



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI NAPOLI FEDERICO II
FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA

INNOVAZIONE E DIRITTO

Verso la vigilanza unica europea. Stato dell'arte. di Marilena Rispoli Farina	pag.2
Principio di colpevolezza ed onere della prova nel sistema sanzionatorio tributario. di Damiano Peruzza	pag.23
Alcune considerazioni in tema di fiscalità e finanziamento privato del terzo settore. di Stefania Gianoncelli	pag.38
Gli ausili pubblici trà Autorità e consenso di Alessandro Auletta	pag.53
Strumenti contrattuali e profili fiscali. Donazione di partecipazioni societarie e rimedi alternativi a confronto. di Loredana Strianese	pag.110
Il ruolo della contrattazione collettiva nel lavoro a tempo parziale privato: cronistoria e art. 8 L. N. 148/2011 di Costantino Cordella	pag.125
La cessione di cubatura tra profili civilistici e plusvalenze discusse. di Ylenia Zaira Alfano	pag.135
L'emissione di titoli a breve e medio/lungo termine: l'ampliamento delle opportunità di ricorso al debito per le società di medie e piccole dimensioni introdotte dal "decreto Sviluppo" n. 83/2012. di Luigi Scipione	pag.152
Liberalità indirette e tutela dei legittimari: i limiti dell'azione di riduzione di Rocco Cimmino	pag.191

Verso la vigilanza unica europea. Stato dell'arte.

di Marilena Rispoli Farina

ABSTRACT

In this paper are analyzed the various aspects of banking Union and the rationale behind its creation. The euro crisis has shown the limitations of regulation and banking supervision on a national basis. The road map drawn up by the European Commission to create a European Union bank is ambitious both in amplitude and in the design of the timing of implementation. The new architecture is based on four pillars closely linked: 1) the macro-prudential regulation by complements the more traditional type of micro, 2) or oversight, which allows you to closely monitor the behavior of banks and ensure that the obligations from the regulation are met, 3) deposit insurance, aimed at preventing bank runs, 4) an authority for the orderly resolution of banking crises.

Mechanism of Single Supervisor (Single Supervisory Mechanism - SSM) is the first step towards the establishment of the bank. However, while in terms of the allocation of banking supervision to the ECB, the Commission has pushed ahead, on the other two fronts - deposit insurance and management of banking crises - has moved with greater caution.

Of course, the transfer of powers from national authorities to the ECB is not without its drawbacks. Overcoming the obstacles can be expected with the creation of a network that makes use of the "territorial terminals" of the national authorities to allow an efficient and constant monitoring "in situ" of intermediaries. It is undeniable that the institution and the functionality of a mechanism as complex will also rely on a tight integration between center and periphery

SOMMARIO: 1. La vigilanza unica europea. Premessa. - 2. Il percorso verso l'Unione bancaria: dall'ESF all'ESM. - 2.1. Le *Collective Action Clauses* (Cac's). - 2.2. Il "fondo salva banche". - 2.3. Le proposte di regolamento in materia di vigilanza. - 3. L'Unione bancaria e il Meccanismo Unico di Vigilanza (SSM). - 4. Le motivazioni per una Unione bancaria. - 5. Le caratteristiche principali del regolamento SSM. - 6. Alcune precisazioni in merito alla vigilanza macro e micro prudenziale. - 7. Separazione delle funzioni monetarie e di vigilanza, beneficiando delle sinergie. - 8. Principali compiti immediati del SSM. - 9. Armonizzare le valutazioni del rischio. - 10. Conclusioni.

1. *La vigilanza unica europea. Premessa.*

Il processo di realizzazione della vigilanza unica europea è in corso¹. Al dibattito dottrinale e teorico, abbastanza scarno, si affiancano le dichiarazioni degli esponenti degli organismi interessati alla attuazione del progetto, in particolare della BCE, che *ratione materiae*, sta assumendo un ruolo propulsore nei lavori *in itinere*, anche al fine di orientarne la realizzazione.

Va ricordato che ad accelerare sull'unione bancaria, ovvero l'unificazione economica e finanziaria nell'area dell'Euro2, è stata la Commissione europea che il 12 settembre 2012 – una giornata considerata memorabile per l'euro anche per l'emanazione da parte della Corte Costituzionale tedesca della sentenza sul Fondo salva Stati (ESM)³ – ha varato una serie di proposte nell'ottica di favorire una maggiore integrazione delle istituzioni finanziarie europee⁴. La Commissione UE presentò allora un'articolata proposta, che apparve molto ambiziosa⁵, sia per l'ampiezza del progetto, che per la tempistica prevista. Essa prevedeva, in primo luogo, il trasferimento delle funzioni di vigilanza bancaria alla BCE, poi un sistema a livello europeo di assicurazione dei depositi, e ancora un sistema di gestione delle crisi bancarie⁶. La prima tappa sembrava la più vicina e si prevedeva che dall'inizio del 2013 la BCE avrebbe potuto vigilare sulle banche che ricevono aiuti pubblici, poi sulle banche di grandi dimensioni, di rilevanza sistemica, ed entro l'anno su tutte le banche della zona euro. Alla BCE veniva riconosciuto il potere di autorizzare l'attività bancaria e di revocarla; di

¹ Per il precedente assetto della vigilanza europea, si veda A.M. TARANTOLA, *La vigilanza europea: assetti, implicazioni, problemi aperti*, *Lezione tenuta presso l'Università degli Studi di Roma Tre*, reperibile su www.bancaditalia.it. Come già evidenziato dalla dottrina, fra i tanti elementi che hanno reso l'Unione monetaria del primo decennio incompleta, vi era proprio la mancanza di una regolamentazione e una vigilanza uniforme. Questa grave lacuna è stata colmata solo dopo che, a seguito del Rapporto de Larosière, sono state costituite tre vere autorità europee (non più semplici comitati, cioè organi per definizione portati alla mediazione e strutturalmente inefficienti nei processi decisionali).

² Per la *ratio* dell'Unione bancaria si veda L. MARCOLIN, *L'Unione bancaria avvicina l'Europa al redde rationem*, in <http://temi.repubblica.it>, 20.12.2012.

³ Il testo della Sentenza, che ha legittimato il nuovo fondo salva-Stati, pur entro determinati limiti di impegno finanziario per la Germania, si legge in http://www.bverfg.de/entscheidungen/rs20120912_2bvr139012.html,

⁴ Si veda nel sito della Commissione Europea, *Surveillance financière*, ove ampia documentazione delle proposte per il meccanismo di sorveglianza unica (2012) nonché la cronologia delle riforme sinora realizzate a partire dal 2009.

⁵ A. BAGLIONI, *Unione bancaria: la commissione prova lo sprint*, in *lavoce.info*, 14.09.2012. Per ulteriori spunti di analisi sia consentito rinviare a M. RISPOLI FARINA e G. ROTONDO, *Introduzione. La crisi dei mercati finanziari tra effetti della globalizzazione e fallimento della regolamentazione*, in M. RISPOLI FARINA e G. ROTONDO (a cura di), *La crisi dei mercati finanziari*, Milano, 2009, 1 ss..

⁶ Per un'articolata analisi della proposta, si veda L.F. SIGNORINI, *L'unione bancaria*, *Audizione* tenuta presso la 6a Commissione del Senato (Finanze e Tesoro) il 24 ottobre 2012 reperibile su www.bancaditalia.it.

controllare che le banche rispettino i requisiti prudenziali e di agire in caso di violazione delle regole prudenziali⁷.

I lavori della Commissione hanno messo in luce una serie di quesiti relativi alla opportunità del trasferimento di sovranità da parte delle autorità nazionali alla BCE. L'integrazione tra i paesi europei, in particolare quelli che hanno identica moneta, prevede una uniformità di regole in ambito finanziario e la possibilità di uguale applicazione, obiettivi che un'autorità unica può meglio assicurare. La presenza di banche di rilevante dimensione, che operano su scala internazionale, richiede anche essa un unico interlocutore, piuttosto che il rapportarsi alle singole autorità nazionali. Poiché le crisi bancarie hanno richiesto una pluralità di interventi, parve opportuna la possibilità di centralizzare le risorse necessarie, sottoponendole a controlli unici. In particolare, prevedendo che il fondo (di stabilità europeo) ESM possa intervenire direttamente nella ricapitalizzazione degli istituti bancari in crisi. Inoltre, portare la soluzione a livello europeo può anche significare allentare il legame tra "rischio bancario" e "rischio sovrano" che si è prodotto a livello nazionale. *Last but not least*, può esser anche proficuo, per l'attività di vigilanza, introdurre una certa distanza tra l'autorità e i soggetti vigilati per evitare il fenomeno della "cattura del regolatore".

Le difficoltà intrinseche al progetto, sul piano delle risorse necessarie per vigilare su un numero molto elevato di istituti bancari, sono state in parte risolte adottando un sistema misto, di accentramento delle responsabilità delle decisioni finali al centro, lasciando alle banche centrali nazionali la gestione dei rapporti con le banche.

La Commissione ha così spinto l'acceleratore sul fronte della vigilanza bancaria⁸, mentre per l'assicurazione dei depositi e i meccanismi di gestione delle crisi a livello europeo occorrerà attendere che il Consiglio europeo e il Parlamento approvino precedenti proposte, miranti ad un coordinamento delle regole che riguardano il rimborso dei depositanti in caso di crisi, con responsabilità delle autorità nazionali.

È stato quindi evidente il cambio di marcia che la Commissione ha assunto con la proposta per la vigilanza unica, che è stata formulata a soli due mesi da quando il Consiglio

⁷ Si vedano nel sito della Commissione Europea le due proposte di regolamento e una Comunicazione che espone la visione globale della Commissione sullo sviluppo dell'Unione bancaria, con riferimento alla regolamentazione uniforme, al fondo di garanzia dei depositi e al meccanismo unico di gestione delle crisi bancarie.

⁸ A. BAGLIONI, *Unione bancaria: la Commissione prova lo sprint*, in *lavoce.info*, 14.09.2012; ID., *Unione bancaria: lontani dalla meta*, in *lavoce.info*, 07.06.2012; M. ONADO, *La supervisione che serve alla UE*, in *Il Sole 24 Ore*, 08.09.2012; J. CARMASSI, C. DI NOIA e S. MICOSSI, *Banking Union: a federal model for the European Union with prompt corrective action*, Ceps Policy Brief, n. 282/2012.

europeo, a fine giugno 2012, l'ha investita del compito⁹. Ma si è trattato di affrontare le resistenze che in sede nazionale hanno posto le forze politiche interessate a mantenere il rapporto diretto con le banche locali¹⁰.

È quindi necessario ricordare che è stato il vertice europeo del 28 giugno 2012¹¹ a rappresentare una tappa fondamentale del processo di unificazione della vigilanza bancaria, poiché ha sollecitato i componenti dell'Eurogruppo a realizzare in tempi molto brevi un sistema di supervisione comune delle banche europee coinvolgendo la BCE. Il vertice ha sollecitato anche la sigla di un protocollo di intesa per il salvataggio del sistema bancario spagnolo e proposto, infine, di utilizzare lo *European Financial Stability Facility* per tutelare la stabilità finanziaria (di seguito *European Stability Mechanism*).

Successivamente, il Parlamento europeo ha emanato una risoluzione in cui, tra le altre cose, ha chiesto di seguire i suggerimenti contenuti nel documento "Towards a Genuine Economic and Monetary Union" predisposto dal presidente del Consiglio europeo. Il documento propone un sistema integrato di supervisione, meccanismi comuni di tutela dei depositi e procedure uniformi per i salvataggi bancari.

2. Il percorso verso l'Unione bancaria: dall'ESF all'ESM.

Continuando il percorso a ritroso, va anche precisato che il primo passo verso la vera e propria Unione bancaria è stato mosso con la costituzione della *European Financial Stability Facility* (EFSF) che cesserà di esistere a luglio 2013 per lasciare il posto, con il parere favorevole della Corte costituzionale tedesca, allo *European Stability Mechanism* (ESM) c.d. Fondo salva-Stati¹².

⁹ G. GRAZIOLI, *Vigilanza Bancaria: il Consiglio Europeo concorda una posizione in merito al Meccanismo Unico di Sorveglianza*, in www.amministrazionmeincammino.luiss.it.

¹⁰ P. GUERRIERI, *Due scenari per l'Euro*, del 12 maggio 2010, in <http://www.affarinternazionali.it>.

¹¹ In quella sede il Presidente del Consiglio europeo, VAN ROMPUY, presentò il rapporto "Verso un'autentica Unione economica e monetaria", in collaborazione con i Presidenti della Commissione UE, dell'Eurogruppo e della BCE.

¹² Cfr. U. HÄDE, *Rechtsfragen der Eu- Rettungsschirme*, in C. CALLIÈS e M. RUFFERT (a cura di), *EUv/AEUV-Kommentar*, 4 ed., 2011; F. PORTA, *Fondo salva-Stati. Il sì (condizionato) della Corte tedesca*, 12.09.2012; L. GIANNITI, *Il meccanismo di stabilità e la revisione semplificata del Trattato di Lisbona: un'ipoteca tedesca sul processo di integrazione?*, in *Documenti LAI*, 11.02.2011, reperibile all'indirizzo www.lai.it; E. CHITI, *Lo Spazio amministrativo europeo*, in *Studi in onore di Alberto Romano*, Napoli, 2011, I, 163 ss.. Il 7 settembre 2012 la Corte costituzionale tedesca (*Bundesverfassungsgericht*, BvG) ha emesso l'attesa pronuncia su talune misure adottate a fronte della crisi monetaria in Europa. Come è noto, le censure di incostituzionalità sono state rigettate, ma la Corte ha posto condizioni e limiti ad ulteriori interventi. In definitiva, la Corte costituzionale tedesca dà il via libera agli aiuti alla Grecia e all'istituzione della EFSF, come avvenuto in precedenza con i Trattati di Maastricht e Lisbona; rinnova dunque un atteggiamento, tutto sommato, favorevole all'Europa (*Europafreundlich*). Ma lascia, anche questa volta, aperte una serie di questioni, sulle quali – è facile prevedere – sarà chiamata nuovamente a pronunciarsi. Occorre constatare, peraltro, che un punto trova tutti d'accordo, parti in causa e Corte:

La EFSF è stata costituita come società di diritto lussemburghese nel 2010, al fine di fornire temporanea assistenza finanziaria ai paesi membri che non fossero in grado di accedere a finanziamenti sul mercato a tassi “accettabili”. Per poter fruire dei fondi, il governo richiedente deve presentare (in accordo con la Commissione e l’FMI) un “country programme”, accettato dai ministri delle Finanze dell’area euro. Di seguito, siglato un protocollo d’intesa lo stato può accedere al prestito dell’EFSF, in un tempo che va computato di circa un mese¹³.

L’emissione del debito ha la forma di un sindacato di prestito, con il ruolo di capofila affidato ad una banca, gli strumenti emessi hanno scadenza tra i sette anni e mezzo e i quindici e trenta anni e sono sottoscritti principalmente da investitori istituzionali. Qualora lo Stato non assolva al suo debito di restituzione, è previsto che subentrino i garanti; in caso di violazione delle condizioni predisposte nel piano, il prestito viene sospeso ed è necessario procedere ad una revisione del protocollo di intesa¹⁴. Nel rimborso del debito, la EFSF ha posizione pari a quella degli altri Stati (*pari passu clause*).

L’ESM, invece, avrà veste e natura alquanto diversa come già può intuirsi dalla qualificazione che ne dà il trattato istitutivo di “Istituzione finanziaria internazionale”. Di qui il dubbio se essa abbia ad <<avere o meno una operatività assimilabile a quella bancaria, e il rilievo che sia riconducibile a una organizzazione intergovernativa, di natura pubblicistica>>¹⁵.

esorcizzare la prospettiva di una *Transfer Union* e di una comunitarizzazione dei debiti degli Stati membri (*Vergemeinschaftung von Staatsschulden*).

¹³ La EFSF si finanzia sul mercato emettendo strumenti di debito integralmente garantiti dagli Stati membri aderenti. La garanzia sul debito è data dall’ammontare di capitale già versato dagli Stati a cui deve aggiungersi quello che può essere erogato successivamente in caso di necessità, proporzionalmente alla partecipazione di ciascuno Stato (cosiddetta *EFSS Key*); si veda C. RUSSO e F. VELLA, *I cardini dell’Unione bancaria*, in *lavoce.info*, 10.09.2012.

¹⁴ Finora la EFSF è intervenuta a sostegno di Portogallo, Grecia, Spagna e Irlanda e interverrà a sostegno di Cipro; v. <http://www.efsf.europa.eu/about/operations/index.htm>.

¹⁵ In tal senso v. G. NAPOLITANO, *La nuova governance economica europea: Il meccanismo di stabilità e il fiscal compact*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 5, 2012, 462 ss.. Sul punto cfr., pure, E. CHITI, *Le trasformazioni delle agenzie europee*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2010, 57 ss.; R. PEREZ, *La nuova governance economica europea: il Meccanismo di stabilità e il Fiscal Compact - Il Trattato di Bruxelles e il Fiscal compact*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 5/2012. Il Meccanismo europeo di stabilità (ESM), detto anche *Fondo salva-Stati*, istituito dalle modifiche al Trattato di Lisbona (art. 136) approvate il 23 marzo 2011 dal Parlamento europeo e ratificate dal Consiglio europeo a Bruxelles il 25 marzo 2011, nasce come fondo finanziario europeo per la stabilità finanziaria della zona euro (art. 3). Esso ha assunto però la veste di vera e propria organizzazione intergovernativa (sul modello dell’FMI), a motivo della struttura fondata su un consiglio di governatori (formato da rappresentanti degli stati membri) e su un consiglio di amministrazione e del potere, attribuito dal trattato istitutivo, di imporre scelte di politica macroeconomica ai paesi aderenti al fondo-organizzazione. Il Consiglio Europeo di Bruxelles del 9 dicembre 2011, con l’aggravarsi della crisi dei debiti sovrani, decise l’anticipazione dell’entrata in vigore del fondo, inizialmente prevista per la metà del 2013, a partire da luglio 2012. Successivamente, però, l’attuazione del fondo è stata temporaneamente sospesa in attesa della pronuncia da parte della Corte Costituzionale della Germania sulla legittimità del fondo con l’ordinamento tedesco. La Corte Costituzionale Federale tedesca, come si è già *supra* rilevato, ha sciolto il nodo giuridico il 12 settembre 2012, quando si è pronunciata, purché vengano applicate alcune limitazioni, in favore della sua compatibilità con il sistema costituzionale tedesco.

I meccanismi di intervento sono sostanzialmente analoghi, mentre sono diverse le procedure di concessione del prestito, nell'ambito delle quali viene dato ampio rilievo all'FMI. Di fronte alla richiesta di aiuto di uno stato la Commissione e la BCE valutano l'esistenza di un rischio per la stabilità finanziaria nell'area euro, la sostenibilità del debito pubblico e le effettive necessità di finanziamento, con il supporto dell'FMI. In seguito negoziano un piano di aggiustamenti macroeconomici siglando un protocollo, sulla cui base il *board of directors* dell'ESM approva il finanziamento. La Commissione, la BCE e l'FMI svolgono in seguito un'azione di monitoraggio per verificare l'attuazione del piano. Il *board of governors* dell'ESM può, peraltro, decidere anche di concedere linee di credito in misura precauzionale qualora lo reputi opportuno. In entrambe le ipotesi verranno inserite le clausole *Collective Action Clauses* (Cac's) per preconstituire una eventuale rinegoziazione ordinata del debito.

2.1. Le Collective Action Clauses (Cac's).

Esistenti fin dal fine 800, ma rese note al pubblico in occasione della crisi della Grecia le *Collective Action Clauses* (Cac's) sono clausole, che vengono inserite nei prospetti delle emissioni sovrane, al fine di contribuire a una ristrutturazione "ordinata" del debito. In mancanza di un apposita disciplina dell'insolvenza degli Stati, il ricorso a queste clausole è divenuto nel corso del tempo sempre più consistente¹⁶.

Le *Cac's* consentono a una certa maggioranza di debitori privati di rinegoziare l'obbligazione, per esempio modificandone il tasso di interesse, la maturità o l'ammontare (cosiddette *reserve matters*)¹⁷.

La disciplina è stata affidata agli usi di mercato, non essendovi una specifica legislazione in materia. Nel 2010 una raccomandazione dell'Eurogruppo stabiliva che a partire dal giugno 2013 tutte le emissioni di debito pubblico avrebbero dovuto contenere *Cac's*. Ribadita nel

¹⁶ Vi sono due tipi di metodologie per accedere alla clausole, quello americano (*New York law*) e quella inglese (*English law*). La prima prevede di solito il coinvolgimento dei tribunali, facendo seguito all'esercizio di *class actions* o all'attivazione di altri meccanismi di ristrutturazione del debito (*Sdrm*). La seconda si fonda su un'iniziativa di ristrutturazione che parte da privati e, in sintesi, si basa su un'offerta che prevede o l'utilizzo delle *Cac's* o il cosiddetto *exit consent*, per cui gli obbligazionisti che aderiscono a una offerta di scambio acconsentono anche alla modifica di alcune condizioni del titolo *bond*; si veda C. RUSSO e F. VELLA, *I cardini dell'Unione bancaria*, cit., e bibliografia ivi citata.

¹⁷ Le *Cac's* sono in realtà di vari tipi. Quella più utilizzata è però proprio la "*majority action clause*" che, se di diritto inglese, richiede in prima convocazione la presenza di tanti obbligazionisti che rappresentino il 50% del debito in circolazione. Se non si raggiunge quel *quorum*, in seconda convocazione è richiesto il 25%, e la deliberazione è assunta con il voto positivo del 75% dei presenti. Di fatto una piccola maggioranza, inferiore al 20% del debito, può determinare modifiche rilevanti ai termini dell'obbligazione vincolanti per tutti gli obbligazionisti. Quando i debitori sono altri Stati invece, si applicano di solito le pratiche del cosiddetto *Paris Club*. Sul punto, v. L. BUCHEIT e M. GULATI, *Drafting a model collective action clause for eurozone sovereign bonds*, in *Capital Markets Law Journal*, 2011.

2011, la raccomandazione richiedeva *Cac's* standardizzate e identiche, coerenti con quelle diffuse nella pratica inglese o americana, e che avrebbero dovuto contenere “aggregation clauses”, ovvero delle clausole che consentono di ovviare a un inconveniente delle *Cac's*, cosicché l'assemblea degli obbligazionisti si esprime su tutti i titoli di debito in circolazione per evitare di dover convocare un'assemblea per ogni singola emissione.

L'art. 12 del Trattato istitutivo dell'ESM, che stabilisce anche la necessità di assicurare un identico “legal impact” tra tutti gli stati membri ha previsto l'obbligo di includere le *Cac's* in tutte le emissioni pubbliche superiori a un anno¹⁸.

2.2. Il “fondo salva banche”.

Ai sensi dell'art.15 del Trattato, l'ESM può intervenire anche nel salvataggio delle banche, ponendo in essere gli strumenti dianzi analizzati a fronte di una specifica richiesta di capitalizzazione dello Stato membro. Non si crea un rapporto diretto con gli intermediari, in quanto gli aiuti vengono erogati dai governi nazionali, i quali con le stesse modalità procedurali previste per gli interventi sul debito pubblico, si impegnano a identificare i destinatari, indicando per ciascuno le risorse necessarie. La dottrina ha identificato in questa modalità di intervento dell'ESM il battistrada dell'Unione bancaria.

Appare infatti chiaro come nei *memorandum of understanding*, in base ai quali si realizza l'intervento, dovrà prevedersi una analitica disciplina, sia dei modi che dei tempi della ricapitalizzazione, sia dei controlli da effettuare sul rispetto delle regole poste. Si è rilevato che poichè è emerso al livello comunitario una forma di controllo sulle banche salvate, è apparsa di conseguenza opportuno e necessario supportarla con un *adeguato organismo di vigilanza a livello europeo*¹⁹.

Onde evitare che le banche già oggetto di interventi a breve distanza di tempo richiedano nuovi ed ulteriori interventi di salvataggio e che, per la delicata situazione dei debiti pubblici, si faccia ricorso eccessivo alle risorse dell'ESM, diventa assolutamente necessario predisporre (rapidamente) <<*una struttura unitaria in grado di prevenire e gestire i rischi*>>²⁰.

¹⁸ Cfr. R. OLIVARES-CAMINAL, *The EU architecture to avert a sovereign debt crisis*, OECD Working Paper, 2011 (disponibile in <http://www.oecd.org/finance/financialmarkets/49191980.pdf>).

¹⁹ C. RUSSO e F. VELLA, *I cardini dell'Unione bancaria*, cit.; A. BAGLIONI, *A tappe forzate verso l'Unione bancaria*, in www.affarinternazionali.it, 04.07.2012. Per un ulteriore commento si rinvia a G. VALIANTE, *Unione bancaria: ultima chiamata*, in *lavoce.info*, 21.09.2012; F. VELLA, *La nuova BCE*, in *lavoce.info*, 18.09.2012; C. WYPLOSZ, *Benvenuta BCE*, in *lavoce.info*, 01.08.2012.

²⁰ F. NUGNES, *L'Europa e la crisi. Gli interventi della Banca centrale europea e la creazione del Meccanismo europeo di stabilità*, in *lavoce.info*, 10.09.2012. Per E. CHITI, *Le istituzioni europee, la crisi e la trasformazione costituzionale dell'Unione*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2012, 7, 785, l'ESM sancisce per l'Europa il definitivo passaggio

Se, come si è proposto, si prevedessero anche interventi sulla liquidità, non sarà semplice integrare l'ESM nell'apparato in fase di costituzione (ad esempio, coordinandolo con la disciplina comunitaria sulla gestione delle crisi e la disciplina sugli aiuti di Stato), e saranno necessari altri accorgimenti per adeguare la struttura del Fondo²¹. Ma, come si è sottolineato, <<con la nuova veste dell'Esm si è posta la base per la creazione di un meccanismo unico di vigilanza>>²².

2.3. Le proposte di regolamento in materia di vigilanza.

Un successivo e determinante forte impulso di natura politica alla creazione di un meccanismo unico di vigilanza è stato dato dal Consiglio europeo nel dicembre 2012 con riguardo alle due proposte di regolamento: la prima per l'attribuzione di specifici compiti di vigilanza prudenziale alla BCE²³; l'altra che modifica il regolamento 1093/2010 istitutivo dell'Autorità Bancaria Europea (EBA). Il Consiglio ha espresso la sua posizione a conclusione del vertice del Consiglio Economia e Finanza (ECOFIN), nell'ambito del quale i Ministri dell'economia e finanze degli stati membri dell'Unione hanno raggiunto un accordo in merito all'istituzione di un organo di vigilanza, rappresentato dalla BCE. Si è parlato allora di un Meccanismo Unico di sorveglianza in quanto composto dalla BCE e dalle competenti autorità nazionali, prevedendo per la prima la responsabilità del funzionamento complessivo e la supervisione diretta di tutte le banche dell'eurozona, anche se in maniera differenziata e in stretta collaborazione con le autorità nazionali e con l'Autorità Bancaria Europea. Gli stati non membri dell'Eurozona, che intendano partecipare al (SSM) potranno farlo sottoscrivendo accordi di collaborazione.

La BCE potrà monitorare i grandi istituti di credito degli Stati aderenti all'Eurozona e dei paesi fuori dell'Euro che aderiranno al meccanismo, che dispongano di *asset* non inferiori a 30 miliardi di Euro o un fatturato di almeno il 20% del Pil dello Stato di appartenenza.

Con il raggiungimento di tale accordo, i compiti di politica monetaria della BCE saranno rigidamente separati da quelli di vigilanza prudenziale in modo da eliminare potenziali

<<dalla comunità dei benefici, alla comunità dei rischi>>; su questi aspetti v., pure, G. ZADRA, *Per una riforma organica dell'architettura di vigilanza europea: le proposte dell'ABI*, in *Bancaria*, 2009, 2, 2 ss.

²¹ Cfr. D. GROS e T. MAYER, *Liquidity in times of crisis: Even the ESM needs it*, CEPS Policy Brief, n. 265, marzo 2012. C. RUSSO e F. VELLA, *Chi pensa alle banche in crisi?*, in *lavoce.info*, 26.10.2012.

²² C. RUSSO e F. VELLA, *I cardini dell'Unione bancaria*, cit.

²³ La proposta prevede la messa in pratica dell'art. 127, paragrafo 6, dei Trattati. La norma stabilisce che all'unanimità i 27 paesi membri possano trasferire la sorveglianza creditizia dagli Stati membri alla Banca Centrale Europea.

conflitti di interesse tra i diversi obiettivi²⁴. A tal fine, sarà istituito all'interno della BCE un Consiglio di Supervisione (*steering committee*) con il compito di condurre la supervisione bancaria. Quest'ultimo, organo distinto dal Consiglio dei Governatori della BCE che prende le decisioni di politica monetaria, sarà composto dai supervisor nazionali, da 4 membri della Banca Centrale Europea, da un presidente e da un suo vice²⁵.

All'assise dei Governatori spetterà comunque la decisione finale in quanto potranno modificare quanto deciso dal Consiglio di sorveglianza. Al meccanismo unico di vigilanza parteciperanno tutti gli Stati, ad eccezione del Regno Unito, della Svezia e della Repubblica Ceca.

Va rilevato soltanto che, diversamente da quanto previsto inizialmente, la BCE assumerà pienamente le nuove funzioni a partire dal 1° marzo 2014 e non più dal 1° gennaio 2014, data precedentemente concordata dai Capi di Stato e di Governo, ciò al fine di consentire il superamento del nodo relativo alle modalità di voto degli Stati non aderenti all'euro. Difatti, i Paesi non membri dell'Eurozona, che parteciperanno al meccanismo unico di sorveglianza, avranno pieno ed uguale diritto di voto all'interno del consiglio di vigilanza istituito in seno alla BCE. A tal fine, si propone di optare per un meccanismo di doppia maggioranza: per l'approvazione dei Regolamenti servirà il voto favorevole della maggioranza dei Paesi aderenti all'Eurozona e della maggioranza degli Stati non aderenti.

Per ciò che attiene al Regolamento istitutivo dell'Autorità Bancaria Europea, la proposta di modifica attiene specificamente alle modalità di voto, per garantire un processo decisionale equo ed efficace all'interno del mercato unico e al fine di evitare un indebito eccesso di dominio degli Stati aderenti al Meccanismo Unico di Vigilanza all'interno del consiglio dei supervisor dell'EBA²⁶.

3. L'Unione bancaria e il Meccanismo Unico di Vigilanza (SSM).

In base a quanto fin qui affermato, è evidente come la crisi finanziaria ancora in atto dimostri che in una zona con profondi elementi di interazione e integrazione, come l'area dell'euro, e una vera Unione economica e monetaria abbia necessità di un quadro

²⁴ Prevedendo anche una sede diversa da quella della BCE.

²⁵ Per maggiori dettagli sul meccanismo di *governance* del nuovo sistema, si veda L.F. SIGNORINI, *L'unione bancaria*, cit., 9.

²⁶ Questo secondo regolamento serve, infatti, a modificare le modalità di voto dell'EBA che continuerà a regolamentare il mercato unico a 27. Per evitare che i Paesi della zona euro abbiano in automatico la maggioranza dei voti, la Commissione propone che nel caso di diatribe una speciale commissione dell'EBA cerchi una soluzione. In questi casi sarà necessaria una maggioranza composta sia dai 17 dell'euro che dagli altri 10 paesi dell'Unione per eventualmente respingere la decisione contestata.

istituzionale più forte²⁷. In sede BCE si susseguono gli studi e gli interventi per attuare l'Unione bancaria e il meccanismo Unico di Vigilanza.

Un elemento importante per rafforzare il quadro finanziario istituzionale, si sostiene, è proprio la creazione della *Union Banking* con il meccanismo unico di vigilanza (*Single Supervisory Mechanism - SSM*), che ne rappresenta, quindi il “Primo pilastro”²⁸.

Vengono così analizzati i diversi elementi della *Union banking* e la logica sottostante alla sua istituzione e quindi le principali caratteristiche del SSM, nell’ottica di inquadrare le sfide immediate che si pongono per la BCE nel prepararsi ad assumere il suo compito di controllo.

Nel ricordare gli elementi costitutivi fondamentali di una *Union banking*, va rilevato che essa mira a costruire un quadro finanziario integrato per salvaguardare la stabilità finanziaria e ridurre al minimo il costo dei fallimenti bancari. Si sostiene che siano almeno quattro gli elementi cardine, tra di loro complementari, di cui il SSM è parte integrante.

La creazione di un quadro europeo per la vigilanza costituisce il primo pilastro della *Union banking*. Come suggerisce il suo nome, il SSM sarà un meccanismo, composto dalle autorità nazionali competenti e dalla Banca Centrale Europea, con possibilità di partecipazione anche da parte di Stati non appartenenti all’area dell’euro. Il processo per definire il SSM è in corso presso la BCE, e con la proposta del Consiglio europeo costituisce la base per il dialogo a tre in corso con il Parlamento europeo. La proposta è la base per un solido quadro giuridico che consenta al SSM di operare, motivo per cui si ritiene essenziale una sua approvazione in tempi rapidi.

Un elemento importante per un’efficace funzionamento del SSM, è considerato il completamento del *corpus* unico di norme la cui attuazione è curata dall’EBA. Tale completamento contribuirà in modo significativo al mercato unico e alla creazione di condizioni di parità di armonizzazione della regolamentazione a livello di Unione europea. In questo modo, anche il SSM contribuirà alla realizzazione degli stessi obiettivi.

Un secondo elemento che viene considerato essenziale per la *Union banking* è la creazione di un meccanismo di gestione delle crisi unico. Il quadro per il meccanismo di “risoluzione

²⁷ V. CONSTÂNCIO, Discorso del Vice-Presidente della BCE, *Sull’Istituzione di un meccanismo unico di Sorveglianza, il primo pilastro della Union banking*, 11a Conferenza europea annuale Financial Services, Bruxelles, 31 gennaio 2013. L’intervento del vice presidente rappresenta un po’ la sintesi di quanto si sta elaborando in sede di BCE. Si rinvia al copioso materiale rinvenibile nel sito www.ecb.europa.eu.

²⁸ Non sono mancate tuttavia le perplessità sulla precedenza data all’attuazione dell’Unione bancaria. Di fronte alla crisi finanziaria, per E. BONINO, *La decisione Ue sulla vigilanza bancaria è un passo indietro rispetto all’integrazione*, 14.12.2012, la decisione della Unione Europea sulla vigilanza bancaria rappresenta un passo indietro rispetto al processo di integrazione europea. Se, infatti, non si dà vita ad una sovranità federale unica la soluzione della crisi appare lontana. Va affrontata la questione di più ampia portata della legittimazione democratica che deve accompagnare i trasferimenti di sovranità, prima di dare priorità a questioni eminentemente tecniche (come lo è la sorveglianza bancaria).

unico” è ancora da definire e si attende in proposito la prossima proposta legislativa della Commissione.

In sede BCE si evidenziano le principali caratteristiche che tale meccanismo dovrebbe avere. Il meccanismo di “risoluzione unico” (*resolution*) potrebbe far capo ad una Autorità che adotta meccanismi di gestione delle crisi a livello centrale per governare la soluzione delle crisi di banche di rilevante entità, per coordinare l'applicazione di strumenti di risoluzione, con una struttura organizzativa simile al SSM. Esso dovrebbe essere dotato di una gamma completa di strumenti applicabili, con i poteri e l'autorità per risolvere i problemi di tutte le banche facenti capo al SSM.

Affinché il meccanismo di “risoluzione unico” venga considerato attendibile, è necessario che venga dotato di fondi sufficienti. Si esclude recisamente una mera logica di salvataggio delle banche con risorse pubbliche. L'intervento infatti è destinato a risolvere la situazione delle banche che hanno raggiunto il punto di non-redditività facendo in modo da ridurre al minimo il coinvolgimento di denaro pubblico.

Il termine *resolution* non implica salvataggio (a carico degli Stati), in quanto a favore degli azionisti e dei creditori della banca, ma indica il ricorso ad un fondo basato sui contributi del settore bancario. Si può pensare ad una fornitura temporanea di risorse, se il fondo di risoluzione non disponga di risorse sufficienti, per esempio, per capitalizzare una banca, valendosi di una soluzione ponte e prevedendo poi la vendita al settore privato, recuperando il capitale in questione. Negli Stati Uniti ciò è garantito dalla presenza di una linea di credito del Tesoro che può essere utilizzata dal FDIC, ma che deve essere successivamente restituita.

Ciò implica, quindi, un terzo elemento di completamento della struttura, l'esistenza di un fondo, che sarà anche coinvolto nella ricapitalizzazione diretta delle banche.

Infine, il quarto elemento della *Union banking* è l'istituzione di un sistema comune di tutela dei depositi. Un primo passo in questa direzione sarà l'adozione della proposta legislativa relativa ai sistemi di garanzia dei depositi, che fornisce un quadro armonizzato. Questo quadro dovrebbe garantire la fiducia dei depositanti e dei sistemi nazionali di garanzia dei depositi, basati su norme comuni europee, che potrebbero interagire con il SRM. Un sistema europeo di garanzia dei depositi non è considerato quindi determinante nel breve termine.

4. Le motivazioni per una Unione Bancaria.

La *Union Banking* è considerata essenziale per sostenere e rafforzare il quadro dell'UEM in primo luogo perché, istituendo un meccanismo unico per la supervisione a livello europeo,

affronta il cosiddetto “trilemma finanziario”²⁹. Ipotesi ricostruttiva, quest’ultima, secondo cui la stabilità finanziaria, l’integrazione finanziaria e la vigilanza finanziaria nazionale non possono essere davvero del tutto compatibili.

In quest’ottica, la *Union banking* è strumentale per contribuire a spezzare il nesso tra debiti sovrani e banche, che si è rivelato un elemento chiave nella crisi attuale. Si spiega così la ragione per cui si è dato vita in sede comunitaria ad una struttura di comando, munita di significativi poteri di controllo e d’azione, che dovrebbe, in prospettiva – assicurare l’equilibrio sistemico dei paesi aderenti.

La costruzione in parola si caratterizza per un rafforzamento del quadro di vigilanza (demandata per l’appunto all’Unione) finalizzato al contenimento del rischio e, dunque, ad evitare crisi finanziarie future.

Con una certa enfasi, si sottolinea che il processo di costruzione di una *Union banking* è la riforma di più ampia portata dopo la creazione dell’euro.

5. Le caratteristiche principali del regolamento SSM.

Il meccanismo di vigilanza unico dovrebbe diventare operativo nel 2014. Se ne stanno delineando le caratteristiche principali.

Il SSM opererà come un sistema, “catering” per tutte le competenze delle autorità di vigilanza nazionali e allo stesso tempo si baserà su un forte centro decisionale. Ciò garantirà vicinanza con i soggetti vigilati e un coerente atteggiamento nell’attività transfrontaliera. Procedure appropriate saranno definite per il decentramento preservando l’unità del sistema di vigilanza e nell’intento di evitare duplicazioni.

Per quanto riguarda la misura in cui le banche saranno sottoposte al SSM, la proposta è molto chiara. Tutte le banche con sede nell’area dell’euro sono sottoposte alla competenza del SSM per un totale di circa 6000 intermediari. Il fatto che tutte le banche degli Stati membri partecipanti rientrino nel campo di applicazione della proposta, non implica che la BCE condurrà la diretta supervisione. Anche se la BCE sarà, in ultima analisi, responsabile dello svolgimento della funzione di sorveglianza, essa sarà assistita dalle autorità nazionali e il sistema risulterà fortemente decentrato. Le autorità di vigilanza nazionali hanno, infatti, la conoscenza dei mercati locali e regionali e una lunga esperienza consolidata in materia di vigilanza. Tuttavia, ciò che assicura che il SSM sia davvero un sistema sono le disposizioni del regolamento per il quale dovrà essere la BCE a pubblicare gli orientamenti e a definire il quadro di riferimento per la supervisione da parte dei componenti e, cosa più importante, la

²⁹ D. SCHOENMAKER, *Il trilemma finanziario*, in *Economic Letters*, 2011, n. 111.

stessa BCE avrà il potere di centralizzare la supervisione di qualsiasi banca o gruppo finanziario ove ciò si renda necessario.

La proposta di regolamento stabilisce le soglie che definiscono i parametri perché le banche rientrino nella più diretta supervisione della BCE. Inoltre, essa può, di sua iniziativa, in considerazione della rilevanza significativa di un istituto decidere di esercitare una vigilanza diretta. Sulla base di una valutazione preliminare, la BCE può esercitare la vigilanza diretta di circa 150 banche, che rappresentano circa l'80% del settore bancario in Europa.

Una seconda caratteristica importante del SSM riguarda i suoi ampi poteri nello svolgimento della sua funzione di vigilanza. L'SSM, con la BCE al suo centro, ha un ampio spettro di poteri sia micro che macro-prudenziali che coprono tutti i compiti fondamentali concernenti la vigilanza prudenziale degli enti creditizi. L'inclusione di poteri macro-prudenziali è un elemento fondamentale perché, come dimostra la crisi, macro e micro rischi possono effettivamente interagire e rafforzarsi reciprocamente. L'attività di supervisione svolta dal SSM dovrà pertanto, essere rivolta, da un canto, all'omogeneizzazione delle prassi di analisi dei rischi e di pianificazione dell'attività di controllo per tutti i gruppi *cross-border*³⁰, dall'altro, al livello microprudenziale, ad effettuare interventi che assumono, nella sostanza, un ruolo molto prossimo a quello in passato esercitato dai comitati di terzo livello ora venuti meno³¹.

Un terzo importante elemento nell'organizzazione del funzionamento del sistema è che le autorità nazionali competenti degli Stati membri non facenti parte dell'area dell'euro hanno la possibilità di partecipare al SSM. Pertanto, la proposta si estende a coprire tutti gli Stati membri, i quali possono partecipare attraverso l'istituzione di una stretta collaborazione con la BCE. In tale ambito, gli Stati devono rispettare le decisioni adottate dalla BCE, altrimenti la cooperazione può essere sospesa o interrotta.

6. Alcune precisazioni in merito alla vigilanza macro e micro prudenziale.

La crisi finanziaria ha evidenziato la necessità di combinare adeguatamente la vigilanza micro-prudenziale con la vigilanza macro-prudenziale, l'una sul singolo istituto e l'altra sul sistema finanziario nella sua interezza.

³⁰ In tal senso rilevano le decisioni della Commissione 2009/77/CE, 2009/78/CE e 2009/79/CE sostitutive delle precedenti disposizioni riguardati i tre comitati settoriali. Si veda altresì la direttiva 2009/111/CE, che ha dato luogo ai "collegi di supervisione" sui gruppi *cross border*.

³¹ Interventi che ovviamente sono stati sottoposti ad una attenta rievitazione, raccordandone la portata ai principi di sussidiarietà e proporzionalità sanciti dal Trattato. In proposito si veda R. D'AMBROSIO, *Le Autorità di vigilanza finanziaria dell'Unione*, in V. SANTORO (a cura di), *La crisi dei mercati finanziari: analisi e prospettive*, Milano, 2012, 28 ss.

Gli orientamenti più recenti della vigilanza in tema di rischi di mercato e rischi di credito, conducono a ritenere che: *i)* a livello macroeconomico, occorra rafforzare il ruolo di prevenzione e di governo delle crisi da parte di tutti i soggetti coinvolti, attraverso il ridisegno di una “nuova architettura” del sistema finanziario internazionale, imperniata sulla definizione di più densi standard di trasparenza e di vigilanza prudenziale, sullo sviluppo di “reti di sicurezza” per minimizzare i rischi di contagio, sul consolidamento dei mercati dei capitali nei paesi emergenti; *ii)* a livello microeconomico, sia necessario e forse prioritario, tenendo a mente i più recenti tracolli di banche di grandi dimensioni, potenziare sistemi di *risk management* aziendali ed elaborare più efficienti “modelli interni” di valutazione dei numerosi e specifici rischi che vedono coinvolte quotidianamente le aziende di credito.

Come è noto, la vigilanza macro-prudenziale implica il monitoraggio, la valutazione ed il controllo del rischio sistemico all'interno del sistema finanziario. La crisi finanziaria, infatti, ha mostrato che i fattori di macro-finanza, l'interconnessione dei mercati e degli operatori così come la globalizzazione della finanza, giocano un ruolo importante nel determinare la misura, la natura e le modalità di propagazione del rischio sistemico. Il rischio sistemico è stato osservato come un fenomeno almeno parzialmente endogeno, radicato nel comportamento collettivo delle istituzioni finanziarie, nella loro interconnessione, nell'interazione tra mercati finanziari e macro-economia. In questo quadro, le scelte e le strategie di vigilanza macro-economica sono dirette a prevenire o quanto meno a contenere la crescita di squilibri finanziari ed ad assicurare che il sistema finanziario sia in grado di resistere agli shock.

L'importanza della vigilanza macro-prudenziale è stata riconosciuta sia al livello nazionale che sul piano internazionale. In particolare è stata considerata una priorità dal Rapporto de Larosière (2009), in virtù del quale la Commissione ha presentato nel settembre dello stesso anno una proposta di modifica dell'assetto della vigilanza finanziaria europea prevedendo l'istituzione dello EUROPEAN SYSTEMIC RISK BOARD (ESRB) incaricato della vigilanza prudenziale sul finanziario e delle EUROPEAN SUPERVISORY AUTHORITIES (ESAs), precisamente EBA, ESMA e EIOPA, autorità europee incaricate della vigilanza micro-prudenziale³². Contestualmente, sono state operate quelle scelte di *policy* necessarie ad attribuire un ruolo ufficiale al sistema europeo delle banche centrali nel controllo sulla stabilità del sistema finanziario. Questa scelte erano coerenti con le proposte del Rapporto de Larosière (2009), a parere del quale alle banche centrali avrebbe dovuto essere conferito

³² Cfr. A.M. TARANTOLA, *La vigilanza europea: assetti, implicazioni, problemi aperti*, cit.; cfr., altresì, F. CAPRIGLIONE, *Misure anticrisi tra regole di mercato e sviluppo sostenibile*, Torino, 2010, cap. III.

un incarico ufficiale nella valutazione dei rischi macro-finanziari consentendo loro di emanare avvertimenti laddove richiesto³³.

La disciplina bancaria europea fa perno sul principio dell'autorizzazione unica e della vigilanza del Paese d'origine ma ciascuno Stato membro ha poi organizzato la vigilanza coerentemente rispetto alle proprie prassi ed alle proprie tradizioni. Tuttavia questa diversità di approccio alla vigilanza finanziaria è nettamente in contrasto con l'assetto europeo integrato di politica monetaria (attraverso il quale si tende a preservare la stabilità dei prezzi). Pertanto, anche l'assetto e le competenze del sistema europeo delle banche centrali non sembrano più adeguati alle nuove priorità.

La disciplina della vigilanza macro-prudenziale si basa su due regolamenti, vincolanti e direttamente applicabili: l'uno (reg. n. 1092/2010 UE) istituisce il EUROPEAN SYSTEMIC RISK BOARD/ESRB e l'altro (reg. n. 1096/2010 UE) che conferisce specifici poteri alla BCE in supporto del ESRB. Il ESRB è un organo collegiale senza personalità giuridica che ha la funzione di contribuire alla prevenzione ed al controllo del rischio sistemico. In ragione della sua indubbia competenza la BCE può dare un significativo contributo allo svolgimento di questa funzione. Da un punto di vista strutturale il ESRB si compone di un GENERAL BOARD, che rappresenta l'organo con poteri decisionali, un ADVISORY TECHNICAL COMMITTEE e di un ADVISORY SCIENTIFIC COMMITTEE che svolgono funzioni ausiliari e di supporto tecnico-scientifico al primo, infine, il servizio di Segreteria è prestatato dalla BCE (foglio in calce all'articolo sulla struttura organizzativa del ESRB ed in particolare pagina 29 del documento; può essere di aiuto esaminare la versione italiana dei regolamenti summenzionati su ESRB che indicano in dettaglio la composizione ed i poteri della struttura organizzativa del ESRB).

Allo stato spetta al ESRB la responsabilità della vigilanza macro-prudenziale sul sistema finanziario all'interno dell'Unione europea svolgendo un'attività di monitoraggio, di valutazione e di analisi, di scansione delle priorità, ma anche emettendo avvisi/*warnings* e raccomandazioni, così come verificando l'adesione alle indicazioni fornite. Il problema è che il ESRB non ha poteri vincolanti, anche se i destinatari delle raccomandazioni o degli

³³ Su tali profili si rinvia a R. MASERA, *La crisi globale: finanza, regolazione e vigilanza alla luce del Rapporto de Larosière*, in *Riv. trim. dir. eco.*, 2009, 147 ss.. Tre sono le aree di intervento suggerite. La prima consiste nell'individuare i punti di debolezza dei sistemi finanziari – a livello nazionale e internazionale – per favorire l'identificazione delle fonti di rischio sistemico e la formulazione di regolamenti e politiche di sorveglianza, atti a ridurre la vulnerabilità dei sistemi stessi; la seconda è la creazione di nuove procedure che assicurino lo sviluppo di regole e standard internazionali efficaci in tema di vigilanza; l'ultima consiste nell'effettiva applicabilità nei paesi membri delle regole e degli standard elaborati.

avvertimenti non possono semplicemente ignorarli. Piuttosto devono dare una spiegazione secondo il principio “comply or explain”.

Considerando il ruolo di sostegno che la BCE è chiamata ad offrire al ESRB, l'art. 127 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea/TFEU, gli artt. 2, 4 e 25 dello Statuto SEBC, nonché le prassi di vigilanza degli Stati membri indicano che le banche centrali sono ben posizionate per svolgere un ruolo essenziale nella vigilanza macro-prudenziale e che, in particolare, la BCE rappresenta la logica scelta come ente di supporto nella fornitura di dati, informazioni o lo svolgimento di analisi per il ESRB. Infatti alla medesima è attribuita la segreteria del ESRB attraverso lo svolgimento i seguenti compiti: a) fornire informazioni statistiche e raccogliere i dati; b) prestare supporto amministrativo e logistico; c) essere di ausilio nello svolgimento di analisi.

Il ESRB considera essenziale la predisposizione di un assetto efficace ed efficiente della vigilanza macro-prudenziale in modo tale da assicurare che le sue raccomandazioni ed i suoi avvertimenti (*warnings*) siano seguite dai destinatari e che gli Stati membri possano ricevere sostegno nella misure di *policy* adottate di loro iniziativa. Pertanto, il ESRB ha delineato alcuni principi-guida per la vigilanza macro-prudenziale nella raccomandazione ESRB/2011/334.

Questi principi-guida dovrebbero informare il mandato di vigilanza macro-prudenziale conferito dagli Stati membri alle autorità nazionali competenti:

RACCOMANDAZIONE A: gli Stati membri dovrebbero precisare che l'obiettivo finale di qualsiasi vigilanza prudenziale è contribuire alla salvaguardia della stabilità del sistema finanziario globalmente inteso, rafforzando la sua capacità di resistenza e riducendo il rischio sistemico;

RACCOMANDAZIONE B: contempla due modelli organizzativi delle autorità investite della vigilanza macro-prudenziale: un modello collegiale che riunisce gli esponenti delle banche centrali e quelli delle autorità investite della vigilanza macro ovvero, in alternativa, un modello su un'unica autorità, che potrebbe essere rappresentata anche da un'autorità esistente o dalla banca centrale nazionale. In ogni caso la raccomandazione della ESRB richiede che la banca centrale giochi un ruolo essenziale nelle scelte di *policy* di vigilanza macro-prudenziale soprattutto laddove essa esercita la vigilanza micro-prudenziale;

³⁴ Pubblicata in GUCE C 41 14.2.2012.

RACCOMANZIONE C: indica i compiti dell'autorità incaricata della vigilanza macro-prudenziale, che consistono essenzialmente nell'identificazione, nel monitoraggio e nella valutazione dei rischi posti alla stabilità finanziaria e nell'elaborazione delle scelte di policy per prevenire o mitigare questi rischi;

RACCOMANDAZIONE D: indica le problematiche sulla trasparenza e la responsabilità nei confronti dei parlamenti nazionali delle autorità macro-prudenziali;

RACCOMANDAZIONE E: indica le questioni controverse dell'indipendenza operativa e finanziaria delle autorità nazionali competenti per la vigilanza macro-prudenziale.

In conclusione, le banche centrali nazionali devono essere chiamate a svolgere un ruolo essenziale nell'esercizio della vigilanza macro-prudenziale anche negli Stati membri nei quali non è loro attribuito l'esercizio di questa funzione.

Inoltre, secondo la BCE le attività delle competenti autorità nazionali in tema di vigilanza macro-prudenziale non possono che essere complementari alla funzione assolta dalla ESRB, come la dimensione transfrontaliera del rischio e l'intensa interconnessione delle istituzioni finanziarie suggeriscono.

Quindi, l'assetto istituzionale della vigilanza macro-prudenziale da privilegiare contempla un coinvolgimento della BCE come delle banche centrali nazionali nell'attività ESRB35.

7. Separazione delle funzioni monetarie e di vigilanza, beneficiando delle sinergie.

Un altro elemento determinante del regolamento per il SSM riguarda il principio della separazione delle funzioni monetarie e di vigilanza. Il ruolo importante attribuito al Consiglio di sorveglianza nei confronti del Consiglio direttivo è una delle garanzie ai fini di una netta separazione tra la funzione monetaria e quella di vigilanza della BCE.

Infine, la concentrazione di queste nuove funzioni presso la BCE implica un maggiore grado di responsabilità. La proposta del Consiglio affronta anche il problema creando un Comitato di revisione delle decisioni SSM da un punto di vista giuridico e, in particolare, definendo la responsabilità del SSM dinanzi al Parlamento europeo.

8. Principali compiti immediati del SSM.

Una delle priorità principali per la BCE nel corso del 2013 è garantire l'operatività del SSM, in modo che possa assumere le proprie responsabilità in modo efficace ed efficiente.

³⁵ D. GLUCH, L. SKOVRAŇOVÁ e M. STENSTRÖM, *Central Bank involvement in macro-prudential oversight*, in <http://www.ecb.europa.eu/pub/pdf/scplps/ecbhw14.pdf>.

Anzitutto, la creazione di un centro forte in un sistema decentralizzato come il SSM, sarà fondamentale per fornire alla BCE i mezzi necessari per svolgere efficacemente le sue funzioni senza mettere in pericolo la sua reputazione. In questo contesto, sarà essenziale l'articolazione delle procedure di decentramento mediante accordi di cooperazione con le autorità nazionali pur mantenendo l'unità del sistema di vigilanza.

Le conoscenze e le competenze del capitale umano del sistema contribuiranno a creare un centro solido, per cui l'assunzione di personale esperto e qualificato, in particolare nell'autorità di vigilanza bancaria, rappresenta una priorità.

9. Armonizzare le valutazioni del rischio.

Un compito immediato del SSM sarà una revisione globale delle banche che ricadranno sotto la diretta supervisione della BCE. Come previsto dal regolamento, l'esercizio di questo potere dovrebbe includere elementi di verifica della qualità degli *assets* come base per un'analisi approfondita di solvibilità.

La valutazione delle attività istituzionali nel progetto complessivo di *Union banking* è una questione importante nel quadro europeo di ricapitalizzazione diretta delle banche. Si deve fare in modo che nella creazione di un meccanismo di risoluzione delle crisi a livello europeo, le perdite derivanti da attività preesistenti, in conformità ai principi di "buona risoluzione", saranno sostenuti prima degli azionisti delle banche e/o parzialmente da parte dei paesi in cui sono insediate, in modo che l'uso di fondi europei non crei problemi di azzardo morale o ingiustificate mutualizzazioni di perdite provenienti dal passato³⁶.

³⁶ Cfr. D. SCHOENMAKER e D. GROS, *A European Deposit Insurance and Resolution Fund – An Update*, CEPS, Policy Brief n. 283/2012. Per colmare questa lacuna, la Commissione (6 giugno 2012) ha proposto un quadro comune di norme per aiutare i paesi UE e gli organi nazionali di regolamentazione a rispondere in maniera rapida ed efficace a una crisi bancaria. Le misure indicate contribuirebbero anche a ridurre il potenziale impatto del fallimento di una banca sulla stabilità dei mercati finanziari e ad arginare il costo sostenuto dal contribuente in caso di salvataggio. La competenza e i costi della ristrutturazione verrebbero, pertanto, trasferiti sugli azionisti e creditori della banca e sugli eventuali responsabili della cattiva gestione. La proposta prevede anche gli strumenti che le autorità nazionali devono mettere in atto per risollevare le banche in modo ordinato, se necessario, ricorrendo ad un meccanismo di "bail-in", a partire dal 2018. In sintesi, le misure in oggetto:

Come accade quando un investitore privato acquisisce una partecipazione nel capitale di una banca che è o è stata in una situazione di difficoltà, dovrà operarsi una valutazione che avrà un impatto sulla determinazione del prezzo di entrata stemperando in tal modo l'evento sugli azionisti precedenti.

I processi di definizione delle norme devono superare le diversità degli ordinamenti nazionali e permettere tecniche differenti di attuazione. Se da un lato appare possibile pensare a un organismo di vigilanza globale, dall'altro si è altrettanto consapevoli che nessun apparato regolamentare è sufficiente a garantire la stabilità finanziaria del sistema, senza il mantenimento di condotte appropriate da parte delle singole banche.

L'SSM nel condurre la valutazione iniziale della situazione delle banche beneficerà del fatto che la BCE è ben preparata per condurre queste analisi e valutazioni relative a singole banche, in collaborazione con altre autorità nazionali e comunitarie e le parti eventualmente terze. Il che è particolarmente vero per la analisi di solvibilità delle banche attraverso adeguati strumenti di analisi. La BCE, in modo analogo ad altre banche centrali nazionali, ha rafforzato nel corso degli anni la sua capacità analitica per sostenere la stabilità finanziaria, soprattutto attraverso valutazioni del rischio sistemico in tempo reale per supportare le decisioni politiche.

A una scala più ampia, un fondamentale lavoro deve essere condotto dalla BCE in collaborazione con l'EBA al fine di predisporre un "manuale di pratiche di vigilanza", l'attuazione del processo e le procedure per lo svolgimento di controllo nell'Unione europea. Ciò dovrebbe garantire un approccio armonizzato nella gestione dei controlli e aumentare la

i) conferirebbero ampi poteri alle autorità pubbliche per evitare il fallimento delle banche, intervenire tempestivamente e risolvere i problemi;

ii) imporrebbero a tutte le grandi banche di elaborare piani di recupero – spetterà alle autorità pubbliche descrivere le misure predisposte per intervenire e gestire una banca in difficoltà;

iii) innescerebbero una risposta immediata se le riserve di capitale dovessero scendere al di sotto di una determinata soglia – la banca dovrebbe intervenire per ripristinare le sue finanze, avviare le riforme necessarie e ristrutturare il proprio debito, se necessario;

iv) permetterebbero alle autorità nazionali di assumere il controllo di una banca in crisi se l'intervento preventivo non dovesse funzionare, autorizzandole ad esempio a vendere l'intera banca o parte di essa;

v) aiuterebbero le autorità nazionali a collaborare in maniera più efficiente quando si tratta di intervenire per una banca transfrontaliera in crisi e conferirebbero all'Autorità bancaria europea un ruolo determinante.

La proposta prevede anche la creazione di fondi di risoluzione nazionali pagati dalle banche nazionali al fine di far fronte ai pochi casi in cui le procedure di *bail-in* non offrissero risorse sufficienti per la ristrutturazione e la chiusura degli istituti in perdita. L'idea è che ogni autorità di controllo nazionale dovrà disporre di un fondo nazionale di risoluzione, strumento che dovrà intervenire nella fase transitoria dalla bancarotta al risanamento. Successivamente, i fondi nazionali dovrebbero essere coordinati e correlati. Se un fondo di risoluzione nazionale non disponesse di risorse sufficienti per finanziare una ristrutturazione, la proposta impone agli stati membri di esaminare l'eventualità di un prelievo supplementare sul settore bancario interno, prima di prendere in considerazione la possibilità di attingere le risorse finanziarie dai fondi di risoluzione degli altri paesi dell'UE.

comparabilità tra le valutazioni di vigilanza – ad esempio per quanto riguarda il *provisioning* e le politiche di mitigazione del rischio – nell’ambito del nuovo quadro di supervisione.

L’istituzione del SSM richiede anche la creazione di una sorta di sistema europeo di analisi dei rischi, che analizza e classifica il profilo di rischio delle banche controllate. Approccio necessario anche per armonizzare i sistemi nazionali di supervisione e di *rating* per l’uso di indicatori di preallarme di difficoltà delle banche. La BCE sta anche investendo sulle sue capacità di analisi in questo fronte.

10. Conclusioni.

A seguito della crisi finanziaria internazionale, sul piano delle concretezze, si sono determinate le premesse per una traslazione di sovranità nazionale in ambito europeo, che si aggiunge a quella monetaria in passato attuata con il Trattato di Maastricht³⁷.

L’accordo raggiunto dal Consiglio in merito al SSM dimostra la volontà di fortificare l’UEM attraverso il rafforzamento del quadro istituzionale finanziario. L’SSM è considerata una componente fondamentale, ma solo una componente della *Union banking*.

Si delinea, tuttavia, uno scenario di certo tuttora non ancora pienamente chiarito. Resta, in particolare, da verificare se il conferimento di ampi poteri al SSM consentirà di configurare nella fattispecie – in luogo della realizzazione di una mera “rete” di autorità col circoscritto compito di attuare (attraverso una codecisione degli stati presenti nelle indicate strutture di controllo) forme di coordinamento operativo – un vero e proprio passaggio di prerogative, istituzionalmente proprie, dei paesi aderenti, ai nuovi organismi che compongono detto sistema³⁸.

Va da sé che l’efficacia degli interventi legislativi elaborati in sede europea (ad oggi, per molti aspetti ancora allo studio in chiave tecnica), nei quali si intende concretizzare l’impegno per evitare gli effetti degenerativi della crisi, appare legata essenzialmente ad una profonda innovazione che interessa le funzioni tradizionali delle istituzioni coinvolte.

Di tali difficoltà è conferma la circostanza per cui, nel quadro autoritativo dell’ordinamento finanziario europeo, risultano coinvolti organismi, come la BCE, cui fanno capo interessi talora non condivisi dagli stati che non hanno aderito alla moneta unica. A fronte di una necessaria rivalutazione delle forme di coesione sistemica (a base dell’Unione) da attuare in vista di una perdita di coerenza nella costruzione in esame, questa risulta

³⁷ L. MARCOLIN, *L’Unione Bancaria avvicina l’Europa al redde rationem*, cit..

³⁸ Cfr. V. TROIANO, *Architettura di vertice dell’ordinamento finanziario europeo*, in M. PELLEGRINI (a cura di), *Elementi di diritto pubblico dell’economia*, Padova, 2012, 559 ss.; S. GAMBINO e W. NOCITO, *Relazione al Seminario interdisciplinare “Crisi dello Stato nazionale, governo dell’economia e tutela dei diritti fondamentali”* (Università di Messina, 7 maggio 2012).

esposta a comportamenti antinomici, frutto di una logica compromissoria poco attenta alle implicazioni dei processi di aggiustamento della nuova *governance* europea.

L'attribuzione alla BCE di specifiche competenze e poteri dovrebbe assicurare, per il futuro, una maggiore unitarietà dell'azione di vigilanza, consentendo soprattutto di superare i limiti di quest'ultima nella verifica dei rischi sistemici macroprudenziali; profili di valutazione positiva questi, cui si contrappongono però delicate questioni interpretative degli ambiti d'intervento di detta autorità, donde la necessità di attivare più idonee forme di coordinamento tra la medesima e le corrispondenti amministrazioni di controllo nazionali³⁹.

È importante che gli aspetti critici del progetto di un'Unione bancaria su scala europea vengano affrontati al più presto, ed è necessario che la vigilanza unica sulle banche e la messa a punto della rete di sicurezza siano potenziate rapidamente⁴⁰. La velocità è importante, ma i riformatori dovranno porre cura alla corretta successione di azioni e dovranno servirsi di un approccio coerente⁴¹.

Una profonda riflessione è d'obbligo nella valutazione di un'architettura che, ad oggi, deve ritenersi ancora *in fieri*. Sarebbe, infatti, un pericoloso errore quello di credere risolta la stagione delle riforme in esame, senza aver prima passato al vaglio di un'opportuna verifica (concettuale e operativa) la tenuta dell'impianto ordinatorio dianzi delineato.

³⁹ Questa è la ragione per la quale il vero snodo del progetto di vigilanza unitaria non sono solo (e tanto) le competenze della BCE, ma quelle dell'EBA che ha il compito di definire il *rulebook* delle regole e delle prassi di vigilanza per prevenire arbitraggi regolamentari (in termini più brutali evitare che ciascuno interpreti le norme a proprio piacimento). Il Parlamento europeo ha già proposto emendamenti al progetto della Commissione (v. EU PARLIAMENT, *Committee on Economic and Monetary Affairs*, Draft Report 2012/0244 (COD) del 09.10.2012) proprio per rafforzare il ruolo dell'EBA nella individuazione di standard comuni per i *recovery and resolution plans*.

⁴⁰ Cfr. G. NAPOLITANO, *L'incerto futuro della nuova governance economica europea*, in *Quad. cost.*, 2012, 123 ss. Queste brevi considerazioni conclusive indicano che la strada verso una vera Unione Economica e Monetaria è ancora lunga e non pienamente e chiaramente tracciata. Per interessanti spunti ricostruttivi cfr. S. MICOSI, *Eurozona: dalla crisi alla Road Map verso l'unione economica e monetaria*, prolusione all'Inaugurazione dell'A.A. 2012-13, presso l'Università Carlo Cattaneo, 12 novembre 2012.

⁴¹ B. COEURÉ, *Euro area financial regulation: where do we stand?*, Parigi, 18.01.2013; S. FABBRINI, *Le implicazioni istituzionali della crisi dell'euro*, in *Il Mulino*, 2012, 1, 96 ss.; A. QUAGLIO, *La corsa a ostacoli di Draghi fra Land tedeschi e colossi della City*, in *Il sole 24 Ore*, 13.09.2012

Principio di colpevolezza ed onere della prova nel sistema sanzionatorio tributario.

di Damiano Peruzza

ABSTRACT

The most recent tax regulations tightened both criminal and administrative sanctions against the taxpayers who break the law. In this context, art. 5, d.lgs. n. 472/1997 states that no administrative sanctions can be imposed on the taxpayer who doesn't infringe tax law consciously and negligently: therefore, the subjective state of the taxpayer who violates fiscal regulations is a fundamental element that has to be evaluated in order to decide, in the specific case, whether to impose sanctions or not.

The tax authority is allowed to presume that any violation of tax law was committed with guilt, while the taxpayer has to prove that he acted diligently in order to exclude sanctions. Nevertheless, this distribution of the burden of proof doesn't allow the tax authority to impose sanctions when the taxpayer proves with specific elements that he didn't act negligently, nor justifies the most recent rulings of the tax courts, according to whom the taxpayer has to give proof of his lack of guilt beyond the burden set by the law.

SOMMARIO: 1. L'elemento soggettivo dell'illecito tributario. – 2. Il principio di colpevolezza. – 3. Assenza di colpevolezza e cause di non punibilità. – 4. La nozione di colpa nel sistema sanzionatorio tributario. – 5. Elemento soggettivo dell'illecito ed irrogazione delle sanzioni: presunzione di colpevolezza e prova dell'assenza di colpa.

1. L'elemento soggettivo dell'illecito tributario.

Il recente inasprimento del profilo sanzionatorio relativo alle violazioni di natura tributaria¹ ci induce a riflettere sui presupposti della responsabilità derivante dall'illecito

¹ Tra gli interventi legislativi di inasprimento della disciplina sanzionatoria, si ricorda la l. n. 220/2010 (Legge Finanziaria per il 2011), nella quale sono state ritoccate in aumento, con effetto dal 1° gennaio 2011, le sanzioni previste per gli istituti di definizione agevolata (ravvedimento operoso, conciliazione giudiziale, accertamento con adesione, adesione all'irrogazione di sanzioni ex art. 16, d.lgs. n. 472/1997, etc.). Per le motivazioni sottese all'adozione di tali misure, individuate nell'incremento del gettito e nell'inasprimento della lotta all'evasione, si rinvia a L. SALVINI, *La legge di stabilità per il 2011. La lotta all'evasione*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2011, 383. Si è quindi assistito a numerose modifiche in tema di sanzioni penali, tra cui l'abbassamento della soglia di punibilità per i reati tributari, approvata con la manovra di ferragosto ed entrata in vigore il 16 settembre 2011, nonché la *reformatio in peius* della disciplina sanzionatoria in materia di dichiarazione fraudolenta mediante uso di fatture e l'allungamento dei termini di prescrizione dei reati previsti dagli articoli 2 e ss., d.lgs. n. 74/2000. Sul punto, cfr. A. IORIO, *Gli effetti dell'abbassamento delle soglie di rilevanza penale per le violazioni fiscali*, in *Corr. trib.*, 2011, 3281. Da ultimo, si segnala il recente intervento del d.l. 16/2012, con il quale, a modifica dell'art. 303 del testo unico delle leggi doganali, sono state rafforzate notevolmente le sanzioni sulle violazioni, peraltro di natura formale, legate ad inesattezze dichiarative su qualità, quantità e

tributario, con particolare riguardo all'elemento soggettivo, che costituisce al contempo il fondamento e il limite della punibilità – sia a titolo di responsabilità amministrativa che penale – del contribuente².

Ciò che accomuna le sanzioni tributarie è difatti la «coloritura» penalistica dell'intero impianto sanzionatorio tributario³, nell'ambito del quale viene conferito all'elemento soggettivo dell'illecito tributario, anche per i profili di responsabilità amministrativa, quel carattere di essenzialità e di imprescindibilità di matrice penalistica per cui, nel rispetto del principio di colpevolezza di cui all'art. 27 Cost., in assenza dell'elemento soggettivo è esclusa la punibilità dell'agente che ha commesso una o più violazioni della legge tributaria.

Se per quanto riguarda le sanzioni penali, in applicazione diretta dei principi costituzionali di responsabilità personale e di colpevolezza, codificati dagli artt. 42 e 43 cod. pen. e accompagnati dalla fondamentale regola di giudizio di cui all'art. 533 cod. proc. pen.⁴, l'elemento soggettivo assurge a elemento necessario dell'illecito – senza il quale, difettandone il presupposto, non si configura il reato –, più complesso è ricostruire l'effettivo ruolo e la funzione dell'elemento soggettivo nell'ambito del sistema delle sanzioni amministrative tributarie.

A tal proposito, occorre soffermarsi sulla legge generale in materia di sanzioni amministrative tributarie (d.lgs. n. 472/1997), che, in attuazione della legge delega n. 696/1992, ha riformato la disciplina dell'illecito amministrativo in materia tributaria, introducendo un sistema sanzionatorio di tipo personalistico (o penalistico) in luogo del previgente sistema a carattere risarcitorio⁵.

valore delle merci, con contestuale eliminazione dell'esimente di cui al previgente comma 3 della disposizione in parola, prevista per le violazioni derivanti «da errori di calcolo, di conversione della valuta estera o di trascrizione commessi in buona fede nella compilazione della dichiarazione»: v. F. CERIONI, *Aggravamento delle sanzioni per le violazioni accertate dall'Agenzia delle Dogane*, in *Corr. trib.*, 2012, 2033. Come si evince, esiste una tendenza all'ampliamento dell'area di responsabilità del contribuente e di inasprimento delle misure sanzionatorie, accompagnata, all'interno di tale ambito, ad una costante penalizzazione della materia, giustificata da una strategia di lotta all'evasione fiscale che predilige un'azione repressiva e sanzionatoria.

² Per una disamina dei profili soggettivi dell'illecito amministrativo tributario, v. A. GIOVANNINI, *Sui principi del nuovo sistema sanzionatorio non penale in materia tributaria*, in *Dir. prat. trib.*, I, 1997, 1196; L. DEL FEDERICO, *Introduzione alla riforma delle sanzioni amministrative tributarie: i principi sostanziali del D.Lgs. n. 472/1997*, in *Riv. dir. trib.*, I, 1999, 107; ID., voce *Violazioni e sanzioni in materia tributaria. I) Violazioni e sanzioni amministrative*, in *Enc. giur.*, IX, 2001, 23; F. BATISTONI FERRARA, *Principio di personalità, elemento soggettivo e responsabilità del contribuente*, in *Dir. prat. trib.*, I, 1999, 1509; L. TOSI, *Profili soggettivi della disciplina delle sanzioni tributarie*, in *Rass. trib.*, I, 1999, 1509. Quanto ai profili penalmente rilevanti, la disciplina dell'elemento soggettivo non si discosta, in linea di massima, da quella prevista in via generale dagli artt. 42 e 43 cod. pen.; si rinvia, sul punto, a A. LANZI e P. ALDOVRANDI, *Manuale di diritto penale tributario*, Padova, 2011, 67.

³ Sul punto, cfr. G. BELLAGAMBA e G. CARITI, *Il sistema delle sanzioni tributarie*, Milano, 2011, 227.

⁴ È noto che i reati tributari sono costituiti in gran parte da delitti, in relazione ai quali, ai sensi dell'art. 42, comma 2, cod. pen., la punibilità è ammessa solo se sussiste l'elemento soggettivo del dolo, la cui sussistenza, ai fini della condanna, deve essere dimostrata in sede processuale al di là di ogni ragionevole dubbio.

⁵ Il sistema previgente risultava delineato sulla base della l. 7 gennaio 1929 n. 4 ed imperniato sulla previsione di due misure sanzionatorie distinte, la sovrattassa e la pena pecuniaria, la cui distinzione (la prima,

Con tale intervento, è stata attribuita alle sanzioni tributarie la finalità punitiva tipica dell'istituto sanzionatorio, con funzione preventiva e al contempo repressiva dell'illecito. Corollario della svolta in senso «afflittivo» delle sanzioni amministrative ad opera della legge generale in materia di sanzioni, è stata l'estensione all'ambito tributario di una serie di garanzie e di norme previste in materia penale, che ha portato a compimento la «penalizzazione» del sistema sanzionatorio tributario mediante l'introduzione di principi di matrice penalistica, quali il *favor rei* e il principio di stretta legalità.

Tra gli effetti della nuova concezione penalistica, assume primario rilievo la «personalizzazione» delle sanzioni amministrative tributarie, già valorizzata in via generale dalla l. n. 689/1981 in tema di illecito amministrativo, con il conseguente passaggio da una responsabilità di tipo «oggettivo» (automatismo tra violazione e sanzione) ad una responsabilità di tipo «soggettivo».

Ai sensi dell'art. 2, comma 2, d.lgs. n. 472/1997, difatti, risponde dell'illecito la persona fisica che abbia commesso la violazione o la persona giuridica titolare del rapporto fiscale che si assume violato, venendosi a creare in tal modo una potenziale distinzione, sino ad allora esclusa, tra l'autore dell'illecito soggetto a sanzione e il contribuente obbligato al solo versamento d'imposta. Viene così introdotto il principio di riferibilità della violazione tributaria alla persona fisica che ha commesso o ha concorso a commettere il fatto, affermando il principio di personalità della responsabilità tributaria amministrativa⁶.

E' in tale ottica di personalizzazione della responsabilità amministrativa che assume rilievo il c.d. elemento soggettivo dell'illecito tributario, che si sostanzia nella previsione di una serie di regole che definiscono l'*an* della sanzione amministrativa sulla base delle condizioni soggettive dell'agente: ai fini della punibilità, il soggetto responsabile della violazione tributaria deve essere imputabile⁷ e colpevole.

con funzione risarcitoria; la seconda di carattere punitivo) risultava tuttavia di difficile individuazione a causa dell'opera disorganica del legislatore tributario. Di qui la necessità di una generale riforma del sistema sanzionatorio tributario, intesa a conseguire un'organica razionalizzazione della disciplina, che conformasse le sanzioni tributarie ai principi generali delle sanzioni amministrative dettati dalla l. n. 689/1981.

⁶ Nel sistema previgente la responsabilità per le violazioni di natura tributaria era addossata in ogni caso al contribuente, configurandosi in tal modo una sorta di accessorietà, sotto il profilo soggettivo, tra il rapporto tributario e quello tributario sanzionatorio, che determinava la sostanziale mancanza di responsabilità in capo all'autore materiale dell'illecito.

⁷ Il principio di imputabilità è previsto dall'art. 4, d.lgs. n. 472/1997, che prevede che il soggetto responsabile della violazione, per essere sanzionato, debba essere in possesso della capacità di intendere e di volere, valutata sulla base dei criteri indicati nel codice penale, al momento della commissione del fatto. Sul principio di imputabilità in materia di sanzioni tributarie, v. F. D'AYALA VALVA, *Aspetti problematici dell'imputazione soggettiva della sanzione amministrativa tributaria*, in *Riv. dir. trib.*, I, 2003, 203.

Il principio di colpevolezza, che costituisce il nucleo essenziale della riforma in senso personalistico del sistema sanzionatorio amministrativo tributario⁸, è affermato in via generale dall'art. 5, d.lgs. n. 472/1997, secondo cui «ciascuno risponde della propria azione od omissione, cosciente e volontaria, sia essa dolosa o colposa», e nello specifico attraverso la previsione di cause di non punibilità con cui il legislatore tipizza in talune fattispecie l'assenza di colpa, facendone derivare l'esclusione della sanzione.

L'aver espressamente previsto la coscienza e volontarietà della condotta dolosa o colposa quale presupposto della responsabilità sanzionatoria costituisce un'importante innovazione dell'ordinamento tributario: da elemento «ininfluente» nel sistema previgente, l'elemento soggettivo è diventato una componente essenziale per il configurarsi stesso dell'illecito tributario, in assenza del quale la sola condotta antiggiuridica non è sufficiente ad integrare il presupposto per l'irrogazione della sanzione⁹.

Se, sotto il profilo teorico, l'elemento soggettivo assume primaria importanza sostanziale e strutturale nella configurazione dell'illecito, nel diritto vivente il principio di colpevolezza e le cause di non punibilità del contribuente risultano tuttavia spesso ancora relegati a elementi secondari, non necessari ad individuare i confini dell'illecito, ma destinati, esternamente rispetto ad esso e quasi «accidentalmente», ad escludere la punibilità in talune rare occasioni, stante il difficile onere probatorio posto a carico del soggetto nei cui confronti viene contestata la sanzione in sede di attuazione del rapporto derivante dalla responsabilità per la violazione di norme tributarie.

A distanza di quindici anni dalla riforma, occorre pertanto interrogarsi sullo stato dell'elemento soggettivo dell'illecito tributario, al fine di verificare se le soluzioni applicative e processuali adottate dal diritto vivente rispettino i principi e gli stampi giuridici previsti, sul piano sostanziale, dalla legge generale sulle sanzioni amministrative.

2. Il principio di colpevolezza.

Nel sistema delle sanzioni amministrative tributarie, è accolto il principio secondo cui il soggetto che ha commesso una violazione non può essere punito se non è possibile muovere

⁸ F. BATISTONI FERRARA, *Il nuovo sistema sanzionatorio. Principi generali (legalità, favor rei, imputabilità colpevolezza, cause di non punibilità*, in *Fisco*, 1999, 11355; L. DEL FEDERICO, *Il principio di personalità*, in G. TABEL (a cura di), *La riforma delle sanzioni amministrative tributarie*, Torino, 2000, 19; M. LOGOZZO, *L'ignoranza della legge tributaria*, Milano, 2002, 93.

⁹ L'intervento legislativo è stato fortemente ispirato dalla dottrina, che, già con riguardo al sistema sanzionatorio previgente, aveva sostenuto, sulla base di argomentazioni di carattere sistematico, imperniate sul rinvio operato dall'art. 1, comma 2, l. n. 4/1929 alle disposizioni generali del codice penale e sull'applicazione analogica dei principi contenuti nella l. n. 698/1981, che fosse necessario anche ai fini della punibilità dell'illecito tributario amministrativo il requisito psicologico della colpa o del dolo, anche in assenza di una espressa disposizione in tema di colpevolezza. Si rinvia a L. DEL FEDERICO, *Le sanzioni amministrative nel diritto tributario*, Milano, 1993, 306; R. CORDEIRO GUERRA, *Illecito tributario e sanzioni amministrative*, Milano, 1996, 358.

allo stesso alcun rimprovero per avere commesso la violazione, non potendosi prescindere dalla colpevolezza dell'agente.

Secondo tale principio, che affonda le sue radici nella civiltà giuridica dell'ordinamento e che in materia penale ha espresso rilievo costituzionale, è impedita l'irrogazione di misure afflittive nei confronti di chi abbia commesso una violazione della legge non rimproverabile, in quanto non voluta né colposamente prevedibile.

In materia tributaria, il principio è espressamente previsto dall'art. 5, d.lgs. n. 472/1997, il quale dispone che, ai fini dell'irrogazione delle sanzioni amministrative, la condotta del soggetto, oltre che cosciente e volontaria¹⁰, debba essere rimproverabile allo stesso a titolo di dolo o colpa.

La nozione rilevante di dolo è definita espressamente dal comma 4 della medesima disposizione, secondo cui si considera dolosa la violazione attuata con l'intento di pregiudicare la determinazione dell'imponibile o dell'imposta ovvero diretta ad ostacolare l'attività amministrativa di accertamento.

Si tratta, in tutta evidenza, di una figura di dolo specifico, o intenzionale, caratterizzata dall'intenzione «di evasione» della condotta.

Quanto alla nozione di colpa, in assenza di una specifica disposizione, ci si deve necessariamente rifare alla previsione di cui all'art. 43 del codice penale, secondo cui si ha colpa quando l'evento non è voluto dall'agente e si verifica a causa di negligenza, imprudenza o imperizia ovvero per inosservanza di leggi, regolamenti, ordini o discipline: la colpa si configura come violazione di una regola cautelare, positivizzata (in tal caso ricorre la colpa c.d. specifica) o non espressamente codificata (in cui si ravvisa la colpa c.d. generica).

Nella legge generale sulle sanzioni amministrative tributarie, inoltre, viene elaborata una autonoma definizione di colpa grave, che sussiste allorché l'imperizia o la negligenza sono «indiscutibili» e non esiste alcun dubbio in ordine all'interpretazione della legge, così che risulta «evidente la macroscopica inosservanza di elementari obblighi tributari»¹¹.

Si è osservato come risulti estremamente difficile individuare in concreto le ipotesi di colpa grave¹². In effetti, si tratta di una situazione soggettiva prossima al dolo, tant'è che la

¹⁰ La coscienza e volontarietà della condotta viene definito dalla dottrina penalistica come *suitas*, o appartenenza della condotta al soggetto del comportamento illecito. Essa costituisce il requisito minimo di collegamento tra il comportamento e la sua riferibilità all'agente umano, che è esclusa nelle ipotesi di coartazione fisica o di forza maggiore. Come sottolineato in G. BELLAGAMBA e G. CARITI, *Codice delle sanzioni tributarie*, Milano, 2007, 350, è evidente la scarsa rilevanza di tale categoria nell'ambito degli illeciti tributari, apparendo difficile ipotizzare una violazione tributaria mancante della necessaria riferibilità psichica all'agente.

¹¹ Cfr. art. 5, comma 3, d.lgs. n. 472/97. Nell'ultimo periodo della disposizione viene specificato che «non si considera determinato da colpa grave l'inadempimento occasionale ad obblighi di versamento del tributo». Si può argomentare, *a contrariis*, che l'inadempimento sistematico agli obblighi di versamento costituisce ipotesi di colpa grave del contribuente.

¹² G. BELLAGAMBA e G. CARITI, *Il sistema delle sanzioni tributarie*, cit., 793.

colpa grave viene equiparata, con riguardo alle conseguenze dell'illecito e al relativo trattamento sanzionatorio, alla ipotesi di condotta dolosa del contribuente¹³.

La previsione della rilevanza degli elementi soggettivi del dolo e della colpa (anche nella sua forma «grave») rende compiuto il modello sanzionatorio «personalistico» (o «penalistico»), mediante la valorizzazione della dimensione soggettiva della responsabilità della persona fisica autrice della violazione.

La disciplina vigente, dettata sul modello penalistico, rende applicabili alle sanzioni tributarie gli schemi interpretativi elaborati dalla giurisprudenza penale in tema di elemento soggettivo, da cui consegue che la punibilità per le violazioni tributarie postula innanzitutto che l'azione o l'omissione siano coscienti e volontarie ed altresì colpevoli, e cioè che si possa rimproverare all'agente di avere tenuto un comportamento, se non necessariamente doloso, quanto meno negligente.

3. Assenza di colpevolezza e cause di non punibilità.

Che il principio di colpevolezza caratterizzi il sistema sanzionatorio tributario amministrativo è dimostrato dall'esistenza di specifiche cause di non punibilità, che, trovando fonte nell'assenza di colpevolezza del contribuente, costituiscono espressioni specifiche del principio di cui al citato art. 5, d.lgs. n. 472/1997.

Ci si riferisce alla cause di non punibilità indicate dal successivo art. 6 della legge generale sulle sanzioni amministrative tributarie, che attribuiscono all'elemento soggettivo carattere decisivo ai fini dell'esclusione della punibilità del contribuente.

La prima ipotesi, prevista dal comma primo del citato art. 6, concerne le violazioni commesse quale conseguenza di un errore incolpevole sul fatto. Si tratta, in tutta evidenza, dell'applicazione in materia tributaria della norma di cui all'art. 47 cod. pen. riguardante l'errore di fatto. Come per il diritto penale, l'errore rilevante ai fini dell'esclusione della punibilità è quello che concerne un elemento materiale dell'illecito¹⁴ e consiste in una

¹³ Ci si riferisce, a titolo esemplificativo, alle disposizioni di cui all'art. 5, comma 2, d.lgs. n. 472/97 e all'art. 11, commi 5 e 6, dello stesso decreto. La prima norma stabilisce che la responsabilità dell'autore della violazione che non coincida con il contribuente e non abbia tratto vantaggio dall'illecito è limitata alla somma di cento milioni di lire, ma tale limite non si applica quando la violazione è stata commessa con dolo o colpa grave; allo stesso modo, la presenza di una situazione soggettiva di dolo o colpa grave impedisce, ai sensi dell'art. 11, d.lgs. n. 472/1997, l'estinzione di tutte le obbligazioni nell'ipotesi di pagamento della sanzione ovvero l'assunzione del debito dell'autore della violazione da parte del diverso soggetto che sia titolare del rapporto tributario in relazione al quale è stato commesso l'illecito.

¹⁴ G. BELLAGAMBA e G. CARITI, *Codice delle sanzioni tributarie*, cit., 354; G. AMBROSETTI, *Cause di non punibilità*, in F. MOSCHETTI e L. TOSI (a cura di), *Commentario alle disposizioni generali sulle sanzioni amministrative in materia tributaria*, Milano, 2000, 181; L. DEL FEDERICO, *Il principio di personalità*, cit., 19; F. GALLO e F. DE FRANCO, *Le cause di esclusione della punibilità dell'illecito tributario*, in *Il Fisco*, 2008, 3841. La dottrina ha messo in luce la perfetta simmetria tra la disciplina della causa di non punibilità di cui all'art. 6, comma 1, d.lgs. n. 472/1997 e la disciplina penalistica dell'errore di fatto di cui all'art. 47 cod. pen., ritenendo applicabile anche in

difettosa percezione o ricognizione della realtà fattuale, che alteri il processo volitivo, in modo tale che il soggetto agisca sul presupposto di una situazione non corrispondente a quella reale¹⁵. L'illecito è pertanto punibile ove l'errore sia incolpevole, e cioè non dovuto a negligenza, imprudenza o imperizia, nel qual caso viene meno il disvalore della condotta per difetto della rimproverabilità all'agente e, pertanto, del presupposto della punibilità.

Ha natura soggettiva, inoltre, la scusante dell'ignoranza inevitabile della legge, prevista dall'art. 6, comma 4, d.lgs. n. 472/1997, a mente del quale «l'ignoranza della legge tributaria non rileva se non si tratta di ignoranza inevitabile».

Anche tale causa di esclusione della punibilità affonda le proprie radici nell'ordinamento penale, in cui il principio tradizionale per cui *ignorantia legis non excusat* è stato ridefinito dall'intervento della Corte Costituzionale, che ha ridotto la portata dell'art. 5, cod. pen. alle sole ipotesi di ignoranza «non inevitabile»¹⁶ e affermato che l'ignoranza inevitabile rende scusabile l'illecito penale.

La scusante dell'ignoranza inevitabile in materia di sanzioni tributarie è espressione diretta di tale concezione penalistica dell'elemento soggettivo della colpevolezza: anche in materia di sanzioni amministrative tributarie, è stato difatti positivizzato il principio secondo cui la possibilità di conoscere la norma è il presupposto della rimproverabilità del fatto, ovvero della colpevolezza¹⁷.

materia tributaria, sia pur in difetto di un esplicito richiamo, l'art. 47, comma 3, cod. pen., che ricomprende nell'errore di fatto anche l'errore di diritto che si traduca in un errore sul fatto, e l'art. 48, cod. pen., che disciplina l'ipotesi in cui l'errore sia determinato dall'altrui inganno, prevedendo che in tale fattispecie del fatto commesso dalla persona ingannata risponde colui che l'ha determinata a commetterlo. Le conclusioni della dottrina, tuttavia, non trovano riscontro nella giurisprudenza di legittimità, che in materia tributaria non ha pressoché mai affrontato specificamente la questione concernente la causa di non punibilità dell'errore di fatto.

¹⁵ Cfr. Cass. pen., Sez. VI, 25 giugno 2010, n. 32329, in *Cass. pen.*, 2011, 1435, in cui è stato altresì chiarito che laddove l'errore non riguardi l'elemento materiale dell'illecito ma l'interpretazione tecnica della realtà percepita o le norme di riferimento, si esula dal campo dell'errore sul fatto rilevante ai fini dell'esclusione della punibilità.

¹⁶ Il riferimento è alla «storica» sentenza n. 364/1988, con la quale la Consulta ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 5, cod. pen., nella parte in cui non escludeva dall'inescusabilità dell'ignoranza della legge penale, l'ignoranza inevitabile. I riflessi della decisione della Corte Costituzionale nel settore penale tributario sono stati analizzati da G. PUOTI, *L'incostituzionalità parziale dell'art. 5 c.p.: considerazioni sulla sentenza n. 364 del 1988 nell'ottica del diritto tributario*, in *Giur. cost.*, 1988, I, 1534; G. BETTIOL, *La caduta di un mito: Ignorantia legis non excusat*, in *Rass. trib.*, 1988, I, 385; G. LOVISOLO, *Disciplina fiscale e ignoranza inevitabile della legge penale: prime considerazioni*, in *Dir. prat. trib.*, 1988, II, 743. Sul punto, cfr., inoltre, M. LOGOZZO, *L'ignoranza della legge tributaria*, cit., 99.

¹⁷ Corte Cost., 24 marzo 1988, n. 364, paragrafo 26 della motivazione: «L'effettiva possibilità di conoscere la legge penale è ulteriore requisito soggettivo minimo d'imputazione (...). Tale requisito viene ad integrare e completare quelli attinenti alle relazioni psichiche tra soggetto e fatto e consente la valutazione e, pertanto, la rimproverabilità del fatto complessivamente considerato».

Ciò comporta che nelle ipotesi in cui tale possibilità sia esclusa, mancando la consapevolezza circa l'obbligo di osservanza del precetto, l'ignoranza inevitabile è causa di esclusione della colpevolezza e scusante dell'illecito¹⁸.

In una materia, quale quella tributaria, caratterizzata, a tratti, da «tecnicismo» e dalle frequenti difficoltà interpretative, l'ignoranza scusabile assume del resto uno specifico e più incisivo rilievo rispetto all'ordinamento penale.

Ed, infatti, l'ignoranza inevitabile (o scusabile) assurge a elemento essenziale per la configurazione delle cause di non punibilità dell'obiettiva incertezza della legge tributaria e del legittimo affidamento del contribuente, che possono anch'esse annoverarsi tra le cause «soggettive» di non punibilità¹⁹.

La prima scriminante, prevista dall'art. 6, d.lgs. n. 472/1997 e dall'art. 10, comma 3, l. n. 212/2000 (nonché, nell'ambito del processo tributario, dall'art. 8, d.lgs. n. 546/1992), opera quando la violazione è determinata da obiettive condizioni di incertezza sulla portata e sull'ambito di applicazione della norma tributaria; la seconda, come dispone il secondo comma del citato art. 10 dello Statuto, ricorre invece quando il contribuente si sia conformato a indicazioni contenute in atti dell'amministrazione finanziaria, ancorché successivamente modificate dal Fisco, o qualora il suo comportamento risulti posto in essere a seguito di fatti direttamente conseguenti a ritardi, omissioni od errori dell'amministrazione stessa.

Entrambe le scusanti valorizzano l'elemento soggettivo dell'*ignorantia legis*, che assume – nelle ipotesi qualificate di cui sopra – un connotato tale da escludere la colpevolezza dell'agente e, quindi, la sua punibilità.

Dalla disamina delle cause di non punibilità, si evince, nell'ambito del sistema delle sanzioni tributarie amministrative, il fondamentale rilievo assunto dall'elemento soggettivo della colpevolezza, inteso nella sua accezione ampia, comprensivo della conoscenza o conoscibilità della legge tributaria.

¹⁸ Sia pur con riferimento all'illecito amministrativo non tributario, la giurisprudenza di legittimità ha avuto modo di pronunciarsi con riguardo alla scriminante dell'errore di diritto (*ignorantia legis*), mettendone in luce la simmetria con l'errore di fatto: «Anche rispetto agli illeciti amministrativi opera l'efficacia scriminante dell'errore – purché determinato da ignoranza inevitabile – sulla liceità del fatto vietato, secondo i principi fissati in materia penale dalla sentenza n. 364 del 1988 della Corte Cost.; tale efficacia scriminante opera non solo rispetto all'ignoranza relativa alle norme che individuano gli elementi della condotta vietata, ma anche (e a maggior ragione) rispetto alle norme che, ricollegando alla suddetta condotta l'applicazione di una sanzione, la qualificano come illecito amministrativo». Cfr. Cass., Sez. I, 9 settembre 1997, n. 8787, in *Banca dati fisconline*.

¹⁹ Cfr. M. LOGOZZO, *L'ignoranza della legge tributaria*, cit., 126, in cui si afferma che è possibile graduare le manifestazioni dell'ignoranza inevitabile della legge tributaria che porta all'individuazione di tre distinte «scusanti», ciascuna con una propria autonomia concettuale, riferibili all'*ignorantia legis*: le obiettive condizioni di incertezza sulla portata e sull'ambito di applicazione della norma tributaria; l'affidamento nelle indicazioni contenute in atti dell'amministrazione finanziaria; l'ignoranza o errore di diritto inevitabili, dipendenti da cause diverse da quelle di cui sopra.

Esso opera sia internamente all'illecito, individuandone i confini delle «azioni coscienti e volontarie, siano esse dolose o colpose», che esternamente ad esso, tramite la previsione delle cause di non punibilità sopra descritte, che impediscono la punibilità del contribuente che abbia agito in qualificate condizioni di buona fede soggettiva.

4. La nozione di colpa nel sistema sanzionatorio tributario.

Come si è visto, il sistema delle sanzioni amministrative tributarie è permeato dall'influenza di concetti e istituti di matrice penalistica, che l'ordinamento tributario assume anche con riguardo alle nozioni di dolo e colpa, mutate dal diritto penale.

Mentre per quanto concerne il dolo, tuttavia, la nozione rilevante ai fini tributari viene espressamente definita dalla legge come l'intenzione di commettere una violazione con il fine dell'evasione fiscale, la nozione di colpa non viene espressamente descritta dal legislatore tributario.

In assenza di una definizione specifica, la peculiare natura dell'illecito tributario rende problematico l'adattamento del concetto penalistico di colpa alla materia delle sanzioni amministrative tributarie, che si caratterizzano tipicamente nella risposta dell'ordinamento a violazioni di precetti normativi o regolamentari.

Secondo una prima prospettiva, difatti, in ambito tributario non vi sarebbe spazio per la nozione di «colpa generica», ma solamente per quella di «colpa specifica», consistente nella violazione di leggi e regolamenti di natura tributaria²⁰; sarebbe pertanto integrato l'elemento della colpa ogniqualvolta l'agente abbia commesso una violazione della normativa tributaria.

Un diverso approccio, invece, adatta alla materia tributaria la nozione di «colpa generica», affermando che sussiste la colpa ogni qual volta le violazioni siano conseguenza di negligenza, imprudenza o imperizia²¹. Ciò che rileva, in tale prospettiva, è il difetto di

²⁰ L. DEL FEDERICO, *Disposizioni generali in materia di sanzioni amministrative per le violazioni di norme tributarie*, in M. MICCINESI (a cura di), *Commento agli interventi di riforma tributaria*, Padova, 1999, 1081.

²¹ Cfr. M. PIERRO, *Il responsabile per la sanzione amministrativa tributaria: art. 11, D.Lgs. n. 472 del 1997*, in *Riv. dir. fin.*, 1999, I, 253, in cui, richiamando la circolare ministeriale n. 180/E del 10 luglio 1998, sono definite le forme di contrarietà alle regole di diligenza come «insufficiente attenzione o inadeguata organizzazione rispetto ai doveri imposti dalla legge fiscale (negligenza); atteggiamenti o decisioni avventate, assunte cioè senza le cautele consigliate dalle circostanze per i comportamenti intesi ad adempiere gli obblighi tributari (imprudenza); insufficiente conoscenza degli obblighi medesimi che si possa però far risalire ad un difetto di diligenza in relazione alla preparazione media riferibile ad un soggetto i cui comportamenti rilevano ai fini fiscali (imperizia)». Sembra aderire a tale impostazione anche la giurisprudenza di legittimità, la quale ha affermato che «l'imperizia colpevole non è soltanto quella di colui che, in relazione all'attività che gli è propria, si deve ritenere in grado di conoscere ed interpretare correttamente la legge tributaria, ma anche quella di colui che, non essendo in grado di curare personalmente l'adempimento degli obblighi fiscali, è però in condizione di rendersi conto della insufficienza delle sue cognizioni e della necessità di sopperire a tale insufficienza. In ultima analisi, ciò che si pretende è che ciascuno operi, di persona o ricorrendo all'ausilio di altri, tenendo un comportamento caratterizzato da diligenza e prudenza». Così Cass., Sez. trib., 23 gennaio 2004, n. 1198, in *Boll. trib.*, 2004, 635; negli stessi termini, cfr. Cass., Sez. trib., 20 novembre 2003, n. 17579, in *Dir. prat. trib.*, 2004, II, 544.

diligenza dell'agente²²: quest'ultimo è colpevole nella misura in cui, pur essendo prevedibile che gli effetti della propria condotta possano ragionevolmente condurre alla violazione della norma tributaria, pone in essere la condotta medesima, commettendo l'illecito.

Di converso, la condotta che abbia determinato una violazione della normativa tributaria, ma che al contempo non sia rimproverabile all'autore per difetto di diligenza, non sarebbe sanzionabile per difetto della rimproverabilità soggettiva nei confronti dell'agente.

In altri termini, mentre per la prima interpretazione la contrarietà oggettiva del comportamento al precetto sarebbe sufficiente ad integrare, sotto il profilo dell'elemento psicologico, l'illecito tributario, nella diversa ottica il comportamento antiggiuridico non sarebbe invece sufficiente a fondare la punibilità, dovendosi necessariamente indagare la situazione psichica dell'agente in rapporto con la commissione della violazione.

A ciascuno dei citati orientamenti, come si evince, corrisponde una diversa ampiezza dell'elemento psicologico della colpa, cui conseguono conseguenze e riflessi importanti sul piano dell'accertamento dell'elemento soggettivo e, in ultima analisi, sull'estensione delle sanzioni amministrative tributarie.

Difatti, mentre il primo orientamento ammette che la violazione astratta della norma tributaria integri una sorta di «presunzione» di colpevolezza a carico dell'agente, qualificando come «colpevole» ogni violazione fiscale, il secondo restringerebbe l'ambito dell'illecito tributario alle sole ipotesi in cui la violazione sia addebitabile all'autore per difetto di diligenza.

A nostro avviso, non è tanto il grado della colpa a distinguere, sul piano teorico, la configurabilità dell'elemento soggettivo dell'illecito, quanto piuttosto l'impossibilità di ricondurre l'illecito tributario a inammissibili forme di responsabilità oggettiva, che prescindano dalla rimproverabilità soggettiva della condotta all'agente.

In tale prospettiva, non assume rilievo la tipologia di colpa adottata, quanto la necessità che la nozione di colpa si identifichi nella rimproverabilità soggettiva della condotta, al fine di scongiurare qualsiasi rischio che venga affermata una responsabilità di natura oggettiva, essendo tale ultima forma di responsabilità del tutto esclusa dall'attuale impianto normativo del sistema sanzionatorio tributario, sia amministrativo che penale.

5. Elemento soggettivo dell'illecito e irrogazione delle sanzioni: presunzione di colpevolezza e prova dell'assenza di colpa.

²² Come evidenzia la dottrina penalistica, i termini imprudenza, negligenza e imperizia sono sostanzialmente equivalenti e riconducibili al concetto di «difetto di diligenza» in relazione ad una condotta che non doveva intraprendersi (imprudenza), in relazione ad un obbligo di *facere* (negligenza) o nell'ambito di un settore professionale (imperizia). Cfr. M. ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, Milano, 2004, 461.

Se sotto il profilo teorico è pacifico che la configurabilità dell'illecito tributario non può prescindere dalla colpevolezza dell'agente, è altrettanto pacifico, dal punto di vista applicativo e procedimentale, che l'Amministrazione finanziaria non ha l'onere di provare la colpevolezza del contribuente al fine di irrogare nei suoi confronti le sanzioni amministrative e che, di converso, incombe sul contribuente l'onere di provare l'assenza di colpa al fine di escludere le sanzioni²³.

Anche all'ambito tributario, difatti, devono estendersi le conclusioni raggiunte con riguardo alle sanzioni amministrative in tema di illecito pubblico²⁴, in relazione alle quali si afferma che, ai fini della punibilità, è necessaria e al tempo stesso sufficiente la sola coscienza e volontà della condotta attiva od omissiva, senza che occorra la concreta dimostrazione del dolo o della colpa da parte dell'amministrazione pubblica, presumendosi la sussistenza della colpa in ordine al fatto vietato a carico di colui che lo ha commesso, al quale spetta l'onere di provare di aver agito incolpevolmente.

Le stesse conclusioni sono state trasposte nell'ordinamento tributario dalla giurisprudenza di legittimità²⁵: esiste pertanto una sorta di presunzione *iuris tantum* di colpa a carico di chi pone in essere la violazione della legge tributaria, con la conseguenza che, sul piano dell'accertamento dell'elemento soggettivo, il relativo onere probatorio, contrariamente a quanto accade in sede penale, incombe sull'agente, il quale ha l'onere di dimostrare di aver agito incolpevolmente ovvero in presenza di cause di non punibilità.

Tale soluzione appare giustificata dalle difficoltà per l'amministrazione finanziaria di accertare lo stato soggettivo del trasgressore: di fronte ad una violazione tributaria, è lecito presumere che essa trovi fondamento in un comportamento colposo, salva la successiva verifica della reale esistenza della colpa ovvero salva la possibilità di individuare l'esistenza

²³ Così F. GALLO, *Tecnica legislativa ed interesse protetto dei nuovi reati tributari: considerazioni di un tributarista*, in *Giur. comm.*, 1984, 304, in relazione alle fattispecie penali contravvenzionali: «L'assunzione della colpa come limite minimo di responsabilità si traduce, nell'onere posto a carico del contribuente, di dare la prova specifica dell'assenza di colpa».

²⁴ In relazione all'art. 3, l. n. 689/1981 – la cui formulazione è analoga all'art. 5, d.lgs. n. 472/1997, essendo prevista, per le violazioni sanzionate in via amministrativa, la coscienza e la volontà della condotta attiva od omissiva, sia essa dolosa o colposa – cfr. Cass., Sez. I, 21 gennaio 2000, n. 664, in *Banca dati fisconline*; circa la presunzione di colpevolezza per gli illeciti amministrativi, in dottrina cfr. A. TRAVI, *Sanzioni amministrative e pubblica amministrazione*, Padova, 1983, 311; A. SANDULLI, *Le sanzioni amministrative pecuniarie*, Napoli, 1983, 207; E. DOLCINI, *Sui rapporti fra tecnica sanzionatoria penale e amministrativa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1987, 777; P. CERBO, *Le sanzioni amministrative*, Milano, 1999, 156.

²⁵ La Sezione tributaria della Corte di Cassazione ha affermato a più riprese che «l'art. 5, D.Lgs. n. 472/1997 deve essere inteso nel senso della sufficienza dei suddetti estremi (coscienza e volontà), senza che occorra la concreta dimostrazione del dolo o della colpa, atteso che essa pone una presunzione di colpa per l'atto vietato a carico di colui che lo abbia commesso, lasciando a costui l'onere di provare di aver agito senza colpa». Cfr., testualmente, Cass., Sez. trib., 25 ottobre 2006, n. 22890; nello stesso senso, cfr. Cass., Sez. trib., 20 febbraio 2009, n. 4171; Cass., Sez. II, 22 agosto 2003; Cass., Sez. I, 10 settembre 2002, tutte in *Banca dati fisconline*.

del dolo o della colpa nel corso del procedimento di irrogazione della sanzione amministrativa²⁶.

Tale assunto, tuttavia, può essere riferito a quei soli casi in cui sia effettivamente gravoso per l'Amministrazione finanziaria riconoscere la sussistenza di elementi di natura soggettiva, che escludano la colpevolezza del contribuente, ma non anche alle diverse ipotesi in cui l'Amministrazione medesima sia in grado di ricostruire, ad esempio nell'ambito del contraddittorio preventivo all'accertamento o comunque nella fase istruttoria di reperimento delle informazioni, la condizione soggettiva del contribuente sulla base di specifici elementi in suo possesso.

Difatti, nel nuovo scenario sanzionatorio, l'introduzione del principio di colpevolezza dovrebbe escludere la possibilità di applicare «automaticamente» la sanzione in base alla mera constatazione dell'illecito, dovendo l'amministrazione finanziaria effettuare un vaglio critico in ordine ai presupposti, anche soggettivi, della propria pretesa.

Tuttavia, nella prassi ciò non accade, in quanto si assiste (al pari di quanto accadeva prima della riforma del 1997) ad una sorta di automatismo dell'irrogazione delle sanzioni amministrative in ogni ipotesi di violazione tributaria, spesso accompagnata da mere formule di rito apposte dall'amministrazione finanziaria nei propri atti impositivi in cui si dà atto, sovente senza motivazione, della «colpevolezza» del contribuente, nonché della «assenza di cause di non punibilità» in favore dello stesso.

Sembra che una tale prassi, ancorché in astratto rispettosa delle regole procedurali che prevedono la presunzione di colpevolezza in materia di illeciti amministrativi, non sia altrettanto rispettosa del ruolo istituzionale nonché della funzione di giustizia dell'amministrazione finanziaria²⁷, da cui discende, per la stessa, l'obbligo di valutare gli elementi in suo possesso anche in ordine all'elemento soggettivo dell'autore della violazione.

Difatti, non c'è dubbio che il potere di irrogazione delle sanzioni amministrative tributarie spetta unicamente all'amministrazione finanziaria, la quale può ben decidere, con riguardo a situazioni caratterizzate da un'evidente assenza di colpevolezza del contribuente, di non irrogare le sanzioni²⁸.

²⁶ Si confronti la circolare ministeriale n. 180/E del 10 luglio 1998, commentata da F. BATISTONI FERRARA, *Principio di personalità, elemento soggettivo e responsabilità del contribuente*, cit., 1509.

²⁷ Ci si riferisce al pensiero di E. ALLORIO, in *Diritto processuale tributario*, Torino, 1969, 19; per la ricostruzione del concetto chiave in base al quale l'attività della amministrazione tributaria è anche attività di giustizia, cfr. E. DE MITA, *Giustizia tributaria e diritto tributario nell'insegnamento di Enrico Allorio*, in *Interesse fiscale e tutela del contribuente*, Milano, 2000, 22.

²⁸ La stessa conclusione è stata accolta in dottrina con riguardo alla causa di non punibilità dell'obiettiva incertezza della legge tributaria: «Non c'è dubbio che se le sanzioni sono state irrogate dall'amministrazione finanziaria o da qualunque altro ente impositore, il giudizio sulla esistenza della situazione di obiettiva incertezza compete al giudice; ma non si dimentichi, però, che il potere di irrogazione delle sanzioni amministrative tributarie spetta unicamente all'amministrazione finanziaria, la quale può ben decidere, con

Del resto, poiché la potestà punitiva compete all'ente impositore e considerati i principi di imparzialità e buon andamento dell'amministrazione finanziaria, il potere di rinunciare alle sanzioni sulla base di un'accurata valutazione della fattispecie anche sotto il profilo soggettivo non sarebbe che una auspicabile attuazione della funzione giustiziale dell'amministrazione finanziaria medesima²⁹.

La mancata adozione di tale approccio da parte del Fisco fa sì che, inevitabilmente, incombe sul contribuente l'onere di dimostrare, nella successiva sede processuale, di aver agito incolpevolmente, cioè di aver agito con la diligenza richiesta dall'ordinamento per evitare la commissione della violazione.

Al fine di determinare il contenuto della prova liberatoria per il contribuente, si sottolinea che la regola di giudizio non può essere quella schiettamente civilistica ove, per sottrarsi alle conseguenze dell'inadempimento, è indispensabile fornire la prova di aver fatto tutto il possibile per evitare il danno: per non incorrere nella sanzione tributaria, invece, è sufficiente dimostrare di aver tenuto un comportamento diligente.

In mancanza di una normativa specifica che individui la prova liberatoria, ovvero ciò che il contribuente deve provare al fine di escludere la propria colpevolezza³⁰, si assiste tuttavia ad una deriva giurisprudenziale che pone in capo al contribuente un onere probatorio di difficile assolvimento, una *probatio diabolica* configurante una sorta di responsabilità oggettiva.

È quanto accade, ad esempio, in tema di illecito riferibile alla condotta negligente del consulente tributario, nel caso di omessa presentazione delle dichiarazioni dei redditi imputabile al professionista incaricato dal contribuente.

In relazione a tali fattispecie, la giurisprudenza di legittimità ha affermato che gli obblighi di presentazione della dichiarazione dei redditi e di tenuta delle scritture contabili non possono considerarsi assolti con l'affidamento del relativo incarico di consulenza al professionista, in quanto è richiesto che il contribuente dimostri di avere posto in essere

riguardo a situazioni caratterizzate da un'evidente incertezza normativa, di non irrogare le sanzioni». Così. M. LOGOZZO, *La scusante dell'illecito tributario per obiettiva incertezza della legge*, in *Riv. trim. dir. trib.*, 2012, 404.

²⁹ Sul punto, cfr. A. GIOVANNINI, *Potere punitivo e incertezza della legge*, in *Giur. it.*, 2008, 2081, in cui si afferma che la rinuncia all'irrogazione delle sanzioni «non nega il potere, ma che lo dirige al superiore al fine della giustizia, al quale in fondo l'ordinamento tende o dovrebbe tendere indipendentemente dall'intervento dell'Autorità giudiziaria».

³⁰ A differenza di quanto accade nelle ipotesi di responsabilità aquiliana oggettiva o aggravata, in relazione alle quali è la legge stessa a stabilire l'inversione dell'onere probatorio a carico del danneggiante e ad individuare la relativa prova liberatoria. Ci si riferisce alle fattispecie di cui agli artt. 2048 e ss., cod. civ., per le quali è previsto un criterio di imputazione in cui la colpa risulta irrilevante: la responsabilità viene accollata sulla base del mero rapporto del soggetto con l'autore di un illecito, o in base al solo fatto che egli svolge un'attività, o in base al controllo che ha di certi beni. Tali ipotesi, tuttavia, atteso il carattere derogatorio del criterio di imputazione soggettiva, necessitano di una previsione legale, trattandosi dunque di casi tipici, che non possono essere estesi – nemmeno nell'ambito della stessa responsabilità aquiliana – ad altre fattispecie, rimanendo la clausola generale ancorata necessariamente al principio di colpevolezza.

«un'attività di controllo e di vigilanza sulla loro effettiva esecuzione, ai fini di escludere la responsabilità per assenza di colpa per le sanzioni eventualmente irrogate»³¹.

In altri termini, il contribuente, al fine di escludere qualsiasi profilo di negligenza, è chiamato a dimostrare di avere svolto atti diretti al controllo dell'effettivo operato del consulente, mediante una «prova nel concreto superabile soltanto a fronte di un comportamento fraudolento del professionista, finalizzato a mascherare il proprio inadempimento»³².

E' evidente il rischio derivante da una tale impostazione, la quale potrebbe condurre, seguendo un'interpretazione troppo rigorosa dell'onere probatorio (già censurata dalla dottrina tributaria³³), all'impossibilità pratica di fornire la prova liberatoria circa l'assenza di colpevolezza³⁴.

Difatti, mentre il contribuente, al fine di superare la «presunzione» di colpevolezza, dovrebbe essere tenuto a dimostrare unicamente di avere agito con diligenza, viene posto a carico dello stesso l'ulteriore onere, non previsto dalla legge, di dimostrare il comportamento fraudolento del terzo.

Una tale impostazione va fermamente respinta, in quanto il suo accoglimento renderebbe impossibile la già difficile prova liberatoria posta a carico del contribuente, privando in tal modo di efficacia il ruolo dell'elemento soggettivo dell'illecito tributario.

E' pertanto auspicabile che l'elemento soggettivo, in linea con il ruolo strutturale e sostanziale che lo stesso assume nella configurazione dell'illecito tributario, venga maggiormente valorizzato dal punto di vista applicativo, sia da parte dell'amministrazione finanziaria, per mezzo dell'esercizio della rinuncia all'irrogazione delle sanzioni in ipotesi caratterizzate da un'evidente assenza di colpevolezza del contribuente, sia dal giudice

³¹ Così Cass., Sez. trib., ord. 21 maggio 2010, n. 12473, in *Corr. trib.*, 2010, 3221, con nota di R. CORDEIRO GUERRA, *La delega al professionista degli obblighi fiscali non esonera da colpa*. In tema di responsabilità sanzionatoria del consulente fiscale, cfr., altresì, A. BUCCISANO, *In tema di responsabilità sanzionatoria del contribuente e del suo consulente fiscale*, in *Riv. dir. trib.*, 2010, II, 1051; A. GIOLO, *Non sono dovute le sanzioni del contribuente vittima del consulente di fiducia; sull'applicazione della causa di non punibilità per il fatto del terzo*, in *Dir. prat. trib.*, 2009, 1064; P. CORSO, *Garanzie concrete per il contribuente vittima del professionista*, in *Corr. trib.*, 2004, 1422.

³² Cass., Sez. trib., ord. 21 maggio 2010, n. 12473, *cit.*.

³³ Cfr. R. CORDEIRO GUERRA, *La delega al professionista degli obblighi fiscali non esonera da colpa*, *cit.*, 3225; M. LOGOZZO, *La non punibilità del contribuente tra obiettiva incertezza della legge e assenza di colpevolezza*, in *GT - Riv. giur. trib.*, 2011, 130.

³⁴ Si precisa che l'art. 6, comma 3, d.lgs. n. 74/2000, a mente del quale il contribuente non è punibile quando dimostra che il pagamento del tributo non è stato eseguito per fatto denunciato all'autorità giudiziaria e addebitabile esclusivamente a terzi, sembra risolvere la questione con specifico riguardo alle violazioni in materia di omesso versamento; tuttavia, secondo l'interpretazione fornita dalla Corte di Cassazione, l'illecito fiscale, ancorché commesso a causa della negligenza del professionista, dovrebbe comunque ritenersi addebitabile, almeno sotto il profilo dell'omesso controllo, anche al contribuente, con conseguente applicazione della sanzione prevista dalla legge.

tributario, mediante l'astensione da derive troppo rigorose in ordine al contenuto della prova liberatoria a carico del contribuente circa il difetto di colpevolezza.

Alcune considerazioni in tema di fiscalità e finanziamento privato del terzo settore.

di Stefania Gianoncelli

ABSTRACT

As a consequence of welfare state crisis, the role of nonprofit organisations (hereinafter, NPOs) has steadily increased, as it seems they can replace public sector in fields such as art promotion, welfare services, education. One of the most relevant problems related to NPOs pertains their financing, which can be provided for by public resources, earnings from NPOs activities and private donations. NPOs private financing raises some questions, in particular if tax concessions are introduced in order to incentivize such kind of donations: as a matter of fact, in this way States seem to renounce to their functions, transferring to private strategic choices, concerning public goods and their distribution. As far as donations from enterprises are concerned, the situation becomes even more complicated, because of the derogation to tax principles caused by their deductibility. System cohesion has to be guaranteed, taking into account constitutional and EU principles, and a solution cannot set aside neither the pursued kind of society, nor the role played by enterprises within it.

SOMMARIO: 1. Crisi dello stato sociale e ruolo del Terzo settore – 2. Il finanziamento degli enti *no profit*: le opzioni possibili– 3. Finanziamento privato del Terzo settore e devoluzione di scelte pubbliche: i limiti imposti al legislatore ordinario – 4. Gli oneri di utilità sociale: le imprese finanziatrici del Terzo settore – 5. Considerazioni conclusive

1. Crisi dello stato sociale e ruolo del Terzo settore

La questione del finanziamento privato¹ del settore cosiddetto *no profit* deve essere inquadrata all'interno dell'attuale contesto storico, politico e sociale, le cui innegabili criticità sono verosimilmente alla base della percezione, da parte di alcuni, di una siffatta esigenza².

L'attuale scenario, e le problematiche che lo caratterizzano, costituiscono il risultato dell'interazione di differenti fattori fra loro connessi, che negli ultimi decenni ne hanno

¹ D'ora in avanti, allorché ci si riferirà al finanziamento «privato» o ai «privati» finanziatori, senza ulteriori specificazioni, il rimando andrà inteso in senso ampio, e, quindi, effettuato unitariamente tanto alle imprese, quanto ai soggetti non riconducibili a tale categoria. Per «privato» si intenderà quindi genericamente ciò che si distingue da pubblico; allorché, invece, si vorrà differenziare il discorso, facendo separato riferimento alle imprese, da un lato, e a coloro che non rivestono tale qualifica, dall'altro, questi ultimi verranno specificamente indicati come «privati non imprenditori», ricomprendendosi all'interno di tale categoria tanto le persone fisiche, quanto gli enti che non esercitano attività commerciale (o, quanto meno, non in via prevalente).

² Come si era osservato in altra occasione: sia consentito rinviare, qui come altrove nel prosieguo, a S. GIANONCELLI, *La fiscalità delle erogazioni liberali al Terzo settore*, in G. ZAZZO (a cura di), *La fiscalità del Terzo settore*, Milano, 2011, 301 ss..

profondamente influenzato la struttura e le dinamiche, sconvolgendone l'aspetto rispetto ad un passato anche relativamente recente.

Il riferimento va, in primo luogo, alla perdita di sovranità che i singoli Stati hanno subito quale conseguenza del complesso di fenomeni unitariamente indicati come *globalizzazione*, e che si è verificata non solo a favore di organismi sovranazionali – i quali si distinguono talvolta per un preoccupante *deficit* di democraticità³ - quanto, soprattutto, a vantaggio dei mercati, con le drammatiche conseguenze, economiche e non solo, che ne sono scaturite⁴; ed il rimando è altresì alla crisi, che pare per alcuni aspetti irreversibile, dei tradizionali modelli di riferimento, fra cui, per quanto più rileva in questa sede, quello del c.d. stato sociale, messo in discussione non solo sul duplice piano del suo finanziamento e del suo funzionamento⁵, ma altresì su quello dei principi che ne hanno determinato la nascita.

Tali fenomeni, più di altri, hanno imposto ed impongono di ritornare a riflettere su equilibri che parevano ormai raggiunti, e di ponderare nuovamente talune scelte che si credevano, forse, definitive; ciò per quanto, non ci si può esimere dall'osservare, gli esiti di tale rimeditazione appaiano, oggi, piuttosto imprevedibili.

Tra le scelte con riguardo alle quali potrebbe imporsi una riponderazione - auspicabilmente ispirata ad un approccio scevro da pregiudizi di sorta, e aperto alle differenti possibili soluzioni⁶ - vi sono quelle che attengono alla fornitura alla collettività di determinati beni e servizi di interesse generale.

Le ragioni sono note: la fornitura di tali beni e servizi pare oggi non possa più essere garantita – quanto meno integralmente e a livelli pienamente soddisfacenti - dal settore pubblico; d'altra parte, essa non pare possa essere demandata *sic et simpliciter* a quello privato,

3 Ancora di recente rilevato, con specifico riguardo all'Unione europea, da A. FEDELE, *Federalismo fiscale e riserva di legge*, in *Rass. trib.*, 2010, 1525 ss., il quale, nel ricondurlo causalmente alla permanenza della gran parte dei poteri decisionali, in seno a tali organismi, a rappresentanti degli organi esecutivi dei singoli Stati «*in quanto tali solo indirettamente rappresentativi dei consociati*», ammonisce a non dedurne «*un arretramento delle funzioni riconosciute alle istituzioni direttamente espressive della rappresentanza politica negli assetti politici e costituzionali degli Stati membri*», ed auspica invece che il deficit di rappresentatività a livello dell'Unione possa essere progressivamente attenuato grazie all'ampliamento delle competenze riconosciute al Parlamento europeo.

4 L'osservazione è di innegabile attualità, ma la più attenta dottrina da tempo aveva posto in evidenza il problema: cfr., più di altri, F. GALGANO, *La globalizzazione nello specchio del diritto*, Bologna, 2005.

5 Per una disamina delle evidenti difficoltà che, nell'attuale periodo storico, i singoli Stati si trovano ad affrontare a causa della (in)sostenibilità finanziaria dei propri sistemi di *welfare*, analizzate, in particolare, nella prospettiva dell'ordinamento europeo (al contempo causa e possibile soluzione delle stesse criticità), cfr. S. SPINACI, *Divieto comunitario di discriminazione in base alla nazionalità e principi costituzionali di eguaglianza*, in *Dir. pubbl.*, 2007, 241 ss.; sul punto v. altresì M. RAVERAIRA, *L'ordinamento dell'Unione europea, le identità costituzionali nazionali e i diritti fondamentali. Quale tutela dopo il Trattato di Lisbona?*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2011, 325 ss..

6 Si rinvia alle acute riflessioni di G. VETTORI, *Diritti fondamentali e diritti sociali, una riflessione fra due crisi*, in *Europa e dir. priv.*, 2011, 625, in particolare con riguardo alla necessità di rimeditare alcuni equilibri tradizionali tenendo a mente il monito di nietzschiana memoria, secondo cui ogni generazione «*deve costruire il proprio mondo ricordando e dimenticando insieme*» (ossia, fuor di metafora, conservando, pur attualizzandoli, i fondamenti della civiltà europea, fra i quali, si ritiene, debbano necessariamente occupare un posto di rilievo i principi che hanno portato alla nascita del *welfare state*).

che non ha interesse ad occuparsene, o, qualora se ne occupasse, lo farebbe secondo logiche di ricerca del profitto – quanto meno oggettivamente inteso⁷ - non compatibili con la natura degli stessi beni e servizi forniti⁸.

Il Terzo settore, o settore *no profit* - al quale, in via di prima approssimazione, possono essere ricondotti gli enti che svolgono attività socialmente rilevanti senza perseguire scopi di lucro – si configura allora come una potenziale e valida alternativa⁹; ciò soprattutto tenuto conto della maggiore libertà da condizionamenti di cui tali enti godono, in considerazione sia

7 Sebbene la nozione di impresa accolta dal nostro ordinamento sia certamente idonea a ricomprendere al suo interno soggetti, anche privati, che non sono animati da scopi lucrativi, per l'*id quod plerumque accidit* la finalità che contraddistingue l'attività dell'imprenditore individuale o collettivo è la ricerca del profitto, indipendentemente dalla sua successiva materiale apprensione (v. *infra*, in particolare nt. 38). In tale prospettiva, l'impresa sociale (sulla quale pure v. *infra*, in particolare nt. 43) rappresenta verosimilmente un tentativo di superare la criticità indicata nel testo, epurando per così dire l'impresa dalla sua indole lucrativa (e per quanto la lettera della legge pare faccia riferimento al solo lucro soggettivo, ciò che parrebbe non essere sufficiente allo scopo); la circostanza che si sia avvertita l'esigenza di creare un siffatto ibrido (il termine è ovviamente utilizzato senza alcuna connotazione negativa) si ritiene confermi, *a contrario*, la sostanziale inidoneità dell'impresa tradizionalmente intesa a garantire la fornitura dei beni e dei servizi di cui si sta parlando.

8 Sul punto, oltre a F. REVELLI, *Donare seriamente. Sistemi tributari ed erogazioni liberali al settore non profit*, Torino, 2003, *Premessa*, VII, 2 ss., C. BORZAGA, G. FIORENTINI, A. MATAACENA, *Non-profit e sistemi di welfare: il contributo dell'analisi economica*, Roma, 1996; L. ANTONINI, *Sussidiarietà fiscale. La frontiera della democrazia*, Milano, 2005, 113, e R. CARTOCCI, F. MACONI (a cura di), *Libro bianco sul Terzo settore*, Bologna, 2006, 15 ss.. Appartiene anche ad autorevoli esponenti del pensiero liberale, occorre ricordare, l'idea secondo cui i beni che soddisfano bisogni essenziali devono essere messi a disposizione della collettività in condizioni di eguaglianza, e non attraverso meccanismi di scambio di mercato (cfr. L. EINAUDI, *Lezioni di politica sociale*, Torino, 1944, richiamato sul punto da M. LIBERTINI, *Impresa e finalità sociali. Riflessioni sulla teoria della responsabilità sociale dell'impresa*, in *Riv. soc.*, 2009, 1); nello stesso senso pare vada l'auspicio di N. IRTI, *Concetto giuridico di mercato e dovere di solidarietà*, in *Riv. dir. civ.*, 1997, 190, secondo il quale, a fronte della erogazione, da parte dello Stato, di beni e servizi che soddisfano diritti sociali, in tal modo restringendo gli spazi di mercato, «il giurista ha poco o nulla da dire, e soltanto si augura che il soddisfacimento dei diritti sociali si svolga all'esterno del mercato, non alterando per il resto né la competizione delle imprese né la libera formazione dei prezzi». Favorevoli invece ad un assoggettamento alle regole del mercato di alcuni settori di interesse collettivo, quale, in particolare, quello dello spettacolo dal vivo, M.C. FREGNI, *Le risorse destinate allo spettacolo dal vivo e al cinema: lo strumento fiscale*, in *Aedon*, 2007, 3, reperibile in www.aedon.mulino.it (la quale pure precisa come le regole del mercato debbano essere correttamente intese, «non come liberismo sfrenato, in cui la logica del profitto rischia di distruggere o negare asilo alle forme di creatività meno in linea con le tendenze del momento, o a situazioni di nicchia o di sperimentazione di scarso appeal economico, bensì come regole di efficienza, buona amministrazione, attenzione al rapporto costi/benefici, in una parola, come corretta gestione di un ente e delle risorse che ad esso pervengono a vario titolo»), e P. TRIMARCHI, *Le regole del gioco: azione pubblica e spettacolo dal vivo*, in *Aedon*, 2007, 3, reperibile in www.aedon.mulino.it.

9 L'opinione è diffusa; v. fra gli altri, D. ZAZZERIN, M. TAGLIABUE, *Il principio di sussidiarietà e le vicende del 5 per mille*, in *Non profit*, 2008, 5, che individuano nel Terzo settore - addirittura - il «protagonista di un welfare moderno in grado di rispondere in modo efficace alle esigenze della popolazione».

della loro menzionata natura non lucrativa¹⁰, sia della possibilità di prescindere in tutto o in parte dalle preferenze della (maggioranza della) collettività¹¹, ove si tratti di operare scelte in ordine ai settori e alle modalità del proprio intervento¹².

2. Il finanziamento degli enti *no profit*: le opzioni possibili

Dalla decisione di allocare al Terzo settore la produzione e la fornitura dei beni e servizi che si distinguono per la loro utilità sociale scaturiscono una serie di problematiche, fra le quali assume particolare rilievo quella del finanziamento degli enti che vi appartengono.

Allo stato attuale, nel nostro Paese esso pare essere garantito in buona misura dalla diretta erogazione di risorse pubbliche¹³.

A tacer d'altro, tale circostanza determina il permanere di alcune delle criticità che, storicamente, caratterizzano la produzione di beni e servizi di interesse collettivo da parte del settore cui tali risorse appartengono. Il riferimento va, in primo luogo, alla scarsità di fondi disponibili, e alla conseguente esigenza di contenimento della spesa, con le ripercussioni che ne derivano sul piano della quantità e della qualità dell'offerta; ma il riferimento va altresì alla sussistenza di vincoli e condizionamenti, derivanti tanto dalla necessità di rispettare le preferenze della maggioranza della collettività¹⁴, quanto, simmetricamente, dalla ineludibile esigenza di garantire un sufficiente livello di pluralismo. Per quanto entrambe tali priorità – che solo apparentemente si pongono su piani contrapposti – siano costituzionalmente sancite, è innegabile che le procedure e le cautele funzionali a darvi concreta attuazione possono tradursi in un rallentamento dell'azione dell'ente, oltreché in una riduzione del suo raggio.

¹⁰ Che li svincola dalla necessità di massimizzare i ricavi, eventualmente attraverso il contenimento dei costi.

¹¹ In questo senso parrebbe di dover leggere l'osservazione di G. ZIZZO, *Ragionando sulla fiscalità del Terzo settore*, in *Rass. trib.*, 2010, 974, secondo cui le organizzazioni *no profit* perseguono per definizione «uno scopo ideale, connotato dalla utilità sociale, anche se non necessariamente dall'interesse generale».

¹² Ciò che, sia detto per inciso, può essere positivamente considerato ove sia riguardato nella prospettiva di una maggior celerità - e, conseguentemente, di una maggior tempestività – dell'intervento, ma che può dare luogo a perplessità soprattutto ove tali enti siano anche solo in parte finanziati, direttamente o indirettamente, per il tramite di risorse pubbliche.

¹³ Sul sostegno garantito dal settore pubblico in via diretta ad alcuni enti *no profit*, e sui problemi che esso solleva, in parte coincidenti con quelli che si ricollegano al loro finanziamento privato (e alla sua agevolazione fiscale), si rinvia alla approfondita analisi di P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Il sostegno pubblico agli enti non profit: agevolazioni, concessioni ed erogazioni con finalità sociali*, in *Dir. famiglia*, 2007, 811.

¹⁴ O, quanto meno, quelle che, mediate attraverso i circuiti tipici della democrazia rappresentativa, appaiono tali.

Al sostegno pubblico degli enti riconducibili al Terzo settore si affiancano l'autofinanziamento e le donazioni dei privati, che spontaneamente decidono di destinare parte delle proprie risorse disponibili alle organizzazioni *no profit*¹⁵.

A tali donazioni, come è agevole intuire, sono sottese implicazioni che non si esauriscono nella mera attribuzione di risorse patrimoniali al singolo ente, ossia nel rilievo pratico che esse assumono, al fine di consentire al beneficiario di porre in essere la propria attività suppletiva del settore pubblico. Le erogazioni in questione coinvolgono infatti una serie di profili ulteriori, unitariamente riconducibili alla questione della concreta attuazione del principio di sussidiarietà orizzontale¹⁶, e al più o meno significativo arretramento dello Stato (*rectius*: del settore pubblico) che essa comporta: arretramento che non si manifesta unicamente sul piano della materiale fornitura di quel bene e servizio di interesse, in via di principio, collettivo, ma altresì su quello delle decisioni che attengono a tale fornitura e, in particolare, al suo oggetto, attraverso la parziale devoluzione ai privati – finanziatori di valutazioni circa la meritorietà e l'efficienza dei soggetti che in concreto se ne occupano.

3. Finanziamento privato del Terzo settore e devoluzione di scelte pubbliche: i limiti imposti al legislatore ordinario

Nel contesto che si è appena descritto appaiono evidenti il significato e la portata dirompenti che potenzialmente assume la decisione di incentivare - e in quale misura - le erogazioni liberali effettuate dai privati a favore del Terzo settore, in particolare attraverso il ricorso ad agevolazioni di natura tributaria¹⁷; l'entità di tali agevolazioni¹⁸, le modalità con cui esse sono accordate e le condizioni cui la loro fruizione è subordinata sono altrettanti

15 Sulle forme di finanziamento, in particolare, degli enti attivi nel settore dello spettacolo dal vivo e del cinema, cfr. MC FREGNI, *Le risorse*, cit.. Ulteriori fonti di approvvigionamento di risorse da parte del Terzo settore, statisticamente meno rilevanti sotto il profilo quantitativo, sono costituite dagli investimenti effettuati direttamente dalle imprese nelle attività *no profit*, dall'accesso agevolato al credito bancario, dall'emissione e dal collocamento presso i risparmiatori dei titoli c.d. «di solidarietà» (R. CARTOCCI, F. MACONI, *Libro bianco*, cit., 109).

16 In argomento cfr. M. MISCALI, *Contributo allo studio dei profili costituzionali del principio di sussidiarietà fiscale*, in *Riv. dir. trib.*, 2011, I, 949 ss.

17 Ossia, come meglio si preciserà, accollandone quanto meno parzialmente l'onere alla collettività.

18 Occorre peraltro puntualizzare che, secondo una certa ricostruzione del fenomeno di cui si discute, il differente trattamento fiscale delle risorse destinate dai privati al settore *no profit* troverebbe la propria giustificazione non tanto nella - mera - volontà di indirettamente favorire una determinata fattispecie in considerazione della sua meritorietà, quanto, piuttosto, nel riconoscimento di un'attenuazione della capacità contributiva dei donatori. In tale prospettiva, non si potrebbe neppure propriamente parlare di discipline di favore, quanto più in generale, di trattamenti legittimamente differenziati. In questo senso v. I. MANZONI, *Il principio della capacità contributiva nell'ordinamento costituzionale italiano*, Torino, 1963, 91 s., secondo il quale è doveroso valorizzare i profili di diversità presenti nella capacità contributiva del singolo «anche in funzione della diversa utilizzazione delle rispettive capacità economiche, e colui che ha già contribuito per altra via alla parziale copertura dei carichi pubblici sarà conseguentemente assoggettato ad un minor prelievo tributario», nonché R. ZENNARO, F. MOSCHETTI, voce *A agevolazioni fiscali*, in *Digesto*, IV, Torino, 1987; contrario a tale ricostruzione S. LA ROSA, *Eguaglianza tributaria ed esenzioni fiscali*, Milano, 1968, 32.

indici sintomatici tanto del rilievo e del ruolo che l'ordinamento attribuisce, al proprio interno, al Terzo settore, quanto, soprattutto, della propensione ad allocare determinate decisioni, anche strategiche¹⁹, agli stessi privati *uti singuli*, ossia al di fuori dei consueti meccanismi della democrazia rappresentativa.

In ultima analisi, quindi, esse sottendono scelte politiche – più o meno consapevolmente adottate - nel senso più profondo che tale termine assume.

Tali decisioni dimostrano tutta la loro sensibilità in particolare in epoche storiche, come quella presente, in cui si perseguono congiuntamente gli obiettivi di contrarre la spesa pubblica e di aumentare le entrate fiscali, ciò che può implicare – e spesso di fatto determina - una riduzione dei sistemi agevolativi²⁰; ma a prescindere dalla contingenza, si tratta di scelte di natura politica che sia devono essere apprezzate sotto il profilo delle ragioni che le sostengono, della loro coerenza e della loro efficienza ed efficacia²¹, sia, in conformità a quanto previsto dall'art. 117 della Costituzione, devono rispettare i parametri imposti dall'ordinamento UE e dal dettato costituzionale.

Su tale secondo piano, come sempre accade con riguardo a disposizioni che prevedono un'attenuazione del carico fiscale, emerge in primo luogo la possibile tensione con il combinato disposto degli artt. 3 e 53 della Carta costituzionale e, dunque, con il principio di eguaglianza tributaria che dagli stessi scaturisce, e con il limite di razionalità alla pur ampia discrezionalità del legislatore che esso comporta²².

19 Sul punto cfr. M. LIBERTINI, *Impresa*, cit., il quale definisce «*squisitamente politica*» la scelta dei beni che soddisfano bisogni essenziali.

20 Può essere significativo ricordare che, con il d.l. 6 luglio 2011, n. 98, convertito dalla l. 15 luglio 2011, n. 111, si era in particolare prevista una temporanea riduzione di molte delle agevolazioni fiscali previste dal nostro ordinamento, tra le quali quelle relative alle erogazioni liberali poste in essere dai privati a favore del *no profit* (cfr., in particolare, l'art. 40, comma 1-*ter* di tale provvedimento nella sua versione originaria, anteriore alla sua sostituzione ad opera del d.l. 6 dicembre 2011, n. 201). Successivamente tale misura, evidentemente volta al contenimento dell'erosione di risorse pubbliche che tali regimi comportano, è stata sostituita dall'aumento delle aliquote dell'imposta sul valore aggiunto; pur non essendo questa la sede per un loro approfondimento, le ragioni di tale sostituzione presentano indubbiamente interesse, in quanto sembrano riflettere un differente apprezzamento delle ragioni che giustificano la stessa esistenza del Terzo settore ed il suo finanziamento privato e, più in generale, il richiamo ad una differente scala di valori.

21 Come correttamente rilevato da F. REVELLI, *Donare*, cit., *Premessa*, IX, al pari di qualsiasi altro sistema di agevolazioni, anche quello previsto con riguardo alle erogazioni dei privati al Terzo settore deve essere valutato non solo sotto il profilo dei risultati che permette di conseguire, ma altresì sul piano della sua sostenibilità da parte del bilancio pubblico, e della sua attitudine a prevenire e, eventualmente, a contrastare, i sempre possibili fenomeni di elusione o abuso.

22 Sulla razionalità come limite alle scelte del legislatore tributario, laddove si tratti di introdurre diversificazioni del carico fiscale, v. F. TESAURO, *Istituzioni di diritto tributario, parte generale*, I, Torino, 2011, 75 ss.. Evidenziano in maniera chiara il rapporto tra principio di eguaglianza razionalità e coerenza dell'imposizione anche R. ZENNARO, F. MOSCHETTI, voce *A agevolazioni fiscali*, cit.; si riferisce congiuntamente a razionalità e coerenza dell'imposizione - per evidenziarne, in senso critico, la carenza in alcuni settori dell'ordinamento tributario vigente - E. DE MITA, voce *Capacità contributiva*, in *Digesto comm.*, II, Torino, 1987.

Non solo. Come si è anticipato, le scelte concernenti il finanziamento privato del Terzo settore interferiscono nella diretta attuazione del principio di sussidiarietà orizzontale, che incontra, a livello costituzionale, un esplicito riconoscimento, unitamente, forse, a delle implicite per quanto non meno rilevanti limitazioni; ed è - anche - alla luce di tale riconoscimento e, soprattutto, dei suoi limiti, che devono essere soppesate.

Sono altre le questioni che si pongono sul piano dei vincoli derivanti dall'ordinamento europeo, nell'ambito del quale, come è stato acutamente osservato, il tributo «*non è lo scopo, ma neanche l'oggetto diretto dell'azione comunitaria*», e può invece rappresentare lo strumento attraverso il quale i legislatori nazionali, in maniera più o meno consapevole, alterano l'equilibrio di mercato perseguito dalle istituzioni europee²³.

In tale prospettiva, è in particolare la disciplina degli oneri di utilità sociale, nella misura in cui la sua applicazione determina un alleggerimento del carico fiscale delle imprese finanziatrici del Terzo settore, a porsi in potenziale contrasto con il principio di libera concorrenza; in particolare, tale disciplina può assumere rilievo *sub specie* di aiuto pubblico alle imprese, vietato ai sensi dell'art. 107 del Trattato FUE, che pacificamente ha tra i suoi corollari il divieto di trattamenti fiscali agevolati che abbiano natura selettiva²⁴.

Ma è l'insieme delle norme destinate ad agevolare attraverso lo strumento tributario le erogazioni liberali al *no profit* che può presentare criticità altresì sul piano del rispetto delle libertà di circolazione, in quanto l'alleggerimento fiscale funzionale a incentivare tale forma di impiego del reddito sia accordato operando ingiustificate - o presunte tali - disparità di trattamento a danno dei soggetti che di tali libertà si avvalgono.

La necessaria applicazione congiunta dei richiamati principi, tutti sovraordinati rispetto alla legislazione ordinaria, non è sempre immediatamente possibile, ciò che può condurre, al limite, ad *impasse* non facilmente risolvibili. Spetta allora all'interprete individuare la soluzione ermeneutica che garantisca in misura maggiore la conformità delle norme di agevolazione - o presunte tali - ad entrambi gli ordinamenti; tale individuazione sembra comportare la necessità di privilegiare non solo e non tanto uno tra i possibili significati della singola

23 Così M. BASILAVECCHIA, *L'evoluzione della politica fiscale dell'Unione europea*, in *Riv. dir. trib.*, 2009, I, 383. In termini ancora più espliciti osservava in precedenza F. GALLO, *Ordinamento comunitario e principi costituzionali tributari*, in *Rass. trib.*, I, 2006, 407, la tendenza delle stesse istituzioni europee a considerare la fiscalità «*più come un fattore distorsivo della concorrenza*», in quanto tale oggetto di limitazione, armonizzazione, coordinamento e controllo, «*che come uno strumento di raccolta delle risorse finanziarie essenziali per lo sviluppo e la sussistenza di una collettività secondo giusti principi distributivi*».

24 Sull'esatta accezione in cui occorre intendere tale aggettivo, allorché si tratti, in particolare, di individuare le misure fiscali incompatibili con il diritto dell'Unione europea, la Corte di Giustizia, nel suo ruolo di interprete privilegiata del diritto UE, ha fornito indicazioni parzialmente contraddittorie, tanto da fare osservare all'Avvocato Generale Jaaskinen nelle sue conclusioni per le cause riunite C-78/08 e C-80/08 (*Cooperative Adige Carni & a.*), depositate in data 8 luglio 2010, che, pur rappresentando un elemento costitutivo della nozione di aiuto di stato - e, dunque, malgrado la sua estrema rilevanza nel quadro dell'attuazione della politica europea della concorrenza - lo stesso concetto di selettività «*sfugge ad una qualifica univoca*».

disposizione che ci si trova concretamente ad applicare, ma, più in generale, un'opzione ricostruttiva del sistema rispetto ad un'altra, con tutti i profili di criticità e le implicazioni che tale operazione inevitabilmente comporta.

4. Gli oneri di utilità sociale: le imprese finanziatrici del Terzo settore

La questione di cui si discute si ritiene assuma particolare interesse ove si ponga mente alle contribuzioni corrisposte al *no profit* dalle imprese. Ciò in quanto, se, come è stato osservato, «*occuparsi di donazioni individuali è oggi un modo per contribuire ad una riflessione sulla forma di società che desideriamo*»²⁵, occuparsi in particolare di erogazioni al settore *no profit* poste in essere dalle imprese fornisce l'occasione e il pretesto per una riflessione che coinvolge anche un profilo ulteriore, cioè a dire quello del ruolo che ad esse si vuole riconoscere in quella società²⁶.

Certo l'analisi del tema presenta molti punti di contatto con le considerazioni che, più in generale, si sono formulate con riferimento alla scelta di demandare in tutto o in parte le decisioni circa il finanziamento del Terzo settore ai privati, attraverso, in particolare, la previsione di specifici incentivi; ma allorché si tratti di valutare le implicazioni connesse alle erogazioni liberali effettuate dalle imprese occorre tenere conto, altresì, delle peculiarità che caratterizzano tali soggetti sul piano delle finalità perseguite, delle modalità con le quali operano e, quel che più rileva in questa sede, del trattamento fiscale che l'ordinamento riserva loro.

Per quel che concerne in particolare tale ultimo aspetto, è noto che il nostro legislatore tributario, in taluni casi tassativamente²⁷ individuati da una normativa assai poco

25 F. REVELLI, *Donare*, cit., *Premessa*, VII.

26 E' qui possibile fare solo sommariamente riferimento ai termini del dibattito sulla cosiddetta responsabilità sociale di impresa o *company social responsibility*, che pure potrebbe assumere qualche rilievo con riferimento al tema che qui occupa, se è vero, come è vero, che la responsabilità sociale dell'impresa è stata in passato ricondotta - anche - alla sua attività di contribuzione benefica (sul punto cfr. D. VOTAW, *Genius Became Rare: A Comment on the Doctrine of Social Responsibility*, in *California Management Review*, 1972, 15, 2, 25 ss., il quale, nel tentare una definizione del concetto di responsabilità sociale, affermava «*corporate social responsibility means something, but not always the same thing to everybody (...); many simply equate it with a charitable contribution*»). Si avrà occasione di accennare nuovamente alla questione nel prosieguo.

27 La tassatività si evince in particolare dal comma 4 dell'art. 100 del Testo Unico delle Imposte sui Redditi (di seguito, per brevità, TUIR). Tale disposizione contiene l'elenco dei c.d. «oneri di utilità sociale» deducibili dal reddito di impresa, e si chiude escludendo la deducibilità di erogazioni liberali diverse da quelle considerate al suo interno, nonché all'interno dell'art. 95 TUIR (concernente le erogazioni a favore dei lavoratori dipendenti, e, conseguentemente, irrilevante ai fini della presente trattazione). Conviene sin d'ora precisare che tale indicazione di tassatività non ha impedito il successivo intervento di disposizioni speciali, che, affiancandosi al predetto art. 100, accordano alle imprese la possibilità di dedurre dal proprio reddito erogazioni al Terzo settore ulteriori rispetto a quelle contemplate all'interno di tale norma, né ciò sarebbe stato possibile, in considerazione delle regole che presiedono alla successione temporale di norme aventi pari efficacia. Il predetto comma 4 dell'art. 100 è funzionale invece ad evitare che sia l'interprete ad individuare per via ermeneutica ulteriori erogazioni liberali deducibili.

sistematica²⁸, accorda la possibilità di considerare le attribuzioni patrimoniali effettuate dalle imprese a vantaggio di soggetti riconducibili al Terzo settore alla stregua di componenti negative del reddito di impresa, denominandole, in particolare, oneri di utilità sociale²⁹; si acconsente in tal modo ad una riduzione dell'imponibile imputabile all'impresa erogante, ciò che determina, sostanzialmente, il parziale accollo di tale esborso da parte dello Stato e, dunque, della collettività³⁰.

Ora, il riconoscimento di tale facoltà solleva una serie di rilevanti questioni tanto nel caso in cui essa sia accordata alle imprese, quanto ove ne beneficino i privati *stricto sensu* intesi; ciò in ragione, in primo luogo, della necessità di legittimare in qualche modo il suddetto parziale accollo, riconducendolo, ove possibile, al perseguimento di interessi positivamente qualificati. Nel primo caso, tuttavia, a tale necessità si affianca altresì quella di giustificare la deducibilità degli oneri di utilità sociale alla luce dei principi su cui si fonda la disciplina del reddito di impresa, primo fra tutti quello di inerenza³¹.

Quest'ultimo, in considerazione della sua evidente rilevanza, è, come noto, oggetto della costante attenzione sia della giurisprudenza, che si è espressa sul punto con orientamenti fra

28 Sia pure incidentalmente, non si può non rilevare la distonia esistente tra, da un lato, l'asistematicità della normativa che contiene le previsioni di cui si discute, e che, imputabile a fattori di vario genere, rende inevitabile la presenza di incongruenze, irrazionali disparità di disciplina, elementi di iniquità in genere, e, dall'altro, la tassatività delle stesse previsioni, che, come si è anticipato, limita, in via di principio, la possibilità di interpretazioni estensive, e sicuramente esclude quelle analogiche.

29 La denominazione è quella utilizzata nella rubrica dell'art. 100 TUIR, ed è riferita in realtà tanto alle erogazioni a vantaggio di enti *no profit*, oggetto del presente studio, quanto ad altri tipi di attribuzioni patrimoniali, poste in essere a favore dei dipendenti dell'impresa erogante, o di soggetti per varie ragioni non riconducibili al Terzo settore. A tale disposizione si affiancano alcune ulteriori e specifiche previsioni che ripetono il medesimo schema, accordando all'impresa la possibilità di dedurre dall'imponibile ai fini delle imposte sui redditi le attribuzioni patrimoniali effettuate a favore di soggetti appartenenti al Terzo settore. Per tale ragione, allorché nel testo si menzioneranno gli oneri di utilità sociale, il riferimento dovrà essere inteso anche alle poste deducibili ai sensi di tali ulteriori previsioni.

30 In conformità allo schema che caratterizza la c.d. «spesa mediante imposta». Pare utile richiamare qui quanto efficacemente osservato da A. GIOVANNINI, *Principi costituzionali e nozione di costo nelle imposte sui redditi*, in *Rass. trib.*, 2011, 609 ss., con generale riferimento a tutte le tipologie di costi. Precisa l'Autore che, in tale prospettiva, il tributo diviene il principale strumento attuativo della redistribuzione non solo della ricchezza, ma, indirettamente, «degli oneri a questa funzionale».

31 Per rifarsi nuovamente al recente studio appena richiamato (cfr. A. GIOVANNINI, *Principi*, cit.), si può osservare che la elevazione di una spesa concretamente posta in essere dal contribuente a fattispecie giuridica e quindi, per quanto qui rileva, ad onere fiscalmente rilevante, implica un giudizio (di valore) che si antepone logicamente a quello avente ad oggetto la sua inerenza. Ora, per trasporre tale distinguo al discorso che qui occupa, tanto con riferimento al riconoscimento delle erogazioni al settore *no profit* effettuate dai privati (*stricto sensu* intesi) come oneri deducibili dal reddito complessivo, o detraibili dall'imponibile IRPEF, quanto con riguardo alla riconduzione delle donazioni poste in essere dalle imprese tra gli oneri di utilità sociale, scomputabili in quanto tali dal relativo reddito, si pone in primo luogo la necessità di legittimare, alla luce dei principi – segnatamente costituzionali – dell'ordinamento, tale riconoscimento; nel secondo caso, tuttavia, si pone altresì l'ulteriore problema dell'inerenza di tali esborsi (*rectius*: della mancanza di inerenza che pacificamente li connota, come si dirà a breve).

loro anche profondamente discordanti³², sia della dottrina³³. La regola che ne discende rappresenta il primo corollario del fondamentale assunto in base al quale, ove si individui nel reddito *netto* l'oggetto dell'imposizione³⁴, occorre delimitare le spese dallo stesso deducibili, distinguendo, in primo luogo, tra quelle di produzione e quelle di erogazione³⁵: la possibilità

32 Per quanto concerne in particolare la giurisprudenza di legittimità, il *case law* della Cassazione si è caratterizzato negli anni, fra l'altro, per continue oscillazioni tra posizioni più rigide, orientate a riconoscere l'inerenza unicamente dei costi di cui sia possibile dimostrare in maniera puntuale la specifica correlazione con ricavi (o, comunque, con componenti positive) imponibili, e decisioni inclini a ritenere inerenti anche quegli esborsi che si ricolleghino, più in generale, all'attività dell'impresa, potenzialmente idonea a produrre utili (per un'analitica ricostruzione dei differenti orientamenti v. G. ZIZZO, *Inerenza ai ricavi o all'attività? Nuovi spunti su una vecchia questione*, in *Rass. trib.*, 2007, 1796 ss.), nonché, sotto altro aspetto, per l'alternanza tra pronunce inclini a ritenere il giudizio di inerenza comprensivo di quello di congruità del costo, e decisioni fondate, al contrario, sulla negazione della possibilità di sindacare tale profilo, in assenza di un'apposita norma che lo preveda (in dottrina, per un'apertura acutamente motivata verso la prima lettura del principio, tradizionalmente osteggiata dalla dottrina, V. E. MARELLO, *Involuzione del principio di inerenza?*, in *Riv. dir. fin.*, 2002, 513).

33 La letteratura sul principio di inerenza è vastissima, forse in ragione del fatto che, secondo l'opinione maggiormente accreditata, dall'entrata in vigore del d.p.r. 29 settembre 1973, n. 597, non esiste del nostro ordinamento una disposizione che espressamente lo sancisca (sul punto v. G. TINELLI, *Il reddito di impresa nel diritto tributario*, Milano, 1991, 245 ss., e ID., *Il principio di inerenza nella determinazione del reddito di impresa*, in *Riv. dir. trib.*, 2002, I, 437, secondo il quale, nel sistema attualmente vigente, il principio di inerenza si identificerebbe sostanzialmente con una regola non formalizzata in quanto tale da alcuna norma scritta, ma desumibile «dal collegamento del reddito, nelle sue componenti economiche, all'attività legalmente tipizzata» di impresa o di lavoro autonomo; cfr. anche G. ZIZZO, *Regole generali sulla determinazione del reddito di impresa*, in F. TESAURO (dir.), *Imposta sul reddito delle persone fisiche. Giurisprudenza sistematica di diritto tributario*, II, Torino, 1994, 557, secondo il quale il principio di inerenza deriverebbe da una norma «senza disposizione», tale non potendo essere ritenuto l'art. 109, comma 5, TUIR, che si limita a disciplinare la deducibilità di componenti negativi a fronte di proventi esenti; nello stesso senso anche R. LUPI, *Limiti alla deduzione degli interessi e concetto generale di inerenza*, in *Corr. trib.*, 2008, 771. Da ultimo, sul punto, v. G. FRANSONI, *La Finanziaria 2008 e i concetti di inerenza e congruità*, in G. FRANSONI (a cura di), *Finanziaria 2008*, Milano, 2008, 149 ss.). Prescindendo in questa sede dalla manualistica, che tutta affronta analiticamente la questione, si rimanda, senza alcuna pretesa di completezza, a P. BORIA, *Il concetto di inerenza e le spese promozionali*, in *Riv. dir. trib.*, 1992, I, 413 ss.; L. ROSA, *Il principio di inerenza*, in G. TABET (a cura di), *Il reddito di impresa*, Padova, 1997, I, 139; F. TESAURO, *Esegesi delle regole generali sul calcolo del reddito di impresa*, in AA.VV., *Commentario al testo unico delle imposte sui redditi*, Roma-Milano, 1190, 217 ss. (oltre ai contributi che si sono già richiamati, o che si richiameranno).

34 Il tema è eccessivamente complesso e dibattuto per poter dare compiutamente conto, in questa sede, dei suoi termini. Senza alcuna pretesa di completezza, si rinvia allora a E. DE MITA, *Razionalità e fiscalismo nella giurisprudenza costituzionale tributaria*, in AA.VV., *L'evoluzione dell'ordinamento tributario italiano*, Padova, 2000, 177 ss.; G. FALSITTA, *Le origini dell'interpretazione antielusiva come strumento della giustizia tributaria*, in *Giustizia tributaria e tirannia fiscale*, Padova, 2008, 131; G. GAFFURI, *Diritto tributario. Parte generale e parte speciale*, Padova, 2006, 413; B. GRIZIOTTI, *Il principio della realtà economica negli artt. 8 e 68 della legge di registro*, in *Riv. dir. sc. fin.*, 1939, II, 209, con generale riferimento alla necessità di tassare imponibili (e non solo redditi) effettivi; G. MARONGIU, *La crisi del principio di capacità contributiva nella giurisprudenza costituzionale dell'ultimo decennio*, in *Dir. Prat. trib.*, 1999, I, 1772 s.; F. MOSCHETTI, *Il principio della capacità contributiva*, Padova, 1973, 373, e ID., *I principi di giustizia fiscale della Costituzione italiana, per «l'ordinamento giuridico in cammino» dell'Unione europea*, in *Riv. dir. trib.*, 2010, I, 427; R. SCHIAVOLIN, *Reddito effettivo e reddito fittizio: evoluzioni recenti*, in *Corr. Trib.*, 2007, 1981.

35 Cui devono essere ricondotte le spese sostenute per il soddisfacimento di interessi diversi da quelli dell'impresa: così E. MARELLO, *Involuzione del principio di inerenza?*, in *Riv. dir. fin.*, 2002, 480; identifica *tout court* nel perseguimento di interessi estranei all'impresa il tratto caratterizzante delle spese non inerenti G. VANZ, *Vendita con dote di partecipazione in società in crisi: destinazione di beni a finalità estranee all'impresa?*, in *Rass. trib.*, 2001, 1708.

di deduzione deve essere circoscritta alle prime³⁶, dal momento che l'indeducibilità delle seconde rappresenta l'elemento minimo necessariamente caratterizzante, sia pure in negativo, il concetto di inerenza³⁷.

Non solo. Lo stesso principio di inerenza si ritiene si configuri altresì come il precipitato giuridico della constatazione fattuale secondo cui le imprese sono, in via di principio, soggetti votati al realizzo di lucro³⁸: in tale prospettiva (ma a ben vedere anche in quella, parzialmente differente, secondo cui non il fine di lucro caratterizza l'impresa, quanto la –

36 Nello stesso senso E. MARELLO, *Involuzione*, cit., laddove afferma «Nel sostenere che il reddito di impresa va depurato dalle componenti negative incorse nella formazione dello stesso, è implicito il richiamo a quelle sole spese che vengano effettuate nell'esercizio dell'impresa». Sul punto v. le risalenti ma sempre valide considerazioni di P. STELLA RICHTER, *Il problema della inerenza della spesa al reddito di ricchezza mobile*, in *Dir. prat. trib.*, 1972, I, 12 ss.; più di recente, fra gli altri, M. BEGHIN, *La deducibilità delle sanzioni antitrust nella prospettiva della corretta determinazione del reddito di impresa*, in *GT Riv. giur. trib.*, 2011, 522; G. ZIZZO, *Regole generali*, cit., 557; F. TESAURO, *Istituzioni di diritto tributario, parte speciale*, II, Torino, 2012, 137, secondo cui l'indeducibilità del costo che non sia stato sostenuto in funzione della produzione di ricavi si giustifica in quanto «non è un prius del reddito, un elemento che serve a produrlo, ma un posterius, una forma di impiego del reddito prodotto».

37 Anche per quanti accolgono un'accezione particolarmente lata del concetto di inerenza, infatti, è pacifica la indeducibilità degli atti erogativi per incompatibilità con il relativo principio: v. A. PANIZZOLO, *Inerenza ed atti erogativi nel sistema delle regole di determinazione del reddito di impresa*, in *Riv. dir. trib.*, 1999, I, 697 ss.

38 Tale affermazione potrebbe sembrare, in prima battuta, superficiale, in quanto pare obliterare del tutto i termini del dibattito che da decenni anima la dottrina soprattutto (ma non solo) giuscommerciale sul punto. Vale quindi la pena di dare conto, sia pure per sommi capi, delle ragioni ad essa sottostanti. In primo luogo occorre ricordare che, per quanto riguarda le imprese esercitate in forma societaria, la natura necessariamente lucrativa dell'attività svolta (e, di più, il lucro *soggettivo* che deve costituirne la finalità) è espressamente sancita dal legislatore all'art. 2247 c.c.: tale disposizione caratterizza infatti il contratto sociale attraverso il richiamo della finalizzazione dell'attività svolta alla divisione di un utile, e dunque, in un momento logicamente e cronologicamente antecedente, alla sua produzione (sul significato di tale disposizione, e per una ricostruzione critica dei differenti orientamenti giurisprudenziali cui ha dato origine, F. GALGANO, *Diritto commerciale. Le società*, Bologna, XVII, 2009, 17, cui si rinvia anche per alcune considerazioni in ordine alle peculiarità che, sotto il profilo del fine lucrativo, caratterizzano le società per azioni di grandi o grandissime dimensioni). Per quanto concerne le imprese esercitate attraverso altre forme soggettive, invece, il carattere lucrativo non è, come noto, legislativamente previsto, quanto meno non in termini così espliciti; ciononostante, secondo autorevoli voci della dottrina - che si allineano, sul punto, alla nozione economica di impresa - la *professionalità* cui fa riferimento l'art. 2082 c.c. implica necessariamente il perseguimento di un lucro soggettivo da parte dell'imprenditore (v., in questo senso, T. ASCARELLI, *Corso di diritto commerciale*, I, Milano, 1962, 189; G. FERRI, *Manuale di diritto commerciale*, Torino, 2010, 550; F. MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, I, Milano, 1965, 231; nello stesso senso anche una parte della giurisprudenza: cfr., fra le altre, Cass. civ., 17 marzo 1997, n. 2321, in *Giur. It.*, 1998, I, 1190). Gli altrettanto autorevoli orientamenti dottrinari che, invece, ritengono la finalità lucrativa (soggettivamente o oggettivamente intesa) non coesistente alla nozione di impresa (v. fra gli altri G. CAMPOBASSO, *Manuale di diritto commerciale*, V, Torino, 2010, 16, e F. GALGANO, *Diritto commerciale. L'imprenditore*, Bologna, XIII, 2011, 20 ss., oltre alla dottrina ivi richiamata) sono a ciò indotti, soprattutto, dall'intento di legittimare la sussunzione nella relativa categoria di soggetti quali le imprese mutualistiche e consortili (le quali, peraltro, non perseguono per definizione uno scopo altruistico), e delle imprese pubbliche, ma si ritiene confermino in tal modo, *a contrario*, che, per l'*id quod plerumque accidit*, e al di fuori di tali ipotesi (cui si è affiancata ora l'impresa sociale), la finalità ultima dell'esercizio di impresa è quella di conseguire un utile (in questo senso, del resto, lo stesso G. CAMPOBASSO, *Manuale*, cit., *ibid.*), a prescindere, se si vuole, dalla sua successiva apprensione da parte dell'imprenditore, e, in genere, dallo scopo che anima tale soggetto, che potrebbe, al limite, anche avere natura ideale (cfr., per tale ultimo aspetto, F. FERRARA jr., *Gli imprenditori e le società*, Milano, VI, 1980, 43).

mera - economicità della sua gestione³⁹) è una regola di fatto, prima che giuridica, quella in base alla quale gli oneri che le stesse imprese sopportano, per poter essere ritenuti autenticamente tali, devono in via di principio rappresentare altrettanti investimenti finalizzati, in maniera più o meno diretta⁴⁰, alla produzione e all'incremento di reddito⁴¹.

Se «il benefattore non è imprenditore»⁴², in altri termini, in via di principio, si ritiene, neppure l'imprenditore è benefattore⁴³.

Laddove la suddetta condizione non si verifichi, e il costo sia quindi sostenuto dall'impresa in un'ottica affatto differente, ci si trova sostanzialmente di fronte ad un'anomalia. Ove tale anomalia si rifletta sul piano giuridico, nella misura del possibile essa deve essere ricondotta a sistema per il tramite di una razionale giustificazione; in caso

39 Sono orientati in questo senso, come specificato alla nota precedente, tanto G. CAMPOBASSO, *Manuale*, cit., *ibid.*, quanto F. GALGANO, *L'imprenditore*, cit., 23 ss., nonché, in giurisprudenza, Cass. civ., sez. lav., 14 giugno 1994, n. 5766, in *Giust. Civ.*, 1995, I, 187, con nota di FRANCO. In ambito tributario insistono sulla economicità quale elemento caratterizzante l'attività di impresa, in particolare, A FEDELE, *Considerazioni generali sulla disciplina fiscale degli atti e delle vicende dell'impresa*, in AA.VV., *Il reddito d'impresa nel nuovo testo unico*, Padova, 1988, 781; E. NUZZO, *Questioni in tema di tassazione di enti non economici*, in *Rass. trib.*, 1985, I, 122; A. SILVESTRI, *Destinazione a finalità estranee all'impresa*, in *Riv. dir. fin.*, 1998, I, 482 ss.. Come si evince dalla letteratura che si è occupata di definire gli enti pubblici economici, collocandoli sistematicamente nell'ambito del nostro ordinamento (v., fra gli altri, S. CASSESE, voce *Ente pubblico economico*, in *Noviss. dig. italiano*, 1975, VI, 573), si intende tradizionalmente per economicità della gestione la circostanza che quest'ultima sia improntata alla copertura dei costi dell'impresa, ossia alla remunerazione dei fattori produttivi impiegati: se la sussistenza di tale elemento minimo si rivela indispensabile per caratterizzare il soggetto come *impresa*, pare evidente la sua inconciliabilità - e, conseguentemente, l'inconciliabilità della nozione di impresa - con il fatto di sostenere consapevolmente un esborso che non determinerà, neppure indirettamente, il conseguimento di una successiva entrata sufficiente - quanto meno - a garantirne la copertura.

40 Tra la maniera *più diretta* e quella *meno diretta*, ovviamente, si colloca tutto lo spettro dei criteri di giudizio possibili sull'inerenza della spesa sostenuta dall'imprenditore, che può configurarsi come indispensabile, o, comunque, strettamente necessaria; opportuna; utile; utile in un'ottica di medio-lungo periodo (sul criterio di utilità che, «correttamente delimitato, costituisce il nerbo del giudizio di inerenza», cfr. E. MARELLO, *Involuzione*, cit., 510); insindacabile laddove - e nella misura in cui - sia riferita «ad attività o beni da cui derivano ricavi o altri proventi che concorrono a formare il reddito» (su tale ultima accezione, G. MARONGIU, *Il sindacato sulla congruità dei compensi agli amministratori*, in *Corr. trib.*, 2002, 3557), ossia sia sostenuta «in funzione dell'impresa» (e sia in quanto tale non disconoscibile sulla base di motivazioni «che attengono alla sfera discrezionale delle scelte imprenditoriali»: così F. TESAURO, *Istituzioni*, II, cit., 138).

41 Ispirata a considerazioni analoghe pare anche l'osservazione di G. TINELLI, *Il principio*, cit., 445, secondo cui deve essere esclusa la sussistenza del requisito di inerenza in tutti i casi in cui il componente negativo «si presenti in contrasto con la funzione economica dell'impresa e costituisca un atto non riconducibile alla logica lucrativa propria dell'attività di impresa».

42 W. BIGIARI, *Il fallimento Giuffrè*, in *Giur. It.*, 1959, I, 2, c. 359.

43 Tale considerazione non pare debba venire meno con riguardo alla c.d. impresa sociale. E' noto che, con d.lg. 24 marzo 2006, n. 155, è stata introdotta nel nostro ordinamento tale figura, che si caratterizza per il perseguimento di finalità di interesse generale e per il divieto di distribuire utili sotto qualsiasi forma (cfr. art. 3); nella misura in cui è pur sempre tenuta a svolgere un'attività *economica* organizzata al fine della produzione o dello scambio di beni o servizi (cfr. art. 1, comma 1), si ritiene tuttavia che anche nella gestione dell'impresa sociale non possa prescindere da criteri di economicità, dovendosi quindi escludere, anche con riguardo ad essa, che possa rappresentare un elemento di normalità l'erogazione di importi a fondo perduto a favore di soggetti pur attivi nel Terzo settore, e, quindi, in via di principio svolgenti essi stessi attività di rilievo sociale (sul punto v. A. FICCI, voce *Impresa sociale*, in *Dig. dic. priv., sez. civ., Agg.*, Torino, 2007).

contrario, essa deve, in via di principio, essere espunta dall'ordinamento, ciò che si traduce, sul piano tributario che qui interessa, nella irrilevanza fiscale della relativa voce di spesa.

Alla luce delle considerazioni che precedono, non si può non osservare, con particolare riguardo agli oneri di utilità sociale, come la loro deducibilità rappresenti una deviazione rispetto al canone dell'inerenza⁴⁴; occorre allora domandarsi se tale deviazione possa essere in qualche maniera giustificata, o se, in ultima analisi, debba dubitarsi della sua legittimità e coerenza rispetto al sistema.

5. Considerazioni conclusive

Nel valutare le disposizioni che disciplinano, sotto il profilo tributario, il finanziamento privato del Terzo settore, può quindi affermarsi che due sono gli ordini di criticità che si prospettano.

L'uno attiene alla generalità delle donazioni, e si sostanzia nella necessità di legittimare il beneficio fiscale accordato ai donatori tanto alla luce del principio di eguaglianza tributaria costituzionalmente sancito, quanto dei principi europei di libera circolazione e libera concorrenza, non meno che nella ricerca di una giustificazione costituzionale⁴⁵ della devoluzione ai privati, al di fuori dei consueti circuiti della democrazia rappresentativa⁴⁶, di scelte di natura politica che coinvolgono l'impiego di risorse collettive⁴⁷.

44 Cfr. F. TESAURO, *Istituzioni*, II, cit., 148, e G. TINELLI, *Il principio*, cit., 445, il quale evidenzia la necessità di una disposizione espressa, quale quella di cui al previgente art. 65 TUIR, proprio in considerazione della mancanza di coerenza che connota le erogazioni al *no profit* rispetto alla finalità lucrativa propria dell'impresa. Nello stesso senso Cass. civ., sez. trib., 22 febbraio 2007, n. 3891, in *bancadati Jurisdata*, sia pure con riguardo al previgente art. 60, d.p.r. 29 settembre 1973, n. 597.

45 Imprescindibili parametri di riferimento per tale giudizio sono, ai sensi degli artt. 23 e 53, i principi del consenso all'imposta e del concorso al finanziamento della pubblica spesa, unitamente a quello di sussidiarietà verticale e orizzontale di cui all'art. 118 della stessa Carta costituzionale.

46 V. sul punto, in chiave particolarmente critica, L. CASTALDI, *Considerazioni intorno alla disciplina fiscale delle erogazioni liberali al c.d. Terzo settore*, in *Riv. dir. trib.*, 2011, I, 941.

47 Destinate a finanziare l'incentivo; nelle aspettative dell'ente pubblico, titolare di potestà impositiva, che accorda agevolazioni del tipo di cui si discute, gli importi così sacrificati dovrebbero trasformarsi in «donazione indotta», ma non esiste, ovviamente, alcuna garanzia che ciò si verifichi realmente. Incidentalmente può essere opportuno rilevare come un sistema di incentivi al finanziamento privato del Terzo settore può essere considerato efficace quando, in forza della sua introduzione, si registra un incremento delle donazioni, ossia si realizza un fenomeno, per l'appunto, di donazione indotta. Affinché sia considerato altresì efficiente, tuttavia, è necessario che il valore di tale donazione sia maggiore di quello della spesa fiscale, ossia, grazie all'effetto c.d. «di sostituzione», il donatore sia portato non solo ad aumentare la propria donazione, ma ad incrementarla in misura tale per cui il costo netto che egli sopporta è maggiore rispetto a quello che avrebbe sostenuto in assenza dell'incentivo (si afferma in simili casi che l'elasticità della donazione rispetto al suo prezzo è superiore in valore assoluto a 1: sul punto, L. GANDULLIA, F. FIGARI, *L'impatto delle agevolazioni fiscali sulle donazioni in Italia*, in S. CIMA, M. FIORUZZI, L. GANDULLIA, *Quanto vale il non profit italiano? Creazione di valore aggiunto sociale e ruolo delle donazioni*, Milano, 2003, 77, e R. CARTOCCI, F. MACONI, *Libro bianco*, cit., 127). Ove tale condizione si realizzi, infatti, dal momento che l'incremento dell'importo che complessivamente l'ente beneficiario percepisce è finanziato in misura maggiore dal privato erogante, il beneficio conseguito dalla collettività è superiore rispetto al costo dalla stessa sopportato; in altri termini, - solo - in simili ipotesi, la scelta di procedere all'istituzione del regime agevolativo è preferibile, dal punto di vista dell'onere gravante sul

L'altro ordine di criticità coinvolge invece unicamente il trattamento fiscale delle donazioni al *no profit* effettuate dalle imprese, e, in particolare, attiene alla possibilità di legittimare dal punto di vista dei principi la deduzione dall'imponibile di quella che, in prima battuta, si presenta a tutti gli effetti come un'erogazione del reddito prodotto dall'impresa (e in tal modo viene peraltro definita dal legislatore), come tale slegata da qualsiasi logica di inerenza e funzionalità rispetto tanto alla sua attività quanto alle sue finalità.

Per quanto una prima analisi degli evidenziati profili possa indurre a ricercare una soluzione comune alla problematicità che li caratterizza, ad esempio attraverso il richiamo degli interessi extrafiscali che gli enti *no profit*, nel proprio ruolo di «supplenti» rispetto al settore pubblico, tendono a realizzare, e la successiva individuazione di una loro copertura costituzionale ed europea, si ritiene che, a ben vedere, l'approccio ai due richiamati piani della questione non possa essere esattamente lo stesso.

Con riguardo al superamento della regola dell'inerenza 48, e, sia pure indirettamente, dei principi che ne costituiscono il fondamento, si è infatti persuasi della opportunità di tentare di individuare una specifica legittimazione alla luce non di qualsiasi principio, ancorché costituzionale o costituzionalizzato 49, del nostro ordinamento, ma di quelli che in maniera più puntuale e diretta rilevano per la disciplina delle imprese 50.

bilancio pubblico, rispetto a quella di erogare direttamente sussidi a favore degli enti attivi nel Terzo settore (in questo senso, L. GANDULLIA, F. FIGARI, *L'impatto*, cit., 74, e R. CARTOCCHI, F. MACONI, *Libro bianco*, cit., 128).

48 Una precisazione si impone. In tanto si configura la necessità di giustificare la suddetta deroga al principio di inerenza, determinata, nello specifico, dalla deducibilità degli oneri di utilità sociale, in quanto una simile deroga effettivamente sussista. La dottrina tributaria è infatti tanto chiara nell'evidenziare che la possibilità di considerare le erogazioni liberali di cui all'art. 100 - e alle disposizioni speciali che vi si affiancano - alla stregua di oneri di utilità sociale rappresenta una deviazione rispetto alla normale disciplina dei costi dell'impresa (v., oltre alla dottrina già richiamata, G. ZIZZO, *Inerenza*, cit., nt 7), quanto, parallelamente, nel dare conto della possibilità che, in concreto, l'attribuzione patrimoniale gratuitamente posta in essere da tale soggetto non determini invece alcuna alterazione della logica normalmente sottostante alle scelte imprenditoriali, e vi si inserisca anzi perfettamente, essendo la stessa elargizione volta - come nel caso di sponsorizzazioni, spese di propaganda o investimenti in attività di ricerca - a realizzare un interesse pienamente compatibile con la natura lucrativa dell'erogante (sul punto, chiaramente, E. MARELLO, *Involuzione*, cit., nt 32, che, richiamando considerazioni già formulate da F. GRAZIANI, *L'evoluzione del concetto di inerenza e il trattamento fiscale dei finanziamenti ad enti esterni di ricerca*, in G. FALSITTA, F. MOSCHETTI (a cura di), *Costi di ricerca scientifica nell'evoluzione del concetto di inerenza*, Milano, 1988, 100, osserva come non vi sia liberalità, e non si possa quindi parlare propriamente di «erogazione» di reddito, in tutti i casi in cui dal finanziamento effettuato l'impresa possa ritrarre una qualche utilità economica, attuale o anche solo potenziale).

49 Il riferimento alla «costituzionalizzazione» di alcuni principi si giustifica in considerazione della formulazione di cui all'art. 117, comma 1, della Carta costituzionale, nella versione introdotta dalla legge

Non è questa la sede per la verifica di una simile possibilità, che, si ritiene, meriti un congruo approfondimento; ma il tema pare potersi iscrivere in quello, più ampio, della possibile giuridicizzazione del principio della responsabilità sociale di impresa⁵¹, ciò che potrebbe significare per il tributarista l'invenzione di un terreno di ricerca ancora inesplorato e, anche per questo, oggettivamente stimolante.

costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3: con riguardo a tale disposizione si è infatti osservato che, in particolare sotto il profilo della soggezione dell'attività legislativa dello Stato e delle Regioni ai vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario, piuttosto che rappresentare un'innovazione rispetto allo *status quo*, essa ha costituito una conferma dell'esistente, evidenziando come, con il proprio intervento, il legislatore non abbia fatto altro se non «costituzionalizzare, rendendola non più revocabile, la scelta comunitaria» (G. SERGES, *Art. 117, 1° comma*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Torino, 2006, 2219).

50 Inevitabile, *in primis*, il richiamo degli artt. 41 e 42 della Costituzione.

51 Attualmente oggetto di approfondimento da parte di studiosi di altre branche del diritto: in particolare a seguito degli interventi delle istituzioni europee sul punto (cfr., fra gli altri, Ris. Parlamento europeo del 13 marzo 2007 e Comunicazione del 22 marzo 2006 della Commissione), ci si interroga infatti circa il rapporto tra responsabilità, funzione dell'impresa e sistemi normativi, e, in particolare, si valuta la possibilità che il predetto principio della responsabilità sociale trovi attuazione anche attraverso il diritto positivo, ossia nella disciplina (giuridica) dell'impresa (questo l'intento di un recente studio, in cui l'attenzione si concentra, in particolare, sulla disciplina giuslavoristica: cfr. S. SITIZIA, A. SEGA, *Le «dimensioni» della responsabilità sociale dell'impresa e le fonti di regolazione: questioni in materia di impresa, lavoro e sicurezza*, in *Dir. relaz. ind.*, 2011, 673).

Gli ausili pubblici tra autorità e consenso

Alessandro Auletta

Abstract

The legislation relating to the subject considered in this article, which concern public incentives to enterprises, is chaotic and fragmented. This makes it difficult to identify general legal categories and produces legal uncertainty in an area that, conversely, would require univocal solutions aimed at ensuring a better competitiveness of the system.

After analyzing both Community and national (constitutional and legislative) law in this field and the constitutional jurisprudence about the protection of the competition, the Author proposes an innovative reconstruction of the legal provisions, assuming a general applicability of Article. 11 of l. 241 to all the different hypotheses of public aid here concerned (grant, soft loan, granting guarantees, etc.).

According to the Author, in fact, the “public law contract” appears to be a general prototype sufficiently flexible and, at the same time, suitable for providing a minimum legal framework in order to solve many application problems, such as the identification of the court which would have jurisdiction, or the issue about the actions that each individual could propose.

Sommario: 1. A mo' di introduzione. 2.1. Il quadro normativo europeo. 2.2. Le sovvenzioni di esercizio come forma di finanziamento (a copertura dei c.d. oneri impropri) dei servizi pubblici. 3.1. Il quadro costituzionale: l'art. 41 come norma che regola il rapporto autorità-libertà nella disciplina delle attività economiche. 3.2. La tutela della concorrenza nella giurisprudenza costituzionale. 4. La disciplina generale a livello di fonti primarie (statali) dell'attività di sovvenzionamento: l'art. 12 della l. 241 (ovvero del principio di predeterminazione delle scelte in funzione di auto-limite) e il d.lgs. 123 del 1998. 5. La tutela dell'affidamento in materia di incentivi pubblici. 6.1. La qualificazione dogmatica dei provvedimenti attributivi di vantaggi economici: le diverse proposte ricostruttive. 6.2. Spunti per una qualificazione dogmatica unitaria delle varie forme di incentivazione dell'attività economica privata: il contratto di diritto pubblico a doppia causa. 6.3. Esempificazioni. 6.4. Implicazioni di regime della teoria del contratto di diritto pubblico a doppia causa.

1. A mo' di introduzione.

Il tema degli incentivi e dell'attività di agevolazione è estremamente complesso: quello dell'ausilio pubblico alle imprese è infatti un universo variegato, oggetto di una disciplina normativa che, con bisticcio di parole solo apparente, possiamo definire *sistematicamente frammentaria*.

Le leggi di incentivazione si inseriscono spesso – e di recente ancor di più - in provvedimenti di più ampia portata; altre volte in normative di emergenza. Il lessico utilizzato dal legislatore non è omogeneo, e questo rende ancora più difficile l'individuazione di categorie giuridiche di riferimento e, correlativamente, del regime giuridico applicabile alle sovvenzioni.

Uno dei principali scopi della ricerca scientifica in questa materia è infatti, a mio avviso, quello di delineare *uno statuto giuridico (minimo ed) unitario* dell'attività di distribuzione di incentivi. I vantaggi di tale operazione qualificatoria – che richiede uno sforzo di astrazione notevole, considerato il carattere frastagliato e spesso episodico della normativa – non si esauriscono solo sul piano dogmatico, ma si apprezzano anche sul piano pratico: ad esempio, consentendo l'individuazione di strumenti di tutela più efficaci, ovvero la risoluzione, alla luce dei principi di pienezza ed effettività, della c.d. *questione giurisdizionale*.

Ma su questi aspetti torneremo nel prosieguo.

2.1. Il quadro normativo europeo.

Occorre in prima battuta soffermarsi sulla disciplina comunitaria della materia.

Volendo sintetizzare al massimo, l'art. 87 TCE (oggi 107 TFUE) prevede il divieto in capo agli Stati di erogare, attingendo alle proprie risorse, aiuti alle imprese che possano determinare uno squilibrio del gioco concorrenziale. Divieto rispetto al quale sussistono delle eccezioni che potremmo dire *assolute* – contemplate dal secondo comma dell'art. 87: si pensi alla fattispecie degli aiuti erogati in favore di imprese o cittadini colpiti da calamità naturali – nel senso che la compatibilità dell'aiuto con il diritto comunitario non deriva da un provvedimento delle istituzioni comunitarie, ma direttamente dal Trattato; mentre il terzo comma contempla gli aiuti autorizzabili (pure per categoria), nell'ambito di alcune classi di casi, dalla Commissione (o anche dal Consiglio, ma solo in casi eccezionali: cfr. l'art. 88, comma 2, TCE), secondo lo schema procedimentale che si articola nell'obbligo di notifica ed in quello di *stand still* (divieto di dare corso alla distribuzione dell'incentivo fintanto che la Commissione non si sia pronunciata al riguardo). Tale schema vale in specie per gli *aiuti nuovi*, laddove per quelli *esistenti* la Commissione ha poteri di vigilanza permanente, ragion per cui può eventualmente applicare sanzioni ed ordinare la ripetizione dell'aiuto illegittimamente erogato.

Per quanto attiene al diritto derivato, vanno ricordati i regolamenti nn. 994/98 e 659/99 adottati dal Consiglio sulla base dell'art. 89 del Trattato, che affida appunto a tale organo il potere di stabilire in via generale le condizioni per l'applicazione degli articoli 87 e 88 ed in particolare le condizioni per l'applicazione dell'articolo 88, paragrafo 3, nonché le categorie di aiuti che sono dispensate da tale procedura ivi disciplinata.

Il primo dei citati regolamenti, a sua volta, conferisce alla Commissione il potere di dettare regolamenti di esecuzione finalizzati ad individuare determinati tipi di intervento dello Stato nell'economia: delega che la Commissione ha attuato attraverso l'adozione di alcuni fondamentali regolamenti come quello in tema di aiuti *de minimis* (reg. 2001/69 e ss. mm. e più di recente reg. 360/2012), aiuti alle piccole e medie imprese (reg. 2001/70), aiuti alla formazione (reg. 2001/68 e ss. mm.), aiuti all'occupazione (reg. 2204/2002 e ss. mm.). Si tratta di regolamenti che hanno per lo più recepito e positivizzato orientamenti (non sempre univoci: vedi ad esempio la *querelle* riguardante gli aiuti *minimi*) della stessa Commissione e della Corte di Giustizia.

Il secondo regolamento ha provveduto ad una razionalizzazione dei principi e delle procedure, codificando le regole emerse dalla prassi.

Quanto a quest'ultimo aspetto si è già detto che, con riguardo agli aiuti nuovi, il procedimento di autorizzazione si articola in due momenti: l'obbligo di notifica in capo allo Stato istituente; l'obbligo di non dare corso all'incentivo fintanto che sulla sua compatibilità con il diritto europeo della concorrenza non si sia pronunciata la Commissione.

La quale deve pronunciarsi nei sessanta giorni successivi alla notifica: elasso inutilmente tale termine, lo Stato membro potrà dare corso all'agevolazione, fermo restando il potere della Commissione di valutare la compatibilità con il diritto comunitario *sub specie* di aiuto esistente.

A seguito di tale valutazione preliminare, la Commissione può decidere (oltre che di autorizzare l'aiuto: la relativa decisione ha effetto costitutivo, come si diceva) di attivare la procedura in contraddittorio, cui prima si faceva cenno.

Va precisato, peraltro, che la violazione dell'obbligo di *stand still* non determina *tout court* l'incompatibilità dell'aiuto con il diritto comunitario: per quanto la prassi della Commissione fosse orientata in tal senso (dalla violazione dell'obbligo conseguiva *de plano* una valutazione *di merito* circa il carattere anticoncorrenziale, e dunque vietato, dell'aiuto), la Corte di Giustizia ha in più occasioni ribadito che la violazione delle regole procedurali (tra cui quella in esame) non esime la Commissione dal valutare se l'aiuto possa essere autorizzato o meno, sebbene sulla sola base dei dati in proprio possesso¹. Su ciò si fonda la distinzione tra aiuto

¹ CGCE, 21 marzo 1990, in causa C-142/87, ed in dottrina CAPUTI JAMBRENGHI, *Gli aiuti di Stato nel diritto comunitario vivente*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Comunit.*, 1998, 1259.

illegale ed aiuto *incompatibile*. L'art. 13 del regolamento di procedura recepisce tale distinzione ed impone alla Commissione di pervenire, in ogni caso, ad una conclusione sostanziale del procedimento di verifica. La valutazione positiva (normalmente preventiva) costituisce una condizione legale di efficacia del provvedimento istitutivo dell'aiuto², ed ha quindi effetto costitutivo.

Il potere autorizzatorio della Commissione va esercitato nel rispetto dei principi della *contropartita* e della *trasparenza*: alla stregua del primo l'aiuto può essere considerato compatibile solo quando non sia possibile realizzare diversamente l'obiettivo di interesse comunitario in relazione al quale è stata stabilita la deroga; il secondo principio impone che la natura e la portata dell'aiuto rispetto all'assetto concorrenziale del mercato unico debbano essere valutate tenendo conto di tutti gli elementi necessari: consistenza, obiettivo, forma, mezzi finanziari, ragioni di compatibilità.

La valutazione ha natura discrezionale: costituisce notazione comune che nell'esercizio di tale potere la Commissione svolga una funzione in senso lato regolatoria, che si risolve nella dettatura (sebbene indiretta) degli obiettivi di politica industriale ammessi dal diritto comunitario³.

La progressiva, ancorché non totale, eclissi del ruolo degli Stati nella definizione delle politiche economiche va poi ricollegato, sotto un profilo più squisitamente economico, ai vincoli derivanti dalla necessità di rispettare il Patto di stabilità⁴. Ed è di stretta attualità il tema dell'obbligo del pareggio di bilancio, che nel nostro paese è stato sanzionato a livello costituzionale, anche se il principio sarà cogente a partire dall'esercizio finanziario 2014⁵.

Con riferimento al tema del recupero di aiuti illegittimamente concessi, si deve fare distinzione tra il regime vigente per gli *aiuti esistenti* (o comunque portati ad esecuzione senza la previa verifica da parte della Commissione) e quello vigente per gli *aiuti nuovi*.

In ordine ai primi la Commissione ha, anzitutto, poteri di monitoraggio: se nell'esercizio di tale potere viene in rilievo il carattere anticomunitario di un aiuto, la Commissione intima allo Stato (o agli Stati) interessato (i) di presentare le proprie osservazioni, dopodiché dispone che l'aiuto sia modificato nel termine all'uopo assegnato. Se lo Stato intimato non si adegua a quanto deciso, la Commissione o qualunque Stato membro interessato possono adire direttamente la Corte di Giustizia, in deroga al procedimento di cui agli artt. 226 e 227 TCE (vedi oggi gli artt. 258 e 259 TFUE), e quindi senza l'attivazione (altrimenti necessaria)

² In questo senso TESAURO, *Diritto comunitario*, III ed., Padova, 2003, 771.

³ TESAURO, *op. cit.*, 742; MANZELLA, *Gli ausili finanziari*, in Trattato di diritto amministrativo, a cura di CASSESE, Milano, 2003, 3729 e ss., spec. 3740.

⁴ GUARINO, *Eurosistema. Analisi e prospettive*, Milano, 2006, spec. 41, e più di recente LUBRANO, *Le sovvenzioni nel diritto amministrativo*, Torino, 2008, spec. 171.

⁵ Cfr. gli artt. 81 e 97 Cost., come novellati dalla l. cost. 1 del 2012: si tratta pertanto di un principio che concerne l'azione dei pubblici poteri considerati nel loro complesso.

della fase precontenziosa. La condanna dello Stato membro obbliga l'impresa beneficiaria a restituire gli aiuti dichiarati incompatibili: dopodiché si porrà la questione di un'eventuale responsabilità dello Stato erogante per aver indotto l'impresa beneficiaria a confidare in buona fede nella stabilità dell'incentivo. Ma di questo – ed in particolare dell'orientamento restrittivo della giurisprudenza comunitaria su tale tematica – si dirà in seguito.

Laddove l'aiuto sia stato in tutto o in parte eseguito si pone il problema del suo recupero: ancorché l'art. 88 TCE non faccia esplicito riferimento a tale potere, sia la Commissione che la Corte di Giustizia hanno ritenuto che esso fosse la logica conseguenza della sua soppressione⁶.

La procedura di recupero dell'aiuto illegittimo trova oggi compiuta disciplina nel regolamento di procedura: nel caso di decisioni negative riguardo agli aiuti illegali, la Commissione adotta una decisione (impugnabile dagli interessati) con cui impone allo Stato membro di porre in essere tutte le misure necessarie a recuperare l'aiuto erogato. La pretesa al recupero dell'aiuto si prescrive in dieci anni. Le modalità concrete del recupero sono disciplinate dal diritto dello Stato membro che ha attribuito la sovvenzione, sempreché non si tratti di un regime che renda impossibile o estremamente gravoso il recupero dell'aiuto⁷.

2.2. Le sovvenzioni di esercizio come forma di finanziamento (a copertura dei c.d. oneri impropri) dei servizi pubblici.

Liminare al tema del divieto di aiuti di Stato è quello del regime delle *sovvenzioni di esercizio* erogate a favore di gestori di un servizio pubblico.

Il servizio pubblico, come ricorda autorevole dottrina⁸, rappresenta una nozione che si pone in antitesi con la concorrenza: l'obbligo di garantire e soddisfare un determinato standard del servizio, sotto il profilo qualitativo e quantitativo, può implicare, ipoteticamente, anche la necessità di una gestione in perdita. Dai noti esempi della linea telefonica portata sulla vetta di una montagna ovvero della presenza (non massiccia come un tempo, ma comunque apprezzabile) delle c.d. cabine telefoniche nell'era degli *smartphones* emerge con chiarezza che quando un'attività - comunque qualificabile come attività economica -, siccome diretta a soddisfare bisogni essenziali della collettività, viene svolta a condizioni diverse da quelle di mercato essa costituisce *servizio pubblico*: se le suddette attività fossero erogate a condizioni di mercato, il servizio telefonico avrebbe un costo diverso, ad esempio, a seconda della densità abitativa della zona dove viene in concreto erogato; allo stesso modo, il biglietto della metropolitana avrebbe un costo diverso a seconda dell'orario

⁶ Vedi ad esempio CGCE, 1° aprile 2004, in causa C-99/02.

⁷ CGCE, 21 marzo 1990, in causa C-142/87; CGCE, 21 settembre 1983, in cause C-205/83 e 215/82.

⁸ TESAURO, *Intervento pubblico nell'economia e art. 90, n. 2, Trattato CE*, in *Dir. UE*, 1996, 719.

della “corsa”, in ragione della diversa affluenza di utenti nei vari orari della giornata; svolgere il servizio di trasporto anche in orario notturno può significare svolgere il servizio in perdita, ma questo non esclude l’obbligo di erogare tale prestazione.

Il servizio pubblico, in definitiva, è svolto a favore di tutti i cittadini (*ergo*: deve essere svolto alla stregua di tariffe accessibili a tutti) ed a condizioni diverse da quelle di mercato: il soggetto pubblico - di norma gli enti locali - garantisce l’assolvimento degli obblighi di pubblico servizio, come più sopra rapidamente esemplificati, a prescindere dal fatto che la gestione del servizio sia affidata in concreto a soggetti esterni⁹.

In quest’ultima eventualità (rispetto alla quale si parla di *esternalizzazione*), la titolarità necessariamente pubblica del servizio impone all’amministrazione di intervenire per ripianare le perdite eventualmente conseguenti al sostenimento, da parte del gestore, dei c.d. oneri impropri, cioè di quei costi legati agli obblighi di pubblico servizio: quei costi che un imprenditore non affronterebbe sulla base di una valutazione puramente economica.

Le *sovvenzioni di esercizio* sono appunto volte a *ripianare* le perdite subite dal gestore in conseguenza dell’assolvimento (sganciato da un calcolo economico) degli obblighi di pubblico servizio.

Le sovvenzioni di esercizio possono essere realizzate in diverse forme: erogazioni dirette gravanti sul bilancio statale; conferimento di diritti esclusivi o speciali; ripartizione del costo del servizio tra le imprese operanti nel mercato di riferimento attraverso l’istituzione di un fondo di compensazione (come accade nei casi, peraltro molto diversi tra loro, del servizio telefonico e di quello postale).

Rispetto a tali attribuzioni, si pone la necessità di verificare se esse siano compatibili o meno con il divieto di aiuti di cui all’art. 87 TCE.

La giurisprudenza comunitaria ha espresso sul punto soluzioni diversificate: dapprima orientandosi in senso restrittivo, quando ha ritenuto che la sovvenzione di esercizio dovesse essere *sempre* notificata alla Commissione ed autorizzata¹⁰; poi, a partire dalla sentenza *Ferring*¹¹, sostenendo esattamente il contrario, e cioè che le sovvenzioni di esercizio sono da riguardare non tanto alla luce dell’art. 87 quanto piuttosto alla luce dell’art. 86 (oggi 106 TFUE), secondo comma, a mente del quale si può provvedere anche in deroga alle regole della concorrenza laddove si tratti di assicurare l’adempimento della missione del gestore del servizio pubblico: in altre parole, la tutela della concorrenza può essere messa in secondo piano se ciò sia imposto dallo scopo di realizzare la missione affidata al gestore di un servizio pubblico. Ne discende che la sovvenzione di esercizio non soggiace alla regola della previa

⁹ In tema cfr. LIGUORI, *I servizi pubblici locali*, Torino, 2007.

¹⁰ Trib. I Grado CE, 27 febbraio 1997, in causa T-106/95, sul noto caso *FFSA*.

¹¹ CGCE, 22 novembre 2001, in causa C-53/00.

notifica, perché si tratta di una modalità che consente al gestore di assolvere agli obblighi di servizio pubblico. Detto altrimenti, l'intervento pubblico non attribuisce all'impresa beneficiaria un *vantaggio economico* ma mira semplicemente a rimetterla nelle stesse condizioni dei propri concorrenti, che non sostengono i citati oneri impropri.

In seguito alla sentenza *Ferring* la giurisprudenza comunitaria è tornata sull'argomento, raffinando – se così possiamo dire – i criteri distintivi tra sovvenzione di esercizio ed aiuto prestato sotto le mentite spoglie della sovvenzione di esercizio (e quindi, al di là della veste formale, ricadente nell'ambito di applicazione del divieto di cui all'art. 87): in particolare ritenendo che la qualificazione dell'erogazione dovesse avvenire alla stregua del *modello dell'impresa funzionale*. Non è sufficiente *imputare* un costo all'assolvimento degli obblighi di pubblico servizio perché ne discenda la qualificazione in termini di onere improprio, e correlativamente la qualificazione in termini di sovvenzione di esercizio dell'attribuzione patrimoniale fatta dal soggetto pubblico per neutralizzare tale onere, con quanto ne discende in punto di non necessità della previa notifica alla, ed autorizzazione da parte della, Commissione: occorre piuttosto valutare se il costo sostenuto sarebbe stato affrontato da *un'impresa efficiente sotto il profilo economico*; diversamente si potrebbe creare una situazione di dipendenza delle imprese dal soggetto pubblico, chiamato a sostenere anche i costi di una gestione inefficiente. La giurisprudenza *Altmark*¹² ha inteso in effetti porre rimedio a tale eventuale disfunzione. Le condizioni richieste affinché un finanziamento pubblico possa dirsi compensativo di oneri impropri sostenuti dal gestore di un servizio pubblico sono le seguenti: “che l'impresa beneficiaria sia stata effettivamente incaricata dell'adempimento di obblighi di servizio pubblico e detti obblighi siano stati definiti in modo chiaro; che i parametri sulla base dei quali viene calcolata la compensazione siano stati previamente definiti in modo obiettivo e trasparente; che la compensazione non ecceda quanto necessario per coprire tutti o parte dei costi originati dall'adempimento degli obblighi di servizio pubblico, tenendo conto degli introiti relativi agli stessi nonché di un margine di utile ragionevole per il suddetto adempimento; inoltre che quando la scelta dell'impresa da incaricare dell'assolvimento di obblighi di servizio pubblico non venga effettuata nell'ambito di una procedura di appalto pubblico, il livello della necessaria compensazione sia stato determinato sulla base di un'analisi dei costi in cui un'impresa media, gestita in modo efficiente e adeguatamente dotata di mezzi di trasporto al fine di poter soddisfare le esigenze di servizio pubblico richieste, sarebbe incorsa per adempiere tali obblighi, tenendo conto degli introiti ad essi attinenti nonché di un margine di utile ragionevole per il suddetto adempimento”.

¹² CGCE, 24 luglio 2003, in causa C-280/00.

Tale giurisprudenza è stata successivamente recepita in un testo normativo, sebbene come si dice di *soft law*, trattandosi di un gruppo di decisioni: il c.d. pacchetto Monti.

In specie, la decisione 2005/842 codifica il criterio dell'automatismo, già enunciato dalla giurisprudenza *Altmark*: una volta che le condizioni summenzionate siano integrate, l'erogazione del finanziamento può avvenire immediatamente, senza obbligo di preventiva notifica alla Commissione.

La Commissione si mostra peraltro consapevole di come l'applicazione delle condizioni prima ricordate non sia risolutiva: è quanto accade laddove l'affidamento del servizio non avvenga tramite gara ma in base ad una scelta discrezionale della p.a. [nella forma della concessione di pubblico servizio, di cui peraltro la Commissione incoraggia l'attribuzione in base a procedure competitive (risoluzione del 27 settembre 2006, 2006/2101), pur non escludendo altre forme].

Si prevede infatti che laddove la scelta della società affidataria del servizio non sia avvenuta tramite gara, il finanziamento deve essere sottoposto al suo vaglio preventivo, mentre l'erogazione in concreto dello stesso è condizionata alla verifica del rispetto dei criteri della *necessità* (la compensazione deve cioè essere necessaria per il funzionamento del servizio di interesse economico generale); della *proporzionalità* (l'importo della compensazione non deve eccedere quanto necessario a coprire i costi determinati dall'assolvimento degli obblighi di servizio pubblico, tenuto conto anche di un margine di utile ragionevole per l'impresa); dell'*incarico* (occorre che l'impresa sia stata effettivamente incaricata di assolvere a specifici obblighi di servizio pubblico mediante atti ufficiali da cui risultino la durata e la natura di siffatto incarico).

Va segnalata, infine, la recente adozione di un regolamento comunitario (360/2012) in materia di aiuti minimi a favore di imprese incaricate di svolgere (volendo mutuare la terminologia invalsa in ambito europeo) un servizio di interesse economico generale.

Premesso che in generale gli aiuti *de minimis* sono quelli il cui valore massimo è tale da far ritenere che i vantaggi di cui godono le imprese beneficiarie non sono tali da incidere sugli scambi tra Stati membri e/o non falsino o minaccino di falsare la concorrenza – con la conseguenza che tali benefici sono esentati dalla procedura di notifica più sopra descritta –, la Commissione, nei *considerando* del predetto regolamento, evidenzia – sulla base della prassi applicativa – che, laddove l'aiuto sia diretto alle imprese incaricate di un servizio pubblico, una parte dello stesso sarà con buona probabilità destinato a compensare gli oneri aggiuntivi di cui queste imprese sono gravate per adempiere agli obblighi di pubblico servizio. Ne discende – si nota – l'opportunità di prevedere per questa categoria di aiuti (individuati sostanzialmente in ragione del tipo di attività condotta dai relativi beneficiari) un massimale diverso da quello previsto in via generale dal regolamento 1998 del 2006. Massimale che

viene fissato nell'importo complessivo di 500.000 euro nell'arco di tre esercizi finanziari (art. 1, comma 2).

L'applicazione del regolamento 360 del 2012 non pregiudica – si legge nel considerando n. 14 - quella del regolamento 1998 del 2006.

Per evitare nondimeno che gli aiuti ottenuti per l'assolvimento degli obblighi di pubblico servizio siano cumulati con altre compensazioni (lucrate in relazione alla medesima attività), con conseguente aggiramento della condizioni imposte dalla giurisprudenza comunitaria, si prevede un divieto di cumulo in relazione a tali altre compensazioni ed a prescindere dalla loro qualificazione in termini di aiuto di Stato compatibile con il diritto comunitario (secondo la giurisprudenza *Altmark* o la decisione 2012/21 della Commissione¹³) o meno (art. 1, comma 8).

Dal predetto divieto di cumulo sono esclusi gli aiuti *de minimis* previsti da altri regolamenti, che potranno essere commasati con le sovvenzioni di esercizio, ma fino al raggiungimento del massimale previsto dall'art. 1, comma 2, del regolamento 360 del 2012 (in tal senso dispone l'art. 1, comma 7).

3.1. Il quadro costituzionale: l'art. 41 come norma che regola il rapporto autorità-libertà nella disciplina delle attività economiche.

Passando all'esame del quadro costituzionale di riferimento, occorre in particolare trattare dell'art. 41 Cost., norma che regola il rapporto autorità-libertà nel campo della disciplina delle attività economiche.

Tale rapporto può definirsi “a geometria variabile”, nel senso che, in ragione di una serie di fattori, esso è talora maggiormente “sbilanciato” verso l'autorità, talaltra verso la libertà.

Nell'attuale momento storico, attraversato da ideologie che si pongono, almeno a livello di enunciazioni di principio, come neo-liberiste – con accenti vari e spesso con diverse imprecisioni –, si punta alla valorizzazione estrema della libertà economica, con corrispondente erosione dello spazio entro cui può muoversi, con gli strumenti che le sono propri, l'autorità, onde incidere sull'inizio e lo svolgimento di attività economiche private.

E si intenderebbe attribuire a tale *ideologia* anche un fondamento costituzionale: è attualmente all'esame del Parlamento un disegno di legge di riforma costituzionale dell'art. 41 Cost., di cui, tuttavia, appare difficile immaginare l'approdo ad un esito positivo.

Ciò nondimeno la futuribile versione della norma in esame ha in sé un valore simbolico abbastanza evidente: al primo comma si vorrebbe affermare il principio per cui sia l'iniziativa

¹³ Tale decisione aveva chiarito che le compensazioni di importo limitato a favore di imprese esercenti un servizio di interesse economico generale fossero esentate dall'obbligo della notifica individuale in presenza delle condizioni fissate (relative all'importo massimo e al tipo di servizio venuto in rilievo) dall'art. 2, cui si rinvia.

che l'attività sono libere, a differenza della formulazione attualmente in vigore che si riferisce alla sola iniziativa economica, e soprattutto quello per cui è *consentito tutto ciò che non è espressamente vietato dalla legge*.

In realtà entrambi i profili evidenziati non introducono, se si va al di là di una lettura *impressionista* della norma, alcuna apprezzabile novità.

Quanto al riferimento della libertà anche all'attività, deve infatti segnalarsi il costante orientamento della Corte Costituzionale, secondo cui – malgrado l'avviso espresso da autorevole dottrina¹⁴ - occorre leggere *congiuntamente* e non *disgiuntamente* il primo ed il terzo comma dell'art. 41 Cost.: può interessare al riguardo l'esame di una pronuncia del 1957 (la n. 29) dove la Corte ha evidenziato che i vincoli all'attività sono allo stesso tempo vincoli all'iniziativa, perché la scelta di un imprenditore se scendere o meno nel campo di una determinata attività è evidentemente condizionata dal quadro normativo complessivamente inteso, e quindi dagli eventuali limiti posti dal legislatore sia all'intrapresa che alla conduzione dell'attività di che trattasi.

Può essere di qualche interesse notare che la Corte era stata chiamata a valutare la legittimità costituzionale della normativa che prevedeva i prezzi amministrati in materia di medicinali: nel ritenere le disposizioni censurate conformi al dettato costituzionale – in quanto lasciare al gioco concorrenziale la determinazione dei prezzi dei farmaci avrebbe potuto implicare il rischio che fossero utilizzate materie prime scadenti, con potenziale pericolo per la salute dei cittadini – il Giudice delle leggi ha negato, in particolare, che vi fosse contrasto con l'art. 41 Cost., siccome non veniva in rilievo una *attività economica*. Accanto a tale (dirimente) argomentazione, la Corte ne svolge un'altra, per così dire, in via ipotetica e subordinata: si osserva, precisamente, che anche laddove si volesse qualificare l'attività (all'epoca non solo di vendita ma anche di preparazione dei farmaci) come economica si dovrebbe pervenire alla stessa conclusione. Se si legge l'art. 41 nel suo complesso si ricava che sia l'iniziativa che l'attività economica possono essere in vario modo condizionate dal legislatore, laddove si tratti di tutelare interessi che, rispetto alla libertà riconosciuta dal primo comma, sono da ritenersi preminenti.

Questo del bilanciamento di interessi è un *modus operandi* che possiamo ancora oggi osservare nella legislazione: si pensi ad esempio a quanto previsto dalla c.d. direttiva Bolkestein e al decreto legislativo di recepimento di tale normativa nel nostro paese (n. 59 del 2009). Si prevede, in specie, che i regimi autorizzatori possono essere istituiti o mantenuti a condizione che vi sia un motivo imperativo di interesse generale – tra cui sono annoverati la tutela della salute e dell'ambiente (in ciò potrebbe essere individuata la ragione della

¹⁴ ESPOSITO, *Note esegetiche sull'art. 44 della Costituzione*, in *Riv. Dir. Agr.*, 1949, 157 e ss., spec. 184; MAZZIOTTI, *Il diritto al lavoro*, Roma, 1951, spec. 157.

legittimità della riserva di attività in favore dei farmacisti, ma la questione è assai spinosa e dibattuta, ogni qualvolta si torna a parlare di *liberalizzazioni* -; diversamente, l'intervento dello Stato (consistente nella preventiva autorizzazione delle attività economiche) *deve essere minimizzato*¹⁵.

Si deve puntare piuttosto alla valorizzazione di modelli auto-conformativi del tipo d.i.a./s.c.i.a., rimodulando l'intervento pubblico da *preventivo e necessario* a *successivo ed eventuale*. Di ciò è traccia anche nel ddl costituzionale cui prima si faceva riferimento, in quanto il terzo comma intenderebbe disporre la costituzionalizzazione di tali modelli. Ma si è giustamente osservato che alla relativa ideazione ed al progressivo ampliamento dell'ambito applicativo di tali istituti, si è finora proceduto a *Costituzione invariata*, ragion per cui il principio sancito nella futuribile versione del comma terzo dell'art. 41 Cost., non possiede, al di là di un valore meramente *simbolico*, alcuna carica di innovatività¹⁶.

Occorre piuttosto esaminare il terzo comma dell'art. 41 Cost., nella formulazione attualmente in vigore, perché si tratta di una norma assai dibattuta, e sulla quale fonda in definitiva *l'intervento dello Stato nell'economia*, e per quanto qui interessa la legittimità delle leggi di incentivazione.

Se si concorda con quella dottrina¹⁷ secondo cui l'attività di sovvenzionamento rappresenta una *forma di funzionalizzazione dell'impresa* – nel senso che il legislatore nel prevedere e l'amministrazione nell'attribuire in concreto un incentivo svolgono un'attività di *orientamento* delle attività economiche (attraverso uno strumento della cui autoritatività si dubita: ma su questo aspetto si tornerà) – va da sé che il riferimento costituzionale più immediato va rinvenuto proprio in quella norma che consente al legislatore di prevedere programmi e controlli affinché l'attività economica privata (e pubblica) sia(no) indirizzata(e) e orientata(e) verso la realizzazione di fini sociali.

La distonia, se non addirittura l'antinomia, tra quanto previsto dal primo comma (*l'iniziativa economica privata è libera*) e quanto previsto dal terzo comma dell'art. 41 Cost.¹⁸ riflette, come è noto, il dibattito che si era svolto in seno all'Assemblea Costituente e, in particolare, il confronto tra diverse filosofie (o *ideologie*) dell'intervento dello Stato nell'economia: vi era un'ala che spingeva verso la piena realizzazione dell'istanza liberista, mentre un'altra corrente era maggiormente incline a prevedere una forma massiccia di

¹⁵ Si richiamano a tali principi anche i più recenti interventi normativi finalizzati alla ripresa economica: d.l. 180 del 2011, conv. in l. 214 del 2011; d.l. 1 del 2012, conv. in l. 27 del 2012.

¹⁶ LIGUORI, *Libertà economiche e poteri amministrativi: la regola del controllo successivo dalla legge alla Costituzione*, in *Diritti lavori mercati*, n. 3/2011.

¹⁷ SERRANI, *Lo Stato finanziatore*, Milano (Franco Angeli Editore), 1971, spec. 209 e ss..

¹⁸ Parla ad esempio di *palese contraddizione* tra i due commi SATTA F., *Principio di legalità e pubblica amministrazione nello Stato democratico*, Padova, 1969, spec. 40 e ss.

intervento pubblico, tale da sfociare in una *programmazione dell'attività economica*, secondo un modello che trovava in quegli anni attuazione nei regimi di stampo comunista.

L'art. 41 Cost., nella sua eterogeneità, esprime proprio questa diversità di vedute. Tant'è vero che nel tempo l'elemento ispiratore dell'intervento (o del non intervento) pubblico in economia è stato rinvenuto ora nel primo comma (e nell'istanza liberista ad esso sottesa) ora nel terzo comma (e nell'istanza *lato sensu* dirigista ad esso sottesa).

La norma è stata in una prima fase interpretata in vista della realizzazione di obiettivi solidaristici: è quanto accaduto negli anni '60 e '70 attraverso lo Stato sociale, che, sulla base dell'art. 41, terzo comma, aveva posto una serie di normative limitative della libertà di iniziativa economica privata, affinché la stessa fosse diretta alla realizzazione di fini sociali¹⁹.

Successivamente si è pervenuti ad un'interpretazione *minima* dell'art. 41, terzo comma, indotta dalla "sovrapposizione" del diritto comunitario: addirittura, a seguito dell'intensificazione del processo di integrazione comunitaria, specialmente dopo il trattato di Maastricht, qualcuno ha parlato di un'implicita abrogazione del comma in esame, perché l'obiettivo finale della Comunità Europea prima e dell'Unione poi è quello di realizzare un mercato unico fondato sul valore della concorrenza²⁰; ed è di palmare evidenza che un simile obiettivo risulta in parte ostacolato da normative che prevedano forme di incentivi in favore di determinate imprese e non anche di altre: non a caso uno dei principali punti di frizione tra l'attività di sovvenzionamento e il diritto comunitario è la verifica della compatibilità di una legge sugli incentivi con l'art. 87 del Trattato, cioè con quella norma che prevede il divieto di aiuti di Stato.

È comunque possibile (e preferibile) un'interpretazione comunitariamente orientata della norma costituzionale in esame, perché pure il Trattato nelle norme di principio si riferisce a fini sociali: il che è testimoniato dal fatto che la stessa Unione Europea sviluppa politiche di coesione economica e sociale, ereditando un ruolo prima svolto in via principale dagli Stati²¹.

In conclusione, l'art. 41, terzo comma, consente ancora, seppure con una serie di condizionamenti, in parte anche economici, un intervento attivo dello Stato nell'economia, quale l'erogazione di incentivi a favore delle imprese.

3.2. La tutela della concorrenza nella giurisprudenza costituzionale.

¹⁹ Vedi ad esempio la particolare lettura che dell'art. 41 Cost. fornisce SPAGNUOLO VIGORITA V., *L'iniziativa economica privata nel diritto pubblico*, ora in *Opere giuridiche*, I, Napoli, 2001, spec. 70 e ss., il quale evidenzia la necessità di un collegamento sistematico tra tale norma e i principi fondamentali esprimenti la formula politica dello Stato (artt. 1-4 Cost.).

²⁰ MANETTI, *Poteri neutrali e Costituzione*, Milano, 1994, spec. 23.

²¹ SPATTINI, *Poteri pubblici dopo la privatizzazione*, Torino, 2006, spec. 102 e ss..

Quanto detto a proposito del rapporto tra la libertà di iniziativa economica e il potere dello Stato di imporre, *ab externo*, dei condizionamenti (di varia intensità e tipologia) allo svolgimento dell'attività, affinché sia indirizzata alla realizzazione di fini sociali, e quanto ricordato sul tema del divieto di aiuti di Stato sancito dal diritto comunitario, impone di verificare quale spazio trovi, nella nostra Costituzione, la tutela della concorrenza.

Anzitutto, va ricordato che in una prima fase la Corte Costituzionale ha ritenuto compatibile con il riconoscimento della libertà di iniziativa economica privata qualsiasi misura che abbia carattere *conservativo e cautelativo*, cioè di correzione degli squilibri cui il mercato, se lasciato a sé stesso, può tendere: nelle sentenze in tema di prezzi amministrati²², di divieto di importazione e di esportazione²³, di disciplina dei magazzini a prezzo unico²⁴ vi è quindi, sebbene allo stato embrionale, un'idea di tutela della concorrenza²⁵.

Nel frattempo la dottrina si era divisa rispetto alla questione se la tutela della concorrenza (come valore in sé) trovasse o meno fondamento e riconoscimento nell'art. 41 Cost.²⁶

Il dibattito ha ricevuto nuova linfa a seguito della riforma del Titolo V, e segnatamente dell'inclusione, tra le materie di competenza esclusiva del legislatore statale, della tutela della concorrenza.

Si è ritenuto che, mentre l'art. 41 avrebbe riguardo alla concorrenza in senso soggettivo, come libertà di concorrenza riconosciuta al singolo imprenditore (si tratterebbe di un corollario della libertà di iniziativa economica sancita nel primo comma), l'art. 117 Cost., sebbene al limitato fine di distribuire le competenze legislative tra Stato e Regioni, avrebbe riguardo alla concorrenza in senso oggettivo, come bene giuridico tutelato in sé e per sé; ma non manca, come si evidenziava, l'opinione di chi ha ritenuto che la tutela della concorrenza in senso effettivo (cioè oggettivo) costituisse un limite all'esercizio della libertà di iniziativa economica privata già nell'impostazione originaria dell'art. 41 Cost.²⁷: in questa tesi può scorgersi l'insegnamento della Scuola ordoliberal, secondo cui la tutela della concorrenza va vista come difesa di una libertà individuale ed allo stesso tempo come mezzo di promozione del benessere collettivo.

²² 8 luglio 1957, n. 103.

²³ 13 aprile 1957, n. 50.

²⁴ 10 giugno 1969, n. 97.

²⁵ Sul punto in dottrina vedi RAMAJOLI, *La regolazione amministrativa dell'economia e la pianificazione economica nell'interpretazione dell'art. 41 Cost.*, in *Dir. Amm.*, 2008, 121 e ss..

²⁶ In termini negativi: FERRI, voce *Concorrenza*, in *Enc. Dir.*, VIII, Milano, 1961; in termini affermativi: GIAMPIETRETTI, *Il principio costituzionale di libera concorrenza: fondamenti, interpretazioni, applicazioni*, in *Diritto e società*, 2004, 439 e ss..

²⁷ In dottrina, vedi GIAMPIETRETTI, *op. cit.*; in giurisprudenza vedi Corte Cost., 15 maggio 1990, n. 241, dove viene messa in rilievo la necessità di collegare la libertà di cui al primo comma al limite dell'utilità sociale di cui al secondo comma.

Sta di fatto che, anche dopo la riforma costituzionale, non è ancora ben chiaro in cosa consista la tutela della concorrenza, tanto se vista sotto il profilo soggettivo quanto sotto quello oggettivo: e la giurisprudenza costituzionale non contribuisce, a quanto pare, a far chiarezza su questo punto.

Una delle pronunce più significative sul punto, ancorché – si ritiene – espressiva di un orientamento superato dalla successiva giurisprudenza costituzionale (ma si ha ragione di dubitare dell'esattezza di tale rilievo, come si dirà), resta *Corte Cost., 13 gennaio 2004, n. 14*.

La questione rimessa al vaglio del Giudice delle leggi, al di là della specificità delle normative fatte oggetto di censura nei giudizi *a quibus*, può essere così sintetizzata: se lo Stato, nell'orientare la propria azione allo sviluppo economico, possa servirsi di strumenti di intervento sul mercato ovvero se la propria azione debba esaurirsi nel promuovere ed assecondare le attività delle autonomie, tanto più se l'intervento in esame riguarda ambiti materiali ricompresi nella competenza residuale delle Regioni o nella competenza concorrente Stato-Regioni.

Aderendo a quest'ultima impostazione – rileva la Corte – “lo Stato dovrebbe limitarsi ad erogare fondi o disporre incentivi speciali in favore di Regioni, Province, Città metropolitane e Comuni, i quali sarebbero quindi da considerare come gli effettivi titolari di una delle leve più importanti della politica economica”. Tuttavia, per il Giudice delle leggi “l'aver accorpato, nel medesimo titolo di competenza [del legislatore statale, in via esclusiva, n.d.s.], la moneta, la tutela del risparmio e dei mercati finanziari, il sistema valutario, i sistemi tributario e contabile dello Stato, la perequazione delle risorse e, appunto, la tutela della concorrenza, rende palese che quest'ultima costituisce una delle leve della politica economica nazionale”: ne discende che la tutela della concorrenza non può essere intesa soltanto in senso *statico* ma deve essere intesa anche in senso *dinamico*, il che legittima il legislatore statale ad adottare misure volte a “ridurre gli squilibri, a favorire le condizioni di un sufficiente sviluppo del mercato e ad instaurare effetti concorrenziali”.

La Corte Costituzionale si mostra consapevole del rischio che l'accezione dinamica appena declinata può comportare una perimetrazione eccessivamente ampia della competenza esclusiva del legislatore statale, con quanto ne consegue in punto di compressione delle competenze riconosciute alle Regioni, cui sono attribuite in via residuale o concorrente materie la cui disciplina incide innegabilmente sullo sviluppo economico.

Ed allora “l'intervento statale si giustifica per la sua rilevanza macroeconomica”: intanto cioè una misura incentivante disposta dal legislatore statale è compatibile con il quadro delle competenze legislative delineato nella Costituzione, nonché con i principi comunitari, in quanto tale misura sia funzionale “quanto ad accessibilità a tutti gli operatori e ad impatto complessivo ad incidere sull'equilibrio economico generale”.

Così stando le cose, l'eventuale giudizio di incostituzionalità non può concernere l'efficacia della misura da un punto di vista macroeconomico, ma solo il se i presupposti e gli strumenti di intervento “siano disposti in una relazione ragionevole e proporzionata rispetto agli obiettivi attesi”. Ne consegue che, laddove siffatta congruità rispetto alla capacità della misura di incidere sull'equilibrio economico generale sia dimostrabile, la competenza legislativa esclusiva dello Stato ai sensi dell'art. 117, comma secondo, lett. e) non potrà essere negata.

Va però considerata attentamente la critica di quanti ritengono che la previsione di incentivi, quantunque di impatto macroeconomico, non può costituire l'oggetto di un'attività promozionale imputata allo Stato e al contempo di un divieto imposto dal diritto comunitario²⁸: basti considerare che, secondo il primo comma dell'art. 117, la potestà legislativa dello Stato e delle Regioni va esercitata nel rispetto dei limiti derivanti dal diritto comunitario e che, secondo la giurisprudenza comunitaria, gli interventi statali non vanno distinti “a seconda della loro causa o del loro scopo, ma vanno definiti in funzione dei loro effetti”, poiché “la qualificazione di una misura come aiuto di Stato dipende dalla questione se l'impresa beneficiaria riceva un vantaggio economico che non avrebbe ricevuto in condizioni normali di mercato²⁹. L'aiuto, per il Giudice comunitario, rappresenta pertanto di per sé un effetto distorsivo della concorrenza, anche qualora sia eccezionalmente ammesso.

Con la conseguenza che se la misura è qualificabile come aiuto (vietato, sebbene autorizzabile) è quanto meno contraddittorio considerarla una forma di tutela (*rectius*: di promozione) della concorrenza³⁰.

La Corte ha confermato l'orientamento esaminato in pronunce successive: in *Corte Cost.*, 6 aprile 2005, n. 134 si legge ad esempio che “l'elemento della dimensione macroeconomica dell'intervento ha[nn]o] la funzione di stimolare la crescita economica e rafforzare la concorrenza sul piano nazionale” e quindi “giustifica l'intervento dello Stato poiché si tratta di interventi finanziari che rientrano nella materia della tutela della concorrenza di cui all'art. 117, comma 2, lett. e) Cost.”. In altra occasione³¹, la Corte Costituzionale era chiamata a pronunciarsi sulla legittimità costituzionale della norma (statale) che prevedeva un incremento delle disponibilità del fondo per il concorso nel pagamento di interessi sulle operazioni di credito a favore delle imprese artigiane: il Giudice delle leggi ha fatto salva la

²⁸ PACE, *Gli aiuti di Stato sono forme di tutela della concorrenza?*, in *Giur. Cost.*, 2004, 259 e ss..

²⁹ CGCE, 12 febbraio 1992, in causa C-48/90 e C-66/90; Trib. I Grado CE, 14 gennaio 2004, in causa T-109/01; CGCE, 2 luglio 1974, in causa C-173/73; CGCE, 13 giugno 2002, in causa C-382/99; Trib. I Grado CE, 13 gennaio 2004, in causa T-158/99.

³⁰ PACE, *op. cit.*.

³¹ Sentenza 21 aprile 2005, n. 162.

predetta disciplina dalla dichiarazione di incostituzionalità sul presupposto che essa non istituisse un nuovo fondo a destinazione vincolata ma si limitasse ad incrementare le disponibilità di un fondo già esistente. Nel giungere a tale conclusione, peraltro, la Corte ha escluso che la normativa fosse riconducibile alla tutela della concorrenza “essendo priva del requisito oggettivo dell’impatto complessivo tenuto conto anche dell’esiguità dei mezzi economici impegnati nel quadro della complessiva manovra disposta con la legge finanziaria del 2004”. La pronuncia quindi conferma, in base all’argomento *a contrario*, che se il predetto requisito (rilievo macroeconomico dell’intervento) risulta integrato la misura incentivante è una delle leve della politica economica del Paese, e la relativa competenza è da attribuire al legislatore statale, trattandosi di un mezzo per promuovere la concorrenza (intesa in senso dinamico)³².

Nell’evoluzione più recente della giurisprudenza costituzionale possono nondimeno cogliersi, rispetto al quadro finora sinteticamente tracciato, degli elementi di discontinuità.

Con il passare del tempo, in particolare, la Corte sembra essersi avvicinata ad una nozione *comunitaria* di concorrenza, dacché essa ricomprende: le “misure di tutela in senso proprio, che hanno ad oggetto atti e comportamenti delle imprese che incidono negativamente sull’assetto concorrenziale dei mercati e ne disciplinano le modalità di controllo, eventualmente anche di sanzione”; le disposizioni legislative “di promozione, che mirano ad aprire un mercato e a consolidarne l’apertura, eliminando barriere all’entrata, riducendo o eliminando vincoli al libero esplicarsi della capacità imprenditoriale e della competizione tra imprese”³³; le disposizioni legislative che “perseguono il fine di assicurare procedure concorsuali di garanzia, mediante la strutturazione di tali procedure in modo da garantire la più ampia apertura al mercato a tutti gli operatori economici”³⁴.

Non è peraltro escluso – non risulta dai *dicta* della Corte Costituzionale – che una misura di “impatto complessivo” possa essere inquadrata nell’ambito delle suddette tipologie di intervento: si potrebbe anche ritenere, in altre parole, che la tutela della concorrenza “che riguarda nel loro complesso i rapporti concorrenziali” sul mercato, “non esclude anche interventi promozionali dello Stato”³⁵, e che tali interventi possano compendiarsi (per quanto ciò possa apparire contraddittorio) in misure *prima facie* lontane dalla nozione di concorrenza come percepita in ambito comunitario.

³² Ma vedi in senso parzialmente contrario Corte Cost., 4 maggio 2005, n. 175, dove si rileva che “il carattere (asseritamente) modesto dal punto di vista finanziario dell’intervento statale non determina di per sé l’estraneità alla suddetta materia [la tutela della concorrenza, n.d.s.], potendo le scelte del legislatore essere censurate in questa materia solo quando i presupposti siano manifestamente irrazionali e gli strumenti di intervento non siano disposti in un relazione ragionevole e proporzionata rispetto agli obiettivi attesi”.

³³ Corte Cost., 14 settembre 2007, n. 430.

³⁴ Corte Cost., 23 novembre 2007, n. 401.

³⁵ Corte Cost., 27 luglio 2004, n. 272.

Se ne è già visto un esempio con il caso deciso dalla Corte Costituzionale nel 2004, dove *l'aiuto diventa una forma di tutela della concorrenza*. In questa stessa ottica può probabilmente essere letta – pur nella consapevolezza della peculiarità della vicenda controversa (il c.d. caso Alitalia) – *Corte Cost.*, 22 luglio 2010, n. 270. La normativa censurata ha previsto che le operazioni di concentrazione concluse da imprese sottoposte ad amministrazione straordinaria, che operano nel settore dei servizi pubblici essenziali, non necessitano dell'autorizzazione di cui all'art. 10 della l. 287 del 1990 (istitutiva dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato): a dire del Giudice remittente, la norma costituirebbe un provvedimento irragionevole, nella misura in cui ha reso possibile (senza esplicitare le relative ragioni giustificative) che un unico vettore (appunto Alitalia) offrisse servizi di trasporto aereo passeggeri su numerose tratte determinando una forte riduzione della presenza di altri operatori nel mercato di riferimento. La Corte Costituzionale, premesso che la legge provvedimento (di per sé non illegittima) deve osservare il principio di ragionevolezza e non arbitrarietà, da valutarsi secondo i crismi di un sindacato stretto³⁶, in relazione al suo specifico contenuto³⁷, rileva che la norma è stata censurata nella parte in cui, autorizzando un'operazione di concentrazione in deroga al procedimento previsto dalla normativa *antitrust*, determinerebbe “una compressione della libertà di concorrenza in assenza di ragionevoli giustificazioni”, e quindi si porrebbe in contrasto con gli artt. 3 e 41 Cost..

Dopo avere ricordato i più remoti precedenti in tema – alcuni dei quali additano la concorrenza come “valore basilare della libertà di iniziativa economica funzionale alla protezione degli interessi dei consumatori”³⁸, dimostrando di considerare la stessa più come valore da tutelare in sé, per la salvaguardia di interessi collettivi, che non (o comunque prima ancora che) come diritto del singolo imprenditore – il Giudice osserva che, in seguito alla riforma del Titolo V, e quindi della previsione della “tutela della concorrenza” come materia attribuita in via esclusiva al legislatore statale, la nozione è stata intesa nella triplice accezione prima ricordata (v. decisioni 401 e 430 del 2007, cit.); aggiunge tuttavia, e questo sembra costituire un tratto di continuità rispetto alla pregressa giurisprudenza costituzionale, che lo Stato deve attuare anche misure di promozione della concorrenza (conformi alla sua declinazione in senso dinamico), “che [sono] una delle leve economiche dell'economia del paese”.

Proprio nel mentre la Corte mostra di voler prendere le distanze dall'orientamento inaugurato nel 2004, citando i noti precedenti del 2007 ed aderendo ad una nozione (più)

³⁶ Corte Cost., 29 ottobre 2002, n. 429.

³⁷ Corte Cost., 8 maggio 2009, n. 137.

³⁸ Corte Cost., 15 maggio 1990, n. 241, cit..

comunitaria di concorrenza, richiama la strumentalità di siffatte misure all'equilibrio macroeconomico come possibile indice della loro legittimità costituzionale.

Ora, se quanto osservato fosse esatto, se fosse cioè esatto considerare conforme al dettato costituzionale (ed in specie alla parte in cui si attribuisce alla competenza esclusiva dello Stato la tutela della concorrenza) una misura adottata dal legislatore nazionale che in quanto incide sull'assetto economico generale, può risolversi nell'attribuzione di aiuti alle imprese, la differenza tra quanto ritenuto nel 2004 e quanto ritenuto nel 2010 sta in ciò, che mentre nella prima occasione la legittimità della misura è stata positivamente valutata anche in considerazione dell'accessibilità a tutti gli operatori e dell'impatto complessivo, così non può dirsi con riguardo alla seconda pronuncia.

Anche se si è trattato di fronteggiare una situazione di crisi aziendale tanto grave quanto singolare e particolarissima, ed anche se ciò si è tradotto in una misura di carattere protezionistico, la Corte ha ritenuto non fondata la questione di legittimità costituzionale [sollevata invero, è bene sottolinearlo, con riferimento all'art. 41 Cost., ma ciò non toglie valore, a mio avviso, ai riferimenti espliciti ai propri precedenti riguardo all'art. 117, comma 2, lett. e)] in quanto l'intento del legislatore era quello di "garantire la continuità del trasporto aereo su tutte le rotte nazionali e di evitare la dissoluzione di un'impresa di grandi dimensioni e la dispersione del valore aziendale, in vista della tutela dei valori occupazionali e di esigenze strategiche dell'economia nazionale (evidenziazione mia)", tali esigenze potendo essere raccordate alle ragioni di utilità sociale ed ai fini sociali di cui all'art. 41 Cost..

Vero è che, nella pronuncia del 2010, sembra (almeno se si guarda ai dedotti parametri del giudizio di costituzionalità) aversi riguardo ad una concorrenza intesa in senso soggettivo, ma è altrettanto vero che la potenziale formazione di un monopolio (quindi un aspetto certamente concernente, in termini antitetici, la concorrenza come valore in sé) è oggetto di specifica attenzione: quando si valorizza la permanenza del potere in capo all'Autorità (privata del suo potere di autorizzazione ex art. 10 della l. 287 del 1990) di sanzionare l'eventuale abuso di posizione dominante; quando si apprezza l'attenzione riservata dal legislatore per i consumatori, attraverso la previsione di misure idonee a garantirne gli interessi; quando si riflette sul potere dell'Autorità di fissare un termine entro il quale le situazioni di monopolio eventualmente determinatesi debbano cessare.

A confermare l'evanescenza dei confini della materia-funzione tutela della concorrenza si possono qui richiamare altre recenti pronunce della Corte Costituzionale, che, sia se lette in parallelo tra loro, che in relazione alla pregressa (e più sopra sintetizzata) giurisprudenza costituzionale, non valgono a fornire chiarimenti all'interprete.

In una prima occasione, il Giudice delle leggi era chiamato a pronunciarsi sulla legittimità costituzionale dell'art. 49, commi 4-bis e 4-ter, del d.l. 78 del 2010 (conv. in l. 122 del 2010): il

comma 4-*bis* ha riscritto l'art. 19 della l. 241 del 1990, in materia di dichiarazioni private sostitutive di provvedimenti abilitativi a carattere vincolato, principiando dalla denominazione dell'istituto, che da dichiarazione di inizio attività diviene segnalazione certificata di inizio attività; il comma 4-*ter* ha invece individuato il titolo di competenza del legislatore statale in ordine alla suddetta disciplina, per un verso, nella tutela della concorrenza e, per altro verso, nella determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili. Tale assunto ha costituito il presupposto logico dell'alinea successivo a mente del quale "le espressioni 'segnalazione certificata di inizio attività e Scia' sostituiscono, rispettivamente, quelle di 'dichiarazione di inizio attività e Dia' ovunque ricorrano, anche come parte di un'espressione più ampia, e la disciplina di cui al comma 4-*bis* sostituisce direttamente, dalla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto, quella della dichiarazione di inizio attività recata da ogni normativa statale e regionale". Alcune Regioni lamentavano l'errata individuazione del titolo di competenza, specialmente con riguardo a quei casi in cui la dichiarazione sostitutiva in funzione legittimante si riferisca a provvedimenti che attengono ad una materia riconducibile ad un diverso titolo di competenza – il governo del territorio ovvero la disciplina (regionale) in materia di commercio e attività produttive – con pregiudizio delle proprie prerogative nella disciplina della materia.

La Corte Costituzionale³⁹ parte dalla premessa – costantemente ribadita – per cui l'autoqualificazione di una disciplina come rientrante in una determinata materia (tanto se operata dal legislatore nazionale quanto da quello regionale onde fondare la propria competenza al riguardo) non è in alcun modo vincolante nel giudizio di costituzionalità, perché in tale giudizio l'unico parametro di riferimento è offerto dalle norme costituzionali⁴⁰; ciò chiarito, osserva che la riconduzione della s.c.i.a. alla tutela della concorrenza, operata dall'art. 49, comma 4-*ter*, è, oltre che non vincolante come tale per il giudice costituzionale, "inappropriata" (così testualmente); ed infatti "la disciplina in esame ha un ambito applicativo diretto alla generalità dei cittadini e perciò va oltre la materia della concorrenza, anche se è ben possibile che vi siano dei casi nei quali quella materia venga in rilievo. Ma si tratta, per l'appunto, di fattispecie da verificare in concreto (per esempio in relazione all'esigenza di eliminare barriere all'entrata nel mercato)". Il Giudice delle leggi, seguendo una logica *fuzzy*, sembra non voler escludere del tutto l'attinenza della disciplina sulla (massima) semplificazione e liberalizzazione di certe attività private alla tutela della concorrenza. Ma, di fatto, la pronuncia ha ritenuto la disciplina censurata in linea con il dettato costituzionale evidenziando che il titolo di competenza (del legislatore statale) fosse

³⁹ 27 giugno 2012, n. 164.

⁴⁰ Tra le tante, cfr. Corte Cost., 4 dicembre 2009, n. 322.

da individuare nella lett. m) e non nella lett. e) dell'art. 117, comma 2, Cost., e quindi nella determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili (sorge l'interrogativo: il diritto all'intrapresa dell'attività?) piuttosto che nella tutela della concorrenza.

Al di là delle perplessità che la soluzione attinta alimenta – specie nel punto in cui, a sua volta, la riconduzione della disciplina della semplificazione alla materia di cui alla lett. m) del comma 2 dell'art. 117 non è pacifica, sol che si consideri che in una coeva pronuncia, relativa alla conferenza di servizi⁴¹, quello stesso titolo di competenza è stato ritenuto non conferente -, val la pena di sottolineare che leggendo la sentenza n. 200 del 2012 della stessa Corte Costituzionale si apprende che “appare corretto inquadrare il principio della liberalizzazione delle attività economiche [principio cui va senz'altro ascritto il modello della d.i.a./s.c.i.a, n.d.s.] nell'ambito della materia statale tutela della concorrenza”, in quanto la “liberalizzazione intesa come razionalizzazione della regolazione costituisce uno degli strumenti di promozione della concorrenza, in grado di produrre effetti virtuosi per il circuito economico”. Tralasciando – perché non strettamente attinente alle questioni qui trattate – il contenuto della decisione della Corte da ultimo citata, sembra utile ricordare che, nella menzionata occasione, le censure delle Regioni ricorrenti hanno riguardato l'art. 3 del d.l. 138 del 2011 che, nel testo modificato in sede di conversione, prevede(va): la cogenza del “principio [come visto già presente nella proposta di modifica dell'art. 41 Cost., n.d.s.] secondo cui l'iniziativa e l'attività economica privata sono libere ed è consentito tutto ciò che non è espressamente vietato dalla legge” imponendo allo Stato ed alle Regioni di adeguarsi entro il termine di un anno (procrastinato fino al 30 settembre 2012); i limiti entro cui tale libertà può estrinsecarsi (che grossomodo coincidono con quelli di cui al secondo comma dell'art. 41, comma 2, oltre alla pleonastica precisazione per cui devono essere altresì rispettati i vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali nonché i principi fondamentali della Costituzione”); l'automatica soppressione (su cui è in specie caduta la scure della dichiarazione di incostituzionalità) delle normative difformi da tale principio una volta scaduto il termine per lo *spontaneo* adeguamento da parte dei legislatori, con “conseguente diretta applicazione degli istituti della segnalazione certificata di inizio attività e dell'autocertificazione con controlli successivi”; la possibilità, nelle more del termine suddetto, di adottare strumenti di semplificazione normativa attraverso regolamenti di delegificazione.

Se dunque il legislatore nazionale, nel punto in cui procede alle liberalizzazioni, si muove nell'ambito della materia “tutela della concorrenza” – che ricomprende “non solo l'insieme

⁴¹ 11 luglio 2012, n. 179.

delle misure antitrust, ma anche azioni di liberalizzazione che mirano ad assicurare e a promuovere la concorrenza nel mercato e per il mercato” -, continua a non essere chiaro: da un lato, perché quelle stesse liberalizzazioni siano state in altra (e coeva) occasione ritenute non attinenti (almeno sul piano generale) alla suddetta materia; dall’altro, perché nelle pronunce più sopra ricordate (dal 2004 al 2010, sebbene con intensità decrescente) gli interventi di tipo *attivo* (previsione di misure incentivanti con impatto macroeconomico) siano parimenti ricondotti al titolo di competenza di cui alla lett. e) del comma 2 dell’art. 117 Cost..

In definitiva, sembra che sotto il vessillo della tutela della concorrenza il legislatore nazionale abbia dato luogo a (e la Corte Costituzionale avallato) processi di liberalizzazione o, all’opposto, alimentato un sistema di intervento attivo nell’economia: abbia cioè realizzato, siccome funzionali alla *tutela della concorrenza*, forme di intervento (o non intervento) nell’economia che sembrano ontologicamente diverse tra loro, essendo rispettivamente riferibili all’idea dello Stato “attore dell’economia” e dello Stato “regolatore e controllore” delle iniziative private.

4. La disciplina generale a livello di fonti primarie (statali) dell’attività di sovvenzionamento: l’art. 12 della l. 241 (ovvero del principio di predeterminazione delle scelte in funzione di auto-limite) e il d.lgs. 123 del 1998.

Tratteggiato il (non sempre lineare) profilo della cornice comunitaria e costituzionale di riferimento, occorre esaminare come sia disciplinata, a livello di legislazione primaria, l’azione amministrativa volta alla distribuzione di incentivi. Ci si soffermerà per lo più su normative di carattere generale (o generalissimo).

Giova principiare dalla legge sul procedimento amministrativo, che all’art. 12 fissa in materia di “concessione di sovvenzioni, contributi, sussidi e ausili finanziari e [di] attribuzione di vantaggi economici di qualunque genere a persone, enti pubblici e privati” il principio della predeterminazione della regola in funzione di auto-limite: le amministrazioni pubbliche sono tenute a prefissare e pubblicare i criteri distributivi cui si atterranno “nella concreta distribuzione di detti incentivi”. La regola è quindi nel senso che devono essere prioritariamente indicati quali sono i vincoli che l’amministrazione si auto-impone nel distribuire queste risorse, mentre nel provvedimento attributivo bisogna evidenziare in che modo tale vincolo ha operato nel caso concreto (così dispone il secondo comma della disposizione in esame).

Due notazioni: l'Adunanza Generale del Consiglio di Stato⁴² ha ritenuto che l'art. 12 sia espressivo di un "principio generale in forza del quale l'attività di erogazione dell'amministrazione deve in ogni caso rispondere a referenti oggettivi, e quindi definiti anteriormente al singolo provvedimento, nonché pubblici"; lo *spostamento* della discrezionalità dall'atto puntuale all'atto generale (sulla cui base adottare i provvedimenti attributivi) – che costituisce un profilo osservabile anche nel diritto comunitario (si pensi alla materia della comunicazioni elettroniche) – si ricollega per un verso (come detto) ai principi generali in tema di trasparenza e buona amministrazione (nel punto in cui si intende scongiurare il rischio di comportamenti collusivi tra amministrazione e privati) e per altro verso alla necessità di offrire un (più sicuro) parametro di giudizio al giudice amministrativo⁴³.

Altra normativa di carattere generale è quella contenuta nel d.lgs. 123 del 1998, con cui – in un contesto storico caratterizzato dall'acquisita sensibilità verso le esigenze della semplificazione (anzitutto normativa) - è stato portato a compimento il proposito di offrire un quadro disciplinare generale di riferimento alla materia in esame.

I principi cui si ispira tale intervento del legislatore sono: la trasparenza, l'efficienza organizzativa, l'utilizzo di competenze professionali esterne per lo svolgimento di attività istruttorie complesse.

Rileva analizzare in particolare tre profili dell'articolato del d.lgs. 123 del 1998 e cioè: in che termini esso disciplina il rapporto con la normativa comunitaria; quali sono gli schemi procedurali attraverso cui si dipana l'azione amministrativa volta all'attribuzione di sovvenzioni; quali sono i principi qualificanti delle prescrizioni contenute nel decreto.

Quanto al primo profilo, si deve procedere all'esame dell'art. 2, a mente del quale (primo comma) "gli interventi sono disposti in conformità con la normativa dell'Unione europea; il calcolo dell'intensità dell'aiuto, ove consentito, è effettuato in equivalente sovvenzione lorda o netta. In ogni caso tale modalità di calcolo non è applicata ai regimi di aiuto secondo la regola *de minimis* [...]"; mentre il secondo comma affida al Ministro dell'Industria del commercio e dell'artigianato (oggi Ministero dello Sviluppo economico) il compito di modulare – con decreto e nel rispetto della normativa comunitaria - il tasso di rivalutazione.

Il terzo comma della richiamata disposizione disciplina invece l'ipotesi in cui non vi sia disponibilità finanziaria per erogare gli incentivi previsti. In tal caso, "il soggetto competente comunica tempestivamente, con avviso da pubblicare nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana, l'avvenuto esaurimento delle risorse disponibili e restituisce agli istanti le

⁴² 28 settembre 1995, parere 95/95.

⁴³ Come già aveva ritenuto VIRGA P., *Eccesso di potere per mancata prefissione dei parametri di riferimento*, in *Scritti in onore di Giannini*, vol. I, Milano, 1988, 589.

cui richieste non siano state soddisfatte, la documentazione da essi inviata a loro spese. Ove si rendano disponibili ulteriori risorse finanziarie, il soggetto competente comunica la data dalla quale è possibile presentare le relative domande, con avviso da pubblicare nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana, almeno sessanta giorni prima del termine iniziale”.

Non è chiaro se vada o meno attribuito valore pregnante (e cioè se vada intesa come scelta di ordine dogmatico) alla qualificazione della posizione degli interessati all'erogazione dell'incentivo in termini di *diritto finanziariamente condizionato* (“I soggetti interessati hanno diritto agli interventi esclusivamente nei limiti delle disponibilità finanziarie previste dalla legge”).

Vero è che, se la soddisfazione della pretesa sostanziale è condizionata ad interessi pubblici (nella specie di natura finanziaria), sembra difficile qualificarla in termini di diritto soggettivo.

Quanto al profilo dei modelli procedimentali, l'art. 3, comma 1, chiarisce che “gli interventi sono attuati con procedimento automatico, valutativo, o negoziale”, ferma restando in ogni caso la possibilità per l'amministrazione di servirsi, qualora l'istruttoria manifesti particolari profili di complessità dal punto di vista tecnico, di soggetti particolarmente qualificati con cui stipula convenzioni da cui sorgono obbligazioni di diritto privato.

Si darà corso alla procedura automatica (art. 4) laddove “non risulti necessaria, per l'attuazione degli interventi, un'istruttoria di carattere tecnico, economico e finanziario del programma di essa”. Ai fini dell'accesso a tali benefici l'interessato presenta una dichiarazione, secondo schemi e moduli predisposti dall'amministrazione competente (comma 3), e l'amministrazione è chiamata esclusivamente a verificare la completezza e la regolarità formale della stessa, secondo l'ordine di presentazione (comma 4). L'ultimo comma dell'art. 4 prevede la decadenza dall'incentivo “in ogni caso non oltre due anni dalla data della concessione”.

Per la concreta erogazione del beneficio il soggetto ammesso deve invece produrre entro sessanta giorni dalla realizzazione dell'iniziativa “i documenti giustificativi delle spese sostenute, ivi compresi gli estremi identificativi degli eventuali impianti, macchinari o attrezzature acquistate”, asseverando l'inerenza di tali spese alla tipologia di attività incentivata e la relativa congruità sotto il profilo qualitativo attraverso l'allegazione di una perizia giurata di un professionista abilitato.

Entro i sessanta giorni (o il termine superiore previsto dalla normativa antimafia) successivi alla presentazione di siffatta documentazione, e verificatane la completezza e la regolarità, l'amministrazione provvede al pagamento dell'incentivo in unica soluzione.

La previsione di una modalità automatica di distribuzione di incentivi non costituisce a ben vedere una novità: ad esempio, per arginare l'esercizio di poteri ampiamente discrezionali il legislatore aveva fatto ricorso a simili procedimenti con l'art. 1 del d.l. 244 del 1995 (conv. in l. 341 del 1995) che consente la concessione di un credito fiscale dietro la presentazione da parte dell'impresa di un modulo che attesti che sono soddisfatti determinati requisiti di ordine soggettivo ed oggettivo. La suddetta misura incentivante, inizialmente rivolta alle attività stabilite nelle aree depresse del Paese, è stata estesa all'intero territorio nazionale (art. 8, commi 2 e 5, l. 266 del 1997, in tema di incentivi automatici).

Interessa altresì notare che la disciplina dei patti territoriali e dei contratti d'area prevede la possibilità di accedere ad incentivi automatici: in specie, si vedano i punti 2.10.1 b) e 3.7.1. b) della delibera CIPE del 21 marzo 1997 (Disciplina della programmazione negoziata) che rinviano ai modelli procedurali ed istruttori previsti dalla l. 488 del 1992, mentre, per quanto più specificamente attiene all'attività istruttoria, si rimanda a quanto previsto dal d.m. 527 del 1995: in particolare, gli adempimenti tecnici ed amministrativi per l'istruttoria delle domande di agevolazione possono essere affidati, mediante apposita convenzione (il cui contenuto minimo è disciplinato dall'art. 1, comma 4, del citato decreto ministeriale), a "banche concessionarie", individuate con delibera CIPE e decreto ministeriale tra quelle che dispongano di una struttura tecnico-organizzativa adeguata alla prestazione del servizio, che a loro volta possono servirsi di "istituti collaboratori" ferma restando la propria esclusiva responsabilità nei confronti del Ministero⁴⁴.

L'esigenza sottesa al modello della procedura automatica risponde alla, ed anzi realizza nel più alto grado di intensità la, istanza sottesa all'art. 12 della l. 241: in questo caso, peraltro, la discrezionalità è consumata a monte in atti di tipo propriamente normativo.

La procedura valutativa (art. 5) può a sua volta avere luogo secondo due distinte modalità: a graduatoria ed a sportello.

Nel primo caso, "sono regolati partitamente nel bando di gara i contenuti, le risorse disponibili, i termini iniziali e finali, per la presentazione delle domande" (comma 2).

Diversamente da quanto accade nella procedura automatica, dove l'unico limite è dato dalla indisponibilità di risorse finanziarie sufficienti, nel procedimento valutativo a graduatoria la scelta del beneficiario avviene "mediante valutazione comparata, nell'ambito di specifiche graduatorie, sulla base di idonei parametri oggettivi di valutazione" (vedi ancora il comma 2).

Laddove peraltro l'istruttoria comprenda anche una valutazione sulla validità economica tecnica e finanziaria dell'iniziativa, la stessa viene svolta avendo particolare riguardo "alla

⁴⁴ Sulla programmazione negoziata vedi CONTIERI, *La programmazione negoziata. La consensualità per lo sviluppo*, Napoli, 2000.

redditività, alle prospettive di mercato e al piano finanziario per la copertura del fabbisogno finanziario derivante dalla gestione, nonché la sua coerenza con gli obiettivi di sviluppo aziendale” (comma 5).

Nel secondo caso, “è prevista l’istruttoria delle agevolazioni secondo l’ordine cronologico di presentazione delle domande, nonché la definizione di soglie e condizioni minime, anche di natura quantitativa, connesse alla finalità dell’intervento e alle tipologie delle iniziative, per l’ammissibilità dell’attività istruttoria”.

In caso di insufficienza delle risorse finanziarie la distribuzione degli incentivi avviene secondo un criterio preferenziale di ordine cronologico.

La procedura negoziale – ampiamente presente anche nelle normative regionali: vedi ad esempio il *contratto di programma regionale* di cui all’art. 2 della l.R. Campania n. 12 del 2007 - “si applica agli interventi di sviluppo territoriale o settoriale, anche se realizzati da una sola impresa o da un gruppo di imprese nell’ambito di forme della programmazione concertata” (art. 6).

Come è stato evidenziato, la linea d’ombra che separa la procedura valutativa da quella negoziale è molto labile, tanto che è legittimo dubitare dell’opportunità di una categorizzazione a sé: non risulta infatti chiaro “in cosa gli ‘interventi di sviluppo territoriale e settoriale’ si differenzino, in termini qualitativi almeno, dai ‘progetti e programmi organici e complessi’ presupposto [...] per l’applicazione della procedura valutativa”⁴⁵.

Pone poi particolari dubbi interpretativi l’inciso per cui la distribuzione del beneficio deve avvenire secondo tale modulo procedimentale “anche” in relazione agli interventi di sviluppo realizzati da una sola impresa nel contesto di qualche forma di programmazione negoziale.

Si è da taluno ritenuto che l’utilizzo della congiunzione “anche” denoti la volontà di configurare gli istituti della programmazione negoziata quale ambito secondario e non principale del procedimento disciplinato dall’art. 6: diversamente, “gli unici appigli cui ci si deve rivolgere per giustificare questa distinzione sono quelli che prevedono, nell’ambito delle fasi di concessione e di erogazione, momenti di flessibilizzazione dell’azione amministrativa”⁴⁶.

Difatti, i commi 4 e 5 della norma in esame prevedono, rispettivamente, la possibilità di sostituire il provvedimento con un contratto, e quella di definire le modalità dell’erogazione tenendo conto degli specifici obiettivi di ciascun progetto.

⁴⁵ MANZELLA, *Il decreto legislativo n. 123/98 nel contesto delle modifiche alla legislazione di ausilio all’iniziativa economica*, in *Riv. Giur. Mezzogiorno*, 1998, 887 e ss., spec. 911.

⁴⁶ ID., *loc. ult. cit.*

In verità, una simile lettura “svalutativa”, specie riguardo alla disposizione del quarto comma, non sembra pienamente condivisibile.

L'utilizzo della congiunzione “anche” sta a significare, piuttosto, che il procedimento di erogazione dell'incentivo può svolgersi (e concludersi) secondo moduli negoziali, rispetto ai quali è prevista in generale la possibilità di sostituire “l'atto di concessione” con un “contratto”, in *tutti* gli interventi di sviluppo territoriale e settoriale, *non solo* quando siffatti interventi si svolgano nell'ambito degli strumenti della programmazione negoziale propriamente detta (contratti d'area, patti territoriali, ecc.).

Sembra quindi che la previsione contempli, in un contesto temporale in cui l'accordo sostitutivo è ancora uno strumento tipico, e con riguardo specifico alla categoria di interventi contemplati dall'art. 6 (di cui peraltro si evidenzia la confondibilità, senz'altro sotto il profilo qualitativo, con gli interventi che necessitano della procedura valutativa), la possibilità di *sostituire* l'atto di concessione con un *contratto*: la terminologia è di certo perfettibile, ma si può ragionevolmente sostenere che non si tratti di un contratto *accessivo* alla concessione (secondo lo schema binario della concessione-contratto), ma *sostitutivo* della stessa, con il limite della conformità a quanto previsto nel bando. In questo senso si è peraltro orientata autorevole dottrina⁴⁷.

Ai fini della ricostruzione dogmatica che si intende in seguito proporre (vedi in specie parr. 6.2 e ss.), la menzione di tale norma non va certo sopravvalutata, considerata la particolarità degli interventi cui il modulo negoziale si applica; eppure la disposizione chiaramente dimostra la sussumibilità del rapporto di sovvenzione in uno schema bilaterale e consensuale, avvicicabile, siccome la causa (o secondo altra impostazione l'oggetto) del contratto è il potere di attribuire il beneficio (sia pure sulla base di criteri prefissati) e non già la mera prestazione di esso, al modello del contratto di diritto pubblico (che a sua volta, secondo la ricostruzione preferibile, è lo schema di riferimento per l'interpretazione dell'art. 11 della l. 241 del 1990).

L'art. 7 del d.lgs. 123 del 1998 contiene invece un catalogo degli strumenti di sovvenzione: credito d'imposta, bonus fiscale, concessione di garanzia, contributo in conto capitale, contributo in conto interessi, finanziamento agevolato.

Senza alcuna pretesa di esaustività (anche perché il catalogo appena illustrato non sembra costituire un *numerus clausus*), deve dirsi qualcosa a proposito delle modalità di erogazione dell'incentivo a seconda di quale sia lo schema di riferimento:

- se si tratta di un contributo in conto capitale, esso viene messo a disposizione presso la banca convenzionata e i pagamenti avvengono o a stato di avanzamento dei

⁴⁷ GRECO, *Accordi amministrativi. Tra provvedimento e contratto*, Torino, 2003, spec. 156 in nota.

lavori ovvero anticipatamente, ma a condizione che sia prestata idonea garanzia bancaria (fideiussione o polizza assicurativa);

- per gli strumenti fiscali (bonus e credito d'imposta, quest'ultimo molto utilizzato negli ultimi tempi dal legislatore) si rinvia alla l. 317 del 1991 ed al d.lgs. 241 del 1997 per il credito d'imposta, al d.m. 90 del 1996 ed alla l. 413 del 1991 per il bonus fiscale; alla l. 266 del 1997 per le garanzie sui prestiti (c.d. legge Bersani);
- quanto al finanziamento agevolato, la misura del beneficio è data dalla differenza tra il tasso di riferimento ed il tasso effettivamente applicato, nel contesto di un piano di rimborso liberamente definibile dal soggetto competente alla concessione;
- il contributo in conto interesse viene erogato in quote corrispondenti alle rate di ammortamento del mutuo e può essere convertito scontando al valore attuale, al momento dell'erogazione, il beneficio derivante dalla quota di interessi.

Si prevede inoltre (ultimo comma) l'istituzione presso ogni amministrazione statale competente di un Fondo per gli interventi agevolativi alle imprese, nel quale affluiscono le risorse finanziarie stanziata per l'attuazione degli interventi di competenza dell'amministrazione medesima. La previsione ha il fine di individuare dei centri di responsabilità finanziaria ed agevolare il controllo dei flussi finanziari; essa è speculare a quella contenuta nell'art. 19, n. 5 del d.lgs. 112 del 1998 che prevede la creazione di un unico fondo regionale, amministrato secondo le norme proprie di ciascuna Regione, dove confluiscono i fondi stanziati e ripartiti a livello statale.

Vanno poi analizzate le disposizioni in tema di ispezioni e controlli, nonché di revoca e sanzioni.

L'esigenza di predisporre un sistema di controlli efficace (che è presupposto per un sistema sanzionatorio effettivo) risultava particolarmente avvertita, essendo opinione comune che il finanziamento pubblico in Italia abbia generato una sorta di dipendenza da parte delle imprese non contribuendo viceversa ad aumentare la redditività delle stesse.

Al riguardo sono eloquenti le parole dello storico Catronovo: "all'atto pratico il sistema degli incentivi concessi dallo Stato come semplice sportello pagatore per ridurre i costi di produzione e assicurare condizioni particolarmente favorevoli per il fattore capitale, non riuscì a mettere in moto un reale processo di espansione industriale e di reale crescita dell'occupazione", laddove nel Mezzogiorno d'Italia tale sistema si era risolto "in una sequela di misure di tipo prevalentemente erogatorio, 'a pioggia' o 'a fondo perduto', che avevano

finito col frantumare e polverizzare la spesa pubblica a seconda degli interessi e del grado di pressione politica delle diverse zone e dei diversi collegi elettorali”⁴⁸.

Il legislatore delegato del 1998 ha quindi tenuto in considerazione questo atteggiamento diffuso di diffidenza, se non vera e propria *disillusione*, da parte del *cittadino comune* circa l’efficienza funzionale ed organizzativa del sistema di incentivi pubblici all’economia, sotto diversi profili:

- ha previsto all’art. 11 il principio della diretta responsabilità dell’amministrazione concedente in relazione alla verifica dello stato di attuazione della misura di sostegno;
- ha previsto che la valutazione avvenga alla luce di “indicatori predeterminati sulla base degli obiettivi e delle modalità di intervento”;
- ha previsto che i criteri di monitoraggio e valutazione degli interventi siano predisposti dal Presidente del Consiglio dei Ministri, con il consenso del Consiglio dei Ministri, su proposta del Ministro per l’industria (oggi dello Sviluppo economico), e ciò garantisce un’uniformità di criteri di valutazione tra le diverse amministrazioni statali;
- anche laddove l’amministrazione non abbia provveduto a fissare termini e modalità dei controlli di propria competenza, la stessa “può disporre in qualsiasi momento ispezioni, anche a campione, sui programmi e le spese oggetto di intervento, allo scopo di verificare lo stato di attuazione, il rispetto degli obblighi previsti dal provvedimento di concessione e la veridicità delle dichiarazioni e informazioni prodotte dall’impresa beneficiaria, nonché l’attività degli eventuali soggetti esterni coinvolti nel procedimento e la regolarità di quest’ultimo” (art. 8, comma 1);
- quanto alla revoca dei benefici ed alle sanzioni, vanno analizzate le norme contenute nell’art. 9, che in primo luogo prevede che laddove sia riscontrata la carenza dei requisiti soggettivi ed oggettivi, per fatto imputabile al richiedente, ovvero in caso di irregolarità o incompletezza non sanabile della domanda, “il soggetto competente procede alla revoca degli interventi”, disponendo anche il pagamento di una sanzione amministrativa pecuniaria il cui ammontare oscilla dal doppio al quadruplo dell’importo della sovvenzione indebitamente fruita. La revoca è disposta anche qualora i beni acquistati con l’incentivo siano stati alienati ceduti o distratti nei cinque anni successivi alla concessione ovvero prima che abbia termine il progetto ammesso all’intervento. Interessa notare, sempre quanto al contenuto dei

⁴⁸ *Storia economica d’Italia*, Torino, 1994, 433. L’espressione “incentivi a pioggia”, ampiamente usata, è di IPSEN, *Offentliche Subventionierung Privater*, Berlino-Colonia, 1956, spec. 14.

poteri sanzionatori, che il legislatore non ha contemplato la sospensione della sovvenzione. La dottrina ha evidenziato che la funzione di tale misura è quella di compulsare l'impresa, cioè di sollecitarla all'adempimento, non estromettendola definitivamente dal circuito del finanziamento, e facendo quindi prevalere la finalità dell'incentivazione su quella punitiva⁴⁹. Siffatta omissione, sempre che non si sia trattato di un *lapsus calami*, “può forse collegarsi alla preferenza verso criteri di automatismo che caratterizzano le più recenti scelte ordinamentali in materia, secondo cui dall'inadempimento scaturisce l'immediata revoca del beneficio accordato”⁵⁰;

- il legislatore si preoccupa inoltre di predisporre meccanismi di controllo dell'efficienza allocativa degli ausili a livello macroeconomico. In continuità con la previsione dell'art. 1 della l. 266 del 1997, infatti, gli artt. 10 e 11 prevedono il principio della programmazione degli interventi su base triennale (art. 10), mentre le coordinate secondo le quali orientare siffatta programmazione sono: lo sviluppo tendenziale dell'apparato produttivo; lo sviluppo del sistema tecnologico; le esigenze di riequilibrio territoriale. Si intende quindi (nuovamente) superare una visione frammentata dell'ausilio finanziario alle imprese, e ciò al fine evidente di “evitare lo sviluppo di una legislazione di ausilio incapace di ‘seguire’ l'evoluzione della domanda proveniente dalle imprese e sclerotizzata attorno a procedure e strumenti inadatti ai nuovi contesti nei quali si svolge l'attività di queste ultime”⁵¹. Sono previsti anche specifici obblighi informativi in capo alle amministrazioni (art. 11, comma 4): su questa stessa linea si collocano le previsioni del d.p.r. 118 del 2000 che prevede l'obbligo in capo alle amministrazioni pubbliche di istituire un albo dei soggetti, comprese le persone fisiche, cui sono erogati in ogni esercizio finanziario contributi, sovvenzioni o altre provvidente, nonché quello di aggiornarlo annualmente.

5. La tutela dell'affidamento in materia di incentivi pubblici.

Il tema della tutela dell'affidamento rileva in materia di incentivi pubblici in due ipotesi: quando vi sia contraddittorietà tra i criteri di massima e l'atto applicativo; quando, dopo aver erogato il finanziamento, l'amministrazione lo ritiri ritenendo illegittima la relativa concessione.

⁴⁹ GALASSO, voce *Finanziamenti pubblici*, in *Nov.ss.mo Dig. It.*, Appendice, vol. III, Torino, 1982, 774 e ss..

⁵⁰ MANZELLA, *op. ult. cit.*, 916.

⁵¹ MANZELLA, *op. ult. cit.*, 918.

Con riguardo al tema della revoca (o dell'annullamento d'ufficio) delle sovvenzioni, occorre sottolineare, da subito, che lo spazio operativo riconosciuto dalla giurisprudenza al principio della tutela dell'affidamento è molto esiguo: anche se conviene procedere ad una disamina *scomposta* a seconda che si tratti di aiuti nazionali ovvero di aiuti erogati direttamente dall'Unione europea.

Con riferimento al primo ordine di casi, è infatti consolidata la massima secondo cui “il beneficiario di un aiuto di Stato può fare legittimo affidamento sulla regolarità del beneficio solo se concesso nel rispetto della normativa comunitaria, atteso che qualunque operatore economico è normalmente in grado di compiere tale verifica, con la conseguenza che se l'erogazione è avvenuta in mancanza dei presupposti e senza le modalità prescritte dalla Commissione Ce non è configurabile alcun legittimo affidamento in ordine alla regolarità della misura e l'Autorità nazionale è obbligata a procedere al recupero delle somme indebitamente erogate”⁵².

Se quindi per un verso si riconosce in astratto la configurabilità di una posizione di affidamento meritevole di protezione, per altro verso si nega sistematicamente, con una sorta di presunzione assoluta di conoscenza del carattere illegittimo dell'aiuto, che ricorrano in concreto i presupposti per la sua tutela⁵³. Una sia pur limitata tutela dell'affidamento è possibile quando la falsa credenza della legittimità dell'aiuto sia indotta da un atto o da un comportamento della Commissione⁵⁴.

La giurisprudenza comunitaria ha invece un atteggiamento completamente diverso – cioè *possibilista* in relazione alla tutelabilità dell'affidamento – allorché venga in rilievo un incentivo erogato direttamente dalle istituzioni europee. Si osserva, in specie, che “il diritto comunitario non osta in linea di principio a che una normativa nazionale consenta di escludere la ripetizione di aiuti comunitari indebitamente versati prendendo in considerazione criteri come il venir meno dell'arricchimento allorché il destinatario abbia già trasferito, al momento in cui l'aiuto è stato concesso, il relativo vantaggio patrimoniale pagando il prezzo indicativo previsto dal diritto comunitario e un eventuale rimedio nei confronti dei fornitori sarebbe privo di qualsiasi utilità, *a condizione che sia preliminarmente*

⁵² Nell'ambito della giurisprudenza comunitaria cfr. CGCE, 20 marzo 1997, in causa C-24/95, nonché, più di recente, Trib. I grado CE, 9 settembre 2009, n. 227 in cause T-227-299/01, T-266 e 270/01; nell'ambito della giurisprudenza nazionale cfr. T.A.R. Sicilia, Palermo, Sez. II, 9 marzo 2011, n. 416; T.A.R. Sardegna, Cagliari, Sez. I, 19 gennaio 2011, n. 41; T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. III, 19 novembre 2009, n. 5059; T.A.R. Lazio, Sez. II, 11 gennaio 2005, n. 167.

⁵³ Cfr. GRECO, *Sovvenzioni e tutela dell'affidamento*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 2000, 375 e ss..

⁵⁴ Vedi al riguardo Trib. Trib. I grado CE, 9 settembre 2009, n. 227 in cause T-227-299/01, T-266 e 270/01, già citata, e, nell'ambito della giurisprudenza nazionale Corte Conti, Sez. Contr., 6 luglio 1994, n. 43.

accertata la buona fede del destinatario e che le condizioni previste siano le medesime di quelle prescritte per il recupero di aiuti finanziari prettamente nazionali? (evidenziazione mia)⁵⁵.

Con riguardo all'altra questione (contraddittorietà tra criteri di massima ed atto applicativo e relative conseguenze), conviene partire dall'orientamento tradizionale, onde verificare se sia possibile (ed utile) una lettura della vicenda che valorizzi (al di là delle regole della funzione strettamente intese) quelle della buona fede.

Sia la dottrina che la giurisprudenza ritengono, sostanzialmente all'unisono, che è configurabile il vizio dell'eccesso di potere in caso di contraddizione con precedenti manifestazioni di volontà o con precedenti atti istruttori, in difetto di idonea motivazione sul punto; è del pari affetto da eccesso di potere per contraddittorietà "il provvedimento che presenti contraddizioni o incongruenze rispetto a precedenti valutazioni della stessa amministrazione o quando sussistano più manifestazioni di volontà dello stesso ente che si pongano in contrasto tra loro"⁵⁶.

È poi rilevante quella giurisprudenza secondo cui la regola posta dall'art. 12 della l. 241 è volta "non soltanto alla garanzia della *par condicio* tra i possibili destinatari delle sovvenzioni ma anche a tutela dell'affidamento dei richiedenti i benefici in questione": ne segue "l'illegittimità dell'amministrazione che ha, inizialmente, ingenerato nel privato la convinzione di poter contare sui benefici economici promessi, e successivamente, con molto ritardo, abbia opposto preclusioni ed impedimenti non preventivabili dall'interessato"⁵⁷. Non sembra essere riconosciuto autonomo spazio al principio della tutela dell'affidamento: la posizione del privato è tutelata attraverso il sindacato sull'eccesso di potere, che porta all'annullamento del provvedimento lesivo.

Si tratta però di una tutela che, da sola, può non essere sufficiente a ristorare l'interessato del pregiudizio subito.

Senza giungere a ritenere, come fa una parte della dottrina⁵⁸, che le figure sintomatiche dell'eccesso di potere possano essere ricondotte *tout court* alla violazione delle clausole generali di correttezza e buona fede, con la conseguente trasposizione nel diritto amministrativo di una norma di comportamento, tale da *elevare* (così testualmente) l'interesse legittimo a diritto soggettivo, si può ritenere, con Pollice⁵⁹, che l'inosservanza dei criteri prefissati dall'amministrazione non è soltanto l'indizio di un eccesso di potere ma integra

⁵⁵ CGCE, 16 luglio 1998, n. 298, in causa C-298/96.

⁵⁶ Vedi tra le tante Cons. St., Sez. V, 31 dicembre 2007, n. 6800; ma non mancano pronunce che circondano di qualche cautela il ridetto principio: vedi ad es. T.A.R. Sardegna, Cagliari, Sez. I, 26 gennaio 2010, n. 85; Cons. St., Sez. V, 6 ottobre 2009, n. 6094. In dottrina, cfr. VIRGA P., *op. cit.*

⁵⁷ Cons. St., Sez. III, parere 30 luglio 2009, n. 5191.

⁵⁸ CUDIA, *Funzione amministrativa e soggettività della tutela. Dall'eccesso di potere alle regole sul rapporto*, Milano, 2008.

⁵⁹ La *predeterminazione delle decisioni amministrative. Gradualità e trasparenza nell'esercizio del potere discrezionale*, Napoli, 1997, spec. 71.

immediatamente e direttamente una violazione del principio di affidamento che regola il rapporto amministrativo. Se è quindi corretto ipotizzare che le regole della funzione (ed il sindacato giudiziale funzionale al loro ripristino) siano *integrate* (non *sostituite*) da regole di *buona fede procedimentale*, si può pensare ad una tutela risarcitoria, normalmente accessoria a quella di annullamento (ma ipoteticamente anche autonoma, nei limiti assai angusti consentiti dall'art. 30, comma 3, del Codice del processo amministrativo), strutturata sul modello della responsabilità precontrattuale ex artt. 1337 e 1338 c.c.: sono però note le difficoltà connesse alla ricostruzione delle garanzie procedurali (tra cui la coerenza tra criteri di massima ed atto applicativo) come *bene finale* piuttosto che come *bene strumentale*. Ecco perché da parte nostra si continua a pensare alla *centralità* dell'azione di annullamento ed alla sua funzione *demolitorio-conformativa*: la giurisdizione amministrativa non può essere intesa come diretta ad erogare una tutela meramente *compensativa*⁶⁰.

Tuttavia, volendo ritenere che la regola della buona fede reciproca in ambito procedimentale sia diretta a tutelare un bene che rileva *in sé e per sé* (il diritto alla correttezza dell'azione amministrativa, che significa anche coerenza, essendo il *divieto di venire contra factum proprium* un corollario del canone di buona fede), si potrebbe portare alle estreme conseguenze il discorso sulla tutela dell'affidamento, giungendo a toccare territori finora non esplorati dalla giurisprudenza. E ciò tanto più se, come si dirà, si giunga alla ricostruzione delle fattispecie di finanziamento pubblico secondo il modello disciplinato dall'art. 11 della l. 241, che nel riferirsi ai principi codicistici in tema di obbligazioni e contratti senz'altro vi ricomprende gli obblighi di buona fede e correttezza reciproci.

Si potrebbe per esempio immaginare una responsabilità dell'amministrazione che eroghi e successivamente revochi una sovvenzione nei confronti delle imprese che hanno intessuto rapporti con l'impresa ausiliata confidando nella solidità della relativa situazione patrimoniale. Si potrebbe, in particolare, richiamare la giurisprudenza civile in tema di abusiva concessione del credito: in questo caso il danno deriva direttamente dalla concessione, per così dire, incauta del credito, cioè della sua elargizione a vantaggio di un'impresa decotta o che comunque non gode di una buona situazione patrimoniale, e che quindi riuscirà per effetto della detta concessione soltanto a *prolungare la sua agonia*, creando al contempo danni ai creditori che confidano viceversa nel fatto che la banca abbia erogato credito a chi fornisca garanzie di un fruttuoso utilizzo della somma mutuata. Le Sezioni Unite⁶¹ hanno ritenuto configurabile una responsabilità a carico della banca, che può esser fatta valere dai creditori dell'impresa finanziata (discussa, ma prevalentemente risolta in

⁶⁰ In questo senso, da ultimo, *L'incertezza dell'identità del Codice del processo amministrativo persiste pur dopo i correttivi*, in www.giustamm.it, cui sia consentito rinviare.

⁶¹ Sentenza 28 marzo 2006, n. 7029.

senso positivo, resta la questione se sia legittimato anche il curatore fallimentare), pur se deve farsi distinzione tra creditori antecedenti e successivi all'abusivo sovvenimento dell'impresa (poiché i secondi possono dolersi soltanto dell'eventuale incapacienza e non anche, come i primi, della partecipazione al concorso dei creditori successivi), mentre la prova deve investire quello che sarebbe stato il comportamento del terzo contraente che ha subito il danno dall'insolvenza se tale insolvenza fosse stata a lui immediatamente conoscibile: in particolare, sotto il profilo del nesso di causalità, il *thema probandum* verterà sulla dimostrazione (anche sulla base di presunzioni) di quelle che sarebbero potute essere le conseguenze di un diverso comportamento della banca.

Ora, può ritenersi, *mutatis mutandis*, che l'amministrazione erogatrice della sovvenzione, che tale provvidenza abbia poi revocato, possa essere chiamata a rispondere dei danni patrimoniali patiti dai terzi (cioè dai soggetti diversi dall'impresa sovvenzionata, e ad essa legati da rapporti di credito/debito) per avere confidato *nella stabilità* dell'attribuzione patrimoniale. Se è vero infatti che sussiste la responsabilità precontrattuale della p.a. nei confronti del beneficiario dell'atto revocato anche quando la revoca sia legittima⁶², sembra ragionevole pensare che laddove le vicende della rimozione dell'atto attributivo del beneficio evidenzino un atteggiamento particolarmente incauto dell'amministrazione che lo ha erogato sia configurabile una responsabilità non solo riguardo all'impresa sovvenzionata (per lesione dell'affidamento riposto nella stabilità del provvedimento) ma anche riguardo ai creditori di tale impresa, che potrebbero trovarsi esposti a delle conseguenze dannose non riconducibili ad un atteggiamento colposo dell'impresa debitrice e quindi difficilmente ristorabili. Ci si rende conto delle conseguenze potenzialmente dirompenti di un simile schema argomentativo: vero è però che si arriverebbe così a responsabilizzare le amministrazioni rispetto alla concessione di incentivi, magari determinando un'inversione di rotta rispetto ad un malcostume fortemente radicato che vede nell'ausilio pubblico all'economia uno strumento di propaganda politica⁶³; vero è inoltre che – tornando a considerazioni più propriamente giuridiche – nella nostra giurisprudenza⁶⁴ si ammette la titolarità di una pretesa risarcitoria in capo ai risparmiatori nei confronti della Consob, per omessa vigilanza (vedi l'art. 8 del d.lgs. 179 del 2007 che ha istituito un fondo di garanzia per provvedere - così testualmente - “all'indennizzo [...] dei danni causati” dall'omessa vigilanza): si ammette quindi una forma di responsabilità per così dire *diffusa* che investe anche soggetti riguardati soltanto in via indiretta dall'esercizio del potere.

⁶² In questo senso vedi di recente Cons. St., Sez. VI, 5 settembre 2011, n. 5002.

⁶³ In questo senso vedi già PERICU, *Le sovvenzioni come strumento dell'azione amministrativa*, II, Milano, 1970, spec. 10.

⁶⁴ Pure se si controverte ancora sulla spettanza della relativa giurisdizione: v. Cass. S.U., 2 maggio 2003, n. 6719.

Indicazioni nel senso dell'ammissibilità della domanda risarcitoria da parte dell'impresa beneficiaria dell'aiuto (nonché da parte dei suoi concorrenti, che per effetto della concessione illegittima della sovvenzione sono stati costretti a cessare la propria attività) sembrano provenire dalla giurisprudenza comunitaria in tema di sospensione o annullamento dell'aiuto da parte della Commissione per mancato rispetto, da parte dello Stato membro, delle regole procedurali⁶⁵.

6.1. La qualificazione dogmatica dei provvedimenti attributivi di vantaggi economici: le diverse proposte ricostruttive.

Il tema della qualificazione dogmatica dei provvedimenti attributivi di vantaggi economici (ovvero delle fattispecie agevolative genericamente intese: con ricomprensione, dunque, di modelli più schiettamente privatistici, tipo il mutuo agevolato) è assai complesso.

Conviene principiare da un esame di carattere più generale riguardo al se possano essere qualificati in termini autoritativi i provvedimenti di carattere ampliativo ed i provvedimenti di carattere vincolato.

Quanto a questi ultimi si può infatti ritenere che la spendita a monte della discrezionalità, alla luce della regola generale posta dall'art. 12 della l. 241, faccia residuare, a valle, nell'atto che attribuisce in concreto il beneficio, al più profili di discrezionalità tecnica. Si tratterebbe in altri termini di una *discrezionalità a consumazione anticipata*⁶⁶, per quanto altra parte della dottrina⁶⁷ abbia evidenziato che residuano dei margini direttamente attinenti alla ponderazione dell'interesse pubblico anche in sede di *scelte conclusive*.

Il punto reca con sé un ulteriore risvolto, o se si vuole una ulteriore complicazione, che riguarda il riparto di giurisdizione, in quanto è noto che, secondo alcuni Autori e la giurisprudenza della Cassazione, le attività di carattere vincolato⁶⁸ sono fronteggiate da diritti soggettivi⁶⁹.

Sul punto si tornerà più approfonditamente in seguito.

Per adesso si può dire che le opzioni per uscire dall'*empasse* sono due, segnatamente: valorizzare l'intuizione della dottrina⁷⁰ che (sebbene ad altri fini) ipotizza, nell'ambito degli interessi legittimi (specie pretensivi), la sottodistinzione tra interessi finali e strumentali,

⁶⁵ Si vedano ad esempio le conclusioni dell'Avvocato generale Tesauro nella causa C-142/87 - *Regno del Belgio c. Commissione* - CGCE, 21 marzo 1990.

⁶⁶ POLICE, *op. cit.*, spec. 268.

⁶⁷ SANDULLI A., *La proporzionalità dell'azione amministrativa*, Padova, 1998, spec. 398, in nota.

⁶⁸ Che non sarebbero espressione di *vero* potere: LEDDA, *Potere, tecnica e sindacato giudiziario sull'amministrazione pubblica*, in *Dir. Proc. Amm.*, 1983, 376 e ss..

⁶⁹ Vedi ORSI BATTAGLINI, *Attività vincolate e situazioni soggettive* in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1988, 52 e ss., nonché ID., *Autorizzazione amministrativa*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, II, Torino, 1987, *ad vocem*.

⁷⁰ GRECO, *Argomenti di diritto amministrativo*, Milano, 2008, 213, in nota.

cosicché la posizione giuridica sostanziale del privato sarebbe di interesse legittimo (e non di diritto soggettivo) anche laddove la pretesa al conseguimento del bene della vita non sia mediata dall'esercizio della discrezionalità, considerato che in determinati casi – ad esempio quando, come nella specie, vi è un contingentamento delle utilità distribuibili - anche i poteri vincolati sono infungibili ai fini della costituzione dell'effetto⁷¹; ovvero (che è quanto si farà appresso) utilizzare una ricostruzione della fattispecie in termini sostanziali che consenta di ritenere le relative controversie attratte nella giurisdizione esclusiva del Giudice amministrativo.

Come si è detto il provvedimento attributivo del beneficio è dunque, secondo la ricostruzione preferibile, un provvedimento vincolato: esso costituisce pur tuttavia l'espressione di un potere, sebbene nella sua accezione per così dire debole, di elemento (meramente) formale, ma pur tuttavia essenziale, della fattispecie legale ai fini della produzione dell'effetto: anche se i criteri di spettanza del beneficio siano predeterminati a monte, la manifestazione di volontà della p.a., ancorché a carattere vincolato, è pur tuttavia ineliminabile ai fini del perfezionamento della fattispecie.

Si può conclusivamente sostenere che, con riguardo alla materia trattata, l'attività di attribuzione in concreto delle *utilità* sembra essere espressione di un potere autoritativo, sebbene si tratti di un'autoritatività per così dire *semi-piena*.

C'è poi, come si anticipava, un ulteriore nodo da sciogliere: se i provvedimenti di carattere ampliativo possano essere considerati espressione di potere, e quindi siano qualificabili come atti autoritativi.

La questione – come quella esaminata in precedenza del resto - rileva anzitutto sul piano dell'individuazione della disciplina giuridica applicabile, prima ancora che su quello della individuazione del giudice avente giurisdizione. Ed infatti, per quanto attiene al primo profilo, occorre ricordare che il comma 1-*bis* dell'art. 1 della l. 241, introdotto dalla novella del 2005, prevede che agli atti non autoritativi (categoria cui è complementare quella degli atti autotoritativi) si applichi, ove non diversamente disposto, il diritto privato.

Il carattere autoritativo dei provvedimenti ampliativi potrebbe essere negato ove si aderisse alla posizione di quella nota dottrina secondo cui il consenso dell'interessato esclude *ipso facto* il carattere imperativo del provvedimento, a prescindere dal ruolo giocato dal consenso stesso rispetto al provvedimento e dal momento del procedimento in cui esso (consenso) si inserisce⁷². In senso contrario, è stato peraltro fondatamente osservato che,

⁷¹ SCOCA F.G., *La teoria del provvedimento dalla sua formulazione alla legge sul procedimento*, in *Dir. Amm.*, 1995, 1 e ss..

⁷² SORACE, *Promemoria per una voce 'atto amministrativo'*, in *Scritti in onore di M.S. Giannini*, cit., vol. III, 769, nonché SORACE, MARZUOLI, *Concessioni amministrative*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, III, Torino, 1989. Vedi ancor

laddove vi siano dei terzi titolari di una posizione giuridica qualificata, rispetto ad essi il rifiuto della concessione è determinato dal rilascio dello stesso atto ad altri: deriva perciò dalla scelta in concreto discrezionalmente operata dall'amministrazione. In altri termini, "il problema del carattere autoritativo o meno della concessione può essere risolto soltanto precisando il carattere medesimo: se esso è ravvisato nella sottrazione non concordata di utilità a terzi, tale carattere può essere riconosciuto soltanto nei casi in cui tale sottrazione si verifica; se viceversa il carattere autoritativo si basa sullo stesso potere di scelta dell'Amministrazione, il cui esercizio necessariamente, o quanto meno di norma, comporta, insieme al rilascio ad uno degli interessati, il rifiuto (o la sottrazione) della *utilitas* a tutti gli altri (attuali o anche potenziali aspiranti), tale carattere ritorna ad essere proprio di ogni concessione"⁷³.

Nell'ambito dell'attività di incentivazione, in un contesto cioè particolarmente caratterizzato dalla scarsità delle risorse, l'amministrazione deve effettuare delle scelte discrezionali nell'attribuire un certo vantaggio economico a taluno oppure a talaltro dei richiedenti.

Vero è che, come impone l'art. 12 della l. 241 del 1990, la discrezionalità in questo caso è *a consumazione anticipata*, viene cioè spesa nelle fasi pregresse del procedimento; ma pur sempre di discrezionalità (e quindi di scelta comparativa tra interessi) si tratta.

La cifra caratteristica dell'autoritatività dei provvedimenti accrescitivi (ed in specie di quelli attributivi di vantaggi economici) va pertanto individuata in ciò, che la lesione non si produce nella sfera del destinatario dell'atto ma in quella del terzo che aspira all'ottenimento della medesima utilità. Ecco perché si è autorevolmente parlato di autoritatività *minore o riflessa*⁷⁴.

L'idea per cui l'autoritatività sia una caratteristica peculiare dei soli provvedimenti restrittivi (facendo difetto a quelli favorevoli che, in quanto richiesti dall'amministrato, producono in capo a quest'ultimo – diversamente da quanto accade in capo ai terzi – modificazioni concordate della sfera giuridica) è contestabile anche alla luce di un'altra considerazione. L'art. 20 della l. 241 del 1990, nella versione novellata dalla l. 80 del 2005, nel generalizzare i casi di silenzio assenso – cui si applica il regime proprio dei provvedimenti in punto di tutela ed autotutela – vi ha ricompreso, salve alcune (rilevanti) eccezioni, tutti i casi di provvedimenti ampliativi ad istanza di parte: in sostanza, ammesso e (per le ragioni dette) non concesso che i provvedimenti ampliativi non siano autoritativi *per natura* – e

prima il lavoro di D'ALBERTI, *Le concessioni amministrative: aspetti della contrattualità delle pubbliche amministrazioni*, Napoli, 1981.

⁷³ SCOCA F.G., *La teoria del provvedimento*, cit., spec. 26-27.

⁷⁴ SPAGNUOLO VIGORITA V., *Problemi giuridici dell'ausilio finanziario pubblico ai privati*, ora in *Opere giuridiche*, I, Napoli, 2001, 348 e ss., spec. 350.

quindi non ricompresi nella prima delle suindicate condizioni, ossia l'essere atti di natura non autoritativa – essi sarebbero comunque assoggettati ad un regime pubblicistico in forza di una specifica disposizione di legge (appunto l'art. 20) – sicché non sarebbe rispettata la seconda condizione per l'applicabilità del comma 1-*bis*: “salvo che la legge disponga diversamente”⁷⁵.

Abbiamo quindi chiarito che, guardando ai principi generali, l'attività di distribuzione degli incentivi può essere qualificata in termini autoritativi, ancorché si espliciti attraverso l'adozione di provvedimenti ampliativi e (almeno quando le utilità sono contingentate) attraverso la (necessaria) adozione di provvedimenti vincolati (tali sono i provvedimenti attributivi della sovvenzione se si aderisce alla particolare lettura che abbiamo offerto dell'art. 12 in punto di conseguenze della consumazione anticipata della discrezionalità).

Tenendo conto di quanto detto è adesso opportuno guardare più specificamente alle posizioni espresse dalla dottrina che si è occupata *ex professo* del tema delle sovvenzioni, ed in specie alle diverse tesi che sono state formulate in ordine all'inquadramento dogmatico della fattispecie.

In termini sintetici, si può dire che il confronto della dottrina si connota per l'antitesi tra una tesi di natura contrattualistica ed una di natura provvedimentoale, mentre in una posizione mediana si pone la tesi dualistica della concessione contratto.

Secondo la tesi contrattualistica, o privatistica, che trova il suo massimo sostenitore in Donatello Serrani⁷⁶, l'ausilio pubblico costituisce una forma di *funzionalizzazione dell'impresa*, essendo diretto ad individuare tra le varie *utilizzazioni possibili* dell'impresa quelle che, in un certo momento, sono conformi agli interessi della collettività. In altri termini i modelli autoritativi di etero-determinazione delle finalità delle imprese private (si pensi a quanto previsto in epoca fascista dalla dichiarazione VII della Carta del Lavoro, che funzionalizzava il complesso fenomeno dell'impresa privata al conseguimento dell'interesse della Nazione) risultano - sulla base di una meticolosa analisi della normativa - essere stati sopravanzati da quelli non autoritativi “che al posto di imporre al privato imprenditore certi comportamenti, hanno la caratteristica di rendere questi appetibili mediante la concessione di benefici”.

Posto che le ragioni che militano a favore della preferenza accordata a tali modelli vanno ricercate, essenzialmente, nella dinamicità della *realtà-impresa*, che non tollera di essere ingessata in schemi rigidi come quelli di carattere autoritario, le forme attraverso cui può svolgersi la suddetta (e non autoritativa) funzionalizzazione dell'impresa sono:

⁷⁵ GRECO, *Argomenti*, cit., spec. 172.

⁷⁶ *Lo Stato finanziatore*, cit., 209 e ss.

- la stimolazione dell'ingresso delle imprese sul mercato, prevedendo degli incentivi in relazione all'avvio di attività di impresa. Va da sé che l'interesse dello Stato non è in questo caso quello della venuta in essere di una qualsiasi impresa ma di una determinata tipologia di impresa (per caratteristiche, dimensioni, oggetto dell'attività produttiva, localizzazione, caratteristiche soggettive dell'imprenditore, come nel caso degli incentivi all'imprenditoria giovanile o femminile);
- gli incentivi riguardo ad una particolare forma di conduzione dell'impresa, come gli incentivi alla costituzione di imprese cooperative;
- gli incentivi che operano sulle dimensioni, sulle modalità o addirittura sugli elementi del processo produttivo, ovvero sulla sua localizzazione;
- gli incentivi che attengono alla collocazione del prodotto sul mercato (nei limiti in cui ciò non venga in contrasto con il principio comunitario della libera circolazione delle merci).

La natura del rapporto che si instaura tra amministrazione che conferisce il beneficio e l'imprenditore che se ne avvantaggia è quella di un rapporto di collaborazione dove sono presenti in capo alle parti, ed in relazione di corrispettività, obblighi e diritti che "non hanno nulla di autoritativo anche se certamente esistono a monte e a valle di esso momenti pubblici che talvolta di tramutano in momenti autoritativi"⁷⁷.

Va precisato che questa esemplificazione si riferisce specificamente a quelle che Serrani chiamava sovvenzioni *di risultato*, che si contrappongono alle sovvenzioni *di mero sostentamento*. Diverso è, nell'uno e nell'altro caso, il modo di atteggiarsi dell'interesse pubblico rispetto a quello privato all'incameramento dell'ausilio: mentre nelle sovvenzioni c.d. di sostentamento (un cui esempio cospicuo è costituito dai sussidi ai soggetti indigenti o ai soggetti colpiti da particolari calamità naturali) l'interesse pubblico rimane per così dire in secondo piano rispetto a quello privato a lucrare l'attribuzione patrimoniale, o meglio quello si risolve in questo, negli ausili c.d. di risultato la concessione del beneficio trova la sua ragion d'essere in un comportamento presente o futuro del beneficiario

Guardando specificamente alle sovvenzioni di risultato, la ricostruzione del rapporto di in termini (non già provvedimentali, ma) convenzionali, dove ciascuna delle parti ha di mira la realizzazione del proprio interesse – ferma restando la non utilizzabilità dello schema della donazione, attesa la mancanza dell'*animus donandi*, ovvero della spontaneità dell'attribuzione, che nel nostro caso, se ricorrono i presupposti soggettivi ed oggettivi, è *dovuta* -, pone peraltro la questione della selezione delle tecniche di tutela, specie riguardo, come già detto, alla tutela del c.d. terzo.

⁷⁷ SERRANI, *op. cit.*, 220.

Nell'ambito di una ricostruzione privatistica della fattispecie, si è ipotizzato il ricorso alla tutela offerta dall'art. 2598 c.c., in tema di concorrenza sleale⁷⁸.

La tesi non sembra condivisibile: non si può ignorare quanto la giurisprudenza civile afferma interpretando la norma appena richiamata. Si ritiene, in particolare, che “la violazione di norme di diritto pubblico (penali, amministrative o fiscali) nell'esercizio dell'impresa non costituisce automaticamente violazione dell'obbligo della correttezza professionale né importa una consequenziale qualificazione dell'attività come illecita, senza che per questo possa escludersi la tutela concorrenziale o quella dei segni distintivi o di privativa industriale, dovendosi, di contro, accertare di volta in volta se la violazione della norma amministrativa o pubblicistica abbia anche generato distorsione del mercato o attività concorrenziale illecita, dannosa per l'altrui azienda⁷⁹. Inoltre la prevalente giurisprudenza di merito sostiene che, ai fini della configurabilità dell'atto di concorrenza sleale, *non è sufficiente* il solo fatto che l'azione sia oggettivamente e soggettivamente tale da arrecare un vantaggio all'agente ed un pregiudizio al concorrente, perché, così opinando, *ogni atto di concorrenza intenzionale ed efficiente* sarebbe sempre illecito e impedirebbe la libera iniziativa economica⁸⁰.

Considerando il quadro appena delineato, non si può dire, sulla base della norma del Codice civile, che la condotta dell'imprenditore che abbia lucrato un incentivo senza conoscere il vizio dell'atto attributivo sia qualificabile come atto di concorrenza sleale, perché anche quando vi è l'intenzionalità del comportamento – sostiene la giurisprudenza – non è detto che si configuri un illecito. È necessario un *quid pluris*, vale a dire l'*animus nocendi*⁸¹.

Al di là della difficoltà di applicare l'art. 2598 c.c., vi è che *la fuga verso il diritto privato* comporta delle perdite in termini prima di garanzie procedurali, cioè nell'esercizio della funzione, e poi di garanzie giurisdizionali come la possibilità di sindacare la congruenza del fine concretamente perseguito rispetto a quello individuato dalla legge attributiva del potere⁸². E non sembra, come rileva Greco⁸³, che per quante acrobazie si possano fare dal punto di vista interpretativo, le clausole di buona fede e correttezza possano garantire quello

⁷⁸ Come peraltro già aveva fatto, nel contesto di una ricostruzione pubblicistica, e giungendo al risultato che l'applicazione di questa norma determinerebbe un ammanco in termini di tutela del terzo, PERICU, *Le sovvenzioni come strumento dell'azione amministrativa*, I, Milano, 1967, 260 e ss..

⁷⁹ Trib. Palermo, 4 gennaio 2010; Cass. civ., 4 aprile 1970, n. 914; Trib. Genova, 20 marzo 1976; in senso contrario, sebbene con qualche cautela, Cass. civ. Sez. I, 17 luglio 2008, n. 19720.

⁸⁰ Cfr. Trib. Torino, Sez. IX, 13 giugno 2011; vedi anche Trib. Milano, 17 marzo 2011; Corte App. Torino, Sez. I, 23 settembre 2010, n. 1367; ma vedi anche Cass. civ., Sez. I, 2 aprile 2007 n. 8215.

⁸¹ Cass. civ., Sez. I, 11 agosto 2000, n. 10684; Id., 30 luglio 1996, n. 6887; Id., 20 giugno 1996, n. 5718; cfr. inoltre Trib. Roma, 31 marzo 2000.

⁸² Per questo motivo una parte della dottrina ha teorizzato, su di un piano generale, la costruzione dualistica, come ricorda PERICU, *Note in tema di diritto privato*, ora in *Scritti giuridici*, Milano, 2009, 101 e ss..

⁸³ *L'azione amministrativa secondo il diritto privato: principi*, in *La disciplina generale dell'azione amministrativa. Saggi ordinati in sistema*, a cura di CERULLI IRELLI, Napoli, 2006, 79.

stesso controllo funzionale che, invece, il giudice amministrativo può assicurare attraverso il sindacato sull'eccesso di potere.

Per altra impostazione dottrinale, riferibile essenzialmente a Pericu⁸⁴, la sovvenzione è un provvedimento amministrativo tipico (cioè distinto ed autonomo da altre, per quanto simili, figure provvedimentali), che si caratterizza per il suo particolare effetto giuridico prevalente, consistente nell'attribuzione gratuita, senza obbligo di restituzione, di una somma di denaro o di altro bene economicamente valutabile: tutti i provvedimenti che producono come conseguenza giuridica peculiare e caratterizzante quella appena descritta sono da qualificare come *sovvenzioni*.

La sovvenzione, così isolata, si distingue, a dire dell'illustre Autore, sia da altre fattispecie provvedimentali⁸⁵ - che pur tuttavia presentano dei tratti simili - che da modelli misti, come il mutuo agevolato.

Quanto al primo profilo, si osserva che le sovvenzioni differiscono: dalle concessioni in quanto, mentre le situazioni giuridiche soggettive che derivano dalla concessione ineriscono a beni sottoposti ad una particolare disciplina, "le sovvenzioni, al contrario, rappresentano strumenti di disposizione che non attengono a beni riservati ma ad utilità che possono essere di proprietà di qualsiasi soggetto (ad esempio il denaro) e che appartengono pertanto al patrimonio disponibile della pubblica amministrazione"⁸⁶. L'esistenza della riserva spiega il perché il trasferimento della titolarità di una certa situazione giuridica soggettiva sia, nelle concessioni, temporanea e precaria, diversamente da quanto accade di norma per le sovvenzioni (almeno quanto ai contributi già erogati); dalle ammissioni, in quanto "mentre le sovvenzioni, come d'altronde le concessioni, sono atti di alienazione di diritti della pubblica amministrazione (a seconda dei casi su beni riservati o meno, n.d.s.), le ammissioni non hanno tale caratteristica. Il soggetto, con l'emanazione di un atto di ammissione, non trasferisce e neppure costituisce sulla base di una sua precedente situazione soggettiva un diritto soggettivo nel destinatario [...], ma si limita a creare situazioni giuridiche soggettive favorevoli che non hanno riscontro in precedenti diritti di cui sia titolare la pubblica amministrazione"⁸⁷; dagli accertamenti, la cui distinzione rispetto alle sovvenzioni si rinviene in ciò, che "i primi sono manifestazioni di conoscenza, le seconde manifestazioni di

⁸⁴ PERICU, *Le sovvenzioni come strumento dell'azione amministrativa*, I, cit.; *Le sovvenzioni come strumento dell'azione amministrativa*, II, cit. Ma dello stesso A., vedi anche *La politica dei concorsi, contributi e finanziamenti quali incentivi economici nel quadro normativo vigente*, ora in *Scritti scelti*, Milano, 2009, 491 e ss.; nonché PERICU, CROCI, *Sovvenzioni*, in *Enc. Dir.*, Milano, 1990, XLIII, 243 e ss..

⁸⁵ Nega invece l'autonomia dogmatica della sovvenzione, senza disconoscere peraltro il carattere provvedimentale della fattispecie, D'ALBERGO, *Sulla struttura delle sovvenzioni*, in *Foro amm.*, 1975, 341 e ss..

⁸⁶ PERICU, *Le sovvenzioni*, I, cit., 192.

⁸⁷ ID., *op. ult. cit.*, 205.

volontà”⁸⁸; dalle autorizzazioni perché in esse non si rinviene “alcun effetto che si risolva nella rimozione di vincoli posti dall’ordinamento al libero esercizio di situazioni soggettive statiche. Manca nelle sovvenzioni quella capacità ablativa di divieti che caratterizza gli atti di autorizzazione”⁸⁹; dalle dispense, che si connotano per un effetto peculiare (che quindi manca nelle sovvenzioni) rinvenibile “nella caducazione in casi particolari di situazioni soggettive di doverosità con contenuto positivo, cioè di doveri o obblighi di dare o di fare”⁹⁰.

Quanto al secondo profilo – criteri utili a distinguere la sovvenzione da fattispecie similari sotto il profilo della finalità economica ma differenti dal punto di vista della qualificazione giuridica, e quindi della disciplina applicabile, come il mutuo agevolato -, si nota che il mutuo agevolato si connota per la possibilità di individuare due momenti: il primo, caratterizzato da un atto di natura provvedimentoale (l’ammissione al contributo – normalmente in conto interessi), che coinvolge *l’ente pubblico e l’imprenditore finanziato*, il secondo caratterizzato da un rapporto schiettamente contrattuale che lega *l’istituto di credito autorizzato e l’imprenditore*⁹¹. Dalla combinazione di tali profili sorge una fattispecie composita, distinguibile secondo i più dal mutuo ordinario sol che si consideri l’interesse specifico di una delle parti (specie di una di esse) a che sia adempiuta l’obbligazione di scopo⁹². Da ciò discende, sotto il profilo strutturale, che all’obbligazione restitutoria si aggiunge un’obbligazione di *facere* non contemplata nello schema generale del mutuo, che non può essere ritenuta accessoria rispetto alla prima; ne discende ulteriormente (per quanto il punto sia controverso nella dottrina e nella giurisprudenza civilistiche) la *consensualità* del mutuo di scopo, a fronte della realtà del mutuo ordinario. Ad ogni modo siamo evidentemente distanti dalla fattispecie *tipica* della sovvenzione, come delineata da Pericu, anche considerando l’eterogeneità, sotto il profilo soggettivo, della fattispecie del mutuo agevolato, che vede coinvolti, a seconda del *momento* che si prenda in considerazione, soggetti differenti: l’ente pubblico e il privato quando viene in rilievo l’ammissione al beneficio (e quindi l’obbligo di dare corso all’agevolazione se vi sono i presupposti predeterminati in generale) e l’assunzione di un’obbligazione di *facere* (leggi: assunzione dell’impegno a destinare la somma ricevuta ad una finalità ritenuta dall’amministrazione, sulla base della legge, di interesse pubblico); il privato e la banca (almeno nel caso in cui questa provveda ad erogare il mutuo con fondi propri,

⁸⁸ ID., *op. ult. cit.*, 209.

⁸⁹ ID., *op. ult. cit.*, 211.

⁹⁰ ID., *op. ult. cit.*, 212.

⁹¹ VINTI, *Mutuo di scopo: rapporto di credito e rapporto di agevolazione*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1987, 962 e ss..

⁹² Ed infatti Cass. S.U, 10 giugno 1981, n. 3752 riconduce il mutuo agevolato a favore della piccola e media industria e dell’artigianato contemplato dalla l. 623 del 1959 (di recente abrogata: d.l. 83 del 2012) al paradigma del mutuo di scopo.

diversamente configurandosi, semplicemente, un mandato a far credito) nella fase di erogazione (e restituzione) del finanziamento.

Nel prosieguo si dirà perché, a nostro avviso, il descritto carattere binario della fattispecie del mutuo agevolato, nonché l'eterogeneità della compagine soggettiva che caratterizza i diversi segmenti di essa, non sono necessariamente preclusivi rispetto ad una costruzione unitaria che coinvolga, pur tenendo conto delle rispettive differenze, le varie forme di agevolazione, sia che si esauriscano *tout court* in un'attribuzione patrimoniale senza obbligo di restituzione (ma con obbligo di destinazione) della somma, fatta sulla base di un provvedimento, sia che vengano in rilievo degli schemi misti, ove accanto al rapporto di agevolazione propriamente detto (di natura pubblicistica perché origina dall'ammissione al credito) si collochi, strettamente collegato al primo, un rapporto di finanziamento di natura privatistica (peraltro intercorrente tra soggetti privati).

Per adesso rileviamo che la tesi di Pericu è condivisibile, ma *parziale*: parziale perché fornisce l'inquadramento dogmatico di una sola delle modalità possibili attraverso cui dare corso ad un'agevolazione, laddove invece è forse possibile rinvenire uno schema regolatorio minimo ed unitario che coinvolga, nel senso che si dirà, fattispecie tra loro diverse sotto il profilo strutturale, sebbene accomunate dall'essere, sotto il profilo effettuale, funzionali alla realizzazione di una medesima *causa economica*.

Concludiamo la panoramica sulle diverse tesi proposte riguardo all'inquadramento dogmatico degli ausili pubblici richiamando quella che, rifacendosi alla dottrina tedesca, utilizza lo schema dualistico della concessione-contratto: il provvedimento amministrativo⁹³ viene "doppiato" da un contratto di diritto privato, in cui sono regolati i reciproci impegni delle parti.

In particolare, si è osservato che l'utilizzo di uno schema qualificatorio di questo tipo consentirebbe di evidenziare come la differenza tra le diverse forme di incentivazione sia *di genere* e non *di specie*⁹⁴, riguardando non tanto la particolarità del provvedimento attributivo del vantaggio economico, quanto il contenuto degli impegni convenzionali assunti dal privato: sul quale può gravare l'obbligo, posto in relazione di corrispettività rispetto all'elargizione di denaro pubblico, di compiere una certa attività, senza l'impegno di restituire la somma ricevuta; come pure l'obbligazione tipica del mutuatario (posto che l'accesso al credito è avvenuto a condizioni di favore rispetto a quelle di mercato, in considerazione del particolare settore in cui l'imprenditore opera o opererà); ovvero ancora l'obbligazione restitutoria laddove sia chiamato in via di rivalsa a rispondere dell'adempimento da parte del

⁹³ Qualificato come concessione: vedi al riguardo SPAGNUOLO VIGORITA V., *Problemi giuridici*, cit., 364 e ss..

⁹⁴ SPAGNUOLO VIGORITA V., *Problemi*, cit., *passim*; MERUSI, *Disciplina e organizzazione dei finanziamenti pubblici nelle leggi per il Mezzogiorno*, Roma, 1968.

soggetto pubblico nel caso in cui questi sia stato richiesto del pagamento (normalmente in via sussidiaria) in qualità di garante.

La questione dell'ammissibilità di tale ricostruzione, nel caso che specificamente interessa (ma le considerazioni che seguono sono di rilievo generale), deve essere impostata, ad avviso della dottrina citata, sulla base della disciplina costituzionale dell'attività amministrativa di diritto privato. In particolare, considerato che in ordine all'attività di diritto privato non potrebbe essere assicurato, in sede di tutela giurisdizionale, il rispetto dell'imparzialità dell'amministrazione, tale *vulnus* deve essere colmato individuando una fattispecie provvedimentale (seppure "doppiata" da un contratto di diritto privato), rispetto alla quale rivolgere le censure fondate sull'eccesso di potere. Al riguardo, l'esempio proposto da Merusi è il seguente: se il rifiuto di un ente creditizio di erogare un mutuo, motivato sulla base delle condizioni finanziarie del richiedente, ma in realtà determinato da motivi di discriminazione politica, viene configurato come provvedimento amministrativo, sarà possibile censurarlo, sotto il profilo dell'eccesso di potere, innanzi al giudice amministrativo, nel mentre se viene ricostruito in termini privatistici, come rifiuto di una proposta di contratto, "non v'è per il privato alcuna tutela giurisdizionale"⁹⁵.

La soluzione allora consiste "nell'individuare per ogni atto di diritto privato di un procedimento di diritto amministrativo che ne costituisce il presupposto di validità, e pertanto il termine di mediazione con la disciplina legislativa"⁹⁶. Il momento del collegamento tra legge, da una parte, e provvedimento (e contratto), dall'altra, può peraltro trovare la sua collocazione in un atto generale di natura programmatica come "quelle deliberazioni di carattere generale, che assumono la natura di atti amministrativi appunto generali, e che consentono una mediazione tra scopo dell'ente e risultato dell'attività, identificando e rendendo rilevante il momento del modo dell'attività", così come riteneva quasi cinquant'anni or sono Benvenuti⁹⁷, e come oggi espressamente sancito dall'art. 12 della l. 241 del 1990.

Possono ora essere brevemente messi in luce gli aspetti maggiormente condivisibili e quelli discutibili che contiene ciascuna delle tesi esposte, per verificare se sia possibile, in qualche modo, una loro sintesi che faccia complessivamente prevalere i primi rispetto ai secondi.

La tesi privatistica, pur presentando il pregio di introdurre elementi di flessibilità nella disciplina del rapporto che non sarebbero ottenibili applicando puramente e semplicemente lo schema del provvedimento amministrativo, non spiega adeguatamente, per esempio, quale

⁹⁵ MERUSI, *op. cit.*, 57.

⁹⁶ MERUSI, *loc. ult. cit.*.

⁹⁷ *Limiti pubblicistici ai finanziamenti di medio credito*, in *Riv. Soc.*, 1960, 817.

tutela debbano ottenere i terzi ed innanzi a quale giudice; i momenti di consensualità che vengono in rilievo, innestandosi su una matrice autoritativa, non possono trovare collocazione in strumenti di *puro diritto privato*, perché la piena fungibilità tra atti di marca pubblicistica ed atti di marca privatistica opera solo con riguardo agli atti non autoritativi (arg. ex art. 1, comma 1-*bis*, l. 241 del 1990): e si è detto che le sovvenzioni, pur quando le si consideri come atti conclusivi di procedimenti vincolati (in quanto la discrezionalità è stata spesa a monte), sono provvedimenti autoritativi.

La tesi pubblicistica, per come formulata dal suo massimo sostenitore, non consente, come già detto, di ricomprendere in un unico schema dogmatico, e quindi sotto un unico regime disciplinare (quanto meno minimo), le varie ed eterogenee forme di finanziamento pubblico, mentre sembra più utile una classificazione funzionale (piuttosto che tipologica), in quanto solo dalla prima pare possano essere derivate delle conseguenze *precettive*, e non meramente *descrittive*.

La tesi dualistica sembra fornire uno schema qualificatorio più flessibile (e quindi adattabile all'eterogeneità tipologica, *di specie*, delle varie forme di finanziamento pubblico), tant'è vero che è stata di recente riproposta dalla dottrina, sulle orme dei Maestri che l'avevano sostenuta anni or sono⁹⁸.

Epperò: si deve ancora oggi ritenere che sia necessario il ricorso al modello dualistico per evitare la “fuga nel diritto privato” e “l'abbandono” dell'insieme di regole che garantiscono il rispetto dei diritti fondamentali? Si deve cioè in altri termini ritenere che si debba isolare, sia pure da un punto di vista meramente logico⁹⁹, l'esercizio del potere, soggetto al noto controllo finalistico da parte del giudice amministrativo, e l'autonomia privata, che in quanto aderisce ad una scelta provvedimentoale già effettuata a monte ha in questo caso una funzione meramente esecutiva¹⁰⁰.

La risposta, alla luce dell'esame dell'ordinamento positivo, deve essere negativa.

Ed infatti se la soluzione alle predette problematiche fornita dalla teoria del doppio grado era in qualche modo necessitata dalla vigenza del dogma di indisponibilità dell'oggetto pubblico, per modo che tutti i profili relativi alle esigenze di ordine pubblicistico dovessero esaurirsi in un provvedimento amministrativo unilaterale, cui accedeva, in posizione strumentale e specificativa, un contratto di diritto comune, la “caduta” di tale dogma¹⁰¹

⁹⁸ Cfr. ANTONIAZZI, *Obbligazioni pubbliche e giurisdizione amministrativa*, Torino, 2010.

⁹⁹ Su questo solo piano talora esauendosi la distinzione tra provvedimento e contratto: GULLO, *Provvedimento e contratto nelle concessioni amministrative*, Padova, 1965, spec. 346.

¹⁰⁰ PERICU, *L'attività consensuale della pubblica amministrazione*, ora in *Scritti scelti*, cit., 704 e ss..

¹⁰¹ Su cui vedi, con dovizia di particolari, anche di carattere comparatistico, GRECO, *Accordi amministrativi*, cit., 77 e ss..

dovrebbe implicare il superamento del descritto schema binario, dal momento che il provvedimento amministrativo e l'accordo ex art. 11 hanno lo stesso oggetto, ossia il potere.

Il potere cioè può essere oggetto di negoziato, non nel senso (del tutto ovvio) che “i pubblici funzionari non debbano ‘vendere al miglior prezzo’ l’esercizio dei propri compiti d’ufficio”¹⁰², bensì nel senso che il meccanismo della partecipazione (implicante il necessario ingresso e la necessaria presa in considerazione – che però non significa necessaria soddisfazione - degli interessi riguardati dall’esercizio del potere) viene portato “alle estreme conseguenze”, sfociando in una forma di cogestione (per quanto attenuata) del potere¹⁰³. Autorità e consenso non sono (più), in definitiva, entità antinomiche¹⁰⁴. Le ragioni che avevano ispirato la costruzione dualistica (anche in tema di sovvenzioni¹⁰⁵), e cioè scongiurare la c.d. *fuga nel diritto privato*, garantendo viceversa l'imparzialità dell'amministrazione anche qualora questa si servisse di strumenti privatistici attraverso la *mediazione* dell'atto amministrativo preliminare¹⁰⁶, è venuta sostanzialmente a mancare: piuttosto tale teoria pare essere invece divenuta “principalmente tecnica di governo del riparto di giurisdizioni, la cesura tra momento procedimentale pubblicistico e fase negoziale privatistica fungendo da spartiacque tra lo spazio di intervento del giudice amministrativo e quello del giudice ordinario”¹⁰⁷ com'è avvenuto, fino al recente passato, in materia di contratti pubblici¹⁰⁸.

Se quindi si reputa che le fattispecie di ausilio pubblico siano pur sempre connotate da un carattere *autoritativo* (sebbene si tratti di un'autoritatività riflessa), ma che dalle stesse non esuli – in specie se si guarda ai rapporti tra le parti, piuttosto che a quello con i terzi – un momento di *consenso*, e più specificamente di *corrispettività degli impegni assunti consensualmente*, e se si ritiene – in linea con la dottrina prevalente - che gli accordi disciplinati dall'art. 11 della l. 241 abbiano natura essenzialmente pubblicistica, per quanto siano caratterizzati da una struttura *contrattuale* che pone in relazione sinallagmatica le *prestazioni* delle parti e che giustifica l'applicazione in via suppletiva dei *principi del Codice civile in materia di obbligazioni e contratti*, sembra possibile ipotizzare la sussumibilità di tali fattispecie sotto la menzionata disposizione.

¹⁰² PERICU, *L'attività consensuale*, cit., 723.

¹⁰³ CASTIELLO, *Gli accordi integrativi e sostitutivi*, cit., 165-166.

¹⁰⁴ SCOCA F.G., *Autorità e consenso*, in *Dir. Amm.*, 2002, 431 e ss.; FALCON, *Le convenzioni*, Milano, 1984, spec. 216.

¹⁰⁵ IPSEN, *Offentiliche*, cit..

¹⁰⁶ PERICU, *Note*, cit., 101.

¹⁰⁷ COMPORI, *Il sindacato del giudice sulle obbligazioni pubbliche*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2010, 369 e ss., spec. 385.

¹⁰⁸ Sul tema sia consentito rinviare a LIGUORI, AULETTA, *La Plenaria, il “dialogo” tra le giurisdizioni e la motivazione che non c'è*, in *www.giustamm.it*.

6.2. Spunti per una qualificazione dogmatica unitaria delle varie forme di incentivazione dell'attività economica privata: il contratto di diritto pubblico a doppia causa.

La proposta di utilizzare lo schema regolatorio fornito dall'art. 11 della l. 241 impone peraltro una premessa di metodo.

Come si anticipava il variegato universo degli ausili pubblici alle imprese viene razionalizzato talora facendo ricorso a delle classificazioni tipologiche, talaltra a delle classificazioni di tipo funzionale: le prime, a me pare, esauriscono la loro utilità su di un piano puramente *descrittivo*, mentre le seconde (ed in specie quella formulata da Spagnuolo Vigorita) hanno una valenza *prescrittiva*, nel senso che consentono di individuare uno schema unitario che ricomprende le diverse forme di finanziamento pubblico.

Prima di passare all'esame della classificazione funzionale (o meglio propriamente causale) teorizzata da Spagnuolo Vigorita (che sarà utile ai fini della ricostruzione dogmatica che qui si vuole ipotizzare), vanno brevemente esaminate, per dovere di completezza, le classificazioni fondate su criteri tipologici. In alcuni casi il criterio discretivo viene individuato tenendo in considerazione il tipo di attività riguardato dall'intervento; altre volte tenendo in considerazione l'impatto generale (e se del caso trasversale) o settoriale dell'intervento stesso. Si distingue quindi tra: misure dirette alla crescita del tessuto industriale nel suo complesso; misure di carattere settoriale; incentivi c.d. orizzontali.

Per altra dottrina¹⁰⁹, che si ispira ad un criterio teleologico, la *summa divisio* è quella tra aiuti difensivi, diretti a preservare le capacità produttive dell'industria in un momento di congiuntura negativa, e aiuti offensivi, diretti alla ristrutturazione e alla riconversione produttiva.

Spagnuolo Vigorita, sebbene tenendo conto delle specificità che presentano le varie tipologie di ausilio (anzitutto riguardo al se rivestano una forma pubblicistica o privatistica), individua invece il *trait d'union* tra le varie macrocategorie nella *causa economica* dell'intervento dello Stato: "si deve riconoscere carattere interventistico in senso proprio alle misure che si propongono come scopo tipico [al di là della forma che assumono, n.d.s.] la *manovra politico-economica* dei settori o zone considerate, in questi agendo (come può dirsi) nell'interesse dell'economia"¹¹⁰. A ben vedere tale ricostruzione è apprezzata anche da chi, come Pericu, ha ritenuto, seguendo un approccio di tipo *strutturale*, di dover *isolare* il provvedimento tipico di sovvenzione dalle altre forme di ausilio pubblico alle imprese: "incentivazione economica è termine generico con il quale, nel linguaggio comune, si designano figure giuridiche assai diverse tra loro, sia sotto il profilo strutturale che quello causale, accomunate soltanto

¹⁰⁹ GIANNINI M.S., *Diritto pubblico dell'economia*, Bologna, 1995, spec. 246.

¹¹⁰ *Attività economica privata e potere amministrativo*, ora in *Opere giuridiche*, II, Napoli, 2011, 1 e ss., spec. 65.

dall'identità della funzione economica svolta (evidenziazione mia) consistente nel determinare da parte della pubblica amministrazione un beneficio economico per un soggetto terzo”¹¹¹. Per quanto da altri Autori si osservi che le varie misure di incentivazione presentano un “ventaglio funzionale praticamente illimitato”¹¹², cosicché il ridetto criterio della causa economica si presenterebbe vago ed indefinito, si ritiene di aderire alla teoria di Spagnuolo Vigorita perché sembra la sola in grado di consentire l'individuazione di un filo conduttore tra modelli pubblicistici e modelli privatistici e, nell'ambito di ogni singolo modello, tra le diverse forme di incentivazione.

La ricostruzione che fa ruotare intorno alla *causa economica* l'individuazione di ciò che può considerarsi intervento pubblico è particolarmente utile, d'altro canto, ai fini della nostra proposta ricostruttiva. Occorre, d'altronde, tenere nel debito conto le specificità delle varie fattispecie.

Il modello che consente di realizzare tale duplice esigenza – rinvenire un *trait d'union* sotto il profilo funzionale tra le diverse forme di ausilio nella considerazione, nondimeno, delle rispettive peculiarità – è a nostro avviso quello del *contratto di diritto pubblico a doppia causa*: diretto, cioè, per un verso a realizzare la *causa del potere* (o pubblicistica), e cioè l'interesse pubblico per il cui conseguimento tale potere è esercitato – il che influenza la disciplina del tratto di rapporto ispirato a logiche pubblicistiche -, e per altro verso la *causa negoziale* (o privatistica) – che viceversa consente di individuare tra i principi del Codice civile in materia di obbligazioni e contratti (da applicare in via suppletiva) quelli che, meglio di altri, si adattano al *tipo* concretamente posto in essere: causa di scambio, di garanzia, di mutuo, transattiva, associativa, ecc.. Si potrà in particolare ritenere che la *causa pubblicistica* sia la ricordata *causa economica*, laddove la *causa privatistica* servirà ad adattare la disciplina della fattispecie considerata – specie per quanto attiene al momento di esecuzione del rapporto – alle sue effettive modalità di svolgimento: la disciplina di tale contratto di diritto pubblico è da rinvenire nell'art. 11 della l. 241, per le ragioni che saranno appresso precisate.

Occorre però svolgere un rilievo preliminare: il riferimento alla doppia causa – modello utilizzato in passato dalla giurisprudenza civile per descrivere, sotto il profilo causale, il contratto preliminare in rapporto al contratto definitivo – non deve essere enfatizzato. Non bisogna in particolare pensare che tra i due momenti (quello pubblicistico relativo alla causa economica e quello privatistico riportabile di volta in volta alla causa di scambio, di garanzia, associativa, di attribuzione a titolo gratuito, ecc.) vi sia una netta cesura: viceversa, come pare

¹¹¹ *La politica dei concorsi, contributi e finanziamenti quali incentivi economici nel quadro normativo vigente*, cit., spec. 491.

¹¹² GIANNINI M.S., *Diritto amministrativo*, Milano, 1988, spec. 691-692; dubbi sulla classificazione causale proposta da Spagnuolo Vigorita sono avanzati anche da CASSESE, *Recensione a Spagnuolo Vigorita, Attività economica privata e potere amministrato e Id., Problemi giuridici dell'ausilio finanziario pubblico a privati*, in *Riv. Dir. Comm.*, 1964, 487.

particolarmente evidente nel caso del mutuo agevolato, i due piani interferiscono tra loro sotto il profilo effettuale, tanto che il venir meno della causa economica produce la *normalizzazione* del mutuo, nel senso che si dirà.

La ricostruzione proposta, peraltro, può essere utilizzata anche laddove si ritenga, sulla scia di autorevole dottrina, che il potere pubblico (e di riflesso l'interesse che l'esercizio di quel potere costantemente orienta dal punto di vista teleologico) costituisca l'oggetto (e non la causa) dell'accordo, mentre la nozione di causa viene richiamata per individuare la disciplina giuridica applicabile alla fase esecutiva del rapporto¹¹³.

Si deve infatti ricordare che la più recente dottrina¹¹⁴ ha contestato l'impostazione teorica fatta propria dagli Autori dell'inizio del Novecento, i quali a loro volta erano intrisi degli insegnamenti della Scuola pandettistica, ritenuti applicabili anche nella ricostruzione dogmatica del provvedimento amministrativo.

Epperò si può osservare che l'elemento causale inteso come interesse pubblico primario al cui soddisfacimento risulta indirizzata l'azione amministrativa si attegga diversamente nelle fattispecie in cui il potere è oggetto di negoziato tra p.a. e privato: in questo caso infatti occorre conciliare la discrezionalità – intesa come “carattere finalisticamente vincolato, in modo giuridicamente ed esternamente rilevante, delle determinazioni amministrative”¹¹⁵ – con l'adempimento, che esprime “quell'esigenza di stabilità che il modulo contrattuale è chiamato a garantire¹¹⁶: l'autorità ed il consenso.

Se dunque si continua a parlare della *causa economica* dell'accordo come *causa del potere* o pubblicistica è perché nel caso delle fattispecie consensuali il *ritorno allo schema causale* (messo giustamente da parte nella teorica del provvedimento unilaterale) consente di spiegare efficacemente la ragione giuridica della *reciproca impegnatività* dell'accordo. Vero è inoltre che la dottrina civilistica ha abbandonato definitivamente la ricostruzione “bettiana” della causa come funzione economico-sociale del contratto¹¹⁷ per aderire alla teoria della *causa in concreto*: la causa è “la ragione pratica del contratto, cioè l'interesse che l'operazione contrattuale è diretta a soddisfare”¹¹⁸. Ora, sintetizzando le acquisizioni della dottrina civilistica e di quella amministrativistica in ordine alla nozione di causa del contratto (rispettivamente di diritto privato o pubblico), si può ben affermare che l'accordo di cui all'art. 11 (normotipo del contratto di diritto pubblico) abbia una *doppia causa*, poiché come già detto in esso convivono aspetti che più marcatamente attengono all'esercizio, sebbene in

¹¹³ GRECO, *Accordi*, cit., spec. 144.

¹¹⁴ Per tutti vedi VILLATA, RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, Torino, 2006, spec. 224 e ss..

¹¹⁵ FALCON, *Le convenzioni*, cit., spec. 231.

¹¹⁶ IMMORDINO, *Legge sul procedimento amministrativo, accordi e contratto di diritto pubblico*, in *Dir. Amm.*, 1997, 103 e ss., spec. 114.

¹¹⁷ BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, rist. II ed., Napoli, 1994, 170 e ss.

¹¹⁸ BIANCA, *Diritto civile*, III, Milano, 2000, 447.

forma consensuale, del potere (che rimane pur sempre potere) ed aspetti che riportano alla dinamica (specie dal punto di vista delle reciproche prestazioni) del contratto a prestazioni corrispettive.

L'aspetto realmente caratterizzante è dato, in definitiva, dalla negoziazione del potere: per realizzare una finalità di stampo pubblicistico (che abbiamo voluto chiamare causa economica riprendendo l'insegnamento di Spagnuolo Vigorita) l'amministrazione attinge non già allo strumentario del provvedimento unilaterale, ma cerca la *collaborazione* del privato, concordando con questi un programma di intervento – cui corrisponde un particolare assetto di interessi – che sia “voluto” (nell'accezione che tale termine esprime in materia contrattuale) dallo stesso privato. Il riferimento ai diversi schemi negoziali di diritto privato che vengono in rilievo nella fase attuativa del rapporto di sovvenzione serve solo a descrivere le (e selezionare la disciplina applicabile alle) modalità concrete secondo cui tale intervento – a sua volta attuativo di una particolare politica economica, e quindi di rilievo pubblicistico - si compirà.

In conclusione, l'intervento pubblico nell'economia (la causa economica) descrive *il perché* – sostenere una certa produzione ovvero incentivare la ripresa economica di un'area depressa -, nel mentre il ricorso (a seconda dei casi) all'attribuzione patrimoniale senza obbligo di restituzione, con impegno del privato a utilizzare il beneficio per una certa finalità, alla *causa mutui*, o ancora allo scopo di garanzia – e cioè a quella che abbiamo voluto chiamare causa privatistica – descrive *il come*.

La formula sintetica che potremmo utilizzare è: unità della funzione e della disciplina – il *perché* – pur nella necessaria considerazione delle peculiarità rispetto al *come* il rapporto di agevolazione si svolge in concreto.

6.3. Esempificazioni.

Esposto per sommi capi il contenuto della nostra proposta ricostruttiva occorre sottoporla al vaglio di un esame più attento, verificando in primo luogo come essa *funziona* in relazione alle diverse forme di ausilio pubblico.

Nello specifico, laddove vi sia una sovvenzione in senso stretto (ossia nel senso fatto palese dagli studi di Pericu), cioè un provvedimento unilaterale ed autoritativo (sebbene si tratti di un'autoritatività “minore o riflessa”), lo schema di riferimento sarà quello dell'accordo procedimentale.

Vero è che l'art. 11 della l. 241 prevede che l'accordo debba concernere il contenuto discrezionale del provvedimento, mentre sappiamo che in virtù della regola posta dall'art. 12 la discrezionalità nelle fattispecie di attribuzione di incentivi si esaurisce a monte in sede di determinazione dei criteri, residuando a valle (e cioè nell'atto applicativo, ossia nella

sovvenzione propriamente detta) al più profili di natura tecnico-discrezionale. Si potrebbe quindi obiettare che nel caso in esame non vi sia un “contenuto discrezionale del provvedimento” da negoziare.

Una simile critica non sembra peraltro dirimente: in primo luogo, perché la giurisprudenza amministrativa sembra ammettere l'utilizzabilità degli accordi di cui all'art. 11 anche laddove il potere negoziato sia di carattere vincolato¹¹⁹; in secondo luogo perché la dottrina civilistica ha abbandonato da tempo l'idea che il contratto sia sempre e comunque il “luogo” dove si incontrano in posizione paritaria e con eguale “peso” le volontà dei contraenti: anche nel diritto civile, infatti, “volere il contratto” può significare accettare (o meno) un regolamento di interessi interamente predisposto dalla controparte, il che per lo più accade quando vi è una rilevante disparità riguardo al rispettivo “potere contrattuale”¹²⁰.

Trasponendo quest'ordine di considerazioni al caso che ci interessa – fatti logicamente i dovuti adattamenti –, si potrebbe ritenere che la volontà contrattuale del privato si esaurisca nell'accettazione del regolamento di interessi interamente prefigurato a monte dall'amministrazione allorché determina i criteri di attribuzione dell'incentivo.

Ancora, si potrebbe invocare lo schema delineato nell'art. 1333 c.c. (contratto con obbligazioni a carico del solo proponente) che autorevole dottrina considera norma per così dire complementare rispetto all'art. 1321 c.c. (dove invece campeggia il riferimento alla necessità dell'accordo), nel senso che in questo caso il contratto rappresenta “manifestazione di autonomia del dichiarante, neutra rispetto alla necessità di una ulteriore accettazione”¹²¹; ovvero, più verosimilmente¹²², quello della promessa al pubblico (artt. 1987 e ss.).

Il punto merita una breve digressione. Si discute della natura unilaterale o contrattuale di tale ultimo negozio, da cui scaturisce – va ricordato – l'obbligo per il promittente di effettuare una determinata prestazione patrimoniale a favore di chi si trovi in una certa situazione ovvero compia una certa attività: in specie, chi sostiene la natura contrattuale della promessa assegna alla comunicazione di cui all'art. 1989, comma 2, c.c. il valore di accettazione¹²³; mentre da altra dottrina si nota che in questo modo sarebbe esclusa la rilevanza della volontà e della consapevolezza del terzo: non a caso l'art. 1987 parla di azione e non di prestazione¹²⁴.

¹¹⁹ Cons. St., Sez. VI, 5 febbraio 2002, n. 2636; Cons. St., Sez. IV, 10 dicembre 2007, n. 6344.

¹²⁰ Cfr. in tema ALPA, *Il futuro del contratto. Brevi cenni di una ricerca bibliografica*, in *Giur. it.*, 1984, IV e IRTI, *Scambi senza accordo*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1998, I, 347 e ss..

¹²¹ SACCO, DE NOVA, *Il contratto*, in *Trattato di diritto civile* (diretto da SACCO), Torino, 1993.

¹²² Considerato che la fattispecie si connota, pur nelle sue diverse varianti, per la sussistenza di un'obbligazione di scopo in capo al sovvenzionato.

¹²³ SBISÀ, *Promessa al pubblico*, in *Dig. disc. privatistiche*, Torino, 1997, *ad vocem*.

¹²⁴ DI MAJO, *Promessa unilaterale* (dir. civ.), in *Enc. Dir.*, XXXVII, Milano, 1988.

Comunque si voglia intendere la natura giuridica della promessa al pubblico, si ammette generalmente la possibilità che la stessa si inserisca in un meccanismo contrattuale più complesso, come accade nel caso di chi prometta di stipulare un contratto d'appalto a chi presenterà il miglior progetto edilizio.

Tale modulo sembra attagliarsi bene alla fattispecie che ci interessa: l'amministrazione sceglie *ex ante* le condizioni ricorrendo le quali si impegna ad erogare una somma di denaro, ma una volta che sia stata verificata la concreta ricorrenza di queste sorge (automaticamente ovvero in forza di una successiva manifestazione di volontà delle parti: a seconda che si intenda la promessa come produttiva di una *obbligazione* de praestando, ovvero, nelle fattispecie più complesse, come quella esaminata, di una *obbligazione* de contrahendo) un rapporto di natura contrattuale avente ad oggetto, da un lato, l'attribuzione patrimoniale da parte dell'amministrazione, dall'altro, l'esecuzione di un *facere* specifico da parte del sovvenzionato. La *datio* ed il *facere* che costituiscono oggetto delle rispettive obbligazioni della p.a. e del privato sono posti *in relazione di corrispettività*, con quanto ne consegue in punto di qualificazione della decadenza dal beneficio in termini di atto (di natura non autoritativa) di gestione del rapporto obbligatorio (relativo al profilo adempimento/inadempimento)¹²⁵. Il potere può tuttavia riemergere nella fase di esecuzione del rapporto, allorché l'amministrazione ravvisi ragioni (sopravvenute) di interesse pubblico che le impongano di recedere unilateralmente dall'accordo. Considerata la commistione del momento *dell'autorità* e di quello *del consenso* (e di aspetti disciplinatori propri del diritto pubblico e del diritto comune), la qualificazione della fattispecie in termini di accordo procedimentale – perché è pur sempre il provvedimento recettivo del contenuto dell'accordo a costituire concretamente gli effetti obbligatori – sembra corretta.

Va data contezza di un caso in cui la fattispecie in esame (sovvenzione in senso proprio) può essere riguardata alla stregua di un accordo (non procedimentale, ma) sostitutivo ex art. 11 l. 241. L'art. 6, comma 4, del d.lgs. 123 del 1998 – nell'ambito della norma rivolta a disciplinare la procedura negoziata per l'attribuzione di incentivi all'attività produttiva – stabilisce che “l'atto di concessione di intervento può essere sostituito da un contratto conforme a quanto previsto nel bando”. Una volta individuato il richiedente cui il beneficio spetta (a seguito dell'istruttoria disciplinata dal comma 3, che rinvia alle “corrispondenti” norme in tema di procedura valutativa), la pubblica amministrazione, che ha già consumato la propria discrezionalità nella prescrizione del bando, può (malgrado ciò: a dimostrazione del

¹²⁵ Profilo, questo, messo in evidenza dalla Cassazione: vedi in termini perspicui Cass. S.U., 10 maggio 2001, n. 183 e, in dottrina, da PAOLANTONIO, *Articolo 1, comma 1-bis. Principi generale dell'azione amministrativa*, in PAOLANTONIO, POLICE, ZITO (a cura di), *La pubblica amministrazione e la sua azione. Saggi critici sulla l. n. 241/1990 riformata dalle leggi n. 15/2005 e 80/2005*, Torino, 2005, 77 e ss., spec. 106.

fatto che è possibile stipulare accordi anche laddove si tratti di atti vincolati, come ritiene la giurisprudenza amministrativa) sostituire il provvedimento unilaterale con un “contratto”.

Vero è che il legislatore non rinvia né esplicitamente né implicitamente (ad esempio attraverso l'utilizzo dell'espressione “accordo”, in luogo di “contratto”) all'art. 11 della l. 241: ma tale osservazione, per quanto colga l'improprietà linguistica del legislatore, non è di per sé idonea ad escludere che il modello di riferimento sia quello del contratto di diritto pubblico. In molti casi la dottrina ha qualificato – specie prima che la l. 15 del 2005 “detipicizzasse” l'accordo sostitutivo – in tal senso delle fattispecie (concessioni di pubblico servizio, contratti di servizio, accordi bonari sostitutivi del provvedimento di espropriazione, che una remota ma avanguardistica giurisprudenza della Cassazione definiva come “negozio di diritto pubblico”¹²⁶) rispetto alle quali pure mancava il richiamo all'art. 11. E comunque l'art. 6, comma 4, d.lgs. 123 del 1998 rappresenta per avveduta dottrina una di quelle poche ipotesi *tipiche* di accordo sostitutivo anteriormente alla riforma del 2005¹²⁷.

A suffragio di quanto detto (compatibilità ontologica tra la sovvenzione e lo schema dell'accordo sostitutivo), si possono richiamare i casi in cui l'erogazione di sovvenzioni si iscriva in una fattispecie più complessa, che viene qualificata in termini di accordo ex art. 11 con quanto ne consegue anche dal punto di vista della giurisdizione. A titolo meramente esemplificativo, si ricordino le ipotesi: delle sovvenzioni di esercizio erogate a favore del concessionario di un pubblico servizio¹²⁸; ovvero quella (dell'attribuzione o della revoca di, o alla decadenza da) incentivi erogati nel contesto di un patto territoriale o di altre figure della programmazione negoziata¹²⁹.

Anche le fattispecie del credito agevolato e della concessione di garanzia pubblica possono essere qualificate ricorrendo alla costruzione del contratto di diritto pubblico a doppia causa.

Ferma restando la strumentalità del credito agevolato e della concessione di garanzie pubbliche (e discorso analogo può essere condotto riguardo alla *causa societatis*) alla realizzazione della *manovra politico-economia dei settori o zone considerate*, lo schema sarà adattabile alle concrete modalità secondo cui le parti convengono di dare esecuzione al rapporto, così venendo in rilievo a seconda dei casi – e su di un piano subordinato a quello della causa pubblicistica ed in un certo qual modo condizionato alla sua permanenza – la causa caratteristica del contratto di finanziamento o di garanzia posto in essere.

¹²⁶ Cass. S.U., 21 febbraio 1969, n. 583.

¹²⁷ GRECO, *Accordi*, cit., 156, in nota; ma vedi *contra* ANTONIAZZI, *op. cit.*, 50, che ritiene che la norma riporti allo schema dualistico della concessione-contratto.

¹²⁸ Cass. S.U., 9 marzo 2005, n. 5056; in termini, Cass. S.U., 4 febbraio 2005, n. 2201; 25 novembre 1995, n. 12207; 15 novembre 1994, n. 9594.

¹²⁹ Cass. S.U., 23 marzo 2009, n. 6960; Cass. S.U., 8 luglio 2008, n. 18630.

Riteniamo utile analizzare specificamente in questa sede il (solo) caso del credito agevolato, per la sua forte potenzialità esplicativa: ma il ragionamento che qui di seguito verrà condotto è utilizzabile, *mutatis mutandis*, alla fattispecie della concessione di garanzia pubblica.

Può parlarsi di credito agevolato con riguardo alle ipotesi in cui l'imprenditore accede al credito a condizioni più vantaggiose – normalmente dovute all'accollo, da parte del soggetto pubblico, di una quota-parte dell'obbligazione di interessi – impegnandosi però, a titolo di corrispettivo per tale condizione agevolata, a destinare la somma presa a mutuo per una finalità ritenuta dall'amministrazione (sulla base della legge) di interesse pubblico.

Sono quindi individuabili due segmenti: il rapporto di agevolazione e quello di credito. Essi sono reciprocamente interrelati e non vanno considerati atomisticamente ma come momenti distinti di una fattispecie convenzionale unitaria. Non osta alla configurabilità di tale modello unitario la (più sopra rilevata) eterogeneità della compagine soggettiva di tale *rapporto globale*, perché se è innegabile che il rapporto di agevolazione intercorre tra il soggetto pubblico - che si accolla una quota-parte dell'obbligazione di interessi in relazione ad un credito *inter alios* – e l'imprenditore sovvenzionato, mentre il soggetto pubblico resta sostanzialmente estraneo al rapporto di credito – viceversa intercorrente tra la banca ed il privato -, è altrettanto vero che il diritto civile conosce degli schemi unificanti – adattabili al caso in esame in virtù del richiamo ai principi civilistici operato dall'art. 11 – come quello della delegazione neutra (stando all'impostazione che vi intravede un negozio unico e trilaterale), che trova nella tedesca *Anweisung* (§ 783 BGB) il più vicino modello regolatorio. La caratteristica precipua della delegazione neutra è che essa, diversamente da quanto accade per la delegazione passiva e per quella attiva, non interviene su obbligazioni sottostanti da estinguere¹³⁰. L'esempio proposto da autorevole dottrina¹³¹ per spiegare il funzionamento della delegazione neutra è quanto mai utile per verificare l'applicabilità di tale schema – fatti, *ca va sans dire*, gli opportuni adattamenti – al rapporto che si instaura tra ente finanziatore, istituto di credito e privato finanziato: A vuole aiutare C, suo figlio, dandogli un capitale di centomila euro per intraprendere un'attività imprenditoriale, ma non dispone attualmente della somma; A incarica allora B, il quale, facendo credito ad A, corrisponde 100 a C. Nel caso di specie, B diviene creditore di A (delegante), sebbene erogando il credito a C, mentre A, a sua volta, è creditore di C (delegatario). L'operazione è quindi servita a creare due nuovi (cioè non preesistenti) rapporti di credito/debito.

¹³⁰ Si ricordi che il giureconsulto romano Celso (D. 24.1.3.12) individuava la causa della delegazione nella *celeritas coniungendarum actionum inter se*.

¹³¹ BIANCA, *Diritto civile*, IV, Milano 2007, 632; vedi in tema anche Cass. civ., 11 luglio 1969, n. 2549.

Adattando tale esemplificazione al caso che ci interessa: lo Stato (o l'altro soggetto pubblico) che intende incentivare una certa attività imprenditoriale, ma non dispone per intero dei fondi all'uopo necessari, delega una banca (rispetto alla quale non sussiste alcun rapporto pregresso di credito/debito per la medesima causa) a concedere credito ad un'impresa a condizioni di particolare favore (per esempio in relazione al tasso di interessi praticato); lo Stato (o altro ente pubblico) si impegna a tenere indenne la banca dal *peso economico* dell'operazione (per la parte rappresentata dalla condizione particolarmente vantaggiosa per il mutuatario); l'imprenditore assume verso l'ente pubblico che ha "ordinato" il finanziamento una particolare obbligazione di scopo (destinare la somma mutuata ad un determinato utilizzo, ad esempio all'acquisto di un nuovo macchinario) e verso l'istituto di credito l'obbligazione restitutoria della somma avuta in prestito, con deduzione del *quantum* (che costituisce l'in sé dell'agevolazione) di cui il soggetto pubblico s'è accollato il pagamento.

Orbene, i due momenti di questo rapporto unitario – uno più strettamente attinente alla *causa economica* l'altro alla *causa privatistica* – sono, come si diceva, fortemente interrelati tra loro, tanto che i sopravvenuti motivi di interesse pubblico che dovessero indurre l'amministrazione a revocare l'ammissione al beneficio – così ponendo nel nulla il rapporto di agevolazione – non possono non ripercuotersi sul rapporto di credito, che potrebbe sì continuare a sussistere ma solo in quanto "scremato" dai profili pubblicistici indotti dalla sua originaria accessorietà alla realizzazione di una causa economica: ciò che evidentemente continua a spiegare effetti non è il rapporto primigenio, ma un rapporto novato, dal quale esula l'obbligazione di scopo. Anzi, si può dire che la liberazione dall'obbligazione di scopo trova il suo contrappeso nell'estinzione in capo al soggetto pubblico dell'obbligazione di corrispondere una parte degli interessi, obbligazione che rende il mutuo (per l'appunto) *agevolato* rispetto a quello normalmente concesso dagli istituti di credito. Se quindi nella fase esecutiva è preponderante il momento dell'*adempimento* (e cioè del consenso) è altresì evidente che il momento dell'*autorità* (cioè del potere) sussiste non solo nella fase genetica del rapporto, ma anche (eventualmente) nel momento esecutivo potendo condizionare la sopravvivenza del rapporto di credito, almeno nei termini in cui (cioè con le finalità ulteriori con cui) era originariamente concepito, secondo lo schema caratteristico del contratto di diritto pubblico¹³², misto di *autorità* e *consenso*.

6.4. Implicazioni di regime della teoria del contratto di diritto pubblico a doppia causa.

¹³² Vedi GRECO, *Accordi*, cit., 239 e ss..

Vanno ora chiarite le implicazioni “di regime” della costruzione qui proposta.

Anzitutto, il passaggio dallo schema dualistico a quello convenzionale (contratto di diritto pubblico) ha, in sé e per sé considerato, l'utilità di razionalizzare lo statuto regolatorio delle fattispecie che vi rientrano, dotandole di un minimo di disciplina comune di origine legislativa e non giurisprudenziale¹³³. E questa utilità è tanto più apprezzabile laddove ci si misuri con una materia che abbiamo detto essere caratterizzata da un quadro normativo frastagliato e difficilmente riconducibile ad unità.

Non vi è dubbio, comunque, che l'implicazione di regime più rilevante della teoria del contratto pubblico a doppia causa sia quella che attiene alla c.d. conseguenza giurisdizionale.

L'orientamento granitico delle Sezioni Unite quanto al riparto di giurisdizione nella materia di che trattasi può essere così sintetizzato: *se si ha riguardo alla fase anteriore all'erogazione del contributo*, e lo stesso è riconosciuto direttamente dalla legge senza alcun margine di valutazione discrezionale in capo alla p.a., ovvero l'amministrazione abbia già definito a chi esso vada attribuito, la giurisdizione spetta al g.o.; mentre spetta al g.a. laddove, residuando un margine di valutazione alla p.a., la posizione del privato sia da qualificare in termini di interesse legittimo; *se si ha riguardo alla fase successiva all'erogazione del contributo*, la giurisdizione spetta al g.a. se lo scioglimento del rapporto trova la sua motivazione in (sopravvenute?) ragioni di interesse pubblico; mentre spetta al g.o. se la controversia riguardi la fase d'attuazione del rapporto stesso, vale a dire il profilo dell'*adempimento/inadempimento* delle reciproche *prestazioni* da parte dell'amministrazione e del privato sovvenzionato¹³⁴.

Tale giurisprudenza è criticabile per due ordini di ragioni: per un verso, dalla relativa lettura non si comprende bene – complice il sistematico mancato riferimento all'art. 12 della l. 241 – se la fattispecie (che costituisce la regola) in cui l'atto attributivo faccia pedissequa applicazione dei criteri distributivi predeterminati a monte vada qualificata in termini di procedimento a risultato certo (cioè vincolato); per altro verso è tutta da dimostrare (per le ragioni sopra esposte) l'affermazione per cui la posizione giuridica soggettiva del privato sia, allorché la legge riconosca senza l'intermediazione di un potere discrezionale della p.a. la spettanza di un beneficio, di diritto soggettivo.

A fronte di tale incertezze l'attribuzione di tutta la materia al Giudice amministrativo in funzione di giudice esclusivo sembra quella più affidabile, sotto il profilo della certezza e

¹³³ Come chiarisce GRECO, *Accordi*, cit., 163.

¹³⁴ Cass. S.U., 9 gennaio 2007, n. 117; Id., 25 luglio 2006, n. 16896; Id., 10 marzo 2003, n. 5617; 22 luglio 2002, n. 10689; di recente, con segnato riguardo alla questione delle quote latte, vedi Cass. S.U., 12 ottobre 2011, n. 20929.

della prevenzione di conflitti di giurisdizione, nonché sotto il profilo della concentrazione e quindi dell'effettività della tutela¹³⁵.

Ciò chiarito dal punto di vista dell'individuazione del Giudice avente giurisdizione, possiamo passare ad esaminare, brevemente, le tecniche di tutela attingibili dal privato.

Su tale aspetto va segnalato un progressivo affinamento della giurisprudenza.

Se in un primo momento il g.a. ha ritenuto che la controparte privata di un accordo ex art. 11 potesse servirsi dell'azione avverso il silenzio in caso di inerzia, dell'azione di annullamento in caso di atto difforme dal contenuto dell'accordo (nei casi di accordo procedimentale), dell'azione risarcitoria consequenziale alle prime due, mentre non era ammessa la tutela di accertamento (dell'inadempimento) se non con riguardo a casi specifici, né l'azione di cui all'art. 2932 c.c.¹³⁶; la posizione espressa più di recente è diversa, in quanto all'assoggettamento delle controversie in materia di accordi alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo deve accompagnarsi "una tutela della situazione giuridica sottesa, che possa definirsi piena"¹³⁷. Questo perché "l'art. 11 accresce la pienezza di tutela avanti al giudice amministrativo non solo estendendo la *vocatio in ius*, ma anche ammettendo il ricorso ai rimedi contrattuali, previsti nel codice civile, nel processo amministrativo"¹³⁸, come ad esempio l'azione di adempimento¹³⁹.

Le soluzioni sperimentate con riferimento agli accordi di cui all'art. 11 – come spesso è accaduto nello sviluppo del processo amministrativo allorché ha mutuato, utilizzando come banco di prova la giurisdizione esclusiva sui diritti, istituti del diritto civile, specie processuale – trovano in qualche modo compiuto sviluppo nei più recenti arresti della giurisprudenza¹⁴⁰, che operando sovente *praeter codicem*, ha strutturato il processo amministrativo - oggi da intendersi, almeno tendenzialmente, come giudizio sul rapporto e non solo sull'atto - intorno al principio (ancora in via di consolidamento) dell'atipicità delle azioni a tutela della situazione soggettiva dedotta nel processo (l'interesse legittimo), sulla

¹³⁵ Sulla scorta di queste ragioni – e richiamandosi ad una giurisprudenza pregressa rimasta minoritaria - Cons. St., Sez. VI, 28 gennaio 2013, n. 517/o., in *www.giustamm.it*, con mio commento *Ausili pubblici: qualche spunto riflessivo per fornire una diversa soluzione alla questione del riparto di giurisdizione (a margine di Cons. St., Sez. VI, 28 gennaio 2013, n. 517/o.)* [cui sia consentito rinviare per più ampi riferimenti giurisprudenziali], ha chiesto alla Plenaria di fornire una soluzione alternativa al consolidato orientamento pretorio sul riparto di giurisdizione in materia di incentivi pubblici, con segnato riguardo a quelle controversie che originano dalla revoca/decadenza di un contributo già riconosciuto come spettante con un provvedimento di natura autoritativa.

¹³⁶ Cons. St., Sez. VI, 15 maggio 2002, n. 2636.

¹³⁷ Cons. St., IV Sez., 4 maggio 2010, n. 2568.

¹³⁸ Cfr. ancora Cons. St., IV Sez., 4 maggio 2010, n. 2568.

¹³⁹ Riconosce l'esperibilità dell'azione di cui all'art. 2932 c.c., pur senza prendere partito circa la natura privatistica o pubblicistica degli accordi Cons. St., Ad. Plen., 28 maggio 2012, n. 28.

¹⁴⁰ Vedi in particolare Cons. St., Ad. Plen., 23 marzo 2011, n. 3 e 31 luglio 2011, n. 15.

falsariga del principio chiovendiano¹⁴¹, per cui il processo (anche quello amministrativo) deve dare a chi spetta tutto quello e proprio quello che si ha il *diritto* di conseguire secondo l'ordinamento giuridico¹⁴².

A fronte della mancata adozione del provvedimento concordato si potrebbe immaginare una tutela costitutiva del tipo di quella offerta dall'art. 2932 c.c. per la fattispecie del mancato adempimento dell'obbligazione *de contrahendo* assunta con un contratto preliminare; laddove nel caso in cui l'atto produttivo degli effetti sia quello bilaterale (accordo sostitutivo) occorre riconoscere la spettanza dei rimedi contrattuali, atteso il carattere corrispettivo delle prestazioni su cui verte l'accordo (da un lato il versamento di quanto dovuto, dall'altro l'obbligo di destinare la somma ad una certa finalità, indipendentemente dalla sussistenza di un'obbligazione restitutoria, che si affianca eventualmente a quella di scopo): e quindi dell'azione di risoluzione, specie di quella per inadempimento (in particolare, da parte della p.a., considerato il carattere incoercibile dell'obbligazione di *facere* che grava sul sovvenzionato, la cui colpa va valutata secondo il metro utilizzato in diritto civile per le obbligazioni di risultato¹⁴³; ma fruibile anche dal privato) e di quella di adempimento - anche all'adozione del provvedimento attributivo, laddove non sia emanato o sia illegittimamente negato - da parte del privato¹⁴⁴.

¹⁴¹ CHOVEDA, *Principi di diritto processuale civile*, Napoli, 1912, rist. 1965, 81.

¹⁴² Qualche spunto critico su questi sviluppi può leggersi nel mio *L'incertezza dell'identità del Codice del processo amministrativo persiste*, cit., cui sia consentito rinviare ancora una volta.

¹⁴³ Sul punto cfr. BIANCA, *Diritto civile*, V, Milano, 1994, 27 e ss..

¹⁴⁴ Tale ultimo assunto è (ulteriormente) confortato dalla recente modifica dell'art. 34, comma 1, lett. c) del Codice del processo amministrativo, che ha introdotto nell'ordinamento l'azione di condanna c.d. pubblicistica. Su tali aspetti sia consentito rinviare, anche per altri riferimenti, al mio *L'incertezza dell'identità del Codice del processo amministrativo persiste anche dopo i c.d. correttivi: alcune brevi osservazioni*, in www.giustamm.it.

Strumenti contrattuali e profili fiscali. Donazione di partecipazioni societarie e rimedi alternativi a confronto.

di Loredana Strianese

ABSTRACT

There are several aspects of a fiscal nature that characterize the issue relating to the contract of donation of shareholdings, but it requires the prior need to retrace the civil law. This need not be avoided if you intend to carry out an investigation on two floors (the statutory and tax). Very important are the ways in which such a donation can be made. Despite differences over the nature of the present case, what is important to remember is that the object of the donation is social participation, and not a portion of the assets of the company. Once framed the operation under civil law, it is necessary to proceed to a more careful examination of the taxation of the donation of shares, both in terms of direct and indirect in that.

SOMMARIO 1. Profili civilistici del contratto di donazione di partecipazioni societarie. 2. L'ambito di applicabilità dell'imposta sulle successioni e donazioni con specifico riguardo alla donazione di partecipazioni societarie. 3. La tassazione della donazione di partecipazioni societarie 3.1 La donazione di partecipazioni societarie nelle imposte indirette 3.2 La donazione di partecipazioni societarie nelle imposte sui redditi 4. La strada alternativa del conferimento d'azienda. Il passaggio generazionale dell'impresa realizzato per il tramite di un soggetto societario. 4.1. Soluzioni a confronto: il conferimento dell'azienda in società (prima della donazione delle partecipazioni) e la donazione dell'azienda ai familiari (con conferimento successivo in società). 4.2. Il conferimento di azienda quale strumento di pianificazione del passaggio generazionale. Profili conclusivi in tema di imposizione.

1. *Profili civilistici del contratto di donazione di partecipazioni societarie.*

Al fine di agevolare il cd. il passaggio generazionale delle aziende di famiglia¹, il legislatore nazionale ha previsto (all'articolo 3, comma 4 *ter*, del D. Lgs. n. 346/1990 e successive modificazioni) l'esenzione dall'imposta sulle successioni e donazioni per i trasferimenti di aziende o rami di esse, di azioni e quote sociali, purché attuati in favore dei discendenti e del coniuge mediante disposizioni *mortis causa*, donazioni, atti a titolo gratuito o costituzione di vincoli di destinazione, nonché mediante i patti di famiglia², di cui agli artt. 768 *bis* e seguenti del codice civile.

Nell'intento di tratteggiare gli aspetti che contrassegnano la tematica in esame, ponendone in risalto i profili di criticità rilevanti sul piano fiscale, si impone la preliminare necessità di ripercorrerne la disciplina civilistica. Tale esigenza risulta, di per sé, imprescindibile ove ci si accinga a preordinare un'indagine su due piani (quello civilistico e quello fiscale) contaminati tra loro che attengono alla donazione avente ad oggetto le partecipazioni sociali³. Particolarmente rilevanti appaiono al riguardo le modalità⁴ con le quali tale donazione può essere attuata.

Al fine di inquadrare la fattispecie in discorso è necessario dar conto del dibattito concernente la sua natura giuridica. Volendo riferire soltanto delle posizioni principali, parte della dottrina configura la partecipazione sociale come posizione contrattuale, comprendente quel complesso di diritti, poteri ed obblighi che fanno capo al socio⁵. La tesi è particolarmente caldeggiata in riferimento alle società di persone, dove evidente è

¹ GENOVESE, Il passaggio generazionale dell'impresa: la donazione di azienda e di partecipazioni sociali, in Riv. Dir. Comm., 2002, 705. Utilissima la sintesi realizzata da TASSANI, *Profili fiscali del passaggio generazionale d'impresa*, studio 36-2011/T, approvato dalla Commissione Civilistica del CNN il 15 luglio 2011.

² Fra i molti, per approfondire la conoscenza del patto di famiglia si può leggere ATTANZIO, *L'impresa di generazione in generazione*, in *Quaderni della Fondazione Italiana per il Notariato, Patti di Famiglia per l'impresa*, Milano 2006, 16; PALERMO (a cura di), *Il patto di famiglia*, Torino, 2009; CASU, *Il patto di famiglia: rassegna ordinata di dottrina nella sue prime interpretazioni*, in Studi e materiali del CNN, 2006, n. 2; VOLPE, *Il patto di famiglia*, Napoli, 2011. VOLPE, *Il patto di famiglia, Artt. 768 bis-768 octies*, in *Il codice civile. Commentario* (a cura di Busnelli), Milano, 2012.

³ FERRI, *Le società*, in Tratt. Dir. Civ. it., diretto da F. Vassalli, Torino 1987, II ed. Si veda anche GENOVESE, *Il passaggio generazionale dell'impresa: la donazione d'azienda e di partecipazione sociale*, op. cit., p. 744, ove si afferma che la disciplina della donazione di partecipazione sociale si determina in base al "raccordo fra la disciplina delle donazioni" e la rilevanza della partecipazione sociale "come cespite patrimoniale". Precisiamo, peraltro, che nel corso del presente lavoro si procederà ad una trattazione unitaria della partecipazione sociale relativa a tutti i tipi sociali, di persone e di capitali, evidenziandone talora le peculiarità.

⁴ Ad esempio, in giurisprudenza si discute se la donazione di quote debba essere assistita dalla garanzia per evizione. Cass. 1 aprile 1996, n. 3001, in Corr. Giur. 1997, p. 81, che ritiene che il donante debba prestare la garanzia nei limiti dell'art. 797 c.c.

⁵ FERRI, *Le società*, op. cit., pp. 497 ss.

l'assunzione delle obbligazioni sociali da parte dei soci, ma è validamente sostenuta anche con riferimento alle s.r.l.⁶

Altra parte della dottrina⁷, unitamente alla giurisprudenza dominante⁸, rileva il carattere non immobiliare della partecipazione, ed anzi osserva che l'art. 812 c.c. ne impone la qualifica quale bene mobile immateriale⁹.

Nonostante tali divergenze, sia pure interessanti sotto il profilo teorico, va rimarcato che la qualificazione comporta ben poche conseguenze dal punto di vista pratico, ovvero in termini di disciplina applicabile, salvo il riferimento alla natura (se sia o meno costitutiva) del consenso dei soci, qualora sia necessario al perfezionamento della fattispecie traslativa. Ad ogni modo, la giurisprudenza sembra propendere per la tesi che ritiene la partecipazione quale bene immateriale¹⁰. Tanto basta, per considerare che – a prescindere dalla natura che si intende attribuirle – l'oggetto della donazione è la partecipazione sociale, e non una quota del patrimonio della società: alla *pars patrimonii*, infatti, si può fare riferimento solo per dare alla partecipazione “concretezza materiale”, nel dato momento storico¹¹. Il socio non è, di per sé, titolare di alcun bene sociale, ma di una partecipazione, che appunto indica la misura della sua “partecipazione” alla società e che costituisce un'autonoma entità¹².

La conseguenza pratica che desta particolare interesse attiene alla forma della donazione. Ebbene, per quanto riguarda la compravendita di partecipazioni societarie comprendenti beni immobili, la necessità della forma scritta è stata negata dalla giurisprudenza, “*proprio perché il negozio di cessione determina dei diritti e degli obblighi inerenti alla qualità di socio, ma non già il*

⁶ SANTINI, *Della società a responsabilità limitata*, in Comm. Cod. Civ., a cura di Scialoja e Branca, Bologna – Roma, 1992, p. 111.

⁷ BIONDI, *Le donazioni*, *Trattato di diritto civile italiano*, diretto da Vassalli, Torino, 1961, 339.

⁸ Cass. 23 gennaio 1997 n. 697 in Giur. It., 1997, I, 2, p. 1044. Trib. Milano, 28 marzo 2000, in Vita Not., 2000, p. 1507.

⁹ L'assunto per le s.r.l. troverebbe conferma nella disciplina introdotta con il d.lgs. n. 88 del 1993, che prevede, infatti, la possibilità di costituire la società con atto unilaterale. In tale caso, infatti, il riferimento alla cessione di contratto appare difficilmente immaginabile, essendo forzata la finzione di considerare i soci come “contraenti ceduti”.

¹⁰ Cass. 26 gennaio 2000, n. 6957, in *Società*, 2000, p. 1331, con nota di COLLIA.

¹¹ BIONDI, *Forma ed effetti della donazione di quote sociali*, in Foro il., 1960, V I, pp. 161-164.

¹² La tesi, da sempre più consolidata relativamente alle società di capitali (indubbiamente dotate di personalità giuridica), è stata invece oggetto di maggiori discussioni per quanto concerne le società di persone, secondo alcuni non dotate di soggettività giuridica (GALGANO, *Società in genere, Società di persone* ... pp. 85 ss. e 294 ss.), per cui i beni sociali sarebbero in “comproprietà” tra i soci. Nonostante la mancanza di riconosciuta personalità e l'autonomia patrimoniale imperfetta, resta preferibile la tesi (ormai prevalente) che riconosce la soggettività giuridica anche alle società di persone.

*trasferimento del patrimonio sociale*¹³, poiché il patrimonio stesso resta di titolarità della società¹⁴.

Quando nel patrimonio della società siano presenti beni mobili, oltre all'atto pubblico è necessario uno specifico elenco, con indicazione del relativo valore (art. 782 c.c., comma primo)¹⁵.

1. L'ambito di applicabilità dell'imposta sulle successioni e donazioni con specifico riguardo alla donazione di partecipazioni societarie.

Il D. Lgs. n. 346/1990 e successive modificazioni, innanzi menzionato, disciplina l'imposta sulle successioni e donazioni, secondo le indicazioni che, sinteticamente, qui di seguito si riportano, al fine di tracciare la relativa disciplina prima di evidenziarne le criticità.

Quanto all'imposta di successione a favore del coniuge e di altri parenti in linea retta, si applica l'aliquota del 4% ma solo sull'importo eccedente la franchigia di € 1.000.000 applicabile per ciascun beneficiario¹⁶; a favore dei parenti fino al 4° grado e degli affini in linea retta, nonché degli affini in linea collaterale fino al 3° grado, si applica invece l'aliquota del 6% sull'importo eccedente la franchigia di € 100.000; infine, a favore di tutti gli altri soggetti, si applica, senza franchigia, l'aliquota dell'8% sull'intero importo netto dell'asse ereditario. Venendo all'imposta di donazione sui trasferimenti *inter vivos*,

- a favore del coniuge e di altri parenti in linea retta: si applica l'aliquota del 4% sull'importo eccedente la franchigia di € 1.000.000 per ciascun beneficiario;
- a favore dei parenti fino al 4° grado e degli affini in linea retta, nonché degli affini in linea collaterale fino al 3° grado: si applica l'aliquota del 6% sull'intero importo;

¹³ Cass. 28 febbraio 1998, n. 2252, in *Società*, 1998, p. 1163 ss., con nota di PONTI, *Forma del negozio di cessione delle quote di s.n.c. con patrimonio immobiliare*, p. 1165.

¹⁴ Tutta la problematica è trattata in BONILINI, *Trattato di Diritto delle successioni e donazioni*, Vol. VI – *Le donazioni*, Milano 2009, pp. 568 ss.

¹⁵ A differenza di quanto accade nel caso di donazione d'azienda, ove non è richiesto detto elenco, essendo l'azienda prevalentemente intesa come "*universitas*"; *iuris o facti* a seconda della tesi che maggiormente si predilige. Per la tesi, da noi preferita, dell'*universitas iuris*, si guardi a GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2006, 205 ss; già MENGONI, *Successioni per causa di morte. Parte Speciale. Successione necessaria*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da CICU e MESSINEO, e continuato da MENGONI, vol. XLIII – 2, Milano, 2000. Per l'altra, CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, Milano 2010, p. 671.

¹⁶ Lett. a), comma 48, art. 2, legge 286 del 24 novembre 2006. La franchigia legittimamente applicabile a ciascuna successione ammonta a tante volte quanti sono i beneficiari. Si veda Angelo BUSANI, *Portata ridotta per la franchigia degli eredi*, Il Sole 24 Ore del 28 ottobre 2006.

- a favore di tutti gli altri soggetti: si applica l'aliquota dell'8% sull'intero importo.

Per espressa previsione normativa (lett. a, commi 48 e 49, art. 2, legge 286/2006) in entrambe le ipotesi di trasferimento la franchigia si applica per ciascun beneficiario, erede o donatario¹⁷.

L'art. 3 comma 4 *ter* della normativa in commento stabilisce, come riferito innanzi, l'esenzione dall'imposta sulle successioni e donazioni per i trasferimenti di aziende o rami di esse, di azioni e quote sociali, attuati in favore dei discendenti e del coniuge mediante disposizioni *mortis causa*, donazioni, atti a titolo gratuito o costituzione di vincoli di destinazione e, infine, mediante i patti di famiglia. La stessa norma precisa tuttavia che, qualora il trasferimento abbia ad oggetto azioni o quote di partecipazione in società di capitali, la detta esenzione trova applicazione solo a condizione che il pacchetto azionario trasferito consenta al beneficiario di acquisire ovvero integrare il controllo diretto di cui al n. 1, primo comma, dell'articolo 2359 cod. civ.¹⁸

Da qui l'ulteriore conseguenza che l'imposta sulle successioni e donazioni non si applica ogniqualevolta il trasferimento riguardi partecipazioni in società di persone, purché, ovviamente, ricorrano gli ulteriori requisiti indicati dall'art. 3, comma 4 *ter*, del T.U.S. In particolare, stando al dato letterale della norma, il beneficiario del trasferimento di azienda o di rami di esse, di quote sociali e di azioni non è tenuto a corrispondere l'imposta sulle successioni e donazioni a condizione che, per un periodo non inferiore a cinque anni dalla data del trasferimento, egli prosegua l'attività d'impresa e detenga, inoltre, il controllo societario¹⁹. In ogni caso, per fruire dell'agevolazione è necessario che gli aventi causa rendano apposita dichiarazione nell'atto di donazione o nella dichiarazione di successione circa la loro volontà di proseguire l'attività di impresa ovvero di mantenere il controllo societario. Il mancato rispetto di una delle predette condizioni comporta la decadenza dall'agevolazione fruita e, quindi, il pagamento dell'imposta alla misura ordinaria, della

¹⁷ Qualora il trasferimento, *inter vivos* o *mortis causa*, riguardi beni immobili, occorre anche tener conto delle imposte ipotecarie e catastali di cui al d.lgs. 31 ottobre 2006, n. 347, nel testo vigente prima del 3 ottobre 2006. Le aliquote applicabili variano secondo la tipologia del bene caduto in successione, od oggetto della liberalità, tenendo conto della presenza o meno del requisito prima casa in capo al beneficiario

¹⁸ Maggioranza dei voti esercitabili in assemblea ordinaria. Ancora, sulla protezione dei patrimoni familiari e/o societari, si guardi MONTEFAMEGLIO, *La protezione dei patrimoni. Dagli strumenti tradizionali ai nuovi modelli di segregazione patrimoniale*, Rimini 2010, 317, che si sofferma anche sui passaggi di beni attuati per il tramite dei patti di famiglia.

¹⁹ Detta condizione, evidentemente, si applica nell'ipotesi in cui il trasferimento abbia ad oggetto quote sociali e azioni di soggetti di cui all'art. 73, comma 1, lett. a), del T.U.I.R. (in pratica, s.p.a., s.a.p.a., s.r.l., società cooperative e società di mutua assicurazione residenti nel territorio dello Stato).

sanzione amministrativa (art. 13 del D.Lgs. 18 dicembre 1997 n. 471) e degli interessi di mora, decorrenti dalla data in cui l'imposta medesima avrebbe dovuto essere pagata²⁰.

Con riguardo alla specifica ipotesi di scambi di partecipazione mediante conferimento, l'Agenzia delle Entrate²¹ conferma infine l'applicabilità dell'articolo 177 Tuir, e segnatamente del comma 2, proseguendo nel solco già tracciato dall'orientamento espresso dalla giurisprudenza comunitaria²². E' doverosa, tuttavia, una precisazione: il regime del c.d. "realizzo controllato" - di cui all'articolo 177, comma 2, del TUIR - non e' applicabile in talune ipotesi, segnatamente qualora l'operazione non sia effettuata per valide ragioni economiche, quali la ristrutturazione o la razionalizzazione delle attività delle società partecipanti all'operazione²³.

Ciò comporta che, in assenza di un obiettivo fondamento economico (si pensi, a titolo esemplificativo, all'ipotesi in cui lo scambio di partecipazioni sia il mezzo per passare in neutralità fiscale dal regime di tassazione IRPEF riservato alle persone fisiche non imprenditori, a quello più favorevole dell'IRES) torna applicabile il criterio generale del valore normale previsto dall' articolo 9 Tuir²⁴.

Rese tali premesse, sembra opportuno quindi verificare se, ed in quale misura, la donazione di partecipazioni societarie sia strumento idoneo a garantire la prosecuzione della vita dell'impresa, senza con ciò procurare all'imprenditore un eccessivo carico impositivo, e quali siano, o potrebbero essere, i rimedi concorrenti o alternativi. Si ribadisce, infatti, l'idea secondo la quale la variabile fiscale, unitamente al rischio di impresa, deve essere considerata una delle ragioni peculiari in sede di valutazione della precisa scelta negoziale da assumere²⁵.

3. La tassazione della donazione di partecipazioni societarie

²⁰ Per ulteriori approfondimenti, Circolare Ag. Entrate 22 gennaio 2008, n. 3/E.

²¹ Circolare Ag. Entrate 22 gennaio 2008, n. 3/E.

²² Corte di Giustizia, Sentenza C-28/95, Leur - Bloem, del 17 luglio 1997.

²³ Sentenza C-28/95, Leur- Bloem, del 17 luglio 1997.

²⁴ In base alla tesi avallata dalla Cassazione (sent. n. 10802/2002), un costo è deducibile quando è inevitabile, e non quando si sceglie di sostenerlo, ed in caso di costi superiori al valore normale, è legittimo il ricorso all'accertamento induttivo, qualora il contribuente non riesca a darne una spiegazione logica. Oggetto della contestazione erano i costi di noleggio (di importo molto elevato, quasi pari al prezzo di vendita dei beni) di imbarcazioni ed automezzi noleggiati alla società contribuente da una società sua controllante, che li aveva in precedenza da lei acquistati.

²⁵ Sul punto, sia consentito rinviare a STRIANESE, *Donazione d'azienda: scelte imprenditoriali alla luce delle motivazioni fiscali*, in *Innov. e Dir.* 2012/3, 37 ss.

Attraverso la circolazione delle partecipazioni societarie è possibile, come detto, attuare il passaggio generazionale dell'impresa gestita indirettamente tramite la partecipazione in una compagine societaria.

La donazione di una partecipazione non comporta, di per se stessa, il realizzo di plusvalenze in capo al donante: l'imponibilità della relativa plusvalenza, ai sensi dell'articolo 67, comma 1, lettere c) e c-bis) del TUIR, e' infatti prevista in caso di cessione a titolo oneroso di partecipazioni qualificate e non.

Ciò premesso, se il beneficiario della donazione cede la partecipazione nei cinque anni successivi all'atto di liberalità, deve corrispondere l'imposta sostitutiva di cui al D. lgs. n. 461 del 1997 come se il dante causa dell'atto di liberalità avesse compiuto direttamente la cessione a titolo oneroso²⁶.

A questo punto, appare necessario procedere ad una più attenta disamina della tassazione della donazione di partecipazioni societarie, sia sotto il profilo diretto sia sotto quello indiretto.

3.1 La donazione di partecipazioni societarie nelle imposte indirette

Al pari della cessione gratuita di azienda, la cessione gratuita di partecipazioni societarie gode anch'essa di un regime di favore nell'imposta sulle successioni e donazioni. L'operazione in commento è esclusa dal campo di applicazione dell'Iva, per mancanza del presupposto oggettivo; è soggetta all'imposta sulle donazioni, di cui al D.Lgs. n. 346/1990 e successive modificazioni, imposta dovuta “*sul valore globale dei beni e dei diritti al netto degli oneri da cui è gravato il beneficiario*”). La donazione d'azienda, inoltre, è chiaramente soggetta ad

²⁶ Circolari 4 agosto 2004, n. 35/E, 10 dicembre 2004, n. 52/E e n. 165/E del 24 giugno 1998. Quanto alla cessione d'azienda a titolo oneroso, per quanto possa occorrere, si vuole qui riassumerne il regime impositivo. Ebbene, nell'ambito delle imposte dirette, la cessione d'azienda è trattata come una qualunque altra cessione, con la conseguente applicabilità dell'art. 58 co. 1 Tuir, finora più volte menzionato, salva la possibilità di tassazione separata offerta agli imprenditori individuali (per le aziende possedute da più di cinque anni). Quanto alla cessione di azienda tra familiari, il punto resta ancora dibattuto: secondo Cass. 1° giugno 2007, n. 12899, la mera parentela non dimostra la gratuità dell'operazione.

Dal punto di vista delle imposte indirette, la cessione di azienda a titolo oneroso è esclusa dal campo di applicazione dell'IVA (art. 2 co. 3 lett. B) del DPR 633/1972, ed è invece soggetta ad imposta di registro, ai sensi del DPR 131/1986, artt. 2 e 3 co. 1 lett. B), con le aliquote proporzionali abdicabili in ragione degli elementi patrimoniali che compongono il complesso aziendale. La base imponibile è qui costituita dal valore del bene, ovvero quello dichiarato dalle parti in atto. Infine, l'operazione è soggetta ad imposta ipotecaria e catastale (d.lgs. 347/1990, nella misura del 2% e dell'1%, se nel complesso sono finanche compresi beni o diritti reali immobiliari (applicabili al lordo). REBECCA – ALBE', *Donazione, successione e cessione di azienda e di partecipazioni in ambito familiare*, in *Il fisco*, 41/2012, pg. 6598 ss.

imposta ipotecaria e catastale, ai sensi del D.lgs. 347/1990, qualora nel complesso aziendale oggetto di donazione siano compresi beni o diritti reali immobiliari. Infine, l'operazione in parola è soggetta ad imposta di registro in misura fissa, quando la donazione è effettuata a favore dei familiari e sussistano le condizioni per l'esenzione dall'imposta sulle donazioni.

Ai sensi del già citato art. 3, comma 4-ter, D.lgs. n. 346/1990, l'esenzione da detta imposta è applicabile, in estrema sintesi, se vi è un rapporto di coniugio o di discendenza, ma occorre distinguere, per una più dettagliata analisi delle fattispecie, tra partecipazioni in società di capitali (soggetti Ires, art. 73, c. 1, lett. a, Tuir) e partecipazioni in società di persone.

Per quanto riguarda la cessione di partecipazioni in soggetti Ires, infatti, l'esenzione spetta solo se si tratta del trasferimento di partecipazioni “... mediante le quali è acquisito o integrato il controllo ai sensi dell'articolo 2359, primo comma, n. 1), del codice civile”. Non si deve necessariamente trattare del trasferimento di un pacchetto di per sé di controllo, essendo sufficiente che il trasferimento consenta di realizzare o anche solo di integrare il controllo in capo al beneficiario²⁷.

Per quanto attiene alle partecipazioni in società persone, invece, l'imposta non si applica in alcun caso, indipendentemente dalla entità della partecipazione trasferita.²⁸

La disposizione, inoltre, prevede per gli aventi causa un periodo di possesso minimo di cinque anni (dalla data del trasferimento) di detenzione del controllo ed occorre rendere un'apposita dichiarazione contestualmente all'atto di donazione²⁹.

In caso di mancato rispetto del periodo di detenzione si applicherà l'imposta in misura ordinaria, oltre alla sanzione amministrativa ed agli interessi di mora.

Qualora, invece, la donazione delle partecipazioni non integri, fin dall'inizio, i requisiti agevolativi, l'imposizione ordinaria dovrà tenere conto dell'art. 2, comma 49, per la individuazione delle aliquote e dell'art. 16 (applicabile anche ai fini dell'imposta sulle

²⁷ Sul tema, si vedano la Circ. Ag. Entrate, n. 3/E/2008 e la Ris. Ag. Entrate n. 446/E del 18/11/2008. Come inoltre è stato chiarito dalla Ris. Ag. Entrate, n. 75/E del 27/7/2010, se la partecipazione è frazionata tra più discendenti, l'agevolazione spetta esclusivamente per l'attribuzione che consenta l'acquisizione o l'integrazione del controllo da parte del discendente; se il trasferimento della partecipazione di controllo avviene a favore di più discendenti in comproprietà, il beneficio di cui trattasi è sempre riconosciuto ove l'attribuzione consenta ai discendenti in comproprietà di acquisire o detenere il controllo societario.

²⁸ E' però da sottolineare che l'Agenzia delle Entrate (Ris. n. 446/E/2008), afferma la necessità della sussistenza delle “ulteriori condizioni” per applicare la esenzione con riferimento al trasferimento di partecipazioni in società di persone. In particolare, si afferma la necessità della manifestazione di volontà del beneficiario rispetto alla prosecuzione per almeno 5 anni della attività e quindi, è da ritenere, della detenzione della partecipazione. In senso contrario depone tuttavia la lettera dell'art. 3, comma 4-ter, d.lgs. n. 346/90, che riferisce la detenzione quinquennale al solo “controllo” che è da ritenere rilevante, per quanto la stessa disposizione afferma, per le sole società di persone. Sul punto anche RAPONI-TASSANI, *Soluzioni fiscali per la circolazione gratuita dell'azienda*, in AA.VV., *Problematiche giuridiche e fiscali in tema di trasferimenti di azienda*, Quaderni della Fondazione Italiana per il Notariato, 2010, 80, nt. 30.

donazioni, in virtù del richiamo contenuto all'art. 56, comma 4) per la determinazione della base imponibile.

3.2 La donazione di partecipazioni societarie nelle imposte sui redditi

Se poche battute, o quasi, sono sufficienti a delineare il sistema dell'imposizione indiretta nell'ambito della materia indagata, la trattazione del sistema dell'imposizione sul reddito si presta invece a maggiori criticità, e richiede la risoluzione di talune questioni di carattere preliminare.

In *primis*, sarà necessario determinare la qualifica soggettiva di colui che effettua la donazione³⁰: è questo il primo passo da compiere, al fine di valutare gli effetti fiscali della donazione di partecipazioni societarie nel sistema delle imposte sui redditi.

Se il donatario è un soggetto imprenditore, e le partecipazioni societarie sono detenute nell'esercizio della impresa, allora la donazione delle stesse è in grado di integrare una fattispecie realizzativa ai sensi degli artt. 85 e 86 Tuir. La “*destinazione a finalità estranee*” di un bene d'impresa, alla luce delle norme appena menzionate, risulta dunque un'ipotesi reddituale, che può cioè comportare l'emersione di componenti tassabili.

Secondo l'interpretazione tradizionale, tale fattispecie comprenderebbe ogni ipotesi di oggettiva fuoriuscita del bene dal circuito fiscale d'impresa, tra cui anche la donazione o, in genere, la cessione gratuita dei beni³¹.

Sembra tuttavia necessaria un'analisi ulteriore, concernente questa volta il profilo oggettivo: bisognerà cioè valutare se la partecipazione donata era stata iscritta, nel bilancio dell'imprenditore, quale immobilizzazione finanziaria. In tal caso, infatti, la cessione gratuita potrà comportare l'emersione di plusvalenze o di minusvalenze (determinate in base alla differenza tra valore di mercato della partecipazione e costo fiscalmente riconosciuto). Qualora, al contrario, la partecipazione sia stata iscritta nell'attivo circolante, la cessione gratuita determinerà l'emersione di un ricavo pari al valore di mercato della partecipazione medesima. La differenza tra la prima e la seconda delle ipotesi prospettate sta nel fatto che, nel secondo caso, il bene assume invero valore di “bene merce”, mentre nel primo caso trattasi di un bene “strumentale”.

Ne consegue che, mentre il passaggio generazionale attuato attraverso la donazione dell'azienda, trova un regime sicuramente favorevole, quale quello di neutralità di cui all'art.

³⁰ REBECCA – ALBE', *Donazione, successione e cessione di azienda e di partecipazioni in ambito familiare*, in *Il fisco*, cit., pp. 6591 ss.

³¹ Sul tema, per tutti MICCINESI, *Le plusvalenze d'impresa*, Milano, 1993, 185 ss

58 Tuir, lo stesso non accade se tale passaggio generazionale avviene attraverso la cessione gratuita di un pacchetto azionario, detenuto da un imprenditore³². In altre parole, ove la donazione abbia ad oggetto partecipazioni iscritte quali immobilizzazioni finanziarie, potrà conseguirsi una minore imposizione, astrattamente in grado di produrre plusvalenze, qualora in capo al donante imprenditore si realizzeranno le condizioni di cui all'art. 87 Tuir per l'applicazione del regime di parziale esenzione (c.d. *participation exemption*³³).

La donazione di partecipazioni effettuata da una persona fisica non imprenditore non comporta invece alcun onere fiscale, ai fini delle imposte dirette. Ciò non per una scelta agevolativa del legislatore, ma per una conseguenza di tipo sistematico.

Ai sensi dell'art. 67, Tuir, infatti, i redditi diversi conseguibili da persone fisiche non nell'esercizio di impresa e per effetto di cessioni di partecipazioni, sono tassabili solo quando la cessione sia a titolo oneroso e non, invece, quando avvenga a titolo gratuito³⁴.

4. La strada alternativa del conferimento d'azienda. Il passaggio generazionale dell'impresa realizzato per il tramite di un soggetto societario.

³² A meno che il trasferimento delle partecipazioni non avvenga nell'ambito della donazione dell'azienda di cui le partecipazioni facevano parte. Sui profili fiscali della donazione d'azienda, sia consentito rinviare a STRIANESE, *Donazione d'azienda: scelte imprenditoriali alla luce delle motivazioni fiscali*, in *Innov. e Dir.*, cit., 37 ss., dove si sottolinea che per la donazione di azienda, nell'ambito delle imposte sui redditi, il legislatore ha previsto un regime di neutralità, poiché "il trasferimento di azienda per causa di morte o per atto gratuito non costituisce realizzo di plusvalenze dell'azienda stessa" (art. 58, 1 c., Tuir). Valutando tale previsione con riferimento alla donazione di azienda, si scopre, tuttavia, che essa non si risolve in una esenzione da imposta, ma solo in un rinvio di imposizione.

³³ La "participation exemption" (abbreviata in *Pex*) è il criterio utilizzato nel nostro ordinamento, come in molti altri sistemi fiscali europei, per coordinare la tassazione delle società con quella dei soci, nell'intento di evitare una doppia tassazione della medesima capacità economica. La necessità di coordinamento non riguarda solo i redditi di periodo, cioè utili per la società e successivamente dividendi per i soci, ma anche plusvalenze e minusvalenze su partecipazioni societarie. I dividendi vengono, quindi, parzialmente esclusi dal reddito del percettore, poiché contestualmente si tiene dell'imposizione fiscale sulle società eroganti. La tassazione è maggiore quando i dividendi sono attribuiti a persone fisiche, imprese individuali e società di persone, per definizione "beneficiari finali" del reddito. Allo stesso modo, le plusvalenze e le minusvalenze realizzate dalle imprese sulle partecipazioni societarie vengono fiscalmente sterilizzate, cioè rese non imponibili, se plusvalenze, o indeducibili, se minusvalenze. Le perdite delle società controllate potranno essere riconosciute solo attraverso il consolidato fiscale.

Nonostante il nome, *l'exemption* non è un'esenzione, ma uno strumento tecnico per coordinare i livelli di tassazione di un unico flusso di capacità economica, obiettivo fino al 2003 raggiunto attraverso il sistema del credito di imposta. Utile la rassegna di BARIERI – VISCONTI, *La participation exemption*, Milano 2005. La risoluzione di diverse ed interessanti problematiche di carattere operativo può essere rinvenuta in FERRANTI – RUSSO, *Partecipazioni societarie*, in *Reddito di Impresa*, Milano 2009.

³⁴ Da segnalare che, in caso di successiva cessione di partecipazioni ricevute in donazione o successione, è prevista una particolare modalità di determinare il *capital gain* (art. 68, comma 6).

Si è in precedenza affermato che il conferimento di azienda può essere considerato un mezzo giuridico per attuare il passaggio generazionale, soprattutto in quelle circostanze in cui l'imprenditore intenda terminare l'esercizio "diretto" dell'attività e mantenere, almeno per un certo periodo di tempo, un controllo "indiretto" (tramite, appunto, la detenzione delle partecipazioni societarie e l'esercizio dei diritti nella compagine societaria) sull'azienda conferita.

Al tempo stesso, però, il conferimento di azienda si presta ad essere utilizzato quale momento di una più articolata operazione giuridico - economica, mediante la quale pianificare il passaggio generazionale. Ciò può accadere soprattutto in quei casi in cui la donazione dell'azienda non risulti pienamente soddisfacente per realizzare gli interessi dei soggetti coinvolti, come nelle ipotesi che ci si accinge ad esaminare.

Nella pratica, invero, è assai frequente il caso dell'imprenditore individuale che intende terminare l'attività e fare confluire la propria azienda, in modo non oneroso³⁵, nella società (di persone o di capitali) costituita e gestita da propri familiari, in genere dai discendenti stessi dell'imprenditore³⁶.

Qualora l'imprenditore optasse per la strada della donazione di azienda alla società, si avrebbe tuttavia, un regime fiscale che si rileva comunque gravoso. Nelle imposte sui redditi, perché a fronte della neutralità del passaggio (a favore del donante), la società dovrebbe rilevare una sopravvenienza attiva pari al valore di mercato dell'azienda donata. Nell'imposta sulle successioni e donazioni, il regime fiscale risulta altrettanto afflittivo in quanto la donazione di azienda ad un soggetto societario non può in alcun modo godere della agevolazione di cui all'art. 3, comma 4 *ter*, D.lgs. n. 346/1990, dovendo quindi essere tassata con l'aliquota più elevata.

Oltre alla valutazione del carico impositivo, si pone a questo punto una problematica ulteriore, tipica del diritto civile, ovvero quella di rappresentare e manifestare la volontà dell'imprenditore non solo in modo corretto, ma anche il più possibile aderente allo scopo che egli, autenticamente, intende raggiungere. La volontà dello stesso imprenditore, nelle ipotesi scrutinate, non è solo "arricchire" il soggetto societario, quanto piuttosto realizzare

³⁵ Sia consentito nuovamente il rinvio a STRIANESE, *Donazione d'azienda: scelte imprenditoriali alla luce delle motivazioni fiscali*, cit., p. 38 ss; ZANETTI, *Cessione e conferimento d'azienda*, Napoli, 2005; LUPI, *Successione generazionale nelle attività produttive e tributi*, in AA. VV., *L'imposta sulle successioni e donazioni tra crisi e riforme*, Milano 2001, 196. Ancora, si veda MARONGIU, *La sterilizzazione dell'avviamento e la donazione d'azienda*, in AA. VV., *L'imposta sulle successioni e donazioni tra crisi e riforme*, cit., 199, e c, con particolare riguardo all'imposizione indiretta, PURI, *I trasferimenti liberali di partecipazioni ed aziende. Profili dell'imposizione indiretta*, in AA. VV., *L'imposta sulle successioni e donazioni tra crisi e riforme*, cit., 151.

³⁶ La fattispecie appena illustrata viene esaminata con attenzione da TASSANI, *Donazione di azienda da parte di imprenditore individuale in società partecipata dai figli*, Studio n. 79 – 2006/T, approvata dalla commissione studi beni tributari il 14 luglio 2006.

un trasferimento gratuito di ricchezza a favore dei propri figli, in modo tale che questi possano utilizzare il cespite trasferito nella attività imprenditoriale dagli stessi avviata.

Sembra allora possibile delineare almeno due strade, alternative sia da un punto di vista giuridico sia economico, e dall' onere impositivo diverso rispetto a quella *testé* illustrata.

4.1. Soluzioni a confronto: il conferimento dell'azienda in società (prima della donazione delle partecipazioni) e la donazione dell'azienda ai familiari (con conferimento successivo in società).

L'imprenditore individuale potrebbe scegliere di conferire l'azienda nella società già esistente e, successivamente, di donare agli altri soci le partecipazioni ricevute in cambio.

Sul piano fiscale, il conferimento dell'azienda sarebbe effettuato in regime di neutralità ai sensi dell'art. 176 Tuir ed anche la successiva donazione delle partecipazioni non determinerebbe alcun reddito imponibile³⁷. Per di più, all'imposizione fissa di registro (e nelle imposte ipo-catastali) per l'operazione di conferimento, si accompagnerebbe il possibile godimento dell'esenzione *ex art. 3, comma 4-ter*, D.lgs. n. 346/1990 per la donazione delle partecipazioni ai familiari. Qualora, invece, non si realizzassero i requisiti agevolativi, la tassazione avverrebbe considerando le [basse] aliquote e le [alte] franchigie previste per i trasferimenti gratuiti ai familiari.

L'imprenditore potrebbe, inoltre, optare per la donazione dell'azienda ai familiari/soci. Questi ultimi, con una scelta successiva, potrebbero conferire in società l'azienda ricevuta.

Ai fini delle imposte indirette, si potrebbe così applicare il regime di esenzione previsto per le donazioni di azienda, mentre il conferimento dell'azienda sarebbe assoggettato ad imposizione fissa di registro (oltre che, eventualmente, nelle ipo-catastali)³⁸.

Ai sensi dell'art. 58 del Tuir, può porsi il principio per cui l'azienda è assunta ai medesimi valori fiscalmente riconosciuti in capo al dante causa; ciò premesso, ci si chiede se il beneficiario, pur rispettandone il valore complessivo, possa riconoscere un valore differente ai singoli beni aziendali. Rivalutando il valore fiscale di un bene a discapito di altri, si "sterilizzano" (in parte) le plusvalenze latenti, ma si avverte che l'Amministrazione potrebbe attribuire natura elusiva all'operazione ai sensi dell'art. 37 bis DPR 600/73. SEPIO, *Imputazione del prezzo di acquisto dell'azienda e accollo di debiti aziendali tra fisiologia e patologia*, in Lupi e Stevanato (a cura di), *La fiscalità delle operazioni straordinarie di impresa*, Milano 2002, 187. Sulla non applicabilità dell'art. 37 bis, BEGHIN, *La disciplina antielusiva specifica sui trasferimenti gratuiti d'azienda tra elusione e pianificazione fiscale*, in *Corr. Trib.*, 2005, 1901 ss, ove l'Autore sostiene che nell'area delle operazioni individuate dalla norma in commento non potrebbero rientrare le fattispecie relative alla successione legittima.

³⁷ TASSANI, *Profili fiscali del passaggio generazionale d'impresa*, studio 36-2011/T, approvato dalla Commissione Civilistica del CNN il 15 luglio 2011.

³⁸ Diversa è invece stata la conclusione cui è giunta l'Agenzia delle Entrate nella Ris. n. 341/E del 23/11/2007, che ha sostenuto l'applicazione delle imposte ipo-catastali in misura ordinaria per il caso di donazione di azienda (contenente immobili) con successivo conferimento in società da parte dei beneficiari. La soluzione non risulta condivisibile ed appare in realtà ispirata ad una qualificazione della operazione in termini di "regolarizzazione" della società di fatto che non può, tuttavia, essere condivisa. Sul tema, RAPONI-TASSANI, *Soluzioni fiscali per*

Qualche considerazione in più deve essere svolta in relazione alle imposte sui redditi.

La donazione dell'azienda sarebbe sicuramente effettuata a favore di persone fisiche e non a favore di una società, evitando così il rischio di tassazione delle "sopravvenienze attive", fermo restando il regime di neutralità di cui all'art. 58 Tuir.³⁹

Occorre però osservare che il successivo conferimento dell'azienda in società potrebbe essere considerato quale fattispecie realizzativa, in grado cioè di comportare l'emersione e la tassazione delle plusvalenze non gravate in occasione della donazione, per effetto dell'art. 58 Tuir.

Infatti, l'art. 67, lett. H-bis) del Tuir assoggetta a gravame, in capo alle persone fisiche, le "plusvalenze realizzate in caso di successiva cessione anche parziale, delle aziende acquisite ai sensi dell'art. 58"; nel nostro sistema, il conferimento è equiparato ad una cessione onerosa dall'art. 9, ultimo comma, Tuir.

L'unica possibilità per evitare la tassazione del conferimento sarebbe quella di considerare applicabile a questa ipotesi l'art. 176 Tuir e, quindi, la regola della neutralità del conferimento con continuità dei valori fiscali, disposizione che, tuttavia, è però normativamente prevista solo per i conferimenti effettuati da soggetti imprenditori.

Se, pertanto, il familiare/socio non è anche un soggetto imprenditore, il conferimento potrebbe comportare l'emersione di un reddito tassabile, a meno di non ritenere l'art. 176 Tuir applicabile in via analogica, ovvero in quanto espressione di un più generale principio di neutralità nei conferimenti aziendali, anche quando effettuati da soggetti non imprenditori.

Orbene, la stessa Agenzia delle Entrate⁴⁰ ha in passato fatto ricorso ad un più generale principio di neutralità, allorché ha ritenuto non realizzativa la fattispecie di donazione di azienda effettuata da un imprenditore individuale ai propri figli (non imprenditori) che, contestualmente, davano vita ad una società di fatto, successivamente "regolarizzata" in una delle società tipiche del codice civile. In ipotesi di circolazione di azienda, pare possibile, pur con le cautele del caso, giungere alla conclusione della neutralità anche nel caso in esame. Non a caso, erano stati sollevati degli interrogativi circa il requisito della continuazione dell'attività in capo al donatario (o all'erede nell'ipotesi successoria) nel caso del conferimento in società dell'azienda ricevuta, domandandosi se il regime di esenzione rimanesse applicabile a tale fattispecie. Alla base del dubbio la considerazione,

la circolazione gratuita dell'azienda, in AA.VV., *Problematiche giuridiche e fiscali in tema di trasferimenti di azienda*, Quaderni della Fondazione Italiana per il Notariato, 2010, 76.

³⁹ Ciò si dovrebbe affermare anche qualora il beneficiario sia un imprenditore che detiene le partecipazioni quali beni d'impresa, visto che la donazione dell'azienda sarebbe effettuata nella sfera personale del soggetto, a meno di una diversa ed esplicita indicazione nell'atto di donazione.

⁴⁰ Circ. n. 137 / E del 15 / 5 / 1997.

giuridicamente più che fondata, che il conferimento determina l'alienazione dell'impresa in capo ad un soggetto giuridico – la società – diverso dai beneficiari del trasferimento.

La risposta fornita dall'Agenzia⁴¹ dissolve tali dubbi, in quanto afferma che il conferimento è assimilabile al citato requisito della continuazione dell'attività non comportando quindi, decadenza dal regime di agevolazione. Più precisamente, è da intendersi che vi sia continuazione dell'attività anche nell'ipotesi in cui prima del decorso di cinque anni dall'atto del trasferimento si verifichi quanto segue:

1. il beneficiario conferisca l'azienda in una società di persone: in questo caso non rileva il valore della partecipazione ricevuta a fronte del conferimento;
2. il beneficiario conferisca l'azienda in una società di capitali: in tal caso però la partecipazione ricevuta deve consentire l'esercizio della maggioranza dei voti in sede di assemblea ordinaria, ai fini del rispetto di tale specifico requisito posto dal comma 4 ter, art. 3, del decreto 346/1990.

Nella fattispecie i figli beneficiari della donazione non sono pertanto tenuti a corrispondere l'imposta sul trasferimento in esame, a condizione che rendano apposita dichiarazione circa la loro volontà di proseguire l'attività imprenditoriale del dante causa, svolgendo effettivamente l'attività d'impresa in oggetto per almeno cinque anni dalla data del negozio.

In conclusione, il modello societario può senz'altro essere ritenuto strumento ottimale per l'esercizio in forma collettiva, da parte cioè di più soggetti, dell'attività imprenditoriale; il conferimento in società, infatti, si può ritenere non ostativo ma, anzi, funzionale alla continuazione dell'impresa. Nel momento in cui, peraltro, l'Amministrazione finanziaria⁴² riconosce la trasformazione dalla società irregolare ad una tipica del codice civile quale fattispecie rientrante nel citato articolo 170, essa consente, di conseguenza, la neutralità dell'operazione prospettata sia sul piano delle imposte dirette, sia sul piano delle imposte sulle successioni e donazioni, sia, infine, sul piano delle imposte ipotecarie e catastali.

4.2. Il conferimento di azienda quale strumento di pianificazione del passaggio generazionale. Profili conclusivi in tema di imposizione.

⁴¹ Ris. n. 341 del 23 / 11 / 2007.

⁴² Risoluzione 341/E del 23 novembre 2007.

A conclusioni analoghe deve poi giungersi anche, nel caso in cui l'imprenditore scelga il conferimento dell'azienda per "trasformare" il valore corrispondente in partecipazioni ed agevolare, in questo modo, il passaggio generazionale.

Il riferimento è all'ipotesi in cui il figlio non intenda continuare, in forma individuale, l'impresa esercitata dal padre, anche solo per valutazioni di responsabilità patrimoniale, e che, invece, sia magari disposto a ricoprire un ruolo attivo in una compagine societaria.

L'imprenditore potrebbe così addivenire alla soluzione di costituire una società, magari con la partecipazione di altri familiari, oppure di far confluire l'azienda in una società già esistente e, in un momento successivo, di donare le proprie partecipazioni al figlio.

Anche stando a tali modalità, il passaggio generazionale si è realizzato, attraverso gli appropriati strumenti giuridici (o l'articolazione degli strumenti giuridici), in grado di dare soddisfazione a quelle esigenze personali di carattere *anche* economico, che non possono essere oggetto di censure da parte dell'Amministrazione finanziaria.

Infine, comparando le diverse fattispecie sotto il profilo del carico impositivo, non potrà non concludersi per la preferenza delle soluzioni che in sé prevedono o realizzano una fattispecie donativa dell'azienda, ovvero delle partecipazioni societarie, con le differenze che pure si è avuto modo di mettere in evidenza.

Quanto, infatti, alla donazione e la successione, sia d'azienda sia di partecipazioni societarie, ipotesi rese oggetto della presente indagine, è opportuno ribadire che esse sono caratterizzate da effettiva neutralità fiscale (solo) sul piano applicativo delle imposte dirette, ove si prescinde finanche dal grado di parentela dell'erede o donatario. Quanto alle imposte dirette, la relativa imposta non è dovuta, invece, solo qualora sussistano le condizioni dettate dal legislatore ed innanzi prospettate. Qualora queste condizioni siano tutte realizzate, può comunque enunciarsi che il legislatore ha inteso instaurare un regime di favore, concettualmente enucleabile nella "sospensione" dalla tassazione dei valori plusvalenti, ai fini delle imposte dirette, e nell' "esenzione" – a certe condizioni – ai fini dei tributi indiretti. E' appena il caso di menzionare, da ultimo, che la cessione a titolo oneroso non predilige i soggetti facenti parte del nucleo familiare, qualora questi assumano la qualità di cessionari. Pertanto, essa risponde – finanche nelle intenzioni del legislatore – a finalità, probabilmente, estranee rispetto a quelle finalizzate all'agevolazione del passaggio generazionale. Vi è di più, sembra, invero, che tale fattispecie sia diffusa, al contrario, nei casi in cui un soggetto (si ipotizzi un familiare) "paghi" il prezzo di ciò che, pure a diverso titolo (gratuito), gli potrebbe pervenire, mirando forse proprio all'esclusione definitiva di taluni membri dell'eventuale nucleo familiare.

Il ruolo della contrattazione collettiva nel lavoro a tempo parziale privato: cronistoria e art. 8 L. n.- 148/2011

di Costantino Cordella

ABSTRACT

Trade unions have always had a strong power of interventions on part time labor contracts. The need of impose a stronger supervision on application of this type of contracts to the employers, declare collective bargaining the principal instrument to defense the time of no-work of part time workers. During the last decade, the changes of regulation had caused conflicting choices on powers of interventions of trade unions, and the use of this contract was referred mainly to the employers.

The article analyzed the principal modifications on collective bargaining powers in matter of part time since the first regulation on the topic in the l. n. 863/1984, until the last interventions of art. 8, l. n. 148/2011 and l. n. 92/2012, so called Fornero reform

SOMMARIO: 1. L'applicazione della contrattazione collettiva sotto la vigenza dell'art. 5, l. n. 863/1984 – 2. Il sistema della «doppia chiave» di controllo nel d.lgs. n. 61/2000 e l'effettivo intervento delle parti sociali – 3. Il lavoro supplementare: a) la riduzione dei poteri di intervento delle parti sociali a seguito della riforma del 2003 – 4. Le clausole elastiche e flessibili: a) l'intervento della riforma Biagi e il *revival* della l. n. 247/2007 – 5. Segue: b) le ultime modifiche di cui alla l. n. 183/2011 e alla cd riforma Fornero - 6. L'intervento collettivo di livello prossimale a seguito dell'introduzione dell'art. 8 l. n. 148 del 2011

1. L'applicazione della contrattazione collettiva sotto la vigenza dell'art. 5, l. n. 863/1984

L'intervento delle parti sociali nella regolazione del lavoro a tempo parziale è stato, sin dall'emanazione della disciplina dell'art. 5 l. n.863/1984, profondo e incisivo. L'entrata in vigore della prima regolazione legale dell'istituto si è avuta anche grazie alle volontà delle maggiori associazioni sindacali che, mettendo da parte il loro iniziale ostracismo per la fattispecie¹, hanno supportato l'emanazione della legge 1984, ottenendo in cambio del loro

¹ M. REINA, *Il progetto «sociale» della Pirelli in Aggiornamenti sociali*, 1969, V, 325 ss.; ISTITUTO ITALIANO PER LA PROMOZIONE DEL LAVORO A TEMPO PARZIALE, *Il lavoro part time. Realtà sociale e aspetti giuridico sindacali*, Milano, 1980, 2 ss.; E. PONTAROLLO, *Il problema del lavoro «part time» in Aggiornamenti sociali*, 1978,

consenso, forti poteri di regolazione delle modalità e dei criteri di applicazione dei contratti individuali part time, oltre che della facoltà di prestabilire il numero di rapporti stipulabili nella medesima azienda. Nei limiti di un eventuale regolazione di maggior favore prevista nei contratti individuali, la contrattazione collettiva aveva acquisito il potere di determinare per i rapporti di lavoro a tempo parziale: a) mansioni di impiego b) modalità temporali delle prestazioni c) indicazioni organizzative sul lavoro supplementare (v. comma 3- 4, art. 5 l. n. 863/1984), nonché, in relazione al controllo attribuito sulla diffusione dell'istituto, la facoltà di stabilire il numero percentuale, in rapporto alla presenza di lavoratori a tempo pieno, di lavoratori part time impiegabili nella medesima azienda (v. art. 5, comma 3, lett. a), l. n. 863/1984)².

2. Il sistema della «doppia chiave» di controllo nel d.lgs. n. 61/2000 e l'effettivo intervento delle parti sociali

L'incisività dei poteri collettivi sulla regolazione dell'istituto non decadde a seguito della riforma del 2000 che, in attuazione della direttiva 97/81/CEE, aveva riformato l'utilizzo del lavoro a tempo parziale nel nostro paese. Tra le principali caratteristiche dell'intervento di riforma vi era stata la liberalizzazione degli strumenti di flessibilità funzionale che ammetteva di modificare in corso di rapporto, la durata della prestazione (con il lavoro supplementare e/o le clausole elastiche), e la sua distribuzione nell'arco della giornata e/o della settimana (con le clausole flessibili, sebbene definite tali solo con l'intervento del 2003); l'introduzione di tali strumenti, se, da un lato, si proponeva di incentivare l'utilizzo del lavoro a tempo parziale, così come richiesto in sede europea, imponeva, altresì, di esperire un più marcato controllo sull'esercizio dei poteri datoriali circa il loro utilizzo, essendo possibile che la remissione ai soli datori di lavoro del potere di intervenire, modificando l'articolazione o la durata della prestazione si ponesse in pregiudizio con le legittime aspettative del lavoratore a tempo parziale di usufruire del proprio tempo di non lavoro per impiegarsi in altre occupazioni.³

XII, 773 ss.; B. BRACALENTE e G. MARBACH, *Il part time nel mercato italiano del lavoro*, Milano, 1989, 20 ss.; F. AMATO e M. J. VACCARO, *Le nuove tipologie del rapporto di lavoro. Formazione - lavoro, Part time, contratto a termine*, Napoli, 1991, 72.

² cfr. A. MARESCA, *Il part time* in (a cura di), M. D'ANTONA, R. DE LUCA TAMAJO, G. FERRARO, *Il diritto del lavoro negli anni '80. Occupazione flessibile e nuove tipologie del rapporto di lavoro*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1988, 54 ss.; P. ICHINO, *Il lavoro a tempo parziale*, in G. ARRIGO, G. LOY e P. ICHINO (a cura di), *Il diritto del lavoro dopo l'«emergenza»*, Giuffrè, Milano, 1988, 137 ss.; F. LISO, *La mobilità del lavoro in azienda: il quadro legale*, Milano, 1982, 286 ss.; S. Scarponi, *Riduzione e gestione flessibile del tempo di lavoro*, Milano, 1988, 148 ss.; M.V. BALLESTRERO, voce «Orario» in *Enc. dir.*, 1988, XXX, 618 ss.; M. BROLLO, *Il lavoro subordinato a tempo parziale*, Napoli, 1991, 245 ss.; in tema di clausole di procedimentalizzazione, G. GIUGNI, *Diritto sindacale*, Bari, 2004, 132.

³ M. PAPALEONI, *La riforma del part time* in RIDL, 2000, II, 213; S. MAGRINI, voce «Lavoro a tempo parziale» in *Enc. Dir.*, 2002, agg. VI.; A. MARESCA, *Limiti costituzionali alla flessibilità del lavoro a tempo parziale*, in R.

L'art. 3, del d.lgs. n.61/2000, a tal fine, ha battezzato l'introduzione del sistema di cd. «doppia chiave» di controllo⁴, per l'utilizzo delle clausole elastiche e flessibili, con il quale si consentiva alle parti individuali l'esercizio del potere di modifica della collocazione o della durata della prestazione, solo con il consenso scritto del lavoratore, e nel rispetto dei poteri di intervento delle associazioni sindacali di qualsiasi livello, sulle condizioni, le modalità e i limiti di utilizzo di tali strumenti (v. art. 3, comma 2- 7, d.lgs. n. 61/2000).

Allo stesso modo, per il lavoro supplementare si era stabilita la possibilità da parte degli attori sindacali di intervenire al fine di integrare il disposto legale dell'art. 3, comma 2, d.lgs. n. 61/2000 (circa il numero di ore annuali, di ore giornaliere, di causali di giustificazioni), ammettendo anche per questo istituto, un più stringente vincolo di utilizzo da parte dei datori di lavoro, sebbene a differenza di quanto previsto in applicazione del sistema della doppia chiave per le clausole elastiche e flessibili, l'intervento collettivo in questo caso non assumeva la forma di vincolo necessario, potendo le parti individuali accordarsi per lo svolgimento di prestazioni eccedenti quelle già prestabilite al momento dell'assunzione, anche in assenza di regolazione collettiva, ai sensi dell'art. 3, d.lgs. n. 61/2000⁵.

Il controllo delle parti sociali che, di fatto, fu esercitato sull'utilizzo di tali strumenti di flessibilità non fu tale da valersi di tutti i poteri che il legislatore ebbe modo di introdurre con il d.lgs. n. 61/2000: le associazioni sindacali, infatti, interpretarono il loro potere dispositivo, sulle modalità e le condizioni per autorizzare l'utilizzo di tali strumenti di flessibilità, attraverso il semplice rinvio alle parti individuali dei poteri di integrazione della fonte legale, autorizzandone l'utilizzo in via meramente formale; l'esercizio *soft* dei poteri collettivi se, da un lato, fece in modo di far sopire le critiche che il sistema della doppia chiave aveva attirato sulla effettiva realizzazione nel nostro ordinamento degli obiettivi di incentivazione della fattispecie promossi nella direttiva europea, d'altro canto, aveva finito per svilire il senso delle garanzie connesse a tale sistema, facendo sì che, nel successivo intervento, le stesse guarentigie fossero più facilmente recise⁶.

3. Il lavoro supplementare: a) la riduzione dei poteri di intervento delle parti sociali a seguito della riforma del 2003

SCOGNAMIGLIO (a cura di), *Diritto del lavoro e Costituzione*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2003, 149 ss.; E. GHERA, *Diritto del lavoro. Il rapporto di lavoro*, Bari, 2008, 351 ss..

⁴ M. BROLLO, [*Le flessibilità del lavoro a tempo parziale e i differenti equilibri fra autonomia collettiva e autonomia individuale*](#), in *ADL*, 2002, III, 738 ss.

⁵ V. *contra*, M. BROLLO, *La riforma del lavoro a tempo parziale: le nuove flessibilità* in *LG*, 2004, III, 252 ss.

⁶ R. SANTUCCI, *Il part time nella nuova disciplina: dalla "flessibilità limitata" alla "precarietà"* in R. DE LUCA TAMAJO, M. RUSCIANO e L. ZOPPOLI (a cura di), *Mercato del lavoro. Riforma e vincoli di sistema. Dalla legge 14 febbraio 2003 n. 30 al decreto legislativo 10 settembre 2003 n. 276*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2004, 37 ss.; M. PAPALEONI, *Il nuovo part time nel settore privato e pubblico*, Torino, 2004, 145 ss.;

La formulazione dell'art. 3, d.lgs. n. 61/2000, come modificata *ex art.* 46, comma 1, lett. e) ed f), d.lgs. n.276/2003, sebbene continui ad attribuire alla contrattazione collettiva qualificata il potere di intervenire nella regolazione del lavoro supplementare ha denegato diverse delle tutele che il legislatore del 2000 aveva predisposto per l'utilizzo dell'istituto.

Le correzioni introdotte con il d.lgs. n.276/2003, rimaste in vigore senza ulteriori integrazioni, anche nei più recenti interventi legislativi, hanno stabilito espressamente che le parti individuali concordino l'aumento della durata della prestazione per orari supplementari senza la preventiva autorizzazione della contrattazione collettiva, essendo condizione sufficiente il mero e solo consenso prestato dal lavoratore (v. art. 3, comma 3, d.lgs. n. 61/2000, modificato dall'art.46, comma 1, lett. f), d.lgs. n.276/2003).

L'entrata in vigore del d.lgs. n. 276/2003, ha fatto propendere anche per una interpretazione ancora più liberalizzante della fattispecie, nella parte in cui, è stato ammesso che, l'utilizzo del lavoro supplementare potesse avvenire anche in assenza di un espresso consenso del lavoratore, in via meramente impositiva⁷. La formulazione dell'art. 3, comma 3, d.lgs. n. 61/2000 (come modificato *ex art.* 46, comma 1, lett. f), d.lgs. n. 276/2003), in effetti, stabilisce che «l'effettuazione di prestazioni di lavoro supplementare richiede il consenso del lavoratore interessato ove non prevista e regolamentata dal contratto collettivo», senza, però, chiarire se, in presenza di previsioni della contrattazione collettiva, il consenso individuale del lavoratore fosse richiesto o meno. In senso positivo, si è schierata la dottrina più sensibile ai principi comunitari, che ha rilevato come la volontarietà del lavoratore, in tutti i casi di svolgimento di un rapporto di lavoro a tempo parziale, sia un principio primario del dettato normativo della direttiva europea 97/81/CEE⁸. Nello stesso senso, ma per ragioni differenti, si è pronunciata altra parte della dottrina che ha percepito, dal carattere obbligatorio del lavoro supplementare, una violazione del tempo di non lavoro del prestatore, inteso come strumento da difendere per consentire al prestatore di svolgere altre attività lavorative integrative del suo reddito, e già assunto come valore da salvaguardare dalla giurisprudenza, per lo svolgimento di tutti i rapporti a tempo parziale⁹.

La lettura della disposizione, in linea con gli orientamenti assunti in ambito interno ed europeo, ha fatto sì che il carattere accessorio del consenso che in essa sembra ammettersi,

⁷ M. DELFINO, *Il lavoro part time nella prospettiva comunitaria. Studio sul principio volontaristico*, Napoli, 2008, 311 ss..

⁸ C. ALESSI, *Part time e tecniche di incentivazione* in (a cura di), R. DE LUCA TAMAJO, M. RUSCIANO e L. ZOPPOLI (a cura di), *Mercato del lavoro. Riforma e vincoli di sistema*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2004, 48 ss.; R. VOZA, *I contratti di lavoro ad orario «ridotto, modulato e flessibile», tra lavoro e disponibilità* in P. CURZIO (a cura di), *Lavoro e diritti a tre anni dalla legge n. 30/2003*, Cacucci Editore, Bari, 2006, 333 ss.

⁹ S. BELLOMO, *L'ambivalenza funzionale dell'orario normale di lavoro tra dimensioni retributive e delimitazione dell'impegno lavorativo ordinario* in V. LECCESE (a cura di), *L'orario di lavoro. La normativa italiana di attuazione delle direttive comunitarie*, Ipsoa, Milano, 2004, 648 ss.; M. BROLLO, *Le modifiche al d.lgs. n. 61/2000 sul lavoro a tempo parziale* in M. BROLLO, M. G. MATTAROLO e L. MENGHINI, *Contratti di lavoro flessibili e contratti formativi*, Ipsoa, Milano, 2004, 142 ss.

fosse interpretato in maniera più garantista per il lavoratore, reputando tale condizione come superata nei soli casi in cui, dalla tutela collettiva fosse emersa la effettiva adozione di tutti i criteri predeterminati dal legislatore per l'utilizzo della fattispecie, ai sensi del comma 2, art. 3 d.lgs. n.61/2000, come modificato ex art. 46 comma 1 lett. e) d.lgs. n.276/2003 (in relazione alle ore massime di lavoro supplementare, alle causali legittimanti, alle conseguenze in caso di violazione¹⁰).

4. Le clausole elastiche e flessibili: a) l'intervento della riforma Biagi e il revival della l. n. 247/2007

Il percorso che la contrattazione collettiva ha intrapreso nell'ottica di dare attuazione ai rinvii demandatigli dalla fonte legale, per l'utilizzo delle clausole elastiche e flessibili, è stato ben più gravoso e irto di incertezze interpretative, di quanto lo sia stato quello relativo all'applicazione del lavoro supplementare. A rendere perennemente difficoltoso l'intervento delle parti sociali sul tema, sono state proprio le continue modifiche che, nel corso del decennio passato, hanno caratterizzato il coordinamento legale di tali istituti.

Ogni qualvolta il legislatore ha predisposto un intervento sul part time non è mai mancato di intervenire anche su questi due strumenti che, ricevendo una determinazione differente, a seconda del colore politico della maggioranza che li disponeva, sono divenuti oggetto di una ipertrofia normativa, incapace di dare certezze applicative ai datori di lavoro; i contrasti politici assunti sul tema, hanno fatto in modo di applicare e disapplicare le stesse misure e tutele, a seconda della compagine governativa, in un gioco che non ha giovato, né alla volontà sindacale di intervenire in modo coraggioso, disponendo con rigore del potere di intervento che le era stato attribuito, né alla intenzione delle parti individuali di scegliere il part time, e l'utilizzo della flessibilità funzionale, come alternativa al tempo pieno.

Il potere di autorizzare l'intervento individuale per la variazione della durata e della collocazione temporale della prestazione è stato negato alla contrattazione collettiva, a seguito dell'entrata in vigore dell'art. 8, comma 2 *ter*, d.lgs. n.61/2000, come introdotto dall'art. 46, comma 1, lett. s), d.lgs. n.276/2003, che ha riconosciuto alle parti individuali la legittimità ad adottare clausole elastiche (intese solo con l'intervento del 2003 come riferite all'aumento orario della prestazione nel part time verticale) o flessibili (introdotte per la prima volta a seguito della riforma del 2003, come clausole di variazione nella collocazione

¹⁰ R. DEL PUNTA, *Articolo 46. Norme di modifica al decreto legislativo 25 febbraio 2000, n. 61, e successive modifiche e integrazioni* in M. PEDRAZZOLI (diretto da), *Il nuovo mercato del lavoro*, Zanichelli, Bologna, 2004, 499 ss.; R. VOZA, *I contratti di lavoro ad orario "ridotto, modulato e flessibile" tra lavoro e disponibilità* in P. CURZIO (a cura di), *Lavoro e diritti a tre anni dalla legge n. 30/2003*, Cacucci, Bari, 2006, 333 ss.; M. BROLLO, *Le modifiche al d.lgs. n. 61/2000 sul lavoro a tempo parziale* in M. BROLLO, G. MATTAROLO e L. MENGHINI (a cura di), *Contratti di lavoro flessibili e contratti formativi*, Iposa, Milano, 2004, 142 ss.

temporale della prestazione), anche in caso di completa assenza, sul tema, di regole collettive¹¹; con la modifica dell'art. 3, comma 7, prevista con la l. n. 247/2007, al contrario, è stato consentito nuovamente l'intervento delle parti sociali, come fonte di legittimazione dell'utilizzo di tali strumenti, attraverso l'abrogazione dell'art. 8, comma 2 *ter*, d.lgs. n.61/2000 (come introdotto dall'art. 46, comma 1, lett. s) d.lgs. n.276/2003), che ha riproposto la fonte collettiva di livello nazionale, come artefice principale nella determinazione delle modalità e delle condizioni di utilizzo di entrambi gli istituti (v. art. 1 comma 44, lett. a), n.1) e 2) l. n. 247/2007)¹².

5. Segue: b) le ultime modifiche di cui alla l. n. 183/2011 e alla cd riforma Fornero

Questa tendenza a tener ferma l'approvazione dei soggetti collettivi di livello nazionale come *conditio* essenziale all'utilizzo di tali strumenti, è rimasta in piedi, però, solo pochi anni, essendo stata rivista nuovamente con la l. n. 183/2011, cd. legge di stabilità per il 2012.

La necessità di nuove misure di incentivo alla crescita occupazionale, con le quali il governo tecnico presidiato dal prof. Monti ha recepito il suo incarico di risollevarlo il nostro paese dalla crisi economica che, ancora oggi, la tiene sotto scacco, ha avuto dei risvolti anche nell'adozione di misure più flessibili per l'utilizzo del lavoro a tempo parziale.

L'introduzione dell'art. 22, comma 4, l. n. 183/2011, che abroga l'art. 1, comma 44, lett. a) e b), l. n. 247/2007 è stata, di fatto, un ritorno al sistema di maggiore duttilità che caratterizzava l'impianto sul part time predisposto con il d.lgs. n. 276/2003; sono state, infatti, riscritte le previsioni in tema di clausole elastiche e flessibili, attraverso la abolizione del sistema di controllo della doppia chiave (vista l'abrogazione della lett. a) l. n. 247/2007), con la riduzione a due delle giornate di preavviso a favore del lavoratore (vista la abrogazione della lett. b), l. n. 247/2007), e riportando la regolazione degli istituti a quanto già era stato previsto con la riforma Biagi.

I termini nei quali veniva integrato l'utilizzo delle clausole elastiche e flessibili, attraverso il solo intervento individuale delle parti, anche essendo improntati sulla falsariga dell'antesignano d.lgs. n. 276/2003, si discostavano da questo, per la mancata reintroduzione del disposto dell'art. 8, comma 2 *ter*, d.lgs. n. 61/2000, come introdotto ex art. 46, comma 1, lett. s), d.lgs. n. 276/2003, (abrogato con la lett. c) art. 1, comma 44, l. n. 247/2007 e non

¹¹ D. GOTTARDI, R. BORTONE, C. DAMIANO, *Lavoro e precarietà. Il rovescio del lavoro*, 2004, Roma, Editori Riuniti, 89 ss.; *contra* R. VOZA, *I contratti di lavoro ad orario "ridotto, modulato e flessibile" tra lavoro e disponibilità* in P. CURZIO (a cura di), *Lavoro e diritti a tre anni dalla legge n. 30/2003*, Cacucci, Bari, 2006, 333 ss.; A. ALAIMO, *Diritto di variazione dell'orario e «clausole elastiche» nel part time: al banco di prova nel settore pubblico le soluzioni applicate nel privato*, in *LPA*, 2000, I, 101 ss..

¹² P. PASSALACQUA, *L'assetto del lavoro a tempo parziale a seguito degli ultimi interventi del legislatore* in *RIDL*, I, 555 ss.

riproposto con l'art. 22, comma 4, l. n. 183/2011), con il quale, per i pochi anni nei quali era rimasto vigente, fu ammesso che, con il solo consenso del lavoratore si potesse dare applicazione al più flessibile sistema di modifica della durata e della collocazione della prestazione previsto dalla legge, anche in assenza di espresse disposizioni da parte delle parti sociali.

Nella logica delle disposizioni in vigore dal 2011, non sono, né previsti espressi riferimenti alla facoltà delle parti individuali di intervenire autonomamente, e senza la preventiva autorizzazione delle parti sociali, né tantomeno (e al contrario), si afferma come necessario, in chiave di autorizzazione, l'intervento di queste. Il ruolo cui è deputata la contrattazione collettiva nazionale rimane quello di prestabilire condizioni, modalità e limiti di esercizio del potere del datore di lavoro di variare la durata e la collocazione temporale della prestazione, ma in assenza di espresse previsioni che abbiano definito il potere di intervento come *conditio* necessaria all'utilizzo di tali istituti, l'interpretazione più corretta, per i casi di assenza di un contratto collettivo applicabile ovvero di mancata adozione del contratto da parte del datore, è sembrata quella che considera necessaria, oltre al consenso del lavoratore, la predeterminazione nel contratto individuale (per quanto compatibile) delle garanzie che il legislatore ha demandato alle parti collettive, e che in via sostitutiva, si è imposto fossero definite dal datore di lavoro, relative a: 1) condizioni e modalità con le quali è rimesso il potere di modifica della collocazione temporale; 2) condizioni e modalità per l'aumento della durata della prestazione; 3) limiti massimi di variabilità in aumento della prestazione, e (con l'entrata in vigore della l. n. 92/2012) 3bis) condizioni e modalità che consentano di richiedere la eliminazione o la modifica delle clausole flessibili ed elastiche.

Il legislatore del governo tecnico che ha accompagnato l'Italia sino alle elezioni del primo governo della Terza Repubblica, ha proposto anche una seconda modifica all'impianto dell'istituto: la riforma Fornero è intervenuta sul lavoro a tempo parziale disponendo la reintroduzione del cd. diritto di ripensamento, inteso quale facoltà del lavoratore di revocare, a determinate condizioni, il consenso già prestato alla adozione delle clausole elastiche e flessibili.

Lo strumento, già previsto con il d.lgs. n. 61/2000, e successivamente abrogato con la riforma del 2003, veniva reintrodotta con l'art. 1, comma 20, lett. a), l. n.92/2012 che aggiungeva il numero 3bis all'art. 3, comma 7, della versione vigente del decreto n. 61, stabilendo che, accanto agli altri tre criteri di intervento della contrattazione collettiva, in materia di clausole elastiche e flessibili, fosse ammesso alle stesse parti sociali qualificate¹³, la predisposizione delle «condizioni e modalità per il lavoratore che voglia richiedere

¹³ v. art. 1 comma 3 nella versione vigente del d.lgs. n.61/2000.

l'eliminazione ovvero la modifica delle clausole flessibili ed elastiche stabilite ai sensi dello stesso comma 7, art. 3».

Ciò che ha inciso nella specifica scelta del legislatore di reintrodurre tale strumento, sono state le posizioni assunte dalle associazioni sindacali sino a quel momento, le quali, a seguito della abolizione del cd. diritto di ripensamento, avutasi con la riforma del 2003, ne avevano, comunque, riproposto l'utilizzo, per via collettiva facendo uso della legittimazione di cui all'art. 3, comma 7, n.1 e n.2 d.lgs. n. 61/2000, nella parte in cui tale disposizione ammette agli attori sindacali di introdurre «condizioni e modalità» per la modifica della durata della prestazione, facendo in sostanza rientrare da una porta secondaria quello che il legislatore del 2003 aveva inteso fare uscire da quella principale¹⁴.

6. L'intervento collettivo di livello prossimale a seguito dell'introduzione dell'art. 8 l. n. 148 del 2011

I rinvii legali con i quali è stato ammesso che le associazioni sindacali integrino la fonte legale, in materia di lavoro a tempo parziale, hanno individuato specificamente i soggetti collettivi in tal senso ritenuti «qualificati». A differenza che nella previgente disciplina di cui all'art. 5, l. n. 863/1984, la novella del 2000 ha, infatti, classificato i sindacati legittimati alla stipula di contratti collettivi, stabilendo quale criterio di scelta, il maggior consenso ottenuto dalla singola o dalla coalizione di associazioni sindacali, rispetto a tutti i lavoratori interessati dall'intervento. L'art. 1, comma 3, d.lgs. n. 61/2000, come modificato dall'art. 46, comma 1, lett. b) d.lgs. n.276/2003, ha attribuito, il potere «ai sindacati comparativamente più rappresentativi» a livello nazionale, di adoperarsi nella negoziazione collettiva di livello nazionale e territoriale, risolvendo a monte i problemi connessi alla presenza di una pluralità di contratti tutti applicabili alla categoria o al territorio; in particolare, con il meccanismo della «comparazione» si è riusciti a raffrontare in concreto, e non in termini assoluti, i sindacati da ritenersi rappresentativi, ritenendo applicabile l'accordo negoziale raggiunto dalle associazioni dotate di maggiore rappresentatività, ed in tal maniera, evitando che le parti individuali potessero decidere dell'accordo applicabile, sulla base del maggiore o minore favore che per esse ne deriva.

Ai sensi dello stesso comma 3, art. 1, d.lgs. n. 61/2000, come modificato nel 2003, è stato consentito, inoltre, che anche i contratti collettivi aziendali integrassero il disposto della legge: in particolare veniva attribuita alla legittimazione delle r. s. a., in applicazione dell'art. 19, l. n. 300/1970, ovvero alle rappresentanze sindacali unitarie, elette secondo le regole

¹⁴ S. BELLOMO, *Commento art. 46. Norme di modifica al decreto legislativo 25 febbraio 2000, n.61 e successive modifiche e integrazioni* in M. PEDRAZZOLI (a cura di), *Il nuovo mercato del lavoro. Commentario al d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276 (Riforma Biagi)*, Cedam, Padova, 2004, 654 ss..

interconfederali vigenti, l'intervento in materia di lavoro a tempo parziale, nel rispetto di quanto già previsto dalla legge e dalla contrattazione collettiva di livello nazionale.

Proprio sui poteri di intervento collettivo di livello aziendale (assieme a quello di livello territoriale), si sono avuti negli ultimi anni i maggiori cambiamenti: così, come è avvenuto per altri ambiti del diritto del lavoro, con l'art. 8, l. n. 148/2011, sono state modificate regole e termini di legittimazione dell'intervento dei contratti collettivi di prossimità.

A seguito dell'entrata in vigore di tale disposizione vi è stata una sostanziale inversione di tendenza nel rapporto tra la fonte collettiva di livello aziendale e la disciplina legale e collettiva di livello nazionale: i soggetti sindacali di livello aziendale (e territoriale) sono stati autorizzati a negoziare accordi validi a derogare, sia i contratti di livello nazionale, che la disciplina legale, e in linea con quanto previsto dalla legge al comma 2, lett. c), art. 8, l. n. 148/2011, tali interventi sono risultati ammessi anche in materia di part time, per il riferimento nella disposizione anche «ai contatti a orario ridotto, modulato e flessibile».

In sostanza, anche per il lavoro a tempo parziale, si è consentito che soggetti sindacali qualificati (associazioni comparativamente più rappresentative sul piano nazionale o territoriale ovvero rappresentanze sindacali operanti in azienda), previo utilizzo di meccanismi di estensione *erga omnes* basati sul criterio maggioritario, possano, al fine di perseguire svariati obiettivi (tra i quali, in tema di part time, primeggiano «gestione delle crisi aziendali e occupazionale», «maggiore occupazione», «qualità dei contratti di lavoro», «emersione del lavoro irregolare»), sottoscrivere specifiche intese in deroga a quanto previsto dalla contrattazione collettiva nazionale e dalle altre disposizioni legislative¹⁵.

La modifica a carattere sistematico proposta con l'art. 8, criticata, sia sotto il profilo del meccanismo di estensione soggettiva degli accordi, efficace anche nei confronti dei soggetti dissenzienti e non appartenenti alle associazioni stipulanti¹⁶, veniva introdotta nel mezzo del periodo di crisi che ha attanagliato il nostro paese già nel corso del 2011, ed è stata intesa come una delle principali risposte con le quali il governo italiano tentava di riacquisire credibilità e fiducia nei confronti delle istituzioni europee (tra cui la BCE).

La riferibilità di tale intervento, anche al contratto a tempo parziale ha, però, messo la dottrina nella condizione di confrontarsi sulla sua effettiva utilità: l'intervento delle parti

¹⁵ cfr. sui problemi di legittimità costituzionale F. LISO, *Osservazioni sull'accordo interconfederale del 28 giugno 2011 e sulla legge in materia di «contrattazione collettiva di prossimità»* in *CSDLE*, 2012, n.157, 29 ss.; G. FERRARO, *L'efficacia soggettiva del contratto collettivo* in *QFMB*, Saggi e ricerche, 2011, n. 2/VI; *contra* A. MARESCA, *La contrattazione collettiva aziendale dopo l'articolo 8 del decreto legge 13 agosto 2011, n. 138* in *DRI*, 2012, I, 16 ss.; A. VALLEBONA, *L'efficacia derogatoria dei contratti aziendali o territoriali: si sgretola l'idolo dell'uniformità oppressiva* in *MGL*, 2011, n. 10, 682 ss..

¹⁶ cfr. F. LISO, *op. cit.*, 10; in tema di poteri che rilasciati alle r. s. a. e alle r. s. u., in assenza di regole di legittimazione certe cfr. V. LECCESE, *Relazione* in XVII Congresso Nazionale dal 7 al 9 giugno 2012, Pisa, A. I. D. L. A. S. S., "Il diritto del lavoro al tempo della crisi"; A. PERULLI e V. SPEZIALE, *L'articolo 8 della legge 14 settembre 2011 n. 148 e la "rivoluzione di Agosto" del Diritto del lavoro* in *CSDLE*, 2011, n. 132, 33 ss..

sociali aziendali e territoriali, seppur richiesto al fine di contribuire al superamento della grave crisi economica, non è apparso «opportuno» in materia di part time; in applicazione della disposizione, per quanto sia possibile incentivare in misura maggiore l'utilizzo dell'istituto, con la previsione di misure di ulteriore vantaggio per la trasformazione del rapporto da full time a part time, in modo da contribuire alla crescita occupazionale, attraverso l'impiego di nuova manodopera negli orari di lavoro non svolto dal lavoratore a tempo parziale trasformato, più in generale, non sembrano potersi ottenere dei cambiamenti strutturali sulla fattispecie, in ragione della derivazione dei limiti che, la legge e la contrattazione collettiva nazionale hanno applicato, posti principalmente in attuazione della fonte comunitaria e nel rispetto dei vincoli costituzionali¹⁷.

L'applicazione del principio della volontarietà, ad esempio, già affermato nelle convenzioni OIL n. 175/1994 e nella direttiva europea 97/81/CEE, impone di non modificare *in pejus* la disciplina prevista a tutela del consenso del lavoratore, allo svolgimento della prestazione in modo ridotto, e, il livello di tutela garantito dal legislatore nazionale, in applicazione di tale principio, già risulta inferiore rispetto a quello richiesto in sede europea, non potendosi, pertanto, rendere oggetto di modifiche a carattere deteriore per il lavoratore con l'intervento della contrattazione collettiva di prossimità (in tema di lavoro supplementare, ovvero sul diritto di ripensamento per le clausole di variazione).

Sotto lo stesso profilo, l'intervento delle parti sociali prossimali deve confrontarsi con le tutele costituzionali su cui si fonda l'utilizzo degli strumenti di flessibilità funzionale. In applicazione dell'art. 36 Cost., si è consentito censurare la rimessione al datore di lavoro del potere di chiamata del prestatore, senza la preventiva predisposizione di coordinate temporali determinate o determinabili entro le quali esercitare tale richiesta¹⁸, e la difesa del tempo di non lavoro del lavoratore e delle necessità di integrazione del reddito del prestatore, sono state assunte, come elementi qualificanti del regime orario ridotto¹⁹: in tal senso, soprattutto in materia di flessibilità funzionale, ove maggiore vi è il rischio di ledere il tempo di non lavoro del prestatore attraverso una liberalizzazione eccessiva degli strumenti previsti, la contrattazione collettiva di prossimità è chiamata a rispettare gli *standards* stabiliti dal legislatore ed, eventualmente, già integrati dalla contrattazione collettiva nazionale, essendo questi riconducibili ad una lettura costituzionalmente orientata della fattispecie, che di fatto, non le consente ampi margini di manovra.

¹⁷ R. VOZA, *Contratti a orario ridotto, modulato o flessibile* in F. CARINCI (a cura di), *Contrattazione in deroga*, Ipsoa, Milano, 2012, 419 ss.

¹⁸ A. MARESCA, *Limiti costituzionali alla flessibilità del lavoro a tempo parziale*, *op. cit.*, 149 ss.

¹⁹ M. DELFINO, *Il lavoro part time nella prospettiva comunitaria. Studio sul principio volontaristico*, *op. cit.*, 265 ss..

La cessione di cubatura tra profili civilistici e plusvalenze discusse.

di Ylenia Zaira Alfano

Abstract

This article deals with the sale airspace, a much discussed topic for both the doctrine and the jurisprudence. The Italian legislature, in fact, changed the rule of Article 2643 cc n. 2-bis of the Civil Code and this change has re-opened the debate on this point. The transfer of airspace, involving both private interests and public interests, can be regarded as a transfer of an autonomous right. In particular, this has important consequences as regards taxation and the determination of capital gains. However, despite legislative changes, to date it is not yet possible to give certain and unambiguous conclusion regarding the transfer of airspace.

1. La cessione di cubatura. La modifica in tema di trascrizione riaccende il dibattito civilistico e fiscale. 1.1. La situazione precedente alla riforma e la “soluzione” del legislatore della novella. 1.2 I “punti critici” dell’operazione di cessione. 1.3 La posizione della giurisprudenza in merito alle criticità dell’istituto in esame. 2. Profili fiscali della cessione di cubatura: la tesi della non imponibilità. 2.1 (Segue) La tesi dell’imponibilità ed il sorgere delle plusvalenze immobiliari. 2.2 I profili fiscali alla luce della normativa recente di cui all’art. 2643 c.c. n. 2 -bis c.c. Dubitative conclusioni.

1. La cessione di cubatura. La modifica in tema di trascrizione riaccende il dibattito civilistico e fiscale.

Con lo scopo dichiarato di rendere certa la circolazione dei diritti edificatori, il legislatore ha inserito nel codice civile, con il D.L. 13 maggio 2011 n. 70, come modificato dalla legge 12 luglio 2011, n. 1061, all’**art. 2643**, il **n. 2-bis**, ai sensi del quale si devono rendere pubblici con lo strumento della trascrizione *“i contratti che trasferiscono, costituiscono o modificano i diritti edificatori comunque denominati, previsti da normative statali o regionali, ovvero da strumenti di pianificazione territoriale”*,

La norma, peraltro, consente la *“tipizzazione di un nuovo schema contrattuale di uso nella prassi: la cessione di cubatura”*, risolvendo in tal modo, almeno parzialmente, l’annosa questione

¹ G.U. n. 160 del 12.7.2011. La norma è in vigore sin dal 14 maggio 2011.

intorno alla qualificazione della figura in esame. In tal modo, il legislatore ha soddisfatto l'auspicio giurisprudenziale² di un intervento statale volto a *“disciplinare in maniera chiara ed esaustiva la perequazione urbanistica, nell'ambito di una legge generale sul governo del territorio la cui adozione appare quanto mai auspicabile alla luce dell'inadeguatezza della normativa pregressa a fronte delle profonde innovazioni conosciute negli ultimi decenni dal diritto amministrativo e da quello urbanistico”*.

Ebbene, le modifiche appena menzionate hanno riaperto il dibattito sui profili civilistici e fiscali dell'istituto in parola, dibattito sviluppatosi negli anni senza soluzione di continuità, tanto che, ad oggi, intraprendere una qualunque trattazione sul tema impone che ci si ponga, quasi provocatoriamente, il quesito che segue, ovvero se l'atto noto nella prassi quale *“cessione di cubatura”*, anche qualificata come cessione di volumetria, sia o meno un atto imponibile. Già per rispondere a tale interrogativo, bisognerà necessariamente approfondire lo scenario tradizionale, anzi tutto quello di carattere civilistico; il che comporta, preliminarmente, la necessità di compiere una scelta in merito alla qualificazione giuridica dell'istituto in esame e del diritto con esso trasferito; solo in secondo momento sarà dunque possibile verificare la sussistenza o meno di materia imponibile, ovvero considerare se emerga o meno un reddito tassabile in capo al cedente a seguito del trasferimento della cubatura.

1.1 La situazione precedente alla riforma e la “soluzione” del legislatore della Novella.

L'istituto del c.d. *“asservimento di terreno per scopi edificatori”* (o cessione di cubatura) — al quale, secondo la prassi prevalente e la diffusa interpretazione giurisprudenziale³, poteva farsi ricorso, già prima della novella, pure in mancanza di un riconoscimento espresso da parte di fonti normative — consiste in un accordo tra proprietari di aree contigue, aventi la stessa destinazione urbanistica, in forza del quale il proprietario di un'area cede una quota di cubatura edificabile sul suo fondo, per permettere all'altro proprietario di disporre della minima estensione di terreno richiesta per l'edificazione, ovvero di realizzare una volumetria maggiore di quella consentita dalla superficie del fondo di sua proprietà.

² Espresso dai giudici amministrativi, con chiarezza, nella sentenza del Consiglio di Stato 13 luglio 2010, n. 4545, riguardante il piano regolatore di Roma.

³ *Infra multis*, si consiglia la lettura di Cass. 20 maggio 2009, n. 21177, che propone, peraltro, un tentativo di definizione dell'istituto in parola.

E' indispensabile, con l'aiuto della migliore dottrina⁴, ricostruire le principali posizioni teoriche che si sono succedute nel corso del tempo, prima della riforma menzionata in apertura. Secondo un primo orientamento⁵, c.d. pubblicistico, la cessione di cubatura era un **contratto atipico ad effetti obbligatori avente natura di atto preparatorio e procedimentale**, senza oneri di forma pubblica o di trascrizione, finalizzato al trasferimento di volumetria, la cui fonte era ritenuta esclusivamente il provvedimento amministrativo. Si riteneva non necessario un vero e proprio atto di asservimento o cessione, reputandosi sufficiente l'adesione del cedente. Tale adesione veniva generalmente manifestata tramite la sottoscrizione dell'istanza o del progetto del cessionario; in secondo luogo, era senz'altro possibile rinunciare alla propria cubatura a favore di questi o notificando al comune tale sua volontà. Da ultimo, si riteneva che il c.d. vincolo di asservimento - rispettivamente a carico e a favore del fondo - si costituisse, sia per le parti che per i terzi, per effetto del rilascio del titolo abilitativo edilizio, che legittimava lo *ius aedificandi* del cessionario sul suolo attiguo⁶. Secondo un diverso orientamento⁷, c.d. **privatistico**, vi era invece necessità di strumenti negoziali privatistici (atto d'obbligo o servitù, e trascrizione), quando il proprietario di un terreno intendeva asservirlo a favore di un altro proprietario limitrofo, per ottenere una volumetria maggiore di quella che il suo solo terreno gli avrebbe consentito, configurandosi in tale **ottica un atto "assimilabile al trasferimento di un diritto reale immobiliare"**⁸. Si discuteva poi, nell'ambito di quest'ultima impostazione, se il mezzo tecnico di produzione dell'effetto fosse la costituzione di una servitù di non edificare, ovvero di un diritto reale "atipico" e *sui generis*.

Con l'intervento operato in materia di trascrizione, il legislatore ha decisamente optato la "tesi privatistica" ed ha conseguito quel risultato di chiarificazione e di certezza innanzi enunciato; il tutto, anche e soprattutto alla luce della circostanza che la nuova norma determina la conseguente applicazione dell'art. 2644 c.c., con l'effetto principale di rendere inopponibili ai terzi acquirenti di diritti sull'immobile asservito la costituzione, il trasferimento o la modificazione del diritto edificatorio, qualora non trascritti.

Se in passato si era soliti negare l'esistenza di un vero e proprio diritto edificatorio, in ossequio al ben noto principio del *numerus clausus*⁹ dei diritti reali, ad oggi è finalmente

⁴ G. PETRELLI, *Rassegna delle principali novità normative di interesse notarile*, 2011, reperibile su www.gaetanopetrelli.it.

⁵ T.a.r. Veneto 10 settembre 2004, n. 3263; Cons. Stato 28 giugno 2000, n. 3637.

⁶ Cass. 12 settembre 1998, n. 9081.

⁷ Cons. Stato 29 luglio 2008, n. 3766; Cons. Stato 23 marzo 2004, n. 1525

⁸ Cass. 14 maggio 2007, n. 10979; Cass. 14 dicembre 1988, n. 6807.

⁹ La tipicità dei diritti reali è tradizionalmente ritenuta uno dei principi fondamentali dell'ordinamento. Mentre le parti sono libere di concludere, nella loro autonomia negoziale, qualsiasi tipo di contratto e con qualsiasi contenuto (nel rispetto dei limiti di cui all'art. 1322 c.c.), esse non sono invece libere di costituire nuovi diritti

possibile rilevare che - pur mancando altre norme che disciplinino il profilo “sostanziale” delle vicende in oggetto – il legislatore ha finalmente previsto quel diritto come un vero e proprio “diritto immobiliare”, nell’accezione accolta dall’art. 2645 c.c.: ossia un “diritto inerente all’immobile”, e come tale dotato di diritto di seguito.

Per certi aspetti, sembra poter ricalcare talune considerazioni che la dottrina¹⁰ ha avuto modo di sviluppare a proposito della norma dell’art. 2645 *ter* c.c., con la quale non si voleva tanto dettare una norma in tema di trascrizione, ma piuttosto, prevedere espressamente un certo schema contrattuale. Una storia affascinante, quella dell’art. 2645 *ter* c.c., soprattutto ove si consideri che l’ammissibilità della figura, e del conseguente vincolo di destinazione, passa per una squisita operazione giuridica, ovvero per il vaglio della meritevolezza¹¹ dell’interesse e, dunque, per un’approfondita e consapevole analisi della regola dell’art. 1322 c.c.

Allo stesso modo, con la norma in commento, è parso ai più che il legislatore abbia finalmente voluto prevedere lo schema contrattuale, già noto alla prassi, che si definisce “cessione di cubatura”¹².

reali, diversi da quelli espressamente disciplinati dal codice civile. Questo principio esprime linee di politica del diritto assai precise: non si vuol gravare la proprietà di pesi ulteriori rispetto a quelli espressamente disciplinati dalla legge e, al tempo stesso, si vuol tutelare chi entra in rapporto con il proprietario, o il titolare del diritto reale minore, al fine di porlo in condizione di conoscere con esattezza l’ampiezza dei propri diritti; tutela dei proprietari, quindi, e contestuale tutela dei terzi. Le considerazioni sono di antica memoria: già L. BARASSI, *Diritti reali limitati*, Milano, 1937, pp. 50-51, sanciva la tipicità dei diritti reali, e le sue considerazioni venivano poi riprese da F. MESSINEO, *Trattato di diritto civile e commerciale*, Milano, 1966, pp. 567-568, secondo il quale «i diritti reali su cosa altrui sono tipici, nel senso che la volontà del costituente non può creare figure nuove e diverse da quelle che la legge contempla e disciplina. Il che, detto con altra espressione, significa che i diritti reali su cosa altrui sono tassativi, come numero e come tipo».

¹⁰ M. BIANCA, *L’atto di destinazione: problemi applicativi*, in Atti del Convegno su Atti notarili di destinazione dei beni: art. 2645 *ter* c.c., Milano, 19 giugno 2006; G. PETRELLI, *La trascrizione degli atti di destinazione*, in Riv. dir. civ., 2006, II, p. 162. , II, p. 181 e ss. Per primo G. Palermo ha elaborato la teoria dell’atto negoziale di destinazione (si veda ad esempio il contributo G. PALERMO, *Ammissibilità e disciplina del negozio di destinazione*, in *Destinazione di beni allo scopo. Strumenti attuali e tecniche di innovative*, Atti del Convegno, Roma, 2003, p. 243 e ss.

¹¹ GUARNIERI, *Meritevolezza dell’interesse e utilità sociale del contratto*, in Riv. Dir. Civ., 1994, I, 799; ID., voce “Meritevolezza dell’interesse” in Digesto (civ.), IX, Torino, 1994, 324.

¹² Quanto sopra affermato riveste una notevole importanza al fine di individuare il reale contenuto della novella: se, infatti, la “tipizzazione” del diritto edificatorio quale “diritto immobiliare”, opponibile a terzi, fosse stata già operata con altra norma sostanziale, non pare dubbio che – in conformità, del resto, alla prassi preesistente – le relative vicende sarebbero già state soggette a trascrizione ai sensi dell’art. 2645 c.c., e la norma appena introdotta sarebbe stata inutile (sull’attuale portata del c.d. principio di “tassatività” delle ipotesi di trascrizione, e sulla sua evoluzione – alla luce degli attuali formanti legislativo, giurisprudenziale e dottrinale – in un principio di “tipicità”, che non presuppone più l’espressa previsione di trascrivibilità dei singoli atti riguardanti le vicende riguardanti beni immobili, ma richiede pur sempre che tali vicende riguardino “diritti immobiliari” (art. 2645 c.c.), opponibili a terzi, cfr. PETRELLI, *L’evoluzione del principio di tassatività nella trascrizione immobiliare*, ESI, Napoli, 2009.

1.2 I "punti critici" dell'operazione di cessione nelle riflessioni della dottrina.

La legislazione urbanistica che si è avvicinata nell'arco di quasi un trentennio (legge 17 agosto 1942, n. 1150, così come modificata dalla legge 6 agosto 1967, n. 765, c.d. Legge Ponte), ha favorito la nascita e la diffusione tra i proprietari di aree edificabili di questa prassi, in forza della quale, come riferito poc'anzi, il proprietario di un'area edificabile trasferisce (normalmente dietro corrispettivo) al proprietario di un'area finitima tutta o parte della cubatura utilizzabile sul proprio fondo (rendendolo, in tutto o in parte, inedificabile); al termine dell'operazione, il proprietario-cessionario avrà acquisito dunque un certo quantum di cubatura, e potrà edificare sfruttando non solo la cubatura naturalmente espressa dal proprio fondo, ma anche quella acquisita in aggiunta.

E' necessario procedere, prima di dare seguito alla presente analisi, individuare quali siano i cd. punti critici dell'operazione di cessione; in sostanza, essi sono enucleabili quantomeno in due principali problematiche: in primo luogo, il tipo di interessi coinvolti; in secondo luogo, la tradizionale difficoltà ad immaginare che l'area sovrastante il suolo possa costituire oggetto di trasferimento.

Quanto agli **interessi** che spingono le parti all'operazione, la dottrina¹³ che si è occupata del trasferimento di cubatura ne ha variamente giustificato la genesi e il contenuto.

¹³ G. CECCHERINI, *Il c.d. "trasferimento di cubatura"*, Milano, 1985; Id., *Funzione ed efficacia della cessione di cubatura*, in *Giust. civ.*, 1990, II, 103; S. G. SELVAROLO, *Il negozio di cessione di cubatura*, Napoli, 1989; A. CANDIAN, *Il contratto di trasferimento di volumetria*, Milano, 1994; Id., *Il contratto di trasferimento di volumetria di fronte ai rimedi sinallagmatici e al recesso*, in *Recesso e risoluzione nei contratti*, a cura di Giorgio De Nova, Milano 1994; A. CHIANALE, *Osservazioni sul cosiddetto trasferimento di cubatura*, in *Giur. it.*, 1989, I, 1, 1545; R. COLLETTI, *La servitù e la cessione di cubatura*, in *Nuova rassegna*, 1996, 68; A. COSTA, *Ai "trasferimenti di cubatura" spettano i benefici di cui all'art. 14 della legge 2 luglio 1949, n. 408*, in *Dir. prat. trib.*, 1982, II, 976; V. DE LORENZI, *Sul c.d. trasferimento di cubatura*, in *Corr. giur.*, 1989, 278; P. DE MARTINIS, *Accorpamento urbanistico di più aree, con particolare riferimento al trasferimento di volumetria*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1996, I, 342; Id., *Asservimento di area e cessione di cubatura*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1996, II, 213; M. DI PAOLO, *Trasferimenti di cubatura d'area e "numero chiuso" dei diritti reali*, in *Riv. not.*, 1975, 547; A. G. DI VITA, *La cessione di cubatura*, in *Diritti reali limitati: argomenti di interesse notarile* (Convegno), Palermo, 1991; F. GAZZONI, *La c.d. cessione di cubatura*, in *Commentario al codice civile* diretto da P. Schlesinger, Milano, 1991, art. 2643-2645, vol. I 655; F. GERBO, *La cessione di volumetria*, in *Il notaio*, 1998, 105; N. GRASSANO, *La cessione di cubatura*, in *Riv. not.*, 1992, 1069; P. GRASSANO, *La cessione di cubatura nel processo conformativo della proprietà edilizia privata*, in *Giur. it.*, 1990, IV, 383; A. IANNELLI, *La cessione di cubatura e i così detti atti di asservimento*, in *Giur. merito*, 1977, IV, 740; M. LIBERTINI, *I "trasferimenti di cubatura"*, in *I contratti del commercio, dell'industria e del mercato finanziario*, Trattato diretto da F. Galgano, Torino, 1995, vol. III; Id., *I "trasferimenti di cubatura"*, in *Il contratto silloge in onore di Giorgio Oppo*, Padova, 1992, vol. I; Id., *Sui "trasferimenti di cubatura"*, in *Contratto e impresa*, 1991, 73; A. PAGANO, *In tema di c.d. trasferimento di cubatura*, in *Corr. giur.*, 1996, 1285; G. PICCO - A.M. MAROCCO, *I così detti "trasferimenti di cubatura"*, in *Riv. not.*, 1974, 626; G. PICCO, *Natura ed efficacia dei vincoli volumetrici conseguenti a piani regolatori o regolamenti urbanistici - Il trasferimento di cubatura*, Relazione al XV° Congresso Nazionale del Notariato, Verona, 1966; P. PITTER, *Limiti di volumetria e vincoli di inedificabilità sulla superficie residua non edificata (una prassi diffusa in materia urbanistica)*, in *Riv. dir. civ.*, 1973, II, 426; F. ROSELLI, nota a Cass.

Storicamente, il fenomeno viene ricondotto all'introduzione dei suddetti limiti legali alla proprietà privata nell'utilizzazione edificatoria delle aree¹⁴. La previsione degli standards edilizi, ancorando al parametro della superficie edificabile a disposizione dei singoli costruttori la capacità edificatoria dei suoli, ha sostanzialmente introdotto il concetto di "superficie minima edificabile", secondo cui l'attività edilizia sulle aree è consentita solo se a disposizione del costruttore vi sia un'area con la superficie legale minima idonea a contenere una determinata volumetria.

Un diverso punto di vista è espresso da chi, argomentando dalla serie di vincoli volumetrici, posti dalla legge o dalle convenzioni, gravanti sulla proprietà edilizia, ritiene che il sistema del trasferimento di cubatura sia sorto dall'applicazione di strumenti quali i comparti edificatori e la perequazione dei volumi¹⁵. L'incremento di volumetria di un suolo edificabile, come esito della procedura scrutinata in questa sede, è stato anche considerato - sotto il profilo economico - quale bene patrimonialmente valutabile¹⁶⁻¹⁷.

Di certo il trasferimento di cubatura presenta una significativa incidenza sull'assetto urbanistico dei suoli, disciplinato dalle norme comunali, e ciò spiega la **stretta compenetrazione degli interessi pubblici e privati** coinvolti nell'operazione, risultando pertanto insufficiente alla realizzazione dello scopo il solo accordo tra privati diretto a determinare l'incremento edificatorio di un fondo a scapito di un altro. In posizione estrema,

29 giugno 1981, n. 4245, in *Giur. it.*, 1982, I, 1, 685; D. RODELLA, *Trasferimento di cubatura edificabile - pertinenze e posti macchina nella legislazione italiana*, in *Nuova Rassegna*, 1990, 2369; S. SCARLATELLI, *La c.d. cessione di cubatura. Problemi e prospettive*, in *Giust. civ.*, 1995, II 287; R. TRIOLA, *La "cessione di cubatura": natura giuridica e regime fiscale*, in *Riv. not.*, 1974, 115; Id., *La natura giuridica della cessione di cubatura*, nota a Cass. 30 aprile 1974 n. 1231, in *Giust. civ.*, 1974, I, 1424; M. COSTANZA, nota a Cass. 14 dicembre 1988 n. 6807, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1989, I, 372; P. L. TROJANI, *Tipicità e numerus clausus dei diritti reali e cessione di cubatura. Lo stato della dottrina e della giurisprudenza ed un'ipotesi ricostruttiva originale*, in *Vita not.*, 1990, II, 285. V. VANGHETTI, *Profili civilistici della c.d. "cessione di cubatura"*, in *Notariato*, 1996, 419; M. BESSONE, (a cura di) *Casi e questioni di diritto privato per la pratica notarile*, Milano, 1995, I, 209; S. CARDARELLI, *Il trattamento tributario dei diritti reali parziali*, in *La casa di abitazione tra normativa vigente e prospettive* (Convegno), Milano, 1986, vol. III, 615 ss.; A. DI MAJO - L. FRANCIOSI, voce "*Proprietà edilizia*", in *Enc. dir.*, vol. XXXVII, 356; A. GAMBARO, *La proprietà edilizia*, in *Trattato Rescigno*, Torino, 1982, vol. 7, 526 ss.; S. LANZILLOTTI - F. MAGURNO, *Il notaio e le imposte indirette*, Roma, 1988, 102; M. MARE', *Natura e funzione dell'atto d'obbligo nell'ambito del procedimento di imposizione di vincoli di destinazione urbanistica*, in *Riv. not.*, 1990, 1347; A. RUGGIERO, *Contenuto e finalità delle convenzioni urbanistiche nella esperienza notarile*, in *Convenzioni urbanistiche e tutela nei rapporti tra privati*, Michele Costantino (a cura di), Milano, 1995 (ristampa); C. T. SILLANI, *I "limiti verticali della proprietà fondiaria"*, Milano, 1994, 575 ss.

¹⁴ G. CECCHERINI, op. cit., 1 ss.; A. G. DI VITA, op. cit., 38.

¹⁵ G. PICCO, op. cit. 124 ss.

¹⁶ Si è affermato così che "*l'edificabilità di un'area espressa in termini di volumetria costituisce nella realtà degli affari un valore economico che tende a staccarsi dalla proprietà del suolo per formare oggetto di commercio e di negoziazione autonoma tra i privati*". A. RUGGIERO, op. cit., 149.

¹⁷ Alla luce delle considerazioni appena svolte, è stato ritenuto ammissibile il "*conferimento di cubatura in società*" in fase costitutiva, ovvero in sede di aumento di capitale F. GERBO, op. cit., 105.

si è addirittura arrivati ad affermare la totale irrilevanza dell'autonomia negoziale per il conseguimento del risultato¹⁸.

Il nuovo ed attivo ruolo dei privati, di contribuire accanto all'Amministrazione nella costruzione di un più razionale assetto urbanistico del territorio giustifica il *placet* dell'Amministrazione all'operazione, rilevandosi che l'assenso del Comune è necessario in quanto la cessione di cubatura, rideterminando la densità edilizia su alcune aree ricomprese in una certa zona, ne modifica le "modalità di sfruttamento edilizio", in deroga agli standards previsti dagli strumenti urbanistici generali.

Il coinvolgimento di interessi pubblici e privati mette così a nudo la prima difficoltà di inquadramento dogmatico dell'operazione "trasferimento di cubatura". Se infatti si esalta la fase genetica della vicenda, costituita dall'accordo tra i privati proprietari, la disciplina del particolare autoregolamento di interessi andrà individuata nel diritto privato; diversamente, qualora l'attenzione si sposti alla fase conclusiva del procedimento, ponendo l'accento sul provvedimento amministrativo che contribuisce a realizzare l'effetto voluto (autorizzazione al nuovo assetto programmato, concessione edilizia ecc.) è doveroso ricorrere ai principi del diritto amministrativo.

L'intreccio tra il diritto privato e il diritto amministrativo è espressione, in realtà, di un fenomeno più generale che ha coinciso con la disgregazione del sistema codicistico da un lato, e con la sempre meno netta separazione tra diritto privato e diritto pubblico, dall'altra¹⁹.

L'altro "punto critico" dell'operazione, come si enunciava in apertura, è rappresentato dalla difficoltà ad immaginare che lo **spazio aereo**, connesso alla proprietà del suolo, possa costituire oggetto di diritti separatamente dalla titolarità del fondo.

Secondo la concezione tradizionale, oggetto dei diritti reali (e quindi oggetto di trasferimento) può essere solo la *res corporalis*, intesa come cosa in senso proprio, cioè porzione della materia²⁰. Si è quindi affermato che lo spazio non è una cosa, ma semplicemente il mezzo in cui si trova l'oggetto del diritto. È stata però precisata la portata dell'art. 810 cod. civ. (secondo cui "*sono beni le cose che possono formare oggetto di diritti*"), nel senso che la norma offrirebbe un criterio di qualificazione solo per quei beni che, nella loro entità

¹⁸ Sul punto, Cass.13 maggio - 12 settembre 1998 n. 9081: "... quando per realizzare il rapporto area-volume prescritto dalla legislazione urbanistica, sia indispensabile destinare la proprietà di un terzo al servizio di un costruendo edificio, non è necessario un atto negoziale privato, diretto alla costituzione di una servitù o di altro vincolo giuridico tra le parti, poiché la "cessione di cubatura" si realizza in virtù del solo provvedimento amministrativo di concessione edilizia, che ha effetto verso i terzi e tra le parti". Sul punto, si tornerà a breve, enunciando le diverse posizioni giurisprudenziali che si sono succedute sull'argomento.

¹⁹ M. MARE', op. cit., 1347 ss.

²⁰ F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, ed. 1989, 56; F. MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, Milano, 1965, 333.

materiale, sono definibili cose. Il concetto di "bene", diversamente dal concetto di "cosa", è comprensivo non solo delle cose materiali o corporali (ivi comprese le energie) che, in senso giuridico, sono idonee a soddisfare i bisogni umani, ma anche di altre entità immateriali e di valori che, pur non essendo cose, sono ugualmente utili ed atte a fungere da oggetto di diritti, in relazione ai multiformi interessi tutelati dall'ordinamento²¹.

Tuttavia, qualificare la cubatura edificabile come un bene in grado di soddisfare svariate esigenze (abitative, lucrative, ecc.) e quindi astrattamente trasferibile, non chiarisce se oggetto del trasferimento sia una situazione giuridica soggettiva attiva inquadrabile tra quelle reali ovvero personali.

Il fenomeno certamente presenta delle connotazioni di realtà, ma tali caratteristiche sfumano ove si sottoponga a verifica l'efficacia (nei confronti dei terzi) del trasferimento di volumetria, nonché il connesso aspetto della tutela. In particolare, la non perfetta riconducibilità della vicenda nell'alveo dei diritti reali, con la conseguente inopponibilità ai terzi della ridotta capacità edificatoria del fondo "cedente", ha giocoforza agevolato la catalogazione della figura tra le fattispecie reali atipiche, se non addirittura tra i vincoli di natura personale. Agli interrogativi teorici hanno poi fatto seguito le proposte delle modalità con cui la vicenda negoziale potrebbe realizzarsi sul piano operativo, giungendosi anche a prospettare originali ipotesi ricostruttive²².

Ma pur ammettendosi che il volume edificabile possa autonomamente trasferirsi rispetto al bene cui inerisce, non è ancora possibile giungere ad un risultato appagante sul piano sistematico. Con l'entrata in vigore della legge 28 gennaio 1977, n. 10 (c.d. legge Bucalossi), si è fortemente dubitato che lo *ius aedificandi* possa appartenere a qualsiasi proprietario, con la conseguenza di far vacillare l'attività di disposizione del *dominus* in ordine allo stesso.

E' stato così affermato che il passaggio dal sistema della licenza a quello della concessione edilizia - lungi dal costituire un fatto esclusivamente terminologico - ha segnato la separazione dello *ius aedificandi* dal contenuto del diritto di proprietà, potendosi leggere nel nuovo provvedimento comunale non più la rimozione di un limite all'esplicazione del diritto di proprietà, ma un atto amministrativo che attribuisce al privato che ne faccia richiesta lo *ius aedificandi*²³. Ciò spiega come la facoltà edificatoria di un fondo, stralciata convenzionalmente dalla proprietà di questo, possa nuovamente essere attribuita al proprietario a seguito di una modifica di imperio dello strumento urbanistico da parte dell'Amministrazione, nell'ipotesi che essa proceda ad un sostanziale aumento degli standards edilizi.

²¹ M. COMPORTI, *Diritti reali in generale*, in *Trattato Cicu-Messineo*, Milano, 1980, vol. VIII, t. 1, 128.

²² P. L. TROJANI, op. cit., 298 ss., che propone la cessione atipica della "posizione contrattuale" assunta dal privato concessionario verso la pubblica amministrazione concedente.

²³ A. RUGGIERO, op. cit., 151 ss.

I contrastanti orientamenti manifestati dalla dottrina e dalla giurisprudenza nei confronti dei trasferimenti di cubatura hanno dunque alimentato il dibattito sulla qualificazione giuridica della figura, che si pone come una pratica viva e dal contenuto economico - sociale decisamente rilevante. Tale dibattito, almeno in parte, può dirsi superato qualora si intenda aderire alla tesi secondo la quale lo stesso legislatore ha ritenuto la cessione di cubatura alla stregua di un atto di trasferimento, avente ad oggetto un diritto reale immobiliare. Con i risvolti pratici che, nel corso della presente analisi, si tenterà di analizzare, da un angolo visuale attento soprattutto alla problematica fiscale.

1.3 La posizione della giurisprudenza in merito alle criticità dell'istituto in esame.

Dall'analisi delle pronunce sul trasferimento di cubatura, che si sono susseguite nell'arco di circa trent'anni, è possibile cogliere tutto il disagio legato alle già accennate difficoltà di inquadramento della materia, che si pone in un'area a confine tra il diritto privato e il diritto pubblico.

In linea di massima è possibile individuare tre filoni giurisprudenziali, che nel corso della presente trattazione intendiamo riportare, senza pretese di completezza.

Le prime pronunce giurisprudenziali²⁴ sull'argomento non sembrano risentire dell'esigenza di soddisfare istanze classificatorie. Tali pronunce, piuttosto, scaturirono dal diverso e principale problema fiscale sollevato più volte dinanzi alla Suprema Corte. In particolare si chiedeva se il trasferimento di cubatura avesse dovuto essere sottoposto alle norme della legge 2 luglio 1949 n. 408 (c. d. legge Tupini), e dunque se usufruisse delle agevolazioni previste da questa legge per i trasferimenti immobiliari; o al contrario, come obiettava l'Amministrazione delle Finanze, se occorresse considerare il trasferimento di cubatura fuori dalla previsione di quella legge, e pertanto da tassare analogamente ai trasferimenti immobiliari contemplati dall'art. 1 della tariffa all. "A" della legge di registro.

²⁴ Cass. 6 luglio 1972 n. 2235, in Riv. leg. fisc., 1973, 766 e in Rass. Avv. Stato, 1972, I, sez. 5; Cass. 6 marzo 1973 n. 641, in Riv. not., 1973, 1165; ivi, 1974 (solo massima), 114 con nota di R. Triola; Cass. 21 marzo 1973 n. 802 in Riv. leg. fisc., 1973, 2200 e in Foro it., 1973, I, 2117; Cass. 30 aprile 1974, n. 1231, in Riv. not., 1975, 547 con nota di M. Di Paolo e in Giust. civ., 1974, I, 1424, con nota di R. Triola; Cass. 22 gennaio 1975, n. 250, in Riv. leg. fisc., 1975, 1595; Cass. 21 maggio 1975, n. 2017, in Riv. leg. fisc., 1975, 2288; Cass. 20 ottobre 1975 n. 3416, in Riv. leg. fisc., 1976, 585; Cass. 8 ottobre 1976, n. 3334, in Riv. not., 1977, 1006; Cass. 20 ottobre 1976, n. 3639, Riv. leg. fisc., 1977, 1146; Cass. 14 dicembre 1988, n. 6807 in Corr. giur., 1989, 276 con nota di V. De Lorenzi, in Giur. imp., 1989, I, 164, con nota di R. Zampini e in Giur. it., 1989, I, 1, con nota di A. Chianale.

In un secondo gruppo di pronunce, che propendono per la qualificazione del rapporto instaurato con la cessione di cubatura come servitù²⁵, emerge invece l'esigenza di tutelare l'autonomia delle parti in maniera più vigorosa. Secondo il S.C., la necessità dell'atto negoziale trova ragione, come nel caso dei vincoli di inedificabilità, per soddisfare le "esigenze di certezza giuridica e di effettività delle previsioni urbanistiche"²⁶. A sostegno della tesi viene richiamato un lontano precedente giurisprudenziale²⁷, in cui si discuteva di un piano di lottizzazione predisposto da privati, nel quale si prevedeva la redistribuzione tra fondi confinanti delle quote di edificabilità. In quell'occasione la Corte aveva concluso che il piano, benché non avesse acquistato rilevanza nell'ambito del diritto pubblico per mancata preventiva autorizzazione dell'autorità comunale, ai sensi dell'art. 28 della legge urbanistica 1150/1942, conservava *inter partes* piena validità di convenzione *iure privato*.

Il terzo ed ultimo filone giurisprudenziale sembra invece porre sotto i riflettori il ruolo svolto dalla Pubblica Amministrazione nell'ambito della figura in esame²⁸; più correttamente, tali pronunce sembrano attribuire un ruolo fondamentale al provvedimento amministrativo, anche rispetto al negozio di diritto privato. In alcune pronunce²⁹, si giunge persino ad affermare che a "determinare il trasferimento di cubatura tra le parti e nei confronti dei terzi è esclusivamente il provvedimento concessorio, discrezionale e non vincolato che, a seguito della rinuncia, può essere emanato dall'ente pubblico a favore del cessionario".

Ebbene, il primo filone giurisprudenziale riportato è considerato, tradizionalmente, quello prevalente, nonostante si sia arrestato al 1988.

Nelle menzionate pronunce appartenenti al primo gruppo, i giudici sottolineano come, per effetto del trapasso di cubatura, il proprietario dell'area distacchi in tutto o in parte la facoltà di costruire, inerente al suo diritto dominicale, nei limiti consentiti dal P.R.G. e, formando un diritto a se stante, lo trasferisce definitivamente all'acquirente. Per effetto di ciò, il cedente "perde" il diritto di costruire su detta area e tale diritto "acquista", invece, il proprietario del fondo al quale viene trasferita la cubatura. Pertanto, "attraverso il consenso del comune, si verifica, per volontà dei privati contraenti, il trasferimento di una delle facoltà, in cui si estrinseca

²⁵ Cass. 25 ottobre 1973, n. 2743, in Giust. civ., 1974, I, 922; Cass. 25 febbraio 1980, n. 1317, in Giur. it. 1981, I, 1, 1346, Cass. S.U. 20 dicembre 1983, n. 7499 in Giur. it., I, 1, 209; Cons. Stato, 25 novembre 1988, sez. V, n. 744, in Foro amm., 1988, 3251; TAR Puglia, 16 giugno 1990, n. 279, in Foro amm., 1991, 881.

²⁶ Cons. Stato, 25 novembre 1988, sez. V, n. 744 cit.

²⁷ Il precedente cui si fa riferimento nel testo è Cass. 7 giugno 1968 n. 1738 in Riv. giur. edil., 1969, I, 1, 46.

²⁸ Cass. 29 giugno 1981, n. 4245, in Giur. it., 1982, I, 1, 685, con nota di F. Roselli; Cass. 22 febbraio 1996, n. 1352, in Foro it., 1996, I, 1698, con nota redazionale, e in Notariato, 1996, 417, con nota di V. Vanghetti; Cass. 12 settembre 1998, n. 9081 in corso di pubblicazione; Trib. Vallo della Lucania, 16 novembre 1982 n. 354, in Riv. giur. edil., 1983 con nota di U.F. Cardarelli; TAR Umbria, 24 gennaio 1990, n. 7, in i TAR, 1990, I, 1121.

²⁹ Cass. 22 febbraio 1996, n. 1352 cit.

la proprietà e, cioè, quella di costruire, onde il cessionario della cubatura può costruire, sul suo fondo, nei maggiori limiti consenti dalla cessione", per concludere che "gli effetti reali dell'oggetto della cessione, che viene ad accrescere la facoltà di edificare spettante al proprietario cui la cubatura è ceduta, con efficacia erga omnes, sono analoghi a quelli dei trasferimenti a titolo oneroso di diritti reali immobiliari, previsti dall'art. 1 della Tariffa ...".

Ebbene, restando ancora nella problematica civilistica della qualificazione giuridica, non sembra che l'orientamento appena enunciato si ponga in contrasto con quanto emerge dalla Novella del 2011, anzi pare che, ad oggi, la tesi appena esposta possa essere maggiormente condivisa, poiché può dirsi superata la difficoltà di inquadrare il non meglio precisato trasferimento di diritti reali immobiliari negli schemi legali. Quanto alla problematica di carattere fiscale, non resta che chiedersi se l'atto in parola, essendo atto di trasferimento di un diritto reale immobiliare, generi o meno il sorgere di plusvalenze³⁰ immobiliari, tassabili ai sensi della normativa attualmente vigente.

2. Profili fiscali della cessione di cubatura: la tesi della non imponibilità.

Occorre dar conto che una tesi parzialmente condivisa in dottrina³¹ ritiene che la vicenda traslativa della cubatura non generi un reddito tassabile perché il corrispettivo svolgerebbe in capo al cedente una mera funzione indennitaria. Il legislatore e l'interprete fiscale hanno infatti ritenuto esclusa l'imponibilità delle indennità e dei risarcimenti, salvo che siano ritenuti sostitutivi di redditi imponibili. A tal proposito va osservato che, con riferimento alla cessione di cubatura, è sensibilmente alto il rischio che il corrispettivo della cessione possa essere considerato sostitutivo di reddito, anche se qualificato come indennità; infatti, tale corrispettivo potrebbe essere ritenuto equivalente rispetto a quello che il proprietario potrebbe conseguire sfruttando direttamente, in senso edificatorio, l'appezzamento di terreno in parola.

³⁰ G. FALSITTA – *Manuale di diritto tributario parte speciale*, Padova 2008, p. 5, definisce "plusvalenza" il maggiore valore di scambio acquisito da taluni elementi che compongono il patrimonio. Si parla di plusvalenze in relazione alle seguenti imposte: nell'Irpef (si configura come un reddito diverso ex artt. 67 e 68 Tuir, oppure come concorrente alla formazione del reddito di lavoro autonomo ex art. 54 Tuir, oppure ancora come componente del reddito di impresa ex art. 58 Tuir) e nell'Ires (quale componente del reddito delle società ex artt. 73, 81 e 86 Tuir). Il tema delle plusvalenze immobiliari è comune a vicende traslative aventi a oggetto immobili sostanzialmente identiche ma distinte e caratterizzate in particolare dal soggetto che ne risulta obbligato sul piano tributario. Sono dunque disciplinate dal legislatore sia plusvalenze immobiliari non realizzate nell'esercizio di una attività economica sia plusvalenze immobiliari che invece si realizzano nell'esercizio di un'attività di impresa.

³¹ In tal senso G.REBECCA-G.BORRIERO, *Cessione di Terreni: ulteriori aspetti*, in il Fisco n. 2/2003, pag. 8. Si precisa inoltre che risulterebbe difficile l'individuazione del costo del diritto cui confrontare il prezzo di vendita al fine di determinare la plusvalenza.

Si tratta di capire se il corrispettivo in esame svolga effettivamente la funzione indennitaria; la soluzione positiva, che escluderebbe l'imponibilità della plusvalenza, deriverebbe dalla considerazione che viene ristorata una oggettiva e definitiva perdita di valore del lotto, dal quale viene sottratta la cubatura cedenda.

Ulteriore argomento a supporto della tesi della non imponibilità viene poi rinvenuto nell'elenco tassativo ex art. 67 Tuir, il quale non fa alcun riferimento alla cessione di cubatura. Il tutto, a prescindere dell'inquadramento che alla luce del nuovo art. 2643 n. 2 -bis c.c. si intenda dare del diritto di cubatura; e quindi nè come bene autonomo né come diritto reale atipico.

2.1 (Segue) La tesi dell'imponibilità.

La tesi positiva si basa sull'assimilazione tipologica della cessione di cubatura alla costituzione o cessione di diritti reali di godimento e in particolare alla costituzione di servitù. Se per il dibattito dottrinale civilistico sembrano esserci ampi spazi per le nuove posizioni, in materia fiscale sembra doveroso procedere con grande cautela, poiché la tesi dell'imponibilità è stata ed è sostenuta, caldamente, anche dal Fisco³².

La posizione del Fisco³³ è stata espressa di recente riconducendo la vicenda allo schema ex art. 67 Tuir³⁴ come trasferimento di diritti reali di godimento. L'imponibilità della plusvalenza è riferibile dunque alla natura del terreno della cui cubatura si tratta. Se la cubatura sia desunta da un terreno agricolo la cessione risulterà plusvalente, se effettuata nei cinque anni dall'acquisto, e se il bene non sia pervenuto per successione. Viceversa, qualora il terreno risultasse edificabile, la cessione sarebbe plusvalente a norma della lett. b) ult. p. e dell'art. 67 Tuir. La tassazione andrebbe effettuata invece a norma della lettera a) dell'art. 67 Tuir se ci trovasse di fronte a un terreno lottizzato.

In entrambi i casi la problematica effettiva riguarda la determinazione del valore originario del diritto di edificazione ceduto. L'amministrazione suggerisce di far riferimento a

³² In tal senso Ris. 233 del 20.08.2009, che, ivero, si pronuncia sulla cessione del diritto di rilocalizzazione. Per le modalità di calcolo della plusvalenza il fisco ha ritenuto adottabile un criterio di tipo proporzionale tra il valore complessivo originario del bene e il corrispettivo percepito per il trasferimento.

³³ Ris. N. 233 del 2009.

³⁴ *“Sono redditi diversi se non costituiscono redditi di capitale ovvero se non sono conseguiti nell'esercizio di arti e professioni o di imprese commerciali o da società in nome collettivo e in accomandita semplice, né in relazione alla qualità di lavoratore dipendente: a) le plusvalenze realizzate mediante la lottizzazione di terreni, o l'esecuzione di opere intese a renderli edificabili, e la successiva vendita, anche parziale, dei terreni e degli edifici;*

b) le plusvalenze realizzate mediante cessione a titolo oneroso di beni immobili acquistati o costruiti da non più di cinque anni, esclusi quelli acquisiti per successione o donazione e le unità immobiliari urbane che per la maggior parte del periodo intercorso tra l'acquisto o la costruzione e la cessione sono state adibite ad abitazione principale del cedente o dei suoi familiari, nonché, in ogni caso, le plusvalenze realizzate a seguito di cessioni a titolo oneroso di terreni suscettibili di utilizzazione edificatoria secondo gli strumenti urbanistici vigenti al momento della cessione; c) ...”

una perizia apposita che stabilisca il valore della volumetria edificabile rispetto al valore del terreno³⁵.

Nella pratica potrebbe verificarsi l'ipotesi della cessione del fondo cedente effettuata dopo che sia stata ceduta la cubatura. Partendo dall'assunto che la rilevanza edificatoria del fondo sarebbe venuta meno una volta ceduta la volumetria edificabile si dovrebbe poter concludere per la irrilevanza reddituale di siffatta cessione. Non sarebbero applicabili né la lettera a) né la lettera b) dell'art. 67 Tuir. Una più attenta riflessione ci potrebbe però condurre a formulare delle conclusioni diverse, specie nel caso di cessione parziale della cubatura, la possibilità di utilizzo, ancorché ridotta del terreno, non snaturerebbe la sua vocazione edificatoria e quindi la rilevanza sotto il profilo reddituale della plusvalenza derivante dalla sua vendita.

2.2 I profili fiscali alla luce della normativa recente di cui all'art. 2643 c.c. n. 2 -bis c.c. Dubitative conclusioni.

La cessione di cubatura è stata di recente ricostruita³⁶ come cessione di un bene autonomo, rientrante pienamente nella definizione civilistica ex art. 810 c.c.

Sul piano fiscale, diventa dunque decisiva la qualificazione della natura giuridica della cubatura, specie in relazione alle ipotesi tassativamente elencate dall'art. 67 Tuir, nel cui elenco, si ribadisce, non rientra la fattispecie oggetto d'esame, o almeno può dirsi che non tale fattispecie non sia espressamente prevista dalla norma in parola.

Ebbene, è necessario dar conto che la tesi della cubatura come bene autonomo fondata sul novellato art. 2643 n. 2 – bis c.c., pur essendo stata già vagliata, deve essere ancora pacificamente accolta. Specie sul piano fiscale, pertanto, occorrerebbe essere cauti. Allo stato quindi bisogna riflettere sulle certezze, e su quello che, secondo una certa dottrina³⁷, sarebbe ad oggi l'unico dato inconfutabile: **il trasferimento di cubatura configura un'ipotesi di cessione, con effetti traslativi di diritti reali di godimento e, quindi, rilevante ai fini della determinazione della plusvalenza.**

³⁵ Ris. ult. cit.

³⁶ Già con lo Studio CNN 1763/1999 pag. 675, est. M. Leo, si era prospettata la ricostruzione della cubatura come bene, salvo arrendersi alla tesi della servitù per ottenerne la trascrizione. Oggi l'unico ostacolo a tale ricostruzione sembrerebbe essere stato rimosso.

³⁷ E' soprattutto la dottrina notarile che, mantenendo chiaramente alto l'interesse verso l'aspetto operativo della vicenda civilistica e fiscale, ritiene ad oggi preferibile attestarsi su questa "prudente" posizione. Uno studio compiuto sulle plusvalenze è stato, piuttosto di recente, compiuto da F. RAPONI, Studio n. 21-2012/T, Plusvalenze immobiliari: aspetti notarili, *Approvato dalla Commissione studi tributari il 18 aprile 2012*, il quale andrebbe integrato con la lettura di Studio CNN 45-2011 est. M. CIGNARELLA e M. BASILAVECCHIA. (In *CNN Notizie* del 16 dicembre 2011). A tali studio si fa riferimento anche per le definizioni fornite in prosieguo, nelle note 37 ss.

Peraltro, non si può non tener conto del fatto che il territorio viene oggi “sfruttato” tramite i più svariati strumenti: le esigenze dei tempi attuali hanno, infatti, aperto lo spazio a modelli moderni di pianificazione territoriale, nella realizzazione dei quali si assiste ad una serrata interazione tra amministrazioni locali e privati cittadini. In questa nuova accezione si sono concretizzate le modalità di pianificazione del territorio³⁸ note come perequazione urbanistica³⁹.

Ci si riferisce al metodo di pianificazione diretto a realizzare l’equa e uniforme distribuzione dei diritti edificatori e degli oneri connessi alla trasformazione del territorio. Le normative regionali hanno individuato almeno tre modelli perequativi: la perequazione, la compensazione⁴⁰ e l’incentivazione di volumetria, generanti talvolta crediti edilizi⁴¹.

Va premesso che le difficoltà relative alla cessione della cubatura divengono ancora maggiori sul piano fiscale con riferimento alle ipotesi di perequazione⁴² e di compensazione.

I diritti edificatori infatti sono attribuiti a un soggetto a seguito di perequazione, incentivazione o compensazione della cessione di aree al comune e sono per lo più svincolati dalla possidenza di un fondo cui collegarli. Il beneficiario dei diritti edificatori potrebbe infatti anche non essere proprietario di un fondo al quale collegare i diritti a differenza del titolare della cubatura.

L’analisi fiscale della circolazione dei diritti edificatori deve muovere necessariamente dal loro inquadramento giuridico, specie con riferimento alla normativa regionale, che in alcuni casi consente la libera commerciabilità dei diritti edificatori, in altri la limita e in altri addirittura la esclude⁴³.

Stante la loro completa equiparazione, le conclusioni cui si è giunti sopra per la cessione di cubatura sono esattamente riproponibili anche per la cessione di diritti edificatori.

³⁸ A. PISCHESTOLA, *La circolazione di cubatura, di crediti edilizi e di diritti edificatori: profili fiscali*, in *Il Fisco* 17/2011 pag. 2667 parla di processo di “transizione dalla micro pianificazione privata a modelli di cd. Amministrazione concordata”.

³⁹ La perequazione equivale alla equa ripartizione tra più proprietari dei vantaggi e oneri derivanti dalla trasformazione in senso edificatorio delle aree. Nasce con lo scopo di evitare sperequazioni tra proprietari attraverso la modulazione dei diritti edificatori e della titolarità delle aree.

⁴⁰ La compensazione è uno strumento che svolge una piena funzione di ristoro per eliminare le conseguenze pregiudizievoli derivanti dalla imposizione dei vincoli sia in senso economico che indennitario.

⁴¹ Il credito edilizio è la situazione giuridica soggettiva che porta all’atterraggio della cubatura su un diverso fondo, detto accipiente, e si estingue al momento del rilascio del permesso di costruire.

Il credito edilizio consiste in una quantità volumetrica ossia in una volumetria edificabile riconosciuta dalla pubblica amministrazione quale corrispettivo urbanistico. Il credito può nascere a fronte della esecuzione di quegli interventi edilizi che possono determinare un credito edilizio oppure come compensazione dell’esproprio da effettuarsi mediante recupero da parte del cedente di adeguata capacità edificatoria. Il titolare del credito potrà alternativamente o “incassare” il credito utilizzando per se stesso, su un proprio bene, la volumetria che il credito gli riconosce oppure potrà trasferire il credito a terzi. Sul piano fiscale la vicenda è simile a quella indicata per i diritti edificatori.

⁴² Consistente nella dematerializzazione della dotazione volumetrica del fondo sorgente cedibile a terzi.

⁴³ Nello specifico G. TRAPANI, *Studio CNN 671 – 2009/C*.

Pertanto, si potrebbe considerare quella tesi che sostiene che il bonus volumetrico abbia natura obbligatoria. Tale tesi è sostenuta⁴⁴ da chi ritiene che i crediti edilizi⁴⁵ non costituiscono né beni materiali né beni immateriali, ma rappresentano solo una posizione giuridica attiva (economicamente rilevante) del privato che può vantare (credito) verso l'Ente.

Dunque, qualora si voglia sostenere che la tesi che il trasferimento di diritti edificatori sia equiparabile alla consueta cessione del credito, tale cessione sarebbe esclusa dall'ambito applicativo dell'art. 67 Tuir, e pertanto si tratterebbe di materia non imponibile, solo nel caso in cui non risulti praticabile un altro tipo di reddito diverso (*obblighi di non fare e permettere*, arg. ex art. 67 lett. l) Tuir). Viceversa si potrà argomentare per la imponibilità della plusvalenza, ex art. 67 Tuir, nel caso di adozione della tesi che riconduce la circolazione dei diritti edificatori a un trasferimento di diritti reali⁴⁶. Allo stato dell'arte, non è possibile spingersi oltre: ancora occorre sostenere che dalla qualificazione giuridica dell'atto e del diritto con esso trasferito, dipende la ricostruzione giuridica della più ampia vicenda, che involge, in sé, anche e soprattutto caratteri fiscali.

Da ultimo, prendendo in prestito una terminologia singolare ma, al contempo, efficace, si possono descrivere talune dinamiche concernenti l'istituto in esame, per valutarne poi il profilo fiscale, e segnatamente trattare del "decollo", del "volo" e dell' "atterraggio" del diritto. Con la prima espressione, si vuole fare riferimento al mero riconoscimento del diritto; con la seconda, al momento in cui il diritto "si stacca", ovvero fuoriesce dalla sfera giuridica del cedente; con il terzo ed ultimo termine, si vuole invece indicare l'istante giuridico in cui il diritto "arriva" nella sfera del soggetto cessionario.

Ebbene, preliminarmente occorrerà chiarire che la nascita del diritto edificatorio può atteggiarsi in maniera diversa, sul piano fiscale, a seconda se si verifichi in capo a un privato oppure in capo a un soggetto titolare di impresa. Con riferimento al caso del soggetto privato, non realizzandosi in capo a costui una nuova ricchezza da tassare, si può sostenere che la semplice nascita in capo a un soggetto privato del diritto edificatorio non rilevi, di per

⁴⁴ M. LEO - V. MASTROIACOVO risposta a quesito 254-2007/T e 661-2007/C.

⁴⁵ Per definire i crediti edilizi, è necessario fare riferimento l'esperienza maturata in materia nella Regione Veneto. Manca, infatti, una disciplina dei crediti edilizi a livello nazionale, anche se, recentemente alcune disposizioni contenute sia nella legge finanziaria per il 2008 che nella legge finanziaria per il 2009 evocano la figura del "credito edilizio", benché in tali disposizioni non venga mai utilizzata l'espressione "credito edilizio" ma si ricorra ad espressioni del tipo "aumento di volumetria premiale", "trasferimento di diritti edificatori" "incrementi premiali di diritti edificatori". Nella Regione Veneto i crediti edilizi trovano la loro disciplina negli artt. 36 e 37 della L.R.V. 23 aprile 2004 n. 11. Si tratta peraltro di una disciplina, quella dettata dai succitati artt. 36 e 37, alquanto scarna e "deficitaria", che lascia aperte molte questioni in ordine alla concreta utilizzazione di detto nuovo istituto, creando non poche difficoltà ed ostacoli alla "praticabilità" dei crediti edilizi.

⁴⁶ Ris. 233, cit.

sé, sul piano tributario⁴⁷. Si potrà parlare di un vantaggio latente (e, dunque, di un reddito tassabile) solo al momento del successivo trasferimento a terzi, ovvero della successiva circolazione del diritto, quello che viene appunto definito “volo”.

Con riferimento, invece, ad un soggetto titolare di reddito d’impresa va posto il dubbio se la stessa vicenda del decollo possa ritenersi come imponibile, verificandosi una sopravvenienza attiva tassabile a norma dell’art. 88 Tuir. Si potrebbe giungere alla soluzione positiva della rilevanza reddituale e fiscale di detta sopravvenienza muovendo dal concetto proprio di sopravvenienza⁴⁸, che consiste nella variazione in aumento del patrimonio dell’impresa. Concorrerà a formare il reddito anche il valore di riferimento desunto dal valore normale del diritto edificatorio alla data del provvedimento da cui trae origine.

La fase del volo, dunque, si rivela quella più rilevante sul piano fiscale, ed in particolare nell’ambito dell’imposizione diretta. Si potrà, infatti, argomentare per la imponibilità certa della plusvalenza *ex art. 67 Tuir* solo nel caso di adozione della tesi che vede la circolazione come un trasferimento di diritti reali. Viceversa, se si configurasse il trasferimento di diritti edificatori in termini di cessione del credito la cessione sembrerebbe esclusa dall’ambito applicativo dei cui all’art. 67 Tuir e pertanto non risulterebbe plusvalente.

Infine, anche la tesi più recente - della cubatura come bene autonomo - condurrebbe forse l’interprete a sostenere la non imponibilità della plusvalenza, assumendo un atteggiamento assolutamente coerente con la riconosciuta tassatività degli atti plusvalenti.

Con riferimento alla fase dell’atterraggio, infine, la concentrazione della volumetria in capo al fondo accipiente andrebbe a generare una situazione che potrebbe essere ritenuta certamente imponibile solo se si seguisse la tesi del trasferimento di diritti reali⁴⁹. Alle stesse conclusioni non si potrebbe giungere, invece, argomentando dalla teoria della cubatura come bene autonomo⁵⁰ e dalla teoria del diritto di natura obbligatoria.

Gli urbanisti sono soliti, dunque, utilizzare le menzionate metafore, onde spiegare dei meccanismi che, ad oggi, si impongono ancora per un certo livello di complessità tanto operativa quanto scientifica. La terminologia da essi adoperata resta comunque utile, all’interprete, a fini esplicativi e classificatori, nel tentativo di descrivere situazioni giuridiche

⁴⁷ A prescindere da quale tesi si intenda seguire per l’inquadramento dei diritti in esame.

⁴⁸ FALSITTA op cit. pag. 336

⁴⁹ Risulterebbe più agevole individuare l’area della imponibilità in capo all’ultimo titolare del diritto edificatorio nella fase del volo. Di guisa che risulterà imponibile per le dirette non solo il primo trasferimento dal titolare del fondo sorgente al primo acquirente nella fase del volo, ma anche tutte le successive cessioni inerenti la circolazione del diritto fino all’ultima che condurrà all’atterraggio. Unico discrimine potrà risultare soltanto quello derivante dalle modalità inerenti la circolazione. (es. donazione di diritti edificatori non plusvalente).

⁵⁰ In tal caso sarebbe più giustificabile l’imposizione in capo all’originario titolare del fondo sorgente ritenendo possibile reperirlo dopo diversi “voli”.

ancora caratterizzate da profili applicativi incerti e, forse per questo, come non mai affascinanti per l'interprete stesso e per l'operatore del diritto. Per questi ultimi, in attesa di pronunce giurisprudenziali che ricostruiscano la vicenda giuridica nella sua interezza, dalla qualificazione del diritto alla classificazione dell'atto, fino, chiaramente, ai risvolti fiscali, altro non resta che compiere una scelta di campo, senza trascurare che la tesi del trasferimento guadagna, ad oggi, ampio terreno rispetto a quella che ricostruisce la cessione di cubatura in chiave obbligatoria; e che, pertanto, sostenere o applicare la tesi della non imponibilità (per il mancato sorgere di plusvalenza immobiliari) è senz'altro la scelta più rischiosa

L'emissione di titoli a breve e medio/lungo termine: l'ampliamento delle opportunità di ricorso al debito per le società di medie e piccole dimensioni introdotte dal "decreto Sviluppo" n. 83/2012.

di Luigi Scipione

ABSTRACT

The decree for the "Development" (d.l. June 22, 2012, n. 83) has outlined a new and uniform rules for the issuance of financial instruments specially designed for small and medium-sized enterprises (Chapter II, Article 32), as commercial paper (also in electronic form) and unlisted bonds for SMEs (the "Minibond"). It is functional tools to prepare an environment that makes it easier to develop alternative market debt as an antithesis to the banking channel. In particular, the new rules, as reformulated by the conversion law August 7, 2012, n. 134, to simplify and integrate the actual law of the instruments for the financing of the company, allowing in particular the stress of money and financial markets by issuers so far excluded, such as non-listed companies, medium and small (according to the European classification), while creating new investment opportunities for institutional traders in the context of the national economy. The development of an alternative market of corporate debt (as efficient as that in force in the United States and the United Kingdom) requires, however, rules of transparency and investor protection.

This paper analyzes the new regulatory framework in the light of recent changes. The "financial instruments" are examined with reflections intended to frame the new rules in the existing arrangement of matter.

The analysis reveals some inconsistencies in the new provisions, which may in any way influence the success of the instruments provided by the d.l. "Development".

SOMMARIO: 1. Premessa. - 2. Gli strumenti di finanziamento delle società non quotate: le linee di intervento del decreto Sviluppo. - 3. La cambiale finanziaria: profili strutturali. - 4. Natura giuridica e regime di circolazione delle cambiali finanziarie. - 4.1. Il dibattito sulla natura di titolo individuale o di massa: alla ricerca di un valido compromesso. - 5. La disciplina degli strumenti finanziari di raccolta del risparmio. Cenni. - 6. I nuovi requisiti per l'emissione dei titoli. - 7. I compiti dello *sponsor*. - 7.1. *Segue:* sulle analogie fra lo “sponsor” delle cambiali finanziarie e le figure attigue previste dal t.u.f. e dai regolamenti di Borsa Italiana. *De jure condendo* - 8. Durata minima e massima e ammontare complessivo dei titoli in circolazione: i nuovi limiti - 9. La dematerializzazione delle cambiali finanziarie. - 10. Il sistema delle deroghe. - 11. Il trattamento fiscale: le modifiche. - 12. Obbligazioni per Pmi (“minibond”). - 13. Il superamento dei limiti di cui all'articolo 2412 del cod. civ. - 14. Osservazioni conclusive.

1. Premessa

A partire dagli anni ottanta, i mercati hanno dimostrato una spiccata e crescente propensione all'uso di strumenti titolarizzati (c.d. *securitisation*): l'incorporazione del credito in un titolo ed il suo collocamento sul mercato, direttamente o per il tramite di intermediari finanziari bancari e non bancari, mentre consente alle imprese di approvvigionarsi di capitali a costi mediamente più vantaggiosi di quelli offerti dal sistema creditizio, rende al tempo stesso l'operazione di finanziamento più appetibile al mercato, in quanto più facilmente liquidabile.

Le soluzioni di finanziamento potenzialmente adottabili rappresentano, quindi, un *continuum* all'interno del quale si individuano molteplici fattispecie diverse, che si collocano in posizione intermedia rispetto alle soluzioni basiche rappresentate dal debito *risk free* e dalle azioni ordinarie. Si parla a questo proposito di titoli ibridi allo scopo di evidenziare che tali strumenti preservano il vantaggio fiscale associato al debito a fronte di diritti e flussi assimilabili, sotto l'aspetto quali-quantitativo, a quelle dei titoli azionari. La legge 13 gennaio 1994, n. 43 ha istituito, nel nostro ordinamento, la figura delle cambiali finanziarie, come uno strumento per la raccolta diretta a breve termine del risparmio, utilizzabile dai cd. “soggetti non bancari”, cioè le imprese. La legge sancisce le caratteristiche morfologiche dello strumento al fine di aumentarne il grado di standardizzazione e per facilitarne la negoziazione. Viene introdotta una “specie nuova” e – come vedremo meglio di seguito –

“protetta”, nella giungla dei nuovi strumenti della finanza d’impresa¹. La cambiale finanziaria costituisce, dalla metà degli anni novanta, una delle rare eccezioni ed un primo strumento di disintermediazione creditizia offerto dal legislatore a tale tipologia di imprese. Dall’epoca della sua introduzione, tale strumento tuttavia non ha trovato ampia diffusione nel nostro Paese. Il legislatore italiano, nel plasmarne i contorni, ha potuto attingere al patrimonio di conoscenze ed esperienze elaborate ed acquisite nei mercati internazionali dei capitali in circa un secolo di utilizzo dei *commercial paper* (meglio noti in Italia come polizze di credito commerciale)², ma, purtroppo, non ha voluto, o forse non è stato in grado, di cogliere

¹ Sull’originaria stesura della l. n. 43/1994 si rinvia a M. CALLEGARI, *Cambiale finanziaria e certificati di investimento*, in *DI IV DPriv Sezcom, Aggiornamento*, 2000, 162 ss.

² Cfr, *ex multis*, F. ASCARELLI, “Commercial paper”, in *Digesto IV. Disc. Priv. Sez. Comm.*, III, Torino, 1998, 158 ss.; V. TROIANO, *Le polizze di credito commerciale*, Bari 1994; C. CACCIAMANI, *La commercial paper: tecniche e mercati*, in *Banche e banchieri*, 1993, 12, 909 ss. Nell’ordinamento interno l’accensione di una *commercial paper* (polizza di credito commerciale) consente ad un’impresa di ottenere un finanziamento da un’altra impresa tramite la procedura di riconoscimento del debito di cui all’art. 1988 del cod. civ. Il finanziamento può essere garantito da una banca che, nel caso specifico, rende l’operazione simile ad un finanziamento assistito da garanzia bancaria, con durata media normalmente compresa tra 1 e 6 mesi.

Il *commercial paper* è all’origine un titolo *unsecured*: in realtà gli usi di mercato hanno successivamente imposto alle imprese di “assicurare” le proprie emissioni mediante linee di credito bancarie del tipo *back-up* (sebbene gli istituti di credito si riservino di cancellare le facilitazioni in parola qualora le condizioni dell’emittente si deteriorassero, facendo leva su una clausola contrattuale c.d. *material adverse change*). La stessa concessione del *rating*, condizione necessaria per la negoziabilità dei titoli sul mercato, è subordinata alla presenza di questo rapporto parallelo “*liquidity enhancement*”, di norma per importi che si avvicinano al totale del foglio in essere.

In realtà la prassi del *roll over* “snatura” le originarie finalità dello strumento che viene quindi impiegato, per effetto di continui rinnovi, anche per il finanziamento dei fabbisogni di medio-lungo periodo. Si distingue a questo proposito la modalità diretta (*direct paper*) in cui i titoli sono collocati dall’impresa direttamente presso gli investitori, dal *dealer placed commercial paper* in cui questa si avvale dei servizi di un intermediario specializzato che si incarica di reperire le controparti e di dare spessore e liquidità alle contrattazioni.

Con la sottoscrizione di un *commercial paper* l’azienda richiedente il finanziamento si impegna a versare alla scadenza del contratto l’importo per cui si è riconosciuta debitrice verso l’impresa concedente. L’incasso da parte dell’impresa concedente il finanziamento avverrà tramite la presentazione dei *commercial paper* alla banca incaricata del pagamento, come debitamente individuata nel testo della polizza di credito commerciale, che al suo interno conterrà tutte le modalità per l’incasso e per il riconoscimento del soggetto titolare del credito. Ciò è fondamentale in quanto il credito può essere oggetto di cessione, eseguita solitamente dalle sole persone giuridiche; in tal caso la banca incaricata del pagamento deve verificare che il creditore risulti ben individuato da tutti gli atti di cessione, effettuati in base ad una successione logica ed ininterrotta.

l'importanza e la peculiarità di taluni elementi caratterizzanti il mercato estero dei *commercial paper* e le potenzialità intrinseche dei mercati finanziari in genere. In breve, le ragioni della modesta utilizzazione delle cambiali finanziarie sono riconducibili, per le imprese quotate, a motivi di carattere fiscale, legati al mancato assoggettamento dei relativi redditi all'imposta sostitutiva di cui all'art. 2, comma 1, del d.lgs. 1° aprile 1996, n. 239; a motivi di carattere regolamentare, legati alla durata, da tre a dodici mesi, mentre in altri Paesi i *commercial paper* sono emesse in quantità maggiore con durata fino a un mese³; a motivi di carattere formale e procedurale, in quanto le cambiali finanziarie sono state fino ad oggi titoli necessariamente materiali, difficili quindi da collocare in quantità elevata e da negoziare nei mercati finanziari, che trattano ormai quasi esclusivamente titoli dematerializzati. Inoltre, per le imprese medio-grandi non quotate, ha spesso rivestito un peso non indifferente l'obbligo di ricorrere al supporto di una garanzia bancaria.

2. Gli strumenti di finanziamento delle società non quotate: le linee di intervento del decreto Sviluppo. Con l'implosione della crisi finanziaria l'opportunità di rilanciare tale strumento è stata sollecitata da più parti, come è emerso nel corso dell'"Indagine conoscitiva sul mercato degli strumenti finanziari" svolta dalla Commissione Finanze della Camera dei Deputati⁴. Il decreto legge per lo sviluppo (d.l. 22 giugno 2012, n. 83, d'ora in avanti anche

Nel caso in cui la polizza sia assistita da garanzia bancaria il creditore sarà garantito nei suoi diritti dalla banca garante integralmente e puntualmente, nonostante possano sorgere eventuali opposizioni o controversia da parte della società debitrice. Infatti la banca rinuncia esplicitamente, nella lettera di garanzia, ad opporre qualsiasi eccezione, in particolare quelle previste agli artt. 1939, 1955, 1956 e 1957 del cod. civ. e quelle eventualmente proponibili dal debitore non previste nel testo della lettera di riconoscimento del debito.

Dal punto di vista giuridico i caratteri fondamentali di questa figura sono riconducibili ad un'obbligazione (dichiarazione di riconoscimento del debito e promessa di pagamento) cui si collegano la legittimazione (il possesso del documento è condizione necessaria e sufficiente per l'esazione del credito alle condizioni indicate) e la rinuncia alle contestazioni (esclude l'opponibilità, da parte dell'emittente nei confronti del portatore, di eccezioni relative al rapporto fondamentale sottostante). Peraltro, la carta commerciale è priva di efficacia esecutiva ed il portatore dovrà essere preventivamente assoggettato ad un processo di cognizione per il riconoscimento del suo credito prima di procedere ad eventuali azioni di recupero forzoso dello stesso.

³ Cfr. D. SPAGNUOLO, *L'esperienza dei Commercial Papers negli Stati Uniti ed in Europa*, in G. FAUCEGLIA (a cura di), *La raccolta non bancaria del risparmio tra il pubblico*, Torino, 1996, 29 ss. Soprattutto nel mercato statunitense, il *commercial paper* viene acquistato dai fondi comuni di investimento monetari poiché è considerato uno strumento praticamente privo di rischio ed anche a causa del fatto che l'elevato valore nominale la rende quasi inaccessibile ai piccoli investitori *retail*. Sul mercato internazionale il *commercial paper* può essere venduto direttamente dall'emittente al sottoscrittore, oppure ad una finanziaria o una banca che la rivenderà sul mercato. La seconda soluzione è la più diffusa. La vendita diretta, invece, è utilizzata da società finanziarie che preferiscono finanziare il loro elevato fabbisogno direttamente, senza l'interposizione di un intermediario.

⁴ Si vedano le proposte contenute nel Documento Conclusivo dell'Indagine, approvato il 19 luglio 2011. La Commissione Finanze della Camera dei Deputati è stata, dunque, la culla di questo provvedimento a partire

“d.l. Sviluppo”), convertito, con modificazioni, dall’art. 1, comma 1, legge 7 agosto 2012, n. 134 (c.d. *Legge di Conversione*) ha recepito le istanze del mondo delle imprese e ha previsto, a tal fine, strumenti finanziari appositamente pensati per le piccole e medie imprese (capo II, art. 32), come le cambiali finanziarie (anche in forma dematerializzata) e le obbligazioni per PMI non quotate in Borsa (c.d. “minibond”)⁵. Si tratta di strumenti funzionali a “preparare” un contesto favorevole allo sviluppo di mercati del debito alternativi a quello bancario.

Le nuove disposizioni intendono semplificare ed integrare l’attuale ordinamento degli strumenti per il finanziamento dell’attività d’impresa, consentendo in particolare la sollecitazione del mercato monetario e finanziario da parte di emittenti finora esclusi, come le imprese non quotate, medie e piccole (secondo la classificazione europea), ampliando, infine, le opportunità di investimento degli operatori istituzionali nel contesto dell’economia nazionale. La creazione di un mercato alternativo del debito *corporate* (efficiente come quello USA e UK) prevede, tuttavia, la predisposizione di regole di trasparenza e di tutela dell’investitore.

L’art. 32 del “d.l. Sviluppo” ha delineato così una nuova e uniforme disciplina per l’emissione di cambiali finanziarie e di obbligazioni da parte di società non quotate. L’art. 1 della l. n. 43/1994 viene dotato di nuovi commi (da *2-bis* a *2-sexies*), nei quali si individuano i soggetti autorizzati ad emettere le cambiali finanziarie ed i requisiti per l’emissione, i compiti dello *sponsor*, un compiuto sistema di deroghe⁶. In estrema sintesi, le principali linee

dalla presentazione delle prime proposte di legge sino alla redazione del Testo Unificato poi in larga misura ripreso dal “d.l. Sviluppo”.

⁵ Le proposte di legge n. 4790 e n. 4795 di contenuto analogo, sono volte – secondo quanto emerge dalle rispettive relazioni illustrative – a «migliorare la fruibilità delle cambiali finanziarie, che esse considerano uno strumento di finanziamento alternativo ai normali canali di approvvigionamento di capitale, utile per sostenere esigenze di liquidità stagionali e altre necessità operative contingenti, grazie a meccanismi di concessione rapidi e costi contenuti. In tal modo, si intende ampliare gli strumenti di finanziamento delle imprese alternativi al tradizionale meccanismo del credito bancario, che non appare più sufficiente, da solo, a sostenere adeguatamente la struttura fondamentale del sistema produttivo nazionale, anche alla luce dell’attuale crisi finanziaria». Le proposte in esame recuperano inoltre lo spirito di un testo già approvato, in sede referente, dalla stessa Commissione Finanze della Camera dei Deputati nel 2003 durante la XIV legislatura (AC. 1959 e abbinate), tenendo conto delle modifiche che sono nel frattempo intervenute nel quadro normativo, in particolare per quanto riguarda il regime tributario dei redditi da capitale, che è stato recentemente riformato e uniformato alla luce delle disposizioni contenute nell’art. 2, commi da 6 a 12, del d.l. n. 138 del 2011, convertito, con modificazioni, dalla l. n. 148 del 2011.

⁶ Per un primo commento alle nuove disposizioni cfr. R. PARISOTTO e G. RENELLA, *Strumenti al passo con i tempi per il finanziamento delle imprese*, in *Guida Pratica al Decreto Sviluppo*, Il Sole 24 Ore, Milano, 39 ss.; R. REGGIO, *Dall’Iva al Fondo unico più liquidità per le PMI Gli strumenti per alleggerire il credit crunch*, in *Il Sole 24 Ore*, 30 luglio 2012; M. DOGLIO e E. PALUMBO, *Crisi industriale complessa e nuovi finanziamenti*, in *I Focus Fiscali*, Sistema Frizzera 24, 5, 2012; A. CRISPICIANI, R. LOIERO, F. LUCÀ e A. PIEROBON, *Le novità del Decreto Sviluppo 2012*, Milano, 2012, 52 ss.; C. FERIOZZI, *Cambiali finanziarie per le PMI*, in *Il Decreto Crescita*, Italia Oggi, Milano, 2012, 14; G.

dell'intervento normativo consistono: a) nella modifica delle caratteristiche delle cambiali finanziarie con la conseguente assimilazione di tali strumenti alla c.d. carta commerciale; b) nell'ampliamento dei limiti di emissione di obbligazioni da parte di società non quotate; c) nella ridefinizione della struttura delle obbligazioni con clausole di partecipazione e subordinazione; d) nella possibilità di dematerializzare tali titoli, favorendone la circolazione sul mercato; e) nell'estensione alle cambiali finanziarie del più favorevole regime fiscale applicabile alle obbligazioni; f) nella modifica – e in alcuni casi nel superamento – dell'art. 2412 (*Limiti all'emissione*) del cod. civ. che fissa i limiti quantitativi all'emissione di obbligazioni; g) nell'eliminazione del diverso trattamento fiscale dei titoli emessi da società non quotate rispetto ai titoli emessi da società quotate e nella rimozione del trattamento penalizzante in termini di deducibilità degli interessi passivi corrisposti rispetto a tali titoli.

3. La cambiale finanziaria: profili strutturali

In base al novellato art. 1 della legge n. 43 del 1994, le cambiali finanziarie sono titoli di credito all'ordine, equiparate alle cambiali ordinarie, aventi scadenza non inferiore a un mese e non superiore a trentasei mesi dalla data di emissione (comma 1)⁷, trasferibili per girata esclusivamente con la clausola “senza garanzia” o equivalenti (per evitare azioni di regresso), come indicato nel secondo comma. La clausola “senza garanzia”, pur escludendo la responsabilità cambiaria del girante che l'ha apposta, non fa perdere al titolo né la sua natura ed efficacia cambiaria, né l'idoneità a valere come titolo esecutivo contro tutti gli obbligati cambiari. In altre parole, essa fa sì che il girante garantisca solo la sussistenza e non anche l'esigibilità del credito cambiario⁸. D'altra parte, dottrina e

MOLINARO, *Nuove forme di finanziamento per le imprese*, *Ipsa News* del 7 agosto 2012; A. TRON e A. CAPUTO, *Le novità sull'emissione di titoli a breve/ medio/ lungo termine per le Pmi*, in *Il Fisco*, 2012, 40, 6408 ss.

⁷ Comma così modificato dal comma 5 dell'art. 32, d.l. 22 giugno 2012, n. 83, come sostituito dalla *Legge di Conversione* 7 agosto 2012, n. 134. Non desta particolari perplessità il fatto che la trasferibilità è ammessa solo con la clausola “senza garanzia”, poiché, come emerge dall'art. 19 r.d. 14 dicembre 1933, n.1669, la funzione di garanzia è un elemento naturale, ma non essenziale della girata cambiaria. Al riguardo, la dottrina, con espresso riferimento alle accettazioni cambiarie, ha sempre ritenuto che l'apposizione di detta clausola non facesse venir meno la natura cambiaria del titolo. In tal senso v. B. LIBONATI, *Accettazioni cambiarie*, in *Enc. Giur. Treccani*, Roma, 1998, 2 s.; sul punto si veda pure A. URBANI, *La cambiale finanziaria*, in L. SALAMONE e P. SPADA (a cura di), *Commentario breve al diritto delle cambiali, degli assegni e di altri strumenti di credito e mezzi di pagamento*, Padova, 2008, 271 ss.

⁸ Sul punto v. G. PARTESOTTI, *Il trasferimento della cambiale*, Padova, 1977, 184. Come riferisce A. TENCATI, *Titoli di credito e di partecipazione*, Milano, 2009, 410, «l'impossibilità di utilizzare come titoli esecutivi le cambiali finanziarie, girate omettendo la clausola “senza garanzia”, rileva a tal punto da costituire una tra le motivazioni per cui sembra non essersi mai sviluppato un fiorente “mercato secondario” per le cambiali stesse». La causa della loro scarsa diffusione presso il

giurisprudenza sono concordi nel sostenere, in conformità alla natura finanziaria dello strumento, che l'apposizione di detta clausola non costituisce in alcun modo un elemento essenziale della girata cambiaria, ma al limite un elemento naturale, per cui la sua indicazione non comporterebbe la trasformazione della natura giuridica del documento⁹. La dottrina ha da tempo sottolineato come la clausola “senza garanzia” sia generalmente guardata con sfavore nella prassi commerciale, essendo interpretata come un segnale di sfiducia del girante nel pagamento del titolo; nelle cambiali finanziarie la prospettiva è, invece, esattamente rovesciata, nel senso che l'apposizione della clausola, resa obbligatoria per legge, nel momento in cui solleva da responsabilità il girante, tende ad agevolare la circolazione del titolo, rendendolo più facilmente negoziabile¹⁰. Il legislatore ha scelto di conseguenza la strada della cartolarizzazione del diritto e della funzionalizzazione dello strumento alla raccolta di risparmio a breve termine: in sostanza, si vuole che i risparmiatori accettino di far credito dietro rilascio delle cambiali finanziarie solo in ragione delle garanzie offerte dal soggetto emittente, che può essere facilmente identificato e sottoposto a vincoli e non invece per la fiducia verso coloro che, volta a volta, intervengono a girare le cambiali presumibilmente a fine di smobilizzo. Nel titolo deve essere contenuta l'indicazione, oltre che degli elementi

grande pubblico degli investitori consisterebbe proprio nell'obbligo di girarle “senza garanzia”. Gli investitori, infatti, avrebbero riposto maggiore fiducia negli strumenti considerati se avesse potuto contare su una pluralità di debitori di regresso. Ciò perché le cambiali finanziarie, pur rientrando tra «*le altre ipotesi di raccolta espressamente consentite dalla legge, nel rispetto del principio di tutela del risparmio*», non sono necessariamente emesse da soggetti sicuramente solvibili. Non condivide questa opinione F. MARTORANO, *Profili cartolari delle cambiali finanziarie*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, I, 1996, 143.

⁹ Cfr. B. LIBONATI, *Operazioni anomale di finanziamento con emissione di titoli. Recente evoluzione della prassi*, Milano, 1980, 2; F. FERRARA, *La girata della cambiale*, Roma, 1935, n. 145, 431; E. RIGHINI, *La nuova disciplina delle cambiali finanziarie*, in *Corr. giur.*, 1994, 531. In dottrina vi è stato anche chi (P. MASI, *Primo approccio alle cambiali finanziarie*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, I 1994, 589) ha ritenuto che, sul presupposto che la cambiale è il genere che raccoglie le specie, che la mancata inserzione della clausola “senza garanzia” (o “senza spese”) degraderebbe la cambiale finanziaria ad ordinario titolo cambiario. In senso contrario si esprime altra autorevole dottrina (B. LIBONATI, *Accettazioni cambiarie*, cit., 2; STAGNO D'ALCONTRES, *Tipicità ed atipicità nei titoli di credito*, Milano, 1992, 247) che reputa non conferente il richiamo all'art. 19 della legge cambiaria con riferimento ad una clausola non equivoca rimessa all'autonomia e alla volontà privata, posto che nella cambiale finanziaria la clausola “senza garanzia” è connaturata al titolo *ex lege*. Eguale obiezione viene sollevata anche verso chi (P. SPADA, *Dai titoli cambiari ai valori mobiliari*, cit., 505) giunge alla conclusione che «*in caso di girata non accompagnata dalla clausola in questione si decaderebbe proprio dal regime tributario differenziato di tali titoli e, in particolare, dall'agevolazione prevista per l'imposta di bollo, con conseguente perdita dell'efficacia di titolo esecutivo della cambiale*», dovendosi ritenere che anche siffatta clausola possa considerarsi alla stregua di un elemento eventuale della fattispecie.

¹⁰ Su questi aspetti si rinvia a P. ANELLO e S. RIZZINI BISINELLI, *Commercial paper e cambiali finanziarie dopo la legge n. 43/1994*, in *Le società*, 1994, 3, 319 ss.; in senso conforme v. pure P. MASI, *Primo approccio alle cambiali finanziarie*, cit., 583 ss.

prescritti con riferimento al vaglia cambiario dall'art. 100 del r.d. n. 1669 del 193311, della denominazione¹² di cambiale finanziaria nonché dei relativi proventi in qualunque forma pattuiti. Ove la natura stessa dei *commercial paper* pone tali strumenti al di fuori della categoria dei titoli di credito, le cambiali finanziarie sono normativamente definite titoli all'ordine, a cui appartengono le caratteristiche di incorporazione, autonomia e letteralità¹³. La cambiale finanziaria è dunque un documento costitutivo di un diritto di credito letterale, idoneo a conferire in modo autonomo la titolarità del diritto in esso incorporato al proprietario del documento e la legittimazione del diritto stesso al possessore qualificato da una serie continua di girate apposte sul titolo medesimo. Di qui la sua natura di titolo esecutivo ed il maggior vantaggio offerto al finanziatore rispetto al *commercial paper*. Per l'escussione del creditore, il portatore legittimato della cambiale finanziaria può infatti agire direttamente in via di regresso. L'aspetto che introduce, per contro, un carattere del tutto peculiare alla cambiale finanziaria rispetto alla cambiale ordinaria è la sua funzione, dove l'emissione del titolo si pone in un momento antecedente sia temporalmente che logicamente all'insorgere del sottostante rapporto debitorio e non invece conseguente ad esso¹⁴.

4. Natura giuridica e regime di circolazione delle cambiali finanziarie

¹¹ Ossia: l'indicazione della scadenza nonché del luogo di pagamento; il nome di colui al quale o all'ordine del quale deve farsi il pagamento; l'indicazione della data e del luogo in cui il vaglia è emesso; la sottoscrizione di colui che emette il titolo (emittente).

¹² Secondo A. SEGRETO e A. CARRATO, *La cambiale*, Milano, 2000, 713, l'indicazione della denominazione non attribuisce in alcun modo alla cambiale finanziaria un carattere causale, in quanto ciò comporterebbe un inaccettabile snaturamento dello strumento, il quale deve la sua intima ragione d'essere al fatto di circolare agevolmente tra il pubblico proprio in virtù del suo carattere di titolo astratto.

¹³ Il *commercial paper*, di converso, rimane essenzialmente uno strumento di intesa tra privati, che, pur circolando, non assume mai il carattere di fungibilità che si suole riconoscere alle cambiali finanziarie.

¹⁴ Non si emette il titolo per garantire un debito preesistente, ma per ottenere una forma di finanziamento. In tal senso v. G.L. PELLIZZI, *Le accettazioni bancarie*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1982, I, 995.

Nel disciplinare la cambiale finanziaria, il legislatore si è preoccupato soprattutto del profilo privatistico della circolabilità del titolo e del profilo pubblicistico della vigilanza sullo strumento del mercato dei capitali¹⁵.

L'art. 1 della l. n. 43/1994 stabilisce che le cambiali finanziarie sono titoli di serie, vale a dire emessi in numero plurimo a fronte di un unico finanziamento o di più finanziamenti comunque riconducibili ad un unico programma di emissione, anche di dimensioni rilevanti¹⁶.

Le cambiali finanziarie sono titoli uniformi quanto a caratteristiche e valore nominale all'interno di una medesima emissione naturalmente destinate alla diffusione di massa tra il pubblico. Questo profilo è confermato dalla necessità di indicare sul titolo l'ammontare complessivo dell'emissione di cui la cambiale fa parte. In realtà, proprio sotto questo aspetto si rinviene un'ulteriore caratteristica delle cambiali finanziarie quali titoli emessi all'ordine, relativa alla differenza rispetto alla legge di circolazione cui sono sottoposti i titoli di massa, che tradizionalmente si presentano, e spesso indifferentemente, al portatore o nominativi, contrariamente ai titoli individuali che, modellati sulle norme relative alla cambiale, sono tutti all'ordine. Né per le cambiali finanziarie, così come modellate sul tipo legale possono richiamarsi le norme che prevedono la convertibilità dei titoli al portatore in titoli nominativi (art. 1999, comma 1, cod. civ.), normalmente rinvenibile per azioni, obbligazioni e titoli di stato.

¹⁵ Stante la non incidenza delle innovazioni sui caratteri essenziali delle cambiali finanziarie, si rimanda a P. SFAMENI, *Profili cartolari e societari della nuova disciplina della cambiale finanziaria*, in *Riv. soc.*, 1996, 1235.; D. CATERINO, *Le cambiali finanziarie tra anomalie genetiche e difficoltà semantiche*, in *Riv. soc.*, 1996, 1201 ss.; G. FAUCEGLIA, *La cambiale finanziaria tra le discipline dei titoli di credito e del valore mobiliare*, in *Riv. dir. comm.*, 1996, I, 6 ss.; F. MARTORANO, *Profili cartolari delle cambiali finanziarie*, cit., 137 ss.; A. BASSI, *Disciplina delle cambiali finanziarie*, in *Nuove Leggi Civ. Comm.*, 1997, 76 ss

¹⁶ Cfr. E. RIGHINI, *La nuova disciplina delle cambiali finanziarie*, cit., 527 ss.; A. PAVONE LA ROSA, *La cambiale*, in A. CICU e F. MESSINEO (diretto da), *Trattato di diritto civile e commerciale*, Milano 1994, II° ed., 433 ss.; G. FOSSATI LÓPEZ, *L'incidenza del titolo cambiario sui rapporti sottostanti alla sua emissione e girata: ricostruzione di un sistema*, Padova, 2011, 26 ss.

L'emissione in serie e il frazionamento del finanziamento sono volte a facilitare la circolazione, lo scambio dei titoli e la creazione di un settore specifico nel mercato mobiliare¹⁷. Ciò in esecuzione del disegno che vedrebbe la cambiale finanziaria come strumento di finanziamento atto a circolare autonomamente nel mercato dei capitali e suscettibili di autonoma valutazione¹⁸.

Resta fermo, in ogni caso, che la riconduzione delle cambiali finanziarie ad operazioni di massa non può tuttavia essere sviluppato sino al punto di negare alle stesse l'applicazione delle regole sulla "circolazione impropria" prevista dagli artt. 2015 del cod. civ. e 25 del r.d. n. 1669/1933, dovendosi pertanto smentire la pur autorevole affermazione per cui la "circolazione impropria" sarebbe una peculiarità dei soli titoli individuali¹⁹.

¹⁷ Sui rapporti tra cambiale finanziaria e titoli di massa cfr. G. FAUCEGLIA, *La cambiale finanziaria tra le discipline dei titoli di credito e del valore mobiliare*, cit., 634 s.; G. CASTELLANO, *I titoli di massa*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1987, I, 34.

¹⁸ Cfr. I.A. SANTANGELO, *Annali del seminario giuridico (2007-2008)*, Milano, 2009, 293 ss.

¹⁹ In tal senso v. G. PANZARINI, *Autonomia e circolazione nei titoli di credito nominativi e al portatore*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1968, I, 326. Del resto, – come sottolinea F. MARTORANO, *Profili cartolari delle cambiali finanziarie*, cit., 146 – i ricordati artt. 2015 del cod. civ. e 25 r.d. n. 1669/1933 garantiscono la trasferibilità delle cambiali finanziarie, titoli emessi in serie, in casi particolari laddove non è possibile la circolazione tramite girata, quali "la successione *mortis causa*" o "la fusione di società. Senza l'applicazione delle disposizioni che regolano la "circolazione impropria", infatti, diverrebbe impraticabile il trasferimento delle cambiali finanziarie in circostanze che, seppur sporadiche, meritano la dovuta attenzione.

Va opportunamente sottolineato che, essendo le cambiali finanziarie qualificate, ai sensi dell'art. 4 della citata legge n. 43/1994, valori mobiliari per qualsiasi finalità prevista dall'ordinamento, in caso di offerta al pubblico si devono osservare le disposizioni vigenti relativamente alla predisposizione del prospetto informativo.

Ne è riprova il fatto che il comma 4 dell'art. 1-*bis* richiama espressamente l'applicazione, ove compatibili, delle «*disposizioni contenute nel capo II del titolo II della parte III del testo unico di cui al decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58, e successive modificazioni*» in materia di gestione accentrata degli strumenti finanziari. In sostanza, le cambiali finanziarie rappresentano un tipico strumento di finanziamento a breve (e ora anche a medio) termine, ampiamente diffuso nei mercati più evoluti, che permette una diversificazione agli emittenti nella raccolta di risorse e agli investitori nell'impiego del risparmio.

Ne consegue che le cambiali finanziarie possono essere offerte da tutti gli intermediari abilitati, con l'obbligo di rispettare la disciplina prevista dal testo unico della finanza in relazione alla sollecitazione all'investimento. In particolare, ai sensi dell'art. 94 t.u.f., coloro che intendono effettuare una sollecitazione all'investimento presso il pubblico dei risparmiatori, devono darne preventiva comunicazione alla Consob, allegando il prospetto informativo destinato alla pubblicazione, contenente le informazioni che, a seconda delle caratteristiche dei prodotti finanziari e degli emittenti, sono necessarie affinché gli investitori possano pervenire ad un fondato giudizio sulla situazione patrimoniale, economica e finanziaria e sull'evoluzione dell'attività dell'emittente, nonché sui prodotti finanziari e sui relativi diritti.

4.1. *Il dibattito sulla natura di titolo individuale o di massa: alla ricerca di un valido compromesso*

La qualificazione della cambiale finanziaria come titolo di credito emesso in serie ha sollevato, sin dalla sua nascita, un acceso dibattito tra le diverse scuole di pensiero²⁰. Il titolo, pur se "all'ordine" viene collocato dal legislatore nell'ambito di una più complessa operazione di finanziamento di cui rappresenta una frazione, con il carattere peculiare di fungibilità, così come – per analogia – «*il titolo obbligazionario sta al prestito obbligazionario*»²¹.

²⁰ A tale proposito, si ricorda, brevemente, che nella Relazione accompagnatoria alla legge in commento, veniva specificato che le cambiali finanziarie «*nella loro qualità di titoli di indebitamento a breve termine, sono destinate ad affiancarsi, nella gestione corrente delle strutture societarie nazionali, alle obbligazioni, ordinario strumento di indebitamento a medio termine*». Cfr., per ulteriori elementi di approfondimento, A. URBANI, *La cambiale finanziaria*, in G.L. PELLIZZI e G. PARTESOTTI (a cura di), *Commentario breve alla legislazione sulla cambiale e sugli assegni*, III ed., Padova 2004, 241 ss.

²¹ Così P. ANELLO e S. RIZZINI BISINELLI, *Commercial paper e cambiali finanziarie dopo la legge n. 43/1994*, cit., 321. Fermo restando che, a detta della dottrina prevalente, è innegabile che tra obbligazioni e cambiali

Stante, infatti, l'accostamento delle cambiali finanziarie alle obbligazioni – enunciato nella stessa Relazione al progetto di legge del 1994 – ci si è a lungo interrogati se il richiamo all'emissione in serie non volesse anche significare la sussunzione dei nuovi strumenti di finanziamento nella categoria dei c.d. “titoli di massa”²².

Occorre notare, altresì, che sul piano prettamente normativo la legge equipara la cambiale finanziaria alla cambiale ordinaria «per ogni effetto di legge», espressione che tenderebbe a ricondurre la fattispecie nell'ambito dei titoli individuali, anche se emessi in serie, piuttosto che nel perimetro dei titoli di massa veri e propri²³. Orbene questa classificazione non è stata sempre pacifica in dottrina²⁴.

È evidente che la particolare spendibilità del credito, compromessa dalla sottoposizione del trasferimento della cessione, diventa materia trascendente il mero rapporto interindividuale emittente-prenditore, proprio della c.d. “sottoscrizione isolata”, per assurgere a rango di interesse individuale non disponibile dalla volontà privata²⁵.

La dottrina ha evidenziato che la suddetta equiparazione debba ritenersi valida solo per quanto riguarda la disciplina prettamente civilistica e cartolare, in quanto, per gli aspetti relativi alla disciplina di mercato finanziario e di mercato mobiliare valgono le regole proprie di questo settore e delle sue specifiche esigenze (inapplicabili, viceversa, alla cambiale ordinaria che non ha certo la funzione di raccolta del risparmio tra il pubblico)²⁶.

In particolare, si è ritenuto inconciliabile la circolazione dei titoli cambiari con la loro natura individuale e la possibilità dell'azione di regresso (in origine non esclusa) con la fungibilità propria dei titoli in serie²⁷.

finanziarie esista una differenziazione piuttosto netta. Risulta dunque preferibile l'opinione di chi (G.L. PELLIZZI, *Accettazioni bancarie*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1978, I, 142; E. SPANO, *Accettazioni Bancarie*, in *Diz. IRTI*, vol. 3, Milano, 1981, 15; G.L. PELLIZZI, *Le accettazioni bancarie*, cit., 996; G. CASTELLANO, *I titoli di massa*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1987, I, 25) esclude l'applicabilità degli artt. 2410 ss. del cod. civ. agli strumenti in esame, nonostante le perplessità agitate da alcuni autori, i quali constatano la innegabile e già accennata contiguità funzionale tra le due categorie di titoli (P. SPADA, *Dai titoli cambiari ai valori mobiliari*, cit., 505).

²² In senso conforme cfr. S. CARLINO, *La cambiale finanziaria*, in G. LAURINI (a cura di), *I titoli di credito*, Milano 2009, 357. Su tali profili cfr. pure G. FAUCEGLIA, *Le obbligazioni emesse dalle banche*, in *Giur. comm.*, 1995, I, 439 ss.

²³ Cfr. A. URBANI, *Commentario breve alla legislazione sulla cambiale e sugli assegni*, cit., 235.

²⁴ Il testo definitivo approvato dalla legge n. 43/1994 contiene rilevanti differenze dall'originaria stesura del disegno di legge (D-2309 presentato il 26 febbraio 1993), che ha portato i primi commentatori della medesima a differenti interpretazioni sulla natura giuridica e sulla disciplina applicabile a questo nuovo strumento.

²⁵ Quest'angolo di visuale è sviluppato da F. MARTORANO, *Profili cartolari delle cambiali finanziarie*, cit., 142 s.

²⁶ In tal senso v. P. SPADA, *Dai titoli cambiari ai valori mobiliari*, cit., 455 s.

²⁷ Cfr. A. STAGNO D'ALCONTRES, *Tipicità ed atipicità nei titoli di credito*, cit., 270.

Si è così sostenuto che la cambiale finanziaria sia da identificare come una cambiale, anche se volta ad un'ulteriore funzione specifica, e da configurare come una *species* nel più vasto *genus* del vaglia cambiario, con la conseguente applicazione, conforme al dettato legislativo, di tutta la disciplina cambiaria²⁸. La rilevanza dell'emissione in serie e della sottoposizione al regime dei valori mobiliari si coglie(va) in una diversa logica, quella dell'operazione di finanziamento e della tutela del risparmio e del mercato finanziario²⁹. Di tal che, l'accennata assimilazione della cambiale finanziaria ai titoli obbligazionari si reputa(va), comunque, sostenibile, da un punto di vista descrittivo, solo in via di immediata approssimazione³⁰.

L'opinione prevalente era, dunque, nel senso di ritenere che ciò che differenzia le accettazioni bancarie, ed anche le cambiali finanziarie, dalle obbligazioni, è che le prime – seppure emesse in serie – in quanto titoli cambiari, conservano una loro individualità, nonostante si prestino, di fatto, ad un uso di massa: esse, pur presentando molteplici analogie con i titoli obbligazionari – riconducibilità dell'emissione ad un'operazione unitaria di finanziamento, assenza di un nesso coordinativo con un sottostante rapporto di natura commerciale, preventiva determinazione dell'ammontare complessivo dell'operazione, possibilità di serie programmate, caratteristiche omogenee per ciascuna serie – hanno strutturalmente i connotati tipici della tratta, configurandosi come titoli individuali contenenti un'obbligazione letterale ed astratta³¹.

Per giunta, se ci si attiene alla lettera della legge, non c'è dubbio che l'esplicita – già citata – equiparazione «*per ogni effetto di legge*» alle cambiali ordinarie, di cui all'art. 1, 2° comma, legge n. 43/1994, e la stessa denominazione di “cambiale”, inducono a ricondurre tale fattispecie nella categoria dei titoli individuali emessi in serie, e non anche in quella dei titoli di massa.

Pertanto, tenute presenti le distinzioni tra titoli individuali e titoli di massa, la dottrina è giunta ad affermare l'applicazione delle regole cambiarie sulla sottoscrizione – del resto ricompresa tra i requisiti richiamati dall'art. 1 legge 43/1994 – e di quelle sulla circolazione³², sul pagamento e sulla qualità di titolo esecutivo.

²⁸ Così S. CARLINO, *La cambiale finanziaria*, cit., 366 s.

²⁹ Cfr., per tutti, P. MASI, *Primo approccio alle cambiali finanziarie*, cit., p. 586; F. SCHIAVON, *Le nuove cambiali finanziarie: analogie e differenze rispetto ad altri strumenti creditizi*, in *Impresa c.i.*, 1994, 3154.

³⁰ Il promotore della legge n. 43/1994 Giacomo Rosini auspicava, tra l'altro, che le cambiali finanziarie potessero in un prossimo futuro essere trattate sui mercati locali e che si rendessero in tal modo appetibili al pubblico dei piccoli risparmiatori e ai fondi comuni di investimento trovando ampia diffusione.

³¹ Cfr. G.B. FERRI, *Le promesse unilaterali, I titoli di credito*, Milano, 1972, 69; G.L. PELLIZZI, *Accettazioni bancarie*, cit., 142 s.; M. SPINELLI e G. GENTILE, *Diritto bancario*, Padova, 1991, 500; M.V. COZZI, *Rassegna di diritto civile*, 1985, 394.

³² Per ulteriori considerazioni si rinvia a S. CARLINO, *La cambiale finanziaria*, cit., 370.

Ne consegue che, per effetto dell'assunzione della forma giuridica del vaglia cambiario, le cambiali finanziarie devono qualificarsi come promesse incondizionate di pagare la somma emessa sul titolo, interamente assoggettate alla disciplina cartolare dei titoli cambiari e quindi dotate delle caratteristiche dell'incorporazione, della letteralità e dell'astrattezza di questo tipo di titoli.

Del resto, è evidente che una soluzione diversa comporterebbe una ingiustificata incongruenza nel sistema tra emissioni di titoli di massa tipici, con regole certe e severe, e titoli di massa atipici³³, liberi dai vincoli posti da una disciplina positiva, con tutte le storture e inefficienze possibile, specie da un punto di vista eminentemente pratico. Inoltre, i titoli di massa possiedono un più alto grado di incorporazione rispetto ai titoli individuali. Infatti, questi ultimi si innestano per lo più su un rapporto debito-credito già esistente, detto rapporto fondamentale, pur con tutti i limiti di cui agli artt. 1992 ss. del cod. civ., laddove, invece, il titolo di massa non presuppone alcun rapporto tra emittente e prenditore.

Superando le suddette classificazioni, anche alla luce di alcune rilevanti novità recate dal “d.l. Sviluppo”, si è più propensi a ritenere che la cambiale finanziaria sfugga ad una rigida catalogazione, possedendo lo strumento in questione caratteristiche che consentono di classificarla tanto nell'una quanto nell'altra categoria: da una parte, infatti, troviamo caratteri tipici dei titoli di massa, come la dipendenza dell'emissione da un'unica operazione collettiva d'investimento, la fungibilità dei titoli, la destinazione stessa al mercato dei risparmiatori, l'elevato grado di incorporazione del credito nel titolo; dall'altro lato, essa conserva anche connotazioni essenziali riconducibili *tout court* alla fattispecie dei titoli individuali, come per l'appunto la legge di circolazione e la durata dell'investimento.

Più propriamente, occorrerebbe riflettere sul fatto che la differenza sui titoli di massa ed individuali non riguarda il titolo in sé, bensì l'uso che di esso si fa in concreto, scendendo, quindi, da un piano generico ed astratto ad uno specifico e concreto.

5. La disciplina degli strumenti finanziari di raccolta del risparmio. Cenni

³³ Nella prassi è frequente riscontrare l'offerta di strumenti che presentano rendimenti o capitali di rimborso indicizzati in funzione di parametri di riferimento predefiniti, interni ovvero esterni all'emittente. La categoria dei titoli atipici può essere delimitata:

- a) in positivo, nel senso che deve trattarsi di titoli ovvero certificati di massa;
- b) in negativo, nel senso che deve trattarsi di titoli diversi da obbligazioni, titoli similari alle obbligazioni, azioni e quote sociali, titoli similari alle azioni, quote di partecipazione ad OICVM.

La cambiale finanziaria, oltre che dalla legge n. 43 del 1994, è altresì disciplinata dalla delibera del Comitato interministeriale per il credito e il risparmio (CICR) del 3 marzo 1994 (pubblicata nella G.U. n. 58 dell'11 marzo 1994), in gran parte revocata³⁴ dalla delibera dello stesso CICR del 19 luglio 2005, n. 1058 (pubblicata nella G.U. n. 188 del 13 agosto 2005), che ha armonizzato la normativa concernente la raccolta del risparmio da parte dei soggetti non bancari alle norme introdotte con la modifica del diritto societario.

Il comma 3 dell'art. 1 specifica che l'emissione di cambiali finanziarie costituisce raccolta del risparmio ai sensi dell'art. 11 del t.u.b.: esse, infatti, rientrano a pieno titolo tra gli strumenti finanziari di raccolta³⁵. L'art. 11 del t.u.b. – oggetto di una profonda revisione a seguito del d.lgs. 6 febbraio 2004, n. 3736 – delinea la nozione di raccolta del risparmio, consistente nell'acquisizione di fondi con obbligo di rimborso, sia sotto forma di depositi sia sotto altra forma (comma 1). Lo svolgimento presso il pubblico di tale attività è vietato ai soggetti diversi dalle banche (comma 2).

³⁴ L'unica parte della delibera CICR del 3 marzo 1994 non revocata dalla successiva delibera del 19 luglio 2005 è il punto 5 il quale stabilisce che, in attesa della revisione del trattamento fiscale delle rendite finanziarie, l'emissione delle cambiali finanziarie è temporaneamente preclusa alle banche.

³⁵ Cfr. BANCA D'ITALIA, *Istruzioni di vigilanza per le banche, Circolare n. 229 del 21 aprile 1999 - 12° Aggiornamento del 21 marzo 2007*, tit. XI, cap. 2 ("Raccolta del risparmio dei soggetti diversi dalle banche"), sez. IV.

³⁶ Sulla riforma dell'art. 11 del t.u.b. si rimanda a G. DESIDERIO, *L'attività bancaria (fattispecie ed evoluzione)*, Milano, 2004. Come sottolinea G. GRECO, *L'emissione di cambiali finanziarie da parte di società a responsabilità limitata alla luce del nuovo art. 2483 c.c. e delle nuove disposizioni attuative dell'art. 11 del testo unico bancario*, in *Studi e Note di Economia*, Anno XII, 2007, 1, 120, «*Il d.lgs. n. 37/2004 mira ad una diversa configurazione del concetto di raccolta del risparmio verso il pubblico e dei poteri delle autorità creditizie, coerente con le innovazioni sulla disciplina generale delle società di capitali e con le necessità di tutela del rischio sistemico proprie dell'ordinamento bancario e finanziario*». Come si evince, peraltro, dalla Relazione al testo di legge, il legislatore ha dichiarato di voler «*garantire il massimo grado di applicabilità della riforma del codice alle società bancarie ed a quelle quotate; ciò con il dichiarato obiettivo di offrire anche a queste imprese la possibilità di sfruttare a pieno le potenzialità di sviluppo e di incremento della competitività che la riforma ha inteso mettere a disposizione del mercato, attraverso la riduzione delle complessità e la maggiore duttilità delle forme societarie. Tali linee di intervento hanno dovuto, peraltro, essere coordinate con le ragioni della peculiare disciplina che governa le società bancarie e le società quotate; disciplina che, oltre ad avere storicamente giustificato un trattamento speciale, ha disegnato un sistema di controlli e di garanzie la cui peculiarità e funzionalità va indubbiamente preservata*».

Ai predetti fini, la medesima disposizione: da un lato, esclude talune fattispecie dalla nozione di raccolta del risparmio tra il pubblico; dall'altro, elenca le deroghe al citato divieto nei confronti dei soggetti non bancari. Sotto il primo profilo, non costituisce raccolta del risparmio tra il pubblico la ricezione di fondi connessa all'emissione di moneta elettronica (comma 2-*bis*) o da inserire in conti di pagamento utilizzati esclusivamente per la prestazione di servizi di pagamento (comma 2-*ter*), e quella che, in conformità dei limiti e dei criteri fissati dal CICR, è effettuata presso specifiche categorie di soggetti individuate in ragione di rapporti societari e di lavoro (comma 3).

Sotto il secondo profilo, le previsioni dell'art. 11 (comma 4) escludono l'applicazione del divieto a Stati, organismi internazionali ed enti territoriali, nonché a tutti i casi in cui la raccolta sia effettuata ai sensi di norme di legge. A tale ultimo riguardo, viene espressamente indicata la raccolta effettuata dalle società ai sensi del codice civile mediante obbligazioni, titoli di debito o altri strumenti finanziari. A tutela della riserva di attività delle banche, rimane comunque preclusa la raccolta di fondi a vista ed ogni forma di raccolta collegata all'emissione od alla gestione di mezzi di pagamento a spendibilità generalizzata (comma 5).

Alle più ampie, seppur di riflesso, possibilità di raccolta del risparmio da parte di soggetti non bancari, il legislatore del 2004 ha affiancato un sistema di controllo anch'esso potenziato e costituito dai poteri del CICR individuati ai commi 4-*bis*, 4-*ter* e 4-*quater*.

In primo luogo, al CICR è attribuito il compito di individuare gli strumenti finanziari, comunque denominati, la cui emissione costituisce raccolta del risparmio e di determinare, se non disciplinati dalla legge, limiti all'emissione nonché durata e taglio degli strumenti di raccolta diversi dalle obbligazioni (commi 4-*bis* e 4-*ter*)³⁷. Il Comitato, a fini di tutela della riserva dell'attività bancaria, stabilisce limiti e criteri, anche in deroga al codice civile, per la raccolta effettuata dai soggetti che esercitano nei confronti del pubblico attività di concessione di finanziamenti (comma 4-*quater*).

In un contesto civilistico caratterizzato da un'estensione delle possibilità di accesso al risparmio da parte delle imprese e da un'ampia diversificazione delle tipologie degli strumenti finanziari utilizzabili per la raccolta, la presente disciplina persegue anche finalità

³⁷ La disciplina di attuazione dell'art. 11 t.u.b. è stata dettata con deliberazione del CICR del 19 luglio 2005, successivamente integrata con deliberazione del 22 febbraio 2006 al fine di tener conto delle modifiche apportate al codice civile, in materia di limiti alle emissioni obbligazionarie, dalla l. n. 262/2005. L'intervento del Comitato – che sostituisce e compendia le precedenti deliberazioni adottate in materia – conferma, in linea con le predette indicazioni legislative, le riserve riconosciute in favore delle banche (attività bancaria e raccolta del risparmio tra il pubblico) tenendo conto delle innovazioni introdotte dalla riforma del diritto societario.

antielusive delle regole a tutela delle riserve di attività delle banche, presidiate da sanzioni penali³⁸.

Si aggiunga, infine, che, per effetto della previsione di cui all'art. 129 t.u.b., la Banca d'Italia può richiedere a chi emette od offre strumenti finanziari segnalazioni periodiche, dati e informazioni a carattere consuntivo riguardanti gli strumenti finanziari emessi od offerti in Italia, ovvero all'estero da soggetti italiani, al fine di acquisire elementi conoscitivi sull'evoluzione dei prodotti e dei mercati finanziari. Compete alla Banca d'Italia emanare disposizioni attuative del presente articolo.

6. I nuovi requisiti per l'emissione dei titoli

La disciplina in oggetto prevede alcuni prerequisiti comuni che le imprese devono possedere per poter emettere cambiali e obbligazioni e una serie di caratteristiche che invece riguardano i singoli prodotti finanziari³⁹.

Dal punto di vista soggettivo, ai sensi dell'art. 1, comma 2-*bis*, della legge 43/199440, possono emettere cambiali finanziarie⁴¹ ed obbligazioni le società di capitali nonché le società cooperative e mutue assicuratrici diverse dalle banche e dalle micro-imprese, come definite dalla raccomandazione 2003/361/CE della Commissione, del 6 maggio 2003⁴².

³⁸ La violazione delle prescrizioni dell'art. 11 del t.u.b. e delle relative disposizioni di attuazione è sanzionata penalmente dalle norme sull'abusivismo bancario (artt. 130 e 131 del t.u.b.).

³⁹ Il comma 5-*bis* del "d.l. Sviluppo", aggiunto dalla Camera, inserisce dopo il comma 2 dell'art. 1 della l. n. 43/1994 i nuovi commi da 2-*bis* a 2-*sexies*.

⁴⁰ Cfr. S. CARLINO, *La cambiale finanziaria*, cit., 375 ss. Nel sistema previgente, posto che l'emissione di cambiali finanziarie era consentita a società ed enti con titoli negoziati in un mercato regolamentato ed alle altre società i cui bilanci relativi agli ultimi tre esercizi fossero in attivo, i titoli emessi da società ed enti "non quotati" dovevano essere assistiti da una garanzia che coprisse quanto meno il 50% del valore di sottoscrizione delle cambiali finanziarie, rilasciata da soggetti vigilati; sussisteva infine un divieto assoluto di emissione delle cambiali finanziarie per le società finanziarie non vigilate. L'importo delle cambiali finanziarie emesse, unitamente a quello delle obbligazioni, non doveva eccedere l'importo del capitale versato e le riserve risultanti dall'ultimo bilancio regolarmente approvato.

⁴¹ A seguito dell'abrogazione dei primi quattro commi dell'art. 32 del "d.l. Sviluppo", la disciplina contenuta nella *Legge di Conversione* sembra fugare i dubbi legati al fatto che le disposizioni di cui all'art. 32 fossero applicabili solo a «società non emittenti strumenti finanziari quotati», come a dire che a seguito della prima emissione di obbligazioni o cambiali finanziarie l'emittente non avrebbe potuto agevolarsi dei benefici introdotti dalla nuova disciplina.

⁴² Per le nozioni di microimpresa, piccola impresa e media impresa la norma in esame rinvia alla raccomandazione 2003/361/CE della Commissione, del 6 maggio 2003, che le definisce in funzione del loro organico e del loro fatturato ovvero del loro bilancio totale annuale:

i) una media impresa è definita come un'impresa il cui organico sia inferiore a 250 persone e il cui fatturato non superi 50 milioni di euro o il cui totale di bilancio annuale non sia superiore a 43 milioni di euro;

ii) una piccola impresa è definita come un'impresa il cui organico sia inferiore a 50 persone e il cui fatturato o il totale del bilancio annuale non superi 10 milioni di euro;

iii) una microimpresa è definita come un'impresa il cui organico sia inferiore a 10 persone e il cui fatturato o il totale di bilancio annuale non superi 2 milioni di euro.

Fino alla riforma l'emissione di cambiali finanziarie era esclusivo appannaggio delle banche.

Dal punto di vista degli strumenti emettibili, in forza delle novità recate dal “d.l. Sviluppo”, le società ivi disciplinate possono, dunque, emettere: a) obbligazioni, come disciplinate dal codice civile; b) cambiali finanziarie; c) obbligazioni partecipative subordinate, cioè strumenti finanziari, aventi una scadenza iniziale uguale o superiore a sessanta mesi, che possono prevedere clausole di subordinazione e di partecipazione agli utili d'impresa. Nello specifico, le società e gli enti non aventi titoli rappresentativi del capitale negoziati in mercati regolamentati o non regolamentati possono emettere cambiali finanziarie purché si dotino dei seguenti requisiti: 1) *sponsor* (banca o impresa di investimento, società di gestione del risparmio (SGR), società di gestione armonizzata, società di investimento a capitale variabile (SICAV), purché con succursale costituita nel territorio della Repubblica) che supporti l'impresa nell'emissione e nel collocamento, ed eventualmente segua l'ammissione a quotazione dei titoli; 2) ultimo bilancio certificato da parte di un revisore contabile o società di revisione iscritta al registro dei revisori⁴³; 3) cambiali e obbligazioni devono circolare solo fra investitori qualificati⁴⁴, così come definiti

⁴³ Il legislatore parla di “certificazione” del bilancio”, così riecheggiando il linguaggio dell'ormai defunto d.P.R. 136/1975, che introdusse per la prima volta nell'ordinamento italiano la revisione legale dei conti. Tuttavia, come osserva A. TENCATI, *Evoluzione delle norme sulle cambiali finanziarie*, in *Persona e danno*, 2012, XI, 4, «Sul piano tecnico la rilevata imperfezione linguistica non produce conseguenze. Basta infatti, come avvenuto riproducendo la norma, sostituire alla “certificazione” del bilancio il “giudizio”, sul medesimo espresso dal revisore legale, per ottenere il contenuto aggiornato dell'obbligo gravante sull'emittente non bancario (non quotato) di cambiali finanziario».

⁴⁴ La nuova definizione di “investitori qualificati”, contenuta nell' art. 34-ter lett. b, del regolamento Emittenti, è stata allineata, a seguito delle modifiche introdotte nel mese di gennaio 2012, a quella di “cliente professionale” prevista dalla direttiva Mifid e implementata dal regolamento Intermediari, Allegato n.3.

Il suddetto Allegato definisce “cliente professionale” privato: «un cliente che possiede l'esperienza, le conoscenze e la competenza necessarie per prendere consapevolmente le proprie decisioni in materia di investimenti e per valutare correttamente i rischi che assume», effettuando una distinzione tra “cliente professionale di diritto” (i.e. banche, imprese di investimento) e “cliente professionale su richiesta” (ovverosia quei clienti che fanno espressa richiesta ad un intermediario di essere trattati come clienti professionali, sussistendo una serie di requisiti previsti dal medesimo allegato). Tale modifica, a scanso di equivoci, non significa che nei confronti dell'emittente si applichi la direttiva Mifid o il regolamento Intermediari, ma semplicemente che queste ultime rappresentano le fonti per ricavare la nozione di investitore qualificato ai fini della disciplina in commento.

Dalla modifica apportata al regolamento Emittenti deriverebbero due riflessioni:

i) in primo luogo, rilevarebbe come anche le persone fisiche potrebbero ad oggi rientrare a pieno titolo nella definizione di investitori qualificati ex art. 34-ter del regolamento Emittenti; sul punto si ricorda che in passato il registro delle persone fisiche previsto dall'art. 34-*quater* era di fatto non operativo.

ii) in secondo luogo, che la valutazione circa il possibile *upgrading* del cliente a “professionale” permarrebbe in capo agli intermediari (questa soluzione sembrerebbe coerente con quanto previsto dal medesimo art. 34-ter del regolamento Emittenti che prevede che «le imprese di investimento e gli enti creditizi comunicano la propria classificazione, su richiesta, all'emittente» lasciando intendere che gli emittenti possono fare affidamento sulla classificazione effettuata dagli intermediari).

all'art. 100 del t.u.f., e successive modificazioni⁴⁵. Questi ultimi non possono essere soci della società emittente, né direttamente né indirettamente, neanche per tramite di società fiduciaria o interposta persona. Il rapporto tra imprenditore “scongelato” e investitori professionali (ma non ancora soci) è propedeutico ad una maggiore apertura verso soci di capitale e al rispetto di trasparenza, impegni e obiettivi finanziari che sono i requisiti fondamentali per affacciarsi in borsa in futuro. In presenza di norme volte a favorire gli investitori professionali (fondi specializzati) nella concessione di questi finanziamenti e strutture dedicate a supportare la valutazione e la frammentazione degli importi, la domanda dalle Pmi sarebbe interessante e giustificata da prospettive reali. Nell'impianto originario del “d.l. Sviluppo”, si prevedeva la possibilità di procedere all'emissione di cambiali finanziarie solo per le società che avessero acquisito una valutazione sulla classe di rischio dell'emissione da parte di una società specializzata di *rating*, in possesso dei requisiti di professionalità e di indipendenza previsti dalla legge del 30 aprile 1999, n. 130. Si ricorda che il *rating* può essere definito come la valutazione espressa da un soggetto esterno ed indipendente riguardo alla capacità di un emittente di far fronte puntualmente al pagamento del capitale e degli interessi relativi ad un'emissione di titoli di credito, durante l'intera vita del prestito. Tale valutazione viene espressa secondo il livello di rischio accertato. L'esigenza del *rating* deriva dall'obiettiva asimmetria che sul piano dell'informazione si registra nei mercati finanziari tra diversi operatori, in particolare tra gli intermediari ed i risparmiatori. Allo scopo di fornire in particolare a questi ultimi un quadro di informazioni e conoscenze sintetico ma sufficientemente affidabile sui vari titoli negoziati, si fa ricorso, tra le altre cose, al *rating*, mediante il quale l'investitore acquisisce una valutazione professionale sulla rischiosità dell'investimento e può confrontare agevolmente le diverse opzioni che il mercato offre. Oltre che avvantaggiare l'investitore contribuendo ad attenuare il problema costituito dalla carenza di informazioni, il ricorso al *rating* può risultare conveniente, nonostante i costi che ne derivano, anche per i soggetti emittenti strumenti finanziari che possono sperare di vedere più facilmente collocati i propri titoli a seguito dell'assegnazione di una valutazione positiva da parte di una società di *rating*. Ovviamente, condizione necessaria per l'attendibilità

⁴⁵ L'art. 100 del t.u.f. – rubricato “casi di inapplicabilità” – individua le fattispecie di offerta per le quali non si applicano le disposizioni in materia di “offerta al pubblico di sottoscrizione e di vendita”. L'art. art. 34-ter, lett. a, del regolamento Emittenti (modificato con delibera del 20 gennaio 2012), che implementa e regola le singole ipotesi di esenzione, è stato di recente modificato. Si riportano di seguito alcune delle principali esenzioni:

- a) offerte rivolte a un numero minimo di 150 investitori diversi da investitori qualificati;
- b) offerta rivolte a soli investitori qualificati (nuova definizione);
- c) offerte aventi ad oggetto prodotti finanziari per un corrispettivo totale di almeno 100.000 per investitore e per ogni offerta separata;
- d) offerte aventi ad oggetto prodotti finanziari inclusi in un'unica offerta il cui corrispettivo totale sia inferiore a 5 milioni;

del *rating* è il possesso, come esplicitato dalla legge, di alcuni requisiti di professionalità e di indipendenza, in primo luogo rispetto alle emittenti, da parte delle società che lo effettuano. Accertato che le Pmi non quotate in borsa difficilmente hanno un'agenzia che ne valuti la classe di rischio (uno dei tipici ostacoli che impediscono alle piccole e medie imprese di accedere ai mercati finanziari), il "d.l. Sviluppo" prevedeva che esse potessero emettere cambiali finanziarie ed obbligazioni, anche in mancanza di *rating*, purché, tra gli altri requisiti, le emissioni fossero assistite da uno *sponsor*.

7. I compiti dello sponsor

Dopo talune incertezze che hanno caratterizzato l'adozione di una simile figura anche per altri tipi di obbligazioni emesse da società non quotate, lo *sponsor* è stato confinato all'emissione delle cambiali finanziarie.

Il ruolo dello *sponsor*, in pratica, è quello di avvicinare con maggiore facilità le Pmi al mercato del debito ed agli investitori esteri, utilizzando la leva dell'esperienza bancaria, dei Consorzi fidi meglio strutturati o delle imprese di investimento che affiancano le società. Al ruolo di *sponsor* sono anche ammessi soggetti dell'industria finanziaria e della gestione del risparmio, in modo da ampliare l'offerta per le imprese e da accrescere la concorrenza sul nuovo mercato delle emissioni societarie.

Come emerge dal combinato disposto dei comma 2-*bis*, lett. *a* e *b*, e 2-*ter* del testo riformato dell'art. 1 della l. n. 43/1994, lo *sponsor* assiste l'emittente nella procedura di emissione dei titoli con tre principali compiti: a) supportare l'emittente nella fase di emissione e di collocamento, nonché di eventuale ammissione a quotazione dei titoli; b) mantenere nel proprio portafoglio, fino alla naturale scadenza, una quota dei titoli emessi non inferiore al 5 per cento del valore di emissione dei titoli, per le emissioni fino a 5 milioni di euro, al 3 per cento del valore di emissione eccedente 5 milioni di euro, fino a 10 milioni di euro, in aggiunta alla quota precedente, e il 2 per cento del valore di emissione eccedente 10 milioni di euro, in aggiunta alle quote anzidette; c) favorire la liquidità degli scambi (fungendo da *market maker*) sui titoli per tutta la durata dell'emissione, impegnandosi ad assicurare la negoziabilità, almeno a intervalli predefiniti. Lo *sponsor* predispone altresì una valutazione periodica, almeno semestrale, e ogni volta che interviene un elemento straordinario, del valore dei titoli stessi nel caso in cui non siano quotati (il riferimento normativo è costituito dalla Comunicazione della Commissione Europea 2008/C 14/02 e successive modificazioni) tenendo conto della qualità creditizia dell'impresa.

Le categorie di qualità creditizia della Pmi, indicate nella legge, devono essere almeno cinque: ottima, buona, soddisfacente, scarsa, negativa. Questo giudizio deve incrociarsi con il livello di garanzia (elevata, normale o bassa) delle operazioni garantite (art. 1, comma 2-ter, per. III, l. n. 43/1994). «*Lo sponsor rende pubbliche le descrizioni della classificazione adottata*» (art. 1, comma 2-ter, per. IV, l. n. 43/1994).

La previsione di fornire una valutazione del merito creditizio costituisce una novità assoluta nell'attuale panorama delle funzioni attribuite ai soggetti che assistono le società nell'emissione e nel collocamento di strumenti finanziari. Le disposizioni di Borsa Italiana al riguardo richiedono, ad esempio, che le obbligazioni siano state oggetto di un giudizio di *rating* sul merito di credito da parte di un'agenzia di *rating* indipendente locale o internazionale (v. *supra*).

Ciò, per giunta, porta a ritenere che non sia più richiesto in alcun caso (neanche per le emissioni da parte di Pmi, come invece previsto nel testo pre-conversione del “d.l. Sviluppo”) l'apporto dello *sponsor* in relazione alle emissioni obbligazionarie, sebbene rimanga irrisolto l'interrogativo sul significato da attribuire al comma 16 dell'art. 32 del decreto, non abrogato dalla *Legge di Conversione*, che prevede in generale la percentuale di titoli emessi che deve essere mantenuta dallo *sponsor* fino alla scadenza dei titoli stessi.

Tale previsione duplicativa in materia di cambiali finanziarie, potrebbe generare il sospetto che la figura dello *sponsor* sopravviva anche con riferimento alle emissioni obbligazionarie in palese contraddizione con le restanti disposizioni della *Legge di Conversione*.

7.1. Segue: sulle analogie fra lo “sponsor” delle cambiali finanziarie e le figure attigue previste dal t.u.f. e dai regolamenti di Borsa Italiana. De jure condendo

La disciplina contenuta nel “d.l. Sviluppo” relativa allo *sponsor* è stata quasi integralmente riposizionata all'interno della legge sulle cambiali finanziarie, con qualche adattamento dovuto alla natura del titolo cambiario⁴⁶. La figura dello *sponsor* introduce, senza dubbio, forti elementi di novità nell'attuale panorama normativo e regolamentare in materia di emissione di titoli di debito. Per la prima volta nell'ordinamento nostrano viene inserita una disciplina di rango primario che individua, nello specifico, le funzioni e le attribuzioni del soggetto incaricato di affiancare l'emittente nell'emissione di strumenti di debito.

⁴⁶ Nella versione pre-conversione, i commi 14, 15, 16 e 17 dell'art. 32 del “d.l. Sviluppo” definivano in maniera puntuale le caratteristiche e i compiti dello *sponsor*. In effetti, le nuove disposizioni, come modificate dalla *Legge di Conversione*, attribuiscono allo *sponsor* un ruolo molto ridotto se confrontato con quanto inizialmente previsto dal decreto, il quale prevedeva in capo allo *sponsor* l'obbligo di garantire la liquidità delle

A tal fine si rileva utile definire con maggior grado di dettaglio tale funzione, alla luce anche nell'ambito di offerte di titoli di debito al responsabile del collocamento o del *lead manager* (i.e. l'intermediario cui viene attribuito, in forza di un apposito contratto stipulato con l'emittente, il compito di curare l'emissione e il collocamento dei titoli).

Tra i compiti sopra elencati, attribuiti allo *sponsor* ai sensi dell'art. 32 "d.l. Sviluppo", vi è, in primo luogo, quello di assistere l'emittente nell'emissione e nel collocamento di cambiali finanziarie. Il principale riferimento normativo al riguardo è costituito, pertanto, dall'art. 93-bis, comma 1, lett. e, del t.u.f. che definisce il responsabile del collocamento come «*il soggetto che organizza e costituisce il consorzio di collocamento, il coordinatore del collocamento o il collocatore unico*». Tale disposizione è contenuta tra le norme volte a disciplinare i profili di responsabilità dell'intermediario che interviene nell'offerta al pubblico nei confronti dell'investitore. In particolare, l'art. 94, comma 9, stabilisce che «*la responsabilità per informazioni false o omissioni idonee ad influenzare le decisioni di un investitore ragionevole grava sull'intermediario responsabile del collocamento*» a meno che non provi di aver adottato la dovuta diligenza.

Ferma restando tale disposizione, il compito di determinare le funzioni del responsabile del collocamento nelle operazioni di offerta di titoli di debito è rimesso all'autonomia delle parti, nell'ambito della relativa regolamentazione del rapporto contrattuale (contratti di collocamento o *dealer agreement*).

Nella prassi dei mercati, il *lead manager* o l'*arranger* strutturano l'operazione e curano la costituzione del consorzio di collocamento, gli strumenti vengono di norma sottoscritti dagli appartenenti al consorzio per essere poi ceduti ad altri intermediari e, eventualmente, ove consentito dalla legge, ai soggetti *retail*.

Al riguardo è interessante rilevare come la giurisprudenza, sorta in relazione a controversie in materia di sollecitazione all'investimento, che fornisce – *incidenter tantum* – alcuni elementi utili al fine di connotare con maggior autorevolezza l'attività svolta dal *lead manager*. In tali pronunce si legge, tra le altre cose, che il responsabile del collocamento interviene «*nella prima fase di operazioni di prestiti obbligazionari occupandosi di studio e lancio dell'operazione*» e, pertanto, «*sa (e deve sapere tutto) dell'emittente*».

cambiali finanziarie, di effettuare una valutazione creditizia periodica dell'emittente (e dunque non solo una stima al momento dell'emissione), nonché di svolgere valutazioni a cadenza semestrale dei titoli.

Data questa chiave di lettura, emergerebbero possibili elementi di comunanza tra la figura del *lead manager* e quella dello *sponsor* previsto dal “d.l. Sviluppo”, in quanto, in entrambi i casi, l’accento viene posto sull’effettivo grado di conoscenza e sul rapporto privilegiato di tali soggetti con l’emittente, già nella fase di studio e progettazione. Inoltre, appare alquanto plausibile che l’intermediario che riveste il ruolo di *sponsor* di cui al decreto Sviluppo, sia “collocatore unico”, “coordini il collocamento” ovvero “organizzi e costituisca il consorzio di collocamento”, con l’effetto che tale soggetto potrebbe farsi rientrare nella definizione stessa di responsabile del collocamento.

I compiti attribuiti allo *sponsor* non si esauriscono, tuttavia, nell’attività di assistenza e collocamento nell’emissione ma includono, altresì, una forma di assistenza continua fino alla scadenza delle relative cambiali finanziarie emesse, oltre che una valutazione del merito creditizio dell’emittente. L’obbligo di detenzione di una parte dei titoli originariamente previsto è stato oggetto delle successive modifiche intervenute in sede di conversione del decreto.

Si aggiunga che tali ulteriori funzioni attribuite allo *sponsor* – le cui finalità sembrerebbero potersi rintracciare nell’esigenza di tutelare gli investitori nonché in quella (forse eccessiva) di proteggere l’emittente – parrebbero ispirarsi ad ulteriori figure che assistono l’emittente in relazione all’emissione di titoli quotati nei mercati regolamentati.

In particolare, nel processo di ammissione alla quotazione rileva la figura dello *sponsor* o *listing partner*. L’art. 51, lett. a, del regolamento Emittenti della Consob definisce tale soggetto come «l’intermediario che collabora con l’emittente nella procedura di ammissione alle negoziazioni in un mercato regolamentato degli strumenti finanziari comunitari». Occorre precisare, tuttavia, che, anche alla luce dei regolamenti di Borsa Italiana, tale figura rilevi in special modo con riferimento all’ammissione a quotazione di titoli di capitale⁴⁷.

Con particolare riguardo all’emissione di obbligazioni rileverebbe, invece, la figura dello *specialist*, il cui intervento è richiesto dal regolamento di Borsa Italiana per le negoziazioni che si svolgono nel mercato telematico obbligazionario (MOT), al fine di sostenere la liquidità per gli strumenti finanziari negoziati. Dunque, mentre la necessità di una simile figura risulta connessa ad un’esigenza di liquidità, l’obbligo di *retention* delle cambiali finanziarie sembra basato sull’assunto che se un investitore istituzionale mantiene in portafoglio i prodotti di un emittente, tali prodotti possono ritenersi ragionevolmente sicuri.

⁴⁷ Nell’ambito del regolamento di Borsa Italiana, ad esempio, sono indicate i requisiti e le caratteristiche che deve avere lo sponsor in caso di *Initial Public Offer* (IPO).

Giova infine richiamare la figura – anch’essa prevista dal regolamento di Borsa Italiana – del *nomad*. Sebbene tale figura rilevi ai fini dell’accesso al mercato azionario gestito da Borsa Italiana (AIM Italia – “Mercato Alternativo dei Capitali”), si segnala come tra i compiti di tale soggetto vi sia quello di «*valutare l’appropriatezza della società ai fini dell’ammissione al mercato, supportarla al fine di mantenere un profilo adeguato di trasparenza informativa nei confronti degli investitori, stimolare l’attenzione da parte della società al rispetto delle regole derivanti dall’essere quotata su AIM Italia*».

In tale figura sembrerebbero, pertanto, ritrovarsi alcuni di quei caratteri dell’“assistenza continua” e dell’“obbligo di monitoraggio” previsti in capo allo *sponsor* dal “d.l. Sviluppo”.

8. Durata minima e massima e ammontare complessivo dei titoli in circolazione: i nuovi limiti

La *Legge di Conversione* si propone di migliorare l’*appeal* la cui durata passa dagli originari 3-12 mesi (quindi strumenti a breve termine) 48 a 1-36 mesi (strumenti da brevissimo termine a medio/lungo termine). Per quanto riguarda la durata minima, la stessa avrebbe la funzione di impedire di fatto la raccolta di risparmio con strumenti a vista, riservata alle banche, tramite il periodico rinnovo dei titoli di durata brevissima⁴⁹. Questa preoccupazione è stata salvaguardata dal legislatore riducendo la durata minima al primo mese, in quanto la durata di tre mesi impedisce l’uso della cambiale finanziaria in situazioni di discesa dei tassi e limita grandemente l’uso di questo strumento per la copertura di punte di fabbisogni di tesoreria, come avviene in altri Paesi. Con riferimento alla durata massima, si ricorda che la cambiale finanziaria ha un ulteriore vantaggio rispetto, ad esempio, al certificato di investimento: è un titolo esecutivo e, come tale, ha la priorità nel pagamento da parte dell’emittente rispetto ad un altro titolo⁵⁰. La cambiale finanziaria è, dunque, per il sottoscrittore, un titolo intrinsecamente meno rischioso di altri titoli e per le banche una forma di indebitamento meno soggetta a sofferenza. È importante sfruttare questa caratteristica delle cambiali finanziarie allorquando l’emittente intende effettuare una raccolta di risparmio a più lunga scadenza, oggettivamente più rischiosa di una a breve. Questa è la *ratio* per cui nella proposta di legge C.7035 si è previsto di allungare anche la durata massima delle cambiali finanziarie portandola sino a diciotto mesi, proprio per permettere l’utilizzazione di questo strumento intrinsecamente meno rischioso per la raccolta del risparmio a medio termine.

⁴⁸ Secondo F. MARTORANO, *Profili cartolari delle cambiali finanziarie*, cit., 137 s., prima delle accennate modifiche, la *ratio* dell’art. 1, comma 1, l. n. 43/1994 «*risiedeva nella volontà del legislatore di assicurare, da un lato, con l’esclusione della scadenza a vista, una certa stabilità della raccolta, dall’altro, una spendibilità del titolo sul mercato secondario ed, al contempo, un ragionevole contemperamento della predeterminazione degli oneri finanziari dell’operazione con le previsioni sull’andamento dei tassi di interesse sul mercato monetario*». A detta dell’Autore, una siffatta esigenza risultava, in

La modifica della durata massima delle cambiali finanziarie è diretta a permettere la nascita di titoli di debito a medio termine emessi dalle piccole e medie imprese; analogamente è stata esclusa la limitazione che si intendeva apporre all'emissione in serie, che sarebbe stata di ostacolo per configurare un piano di ammortamento dell'operazione finanziaria⁵¹ in caso di emissione di titoli con scadenza diversa. La previsione nel "d.l. Sviluppo" che limitava l'ammontare massimo di cambiali finanziarie in circolazione al totale dell'attivo corrente dell'impresa rilevabile dall'ultimo bilancio certificato è stata sostituita con il mero obbligo dello *sponsor* di segnalare agli investitori il superamento di tale soglia. Per le società strutturate in forma di gruppi di imprese il bilancio di riferimento può essere quello consolidato⁵². Come specificato dal comma 2-ter dell'art. 1, «*per attivo corrente si intende*

definitiva, pienamente soddisfatta sia che si adottasse «*la tecnica della data certa che quella del certo tempo data, restando escluse soltanto le forme di scadenza indeterminata*».

⁴⁹ Il legislatore del '94 ha adottato una soluzione relativamente disfunzionale: si è scelta una durata minima eccessiva, la quale ha finito con il rendere inidonea la cambiale finanziaria per la raccolta di risparmio a brevissimo termine. Gli altri sistemi che conoscono la *commercial paper* hanno optato per durate minime sensibilmente più brevi, variabili da 1 giorno (Canada, Svezia, Finlandia, Belgio, Francia e Regno Unito) ad 1 mese (Spagna ed Australia), o non hanno previsto alcuna durata minima (Norvegia); in ogni caso, la durata tipica del titolo, in tali sistemi, è di circa 2 mesi, comunque inferiore a quella stabilita originariamente dall'ordinamento italiano.

⁵⁰ Questi titoli traggono origine dalla delibera CICR del 3 marzo 1994 che, sostanzialmente, li accomuna alle cambiali finanziarie; si tratta però di strumenti finanziari di tipo completamente diverso per natura e funzione, in quanto titoli non cambiari destinati alla copertura di operazioni di finanziamento a medio/lungo termine. Hanno in comune alle cambiali finanziarie il taglio minimo, non inferiore a cento milioni di lire, nonché i limiti quantitativi all'emissione e le garanzie, ma differiscono da queste per ogni altro elemento; infatti, hanno scadenza non inferiore a 12 mesi, non devono obbligatoriamente essere emessi in serie e possono circolare anche "al portatore". Completamente diverso è lo *status* giuridico dei titoli non emessi in serie: tale analisi esula però dall'oggetto di questo contributo. I certificati di investimento costituiscono, quindi, uno strumento di raccolta del risparmio alternativo a quello obbligazionario, idoneo a soddisfare esigenze finanziarie di medio e lungo periodo, utilizzabile peraltro da tutte le figure di società di capitali.

⁵¹ Giova segnalare che l'art. 1 della proposta A.S. 1670, tesa ad apportare cambiamenti alla normativa vigente in materia di cambiali finanziarie, modificava la durata delle cambiali finanziarie. In particolare, tramite una novella all'art. 1, comma 1, della legge n. 43 del 1994:

- i) la durata minima delle cambiali finanziarie veniva ridotta da tre mesi ad un mese dalla data di emissione;
- ii) il limite massimo di scadenza veniva incrementato da dodici mesi a sessanta mesi.

Veniva altresì soppressa l'attuale limitazione dell'emissione delle cambiali finanziarie in serie.

⁵² L'ammontare della raccolta effettuata mediante obbligazioni e gli altri titoli sopra specificati non poteva eccedere, nel complesso, il limite del capitale versato e delle riserve risultanti dall'ultimo bilancio approvato. Il decreto del CICR del marzo 1994 disponeva inoltre che la Banca d'Italia, sentita la Consob, proponesse le caratteristiche, anche di durata e di taglio, dei predetti titoli al Ministro del tesoro, per l'emanazione di

l'importo delle attività in bilancio con scadenza entro l'anno dalla data di riferimento del bilancio stesso. Nel caso in cui l'emittente sia tenuto alla redazione del bilancio consolidato o sia controllato da una società o da un ente a ciò tenuto, può essere considerato l'ammontare rilevabile dall'ultimo bilancio consolidato approvato».

9. La dematerializzazione delle cambiali finanziarie

Quando la l. 43/1994 fu scritta, le cambiali finanziarie – aventi (*ex art. 1, comma 2, l. 43/1994*), oltre alla loro specifica denominazione, i contenuti dei comuni pagherò cambiari (*art. 100 r.d. 14 dicembre 1933, n. 1669*) – erano redatte esclusivamente su supporto cartaceo. La descritta situazione si è protratta fino all'innovazione recata dall'*art. 32, comma 7, d.l. 83/2012* convertito.

È d'uopo osservare, al riguardo, come in merito ai titoli di credito di massa sia in corso un vero e proprio processo di dematerializzazione del titolo, tramite il quale ai documenti si sostituiscono scritturazioni che mediante dispositivi telematici trasferiscono il titolo senza operazioni materiali di movimentazioni di carte.

In un mercato finanziario globalizzato composto quasi completamente da titoli dematerializzati e trattato telematicamente, la presenza di titoli privi di tale requisito ha dato luogo ad una situazione completamente anacronistica.

Tale procedimento, avviato in un primo momento per i titoli di Stato, ha trovato un particolare impulso a seguito del decreto legislativo introduttivo dell'euro⁵³, il quale, nel disciplinare espressamente gli strumenti finanziari dematerializzati, ha escluso che i medesimi possano essere incorporati in un documento materiale⁵⁴. È, infatti, opportuno rilevare che nella generica dizione “dematerializzazione” vengono compresi istituti differenti quanto a struttura ed effetti: si distingue così la semplice dematerializzazione della circolazione del titolo di credito dalla sua dematerializzazione integrale (o decartolarizzazione). Nel primo caso il documento ancora esiste e la dematerializzazione riguarda solo il profilo della circolazione dei diritti; nel secondo, invece, il documento non

apposito decreto, tenendo presente, comunque, che il taglio minimo degli strumenti diversi dalle obbligazioni non avrebbe dovuto essere inferiore a cento milioni di lire, che la durata avrebbe dovuto permettere di distinguere tra i due strumenti di raccolta e che le ulteriori caratteristiche avrebbero dovuto assicurare la fungibilità tra titoli di una stessa emissione.

⁵³ Si tratta del d.lgs. 24 giugno 1998, n. 213, recante “*Disposizioni per l'introduzione dell'EURO nell'ordinamento nazionale, a norma dell'articolo 1, comma 1, della legge 17 dicembre 1997, n. 433*”, pubblicato nella G.U. n. 157 dell'8 luglio 1998 – S.O. n. 116.

⁵⁴ Cfr. sul punto F. DI SABATO, *Istituzioni di diritto commerciale*, Milano, 2004, 427, il quale osserva che «*nonostante l'esclusione del dato materiale costituito dal documento, la procedura di dematerializzazione è stata operata in modo tale da non escludere la qualifica di titolo di credito per tutti i titoli dematerializzati, permanendo i più rilevanti caratteri tipici, pur con gli adattamenti del caso, della fattispecie-titolo di credito*».

viene neppure ad esistenza. Nel sistema italiano le possibili forme con le quali si realizza la dematerializzazione coesistono. Dato costante ed essenziale del fenomeno è l'immissione dei titoli di credito in un sistema c.d. gestione accentrata, con il quale viene affidato ad un solo soggetto il compito di custodire, amministrare e sovrintendere alle operazioni di trasferimento ed esercizio dei diritti inerenti ai titoli di credito e agli strumenti finanziari dematerializzati.

Si è reso pertanto imprescindibile incidere su questa caratteristica della cambiale finanziaria rendendola immateriale senza però intaccare la sua natura di titolo esecutivo che, come sopra evidenziato, permette alla stessa di offrire una rischiosità ai sottoscrittori inferiore agli altri titoli di debito. Questi obiettivi antitetici possono essere raggiunti solo incanalando l'emissione delle cambiali finanziarie tramite gli intermediari vigilati (banche ed finanziarie) i quali possono agire da "notai", certificando verso i terzi l'esistenza dell'emissione delle cambiali finanziarie e delle loro caratteristiche (importo, taglio, data di emissione e scadenza, ammontare dei proventi, caratteristiche dell'emittente, poteri di firma dell'emittente, esistenza della garanzia laddove prevista) e dell'identità del possessore virtuale in relazione alle varie girate comprovate dalle scritture di acquisto e di vendita del titolo presso di loro originate da ordini di acquisto e di vendita da parte della clientela. Per effetto delle modifiche contenute nel "d.l. Sviluppo", la disciplina della cambiale finanziaria viene snellita e avvicinata alla "carta commerciale", strumento, come si è detto, largamente in uso sui mercati finanziari internazionali.

A tal fine il comma 7 dell'art. 32 del "d.l. Sviluppo" introduce nella legge n. 43 del 1994 l'art. 1-*bis*, fornendo la possibilità, finora esclusa, di emettere le cambiali finanziarie anche in forma dematerializzata, posto l'obbiettivo di favorirne la circolazione, lo scambio e la liquidabilità tra gli operatori del mercato⁵⁵. Quest'ultima disposizione introduce nella l. n. 43/1994 l'art. 1-*bis*, il cui primo comma si apre mantenendo fermo quanto previsto dall'art. 83-*bis*, comma 1, del t.u.f. Tale norma, inaugurando la disciplina degli strumenti finanziari

⁵⁵ L'art. 3 della citata proposta A.S. 1670 interveniva in materia di sollecitazione all'investimento introducendo all'art. 4 della l. n. 43 del 1994 un nuovo comma 1-*bis*. Esso prevedeva che, nei casi di emissione di cambiali finanziarie sulla base di un programma, il termine per gli adempimenti previsti dal decreto legislativo n. 58 del 1998 a carico degli offerenti strumenti finanziari, relativamente alla sollecitazione all'investimento, venisse fissato in misura non superiore a dieci giorni. Secondo la relazione illustrativa al disegno di legge tale norma andava incontro alle esigenze dei soggetti emittenti, a detta i quali i tempi delle procedure per gli adempimenti relativi alla sollecitazione all'investimento degli investitori non professionali, stabiliti in via generale dalla Consob, sarebbero «*incompatibili con le caratteristiche di questo genere di strumenti di debito, i quali esigono decisioni di emissione e di classamento rapidissime*».

dematerializzati, prescrive che: «*gli strumenti finanziari negoziati o destinati alla negoziazione sui mercati regolamentati italiani non possono essere rappresentati da documenti*».

La norma in oggetto, richiamando i «documenti»⁵⁶ – anziché i «*titoli, ai sensi e per gli effetti della disciplina di cui al titolo V, libro IV, del codice civile*», come previsto dall'originario art. 83-bis, comma 1, t.u.f. – dichiara *apertis verbis* che gli strumenti finanziari dematerializzati hanno disciplina *autonoma* da quella dei titoli di credito. Altrettanto deve ritenersi per le cambiali finanziarie «*emesse (...) in forma dematerializzata*» (art. 1-bis, comma 1, per. I, l. n. 43/1994).

Per accedere alla dematerializzazione dei titoli, il legislatore introduce una procedura specifica. L'emittente deve rivolgersi esclusivamente ad una società autorizzata alla prestazione del servizio di gestione accentrata di strumenti finanziari (SGA), attraverso tempi e modalità descritti nell'art. 32. A questa deve inviare una richiesta con la promessa incondizionata di pagare alla scadenza le somme dovute ai titoli delle cambiali (che risultano dalle scritture contabili degli intermediari)⁵⁷.

La richiesta deve contenere: a) l'ammontare dell'emissione; b) l'importo di ogni singola cambiale; c) il numero delle cambiali; d) l'importo dei proventi, totale e suddiviso per singola cambiale; e) la data di emissione; f) gli elementi specificati nell'art. 100, comma 1, nn. da 3 a 7, del r.d. 14 dicembre 1933, n. 1669 (quindi indicazione della scadenza, del luogo di pagamento, nome di colui al quale o all'ordine del quale deve farsi il pagamento, data e luogo in cui il vaglia è emesso, sottoscrizione dell'emittente)⁵⁸; g) le eventuali garanzie a supporto dell'emissione, complete di identità del garante e ammontare della garanzia; h) l'ammontare del capitale sociale versato ed esistente alla data dell'emissione; i) la denominazione, l'oggetto e la sede dell'emittente; l) l'ufficio del registro al quale l'emittente è iscritto. La dematerializzazione delle cambiali finanziarie, tuttavia, costituisce una mera facoltà (testimoniata dall'«*anche*», presente all'art. 1 bis, comma 1, per. I, l. 43/1994). Qualora detta facoltà sia esercitata, le cambiali finanziarie sono soggette, «*ove compatibili*», alle «*disposizioni contenute nel capo II del titolo II della parte III del testo unico di cui al decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58, e successive modificazioni*» (art. 1-bis, comma 4, l. 43/1994). Le richiamate

⁵⁶ Innovazione recata a quest'ultima norma dall'art. 2, comma 4, lett. a, d.lgs. 18 giugno 2012, n. 91.

⁵⁷ È il caso di ritenere che il firmatario della richiesta debba specificare e documentare i propri poteri di firma, che sono controllati a cura e sotto la responsabilità dell'intermediario, che verifica altresì l'esistenza dei requisiti per procedere all'emissione. La girata delle cambiali dematerializzate può avvenire a cura dell'intermediario, previo ordine di vendita da parte dell'ordinante e di acquisto da parte del nuovo sottoscrittore con le modalità in uso per gli ordini di titoli. Le scritture contabili dell'intermediario certificano il possesso del titolo dematerializzato, l'impegno condizionato al pagamento della somma relativa alle cambiali e i relativi diritti e ogni altro effetto giuridico derivante dall'emissione.

⁵⁸ Trasferendo alle cambiali finanziarie dematerializzate requisiti propri del pagherò cambiario cartaceo, il legislatore sottolinea infatti ulteriormente l'autonomia della presente normativa da quella ordinaria sulle cambiali (dettata dal tuttora vigente r.d. 1669/1933).

norme del t.u.f. dettano la disciplina della gestione accentrata degli strumenti finanziari e si suddividono in: sez. I. (artt. da 83-*bis* ad 83-*duodecies* d.lgs. 58/1998): «*gestione accentrata in regime di dematerializzazione*»; sez. II. (artt. da 84 ad 89 d. lgs. 5/1998): «*gestione accentrata di strumenti finanziari rappresentati da titoli*».

Il richiamo di entrambe le sezioni del capo II del titolo II della parte III del d.lgs. 58/1998 conduce a configurare – per le cambiali finanziarie dematerializzate – un regime tanto di dematerializzazione “forte” (con completa scomparsa della *chartula*), quanto di dematerializzazione “debole” – dove il supporto cartaceo ancora esiste, ma la circolazione dei titoli è scritturale, grazie al loro «*deposito accentrato*» presso la SGA59. Ciononostante l’inciso iniziale dell’art. 1-*bis*, comma 1, per. I, l. n. 43/1994 (che tiene fermo l’art. 83-*bis*, comma 1, t.u.f.) fa propendere per l’applicazione della sola dematerializzazione «forte».

Ne consegue che, in funzione del vaglio di compatibilità, debba ritenersi applicabile l’intero *corpus* delle disposizioni sulla «*gestione accentrata in regime di dematerializzazione*», (parte III, titolo II, capo II, sez. I, t.u.f.). Fanno eccezione esclusivamente le disposizioni in materia di rilascio e gestione delle comunicazioni e certificazioni necessarie per esercitare i diritti dei soci nelle società quotate.

La disciplina della cambiale finanziaria dematerializzata si conclude con la sua esenzione dall’imposta di bollo, fatta salva l’esecutività del titolo (art. 1-*bis*, comma 5, l. 43/1994) 60. Si introduce in tal guisa un’eccezione all’art. 104, comma 1, r.d. 1669/1933, ove si precisa che, ferma restando la validità dei titoli cambiari fiscalmente irregolari, «*essi (...), se non siano stati regolarmente bollati originariamente, o nel tempo prescritto dalla legge, non hanno la qualità di titolo esecutivo*»⁶¹.

⁵⁹ In tal senso v. A. TENCATI, *Evoluzione delle norme sulle cambiali finanziarie*, cit., 10. Sui vari tipi di dematerializzazione cfr. M. CIAN, *Note sui rapporti tra il nuovo diritto societario e il regime di dematerializzazione*, in *Giur. com.*, 2, 2004, 315 ss.; ID., *Dematerializzazione*, in *ED Annali*, II (2), 2008, 313.

⁶⁰ Come osserva A. TENCATI, *Evoluzione delle norme sulle cambiali finanziarie*, cit., 12, l’art. 1-*bis*, comma 5, l. n. 43/1994 ha tolto spazio ad un procedimento artificioso, in guisa da superare gli adempimenti imposti dall’art. 104, 2° co., r.d. 1669/1933. Posto che la norma impedisce al portatore l’esercizio dei “diritti cambiari” finché non proceda alla regolarizzazione dal punto di vista fiscale della cambiale, che però non diventa titolo esecutivo, il portatore stesso poteva recuperare l’«esecutività del titolo» provvedendo a:

a) regolarizzare il bollo, pagando le relative sanzioni pecuniarie;
b) utilizzare la cambiale regolarizzata per ottenere un decreto ingiuntivo, oltretutto provvisoriamente esecutivo *ex lege* (art. 642, comma 1, c.p.c.);
c) procedere ad esecuzione forzata sulla scorte del provvedimento monitorio.

Viceversa, nell’ipotesi in cui la cambiale finanziaria risulti dematerializzata, è possibile procedere immediatamente alla notifica del precetto – precisa l’Autore –, «*disponendo il creditore di un idoneo titolo esecutivo*. La l. 43/1994 riformata, peraltro, nulla dice circa la tutela del debitore. È d’altra parte inutile cercarla nelle norme sulla dematerializzazione degli strumenti finanziari, atteso che le azioni non sono titoli esecutivi, indipendentemente dall’essere cartacee o dematerializzate. Sostenendo l’autonomia delle norme su titoli dematerializzati da quella relativa ai corrispondenti cartacei, non è applicabile l’art. 64 r.d. 1669/1933, sulla sospensione dell’«*esecuzione cambiaria*»».

⁶¹ Così, ancora, A. TENCATI, *Evoluzione delle norme sulle cambiali finanziarie*, cit., 12.

10. Il sistema delle deroghe

Con il comma. 5-*bis* dell'art. 32 si introduce un compiuto sistema di deroghe volto ad integrare il contenuto dell'art. 1 della legge n. 43/1994 per rendere più flessibile la disciplina delineata nel testo novellato.

Ai sensi del nuovo comma 2-*quater* dell'art. 1 l. n. 43/1994, in deroga a quanto previsto dal comma 2-*bis*, lett. *a*, si prevede che le società diverse dalle medie e dalle piccole imprese, come definite dalla citata raccomandazione 2003/361/CE della Commissione europea, possano rinunciare alla nomina dello *sponsor*. In altri termini, le cosiddette «grandi imprese non quotate», potranno decidere autonomamente se avvalersi o meno dell'ausilio di uno *sponsor* nel contesto delle operazioni di emissione di titoli di debito.

In linea con il comma precedente, il successivo comma 2-*quinqies*, introduce, inoltre, la possibilità di derogare al requisito di cui al comma 2-*bis*, lett. *b* (obbligo per lo *sponsor* di mantenere nel proprio portafoglio, fino alla naturale scadenza, una quota dei titoli emessi), qualora l'emissione sia assistita, in misura non inferiore al 25% del valore di emissione, da garanzie prestate da una banca o da un'impresa di investimento, ovvero da un consorzio di garanzia collettiva dei fidi per le cambiali emesse da società aderenti al consorzio.

Infine, il comma 2-*sexies* prevede che per un periodo di diciotto mesi dalla data di entrata in vigore della disposizione di cui al comma 2-*bis*, lett. *c*, si può derogare all'obbligo, ivi previsto, di certificazione del bilancio, qualora l'emissione sia assistita, in misura non inferiore al 50% del valore di emissione delle cambiali, da garanzie prestate da una banca o da un'impresa di investimento, ovvero da un consorzio di garanzia collettiva dei fidi per le cambiali emesse da società aderenti al consorzio. In tal caso la cambiale non può avere durata superiore ai diciotto mesi.

11. Il trattamento fiscale: le modifiche

Le cambiali in questione, per renderne sempre più diffuso l'utilizzo, si intendono esenti – come si è già accennato – dall'imposta di bollo prevista all'art. 6 della tariffa allegata al decreto d.P.R. 26 ottobre 1972, n. 642, ferma restando comunque l'esecutività del titolo.

Il decreto (commi 8, 9, 10) allinea poi il regime fiscale delle obbligazioni e dei titoli simili emessi da società non quotate a quello più favorevole delle società quotate. In particolare, al fine di rendere neutrale la scelta fra diverse tipologie di strumenti di credito (obbligazioni, cambiali finanziarie e prestiti bancari), il trattamento fiscale della cambiale finanziaria è uniformato a quello delle obbligazioni societarie, sotto il profilo dell'accesso alle agevolazioni fiscali in tema di: 1) deducibilità degli interessi; 2) esenzione dall'obbligo di ritenuta.

In merito al primo profilo, si prevede che la disposizione contenuta nell'art. 3, comma 115, della l. n. 549/1995, sulla parziale indeducibilità degli interessi e degli altri proventi corrisposti su obbligazioni e titoli similari (attualmente pari al 20%)⁶², non si applichi nel caso in cui le obbligazioni e le cambiali finanziarie, emesse da società non emittenti strumenti finanziari quotati in mercati regolamentati o in sistemi multilaterali di negoziazione, diverse dalle banche e dalle micro-imprese, siano sottoscritte da investitori qualificati che non siano soci della società emittente. In tal modo si rendono deducibili gli interessi (vale a dire nei limiti del 30% dell'Ebitda risultante dall'ultimo bilancio approvato) su tali titoli uniformando il trattamento fiscale fra emittenti nel caso di titoli sottoscritti da investitori qualificati non soci per evitare abusi e arbitraggi fiscali.

Riguardo invece al secondo profilo, allo scopo di rendere efficiente anche per gli investitori stranieri la possibilità di sottoscrivere le obbligazioni, allineando la nostra normativa a quella dei principali Paesi comunitari, si estende l'esenzione da ritenuta, che il d.lgs. n. 239/1996⁶³ prevede per le obbligazioni emesse dai c.d. "grandi emittenti" (banche e società quotate), anche alle obbligazioni emesse dalle società non emittenti strumenti finanziari quotati in mercati regolamentati o in sistemi multilaterali di negoziazione, diverse dalle banche e dalle micro-imprese, a decorrere dalla data di entrata in vigore della norma in commento⁶⁴.

⁶²L'art. 3, comma 115 t.u.i.r., di cui l'art. 32 del "d.l. Sviluppo" prevede espressamente la disapplicazione al ricorrere di determinate condizioni, consente la deducibilità degli interessi passivi solo a determinate condizioni. In particolare, si prevede che *«gli interessi passivi sono deducibili a condizione che, al momento di emissione, il tasso di rendimento effettivo non sia superiore: a) al doppio del tasso ufficiale di riferimento, per le obbligazioni ed i titoli similari negoziati in mercati regolamentati degli Stati membri dell'Unione europea e degli Stati aderenti all'Accordo sullo Spazio economico europeo, o collocati mediante offerta al pubblico ai sensi della disciplina vigente al momento di emissione; b) al tasso ufficiale di riferimento aumentato di due terzi, delle obbligazioni e dei titoli similari diversi dai precedenti. Qualora il tasso di rendimento effettivo all'emissione superi i limiti di cui al periodo precedente, gli interessi passivi eccedenti l'importo, derivante dall'applicazione dei predetti tassi sono indeducibili dal reddito di impresa»*.

⁶³Invero, già l'art. 5 della proposta A.S. 1670 includeva le cambiali finanziarie tra gli strumenti finanziari ai quali non si applicherebbe, ai sensi dell'art. 1 del d.lgs. n. 239 del 1996 (*"Modificazioni al regime fiscale degli interessi, premi ed altri frutti delle obbligazioni e titoli similari, pubblici e privati"*), la ritenuta alla fonte di cui all'art. 26 del d.P.R. n. 600 del 1973 (*"Disposizioni comuni in materia di accertamento delle imposte sui Redditi"*). Conseguentemente, a tali cambiali finanziarie si sarebbe applicata l'imposta sostitutiva delle imposte sui redditi, secondo quanto previsto dall'art. 2, comma 1, del medesimo d.lgs. n. 239 del 1996. Si ricorda che secondo la disciplina di cui all'art. 26, comma 1, del d.P.R. n. 600 del 1973, i proventi delle cambiali finanziarie sono assoggettati alla ritenuta del 12,5%. Peraltro, se i titoli sono emessi da società o enti, diversi dalle banche, il cui capitale è rappresentato da azioni non negoziate in mercati regolamentati ovvero da quote, si applica l'aliquota agevolata del 12,5 per cento (anziché del 27 per cento) a condizione che al momento dell'emissione, il tasso di rendimento effettivo non sia superiore al doppio del tasso ufficiale di riferimento, per le obbligazioni e i titoli similari negoziati in mercati regolamentati italiani o collocati mediante offerta al pubblico ai sensi della

È stata eliminata, in sede di conversione, la previsione (*ex* comma 12, ora abrogato) con cui si introduceva in capo all'emittente l'obbligo di comunicazione entro trenta giorni all'Agenzia delle entrate dei dati relativi alle emissioni di titoli di debito e similari non negoziati su mercati regolamentati, con finalità di monitoraggio antielusione.

Il comma 13 prevede, infine, la deducibilità fiscale degli oneri per l'emissione delle cambiali finanziarie, delle obbligazioni e dei titoli similari di cui all'art. 1 del d.lgs. n. 239 del 1996, nell'esercizio del quale vengono sostenuti, indipendentemente dal criterio di imputazione a bilancio adottato.

12. *Obbligazioni per Pmi ("minibond")*

L'art. 32, nei commi da 18 a 26, d.l. 83/2012 convertito legittima le società «diverse dalle banche e dalle microimprese»⁶⁵ ad emettere obbligazioni postergate e partecipative. L'istituto non è una novità assoluta per l'ordinamento italiano, perché l'art. 2411 del cod. civ. già disciplina le obbligazioni subordinate e partecipative.

In breve, le novità consistono:

- a) nei soggetti legittimati ad emettere le obbligazioni in esame;
- b) nella scadenza, pari o superiore a 36 mesi;
- c) nella miglior definizione delle condizioni, ricorrendo le quali è consentito prevedere la «subordinazione ad altri creditoris», ovvero la partecipazione ai risultati d'impresa⁶⁶.

disciplina vigente all'atto dell'emissione, ovvero al tasso ufficiale di riferimento aumentato di due terzi, per le obbligazioni e i titoli similari diversi dai precedenti. Tale quadro normativo è stato tuttavia modificato per effetto dell'introduzione, a decorrere dal 1° gennaio 2012, dell'aliquota unica del 20 per cento sui redditi di natura finanziaria prevista dall'art. 2 del d.l. n. 138 del 2011 («*Ulteriori misure urgenti per la stabilizzazione finanziaria e per lo sviluppo*»). In particolare, a decorrere dal 1° gennaio 2012:

b) l'art. 26, comma 1, del d.P.R. n. 600 del 1973, viene modificato prevedendo che sui proventi di obbligazioni, titoli similari e cambiali finanziarie si operi una ritenuta del 20 per cento;

a) alle obbligazioni e titoli similari di cui al citato art. 2, comma 1, del d.lgs. n. 239 del 1996 si applica l'aliquota del 20 per cento (anziché del 12,50 per cento) agli interessi, ai premi e ad ogni altro provento maturati a partire dal 1° gennaio 2012.

⁶⁴ A. SEGRETO e A. CARRATO, *La cambiale*, cit., 732 e 738 s.

⁶⁵ Sono quelle «il cui organico sia inferiore a 10 persone e il cui fatturato o il totale di bilancio annuale non superi 2 milioni di euro»: v. art. 2, comma 3, Allegato alla Raccomandazione della Commissione UE 6 maggio 2003, n. 361/2003/CE, *GUCE*, 20 maggio 2003, L 124.

⁶⁶ La disciplina ora sintetizzata si collega a quella codicistica sulle obbligazioni, sulla quale bisogna, ovviamente, rinviare alla copiosa bibliografia esistente in materia: si vedano, *ex multis*, R. CAVALLO BORGIA, *Delle obbligazioni (artt. 2410 - 2420 ter c.c.)*, in A. SCIALOJA, G. BRANCA e F. GALGANO (a cura di), *Commentario del codice civile - libro V Del lavoro - società*, Bologna - Roma, 2005; A. BARTALENA, *Le nuove obbligazioni*, in *Banca, borsa tit. cred.*, 2005, 548 ss., F. SIGNORELLI, *Azioni, obbligazioni e strumenti finanziari partecipativi*, Milano, 2006, 62 ss.;

L'art. 32 del “d.l. Sviluppo”, oltre a riformulare la disciplina delle cambiali finanziarie, introduce la possibilità per le società non emittenti strumenti finanziari quotati in mercati regolamentati o in sistemi multilaterali di negoziazione, diverse dalle banche e dalle micro-imprese, di emettere obbligazioni “ibride”, in cui siano previste clausole di partecipazione agli utili e/o di subordinazione, purché con scadenza uguale o superiore a trentasei mesi (art. 32, comma 19)⁶⁷.

La clausola di partecipazione regola la parte del corrispettivo che spetta al portatore del titolo, commisurandola al risultato economico dell'impresa. Tali obbligazioni vengono, pertanto, assoggettate alla disciplina del codice civile che le assimila a strumenti di patrimonializzazione, potendo prevedere una remunerazione in parte fissa e in parte variabile (nella forma di remunerazione commisurata al risultato economico dell'esercizio dell'impresa).

La legge, tuttavia, fissa anche un limite alla discrezionalità delle parti, prevedendo che la suddetta somma (parte variabile) sia proporzionata al rapporto tra obbligazioni partecipative in circolazione e capitale sociale, aumentato della riserva legale e delle riserve disponibili risultanti dall'ultimo bilancio approvato (art. 32, comma 21).

Come specificato nel comma 22, le regole di calcolo della parte variabile del corrispettivo sono fissate all'atto dell'emissione, non possono essere modificate per tutta la durata del prestito, sono dipendenti da elementi oggettivi e non possono discendere, in tutto o in parte, da deliberazioni societarie assunte in ciascun esercizio di competenza. Infine, la variabilità del corrispettivo riguarda la remunerazione dell'investimento e non si applica al diritto di rimborso in linea capitale dell'emissione (comma 23).

La parte fissa del corrispettivo riconosciuto al portatore del titolo non può comunque essere inferiore al tasso ufficiale di riferimento *pro tempore* vigente. È prevista, inoltre, una sorta di cedola annuale, che va versata entro 30 giorni dal bilancio

PISANI, *Le obbligazioni*, in *Il nuovo diritto delle società – Liber amicorum Gianfranco Campobasso*, diretto da P. ABBADESSA E G.B. PORTALE, vol. I, Torino, 2007; G. GIANNELLI, *Obbligazioni (strumenti finanziari)*, in *Il diritto - Enciclopedia giuridica*, X, 2007, 221; L. BENVENUTO, *Azioni, obbligazioni e strumenti finanziari*, Torino, 2011; A. TULLIO, *La postergazione*, Padova, 2009.

⁶⁷ Per interessanti spunti di analisi cfr. L. PARRELLA, *Raccolta del risparmio da parte di soggetti diversi dalle banche*, in *Dir. banc. merc. Fin.*, 2006, 1, 87 ss.; N. SALANITRO, *Strumenti di investimento finanziario e sistemi di tutela dei risparmiatori*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2004, I, 553 ss.

Attraverso la clausola partecipativa il titolo consente, quindi, di modulare gli esborsi finanziari in funzione dei risultati d'impresa, favorendo la sostenibilità delle fasi di rapida sviluppo o di ristrutturazione, in cui i flussi di cassa possono essere sotto tensione per investimenti e per ricostituzione dei margini operativi.

La clausola di subordinazione, contenuta nel regolamento del prestito, definisce inoltre i termini di postergazione del portatore del titolo rispetto ai diritti degli altri creditori della società che hanno la precedenza, ad eccezione dei sottoscrittori del solo capitale sociale. In tal modo si rafforza la struttura finanziaria dell'impresa tutelando meglio le ragioni creditorie dei clienti e dei fornitori, nonché dei creditori ordinari e garantiti. Al riguardo il comma 20 dell'art. 32 precisa che «*Alle società emittenti titoli subordinati si applicano le norme di cui all'articolo 2435 del codice civile. Le emissioni di obbligazioni subordinate rientrano tra le emissioni obbligazionarie e ne rispettano i limiti massimi fissati dalla legge*».

Tale richiamo sembra lasciar intendere, tra l'altro, la possibilità di emettere tali strumenti anche sotto forma di titoli obbligazionari convertibili.

Uno dei passi più significativi compiuti dalla riforma del diritto societario del 2003 è stato quello del riconoscimento della legittimità di alcuni tipi speciali di obbligazioni. La riforma ha inteso infatti conferire piena legittimità ad alcune tipologie di obbligazioni le cui caratteristiche mirano nella maggior parte dei casi ad incrementare l'appetibilità di tali titoli agli occhi dei risparmiatori. Se, infatti, le uniche ad essere previste e disciplinate dall'ordinamento erano le obbligazioni convertibili in azioni con procedimento diretto, il legislatore ha colto l'occasione della summenzionata riforma per estendere l'area dei tipi disciplinati (o, meglio, esplicitamente ammessi, considerando che non vengono dettate specifiche regole), così ulteriormente confermando e in certi casi estendendo l'elasticità della fattispecie obbligazionaria.

In sintesi il nuovo art. 2411 del cod. civ. ha recepito le istanze del mercato dei capitali consentendo, in particolare, al primo comma dell'art. 2411 del cod. civ. di riconoscere espressamente la legittimità delle obbligazioni postergate o subordinate, in cui il diritto degli obbligazionisti alla restituzione del capitale ed agli interessi può essere subordinato – parzialmente o integralmente – alla soddisfazione dei diritti di altri creditori della società.

Il secondo comma consente che i tempi e l'entità del pagamento degli interessi possano variare in dipendenza di parametri oggettivi anche relativi all'andamento economico della società⁶⁸.

⁶⁸ Rimangono ancora fuori dall'espresso riconoscimento normativo, e pertanto non regolamentate, le obbligazioni con *warrant* e le obbligazioni convertibili con cosiddetto "procedimento indiretto", attraverso il quale vengono offerte in conversione azioni di società diversa dall'emittente il titolo obbligazionario. Parimenti

Il terzo comma estende l'ambito di applicazione delle norme in tema di obbligazioni anche agli strumenti finanziari che condizionano i tempi e l'entità del rimborso all'andamento economico della società.

La lettura coordinata dei tre commi dell'art. 2411 del cod. civ. porterebbe, peraltro, ad escludere dalla fattispecie obbligazionaria quegli strumenti che prevedono anche la perdita del capitale, posto che il secondo comma di tale articolo sembrerebbe chiarire che il massimo rischio dell'obbligazionista sia quello della perdita della remunerazione⁶⁹. Può darsi che il diritto al rimborso del capitale sia esigibile dopo che siano stati soddisfatti gli altri creditori sociali o alcune categorie di essi o che sia condizionato allo scioglimento della società emittente ma non può mai mancare né può essere reso aleatorio attraverso il condizionamento all'andamento economico della società, dovendosi in tal caso ricondurre la fattispecie a quella non già delle obbligazioni ma degli strumenti finanziari di cui al terzo comma⁷⁰. La *ratio* della disposizione contenuta nel "d.l. Sviluppo" è quella appunto di consentire, tramite la clausola di subordinazione, un rafforzamento del capitale senza intaccare l'equilibrio societario e proprietario, mantenendo la coesione e la determinazione dell'assetto di comando aziendale. Senz'ombra di dubbio si è in presenza di una novità assoluta e soprattutto di uno strumento che potrebbe agevolare molti processi di vera ristrutturazione o di ingresso di capitali "vaganti" di privati in imprese anche di piccola dimensione. Anche per le obbligazioni partecipative subordinate è prevista la presenza di uno *sponsor*: è lecito domandarsi, a tal proposito, a cosa serva se, come ritiene la maggior parte degli osservatori, si tratta di operazioni molto vicine a quelle di *private equity* e per imprese medio-piccole. Venendo ad illustrare le innovazioni in materia di regime tributario, va segnalato che qualora l'emissione con clausole partecipative contempli anche la clausola di subordinazione e comporti il vincolo a non distribuire capitale sociale (se non nei limiti dei dividendi sull'utile d'esercizio) per l'intera durata dell'emissione, la parte variabile del corrispettivo costituisce oggetto di specifico accantonamento per onere nel conto dei profitti e delle perdite della società emittente (trattasi pertanto un costo) e, ai fini dell'applicazione delle imposte sui redditi (Ires), è computata in diminuzione del reddito dell'esercizio di competenza, in deroga all'art. 109, comma 1, lett. a, del t.u.i.r. Dunque, ad ogni effetto di legge gli utili netti annuali si considerano depurati da detta somma. La parte variabile del corrispettivo, inoltre, non è soggetta alle norme in materia di usura.

sono state escluse dalla riforma e non disciplinate, nonostante la loro diffusione, le obbligazioni *reverse convertible*, le obbligazioni a premio, le obbligazioni in valuta estera, le obbligazioni irredimibili o *perpetual notes*. Salvo ricomprenderle nel terzo comma dell'art. 2411; si veda sul punto R. CAVALLO BORGIA, *cit.*, 78 ss.

⁶⁹ Cfr. F. SIGNORELLI, *Azioni, obbligazioni e strumenti finanziari partecipativi*, Milano, 2006, 62.

⁷⁰ Cfr. A. BARTALENA, *Le nuove obbligazioni*, *cit.*, 548.

13. *Il superamento dei limiti di cui all'articolo 2412 del cod. civ.*

L'art. 32, comma 26, del “d.l. Sviluppo” sostituisce il comma 5 dell'art. 2412 c.c. con il seguente: «*I commi primo e secondo non si applicano alle emissioni di obbligazioni destinate ad essere quotate in mercati regolamentati o in sistemi multilaterali di negoziazione ovvero di obbligazioni che danno il diritto di acquisire ovvero di sottoscrivere azioni*».

L'art. 2412 del cod. civ. prevede che le società possano emettere obbligazioni al portatore o nominative per una somma complessivamente non eccedente il doppio del capitale sociale, della riserva legale e delle risorse disponibili risultanti dall'ultimo bilancio approvato (comma 1)⁷¹.

La disciplina sancisce l'applicazione dei limiti previsti dal codice civile alle emissioni di ogni tipo di strumento finanziario di raccolta, con l'obiettivo di evitare elusioni derivanti da una diversa qualificazione giuridica degli strumenti utilizzati.

Il limite *debt-to-equity* può essere superato se le obbligazioni emesse in eccedenza sono destinate alla sottoscrizione da parte di investitori professionali soggetti a vigilanza prudenziale a norma delle leggi speciali, fermo restando che, in caso di successiva circolazione delle obbligazioni, chi le trasferisce risponde della solvenza della società nei confronti degli acquirenti che non siano investitori professionali.

Il comma 5 dello stesso art. 2412 del cod. civ., prima della modifica apportata dal “d.l. Sviluppo”, stabiliva l'inapplicabilità dei commi 1 e 2, sopra riportati, alle sole società emittenti obbligazioni con azioni quotate in mercati regolamentati, limitatamente alle obbligazioni destinate ad essere quotate negli stessi o in altri mercati regolamentati, con la conseguenza che i suddetti limiti trovavano applicazione per quelle società che, pur emettendo obbligazioni destinate ad essere negoziate nei mercati regolamentati, non erano quotate⁷².

⁷¹ Secondo la medesima impostazione, per le società a responsabilità limitata e le cooperative alle quali si applicano le norme sulle società a responsabilità limitata, le emissioni di strumenti finanziari di raccolta sono consentite in osservanza di quanto previsto rispettivamente dagli artt. 2483 (“*sottoscrizione da parte di investitori professionali soggetti a vigilanza prudenziale*”) e 2526 (“*sottoscrizione da parte di investitori qualificati degli strumenti privi di diritti amministrativi*”) del cod. civ. L'emissione di strumenti finanziari si pone come spazio aperto offerto alle società cooperative, in modo tale da integrare significativamente il sistema delle loro fonti di finanziamento. Per un'interessante analisi ricostruttiva della normativa *de qua* si rinvia a G. GRECO, *L'emissione di cambiali finanziarie da parte di società a responsabilità limitata alla luce del nuovo art. 2483 c.c. e delle nuove disposizioni attuative dell'art. 11 del testo unico bancario*, cit., 115 ss.

⁷² Il legislatore aveva, dunque, mantenuto l'espressione “destinate ad essere quotate”, sebbene ritenuta formula di incerta applicazione, che rilevava, peraltro, già nella precedente versione dell'art. 2412 cod. civ. Al riguardo la

14. *Osservazioni conclusive*

In conclusione, le novità introdotte dal “d.l. Sviluppo” ampliano il mercato dei titoli a medio termine che possono essere emessi dalle imprese e soprattutto da quelle piccole e medie, garantisce la tutela del sottoscrittore, data la natura di titolo esecutivo della cambiale finanziaria, riduce il costo dell’indebitamento delle imprese, fornisce agli investitori istituzionali uno strumento per far confluire il risparmio alle piccole e medie imprese ed, infine, incentiva la capitalizzazione delle imprese, soprattutto medio/piccole, per il fatto che l’emissione di cambiali finanziarie è correlata al valore del capitale sociale.

La strada intrapresa sembra, pertanto, essere quella giusta, sebbene si rinvercano alcuni elementi che ancora una volta potrebbero limitare il successo della nuova disciplina.

Il primo riguarda gli strumenti coinvolti: il “d.l. Sviluppo” individua cambiali finanziarie, bond e obbligazioni partecipative subordinate. La differenza tra i primi due è la durata. Le cambiali vanno da 1 a 36 mesi, le obbligazioni fino a 60 mesi, mentre quelle partecipative oltre i 60 mesi, con la possibilità di riconoscere una remunerazione dello strumento composta da interesse e partecipazione ai risultati di impresa. È necessario capire se l’esecutività dei titoli, esplicitata per le cambiali, sia estesa anche agli altri strumenti.

Poi c’è lo *sponsor* che «*deve assistere la società nella procedura di emissione dei titoli*», e mantenere in portafoglio determinate quote dell’emissione sino a scadenza. L’esistenza di uno *sponsor*, l’esigenza che questi «*assicuri la liquidabilità dei titoli...*», la necessità che emetta semestralmente dei “pareri”, sembrano preludere all’apertura di un mercato secondario ancora da inventare.

La disciplina dell’emissione, che sembra poco adatta non solo alle imprese di piccole dimensioni, ma anche a quelle di medie dimensioni che sono i reali potenziali utilizzatori di tali titoli, desta alcune perplessità. Non si condivide, in particolare, l’introduzione dell’obbligo di *sponsor* per le emissioni di cambiali finanziarie e obbligazioni; si ritiene, al riguardo, che la scelta di prevedere in via obbligatoria la presenza dello *sponsor*:

1) non sia di reale utilità per gli emittenti e per gli investitori, posto che la decisione di avvalersi di un intermediario dovrebbe restare in capo all’impresa;

dottrina aveva osservato che «*l’ammissione a quotazione non costituisce condizione imprescindibile e preliminare al fine di avvalersi della deroga, ma può intervenire successivamente alla delibera di emissione, ed eventualmente anche dopo la data di emissione*» (così A. GIANNELLI, *Sub art. 2412 cod. civ., Commentario alla riforma delle società*, diretto da P.G. MARCHETTI, A. BIANCHI, F. GHEZZI e M. NOTARI, Milano, 2008, 117). Secondo l’Autore, risulterebbe «*necessario che, al momento della delibera di emissione, la quotazione costituisca per la società elemento essenziale del prestito obbligazionario (e ciò risulti espressamente dalla delibera stessa) e che la società si sia adoperata diligentemente per fare tutto quanto in suo potere al fine di ottenerla*».

2) aumenta in modo consistente, anche per via degli oneri che tale soggetto deve assumere, i costi di emissione e quindi riduce la convenienza al ricorso a strumenti alternativi al canale bancario, penalizzando proprio le Pmi che hanno maggiori difficoltà di accesso al credito;

3) è immotivata considerato anche il fatto la circolazione dei titoli è limitata agli investitori qualificati.

La dematerializzazione “forte” dei documenti è un fattore che sicuramente abbatta i costi legati alla loro emissione e circolazione. Resta ora da vedere se l’eliminazione del supporto cartaceo, unitamente alle altre disposizioni illustrate nel presente lavoro, darà effettivamente una mano alla diffusione delle cambiali finanziarie.

Con le modifiche all’art. 8 del decreto viene ora precisato che la deducibilità degli interessi è estesa alle obbligazioni e alle cambiali finanziarie emesse da società non quotate (*«non emittenti strumenti finanziari rappresentativi del capitale di debito»*).

Sembrirebbe, peraltro esclusa l’applicabilità alle società non quotate, ma aventi obbligazioni o altri strumenti finanziari quotati, della disciplina dettata dal “d.l. Sviluppo” (e confermata dalla *Legge di Conversione*) in materia di clausole di partecipazione agli utili e di subordinazione. Tale disciplina sembra, infatti, letteralmente applicabile unicamente alle società “non emittenti strumenti finanziari quotati in mercati regolamentati o in sistemi multilaterali di negoziazione (art. 19 “d.l. Sviluppo”).

In queste battute conclusive ci si è limitati a sollevare alcuni dubbi e a proporre spunti di riflessione; sicuramente la discussione su questi ed altri profili è ancora in atto alla ricerca delle soluzioni migliori, ma la delicatezza del tema non permette errori o incertezze. Sia ben chiaro: non esiste uno strumento finanziario privo di rischi. La sua efficacia è legata alla possibilità di esporre gli investitori a rischi calcolati, coniugata a economicità e liquidità.

Liberalità indirette e tutela dei legittimari: i limiti dell'azione di riduzione

di Rocco Cimmino

ABSTRACT

The principle of "legitimate in nature" can not operate in the field of indirect donations. The action of reduction does not exert its normal function of recovering and, therefore, does not call into question the ownership of donated goods: the acquisition in favor of the damaged forced heir involves the only equivalent in money.

SOMMARIO: 1. La provenienza donativa. – 2. Le donazioni indirette. L'intestazione di bene in nome altrui. – 2.1. L'individuazione dell'oggetto. – 3. La circolazione degli immobili oggetto di liberalità indirette. Il problema dell'esperibilità dell'azione di restituzione. – 3.1. La posizione della dottrina. La (non divisibile) assimilazione sul piano circolatorio. – 4. L'incompatibilità tra donazioni indirette e "tutela reale" dei legittimari. – 4.1. Le Sezioni Unite del '92: collazione e riduzione. – 4.2. Buona fede e certezza dei traffici giuridici. – 4.3. La Cassazione 12 maggio 2010, n. 11496. Conclusioni. – 5. Spunti di riflessione e prospettive future. Il contratto di donazione: specie a rischio di estinzione.

1. La provenienza donativa.

Sono noti i problemi legati alla provenienza donativa. In particolare la pratica commerciale evidenzia le difficoltà di accesso al credito bancario e gli ostacoli connessi all'alienazione successiva del bene donato: difficilmente un istituto di credito reputa sufficiente una garanzia ipotecaria, iscritta su un immobile di provenienza donativa; allo stesso modo il donatario incontra numerosi ostacoli nell'alienazione o costituzione di diritti reali di godimento sul cespite donato¹. Nell'uno, come nell'altro caso, le ragioni di tale diffidenza vanno rinvenute nell'aleatorietà che caratterizza la provenienza donativa, considerati i rischi cui è di fatto esposto il beneficiario della donazione, alla luce della retroattività reale dell'azione di riduzione; una retroattività in grado di travolgere i diritti degli aventi causa dal beneficiario dell'attribuzione lesiva².

¹ Per i rischi connessi all'azione di riduzione e i suoi riflessi nei confronti dell'avente causa dal donatario cfr. F. MAGLIULO, *L'acquisto dal donatario tra rischi ed esigenze di tutela*, in *Notariato*, 2002, 1, 93 ss. La difficoltà di accedere al credito bancario per chi offre in garanzia immobili ricevuti in donazione, o acquistati da un donatario, è segnalata, tra gli altri, da F. GALGANO, *Trattato di diritto civile*, I, Padova, 2009, 705.

² Per tutti L. MENGONI, *Successioni per causa di morte. Parte speciale, Successione necessaria*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da A. CICU e F. MESSINEO, continuato da L. MENGONI, XLIII, tomo 2, Milano, 2000, 225

Più discusso è il rapporto tra liberalità indirette e tutela (reale) dei legittimari. Si tratta di verificare l'applicabilità alle liberalità non donative dei rimedi recuperatori propri della donazione contrattuale (artt. 560 ss.). In modo particolare ci si chiede se anche l'acquirente di un bene proveniente da una donazione indiretta sia esposto al rischio dell'azione di restituzione; circostanza che renderebbe, anche in questo caso, estremamente difficile l'accesso al credito bancario, nonché la successiva circolazione dell'immobile in tal modo acquistato.

2. Le donazioni indirette. L'intestazione di bene in nome altrui.

Il fenomeno delle liberalità, pur trovando la sua configurazione tipica nel contratto di donazione di cui agli artt. 769 ss. c.c., non si esaurisce in esso, ma si concretizza in una molteplicità di strumenti giuridici. Il codice civile non fornisce una nozione univoca delle liberalità indirette; l'art. 809 c.c. si preoccupa solo di sottrarle (implicitamente) alla necessità della forma richiesta per le donazioni contrattuali e di sottoporle, invece, alla revoca per ingratitude e sopravvenienza dei figli e alle norme relative alla riduzione. La carenza del dato normativo lascia alla dottrina l'arduo compito definitorio e di inquadramento dogmatico della fattispecie.

Si tratta, a ben vedere, di atti dalla natura più diversa, negoziale o meno, idonei a raggiungere l'effetto economico della liberalità, a prescindere dal mezzo giuridico impiegato per conseguirlo³. Parlando, infatti, il citato art. 809 c.c., di liberalità risultanti da atti diversi da quelli previsti dall'art. 769, è intuitivo che in esse siano ricomprese, non solo le liberalità che derivano da un altro negozio giuridico⁴, diverso dal contratto di donazione, ma anche quelle risultanti da atti materiali, compiuti con l'intento di arricchire un determinato soggetto⁵.

ss. Fra gli aventi causa dal donatario, nei cui confronti è possibile esperire l'azione di restituzione, vi sono anche i terzi aggiudicatari o assegnatari del bene in base ad un provvedimento di vendita o assegnazione forzata, promosso dai creditori del donatario: in tal senso la Cass. 5 dicembre 1968, n. 3896, in *Foro it.*, 1969, I, 896.

³ U. CARNEVALI, *Le donazioni*, in *Trattato Rescigno*, Torino, 1982, 533.

⁴ Si pensi, solo a titolo esemplificativo, alla remissione del debito e alle rinunzie più in generale, al *negotium mixtum cum donatione*, alla divisione in parti diseguali, a delegazione, espromissione e accollo, al mandato senza rappresentanza, alla vendita a prezzo vile.

Per una disamina approfondita e puntuale dei diversi schemi giuridici normalmente utilizzati in alternativa alla donazione, per realizzare indirettamente il fine liberale, si veda G. IACCARINO, *Liberalità indirette. Enunciazione dell'intento liberale quale metodologia operativa*, Milano, 2011, 45 ss.; nonché N. DI MAURO, *Individuazione dell'oggetto della liberalità in alcune fattispecie particolari*, nota a Cass. 31 gennaio 1989, n. 596, in *Riv. not.*, 1989, 1164 ss.

⁵ F. MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, vol. 4, Milano, 1954, 22 ss.; U. CARNEVALI, *Sull'azione di riduzione delle donazioni indirette che hanno leso la quota di legittima*, in *Scritti in onore di Luigi Mengoni*, Milano, 1995, 135; V. R. CASULLI, *Donazioni indirette e rinunzie ad eredità e legati*, Roma, 1950, 102, il quale annovera tra le liberalità indirette atti materiali come la *satio*, la *plantatio*, la *inaedificatio* su fondo altrui, compiuti con l'intento di

L'ipotesi di gran lunga più frequente è la c.d. intestazione di beni in nome altrui; figura riscontrabile tutte le volte in cui una parte (normalmente uno dei genitori) fornisce il denaro necessario per l'acquisto di un bene immobile, direttamente in capo al soggetto che in tal modo si intende beneficiare (normalmente il figlio). Si tratta, a ben vedere, di un fenomeno molto eterogeneo, idoneo a ricomprendere sia le ipotesi nelle quali il donante abbia partecipato in qualche modo al procedimento formativo del contratto, come nel caso della stipulazione in favore di terzo⁶ o dell'adempimento del terzo⁷, sia le ipotesi nelle quali ne sia rimasto totalmente estraneo limitandosi a fornire al donatario la provvista necessaria all'acquisto.

Ad ogni modo la funzione liberale, attuata per mezzo dell'intestazione in nome altrui, si configura come il risultato di un'operazione articolata, mentre i singoli rapporti che la compongono si sostanziano in figure negoziali tra loro distinte, ciascuna dotata di una propria causa e soggetta alla propria disciplina⁸.

2.1. *L'individuazione dell'oggetto.*

L'esame delle problematiche connesse alla circolazione dei beni provenienti da liberalità non donative presuppone un doveroso, seppur breve, *excursus* sull'individuazione dell'oggetto delle donazioni indirette.

Per lungo tempo la giurisprudenza di legittimità, sulla scorta di autorevole dottrina⁹, ha ritenuto che l'oggetto della donazione indiretta fosse la somma di denaro versata dal beneficiante, sostenendo che l'arricchimento del beneficiario andasse individuato nel mancato pagamento del corrispettivo per l'acquisto del bene, e non già nel bene medesimo.

beneficiare. Contra: F. BOCCHINI – E. QUADRI, *Diritto privato*, Torino, 2011, 1179, secondo cui soltanto un atto volontario finalizzato all'arricchimento del beneficiario può assumere la qualifica di donazione indiretta.

⁶ È il caso del genitore che conclude, in qualità di stipulante, il contratto di compravendita, determinando, ex art. 1411 c.c., la produzione dell'effetto traslativo direttamente in capo al figlio donatario indiretto.

⁷ Si pensi all'atto di compravendita, stipulato direttamente dal figlio, cui si accompagna la dazione da parte del genitore, *animo donandi*, del denaro necessario per l'acquisto. La fattispecie integra una liberalità indiretta realizzata attraverso un contratto a prestazioni corrispettive in cui risulta obbligato il donatario nella sua qualità di acquirente.

⁸ In tal senso B. BIONDI, *Le donazioni*, in *Trattato di diritto civile italiano*, diretto da F. VASSALLI, XII, 4, Torino, 1961, 985. Per l'intestazione di beni in nome altrui si vedano: U. CARNEVALI, voce *Intestazione di beni sotto nome altrui*, in *Enc. giur. Treccani*, XVII, Roma, 1996, 1 ss.; A. PALAZZO, *Le donazioni indirette*, in *I grandi temi. La donazione*, diretto da G. BONILINI, Torino, 2001, 72 ss.; N. DI MAURO, *L'individuazione dell'oggetto della liberalità ai fini della riunione fittizia, dell'imputazione ex se e della collazione in alcune fattispecie particolari*, in *Giust. civ.*, 1993, II, 175 ss.; F. ALCARO, *Le donazioni indirette*, in *Vita not.*, 2001, 2, 1069; G. ROMANO, *La ridicibilità delle liberalità non donative tra esigenze dommatiche e coerenza sistematica*, in AA. VV., *Liberalità non donative e attività notarile. I quaderni della fondazione italiana per il Notariato*, 2008, 37 ss.

⁹ G. AZZARITI, *Le successioni e le donazioni. Libro secondo del codice civile*, Padova, 1982, 715; A. TORRENTE, *La donazione*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da A. CICU e F. MESSINEO, Milano, 1956, 73 ss.; P. FORCHIELLI, *Immobile acquistato dal discendente con danaro del de cuius e collazione*, in *Riv. dir. civ.*, 1958, II, 141; A. PALAZZO, *Le donazioni indirette*, in *I grandi temi. La donazione*, cit., 74.

Tali conclusioni si facevano discendere, tra l'altro, dall'art. 1923, comma 2, c.c.; norma che assoggetta alla disciplina dell'imputazione, della collazione e della riduzione quanto esce dal patrimonio dell'assicurato¹⁰.

La tesi opposta, che individua nell'immobile l'oggetto della liberalità, argomenta dal disposto dell'art. 737 c.c. che fa obbligo ai donatari di "conferire ai coeredi tutto ciò che hanno ricevuto dal defunto per donazione direttamente e indirettamente"¹¹.

A ben vedere entrambe le ricostruzioni esposte non sono esenti da critiche. In primo luogo si rileva che l'art. 1923 è una norma di carattere eccezionale che, pertanto, non può costituire espressione di un principio generale; inoltre l'avverbio "indirettamente", utilizzato nell'art. 737 c.c., sembra riferirsi non già all'oggetto della liberalità, quanto piuttosto alla sua modalità attuativa¹².

Il dibattito dottrinale e giurisprudenziale si è sopito agli inizi degli anni novanta quando la Cassazione a Sezioni Unite, pronunciandosi sul tema, ha individuato nell'immobile l'oggetto della donazione indiretta ai fini della collazione¹³.

¹⁰ Cass. 11 maggio 1973, n. 1255, in *Mass. Giur. it.*, 1973, 446; Cass. 19 marzo 1980, n. 1851, in *Riv. not.*, 1980, 932; Cass. 15 dicembre 1984, n. 6581, in *Riv. not.*, 1985, 724.

¹¹ Fa espresso riferimento all'art. 737 c.c. V. R. CASULLI, *Donazioni indirette e rinunzie ad eredità e legati*, cit., 105; sottolinea, invece, la centralità dell'interesse a donare dello stipulante A. PALAZZO, *Le donazioni*, in *Il codice civile commentario*, diretto da P. SCHLESINGER, Milano, 1991, 45, 47 e 562. In giurisprudenza Cass. 31 gennaio 1989, n. 596, *Mass. Giust. civ.*, 1989, 157, nonché in *Riv. not.*, 1989, 1163 ss., con nota di N. DI MAURO, *Individuazione dell'oggetto della liberalità in alcune fattispecie particolari*; Cass. 6 maggio 1991, n. 4986, in *Mass. Giust. civ.*, 1991, 635.

¹² L. FERRI, *Dei legittimari. Libro secondo: Successioni, Artt. 536-564*, in *Commentario del codice civile*, a cura di A. Scialoja - G. Branca, Bologna-Roma, 1981, 169 ss.; A. PALAZZO, *Le donazioni*, cit., 45; A. TORRENTE, *La donazione*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, già diretto da A. CICU, F. MESSINEO e L. MENGONI, continuato da P. SCHLESINGER, II ed. aggiornata da U. CARNEVALE e A. MORA, Milano, XXXII, 2006, 88. Sulla portata dell'art. 1923 cfr. anche L. MENGONI, *Successioni per causa di morte. Parte speciale, Successione necessaria*, cit., 201.

¹³ Cass., SS. UU., 5 agosto 1992, n. 9282, in *Foro it.*, 1993, 5, I, 1544, con nota di C. DE LORENZO, in *Vita not.*, 1993, 1, I, 261, in *La nuova giur. civ. comm.*, 1993, 3, I, 373, con nota di F. REGINE, in *Riv. not.*, 1993, 1, II, 144, in *Rass. dir. civ.*, 1994, 3, 613, con nota di V. M. CESARO, nonché in *Giust. civ.*, 1992, I, 2991, con nota di F. AZZARITI: «Nell'ipotesi di acquisto di un immobile con danaro proprio del disponente e di intestazione dello stesso bene ad un altro soggetto, che il disponente ha inteso in tal modo beneficiare, costituendo la vendita mero strumento formale di trasferimento della proprietà del bene per l'attuazione di un complesso procedimento di arricchimento del destinatario del detto trasferimento, si ha donazione indiretta non già del denaro ma dell'immobile, poiché, secondo la volontà del disponente, alla quale aderisce il donatario, di quest'ultimo bene viene arricchito il patrimonio del beneficiario. Conseguentemente il conferimento, ai sensi dell'art. 737 c.c., avrà ad oggetto l'immobile e non il denaro impiegato per l'acquisto». Nella stessa direzione: Cass. 31 gennaio 1989, n. 596, cit.; Cass. 6 maggio 1991, n. 4986, cit.; Cass. 29 maggio 1998, n. 5310, in *Mass. Giust. civ.*, 1998, 1164; Cass. 22 settembre 2000, n. 12563, in *Mass. Giust. civ.*, 2000, 1982, secondo la quale «Nell'ipotesi di acquisto di un immobile con danaro proprio del disponente ed intestazione ad altro soggetto che il disponente intende in tal modo beneficiare, l'atto integra una donazione indiretta del bene stesso costituendo strumento formale per il trasferimento del bene ed il corrispondente arricchimento del patrimonio del destinatario»; ancora Cass. 6 novembre 2008, n. 26746, *Mass. Giust. civ.*, 2008, 1585. Per un ulteriore approfondimento dell'evoluzione giurisprudenziale sul tema si rinvia a: G. IACCARINO, *Liberalità indirette. Enunciazione dell'intento liberale quale metodologia operativa*, cit., 34 ss.; G. MANSI, *Le donazioni indirette tra tutela dei legittimari e certezza dei traffici giuridici*, in *Contratto e impresa*, 2012, 1, 171. In dottrina tra tutti: L. MENGONI, *Successioni per causa di morte. Parte speciale, Successione necessaria*, cit., 207 ss.

I giudici di legittimità, abbandonando un'impostazione meramente formalistica, pongono l'accento sulla caratterizzazione finalistica dello spirito di liberalità: non rileva né l'oggetto del depauperamento né l'oggetto dell'arricchimento; occorre guardare al risultato economico dell'operazione. Laddove vi sia un nesso teleologico tra la dazione del denaro e l'acquisto del bene, l'oggetto della liberalità indiretta non può che essere l'immobile: il depauperamento del donante è strumentale all'acquisto immobiliare, autentica finalità perseguita dalle parti.

Stando alla ricostruzione della Suprema Corte, sia che il beneficiario acquisti il bene in prima persona, utilizzando la provvista messa a sua disposizione dal beneficiante, sia che il beneficiante intervenga direttamente in atto, attraverso strumenti come l'adempimento del terzo o il contratto a favore di terzo, la donazione posta in essere secondo queste modalità ha ad oggetto l'immobile, ed è su questo che ricadranno gli effetti delle azioni collegate all'attuazione di una liberalità indiretta¹⁴.

Giova precisare, sin da subito, che nelle pronunce al vaglio la Cassazione pone l'accento sull'immobile, quale oggetto della donazione indiretta, ai soli fini della collazione, nulla dicendo invece rispetto agli effetti dell'azione di riduzione.

3. La circolazione degli immobili oggetto di liberalità indirette. Il problema dell'esperibilità dell'azione di restituzione.

Un primo spunto di riflessione è fornito proprio dalla pronuncia a Sezioni Unite del 1992 che individua, in linea di principio, nell'immobile l'oggetto delle liberalità indirette. Resta da chiarire se da tale presupposto ricostruttivo discenda *de plano* l'applicazione di tutti i rimedi di tutela dei legittimari lesi; un dubbio che deve la sua genesi alla carenza del dato normativo. L'art. 809, comma 1, c.c. assoggetta le liberalità, risultanti da atti diversi da quelli previsti dall'art. 769, alle stesse norme che regolano la revocazione delle donazioni per causa d'ingratitude e per sopravvenienza di figli, nonché a quelle sulla riduzione delle donazioni per integrare la quota dovuta ai legittimari. Proprio quest'ultimo inciso suscita le maggiori perplessità, lasciando all'interprete il compito di definire l'ambito del rinvio normativo e le condizioni della sua operatività.

Un ruolo decisivo nell'economia complessiva dell'indagine spetta alla struttura e alla ricostruzione causale delle liberalità atipiche. Il fenomeno è riconducibile al *genus* dei negozi indiretti; il più delle volte le liberalità non donative sono il frutto di una sequenza di negozi giuridici, di comportamenti non negoziali, ovvero di una serie mista di atti negoziali e non. La stessa intestazione di beni in nome altrui si concretizza, normalmente, in un collegamento negoziale, idoneo a perseguire l'intento liberale. I singoli congegni causali passano in

¹⁴ G. MANSI, *Le donazioni indirette tra tutela dei legittimari e certezza dei traffici giuridici*, cit., 172.

secondo piano rispetto a ciò che per le parti rappresenta il fine ultimo: l'arricchimento del beneficiario indiretto¹⁵.

La causa in concreto costituisce il risultato finale voluto dalle parti, strumentale alla piena realizzazione del loro assetto d'interessi. La ricostruzione della funzione causale in termini di sintesi degli interessi reali che il contratto stesso è diretto a realizzare, al di là del "tipo" impiegato, è utile nell'individuazione dell'obiettivo effettivamente perseguito dai contraenti¹⁶.

3.1. La posizione della dottrina. La (non divisibile) assimilazione sul piano circolatorio.

Il tenore letterale dell'art. 809 c.c. sembra sancire una perfetta identità tra l'azione di riduzione proposta contro una donazione contrattuale e l'azione di riduzione proposta contro una donazione indiretta, assoggettando entrambe agli stessi rimedi recuperatori. Partendo dal dato normativo, un'autorevole dottrina estende alle liberalità indirette tutte quelle norme sostanziali (o materiali) della donazione tipica che prescindono dal mezzo impiegato, avendo di mira esclusivamente il comune effetto donativo (revocazione, collazione, riduzione)¹⁷.

La sostanziale identità di effetti economici induce parte della dottrina a ravvisare nell'art. 809 un principio di portata generale, consistente nella piena equiparazione delle liberalità dirette e indirette sotto il profilo della disciplina applicabile. Il dogma dell'autonomia privata consente alle parti di predisporre liberamente le donazioni atipiche; il limite è rappresentato dalle c.d. norme materiali, che non hanno riguardo al mezzo adoperato, ma al fine perseguito, e cioè alla tutela di interessi che il legislatore considera prioritari, tali da subordinare ad essi l'efficacia stessa del principio di autonomia. Tra queste vi sono, senz'altro, le norme sulla riduzione delle donazioni, di cui agli artt. 560 ss. del codice civile: esse sono rivolte a garantire le prerogative dei legittimari, destinatari di una tutela prioritaria

¹⁵ In tal senso G. IACCARINO, *Liberalità indirette. Enunciazione dell'intento liberale quale metodologia operativa*, cit., 121 ss., dove l'A. affronta specificamente il tema della struttura e della causa concreta delle liberalità indirette. Il tema, con particolare riferimento all'incidenza che lo spirito di liberalità può avere sulla ricostruzione causale delle liberalità indirette, è approfondito da F. ALCARO, *Le donazioni indirette*, cit., 1061 ss.

¹⁶ Per la differenza tra "tipo" e "causa" si rinvia a E. BRIGANTI, *Causa del contratto*, in *Percorsi di diritto privato*, Torino, 1994, 3 ss. Queste considerazioni, lungi dall'essere un mero esercizio dogmatico, hanno importanti riflessi operativi: il riferimento è al tema dell'*expressio causae*.

¹⁷ A. TORRENTE, *La donazione*, cit., 63 ss.; V. R. CASULLI, *Donazioni indirette e rinunzie ad eredità e legati*, cit., 106 ss.; G. BARALIS, *Riflessioni sull'atto di opposizione alla donazione a seguito della modifica dell'art. 563 c.c.*, in *Riv. not.*, 2006, 286 ss.; L. FERRI e P. ZANELLI, *Della trascrizione, Artt. 2643-2696*, in *Commentario del codice civile*, a cura di A. SCIALOJA - G. BRANCA, Bologna-Roma, 1995, 351, nota 3, ove si sottolinea come l'art. 809 c.c. *de plano* assoggetti alla disciplina delle riduzioni le liberalità indirette, senza introdurre correttivi a favore dei terzi.

ed inderogabile¹⁸. Il risultato è l'applicazione *tout court*, alle liberalità diverse dalla donazione, di congegni quali la riduzione e la restituzione.

Questa applicazione generalizzata dell'art. 809 deriva, probabilmente, anche da un'interpretazione estensiva della sentenza n. 9282 del 1992. La pronuncia ha, senz'altro, il merito di definire la problematica relativa all'individuazione dell'oggetto delle liberalità indirette, valorizzando – ai fini della collazione – l'immobile, attraverso una lettura teleologica della complessa operazione.

La tendenza, però, è stata quella di leggere tale sentenza come la definizione generale dell'oggetto delle liberalità non donative, idonea a guidarne l'applicazione dell'intera disciplina, a partire proprio dalle azioni di riduzione e restituzione. Così facendo è stato identificato nel cespite, pervenuto al beneficiario, l'oggetto contro cui dirigere gli strumenti recuperatori previsti dagli artt. 560 ss.

Ferma restando, per opinione unanime, l'applicabilità alle liberalità non donative dell'azione di riduzione, secondo la ricostruzione in esame la reintegrazione della quota di riserva deve effettuarsi in natura, sulla frazione dell'immobile che il *de cuius* ha inteso donare, anche quando la lesione dipenda da una donazione indiretta 19.

Le ricadute sulla stabilità dei traffici giuridici sono evidenti e preoccupanti. Riconoscendo un valore ultroneo alle Sezioni Unite del '92, con la conseguente assimilazione delle liberalità dirette e indirette sul piano della tutela dei legittimari, si giunge all'assurdo di esporre il donatario indiretto ed il suo avente causa agli effetti pregiudizievoli dell'azione di restituzione²⁰. Né la riforma degli artt. 561 e 563 c.c., operata dalla legge 14 maggio 2005, n. 80, è in grado di conferire adeguata stabilità alla circolazione immobiliare: solo decorsi venti anni dalla trascrizione della donazione al legittimario viene impedito di aggredire il terzo acquirente; termine che può essere agevolmente vanificato attraverso l'atto di opposizione stragiudiziale (art. 563, comma 4, c.c.).

¹⁸ In tal senso A. TORRENTE, *La donazione*, cit., 66.

¹⁹ Cfr. Trib. Lucca 13 gennaio 2005, in *Giur. merito*, 2005, 1531, con nota di G. TEDESCO, *Sulla riduzione di liberalità elargite mediante negotium mixtum cum donatione*, secondo cui: «Se, mediante 'negotium mixtum cum donatione', il *de cuius* abbia venduto ad un suo discendente l'unico immobile compreso nel suo patrimonio ad un prezzo molto inferiore al valore reale, la riduzione in favore dei legittimari lesi da tale negozio non si opera sulla quantità di denaro risparmiato dal discendente che ne è stato acquirente, ma sulla frazione dell'immobile che il *de cuius* intese non vendergli, ma donargli, fermo il riconoscimento del controvalore monetario della quota reintegrata qualora l'immobile non consenta di separare in natura la porzione che compete al legittimario per l'integrazione della riserva».

²⁰ G. BARALIS, *Riflessioni sull'atto di opposizione alla donazione a seguito della modifica dell'art. 563 c.c.*, cit., 286 ss. L'A. risolve il conflitto tra le esigenze di speditezza e sicurezza dei traffici giuridici e le ragioni dei legittimari in favore di queste ultime, affermando l'assoluta irrilevanza della buona fede del terzo acquirente dal donatario indiretto.

Tutto ciò pone l'operatore dinanzi a "scelte obbligate", nel tentativo di assicurare una maggiore stabilità dei traffici giuridici; da qui l'incertezza della prassi notarile a fare emergere l'intento liberale nelle operazioni negoziali che integrano donazioni indirette²¹, e l'opportunità di ricorrere, anche in questi casi, a strumenti negoziali volti a rafforzare la posizione del terzo acquirente²².

4. *L'incompatibilità tra donazioni indirette e "tutela reale" dei legittimari.*

La ricostruzione sin qui esposta non può essere accolta; essa si presta a numerose critiche che si fondano, in primo luogo, sul *modus operandi* dell'azione di riduzione. La dottrina che ha studiato con maggiore attenzione il tema, con particolare riferimento alla fattispecie dell'intestazione dei beni in nome altrui, conclude per l'inoperatività dei rimedi recuperatori reali nei confronti del donatario indiretto e del suo avente causa²³.

La sentenza di riduzione non elimina retroattivamente il titolo di acquisto del beneficiario della liberalità non donativa e, dunque, non travolge l'avente causa: questi non è esposto all'effetto purgativo dell'art. 561 c.c., con la conseguente estinzione del proprio diritto reale di godimento o di garanzia, né rischia la restituzione del bene ai sensi dell'art. 563 c.c.

Com'è noto quella di riduzione è, secondo l'opinione prevalente, un'azione d'impugnativa negoziale²⁴; un'azione di accertamento costitutivo che, verificata la lesione, rende

²¹ G. IACCARINO, *Liberalità indirette. Enunciazione dell'intento liberale quale metodologia operativa*, cit., 249 ss. L'A. sottolinea come le parti ed i professionisti coinvolti nella predisposizione degli atti, condizionati dai rimedi di natura reale posti a tutela dei legittimari e con lo spettro della Cassazione del '92, hanno esitato a fare emergere a chiare lettere l'intento liberale veicolato o contenuto in un negozio diverso dalla donazione, a discapito di un'equilibrata sistemazione dei rapporti familiari. Ciò determina, in molti casi, la necessità per il notaio di dover porre rimedio ad una situazione di evidente squilibrio, derivante dalla coesistenza di donazioni ordinarie, per loro natura palesi, e di liberalità indirette non espresse. L'*impasse* viene risolto, spesso, ricorrendo ad un negozio di accertamento con cui far emergere successivamente la liberalità indiretta. Sul punto cfr.: G. A. M. TRIMARCHI, *Atti ricognitivi di liberalità non donative nella prassi notarile*, in AA. VV., *Liberalità non donative e attività notarile. I quaderni della fondazione italiana per il Notariato*, 2008, 161 ss.; G. IACCARINO, *(In)compatibilità tra la disciplina delle donazioni e quella delle liberalità atipiche*, in *Famiglia, persone e successioni*, 2010, 4, 302 ss.; M. NASTRI, *Liberalità non donative e mandato professionale del notaio*, in AA. VV., *Liberalità non donative e attività notarile. I quaderni della fondazione italiana per il Notariato*, 2008, 218, dove l'A. sottolinea come l'occultamento della liberalità indiretta sia in netto contrasto con i doveri di attuazione dell'ordinamento, di correttezza e di equidistanza tra le parti, propri della funzione notarile.

²² Si tratta di strumenti tecnico-giuridici, in buona parte elaborati dalla prassi notarile: il mutuo consenso del contratto di donazione, la fideiussione prestata dal donante o dai legittimari non donatari, la polizza assicurativa o la fideiussione bancaria, la novazione causale.

²³ L. MENGONI, *Successioni per causa di morte. Parte speciale, Successione necessaria*, cit., 251 ss.; U. CARNEVALI, *Sull'azione di riduzione delle donazioni indirette che hanno leso la quota di legittima*, cit., 136; ID., *Donazioni indirette e successione necessaria*, in *Famiglia, persone e successioni*, 2010, 11, 731; S. DELLE MONACHE, *Successione necessaria e sistema di tutela del legittimario*, Milano, 2008, 103; ID., *Liberalità atipiche, donazioni occulte e tutela dei legittimari*, in *Famiglia*, 2006, 305 ss.

²⁴ L. MENGONI, *Successioni per causa di morte. Parte speciale, Successione necessaria*, cit., 231; A. PALAZZO, *Le successioni*, in *Trattato di diritto privato*, a cura di G. IUDICA e P. ZATTI, Milano, 2000, 566; U. CARNEVALI, *Sull'azione di riduzione delle donazioni indirette che hanno leso la quota di legittima*, cit., 132; G. AZZARITI, *Le successioni e*

inopponibile ai legittimari agenti la disposizione testamentaria o la donazione lesiva, nella misura occorrente per la reintegrazione della quota ad essi riservata²⁵. Più precisamente, essendo l'azione di riduzione dotata di retroattività reale, la relativa sentenza fa sì che il bene donato si consideri come mai uscito dal patrimonio del defunto; bene che il legittimario vittorioso in riduzione acquista in forza della vocazione necessaria che si produce in suo favore. Il titolo di acquisto del legittimario non è la sentenza, ma la delazione *ex lege* conseguente alla riduzione²⁶.

Divenuto erede, il legittimario può domandare la restituzione del bene non soltanto nei confronti dell'erede testamentario, del legatario o del donatario (art. 561 c.c.), ma anche contro qualsiasi successivo acquirente (art. 563 c.c.). In altre parole la riduzione determina l'inefficacia della disposizione lesiva, operando una delazione legale in favore dell'attore che legittima la pretesa restitutoria²⁷.

Rimosso l'ostacolo che impediva l'operatività della vocazione ereditaria, il legittimario ha il diritto di recuperare ciò che effettivamente è uscito dal patrimonio del defunto, ma non anche ciò che non vi è mai entrato. Di conseguenza, accertata la natura ereditaria del titolo

le donazioni, Napoli, 1990, 328; M. C. BIANCA, *Diritto civile, La famiglia. Le successioni*, vol. 2, Milano, 2001, 531 ss.; G. TAMBURRINO, *Successione necessaria (diritto privato)*, in *Enc. dir.*, XLIII, Milano, 1990, 1368. In giurisprudenza tra tutte: Cass. 22 marzo 2001, n. 4130, in *Riv. not.*, 2001, 1503: «L'azione di riduzione configura un'azione personale diretta a procurare al legittimario l'utile corrispondente alla quota di legittima, e non un'azione reale, perché si propone non contro chi è l'attuale titolare del bene che fu donato o legato, ma esclusivamente contro i beneficiari delle disposizioni lesive. Il legittimario, dunque, non ha un diritto reale sui beni oggetto di tali attribuzioni; egli ha un diritto che può fare valere in giudizio nei confronti del donatario o del legatario, i quali rispondono con l'intero proprio patrimonio. Dall'azione di riduzione si distingue l'azione di restituzione (o reintegrazione): mentre l'una è un'azione di impugnativa, l'altra è un'azione di condanna, che presuppone già pronunziata la prima».

²⁵ F. SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1966, 264; F. MESSINEO, *Azione di riduzione e azione di restituzione per lesa legittima*, in *Riv. dir. civ.*, 1943, 129 ss.; L. MENGONI, *Successioni per causa di morte. Parte speciale, Successione necessaria*, cit., 231 ss.; U. CARNEVALI, *Sull'azione di riduzione delle donazioni indirette che hanno leso la quota di legittima*, cit., 132.

²⁶ L. MENGONI, *Successioni per causa di morte. Parte speciale, Successione necessaria*, cit., 234; U. CARNEVALI, *Sull'azione di riduzione delle donazioni indirette che hanno leso la quota di legittima*, cit., 132; A. PALAZZO, voce *Riduzione (azione di)*, in *Enc. giur. Treccani*, XXVII, Roma, 1991, 1 ss.; ID, *Le successioni*, cit., 568. Più di recente la centralità di questo aspetto è rilevata da G. AMADIO, *Gli acquisti dal beneficiario di liberalità non donative*, in *Riv. not.*, 2009, 4, 823. L'A., scomponendo l'analisi della problematica in quattro passaggi chiave, evidenzia come il titolo in virtù del quale il legittimario leso o pretermesso acquista la quota del patrimonio ereditario sia sempre la delazione legale.

²⁷ Così tra tutti L. MENGONI, *Successioni per causa di morte. Parte speciale, Successione necessaria*, cit., 231 ss., ove si riconduce l'azione di riduzione nella categoria delle impugnative negoziali. Da ciò l'A. fa discendere l'inopponibilità della disposizione lesiva nei confronti del legittimario, con la conseguente vocazione *ex lege* in suo favore. È rimasta isolata la tesi che fa del legittimario un erede *ipso iure* necessariamente chiamato alla successione, anche contro le disposizioni testamentarie, prima e a prescindere dall'esperimento dell'azione di riduzione: L. COVIELLO, *Successione legittima e necessaria*, Milano, 1937, 300; A. CICU, *Successioni per causa di morte. Parte generale*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da A. CICU e F. MESSINEO, Milano, 1962, 530 ss. Così come isolata può considerarsi anche la tesi di L. FERRI, *Dei legittimari*, cit., 6 ss., secondo cui il legittimario leso o pretermesso, attraverso il vittorioso esperimento dell'azione di riduzione, può conseguire solo una certa quantità di beni, senza mai divenire erede (legittima quale *pars honorum*).

che giustifica l'acquisto successivo alla riduzione, ne discende la sua inoperatività in ordine ai beni non riconducibili al patrimonio del *de cuius*.

Da più parti si evidenzia la discrasia tra l'effetto negoziale prodottosi tra le parti (la liberalità) e la causa del negozio immesso nella circolazione²⁸.

Nelle donazioni indirette non c'è corrispondenza tra il bene acquistato dal donatario e quanto uscito dal patrimonio del donante: l'oggetto del depauperamento è la somma di denaro, "vincolata" all'acquisto immobiliare direttamente in capo al beneficiario il quale, di fatto, si arricchisce del bene, e talvolta è del tutto estraneo al congegno negoziale (oneroso)²⁹. L'impoverimento del donante e l'arricchimento del donatario non coincidono. Questa asimmetria impone una più attenta considerazione dell'impatto della vicenda negoziale sul regime della circolazione dei diritti, in quanto all'effetto liberale prodotto non corrisponde il tipico negozio donativo³⁰.

Dunque nelle donazioni dirette l'azione di riduzione, eliminando il titolo contrattuale, fa ritornare retroattivamente nel patrimonio del *de cuius* il bene conseguito dal donatario, e ciò in forza della perfetta coincidenza tra depauperamento del donante ed arricchimento del donatario. Tale retrocessione non è immaginabile rispetto alle donazioni indirette, poiché lo stesso bene non è mai "transitato" nel patrimonio del donante, ma acquisito dal donatario nella sua sfera giuridico-patrimoniale, o direttamente o per deviazione a suo favore degli effetti negoziali. Tale "asimmetria" impone la disapplicazione alle liberalità indirette dei rimedi restitutori di cui agli artt. 561 e 563 c.c. In questi casi viene meno la "funzione recuperatoria" propria dell'azione di riduzione la quale non riesce ad eliminare il titolo di acquisto del donatario indiretto. Questi consegue la titolarità del bene, formalmente da un terzo, in forza di un negozio oneroso, che non può essere travolto dai rimedi posti a tutela dei legittimari.

²⁸ Testualmente: U. LA PORTA, *Azione di riduzione di «donazioni indirette» lesive della legittima e azione di restituzione contro il terzo acquirente dal «donatario»*. *Sull'inesistente rapporto tra art. 809 e art. 563 c.c.*, in *Riv. not.*, 2009, 952. Nella stessa direzione: U. CARNEVALI, *Sull'azione di riduzione delle donazioni indirette che hanno leso la quota di legittima*, cit., 133.

²⁹ Si pensi all'intestazione di bene in nome altrui, attuata ricorrendo alla figura del contratto a favore di terzo, in cui il donatario indiretto non diventa mai parte del negozio, acquistando, invece, il diritto contro il promittente per effetto della sola stipulazione (art. 1411, comma 2, c.c.).

³⁰ U. LA PORTA, *Azione di riduzione di «donazioni indirette» lesive della legittima e azione di restituzione contro il terzo acquirente dal «donatario»*. *Sull'inesistente rapporto tra art. 809 e art. 563 c.c.*, cit., 952; G. IACCARINO, *Circolazione dei beni: la Cassazione conferma che gli acquisti provenienti da donazioni indirette sono sicuri*, nota a Cass. 12 maggio 2010, n. 11496, in *Notariato*, 2010, 5, 512; G. ROMANO, *La riducibilità delle liberalità non donative tra esigenze dogmatiche e coerenza sistematica*, cit., 43; G. MANSI, *Le donazioni indirette tra tutela dei legittimari e certezza dei traffici giuridici*, cit., 170; A. TORRONI, *Azione di riduzione ed azione di restituzione: alcune riflessioni intorno al dogma della retroattività (sempre meno) reale dell'azione di riduzione nell'ottica della circolazione dei beni*, in *Riv. not.*, 2011, 3, 704.

Tale conclusione si deve all'intuizione di un'autorevole dottrina³¹, che ha ispirato gli orientamenti più recenti, anche della giurisprudenza³².

Se l'effetto recuperatorio della sentenza di riduzione è il presupposto funzionale dell'azione di restituzione, venendo meno il primo non vi può essere spazio per la seconda. Conseguentemente al legittimario vittorioso in riduzione non sarà consentito di esperire l'azione di restituzione contro il terzo acquirente dal donatario indiretto, ponendosi la reintegrazione dei suoi diritti a carico dello stesso donatario indiretto ma solo per equivalente.

Le considerazioni svolte sin qui ci suggeriscono una lettura più attenta dell'art. 809 c.c.: la discrasia sopra evidenziata, tra oggetto del depauperamento e oggetto dell'arricchimento, non consente di procedere ad una "cieca" applicazione della normativa sull'azione di riduzione, tanto alle donazioni dirette quanto alle liberalità indirette. Il rinvio operato dalla norma *de qua* non si può risolvere in un mero automatismo.

L'art. 809 c.c. non contempla espressamente le norme sulla restituzione (artt. 561 e 563), ed il riferimento a quelle sulla riduzione delle donazioni per integrare la quota dovuta ai legittimari non può, di per sé, legittimarne l'applicazione alle liberalità indirette.

A questa conclusione si giunge alla luce delle profonde differenze esistenti tra riduzione e restituzione.

Le due azioni tutelano interessi diversi: la prima, di natura personale, è diretta ad ottenere, contro il donatario, l'accertamento costitutivo della lesione della legittima e l'inefficacia della disposizione patrimoniale lesiva, con la conseguente produzione della chiamata ereditaria; la seconda, di natura reale, è volta a recuperare, presso chiunque, i beni immobili oggetto della

³¹ U. CARNEVALI, *Sull'azione di riduzione delle donazioni indirette che hanno leso la quota di legittima*, cit., 136; L. MENGONI, *Successioni per causa di morte. Parte speciale, Successione necessaria*, cit., 255.

³² G. AMADIO, *Gli acquisti dal beneficiario di liberalità non donative*, cit., 819 ss.; ID., *Azione di riduzione e liberalità non donative (sulla legittima "per equivalente")*, in *Riv. dir. civ.*, 2009, I, 683 ss.; ID., *Gli acquisti dal beneficiario di liberalità non donative*, in Studio n. 17-2009/C, approvato dal Consiglio Nazionale del Notariato il 22 aprile 2009; U. LA PORTA, *Azione di riduzione di «donazioni indirette» lesive della legittima e azione di restituzione contro il terzo acquirente dal «donatario»*. *Sull'inesistente rapporto tra art. 809 e art. 563 c.c.*, cit., 951 ss.; G. IACCARINO, *Liberalità indirette. Enunciazione dell'intento liberale quale metodologia operativa*, cit., 251 ss.; G. ROMANO, *La ridicibilità delle liberalità non donative tra esigenze dommatiche e coerenza sistematica*, cit., 34 ss.; A. TORRONI, *Azione di riduzione ed azione di restituzione: alcune riflessioni intorno al dogma della retroattività (sempre meno) reale dell'azione di riduzione nell'ottica della circolazione dei beni*, cit., 705. In giurisprudenza la nota Cass. 12 maggio 2010, n.11496, in *Notariato*, 2010, 5, 508 ss., con nota di G. IACCARINO, *Circolazione dei beni: la Cassazione conferma che gli acquisti provenienti da donazioni indirette sono sicuri*, nonché in *Vita not.*, 2010, 3, 1295, con nota di L. POMPONIO, *Azione di riduzione e liberalità indirette: un altro passo verso il contemperamento delle aspettative successorie con la certezza dei traffici giuridici*, e in *Riv. not.*, 2011, 1, II, 189, con nota di R. SCUDERI, *Donazione indiretta e lesione di legittima: rimedi esperibili e procedure azionabili a tutela dei legittimari lesi*.

donazione³³. Diversi sono i soggetti ai quali spetta la legittimazione passiva e diversi sono i presupposti operativi nei due casi.

L'autonomia ontologica e funzionale delle due azioni evidenzia la possibile non consequenzialità della seconda alla prima e suggerisce di limitare, rispetto alle donazioni indirette, il rinvio normativo dell'art. 809 alla sola azione di riduzione, in considerazione della richiamata asimmetria tra arricchimento e depauperamento³⁴.

La corretta interpretazione dell'art. 809 c.c. non può, dunque, prescindere da una valutazione di compatibilità con riferimento al caso concreto; in mancanza si rischierebbe l'applicazione di norme non coerenti con il sistema, in grado di condurre a gravi anomalie che possono sfociare nell'iniquità sostanziale. Il grado di compatibilità tra le donazioni indirette e i rimedi posti a tutela dei legittimari, per le ragioni esposte, giunge fino alla concreta applicazione dell'azione di riduzione, ma non consente l'esperimento dell'azione di restituzione³⁵.

4.1. Le Sezioni Unite del '92: collazione e riduzione.

La disattivazione dello strumento restitutorio rispetto alle liberalità non donative non è messa in discussione dalla sentenza della Cassazione a Sezioni Unite del 1992, n. 9282, che con riguardo alla fattispecie emblematica dell'intestazione dei beni in nome altrui ha sancito il principio per cui, ai fini della collazione, oggetto della liberalità indiretta è il bene di cui si è

³³ L. MENGONI, *Successioni per causa di morte. Parte speciale, Successione necessaria*, cit., 309 ss., il quale riconosce natura reale alla sola azione di restituzione contro i terzi. L'A. distingue nettamente l'azione di restituzione contro il terzo acquirente dall'azione di restituzione contro il donatario, essendo quest'ultima effetto immediato della riduzione, mentre l'azione di restituzione verso il terzo si collega ad una fattispecie complessa, costituita dal giudicato di riduzione e dalla vana escussione dei beni del donatario contro cui è stato pronunziato. Nello stesso senso: G. AZZARITI, *Le successioni e le donazioni*, cit., 321 ss.; A. PALAZZO, *Vicende delle provenienze donative dopo la legge n. 80/2005*, in *Vita not.*, 2005, 2, 763 ss.; A. TULLIO, *L'azione di riduzione. L'imputazione ex se*, in *Trattato di diritto delle successioni e donazioni*, diretto da G. BONILINI, vol. III, Milano, 2009, 533 ss.; M. IEVA, *Retroattività reale dell'azione di riduzione e tutela dell'avente causa dal donatario tra presente e futuro*, in *Riv. not.*, 1998, 1130; U. LA PORTA, *Azione di riduzione di «donazioni indirette» lesive della legittima e azione di restituzione contro il terzo acquirente dal «donatario». Sull'inesistente rapporto tra art. 809 e art. 563 c.c.*, cit., 952 ss. Isolata è rimasta la tesi di A. CICU, *Successione legittima e dei legittimari*, Milano, 1947, 281 ss., il quale sostiene la natura personale dell'azione di restituzione.

³⁴ In favore di un'interpretazione restrittiva dell'art. 809 c.c.: G. AMADIO, *Gli acquisti dal beneficiario di liberalità non donative*, cit., 820 ss.; U. LA PORTA, *Azione di riduzione di «donazioni indirette» lesive della legittima e azione di restituzione contro il terzo acquirente dal «donatario». Sull'inesistente rapporto tra art. 809 e art. 563 c.c.*, cit., 956; G. MANSI, *Le donazioni indirette tra tutela dei legittimari e certezza dei traffici giuridici*, cit., 170.

³⁵ In tal senso G. IACCARINO, *Liberalità indirette. Enunciazione dell'intento liberale quale metodologia operativa*, cit., 219 ss., dove si fa riferimento, nell'interpretazione del rinvio di cui all'art. 809, ad un "principio generale di compatibilità". Secondo l'A. l'inapplicabilità alle liberalità indirette dell'azione di restituzione s'inserisce in un quadro più ampio di asimmetria tra donazioni dirette e indirette. A sostegno della sua tesi, l'A. (cfr. pag. 169 ss.) procede al raffronto di alcuni aspetti, quali la forma, l'onere, la comunione legale, i beni futuri, etc., da cui si evince la non perfetta sovrapposibilità tra la disciplina delle fattispecie al vaglio. Sul punto si veda ancora G. IACCARINO, *(In)compatibilità tra la disciplina delle donazioni e quella delle liberalità atipiche*, cit., 299 ss.

arricchito il donatario. A tale pronuncia non va attribuito un valore ultroneo rispetto alla sua reale portata; essa non può, e non deve, essere letta come definizione generale dell'oggetto delle donazioni indirette, tale da determinare l'applicazione dell'intera disciplina propria delle donazioni contrattuali, fino a giungere all'azione di restituzione.

Collazione e riduzione, come da più parti sottolineato³⁶, sono istituti profondamente diversi sotto il profilo soggettivo, oggettivo e della *ratio legis*.

La collazione trova il suo fondamento nella presunzione che il *de cuius*, facendo in vita delle donazioni, abbia voluto compiere attribuzioni patrimoniali gratuite in anticipo sulla futura successione; la collazione, quale strumento divisionale, tende a realizzare una redistribuzione del patrimonio ereditario in sede di divisione in un'ottica di perequazione³⁷. L'azione di riduzione, invece, si pone al di fuori del fenomeno divisorio; essa mira a recuperare, al patrimonio del disponente, quanto necessario a reintegrare la quota di legittima. Mentre la riduzione determina un recupero reale dei beni donati al patrimonio ereditario, la collazione è una mera redistribuzione, in sede divisoria, di un valore commisurato all'arricchimento prodotto dalla liberalità al tempo dell'apertura della successione³⁸.

Diversi sono, inoltre, i soggetti legittimati e le liberalità oggetto dei due istituti: la riduzione colpisce solo le donazioni che eccedono la disponibile, mentre la collazione si riferisce a tutte le liberalità, dirette e indirette, coerentemente con la sua funzione perequativa.

Le distanze che separano collazione e riduzione devono condurre ad un'interpretazione restrittiva della sentenza del '92 la quale diventa, dunque, irrilevante rispetto alle conclusioni cui si è giunti in ordine alla stabilità della circolazione dei beni provenienti da liberalità indirette.

4.2. Buona fede e certezza dai traffici giuridici.

³⁶ A. ALBANESE, *Della collazione. Del pagamento dei debiti*, in *Il codice civile commentario*, diretto da P. SCHLESINGER, Milano, 2009, 20 ss.; N. VISALLI, *La collazione*, Padova, 1988, 26 ss.; A. BURDESE, *Nuove Prospettive sul fondamento e sulla natura giuridica della collazione*, in *Riv. dir. civ.*, 1988, II, 555 ss.; G. CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, tomo II, Milano, 2002, 731.

³⁷ Cfr. Cass. 27 gennaio 1995, n. 989, in *Riv. not.*, 1996, 876: «L'istituto della collazione trova il suo fondamento nella presunzione (conforme alla corrente valutazione sociale) che il *de cuius*, facendo in vita donazioni ai figli ed al coniuge, abbia semplicemente voluto compiere delle attribuzioni patrimoniali gratuite in anticipo sulla futura successione; la collazione serve a rimuovere la disparità di trattamento che le donazioni creerebbero ed a ristabilire la situazione di uguaglianza tra coeredi». Per la collazione quale strumento di perequazione cfr. Cass. 10 febbraio 2006, n. 3013, in *Notariato*, 2007, 3, 253 ss., con nota di R. SCOTTI, *Volontà testamentaria e obbligo di collazione*.

³⁸ G. AMADIO, *Gli acquisti dal beneficiario di liberalità non donative*, cit., 829.

Le conclusioni prospettate si mostrano in linea con le esigenze di stabilità dei traffici giuridici e di sicurezza delle contrattazioni; esigenze che connotano l'intero sistema e che si concretizzano nell'istituto della trascrizione e in tutte quelle norme che tutelano il terzo acquirente di buona fede³⁹. Principio, quest'ultimo, che attraversa anche l'azione di restituzione, laddove l'art. 563, comma 2, fa salvi gli effetti del possesso di buona fede, con riferimento alla restituzione dei beni mobili; il che significa che l'avente causa, se in buona fede, è destinato a prevalere sul legittimario leso, in mancanza di un'adeguata pubblicità.

Il tema della buona fede assume una rilevanza profondamente diversa nelle due ipotesi di donazione diretta e indiretta.

Nel primo caso, grazie ad un sistema di pubblicità immobiliare basato sui pubblici registri, tutti i terzi sono legalmente avvertiti che – entro dieci anni dall'apertura della successione del donante ovvero, secondo la riformata disciplina, entro venti anni dalla trascrizione della donazione senza che consti l'opposizione di un legittimario – sussiste la possibilità dell'esercizio dell'azione di riduzione⁴⁰. Ai terzi, rispetto alle donazioni dirette, è garantita una conoscibilità legale del trasferimento *animus donandi*, idonea ad escludere una loro presunta buona fede. Il sistema, dunque, non abdica al principio della tutela della buona fede del terzo acquirente, bensì semplicemente esclude a monte che il terzo possa trovarsi in buona fede rispetto ad una donazione diretta.

A conclusioni profondamente diverse si deve giungere con riferimento alle liberalità non donative, attuabili attraverso gli schemi giuridici più disparati. Se l'acquirente di un dato immobile può, in effetti, accorgersi che nella "storia" del bene vi è stata una donazione diretta, non è sempre possibile invece verificare, con la stessa agilità, una provenienza donativa indiretta. In questi casi il terzo normalmente non ha quella conoscenza legale capace di escludere la rilevanza della sua buona fede. Ne consegue che se il beneficiario ha acquistato direttamente dal venditore ma dall'atto, regolarmente trascritto, non risulti l'apporto liberale fornito dal donante per il pagamento del prezzo, l'eventuale esperimento vittorioso dell'azione di riduzione non consentirà di agire in restituzione ai danni del terzo acquirente a titolo oneroso e in buona fede⁴¹.

³⁹ Il riferimento va agli artt. 534 – *Diritti dei terzi*; 1159 – *Usucapione decennale*; 1153 – *Effetti dell'acquisto del possesso*; 1415 – *Effetti della simulazione rispetto ai terzi*; 1445 – *Effetti dell'annullamento nei confronti dei terzi*. Sulla centralità del principio di buona fede cfr. F. GALGANO, *Simulazione, Nullità del contratto, Annullabilità del contratto*, in *Commentario del codice civile*, a cura di A. SCIALOJA - G. BRANCA, Bologna-Roma, 1998, 52 ss.; G. IACCARINO, *Liberalità indirette. Enunciazione dell'intento liberale quale metodologia operativa*, cit., 225 ss.

⁴⁰ G. ROMANO, *La riducibilità delle liberalità non donative tra esigenze dommatiche e coerenza sistematica*, cit., 40.

⁴¹ Ancora G. ROMANO, *La riducibilità delle liberalità non donative tra esigenze dommatiche e coerenza sistematica*, cit., 40. Si veda anche G. AZZARITI, *Le successioni e le donazioni*, cit., 324, il quale, valorizzando quest'ultimo aspetto, riconosce al terzo acquirente la possibilità di opporre la sua buona fede al legittimario leso o pretermesso.

La certezza dei traffici giuridici, ove non sia perseguibile mediante un sistema pubblicitario *ad hoc*, non può che realizzarsi attraverso il principio della buona fede. Traslando questa regola nell'ipotesi al vaglio, si può affermare che, da questa prospettiva, le liberalità indirette (di beni immobili) sono sullo stesso piano delle donazioni dirette di beni mobili (art. 563, comma 2, c.c.)⁴². I principi di certezza dei traffici giuridici e di buona fede che, come evidenziato, dominano l'intero codice civile, non possono essere disattesi con riferimento alle donazioni indirette; tale stabilità circolatoria postula necessariamente la disattivazione dei rimedi recuperatori reali previsti dall'ordinamento a tutela dei legittimari. Una diversa soluzione sarebbe “ingiustificatamente eversiva per la circolazione dei beni e la sicurezza dei traffici”⁴³.

4.3. La Cassazione 12 maggio 2010, n. 11496. Conclusioni.

Alla luce del ragionamento svolto è lecito, dunque, ritenere che l'azione di riduzione, in presenza di una donazione indiretta, non possa esplicare la sua “normale” funzione di impugnativa negoziale, e che alla relativa sentenza vada attribuito l'effetto costitutivo di un credito in favore del soggetto leso⁴⁴.

La sentenza di riduzione rende *sine causa* l'atto di disposizione del *de cuius* nei rapporti con il donatario indiretto, il cui arricchimento diventa, relativamente al legittimario agente, ingiustificato. Quindi sorge in capo allo stesso donatario un'obbligazione *ex lege* avente ad oggetto la restituzione per equivalente dell'arricchimento ottenuto, ormai non più sorretto da alcuna giustificazione causale⁴⁵, escluso ogni effetto pregiudizievole nei confronti dei terzi aventi causa.

Per l'irrelevanza della buona fede del terzo avente causa: L. FERRI, *Dei legittimari*, cit., 231; L. FERRI e P. ZANELLI, *Della trascrizione*, cit., 350.

⁴² In tal senso G. IACCARINO, *Liberalità indirette. Enunciazione dell'intento liberale quale metodologia operativa*, cit., 226.

⁴³ Testualmente G. ROMANO, *La riducibilità delle liberalità non donative tra esigenze dommatiche e coerenza sistematica*, cit., 40.

⁴⁴ L. MENGONI, *Successioni per causa di morte. Parte speciale, Successione necessaria*, cit., 252; G. AMADIO, *Gli acquisti dal beneficiario di liberalità non donative*, cit., 825 ss.; U. LA PORTA, *Azione di riduzione di «donazioni indirette» lesive della legittima e azione di restituzione contro il terzo acquirente dal «donatario». Sull'inesistente rapporto tra art. 809 e art. 563 c.c.*, cit., 971, il quale chiarisce che, rispetto all'intestazione dei beni in nome altrui, il legittimario vittorioso in riduzione fa valere esclusivamente il collegamento negoziale da cui discende l'effetto liberale, senza mettere in discussione la stabilità dell'atto di compravendita (il negozio-mezzo) e la successiva vicenda circolatoria.

⁴⁵ Il riferimento all'arricchimento senza causa (art. 2041 c.c.) si trova in L. MENGONI, *Successioni per causa di morte. Parte speciale, Successione necessaria*, cit., 254 ss.; F. MAGLIULO, *L'acquisto dal donatario tra rischi ed esigenze di tutela*, cit., 103. In questo modo vengono superate le conclusioni di U. CARNEVALI, *Sull'azione di riduzione delle donazioni indirette che hanno leso la quota di legittima*, cit., 136 ss., il quale, dopo aver evidenziato che l'azione di riduzione non è in grado di eliminare il titolo di acquisto del donatario indiretto, data l'asimmetria tra l'oggetto del depauperamento e l'oggetto dell'arricchimento (p. 136), per assicurare ugualmente l'obiettivo recuperatorio reale, costruisce la riduzione come retrocessione del bene dal donatario al legittimario leso (p. 141). L'esito incongruo di tale ricostruzione è rappresentato dal fatto che la stessa si vede costretta ad ipotizzare un

Dal momento che la sentenza di riduzione, con riferimento al caso specifico delle liberalità indirette, ha come contenuto un'obbligazione pecuniaria a carico del beneficiario della liberalità ed in favore del legittimario leso, la stessa non potrà produrre alcun effetto pregiudizievole nei confronti degli aventi causa dal donatario.

In sostanza la pretesa azionabile dal legittimario non ha ad oggetto l'immobile, ma il suo equivalente in denaro. Conseguentemente la riduzione delle donazioni indirette non incide sulla titolarità del bene donato né sulla successiva circolazione dello stesso; i terzi acquirenti nulla avranno da temere in caso di esercizio dell'azione di riduzione contro il loro dante causa, rimanendo pienamente efficace il relativo acquisto per effetto della disapplicazione dell'art. 563 c.c.

La posizione del legittimario leso o pretermesso degrada da una tutela di tipo reale ad una tutela di tipo obbligatorio, lasciando a carico del donatario la reintegrazione dei diritti di legittima per equivalente. Il risultato dell'esperimento dell'azione di riduzione cessa di essere il recupero del bene in natura, limitandosi a una pretesa creditoria nei confronti del beneficiario della liberalità indiretta⁴⁶.

Questa impostazione è stata accolta da una recente pronuncia della Suprema Corte⁴⁷ che ha segnato, in questo modo, un nuovo corso giurisprudenziale.

La Cassazione ha ritenuto di sottrarre le liberalità non donative al dogma della reintegrazione in natura della legittima. Più precisamente, secondo i giudici di legittimità, «alla riduzione delle liberalità indirette non si può applicare il principio della quota legittima in natura, connaturale invece all'azione nell'ipotesi di donazione ordinaria d'immobile [...]». La riduzione delle donazioni indirette non mette, infatti, in discussione la titolarità dei beni donati, né incide sul piano della circolazione dei beni. Viene quindi a mancare il meccanismo di recupero reale della titolarità del bene; ed il valore dell'investimento finanziato con la donazione indiretta dev'essere ottenuto dal legittimario sacrificato con le modalità tipiche del diritto di credito».

trasferimento dal donatario indiretto al legittimario che, oltre a mutare la natura dell'azione, rende il legittimario non un successore del *de cuius* ma un avente causa (*inter vivos*) del donatario stesso.

⁴⁶ L. MENGONI, *Successioni per causa di morte. Parte speciale, Successione necessaria*, cit., 257; G. AMADIO, *Gli acquisti dal beneficiario di liberalità non donative*, cit., 832 ss.; U. LA PORTA, *Azione di riduzione di «donazioni indirette» lesive della legittima e azione di restituzione contro il terzo acquirente dal «donatario»*. *Sull'inesistente rapporto tra art. 809 e art. 563 c.c.*, cit., 971; F. MAGLIULO, *L'acquisto dal donatario tra rischi ed esigenze di tutela*, cit., 102 ss.; G. IACCARINO, *Liberalità indirette. Enunciazione dell'intento liberale quale metodologia operativa*, cit., 251 ss.; G. MANSI, *Le donazioni indirette tra tutela dei legittimari e certezza dei traffici giuridici*, cit., 176 ss.

⁴⁷ Cass. 12 maggio 2010, n.11496, cit. La pronuncia della S. C. è stata di recente fatta propria dal Trib. Roma, sez. VIII, 30 maggio 2011, n. 11645, in *Notariato*, 2012, 4, con nota di R. CIMMINO, *La riduzione delle liberalità indirette tra certezza dei traffici giuridici e reintegrazione (in natura) della legittima*.

La S. C. parte dalla premessa che nelle liberalità indirette si realizza l'arricchimento del donatario con uno strumento negoziale diverso dal contratto di donazione; elemento centrale della complessa vicenda è l'asimmetria tra l'oggetto del depauperamento e l'oggetto dell'arricchimento che porta all'esclusione del meccanismo di recupero reale della titolarità del bene, lasciando al legittimario una tutela meramente obbligatoria da attuarsi con le modalità tipiche del diritto di credito. Tale principio, date le premesse, deve ritenersi applicabile non solo nei confronti dei terzi aventi causa dal donatario indiretto, ma anche nei confronti dello stesso beneficiario della liberalità che al tempo dell'apertura della successione non abbia alienato l'immobile.

I giudici, pur confermando che l'oggetto della liberalità indiretta è l'immobile, e non il denaro fornito dal beneficiante, precisano che le prerogative dei legittimari lesi, in questo caso, cessano di avere carattere reale (*rectius*: di recupero del bene), "degradando" a mero diritto di credito, a beneficio della tutela della buona fede e della stabilità dei traffici giuridici⁴⁸.

La pronuncia – accolta anche dalla giurisprudenza di merito⁴⁹ – giunge ad un risultato di assoluto rilievo, in quanto nega espressamente l'efficacia reale dell'azione di riduzione nella delicata materia delle donazioni indirette, disattivando conseguentemente l'azione di restituzione. Tradurre le prerogative del legittimario leso o pretermesso in un diritto di credito, con la conseguente esclusione di ogni rischio in capo al terzo acquirente, significa riuscire a contemperare le ragioni dei legittimari con l'interesse ad una più sicura circolazione dei beni oggetto di liberalità indirette. I giudici mostrano, dunque, una particolare attenzione per le ricadute di carattere economico conseguenti al perfezionamento di una liberalità indiretta, suggerendo un nuovo punto di equilibrio tra esigenze di tutela dei legittimari, da un lato, e stabilità di circolazione dei beni, dall'altro, interpretando in questo modo un sentimento diffuso di modifica complessiva del sistema delle successioni necessarie. In questa direzione vanno letti i più recenti interventi legislativi, dall'introduzione del patto di famiglia alla novella degli artt. 561 e 563 c.c., tendenti a ridimensionare la tutela (sempre meno) reale dei legittimari.

5. Spunti di riflessione e prospettive future. Il contratto di donazione: specie a rischio di estinzione.

⁴⁸ G. IACCARINO, *Circolazione dei beni: la Cassazione conferma che gli acquisti provenienti da donazioni indirette sono sicuri*, nota a Cass. 12 maggio 2010, n. 11496, cit., 515.

⁴⁹ Trib. Roma, sez. VIII, 30 maggio 2011, n. 11645, in *Notariato*, 2012, 4, con nota di R. CIMMINO, *La riduzione delle liberalità indirette tra certezza dei traffici giuridici e reintegrazione (in natura) della legittima*.

Le conclusioni, sposate in questa sede, ed accolte dai più recenti orientamenti giurisprudenziali, hanno il pregio di tutelare quantitativamente la posizione del legittimario leso, realizzando al contempo una stabilizzazione dei traffici giuridici. Ciò rende superflui tutti quei rimedi negoziali, elaborati dalla prassi commerciale con riferimento alle donazioni dirette, volti a rafforzare la posizione del terzo acquirente.

Se rispetto a queste ultime è ancora molto avvertita l'esigenza di consolidare la posizione dell'avente causa dal donatario, al contrario in tema di liberalità non donative non è possibile mettere in dubbio la stabilità delle successive vicende circolatorie del bene. Il donatario indiretto, ed il suo avente causa, non sono esposti al rischio dell'azione di restituzione, e al legittimario vittorioso in riduzione resta una tutela meramente obbligatoria.

Tali affermazioni hanno pesanti ripercussioni sul piano strettamente redazionale, imponendo una metodologia operativa ben precisa: il riferimento è alla c.d. *expressio causae*.

In particolare la prassi notarile, eccessivamente condizionata dalla potenziale attivazione dei rimedi recuperatori posti a tutela dei legittimari, tende a non evidenziare l'*animus donandi* che si può celare dietro una semplice compravendita. Una tale condotta appare in netto contrasto con i doveri di attuazione dell'ordinamento, di correttezza e di equidistanza tra le parti, propri della funzione notarile⁵⁰.

Alla luce del nuovo corso interpretativo, non vi devono essere più esitazioni da parte dell'operatore (salvo diversa volontà delle parti) ad evidenziare nell'atto l'intento liberale, pur quando si adottano schemi tipici come l'adempimento del terzo o il contratto a favore di terzo⁵¹. Ciò risulta coerente con l'esigenza di un'equilibrata sistemazione dei rapporti inter-familiari, anche in chiave antiprocessualistica.

A ciò si aggiunga che la donazione codicistica, considerato lo stato dell'arte, rischia di diventare una "specie a rischio di estinzione".

Al di là dei profili strettamente fiscali, che indubbiamente guidano le parti nella scelta tra liberalità diretta o indiretta, la solidità dell'acquisto immobiliare, proveniente da una liberalità non donativa, appare decisivo nella preferenza di quest'ultima rispetto alla donazione contrattuale. In altre parole gli strumenti negoziali idonei ad integrare una liberalità indiretta sono destinati ad essere sempre più preferiti alla donazione tipica, e ciò appare in netto contrasto con le istanze solidaristiche che animano gli artt. 769 ss. c.c.

Da qui la necessità di rimeditare il rapporto tra donazione e tutela dei legittimari. Nell'attesa di un più organico intervento di riforma della disciplina della successione

⁵⁰ Cfr.: M. NASTRI, *Liberalità non donative e mandato professionale del notaio*, cit., 218.

⁵¹ Sul punto ampiamente: G. IACCARINO, *Circolazione dei beni: la Cassazione conferma che gli acquisti provenienti da donazioni indirette sono sicuri*, nota a Cass. 12 maggio 2010, n. 11496, cit., 515; ID., *Liberalità indirette. Enunciazione dell'intento liberale quale metodologia operativa*, cit., 230 ss.

necessaria, è fondamentale sviluppare una riflessione attenta, e libera da preconcetti, sulla possibilità di una rinuncia preventiva all'azione di restituzione. Ciò contribuirebbe, senz'altro, a ristabilire un nuovo equilibrio tra donazioni dirette e indirette.