuperi/ricavi previsti, delle spese operative e delle perdite potenziali. Per gli interventi in risoluzione e alternativi - e non, quindi, per quelli di tipo preventivo - il Dgs deve basare la stima dei costi nello scenario ipotetico di rimborso dei depositanti (*counterfactual*) sulle valutazioni disciplinate nella Brrd, da effettuare prima dell'avvio di un'azione di risoluzione.

Si fa riferimento, in particolare, sia alla valutazione - equa, prudente e realistica - delle attività e passività della banca, condotta da un esperto indipendente nominato dall'Autorità di risoluzione (ovvero, in via provvisoria, dall'Autorità stessa) per determinare la sussistenza delle condizioni per la risoluzione, la riduzione o conversione degli strumenti bail-inabile (Valutation 1), sia alla stima del trattamento che azionisti e creditori subirebbero se la banca fosse sottoposta a liquidazione.

Inoltre, per tutte le tipologie di intervento diverse dal pay-yout, nella stima dello scenario counterfactual è stata riconosciuta dalla Commissione la rilevanza dei cosiddetti «costi indiretti» connessi al rimborso dei depositanti, tra l'altro sostenuta e di fatto applicata dal Fitd nella propria esperienza consolidata.

Al riguardo, occorre evidenziare che il calcolo del costo della liquidazione atomistica della banca non può, infatti, essere circoscritto alla semplice differenza tra l'importo dei depositi rimborsati e l'ammontare stimato dei recuperi di liquidazione (oneri diretti), ma deve tener conto anche degli eventuali oneri indiretti che possono

gravare sul sistema delle banche aderenti dalla liquidazione della banca.

In tal senso, la proposta della Commissione prevede l'inclusione degli oneri indiretti connessi al reintegro delle risorse utilizzate dal Dgs per l'effettuazione dell'intervento, ai fini del ripristino del target-level dello 0,8%, e ai potenziali costi addizionali in capo al Dgs per il finanziamento di tali risorse (ad esempio, in caso di utilizzo di linee di credito). Non sono stati invece previsti nella Proposta i potenziali costi indiretti connessi all'effetto contagio che la liquidazione di una banca potrebbe avere sulle altre banche consorziate. In aggiunta, con l'obiettivo di "fattorizzare"¹⁸ nel calcolo del counterfactual l'importanza che rivestono le misure preventive nello svolgimento del mandato dei Dgs, con riferimento solamente a tale tipologia di intervento, è stata inserita una disposizione in base alla quale all'expected ratio of recoveries (nello scenario di rimborso dei depositanti, presumibilmente inteso come il rapporto tra i riparti spettanti al Dgs e l'ammontare dell'esborso immediato del Dgs, pari ai depositi protetti) deve essere applicato un ulteriore haircut del 15% (ad esempio, il ratio deve essere moltiplicato per una percentuale forfettariamente individuata pari a 85%). In ogni caso, si prevede che il costo stimato dell'intervento del Dgs non sia superiore all'ammontare dei depositi protetti della banca beneficiaria dell'intervento medesimo. Ai fini del calcolo del least cost, le Autorità di vigilanza e di risoluzione collaborano con il Dgs e forniscono a quest'ultimo tutte le informazioni necessarie; in particolare, l'Autorità di risoluzione deve trasmettere al Dgs la stima del contributo di quest'ultimo nell'ambito di un intervento in risoluzione.

Come si è evidenziato, l'Eba avrebbe il compito di elaborare norme tecniche di regolamentazione del calcolo del minor onere, con riferimento alle metodologie per la stima dei costi a carico del Dgs nello scenario diverso dal payout e in quello di rimborso dei

¹⁸ Si veda in proposito A PALLINI ed altri, *La Proposta di nuove regole europee sulle crisi bancarie: cosa cambia per il sistema di garanzia dei depositi*, cit, p.73

depositanti, ivi incluso il calcolo del ratio of recoveries, nonché alle modalità di contabilizzazione del costo opportunità (change value of money) relativo all'utilizzo delle risorse del Dgs.

Quanto allo Oggetto della garanzia, tra le novità più significative e più discusse della proposta vi è l'estensione dell'ambito di tutela dei Dgs. In particolare, nell'oggetto della tutela rientrerebbero ora le public authorities (scuole, ospedali, piccole comunità locali, ecc.) e viene inoltre confermata la tutela dei client funds, per i quali le linee guida dell'Eba in materia di calcolo delle contribuzioni prevedono di considerare, da luglio 2024, l'intero ammontare della raccolta, qualora non si disponga di informazioni puntuali sui depositi protetti afferenti ai singoli beneficiari sottostanti.

Nella proposta si realizzerebbe una estensione soggettiva dei soggetti ammissibili alla tutela, ma non un superamento del limite quantitativo della garanzia. L'approccio descritto dalla Commissione sembrerebbe dunque propendere verso la tutela della public authority fino a 100.000 euro, senza applicazione di ulteriori differenziazioni.

Con riferimento ai beneficiary account, sulla base di una recente ricognizione realizzata dal Fitd presso le banche consorziate si è rilevato che la loro identificazione non è immediata, stanti anche le attuali istruzioni per la compilazione delle segnalazioni periodiche alle Autorità e i vincoli imposti dalle norme sulla tutela della privacy.

In linea di prima approssimazione, una stima dei beneficiary account ammonta complessivamente a circa 4,7 miliardi di euro, solo in minima parte qualificabili come depositi protetti (100.000 euro per ciascun depositante sottostante). In ragione delle basse percentuali suddette,¹⁹ l'impatto sul calcolo delle contribuzioni derivante dall'inclusione dei beneficiary account secondo le linee guida dell'Eba sembrerebbe a oggi essere sottostimato. Con riferimento alle amministrazioni pubbliche, dall'analisi condotta è emerso che l'applicazione del limite di copertura di 100.000 euro per singola

¹⁹ Così A. PALLINI A ed altri, cit, p.74

posizione comporterebbe un incremento contenuto dei depositi protetti, nell'ordine di circa 4,5 miliardi di euro

L'analisi quantitativa e gli impatti operativi sono senza dubbio la base di partenza per comprendere la portata del fenomeno, in considerazione del fatto che la proposta di riforma mira a migliorare taluni aspetti della vigente normativa, anche in relazione all'esperienza maturata nell'applicazione delle regole.

Con riferimento all'oggetto della tutela, appare indubbiamente da condividere l'opportunità e la convenienza di tali estensioni, che devono essere comunque in linea con il mandato dei Dgs e con l'obiettivo finale di salvaguardare la stabilità del sistema in situazioni di crisi.

5.-La proposta di revisione e le implicazioni sul least cost

Può essere utile richiamare un preliminare esercizio di stima effettuato dal Fitd²⁰ delle potenziali implicazioni degli emendamenti proposti dalla Commissione sul calcolo dell'onere complessivo in uno scenario di liquidazione (least cost). Nel dettaglio, si è comparato la stima dell'onere complessivo a carico del Fitd relativamente a quattro recenti interventi con la pari stima dell'onere computato tenendo conto delle revisioni proposte dalla CMDI.

Da tale esercizio emerge che, nello scenario di liquidazione coatta amministrativa con rimborso dei depositanti (counterfactual), l'ipotetico costo a carico del Dgs sarebbe significativamente maggiore - almeno tre volte superiore - di quello stimato sulla base della metodologia attualmente applicata dal Fitd. Più in dettaglio, riparametrando su base 100 il totale delle attività delle banche per le

²⁰ Riportata in A. PALLINI A. et al, *cit.*

quali il Fitd ha applicato il least cost test negli interventi considerati nell'esercizio, il costo nello scenario counterfactual sarebbe stato mediamente pari al 7 (su base100) con la metodologia attualmente in uso e 23 con la nuova metodologia proposta dalla Commissione.

Tale incremento è sostanzialmente determinato dai seguenti fattori:

a) il potenziale incremento dei depositi protetti, connesso all'ampliamento della tutela ai depositi delle amministrazioni pubbliche e alla modifica sul calcolo dei depositi afferenti a beneficiary account;

b) la riduzione dei recuperi spettanti al Dgs in virtù dell'abolizione della super depositor preference (current-tier, con i depositi protetti che assumono un rango superiore rispetto agli altri depositi) in favore di una single-tier depositor preference, dove tutti i depositi - anche quelli non protetti dal Dgs - concorrono *pari passu* ai riparti della procedura;

c) l'ulteriore riduzione, solo in caso di interventi preventivi, della stima dei recuperi da applicare forfettariamente.

d) nella misura del 15% (ad esempio, l'85% dell'expected ratio of recoveries).

e) L'impatto sarebbe ancor più marcato per quei Dgs che, a differenza del Fitd che ne ha da sempre sostenuto l'introduzione, non considerano nel processo di calcolo gli oneri indiretti connessi al rimborso dei depositanti.

6. Un bilancio su vantaggi e svantaggi della proposta

In sede conclusiva, si possono formulare alcune considerazioni sulle implicazioni della proposta di revisione quanto alla operatività dei sistemi di garanzia dei depositi.

Il lavoro di revisione della Commissione, in linea generale, è stato supportato in via preliminare dall'Eba che ha predisposto specifiche

opinions su alcuni dei temi di maggior rilievo dell'attuale Dgsd.²¹ Il lavoro si è realizzato nell'ambito di un'apposita task force dell'Autorità dedicata ai sistemi di garanzia dei depositi, alla quale hanno partecipato le Autorità designate, i Dgs pubblici e alcuni Dgs privati che sono stati invitati a prendere parte ai lavori, tra cui anche il Fitd. I Dgs, in qualità di practitioners della materia, come è logico pensare, hanno svolto un ruolo significativo e hanno contribuito in maniera incisiva a proporre soluzioni ad alcune lacune dell'attuale frame work.

Per contro, va segnalato che sono presenti diversi ulteriori elementi della proposta di revisione CMDI, non affrontati nei lavori della task force poiché intervenuti successivamente nel dibattito, che possono rappresentare elementi di criticità per l'operatività dei Dgs.

Al riguardo, un primo elemento come si è già rilevato, è rappresentato, congiuntamente, dalla revisione del *public interest test* e dall'accresciuta importanza attribuita alla procedura di risoluzione rispetto alla liquidazione. L'allargamento delle "maglie" del test, di fatto, si traduce nell'ampliamento dello spazio di manovra a disposizione delle Autorità di risoluzione per la definizione dei piani di risoluzione. In tale contesto, è ragionevole attendersi che gli scenari liquidatori potranno essere meno frequenti, residuali rispetto alla procedura di risoluzione. Ciò comporterebbe l'assunzione di pari caratteristica di residualità anche per gli interventi (alternativi) del Dgs, che si realizzano nel contesto della liquidazione. In altre parole, un tipo di operatività del Dgs, la misura alternativa appunto, che si è mostrata molto efficace nel passato, in specie nell'esperienza del Fitd, potrebbe risultare limitata dal più frequente ricorso alla risoluzione proposto dalla revisione regolamentare. Un secondo elemento di riflessione attiene al ruolo del Dgs nella risoluzione, così come ridisegnato dalla Commissione. Secondo la regolamentazione oggi vigente, come già sottolineato, l'attuale procedura di risoluzione chiama in causa il Dgs solo quando il livello di perdite sia tale da

²¹ Si veda il richiamo in *Proposta*, cit, p.4.

intaccare potenzialmente i covered deposit. Con la riforma del CMDI framework il Dgs non è più assistito dalla super preference. Nel caso di banche che non abbiano un livello di Mrel almeno pari all'8%, inoltre, il Dgs sarebbe chiamato a intervenire per assorbire le perdite e soddisfare il requisito dell'8% posto come condizione di accesso al fondo di risoluzione. Inoltre, ancora, la proposta legislativa intende cancellare il limite massimo di intervento del Dgs pari al 50% delle risorse/livello obiettivo. In altre parole, il Dgs non interverrebbe quale ultimo cuscinetto di assorbimento delle perdite, ma in via anticipata prima del Fondo di risoluzione. Il Dgs agirebbe da player cruciale nel funding della risoluzione pur sempre nei limiti del least cost e del funding gap individuato dalla risoluzione.

Si tratta di un approccio al finanziamento della risoluzione rovesciato rispetto allo stato attuale. Peraltro, il Dgs svolge una funzione compensatoria di insufficienza di Mrel, riferita in particolare alle banche di piccole o medie dimensioni che hanno difficoltà ad accedere al mercato dei capitali per collocare gli strumenti ammissibili al requisito. In altre parole, l'inadeguatezza di Mrel per talune banche è, per così dire, "socializzata", con oneri a carico delle restanti banche affiliate al Dgs.²² Il funding della risoluzione per le banche poste in risoluzione con carenza di Mrel diviene, nei fatti, basato su risorse domestiche, utilizzate in via prioritaria rispetto al fondo di risoluzione, in particolare del Single Resolution Fund costituito con risorse mutualizzate nell'Unione Bancaria.

Un terzo profilo di criticità riguarda le implicazioni in termini di costi per il Dgs, con conseguenti ricadute sulle banche aderenti al medesimo, attraverso l'incremento potenzialmente anche rilevante delle contribuzioni. A ben vedere vi sono tre principali driver che spingono in aumento l'onere risultante della proposta di revisione. In primis, l'accresciuta probabilità che le risorse dei Dgs siano utilizzate

²² In merito vedi le perplessità di L.F. SIGNORINI, *cit.*, p. 8. Per le perplessità espresse dal Europea Forum of Deposit insurers (EFDI) v. *Borsa Italiana*, 13 novembre 2023.

in risoluzione; secondo, l'allargamento del perimetro dell'oggetto della garanzia alle public authorities, sebbene non sia agevole, per mancanza di dati puntuali, la stima del relativo impatto sul totale dei depositi protetti; simili considerazioni attengono alla prospettata inclusione dei beneficiary account nella base di calcolo delle contribuzioni. Non da ultimo, l'eliminazione della super-depositor preference che impatta sul calcolo del least cost, consentendo, comunque, un maggior margine di manovra del Dgs per gli interventi diversi dal rimborso dei depositanti.

Vanno ancora operate osservazioni riguardano gli interventi preventivi e alternativi. Sul punto, i Dgs europei hanno espresso forti critiche sulle condizioni previste dalla proposta della Commissione, in particolare sulla nota di accompagnamento alla richiesta di intervento e sul remediation plan, contenenti le misure che la banca richiedente si impegna a porre in essere per ristabilire la long term viability. L'insieme di tali condizioni, alcune delle quali anche molto stringenti, in aggiunta a quelle relative al least cost, potrebbero produrre l'effetto di rendere, di fatto, difficilmente implementabili gli interventi di tipo preventivo. Va comunque osservato che, nella disciplina statutaria del Fondo italiano, sono già presenti condizioni simili per la predisposizione del piano di ristrutturazione. La stessa Commissione, probabilmente consapevole della complessità del quadro tracciato, nel dettare i tempi della ipotetica entrata in vigore di tali norme negli ordinamenti nazionali ha previsto un termine di 48 mesi, pari al doppio rispetto a quello (24 mesi) delle altre norme di emendamento alla Dgsd.

In relazione, infine, agli interventi alternativi, il processo di "marketing" del compendio da cedere non appare coerente con la necessità di implementare un'azione rapida ed efficace, che non pregiudichi l'accesso dei depositanti ai conti. L'esperienza concreta suggerisce che il processo di selezione di potenziali acquirenti richiede tempi di non facile previsione, connessi soprattutto all'individuazione di più soggetti effettivamente interessati a prendere

parte all'operazione, che devono essere messi nelle condizioni di operare in maniera competitiva tra loro, sulla base di un processo chiaro e trasparente strutturato in diverse e apposite fasi preparatorie, esecutive e di perfezionamento dell'operazione.

A ciò si aggiunga che allo stato non è chiaro quale debba essere l'organo della banca deputato a condurre tale processo e quando debba avviarlo (il management o i commissari nominati dalla Vigilanza? Il processo di marketing deve essere effettuato prima o dopo l'avvio della liquidazione coatta amministrativa?). L'insieme di tutti questi interrogativi lascerebbe supporre che l'emendamento proposto sia difficilmente conciliabile con la priorità di mettere in atto, come dimostrato dall'esperienza applicativa, un'azione altamente pragmatica, coordinata e veloce. Restano da chiarire numerosi aspetti della proposta legislativa nella parte riferita agli interventi dei Dgs, in primis quelli concernenti le tempistiche degli scambi di informazioni e le competenze dei molteplici soggetti coinvolti al fine di garantire una efficace prevenzione e tempestiva gestione delle crisi, attraverso regole e processi efficienti ed efficaci e tempi rapidi di esecuzione. Appare comunque importante prevedere un ruolo maggiore e formalizzato dei Dgs nelle interlocuzioni con le Autorità nazionali ed europee, al fine di definire congiuntamente, e in maniera proattiva e collaborativa, la misura di intervento più efficace ed efficiente, in linea con le migliori pratiche.²³

Last but not least, un ulteriore aspetto di riflessione riguarda la normativa sugli aiuti di stato e gli interventi dei Dgs. La proposta di revisione della Commissione non ha toccato il punto, sebbene gli stessi abbiano una rilevanza significativa per gli impatti sull'operatività dei sistemi di garanzia proprio nell'ambito della regolamentazione oggetto di revisione, nonché tenuto conto della

²³ *Decisamente contrario alla Proposta di riforma dei DGS*, S. MACCARONE, *La gestione delle banche less significant, Un problema irrisolto, cit.*, pp. 343 e ss.

recente giurisprudenza favorevole in merito a sostegno dell'ampia portata del mandato dei sistemi di garanzia.²⁴

²⁴ La Commissione europea, con decisione del 21 settembre 2023, nel riesaminare il caso Tercas in conformità delle pronunce del Tribunale e della Corte di giustizia europei, ha concluso che il sostegno concesso dal Fitd alla banca non era imputabile all'Italia e dunque non costituiva un aiuto di Stato illegittimo.

Sulla problematica suscitata dal caso Tercas si veda L. SCIPIONE, *Aiuti di Stato, crisi bancarie e ruolo dei Fondi di garanzia dei depositanti*, in *Giur. comm.*, 2020, I, pp. 184 e ss.; M. CLARICH - P.E. PISANESCHI, *"Aiuti di Stato e tutela della concorrenza: i casi Tercas, Monte dei Paschi e Carige"*, in P. CHITI - V. SANTORO (a cura di), *Il diritto bancario europeo. Problemi e prospettive*, Pisa, 2022, pp. 159 e ss.; G. BOCCUZZI, *"Le crisi bancarie in Italia (2014-2020). Insegnamenti e riflessioni per la regolamentazione"*, BANCARIA EDITRICE, Roma, 2022, pp. 50-54.

Sull'applicazione dell'art. 31, primo comma, D.L. n. 78 del 2010, in corso di sequestro ex D.Lgs. n. 159 del 2011

di Salvatore Muleo

Professore ordinario di Diritto tributario - Dipartimento di Scienze Aziendali e Giuridiche dell'Università della Calabria

ABSTRACT

The tax profiles of companies subject to measures adopted on the basis of the so-called anti-mafia code pursuant to Legislative Decree no. 159 of 2001 are not always clear and linear.

In particular, a problem arises regarding the application of the art. 31, first paragraph, Legislative Decree 78 of 2010, as converted and then amended, in the course of seizure pursuant to Legislative Decree no. 159 of 2011, perhaps also for the case in which tax deeds are issued after the seizure, but with reference to previous years, and have been challenged.

In particular, doubt exists regarding the possibility of carrying out compensations between tax credits arising after seizure and tax debts also post seizure, despite the provisions of the art. 31, first paragraph, Legislative Decree n. 78 of 2010.

A particular question, which leads us to reflect on the applicability of the institute.

SINTESI

I profili tributari delle imprese assoggettate a provvedimenti adottati sulla scorta del c.d. codice antimafia di cui al D.Lgs. n. 159 del 2001 non sono sempre chiari e lineari.

In particolare, si pone un problema in ordine all'applicazione dell'art. 31, primo comma, D.L. 78 del 2010, come convertito e poi modificato, in corso di sequestro ex D.Lgs. n. 159 del 2011, magari anche per il caso in cui siano emessi atti impositivi in epoca successiva al sequestro, ma con riferimento ad anni antecedenti, e siano stati impugnati.

In specie, il dubbio sussiste circa la possibilità di effettuare compensazioni tra crediti tributari insorti post sequestro e debiti tributari sempre post sequestro, nonostante il dettato dell'art. 31, primo comma, D.L. n. 78 del 2010.

Una questione particolare, che induce a riflettere sull'applicabilità dell'istituto.

SOMMARIO

- 1.** La disciplina positiva - **2.** Le diverse interpretazioni possibili
- **3.** La risposta n. 919-46/2024 all'interpello e le sue criticità

1. La disciplina positiva

Ai fini della disamina della questione occorre prendere come base di partenza la disciplina normativa sancita dall'art. 31, primo comma, D.L. 78 del 2010.

Ebbene, in base a detto articolo è ordinariamente disposto il divieto di compensazione per i crediti di cui all'articolo 17, comma 1, del decreto legislativo 9 luglio 1997, n. 241, relativi alle imposte erariali, fino a concorrenza dell'importo dei debiti, di ammontare superiore a millecinquecento euro, iscritti a ruolo per imposte erariali e relativi accessori, e per i quali è scaduto il termine di pagamento.

Con questa disposizione si deve raffrontare la disciplina speciale stabilita dal D.Lgs. n. 159 del 2011.

L'art. 50 D.Lgs. n. 159 del 2011, dopo aver stabilito al primo comma la sospensione delle procedure esecutive dei concessionari di riscossione pubblica, al secondo comma dispone che nelle ipotesi di confisca dei beni, aziende o partecipazioni societarie sequestrati, i crediti erariali si estinguono per confusione ai sensi dell'articolo 1253 del codice civile. E poi aggiunge nel periodo successivo che "entro i limiti degli importi dei debiti che si estinguono per confusione, non si applicano le disposizioni di cui all'articolo 31, comma 1, del decreto-legge 31 maggio 2010, n. 78, convertito, con modificazioni, dalla legge 30 luglio 2010, n. 122."

La norma, di non particolare fattura e chiarezza, non si occupa espressamente del sequestro disposto in applicazione del D.Lgs. n.

159 del 2011, ma solamente della confisca, in relazione alla quale, con ovvia disposizione, ha previsto l'estinzione per confusione dei crediti erariali, per via della sopravvenuta coincidenza tra soggetto attivo e soggetto passivo del rapporto in seguito alla confisca medesima.

2. Le diverse interpretazioni possibili

L'interpretazione letterale non appare né piana né agevole. L'ermetica statuizione secondo cui "entro i limiti degli importi dei debiti che si estinguono per confusione, non si applicano le disposizioni di cui all'articolo 31, comma 1, del decreto-legge 31 maggio 2010, n. 78, convertito, con modificazioni, dalla legge 30 luglio 2010, n. 122" difficilmente può riferirsi alla confisca. Ma bisogna percorrere questa ipotesi interpretativa, che non è priva di addentellati giurisprudenziali, come si dirà appresso. Proprio per via della confusione¹ tra debiti e crediti erariali, che interviene *ex lege* allorché è disposta la confisca, all'epoca della confisca la questione della compensazione dei crediti per imposte erariali con i debiti risultanti allo stesso titolo appare difficilmente prospettabile, poiché i crediti estinguibili in quel momento sono già estinti per confusione e, per la parte rimanente, occorre considerare che si è in sede di riparto.

E' ben vero che Cass. n. 15601 del 22 luglio 2020 ha sottolineato che "questa Corte ha già chiarito che "il fatto che l'estinzione dei debiti avvenga nei limiti in cui si verifica la confusione si evince dal D.Lgs. n. 159 del 2011, art. 50, comma 2, seconda parte" (disposizione nella quale è oggi trasfusa la norma invocata dal ricorrente) "ove si prevede che le limitazioni alle ulteriori compensazioni valgono solo per gli importi che non si estinguono per compensazione. Ne consegue che l'estinzione del credito erariale nel caso che occupa può avvenire solo nei limiti in cui il credito stesso

¹ L'Agenzia delle Entrate, con risposta del 16.9.2013 ad un'istanza di interpello del 14.8.2013, ha concluso che l'estinzione delle obbligazioni tributarie per confusione avviene per tutti i debiti di natura erariale.

abbia trovato capienza nel patrimonio della società oggetto di confisca" (Cass. 03/01/2019, n. 56)". Questo enunciato è stato poi ripetuto in Cass. nn. 28699 e 28717 del 18 ottobre 2021, Cass. 3356 del 3.2.2022.

Il principio su cui le sentenze si sono focalizzate è che il rapporto tra l'Erario e il debitore si conclude, ma nel limite del valore assegnato nel riparto².

Ma, sebbene tali sentenze non abbiano trattato il tema delle compensazioni in pendenza di sequestro ex D.Lgs. n. 159 del 2011, purtuttavia, esse hanno assegnato al secondo periodo dell'art. 50, secondo comma, citato, una funzione che riconoscerebbe al dettato normativo stesso una operatività nel caso della confisca. Operatività che è difficile intravedere (poiché, allorquando interviene la confisca, vi è una cessazione delle attività di conservazione e si effettua la fase del riparto, che fisiologicamente esclude le compensazioni), ma della cui lettura ad opera della Suprema Corte occorre prendere atto.

Se così fosse - e cioè se il secondo periodo del secondo comma dovesse esser letto effettivamente come riguardante l'ipotesi della confisca - occorrerebbe domandarsi se il silenzio del legislatore del D.Lgs. n. 159 del 2011 sul sequestro possa esser colmato facendo ricorso all'istituto dell'analogia, applicando così anche per il sequestro la regola posta per la confisca. Ovvero, al contrario, se la previsione espressa per la confisca non sottenda la volontà del legislatore di non disciplinare in egual maniera il divieto di compensazione ex art. 31, primo comma, D.L. 78 del 2010 per il sequestro.

Si tratterebbe di applicare, cioè, gli ordinari canoni interpretativi.

Questi essendo gli elementi da esaminare, il criterio interpretativo *ubi voluit dixit* potrebbe apparire in qualche modo sminuito dalla (generalmente riconosciuta) mancata compiutezza dei profili fiscali da parte del legislatore del D.Lgs. n. 159 del 2011 per le imprese assoggettate ad esso.

² Cfr. F. CIMINO, *L'estinzione dei crediti erariali per confusione a seguito della confisca dei beni*, in *Riv. Guardia di Finanza*, 2022, p. 61 s.

L'applicazione analogica della regola posta dall'art. 50, secondo comma, secondo periodo, D.Lgs. n. 159 del 2011 potrebbe invece trovare un forte appiglio nella disposizione di cui all'art. 104-bis, comma 1-bis, disp. att. al c.p.p. secondo cui "In caso di sequestro disposto ai sensi dell'articolo 321, comma 2, del codice o di confisca ai fini della tutela dei terzi e nei rapporti con la procedura di liquidazione giudiziaria si applicano, altresì, le disposizioni di cui al titolo IV del Libro I del citato decreto legislativo." Esprimendo così una compatibilità strutturale tra le regole di cui al titolo IV D.Lgs. n. 159 del 2011 (che inizia proprio con l'art. 50 in esame) ed il sequestro disposto ai sensi dell'art. 321 comma 2 c.p.p.

L'altra opzione interpretativa consiste invece nel riferire la previsione dell'art. 50, secondo comma, secondo periodo, del D.Lgs. n. 159 del 2011 all'altro istituto contemplato nel corpo delle disposizioni, vale a dire al sequestro. La dizione entro i limiti degli importi dei debiti "che si estinguono per confusione" si intenderebbe come facente riferimento ai debiti "che potranno" estinguersi per confusione ovvero "che saranno estinguibili" a tale titolo. Essendo il sequestro funzionale alla confisca, cronologicamente ad essa propedeutico e disciplinato nello stesso D.Lgs. n. 159 del 2011, la norma, letta così, lo ricomprenderebbe e disapplicherebbe in tal caso l'ordinario divieto di compensazione ex art. 31, primo comma, D.L. 78 del 2010.

Detta opzione non è priva di logica, come si vedrà appresso, ma comporterebbe in certo modo una lettura non esattamente letterale della norma. Con le perplessità che conseguono in base agli ordinari canoni interpretativi circa il superamento del dato letterale.

Una conferma potrebbe cogliersi con l'interpretazione sistematica.

La disciplina del D.Lgs. n. 159 del 2011 provoca, in ragione dei rilevanti interessi pubblici in gioco, un vistoso impatto nella gestione delle imprese in via ordinaria, causando tra i soggetti gerenti una dissociazione notevolmente simile, anche se non identica, a quel che avviene nelle dinamiche fallimentari.

Esiste quindi una rilevazione dei debiti dell'impresa alla data dell'intervento giudiziale, con riferimento alla quale gli organi giudiziari hanno una funzione di controllo, ed è del tutto separata la vicenda dei debiti insorti durante la procedura.

In tale quadro di separazione delle gestioni e di decisivo intervento degli organi giudiziari, la disapplicazione dell'ordinario divieto di compensazione ex art. 31, primo comma, D.L. n. 78 del 2010 per i debiti d'imposta relativi al periodo antecedente al sequestro (e quindi alla confisca) apparirebbe coerente sia con il sistema di accertamento dei debiti antecedenti il sequestro medesimo (mediante insinuazione al passivo, controllo giudiziale e liquidazione secondo l'ordine delle preferenze stabilite dalla legge) sia con la necessità di impedire che uno dei creditori (sia pur l'Erario) acquisisca vantaggi successivamente al sequestro in danno degli altri ed in spregio dei provvedimenti giudiziali sullo stato passivo. Sia, ancora, con la generale sospensione delle procedure a carico dell'impresa del preposto, dalla quale è possibile desumere il superamento delle tutele individuali e l'affidamento delle valutazioni sulle attività da svolgere in corso di sequestro agli organi della procedura.

Rispettando il principio di separazione sancito dalla norma speciale del D.Lgs. n. 159 del 2011, la valutazione delle ragioni dei creditori ed il loro soddisfo sono così affidati agli organi giudiziari della procedura in una forma di liquidazione che supera le iniziative individuali, che per l'appunto sono bloccate ed interdette.

La permanenza del divieto di compensazione tra crediti verso l'Erario post sequestro e debiti erariali ante sequestro non avrebbe ragion d'essere in termini di tutela degli interessi erariali quanto alla riscossione, poiché anche le potestà ordinarie in tema di procedure esecutive di riscossione sono sospese *ex lege* in pendenza di sequestro. L'assegnazione di somme al creditore-Fisco prescinde, in tal caso, da ogni volontà dell'ex gerente dell'impresa (il proposto) ed è affidata esclusivamente agli organi della procedura, che la eseguono secondo i dettami della legge speciale. L'attribuzione di

un'utilità aggiuntiva al creditore-Fisco ante sequestro mediante l'imputazione di somme generatesi con attività effettuate post sequestro sarebbe quindi eversiva rispetto al piano di riparto redatto dagli organi della procedura.

E' chiara peraltro in giurisprudenza l'assoluta cesura tra la gestione ante sequestro e quella post sequestro.

In specie, la Corte di cassazione ha avuto modo di ribadire, con la sentenza n. 5865/2019, che il criterio della *par condicio creditorum*, comune alle procedure fallimentari, non è stravolto dalla presenza di ragioni creditorie dell'Erario, presenza dalla quale non si deve dedurre una ragione di prededuzione su quei crediti stessi³.

Non parrebbe sistematicamente incoerente pertanto che l'amministratore giudiziario in corso di sequestro - mentre provvede ordinariamente agli adempimenti tributari di contabilità, dichiarazione e versamento⁴ - potesse procedere ad effettuare le compensazioni

³ "...Secondo il Collegio, la ricostruzione operata dal Tribunale milanese, secondo cui anche il credito erariale va accertato secondo le disposizioni di cui agli artt. 57 e seguenti D.Lgs. n. 159/2011, salvo estinguersi per confusione una volta accertato nella sua esistenza nel grado di privilegio, è perfettamente aderente alle coordinate di un sistema improntato alla tutela della *par condicio creditorum* nella quale la particolare disciplina della confusione estintiva in ragione della coincidenza della qualità di creditore e debitore presuppone però la valutazione comparativa dei titoli vantati dai terzi. Il rischio paventato dal ricorrente, ossia che il compendio confiscato sulla relazione bancaria risulterebbe aggredibile dai terzi creditori, lasciando insoddisfatto il credito vantato dallo Stato, pur teorico, è del tutto conforme ai principi generali dell'ordinamento, mentre sarebbe la diversa soluzione propugnata, che sacrifica sempre e comunque, a prescindere dalla tipologia delle cause di prelazione, i diritti dei terzi creditori, a manifestare seri dubbi di tenuta costituzionale. La regola di cui all'art.50 del D.Lgs. n. 159/2011 intende disciplinare solo le modalità di estinzione (per confusione) dei crediti erariali suscettibili di essere fatti valere sui beni confiscati. La tesi propugnata dal ricorrente finirebbe con l'assegnare a tale disposizione l'impropria valenza di riconoscimento di credito in prededuzione, che rappresenta invece una ipotesi del tutto eccezionale in deroga alla *par condicio*, tanto più se attribuita a un credito non contratto nell'interesse e nel corso della procedura concorsuale e in difetto di una specifica e inequivocabile norma di legge in tal senso, come appare lecito ritenere argomentare sistematicamente dall'art. 111 della legge fallimentare." (sottolineatura nostra)

⁴ Come ricorda l'Agenzia delle Entrate nella risoluzione n. 114/E del 31.8.2017 "resta ferma, durante la vigenza del procedimento cautelare, l'imprescindibilità degli obblighi contabili, dichiarativi e di versamento a carico dell'amministratore giudiziario, la cui inosservanza può rappresentare comportamento sanzionabile per lo stesso".

consentite dalla legge, senza il filtro dell'art. 31, primo comma, D.L. 78 del 2010. Filtro che rimarrebbe sospeso per la durata della procedura di sequestro ex D.Lgs. n. 159 del 2011.

L'interpretazione sistematica, tuttavia, è strumento non principale ai fini ermeneutici, dovendosi preferire l'interpretazione letterale e potendosi frequentemente, nell'interpretazione sistematica, rinvenire delle logiche che possono portare a risultati divergenti.

3. La risposta n. 919-46/2024 all'interpello e le sue criticità

Da quanto sopra esposto, è emerso come la soluzione dell'applicabilità della previsione di cui all'art. 50, secondo comma, secondo periodo, D.Lgs. n. 159 del 2011, pur prospettabile per le ragioni su esposte, non sia per nulla pacifica e la soluzione interpretativa sia tutt'altro che univoca.

Per giunta, su questo specifico tema della compensazione delle imposte⁵ nel sequestro non sono noti contributi dottrinari, né arresti giurisprudenziali né indirizzi di prassi, atti a confortare il

⁵ Non è nemmeno chiaro lo spettro delle imposte estinguibili per confusione. Secondo la risoluzione n. 114/E del 31.8.2017, richiamata dalla successiva risoluzione n. 70/E del 29.10.2020, i crediti aventi natura erariale suscettibili di estinzione per confusione sono quelli relativi ad IRPEF, ad IRES, ad IVA, a ritenute alla fonte, ad imposta di registro e alle ipotecarie e catastali, escludendo i crediti relativi a contributi previdenziali e assistenziali, ai tributi locali e ai diritti camerali.

Per quanto concerne l'IRAP, la DRE Sicilia 12.6.2012 n. 39986 e S. CAPOLUPO, *Confisca dei beni ed estinzione dei crediti erariali*, in *Il Fisco*, 2017, n. 38, p. 3644 ne hanno negato la estinguibilità per confusione valorizzando la destinazione regionale del tributo, mentre la DRE Calabria con risposta n. 919-70/2017 del 26 giugno 2017 ad interpello ha concluso in senso opposto.

Per quanto riguarda i contributi previdenziali, la dottrina (F. CIMINO, *L'estinzione dei crediti erariali per confusione a seguito della confisca dei beni*, in *Riv. Guardia di Finanza*, 2022, p. 58, ove rinvii a P. PURI, *Destinazione previdenziale e prelievo tributario. Dalla parafiscalità alla fiscalizzazione del sistema previdenziale*, Milano, 2005) ha sottolineato che detti prelievi sono ascritti ora all'area della parafiscalità ora alla nozione di tributo, seppur nella *species* della tassa, o dei prelievi a carattere commutativo o della c.d. imposta speciale.

comportamento degli amministratori giudiziari⁶, essendosi invece diretti tutti questi apporti sui temi vicini della confisca⁷.

Esiste però la recente risposta della DRE Calabria n. 919-46/2024 ad interpello. Risposta che, pur non essendo condivisibile, è certamente utile a evidenziare le ragioni di una conclusione avversa.

In essa la DRE, dopo aver considerato l'art. 31, comma primo, D.L. n. 78 del 2010, istitutivo del divieto di compensazione, e richiamato la relativa circolare applicativa, pur richiamando diffusamente la Risoluzione n. 70/E del 29.10.2020, ha poi ritenuto che nel sequestro preventivo non si possa applicare il secondo comma dell'art. 50 D.Lgs. n. 159 del 2011 a causa della "differente natura, finalità e durata dei due istituti", poiché:

- il sequestro si caratterizzerebbe per la sua temporaneità, al contrario della confisca, contraddistinta dalla definitività;
- ancora, il sequestro avrebbe natura cautelare provvisoria, mentre la confisca avrebbe il carattere della definitività;
- gli amministratori giudiziari sarebbero già agevolati dalle regole di cui all'art. 50, primo comma, D.Lgs. n. 159 del 2011, a mente del quale le procedure esecutive, gli atti di pignoramento e i provvedimenti cautelari sono sospesi nelle ipotesi di sequestro di aziende o partecipazioni societarie, e quindi tale norma consentirebbe loro "di dedicarsi ai già difficili aspetti operativi aziendali, senza l'ulteriore incombenza di gestire, in assenza dello strumento della compensazione, le posizioni debitorie in carico agli enti della riscossione e le conseguenti azioni esecutive".

La conclusione non è convincente. I primi due argomenti - che poi in realtà costituiscono due profili dello stesso argomento - sono irrilevanti ai fini della decisione. La differenza strutturale enfatizzata

⁶ Lo stesso S. CAPOLUPO, *Confisca dei beni ed estinzione dei crediti erariali*, in *Il Fisco*, 2017, n. 38, p. 3644 ha posto l'accento sulle eventuali responsabilità amministrative e penali sia del contribuente sia dello stesso amministratore giudiziario.

⁷ Cfr. ad esempio, S. CAVALIERE, *Il regime fiscale dei beni sequestrati o confiscati*, in AA.VV. (a cura di D. POSCA), *Problematiche gestionali di beni e aziende sequestrate*, Castel San Giorgio (Sa), 2023, p. 390 s.

dalla DRE esiste certamente, poiché altrimenti si avrebbe un unico istituto. Ma esiste un altro tratto comune al sequestro ed alla confisca, che invece è stato trascurato nella risposta ad interpello: la frattura tra proprietà dell'impresa e la sua gestione (frattura provvisoria nel sequestro e definitiva nella confisca) o, in altri termini, lo spossessamento che interviene in entrambi i casi. Accompagnato dalla volontà statuale di agire sulle imprese in modo chirurgico, per non distruggere tutto ciò che gravita intorno ad esse, quanto ai terzi in buona fede e specialmente ai lavoratori impiegati.

Nemmeno il terzo argomento è convincente. In esso si sottolinea la comunanza della considerazione di entrambi gli istituti di sequestro e confisca nel primo comma dell'art. 50 D.Lgs. n. 159 del 2011, ma poi si ritiene che il blocco delle procedure esecutive etc. possa già esser sufficiente per alleviare il compito degli amministratori giudiziari. Come se per gli amministratori giudiziari fosse già un sollievo dai loro compiti (e dovesse esser sufficiente) non occuparsi delle procedure esecutive intraprese dagli enti di riscossione.

Ma la ragione per la quale il divieto di compensazione dovrebbe reputarsi insussistente nei sequestri ex D.Lgs. n. 159 del 2011 sta nella similitudine degli effetti (al di là del profilo temporale) e negli altri aspetti sopra illustrati, da cui dovrebbe derivare la possibilità per gli amministratori giudiziari (che peraltro sono terzi con qualifica di pubblico ufficiale) di estinguere le obbligazioni tributarie mediante compensazione anche nel caso di sequestro. Agendo quindi sotto il profilo sostanziale e non sotto quello degli aspetti esecutivi.

