ISSN 1825-9871

InnovazioneDiritto

Quarterly Review of Tax and Economic Law

Pubblicazione

2 • 2020

Università degli studi di Napoli Federico II

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

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

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

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

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

DIRETTORE RESPONSABILE

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

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

COMITATO DI DIREZIONE

Prof.ssa Clelia Buccico

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

Prof. Raffaele Perrone Capano

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

Prof.ssa Marilena Rispoli Farina

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

Prof.ssa Beatrice Bertarini

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

Prof. Gianluigi Bizioli

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

Prof. Paolo Borghi

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

Prof.ssa Loredana Carpentieri

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

Prof. Alessandro Giovannini

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

Prof. Giuseppe Melis

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

Prof. Sebastiano Maurizio Messina

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

Prof. Salvatore Muleo

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

Prof. Gaetano Ragucci

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

Prof. Gennaro Rotondo

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

Prof.ssa Maria Alessandra Stefanelli

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

Prof. Stefano Zunarelli

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

di Bologna "Alma Mater Studiorum"

I lavori scientifici pubblicati nelle parti prima e seconda di ciascun numero della rivista, sono sottoposti a referaggio. Gli altri contributi d'interesse per l'attualità e il carattere divulgativo degli argomenti trattati, ovvero per il rilievo politico degli stessi, sono pubblicati in parte terza.
Tutti i lavori sono sottoposti alla valutazione di un componente della Direzione.
Innovazione e Diritto, rivista open access, non risponde degli articoli pubblicati, i cui autori abbiano utilizzato lavori altrui di cui non sia stata citata esplicitamente la fonte.

COMITATO SCIENTIFICO

Prof.ssa Antonella Brozzetti
- Professore ordinario di Diritto dell'economia - Dipartimento di Studi Aziendali e Giuridici dell'Università degli Studi di Siena

Prof. Giuseppe Corasaniti
- Professore ordinario di Diritto tributario - Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Brescia

Prof. Avv. Francesco Eriberto D'Ippolito
- Professore ordinario di Storia della giustizia e delle Istituzioni politiche - Università degli Studi della Campania Luigi Vanvitelli

Prof. Avv. Maurizio Logozzo
- Professore ordinario di Diritto tributario - Facoltà di Economia dell'Università di Milano Cattolica del Sacro Cuore

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

Prof.ssa Maria Pierro
- Professore ordinario di Diritto tributario - Dipartimento di Economia dell'Università degli Studi dell'Insubria

Prof. Salvatore Sammartino
- Professore di Diritto finanziario e tributario - Dipartimento di Giurisprudenza a Palermo dell'Università LUMSA

Prof. Antonio Felice Uricchio
- Professore ordinario di Diritto tributario - Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Bari "Aldo Moro"

COMITATO EDITORIALE

Prof. Francesco Vincenzo Albertini
- Professore associato di Diritto tributario - Dipartimento di Scienze Giuridiche dell'Università degli Studi di Milano "La Statale"

Prof. Olivier Karl Emmanuel Butzbach
- Professore associato di Economia politica - Dipartimento di Scienze Politiche dell'Università degli Studi della Campania "Luigi Vanvitelli"

Prof. Marco Cedro
- Professore associato di Diritto tributario - Università di Palermo LUMSA

Prof. Filippo Cicognani
- Professore associato di Diritto tributario - Università di Bologna "Alma Mater Studiorum"

Prof. Filippo Alessandro Cimino
- Professore associato di Diritto tributario - Università degli Studi di Enna

Prof.ssa Daniela Conte
- Professore associato di Diritto tributario - Università degli Studi di Napoli

Prof. Samuele Donatelli

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

Prof. Nicola Fortunato

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

Prof.ssa Laura Letizia

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

Prof.ssa Daniela Mazzagreco

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

Prof. Ottavio Nocerino

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

Prof. Andrea Quattrocchi

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

Prof. Federico Rasi

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

Prof. Luca Sabbi

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

Prof.ssa Adriana Salvati

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

Prof. Gianluca Selicato

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

Prof.ssa Maria Villani

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

Dott. Daniele Canè

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

Dott.ssa Alessandra Kostner

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

Dott. Andrea Perrone Capano

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

Dott. Luigi Scipione

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

Dott. Stefano Zagà

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

INDICE

Parte prima

1. **La propiedad de la tierra ante el actual Derecho de la Economía** 1
   di Vanesa Sánchez Ballesteros

2. **La retorica degli aiuti di Stato e l'eccezionalismo delle banche pubbliche. Riflessioni a margine del salvataggio di Nord Lb** 17
   di Luigi Scipione

Parte seconda

3. **L'interruzione del processo tributario per morte del difensore. la problematica individuazione del dies a quo nell'evoluzione nomofilattica della giurisprudenza di legittimità** 77
   di Filippo Castagnari

Parte terza

4. **Economy, labour market and Italian and European migration policies** 99
   di Ubaldo Nazzaro

5. **Contributi per opere pubbliche ed equivoco tra obblighi del beneficiario e corrispettività IVA** 119
   di Mauro Vantaggio

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

di **Vanesa Sánchez Ballesteros**

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

ABSTRACT

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

SINTESI

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

SOMMARIO

1. Introducción - **2**. Objetivos propuestos - **3**. Metodología - **4**. Propiedad de la tierra y la función social - *4.1. Concepciones generales - 4.2. La tierra un derecho privado o un derecho de todos - 4.3. Objetivo de la función social de la propiedad - 4.4. La utilidad de la tierra como derecho de todos* - **5**. Resultados - **6**. Conclusiones

1. Introducción

Hablar de la tierra, el suelo, como recurso natural de todos, unido al concepto de propiedad a la tierra, probablemente resulten fricciones entre ambos conceptos en lo que respecta a su libre ejercicio y a la concepción jurídica de tales atribuciones; pues, si la tierra como uso del suelo, es de todos y, la propiedad, pleno señorío de una cosa, se puede plantear el reto de compaginar tales conceptos y hacerlos viables en su aplicación más óptima. Para su desarrollo y pragmatismo exitoso, este reto de viabilidad de ambos conceptos ha de venir aunando el respeto tanto la concepción general de los recursos naturales, como bien social de la colectividad, así como de la propiedad, asumiendo límites y limitaciones que a su vez y paradójicamente, abran un nuevo abanico de facultades para todos.

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

2. Objetivos propuestos

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

Otros objetivos planteados serán: estudiar el régimen jurídico de la propiedad y la tierra como recurso; equilibrar desde un punto de vista jurídico las facultades del propietario y la función social; plantear nuevas facultes de goce positivas para ambas partes, el propietario y la colectividad; plantear nuevos instrumentos de colaboración y formalización entre los prietarios y los entes sociales, de tal modo que tales acuerdos y concesiones puedan llevarse a

cabo de forma eficiente; integrar las nuevas facultades de uso en un contexto social e integrador para la consecución real de la función social proclamada en nuestra Constitución.

3. Metodología

Se hará un recorrido breve sobre la concepción de la propiedad como derecho subjetivo; y la tierra, el suelo, como recurso natural. Asimismo, se retrocederá en el tiempo para comprender el cómo y el porqué de la función social de la propiedad; además, se estudiará su régimen jurídico y la aplicación actual de tal función; se buscarán nuevas facultades de uso que protejan el interés de la colectividad y su plasmación; y por último, los resultados y conclusiones.

4. Propiedad de la tierra y la función social

4.1. Concepciones generales

4.1.1. Concepto de propiedad

La propiedad privada, es el derecho real por excelencia y se define desde una perspectiva jurídica, como el señorío sobre la cosa cuyo contenido esencial radica en la facultad de goce que posee un propietario en cuanto a la utilización de un bien determinado y la posibilidad de decidir plenamente sobre su goce.[1] Cuando hablamos de dominio como sinónimo de propiedad,[2] es la relación jurídica entre el dueño (titular dominical) y la cosa de su propiedad, configurando así el contenido del derecho de propiedad sobre una cosa corporal.[3]

---

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

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

3 Enciclopedia jurídica, Edición 2014, http://www.enciclopedia-juridica.biz14.com/d/dominio/dominio.htm (visitado el 20 de abril de 2019).

Del mismo modo, la propiedad como derecho real es un derecho subjetivo integrado por una serie de facultades cuyas rasgos[4] más comunes, entre otros, se podrían citar la de "inmediatividad", basada en el que el poder del titular del derecho es inmediato, en cuanto se manifiesta un señorío directo, sin necesidad de otra persona para la realización de su ejercicio; "facultad de exclusión", por el cual el titular del derecho puede disponer a la cosa con las condiciones necesarias para prevenir una intromisión de terceros, o puede poner las medidas o acciones para poner fin cualquier perturbación de su derecho que se esté produciendo (a través de la acción reivindicatoria[5] e interdictos posesorios[6]); absolutividad referida al derecho que se hace efectivo frente a cualquier persona que pueda entrar en contacto con la cosa, es decir, oponible "erga omnes" (frente a todos); "facultad de persecución", que posibilita al titular del derecho a perseguir legalmente la cosa ante cualquier persona que la detente; así como "facultad de disposición", en lo que se refiere a que el titular del derecho podrá enajenar, ceder, transferir y grabar el bien cuando estime conveniente con las limitaciones establecidas por la ley (interés público, derechos reales de adquisición preferente, derechos de servidumbres, etc.).

Vistas las facultades y para hondar aun más en el concepto legal de derecho de propiedad y comprender mejor la junción social de la propiedad, es conveniente resaltar sus caracteres[7] más importantes, pues serán éstos los que propiciarán tal función. En primer lugar, y como carácter fundamental, la propiedad es "general", pues el derecho de la propiedad otorga la presunción de encontrarse libre de cargos y gravámenes y, por tanto, la generalidad de las

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

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

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

6 Interdictos posesorios: son aquellos procedimientos judiciales que puede utilizar el poseedor para defender su derecho de posesión sin entrar en el análisis del derecho amparado en el artículo 446 del Código Civil Español, https://guiasjuridicas.wolterskluwer.es (visitado el 10 de febrero de 2019).

7 El derecho de propiedad, https://guiasjuridicas.wolterskluwer.es (visitado el 11 de marzo de 2019).

facultades sobre la cosa, salvo limitaciones por disposición legal.[8] En un segundo lugar, hablamos de que la propiedad es "abstracta", al ser un derecho con la capacidad de separar sus facultades, con existencia autónoma en relación al resto o a cada una de ellas.[9] En tercer lugar, la propiedad es "elástica",[10] porque, aunque la propiedad pueda contener limitaciones (usufructo, servidumbre, etc.), cuando desaparecen, recobra su carácter de generalidad (STS de 27 de junio 1991), es decir, se despliegan las limitaciones para posteriormente volver a su origen. En este sentido, en cuanto a la función social que se plantean en este trabajo, se abriría el abanico de facultades, cediendo temporalmente alguna de ellas al interés general, pero recobrando el pleno dominio en el momento del término del plazo que se acuerde. Otros caracteres que podemos considerar es el de "exclusividad", al otorgar todas las facultades a quien ostenta su titularidad, impidiendo el goce de la cosa a terceros, siempre y cuando no existan otros derechos o cargas en la propiedad.[11] Y por último el de "perpetuidad", al no estar la propiedad sujeta a prescripción, por lo que durará de forma ilimitada a través de la sucesión de titulares, sin perjuicio de las causas de extinción generales de los derechos reales.

4.1.2. Concepción de la Tierra como recurso natural

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

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

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

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

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

más su concepción concreta dependerá de la situación económica-social de los Estados.[12]

Con respecto a la evolución de la legislación relativa a los recursos naturales, las normas relativas a la propiedad de la tierra y el uso de los recursos se han ido desarrollando a través de los siglos en función de las necesidades sociales y a cada recurso por separado, a medida que al hombre le surgía la necesidad de uso. Por ende, la legislación sobre la tierra y sus usos ha sido la primera en configurarse en los ordenamientos jurídicos de los Estados,[13] condicionada por su gran repercusión social.[14]

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

El derecho a la tierra, desde un punto de vista jurídico, ha ido cambiando a lo largo de los siglos como resultado de las necesidades sociales. Así, desde la antigüedad, el derecho del suelo era entendido como algo natural, sin más consecuencias que la de proporcionar vivienda y sustento, fue con el comienzo de la agricultura cuando se fue transformando dicho precepto.[15] Posteriormente, en tiempos de los romanos, la propiedad se convirtió en algo exclusivo, absoluto y perpetuo, abriendo camino a la constitución de la propiedad privada como un derecho. Pero no llegó tal consideración de derecho, hasta la edad Media, bajo el sistema feudal, donde sólo unos pocos, monarcas e iglesia poseían la tierra.[16] El derecho de propiedad, que se

12 Blog de derecho Ambiental, *Recursos Naturales y Derecho Agrario y contenido. Los recursos naturales*, Federación Universitaria de Perú, 2019, http://federacionuniversitaria71.blogspot.com/2008/09/recursos-naturales-y-derecho-agrario.html (visitado 2 de marzo de 2019).

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

14 FAO, *Marco jurídico-institucional para el manejo de los recursos naturales*, Estudio legislativo Nº 9, 1957, p. 3, http://www.fao.org/3/H0422S/H0422S.pdf (visitado el 15 de febrero de 2019).

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

16 Cronoteca Genealógica, *El origen de la propiedad individual*,

configuraba relativo en sus inicios, para pasar a ser absoluto en el medievo y de unos pocos, evolucionará en el periodo liberal como un derecho de todos y para todos.

Con la filosofía social[17] que encarna la ilustración en el siglo XVIII, los valores tradicionales y los privilegios[18] estamentales se contraponen con el iusnaturalismo racionalista, dando lugar a nuevas teorías económicas, calando profundamente en la sociedad burguesa, excluída hasta ese momento de los órganos de poder. Es pues, tras la revolución francesa de 1789, cuando se produce un proceso de maduración ideólogica y afianzamiento político de poder, constituído como seguridad individual y libertad personal, condicionado por la cultura, valores y vivencias de aquella España del siglo XIX. Es por ello, que el concepto de propiedad privada recogido en el Código Civil en su artículos 348 y 349 cumple con una doble función: por un lado, con la culminación de un largo proceso de amortización; y por otro, responde al límite de la situación anterior, donde se configuraba como un derecho desigual, con gravámenes perpetuos sobre el dominio.[19]

Posteriormente, nuestra Constitución Española, recoge en su artículo 33.2, el derecho a la propiedad privada con una restricción, la función social,[20] que limita su contenido de acuerdo a las leyes. Asimismo, añade en su apartado 3, que "nadie podrá ser privado de sus bienes y derechos sin causa justificada de utilidad pública o interés social", incidiendo nuevamente sobre la limitación de su contenido, siempre de acuerdo a las normas y justificado por el interés social, dando lugar a una propiedad privada muy alejada de la concepción absoluta de la que se partía en tiempos antiguos. Aparece ya un cambio

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

17 M. BEDERA BRAVO, *La propiedad privada como elaboración del liberalismo burgués. Su proceso de positivación*, Anales de Estudios Económicos y Empresariales, Nº 5, 1990, pp. 263-286, https://dialnet.unirioja.es/servlet/autor?codigo=130890 (visitado el 3 de abril de 2019).

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

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

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

considerable del tratamiento del derecho de propiedad que se inicia en la antigüedad como absoluto, transformándose en un derecho subjetivo amable con la sociedad, compatibilizando con el interés general de la colectividad, dando un paso más allá, atribuyendo a su titular facultades sociales.

4.3. Objetivo de la función social de la propiedad

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

Como consecuencia de todo este proceso social de dominio, compartido entre los intereses individuales y colectivos, surge la distinción entre límites y limitaciones. Entendiendo como límite las restricciones que condiciona la propiedad, proporcionando un equilibrio entre el poder del propietario y la convivencia social, sin disminución del patrimonio, caracterizado por la generalidad y la igualdad. En cambio, cuando hablamos de limitaciones, si comprimen el contenido de la propiedad requiriendo un acto especial a la cosa

de la que se trate, necesitando la carga de la prueba. Como límites del derecho de la propiedad, podemos citar: el abuso del derecho (el ejercicio del derecho no puede realizarse con la intención de dañar a otro), el ius usus inocui (aprovechamiento inocuo de una cosa ajena), relaciones de vecindad (limitando el ejercicio del derecho de propiedad de cada propietario conlindante, para evitar daño o perjuicio al vecino). Como limitaciones de derecho de la propiedad, como ya hemos comentado, producen un gravamen sobre la cosa, como sucede con las servidumbres.[21]

4.4. Regulación jurídica del derecho de propiedad

Vista brevemente la evolución del derecho de propiedad privada a lo largo de la historia, no podemos olvidar la gran variedad de textos que se suceden relacionados con el tratamiento de este precepto, tanto de forma directa como indirecta, desarrollando el derecho de la propiedad como una cuestión fundamental de derechos humanos.[22]

A partir de aquí, la positivación de nuestro derecho de propiedad fue paulatinamente una realidad en nuestros ordenamientos jurídicos. En España se recoge en nuestro Código Civil aprobado por el Real Decreto de 24 de julio de 1889 (publicado en "Gaceta de Madrid núm. 206, de 25/07/1889) en su artículo 348, definiéndolo como "el derecho de gozar o disponer de una cosa sin más limitaciones que las establecidas por las leyes". En su codificación ya se manifiesta en su manera de comprenderlo como una situación de poder, como derecho subjetivo individual de situación tanto directa como indirecta, desarrollando el derecho de propiedad como una cuestión fundamental de derechos humanos.[23]

En primer lugar, en nuestra Constitución y posteriormente en los Estatutos de Autonomía, se destaca una especial protección a la propiedad privada en su

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

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

23 J. GILBERT, *Derecho a la Tierra como Derecho Humano: argumentos a favor de un Derecho Específico a la Tierra,* Revista internacional de derechos humanos, Editorial Sur, Vol. 10, 2013, https://sur.conectas.org/es/derecho-la-tierra-como-derecho-humano/(visitado el 6 de abril de 2019).

artículo 156, pero limitando tal protección a la utilidad pública o interés social. Se centra más bien el precepto a las garantías sobre la expropiación, a pesar de que se concluya con la interpretación de que tal artículo sea de acuerdo a la función social y añadan una perspectiva a la hora de subordinar la riqueza al interés general. En la Ley de Reforma Agraria de Andalucía,[24] por ejemplo, abordaba la función social en la propiedad privada, como una forma de modalizar su ejercicio para la consecución de un logro social.[25] La Ley del Suelo[26] en su artículo 4 declara que "el ejercicio de la potestad de ordenación territorial y urbanística deberá ser motivado, con expresión de los intereses generales a que sirve"; los artículos 49-54, se ocupan, bajo la rúbrica de "Función social de la propiedad y gestión del suelo" de una serie de "instituciones jurídicas" ya consolidadas en el ordenamiento último español desde que la Ley 8/2007, de 28 de mayo, de suelo, cuyo contenido pasó al Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de julio, orientado básicamente, a la necesidad de satisfacer la necesidad de una vivienda digna al conjunto de la sociedad.

A nivel Internacional podemos citar:[27] el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC),[28] en su artículo 11 declara que los Estados Partes reconocerán y velarán por el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, en aspectos como la alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a una mejora continua de las condiciones de existencia. Asimismo, la Declaración Universal de Derechos Humanos[29] en su artículo 25 establece, entre otros conceptos, el derecho que toda persona y su

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

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

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

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

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

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

familia tiene a vivir con un nivel de vida adecuado que asegure la salud y el bienestar, destacando aspectos como la alimentación, la vivienda, etc..

4.4. La utilidad de la tierra como derecho de todos

Vista la parte teórica y para no extendernos más en aspectos jurídicos y doctrinales, en estas líneas se pretende plantear la posibilidad de llevar a cabo tal función recogida en nuestra Constitución y en nuestros textos legales respectivos, con el propósito de dar luz a nuevas configuraciones prácticas, compatibles con las facultades propias y plenas de la propiedad privada y los factores sociales, aprovechando algunos preceptos consagrados en nuestro Texto Supremo, declarando que España es un estado social y democrático de derecho. Para ello, se ha tratado de evidenciar la necesidad de desplegar un haz de facultades positivas, tanto a los propietarios públicos como privados sobre la propiedad privada inmobiliaria, entendiéndola como un recurso natural[30] y un bien social que puede ser aprovechado en todas sus vertientes. Ya no sólo desde un punto de vista orientado hacia la consecución de una vivienda para todos y a utilidades públicas a través de la expropiación para la realización de carreteras, colegios, parques, etc; sino la necesidad de aprovechar los usos del suelo, propiedad privada o propiedad pública, con una finalidad social entendida como medio y sustento de colectivos con riesgo de inclusión social, a cambio de unos beneficios para los propietarios. Se trata de aprovechar los usos del suelo que temporalmente se encuentren en desuso, a través del "ius usus inocui" (aprovechamiento inocuo de la cosa ajena), convirtiéndolos en un recurso social, a cambio de una serie de contraprestaciones para los propietarios. En definitiva, es la cesión de la posesión de un inmueble, por un tiempo determinado, con la finalidad de proteger tal recurso y su mantenimiento, proporcionando facultades de uso y disfrute a colectivos carentes de ellos.

30 M. MERLET, *Los derechos sobre la tierra y los recursos naturales*, Fondo Documental Dinámico sobre la gobernanza de los recursos naturales en el mundo, 2012, http://www.agter.org/bdf/es/corpus_chemin/fiche-chemin-335.html (visitado 13 de abril de 2019).

Su materialización, aunque en principio parece compleja, cierto es que ya se está llevando a cabo en otros contextos y que resulta de gran utilidad social. A modo de referencia, lo encontramos en la cesión del patrimonio histórico español, es decir, cesión de uso público sobre edificios históricos, obras de arte, etc. a cambio de beneficios o deducciones fiscales. Concretamente, la normativa tributaria establece una deducción del 15 por 100 del importe de inversiones y gasto por actuaciones para la protección y difusión del patrimonio histórico español y de las ciudades, conjuntos y bienes del patrimonio mundial. Del mismo modo, las entidades reguladas por la Ley 49/2002 del mecenazgo, estarán exentas del impuesto sobre sociedades cuando se dediquen a la explotación de los bienes de interés cultural conforme a la normativa del Patrimonio Histórico Español[31] (en adelante PHE) y de las comunidades autónomas, así como de museos, bibliotecas, archivos y centros de documentación siempre que se cumplan las exigencias establecidas por ley. Además, en lo que se refiere a impuesto sobre el patrimonio, en el artículo 4 de la Ley 19/1991, recoge como supuestos de exención tributaria: los bienes integrantes del PHE inscritos en los registros correspondientes; de los objetos de arte y antiguedades cuyo valor no supere lo dispuesto en el artículo 26.4 de la Ley del PHE, o si superasen los valores regulados, quedarían gravados por el artículo 19 de la Ley del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas[32] (objetos de arte y antiguedades de más de 100 años). No obstante, podrían quedar exentos si los propietarios cediesen los bienes en depósito permanente durante un período no inferior a tres años, a museos o instituciones culturales sin fin de lucro para su exhibición pública mientras se encuentren en depósitos.[33]

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

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

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

Del mismo modo, al uso de la tierra, considerado por la legislación como una cuestión fundamental de los derechos humanos,[34] podemos aplicar su uso, aunque temporal, a otros destinos de interés social, aumentando sus facultades desde un punto de vista positivo para ámbas partes, no como limites, ni limitaciones. Si miramos a nuestro alrededor y observamos nuestro entorno más próximo, es muy fácil localizar numerosas propiedades tanto edificadas como no, que se encuentran desatendidas e incluso deterioradas por la falta de uso. Tomando como ejemplo cualquier ciudad española, comprobaremos desde una vista aérea la cantidad de solares llenos de broza y basura como consecuencia de la falta de mantenimiento y de uso con el paso del tiempo.[35]

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

Las actuaciones propuestas a pequeña escala, en principio, irían desde la ubicación de pequeñas escuelas de empresas para colectivos en riesgo de inclusión social en edificios que puedan albergar esta función, a cambio de una compensación para el propietario, que consistiría en una deducción fiscal, así como la liberalización de la carga del mantenimiento y limpieza de éste, mientras dure la cesión del uso; hasta la instalación en las parcelas libres de parques infantiles temporales, escuelas agrícolas biológicas, parking, zonas de ocio para las mascotas, etc. De este modo, el propietario acordará la cesión del uso por tiempo limitado, dependiendo de su disponibilidad, compensando su

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

35 También podría tomarse en consideración, desde la perspectiva fiscal, el elemento territorio. Vid. C.M. LÓPEZ ESPADAFOR, *Potere tributario e territorio: elementi permanenti, elementi emergenti e cambio di coordinate*, Diritto e Pratica Tributaria Internazionale, Vol. XIV, Nº 1. 2017, pp. 88 y ss.

cesión a través de la limpieza, desbroce de su propiedad y deducciones fiscales por cesiones de duración de un año o superior y en función de la superficie cedida. De este modo fácil, cómodo y rápido, se amplían las facultades de la propiedad privada, dando un nuevo sentido a la función social.

5. Resultados

Como resultado de este trabajo, podemos resaltar la notoria presencia de situaciones evidentes donde el uso del suelo se encuentra inutilizado, pudiendo provocar incluso situaciones de riesgo social. Asimismo, y ante tal situación, aprovechando el principio de ius usus inocui, el suelo, puede ser aprovechado de forma temporal, sin obstaculizar las facultades del propietario, a través de acuerdos y concesiones entre los particulares y las entidades públicas, otorgando un nuevo valor a esa situación de espera, abandono o desuso de la propiedad. Así, la tierra, abre sus facultades a todos y para todos, respetando la función social recogida en nuestro texto Constitucional, de forma integral e inclusiva, aportando nuevo valor al derecho de la tierra.

6. Conclusiones

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

derecho por un tercero, con el requisito de que no produzca daño en el objeto y con la finalidad de contribuír a un beneficio de las partes.

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

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

di **Luigi Scipione**

Ricercatore di Diritto commerciale e Professore aggregato di Diritto bancario, Dipartimento di Giurisprudenza - Università degli Studi di Napoli

ABSTRACT

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

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

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

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

SINTESI

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

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

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

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

SOMMARIO

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

passu - *7.3. La diversa rilevanza tra perseguimento di obiettivi di redditività e minimizzazione delle perdite connesse ad aiuti già concessi* - **8**. L'intervento del fondo delle Sparkassen in "regime di esenzione" - **9**. Un confronto con le italiche vicende - **10**. Il salvataggio della Popolare di Bari e la "zona grigia" degli aiuti di Stato - **11**. Le misure di nazionalizzazione tra nuovi vizi e antiche virtù - **12**. Riflessioni conclusive

1. Note introduttive

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

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

Per vero, gli interventi qui in discussione si inseriscono con piena coerenza nella prassi decisionale dedicata alle misure di sostegno pubblico alla ristrutturazione ed al salvataggio degli istituti di credito. In tal senso rappresenta un precedente significativo il via libera della Commissione al bail-out dell'istituto portoghese Caixa Geral de Depositos (CGD).[1] L'operazione di salvataggio con soldi pubblici di CGD, senza passare per un bail-in, parziale o totale, è stata commentata come una sagace elusione delle ferree regole che impongono una partecipazione dei privati alla copertura delle perdite, con il

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

beneplacito dell'Antitrust europeo. Nella sulla disamina, infatti, la Commissione chiarì che la natura della proprietà (la Caixa è posseduta al 100 per cento dello Stato) non rilevava ai fini dell'approvazione delle misure di aiuto, purché fosse fatto salvo il principio dell'investitore privato in un'economia di mercato (market economy investor principle – MEIP) e in parallelo si prevedesse il coinvolgimento di capitale privato[2].

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

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

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

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

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

Sin da tali premesse, sia consentito osservare che coerenza d'intenti e uniformità d'applicazione avrebbero imposto il riconoscimento di un eguale

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

trattamento di favore a tutte le banche europee, non solo pubbliche, che avessero ricevuto il via libera ad un piano di ristrutturazione prima del luglio 2013; e tra queste va annoverata anche MPS. Così non è stato e le decisioni dell'Esecutivo Ue sono state spesso additate come eccessivamente arbitrarie, sia nel merito che nelle tempistiche.

Muovendo da un accurato esame delle argomentazioni che la Commissione ha utilizzato per approvare il piano di salvataggio di Nord Lb, il presente lavoro intende, in primo luogo, verificare se da parte della Commissione vi sia un diverso atteggiamento nell'applicazione (meno rigida) delle regole sugli aiuti di Stato alle banche quando controllate dallo Stato. In secondo luogo, chiarire se, analogamente a quanto statuito dalla Commissione con riferimento al caso Tercas[3], fosse stato più corretto applicare all'intervento del fondo di garanzia tedesco DSGV la disciplina più stringente sugli aiuti di Stato.

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

2. Crisi bancarie e intervento pubblico. Il quadro regolatorio

L'obiettivo con cui l'Unione bancaria europea è stata concepita è quello di ridurre la "balcanizzazione" finanziaria dell'Eurozona. La frattura del sistema bancario transfrontaliero è stata percepita a ragione come uno dei maggiori pericoli per la stabilità e la sussistenza stessa della moneta unica[4].

Tutto questo non è che un lontano ricordo delle nobili promesse gridate ai quattro venti da molti politici dopo la grave crisi finanziaria del 2008. Mai più

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

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

una banca sarebbe stata salvata attraverso le entrate fiscali, si disse all'epoca. E mai più il settore bancario avrebbe potuto prendere in ostaggio lo Stato.

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

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

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

Gli effetti negativi dei primi due pilastri si sono rivelati addirittura dirompenti a causa dell'assenza del terzo pilastro: la garanzia europea sui depositi. L'assenza di un dispositivo comune di assicurazione mantiene l'onere della protezione (parziale) dei risparmiatori in capo al sistema Paese interessato. E, ancora una volta, contraddice quella solidarietà europea che dovrebbe essere il fondamento dell'architettura istituzionale dell'UE e, in particolare, dell'Eurozona[5].

[5] P. De Gioia Carabellese - C. Chessa, *The So-Called Pan-European Depositors' Protection*

Gli aiuti di Stato completano la disciplina della concorrenza (che opera tra privati) imponendo agli Stati di non distorcere la competizione tra le imprese con le proprie politiche di aiuto[6].

A partire dal 2008, la Commissione ha pubblicato una serie di Comunicazioni dirette a definire di un quadro temporaneo di riferimento volto a chiarire in che modo avrebbe valutato gli interventi statali diretti a sostenere il settore bancario e finanziario durante la crisi, al fine di favorire la stabilità degli enti beneficiari e al contempo evitare restrizioni alla concorrenza.[7]

Scheme. A Further Euro Own-Goal? in *Maastricht. Jour. Eur. Comp. Law*, n. 23/2016, p. 242 s.

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

[7] Sulla scorta del contenuto degli atti della Commissione, gli aiuti forniti alle banche durante la crisi possono essere suddivisi in quattro categorie: 1) misure di ricapitalizzazione che consentono di rafforzare il capitale di base della banca (in cambio lo Stato riceve diritti di valore corrispondente al contributo fornito e parte del controllo sull'intermediario); 2) misure per proteggere i bilanci bancari da perdite e svalutazioni di attività deteriorate, o *assets relief measures*, che possono aiutare le banche a limitare l'impatto causato dalla temporanea perdita di liquidità, a condizione però che le banche beneficiarie si impegnino ad utilizzare tale sostegno per erogare credito; 3) le garanzie sulle passività aventi lo scopo di rassicurare depositanti e altri creditori, consentendo così alle banche di reperire nuovi fondi; 4) altre forme a sostegno della liquidità, anche da parte delle banche centrali.

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

Le linee guida, soprattutto quelle da ultimo incardinate nella Banking Communication del 2013,[8] hanno introdotto un processo di ristrutturazione più efficace per le banche che beneficiano di aiuti ma hanno al contempo rafforzato i requisiti in materia di ripartizione degli oneri del risanamento dell'istituto a carico dei privati.

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

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

Gli orientamenti dell'Esecutivo europeo devono essere letti congiuntamente alle riforme europee nel settore bancario, e in particolare alla direttiva n. 59 del 2014 in materia di risanamento e risoluzione ordinata degli enti creditizi (Bank Recovery and Resolution Directive, BRRD), [9]dove il richiamo alla disciplina degli aiuti di Stato è costante.

---

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

[9] Direttiva 2014/59/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 15 maggio2014 che istituisce un quadro di risanamento e risoluzione degli enti creditizi e delle imprese di investimento.

In base alla BRRD il ricorso alle finanze pubbliche riveste carattere eccezionale poiché subordinato alla necessità di preservare la stabilità finanziaria e l'economia nazionale.[10] Non a caso il testo di legge riconosce il connotato di straordinarietà al sostegno pubblico, rendendo la concessione di aiuti di Stato ex art. 107, par. 1, TFUE presupposto (trigger) sufficiente per considerare la banca failied or likely to fail.[11]

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

Eppure, ad oggi sembra di poter asserire che la politica degli aiuti di Stato non sia stata affatto sminuita; al contrario essa risulta centrale nello scenario post crisi, che si prefigura essere denso di controlli nei riguardi delle risorse erogate e dei processi di ristrutturazione degli operatori del settore, ma non sempre dispiegata in modo uniforme a causa di un'azione plasmante della Commissione Europea spesso oscillante e talora criticabile sul piano della certezza del diritto.[12] Va ricordato, per giunta, che, a differenza di regolamenti e direttive, le comunicazioni sono atti unilaterali, non soggetti all'approvazione del Parlamento e degli Stati: perciò il loro valore giuridico è dubbio, al punto che l'Avvocato generale della Corte di Giustizia Ue ne ha contestato la legittimità nei confronti degli Stati membri.[13]

---

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

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

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

[13] Poiché i criteri indicati nelle Comunicazioni non hanno forza di legge, né tanto meno effetti vincolanti *erga omnes*, "gli Stati membri conservano la facoltà di notificare alla Commissione progetti di aiuto di stato che non soddisfano i criteri previsti da detta Comunicazione e la Commissione può autorizzare progetti siffatti in circostanze eccezionali"

3. L'impostazione della Commissione sugli aiuti alla ristrutturazione

Le categorie di aiuti che possono essere considerate compatibili con il mercato comune, a norma dell'art. 107, par. 3, TFUE vengono, a fini classificatori, distinte in aiuti su base regionale, aiuti a carattere settoriale e aiuti a carattere orizzontale anche se dette partizioni appaiono limitative, essendo spesso presenti contemporaneamente nelle misure di aiuto caratteristiche riconducibili a di più di una categoria. Negli aiuti settoriali rientrano gli aiuti al salvataggio e alla ristrutturazione delle imprese in crisi, tra cui, per quello che ci riguarda più da vicino, anche le imprese bancarie. Già a partire dagli "Orientamenti comunitari sugli aiuti di Stato per il salvataggio e la ristrutturazione di imprese in difficoltà" (c.d. Rescue and Restructuring Guidelines), ritenuto dalla dottrina un "atto a carattere orizzontale"[14], vi sono alcuni aspetti di disciplina che è conveniente richiamare:

1. un'impresa è considerata in difficoltà quando non è in grado, con le risorse proprie o con quelle che può ottenere dai proprietari/azionisti o dai creditori, di contenere perdite che, in assenza di un intervento esterno delle autorità pubbliche, la condurrebbero, nel breve o nel medio periodo, quasi certamente al fallimento[15]

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

I primi si sostanziano, per loro stessa natura, in una forma di assistenza temporanea e reversibile[16]. Temporaneo, perché l'aiuto per il salvataggio offre una breve tregua, non superiore a sei mesi, alle imprese in difficoltà. Reversibile,

(CGUE, sentenza 19 luglio 2016, causa C-526/14, p.to 43).

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

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

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

poiché l'aiuto deve consistere in un sostegno finanziario in forma di garanzie sui prestiti o di prestiti ad un tasso di interesse almeno equivalente ai tassi praticati sui prestiti concessi ad imprese sane e, in particolare, ai tassi di riferimento adottati dalla Commissione. In questo modo si cercava di non sovvertire quello che sarebbe il normale meccanismo di mercato che premia la minore rischiosità, creando quindi una minore distorsione del mercato stesso[17]. D'altronde, il fine ultimo di tali aiuti è quello di mantenere in attività un'impresa in difficoltà per il tempo necessario a elaborare un piano di ristrutturazione o di liquidazione. L'aiuto è mirato a sostenere provvisoriamente una banca che si trovi a dover affrontare un grave deterioramento della sua situazione finanziaria, che si manifesta in un'acuta crisi di liquidità o nell'insolvenza tecnica[18]. In tali circostanze vi è bisogno di guadagnare tempo per individuare le cause all'origine delle difficoltà e per elaborare un piano idoneo a porvi rimedio. Una volta che sia stato predisposto e attuato il programma di ristrutturazione o di liquidazione per il quale l'aiuto è stato richiesto, "tutti gli aiuti successivi vengono considerati come aiuti per la ristrutturazione"[19].

I secondi, invece, si basano su un piano realizzabile, coerente e di ampia portata, volto a ripristinare la redditività a lungo termine dell'impresa. La ristrutturazione comporta generalmente uno o più dei seguenti elementi: la riorganizzazione e la razionalizzazione delle attività aziendali su una base di maggiore efficacia, che implica, in genere, l'abbandono delle attività non più redditizie, la ristrutturazione delle attività che possono essere riportate a livelli competitivi e, talvolta, la diversificazione verso nuove attività redditizie. Di norma la ristrutturazione industriale deve essere accompagnata da una ristrutturazione finanziaria (apporto di capitali, riduzione dell'indebitamento). Più in generale, vale il principio per cui "la ristrutturazione non può limitarsi solo

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

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

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

ad un aiuto finanziario volto a colmare le perdite pregresse, senza intervenire sulle cause di tali perdite"[20].

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

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

Al fine di favorire la stabilità finanziaria e di ridurre al minimo l'impiego di risorse dei contribuenti per il salvataggio delle banche, gli ultimi orientamenti richiedono piani di ristrutturazione sufficientemente tempestivi e decisivi per ripristinare la redditività a lungo termine della banca o, in alternativa, il suo ordinato rilassamento.[21]

---

[20] Ibidem, p.to 17.

[21] La redditività prospettica della banca è stata, senza ombra di dubbio, una componente essenziale della valutazione dei piani di ristrutturazione imposti dalla Commissione. In alcuni casi all'inizio della crisi, la Commissione ha preferito rinviare alla valutazione dei regolatori nazionali la credibilità delle misure di ristrutturazione. Ad esempio, nei salvataggi di Lloyds e RBS, la Commissione ha osservato che: "un'analisi approfondita condotta dall'autorità di vigilanza e il grado di conservatorismo incorporato nel valutare il fabbisogno di capitale della [banca], offrono un conforto sufficiente alla Commissione per assicurare che l'attuazione del piano di ristrutturazione porterà al ripristino della redditività a lungo termine della banca". In altri casi la Commissione ha condotto una propria valutazione e imposto le proprie condizioni (di solito più rigorose) per ripristinare la redditività, sulla base di una notevole quantità di dati e di numerosi scenari (tra cui, ad esempio, il rapporto capitale *core tier* 1 previsto rispetto ai requisiti minimi regolamentari, previsioni di liquidità, crescita dei ricavi, costi operativi e vari scenari riguardanti la qualità delle attività detenute da parte della banca). Più recentemente, la Commissione sembra aver posto meno enfasi su obiettivi quantificati e ha insistito maggiormente sulle misure comportamentali, tra le quali, in particolare, l'istituzione di procedure dettagliate di gestione del rischio di credito. Una questione chiave per il futuro è se la Commissione, quale custode delle norme sugli aiuti di Stato, rinvierà maggiormente alle valutazioni di redditività delle autorità di vigilanza (o di risoluzione) o se continuerà ad applicare le proprie stime.

Le misure di concessione di aiuti sono difatti sottoposte ad una rigorosa condizionalità. In merito a tale aspetto, la Comunicazione del 2013 rafforza – per vero, con scarsa originalità – l'imprescindibilità degli ormai ben noti criteri relativi alla necessità che gli interventi di sostegno pubblico: i) portino alla messa in ripristino della redditività a lungo termine della banca beneficiaria ("redeem or remunerate rule")[22] applicando, tuttavia, un diverso metro di giudizio ("proporzionata") a seconda che la necessità dell'aiuto derivi dalla crisi del debito sovrano ovvero sia conseguenza dell'assunzione di rischi eccessivi da parte del beneficiario; (ii) prevedano clausole di salvaguardia tese a ridurre al minimo le distorsioni della concorrenza nel mercato unico e che impediscano il deflusso di fondi da parte della banca, quali l'acquisizione di partecipazioni in altre imprese o il pagamento di cedole e dividendi[23]; (iii) stabiliscano misure nei confronti del management[24] e (iv) siano adeguatamente sostenuti dalla condivisione degli oneri da parte del beneficiario (un embrione di burden sharing).

Il timore principale della Commissione, già chiaramente esplicitato in ciascuna delle precedenti Comunicazioni, è infatti quello di scongiurare il ripetersi fenomeni di moral hazard[25] e di preservare l'integrità del mercato.

---

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

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

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

[25] La comunicazione prende in esame le potenziali distorsioni concorrenziali a cui possono dare origine gli interventi statali erogati nei confronti delle banche. Il fine ultimo è quello di evitare che gli aiuti di Stato protraggano precedenti distorsioni determinate da un

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

L'Esecutivo europeo autorizza difatti misure di ristrutturazione tese a coprire la c.d. "carenza di capitale"[26] di istituti bancari in crisi solo laddove lo Stato membro erogatore dimostri che gli aiuti sono limitati al minimo indispensabile e sempre che la banca abbia intentato operazioni di mercato per recuperare la redditività o ridurre lo shortfall di capitale.[27]

In questo senso, la Comunicazione codifica gli insegnamenti e l'esperienza acquisiti nel contesto dei salvataggi bancari posti in essere in Spagna e Cipro, dove l'intervento pubblico è stato affiancato dal sacrificio imposto ai privati. Si noti, tuttavia, che l'applicazione dell'art. 107, par. 3, lett. b), T.f.u.e. non richiede necessariamente un piano di ristrutturazione dell'istituto, appunto perché il sostegno può essere concesso anche ad imprese fondamentalmente sane; né tanto meno postula una durata predefinita e neppure obbliga l'istituto beneficiario a partecipare in qualche misura all'aiuto.[28]

comportamento eccessivamente imprudente e da modelli aziendali di rischio insostenibili, rinforzando in maniera artificiale il potere di mercato del beneficiario a scapito di operatori maggiormente "prudenti" e proprio per questo meno "penalizzati" dalla crisi. Ciò rischia di comportare, da un lato, la creazione di un *moral hazard* per i soggetti destinatari degli aiuti, dall'altro lato, la riduzione degli incentivi a competere, investire e innovare per tutti gli altri soggetti. Inoltre, gli aiuti di Stato possono mettere a repentaglio il mercato unico, «spostando una parte indebita degli oneri di adeguamento strutturale e dei relativi problemi sociali ed economici verso altri Stati membri, creando nel contempo barriere all'ingresso sul mercato e compromettendo gli incentivi per le attività transfrontaliere».

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

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

[28] In questo senso ad es. la Comunicazione del 5 dicembre 2009 sugli schemi di

Anche sotto il profilo procedurale le nuove regole introducono un sistema di controllo preventivo più stringente, posto che il piano di ristrutturazione dell'istituto beneficiario deve essere fin da subito comunicato alla Commissione. Il raggiungimento di un accordo in questa fase di pre-notifica è prodromico all'inoltro della richiesta di autorizzazione formale per l'erogazione della misura di aiuto.[29]

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

I dubbi che si affastellano in tema di salvataggi pubblici in relazione alle difficoltà del settore bancario tedesco, quello dove, per l'appunto, più estesa è la presenza dello Stato. Nell'arco della crisi finanziaria, le banche teutoniche hanno mostrato di disporre di un vantaggio competitivo non irrilevante rispetto ai loro competitors europei, non legato però all'attività degli istituti. La presenza

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

[29] G. BIAGIONI, *Le novità della Commissione in materia di miglioramento e semplificazione delle procedure di notifica e controllo sugli Stati membri*, in C. SCHEPISI (a cura di), *La "Modernizzazione" della disciplina sugli aiuti di Stato. Il nuovo approccio della Commissione europea e i recenti sviluppi in materia di public e private enforcement*, Torino, 2011, p. 82 s. Prima dell'approvazione di un piano di ristrutturazione, gli aiuti al salvataggio possono essere ammessi solo quando l'autorità di controllo competente conferma che ciò è necessario per preservare la stabilità finanziaria. In special modo, tale deroga potrà operare solo qualora: (i) tali misure si rivelino indispensabili per tutelare la stabilità finanziaria sulla base di un'analisi *ex ante* elaborata dall'autorità di vigilanza competente; e (ii) lo Stato membro presenti un piano di ristrutturazione entro due mesi dalla data di decisione di approvazione temporanea dell'aiuto. È comunque prevista una procedura semplificata per gli enti creditizi di piccole dimensioni, in favore dei quali la Commissione potrà autorizzare regimi di ricapitalizzazione e di ristrutturazione di durata pari a sei mesi. Tali regimi saranno applicabili solo ad un istituto con un bilancio totale inferiore a Euro 100 milioni. Con l'ulteriore condizione che la somma dei bilanci delle banche beneficiarie di aiuti nel quadro di ciascun regime non dovrà superare l'1,5% del totale degli attivi detenuti dalle banche nel mercato nazionale dello Stato membro interessato.

Per un'analisi dei vari scenari possibili, nonché dei casi nei quali è necessario presentare un piano di ristrutturazione, cfr. A. BOMHOFF - A. JAROSZ-FRIIS - N. PESARESI, *Restructuring banks in crisis - overview of applicable State aid rules*, in *Competition Policy Newsletter*, 2009, pp. 3 e ss. Per un approfondimento sugli aspetti di maggiore problematicità presenti nei piani di ristrutturazione approvati nei primi anni della crisi, cfr. F.C. LAPRÉVOTE, *Selected issues raised by bank restructuring plans under EU State aid rules*, in *European State Aid Law Quart.*, 2012, n. 1, pp. 93 e ss.

di uno Stato con finanze pubbliche solide ha infatti consentito alle autorità germaniche di proteggere (esplicitamente o implicitamente) le banche nazionali e garantire la stabilità sul fronte interno.

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

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

Nel settembre 2011, la Commissione europea aveva approvato il rilascio di una garanzia statale di 10 miliardi di euro a HSH Nordbank. Tale forma di sostegno era stata concessa da HSH Finanzfonds, istituto finanziario di proprietà della città di Amburgo e del Länder di Schleswig-Holstein[30]. Oltre alla suddetta garanzia, la banca aveva ricevuto 3 miliardi di euro di nuovo capitale sottoscritto da HSH Finanzfonds. Il Fondo di stabilizzazione del mercato finanziario tedesco (SoFFin) aveva inoltre fornito garanzie di liquidità a copertura di nuove emissioni di debito fino a 17 miliardi di euro.

A seguito di alcuni adeguamenti, il rinnovo della garanzia di HSH Finanzfonds è stato approvato dalla Commissione nel maggio 2016[31]. Nella decisione de qua, l'Esecutivo europeo ha valutato positivamente il fatto che la vendita sarebbe avvenuta mediante una procedura competitiva[32], che non erano previsti aiuti di Stato che avvantaggiassero l'acquirente e che la nuova entità

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

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

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

sarebbe tornata redditizia nel lungo periodo[33]. Peraltro, nella circostanza si decise che il regime della Banking Communication del 2013 non agisse retroattivamente (a differenza del bail-in) non potendosi quindi estendere neppure alle banche che, inter alia, avessero ricevuto un benestare provvisorio, proprio come quello ottenuto da HsH Nordbank[34].

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

L'esigenza di ristrutturazione che si è manifestata per Nord Lb è spiegata dalla combinazione di una capitalizzazione relativamente debole e di un'alta concentrazione di finanziamenti verso il settore navale, molti dei quali considerati in sofferenza[35]. L'acquisizione della disastrata Bremer Landesbank aveva peggiorato ulteriormente lo stato di salute della banca[36].

---

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

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

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

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

Dopo un fallito tentativo di fusione con la Helaba bank di Francoforte[37], Nord Lb era stata già ricapitalizzata nel 2012[38], prima dell'entrata in vigore della BRRD, con un aumento di capitale da 3,3 miliardi e la concessione di una serie di garanzie pubbliche. Anche in quell'occasione il piano ottenne il benestare della Commissione in quanto venne definito «come aiuto di Stato in linea con le norme europee»[39].

La ricapitalizzazione pubblica è stata definita dalle autorità tedesche "la migliore opzione possibile", sebbene si fosse appalesata la possibilità ricorrere ad una soluzione privata proposta da due grandi fondi d'investimento, ma respinta dai vertici della banca e dai suoi principali soci[40].

---

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

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

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

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

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

In un edificio ordinatorio fortemente innovato dall'azione comunitaria, Commissione ha ritenuto, nel solco del precedente salvataggio autorizzato nel luglio del 2012, che la soluzione adottata per la ristrutturazione della banca tedesca non contempli aiuti di Stato e dunque non leda le regole europee in materia di concorrenza[41].

Il quadro giuridico dell'UE è neutro in termini di proprietà, quindi non pregiudica il diritto dello Stato di agire come operatore economico. Tuttavia, in base alle norme sugli aiuti di Stato, è necessario valutare se le transazioni economiche effettuate da un ente pubblico (comprese le imprese pubbliche) siano in linea con le condizioni del mercato, al fine di non conferire un vantaggio alle sue controparti. Questo principio, sviluppato per quanto riguarda le diverse transazioni economiche, è incorporato nel MEIP[42].

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

---

[41] COMMISSIONE EUROPEA, *Market-conform measures for strengthening capital and restructuring of Norddeutsche Landesbank*, SA.49094 (2019/N), 05-12-2019.

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

Torna utile precisare, a tal proposito, che se una parte degli interventi a sostegno di Nord Lb è stata finalizzata alla ricapitalizzazione dell'istituto di credito, l'altra è destinata a far sì che venga ripristinata l'originaria capacità dell'istituto di produrre reddito. Questo aspetto è, del resto, la pre-condizione affinché tanto gli azionisti pubblici quanto il sistema di protezione istituzionale ricevano una remunerazione per le risorse impiegate in linea con le condizioni di mercato[43].

Il progetto di ristrutturazione della banca, imbastito nel febbraio 2019 dall'azionista di maggioranza (lo Stato della Bassa Sassonia), mira a centrare gli obiettivi richiesti dall'SSM: 1) rispetto dei requisiti sul capitale prudenziale in tempi rapidi e con un percorso temporale ben identificato; 2) un business plan solido, fattibile, sostenibile nel lungo periodo per rimettere la banca in condizione di generare utili[44].

Le azioni acquistate dallo Stato della Bassa Sassonia non vengono detenute direttamente ma attraverso due società holding – NIG e HanBG – controllate esclusivamente dal Land e non svolgenti alcuna altra attività economica[45]. Qualsiasi decisione presa in relazione a Nord Lb sarà pertanto controllata dal Land in quanto unico proprietario di NIG. La holding rifinanzierà il suo investimento emettendo titoli sul mercato dei capitali che saranno soggetti a una garanzia statale. Nella misura in cui NIG riceve una garanzia richiesta come parte del rifinanziamento delle operazioni proposte dallo Stato della Bassa Sassonia, la Commissione comprende che si tratta semplicemente di una questione relativa all'attuazione della misura di rifinanziamento e che non deve

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

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

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

pertanto essere considerata separatamente dall'operazione complessiva. Posto che NIG non intraprende altre attività, non può essere definita come un'impresa ai sensi dell'art. 107, par. 1, TFUE[46], onde non si realizza uno dei presupposti richiesti affinché si configuri un aiuto di Stato.

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

Dato, dunque, che le condizioni per l'esistenza di un aiuto di Stato ai sensi dell'art. 107, par. 1, TFUE sono cumulative, la Commissione conclude che verificata l'assenza di una di queste condizioni le misure notificate non determinerebbero la concessione di aiuti di Stato. Di conseguenza, non ha ritenuto necessario valutare nessuna delle altre condizioni[47].

L'altra condizione presa in considerazione dalla Commissione per avvalorare questo tipo di interventi ha riguardato l'esistenza di concrete prospettive di risanamento della banca. Tale condizione, che nel caso in oggetto la DGCompetition ha ritenuto soddisfatta sulla base degli elementi descritti nel piano e già testati dall'autorità di supervisione nell'ambito dell'SSM[48], è tesa ad evitare che lo Stato sia chiamato ad elargire un supporto aggiuntivo in futuro.

Da ultimo, con riferimento al contributo erogato dal Fondo di garanzia di categoria, la Commissione ha sposato la linea sostenuta dalle autorità

[46] V. p.ti 196-198 della Decisione.

[47] V. p.ti 210-211 della Decisione.

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

germaniche secondo cui le misure in questione non rappresenterebbero aiuti di Stato giacché gli interventi attribuibili alla DSGV non possono essere ricondotti ad una regia pubblica né parimenti i mezzi utilizzati possono essere equiparati alle risorse statali, trattandosi di contributi volontari.

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

La verifica dei lineamenti stigmatizzati negli orientamenti della Commissione, ha permesso all'Esecutivo europeo di escludere l'applicazione della normativa sugli aiuti di Stato per l'operazione di ricapitalizzazione della Nord Lb, giacché il comportamento dello Stato membro è risultato perfettamente allineato a quello di un operatore privato in un'economia di mercato[49]. Diversamente, l'aiuto pubblico avrebbe rischiato di tradursi in distorsione della concorrenza e agevolato futuri comportamenti scorretti, incentivando tra l'altro il moral hazard.

Nella valutazione condotta dalla Commissione ciascuna delle misure individuate nel piano di ristrutturazione deve essere considerata individualmente per stabilire se una di esse può singolarmente fornire a NordLB un vantaggio competitivo che altrimenti non potrebbe ricevere in normali condizioni di mercato. Tuttavia, trattandosi di elementi della stessa più ampia transazione, il legame tra le diverse misure deve anch'esso riflettersi nella valutazione del MEIP[50].

Sebbene da un punto di vista formale il quadro di interventi orchestrato per impedire la risoluzione di Nord Lb appaia legittimo[51], si ritiene che lo stesso

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

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

[51] Si veda, al riguardo, ciò che la Corte di giustizia ha dichiarato nella sentenza *Stardust Marine* (Caso 482/99), cit., p.to 71: "Nella fattispecie, è incontestato tra le parti che, per stabilire se lo Stato abbia adottato o no il comportamento di un investitore avveduto in un'economia di mercato, occorre porsi nel contesto dell'epoca in cui sono state adottate le misure di sostegno finanziario al fine di valutare la razionalità economica del

possa prestarsi ad una diversa lettura che permetta di portare allo scoperto le pecche che si celano in alcune valutazioni non sempre congruenti sviluppate dalla Commissione nel suo reasoning.

Sia ben chiaro: ciò che viene in discussione non è la natura pubblica delle risorse impiegate. Affinché una misura possa rientrare nella nozione di aiuto concesso dallo Stato, ai sensi dell'art. 107, par. 1, TFUE, occorre che siano soddisfatte due condizioni distinte e cumulative, vale a dire che l'aiuto sia imputabile all'autorità pubblica e che sia concesso mediante risorse statali[52].

comportamento dello Stato e occorre quindi astenersi da qualsiasi valutazione fondata su una situazione successiva". Fra le altre si segnala l'interpretazione fornita nelle Conclusioni dell'AG Jacobs nelle cause riunite C-278/92, C-279/92 e C-280/92, *Spagna c. Commissione*, in *Racc.*, 1994, I-4103, p.to 28, ove si precisa che "È erogato un aiuto statale ogni volta che uno Stato membro mette a disposizione di un'impresa fondi che nel naturale corso degli eventi un investitore privato, che applichi criteri commerciali ordinari senza tener conto di fattori sociali, politici o filantropici, non avrebbe fornito". Secondo l'interpretazione fornita da M. EBNER e E. GAMBARO, *La nozione di aiuto di Stato*, in A. SANTA MARIA (a cura di), *Concorrenza e aiuti di Stato. Un osservatorio sulla prassi comunitaria*, Giappichelli, Torino, 2006, p. 28, " il criterio relativo al comportamento di un investitore privato non è altro che un corollario del principio della parità di trattamento fra proprietà pubblica e privata, di cui all'art. 295 CE, in forza del quale i capitali messi a disposizione di un'impresa, direttamente o indirettamente, da parte dello Stato, in circostanze che corrispondono alle normali condizioni di mercato, non possono essere considerati aiuti di Stato". Per un'esatta determinazione del contenuto precettivo di tale principio e delle metodologie utilizzate dalla Commissione per verificarne il rispetto, cfr. P. MENGOZZI, *Il principio dell'investitore in una economia di mercato e i valori del diritto comunitario*, in *Riv. dir. eur.*, 1995, pp. 19 e ss.; MALINCONICO, *Aiuti di stato,* in M.P. CHITI e G. GRECO, (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo europeo,* Giuffrè, Milano, 1997; B. SLOCOCK, *The market economy investor principle*, in *Competion Policy Newsletter*, 2, 2002, p. 23 ss.; G. KARYDIS, *Le principe de l'"opérateur économique privé", critère de qualification des mesures étatiques, en tant qu'aides d'Etat, au sens de l'article 87 par. 1 du Traité CE*, in *Rev. trim. droit eur.*, 2003, pp. 389 e ss.; M. PARISH, *On the private investor principle*, in *Eur. law rev*., 2003, pp. 70 e ss.; C.F. GHELARDUCCI e M. CAPANTINI, *Gli aiuti di stato e il principio dell'investitore privato negli orientamenti della Commissione e nella giurisprudenza comunitaria*, in A. MASSERA (a cura di), *Il diritto amministrativo dei servizi pubblici tra ordinamento nazionale ed ordinamento comunitario*, Pisa, plus, 2004, pp. 127 e ss.; H.W. FRIEDERISZICK e M. TROGE, *Applying the Market Economy Investor Principle to State Owned Companies - Lessons learned from the German Landesbanken Cases*, in *EC Competition Policy Newsletter*, 2006, pp. 105 e ss.; A. PAGANO, *Sull'applicazione del criterio dell'investitore privato operante in un'economia di mercato,* in *DPCE*, 2010, 3, pp. 1282 e ss.; M. KOHLER, *New Trends Concerning the Application of the Private Investor Test*, in *European State Aid Law Quarterly*, 1, 2011, pp. 21 e ss.; P. DE LUCA, *Il criterio dell'investitore privato in economia di mercato: il caso Commissione c. Electricité de France (Edf)*, in *Merc. conc. reg.*, 3, 2012, pp. 519 e ss.; R.F. BALDUCCI, *Lo stato può investire nel capitale di imprese pubbliche anche per mezzo di esenzioni fiscali: è la fine del "market economy investor principle"* in *DPCE*, 2012, pp. 1710 e ss.; F. LAPRÉVOTE - M. PARON*, The Commission's Decisional Practice on State Aid to Banks: An update*, in *ESTAL*, I, 2015, pp. 92 e ss.

[52] Cfr. Corte UE, 21 marzo 1990, causa C-142/87, *Regno del Belgio/Commissione*, c.d. *Tubemeuse*, Racc., I-959, p.to 25; 16 maggio 2002, causa C-482/99, *Repubblica*

Secondo una giurisprudenza consolidata della Corte di giustizia, di recente ribadita in occasione della pronuncia del Tribunale europeo sul caso Tercas[53], non è necessario distinguere a priori gli aiuti concessi direttamente dallo Stato da quelli erogati mediante un ente pubblico o privato, designato o istituito da detto Stato. La logica sottesa è infatti di evitare qualsiasi rischio di sotto-inclusione, vale a dire il rischio che, attraverso l'erogazione di aiuti da parte di enti autonomi, siano aggirate le disposizioni in materia di aiuti di Stato[54].

Francese/Commissione (Stardust Marine), Racc., I-4397, p.to 68; 24 luglio 2003, causa C-280/00, *Altmark Trans GmbH e Regierungspräsidium Magdeburg*, Racc., I-7747, p.ti 74 e 75.

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

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

7. Intervento pubblico e “market economy investor principle”

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

Di tal ché, al fine di distinguere tra contributi in conto capitale al settore privato (sotto forma sia di capitale di rischio che di debito) e aiuti di Stato a favore di banche già controllate dallo Stato, la Commissione ha fissato il noto “principio dell’investitore privato”: ogni aiuto ricevuto necessita di essere rimborsato con il tempo o remunerato secondo le normali condizioni di mercato, in tal modo assicurando la cessazione di qualsiasi forma di aiuto statale[55].

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

Mutuato dalle linee guida per tutte le imprese in difficoltà, il MEIP assume una declinazione particolare per il settore bancario[56], non risultando affatto

[55] M. PARISH, *On the private investor principle*, in *European Law Review*, 2003, pp. 70 e ss.

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

semplice stabilire in quali termini esso potesse e dovesse dispiegarsi in tale peculiare settore d'attività.

V'è da segnalare che la maggior parte dei salvataggi compiuti alla fine del secolo scorso ha riguardato istituti di credito pubblici (Crédit Lyonnais[57], Société Marseillaise de Crédit, GAN, Comptoir des Entrepreneurs) o che ricadevano sotto l'influenza dei pubblici poteri (CFF, Banco di Napoli e Banco di Sicilia[58]). In un certo numero di ipotesi riguardanti di fatto banche private, l'impresa in difficoltà è stata lasciata fallire (ad es., Barings nel Regno Unito e Banque Pallas Stern in Francia). In altre situazioni ancora, gli istituti di credito hanno ricevuto un sostegno a condizioni paragonabili a quelle di un investitore privato operante in un'economia di mercato.

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

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

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

normativa in materia di concorrenza giacché concesso a condizioni paragonabili a quelle di un "investitore privato operante in un'economia di mercato"[59].

Orbene, in base al suddetto principio non vi è distinzione tra proprietà pubblica e privata nella misura in cui operatori del settore pubblico operino come dei privati, vale a dire senza avvalersi delle speciali prerogative e dei mezzi finanziari di uno Stato membro e ottenendo un rendimento per il loro investimento nel salvataggio della banca in linea con le condizioni praticate sul mercato[60].

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

Benché si tratti di un criterio consolidato e ampiamente utilizzato, nella fase più acuta della crisi, si è ritenuto che non potesse essere utilizzato per valutare le misure di aiuto nei confronti delle banche perché nessun investitore privato sarebbe intervenuto in presenza di condizioni così avverse[61].

Proprio queste incertezze ed il fatto che sia la valutazione vada condotta tenendo conto delle particolari connotazioni del settore in cui tali misurazioni si

---

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

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

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

inscrivono mostrato la necessità di ulteriori precisazioni o quantomeno evidenziato limiti di applicazione del suddetto criterio.

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

Dinnanzi al problema di individuare l'esatta portata di tale regola, viene in rilievo, anzitutto, la necessità di distinguere l'ipotesi in cui lo Stato rivesta il ruolo di azionista-proprietario di un'impresa da quella in cui lo Stato agisca in quanto autorità pubblica, perché solo nella prima fattispecie ha senso comprovare il test dell'investitore privato[62].

Nel concedere un vantaggio economico a un'impresa i giudici europei hanno precisato che ai fini dell'applicazione del suddetto criterio vadano presi in considerazione solo gli utili e gli obblighi relativi al suo status di azionista, con conseguente esclusione di quelli correlati al suo status di autorità pubblica. Gli è che, il vantaggio è da considerarsi in re ipsa[63] quando l'intervento statale si configura quale manifestazione dei poteri d'imperio di cui dispone l'autorità statale, quando cioè essa agisce nel perseguimento di interessi pubblici ovvero quando la prospettiva di realizzare un profitto, benché sia presente, è di secondaria importanza.

Chiarito questo primo aspetto, occorrerà di seguito stabilire:

a) se il vincolo del minor onere debba essere inteso in chiave sistemica, ossia finalizzato a garantire l'efficienza e la stabilità dell'intero settore bancario,

b) ovvero se la finalità di tale vincolo – secondo una interpretazione che si ritiene più in sintonia con il dato letterale – vada verificata sul

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

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

piano essenzialmente della economicità e della vantaggiosità dell'intervento.

Nella prospettiva tesa a privilegiare l'integrità del mercato si è indotti a giudicare con favore un intervento di risanamento capace di restituire, in un determinato lasso di tempo, l'impresa alla redditività e al libero gioco concorrenziale[64]. Conclusione che sembra, del resto, trovare solide basi nell'orientamento espresso dalla Corte di giustizia secondo cui quando l'apporto di capitale di un investitore pubblico non tiene conto di alcuna prospettiva di redditività, anche a lungo termine, tale contributo deve essere considerato un aiuto ai sensi dell'art. 107 del TFUE e la sua compatibilità con il mercato interno deve essere valutata alla luce dei criteri pertinenti.

7.2. Il rispetto della clausola pari passu

In ossequio ad una consolidata "giurisprudenza" dell'Esecutivo europeo, un contributo in conto capitale con impiego di fondi pubblici soddisfa, in linea di principio, il criterio dell'investitore privato e non implica la concessione di aiuti di Stato se, in particolare, questo contributo ha luogo contemporaneamente a un intervento equipollente di un investitore privato effettuato a condizioni comparabili[65].

Corre l'obbligo di precisare, tuttavia, che la concomitanza di contributi di investitori privati e pubblici costituisce, al massimo, un'indicazione di assenza di aiuti ai sensi dell'art. 107, par. 1, TFUE. Poiché, come si è abbondantemente rimarcato, lo scopo del suddetto test è di confrontare il comportamento dell'investitore pubblico con quello di un ipotetico investitore privato, non vi è

---

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

[65] CGUE, causa T-296/97, Alitalia / Commissione, par. 100.

dubbio che l'esistenza di investitori disposti a investire in modo significativo e in chiave ancillare possa facilitare tale comparazione.

Se lo Stato sceglie un approccio diverso, deve dimostrare ex ante che l'investimento garantirà un rendimento sufficiente a coprire sia il costo opportunità sia il rischio che l'investimento stesso implica[66]. Secondo l'orientamento della Corte, il comportamento con il quale l'investitore pubblico deve essere confrontato non è necessariamente quello di un investitore ordinario che impiega capitale per il conseguimento di un profitto a breve termine. Piuttosto il parametro di riferimento deve essere quello di una holding privata o di un gruppo privato di società che perseguono una politica strutturale, globale o settoriale e dove la redditività viene in gioco in una prospettiva di più lungo termine (par 34).

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

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

Per dimostrare che un investimento pubblico può generare tassi di rendimento di mercato[67], la valutazione deve basarsi su ipotesi realistiche,

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

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

essere sostenibile rispetto ai cambiamenti del mercato e delle condizioni finanziarie sottostanti e comparabile ai livelli raggiunti da società simili in settori simili[68].

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

Orbene, nel caso specifico di Nord Lb, rivendicare tale eccezione sembra, per vero, esercizio particolarmente arduo. La critica qui mossa va imputata alla circostanza per cui l'intervento degli azionisti pubblici sia arrivato anche in chiave difensiva rispetto alla possibilità di dare corpo ad un'operazione di ristrutturazione promossa da fondi di private equity. La qualcosa conferma che, nonostante sussistesse un interesse per l'istituto tedesco anche da parte di soggetti privati, si sia preferito non tenerne conto pur di preservare l'assetto proprietario di natura pubblica della banca[69].

Si tenga presente, infatti, che in base alle prassi sopra richiamate un aumento di capitale da parte del principale azionista (lo Stato della Bassa Sassonia) presupporrebbe la compartecipazione di investitori privati quale condizione necessaria affinché la disciplina in materia di aiuti di Stato venisse disapplicata[70]. La proposta dei fondi Cerberus e Centerbridge concreterebbe il

---

requisiti regolamentari specifici, come il capitale minimo o la liquidità, rendono l'investimento non redditizio, un investitore operante in un'economia di mercato non procederebbe con gli investimenti.

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

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

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

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

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

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

Considerata la particolare varietà di forme che il sostegno pubblico può assumere, anche la posizione ricoperta dallo Stato in rapporto all'impresa beneficiaria può risultare determinante ai fini della suddetta classificazione[71]. Ferma l'essenza del ragionamento fin qui condotto, il criterio dell'operatore in economia di mercato può infatti essere declinato differentemente a seconda che lo Stato agisca in qualità di investitore, creditore, venditore, garante, acquirente.

Quando un operatore di mercato investe per trarre profitto, la logica di fondo che guida la sua scelta è la medesima che si riscontra quando egli interviene per "difendere" il suo investimento immettendo altre risorse per coprire o evitare perdite[72]. In entrambi i casi la motivazione è costituita dal desiderio di

non è avvenuto «a condizioni di mercato».

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

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

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

Restando in tema, occorre segnalare che in anni recenti la giurisprudenza della Corte ha avuto occasione di confrontarsi con questioni che aiutano a inquadrare il problema del criterio dell'operatore privato nell'ipotesi in cui siano già stati concessi aiuti in favore delle stesse imprese[73]. L'interrogativo che i giudici europei hanno dovuto sciogliere è se la presenza di aiuti già concessi alla società in cui l'autorità pubblica intende nuovamente investire possano incidere e in che modo sui risultati del test dell'investitore privato. Cosicché, ripercorrendo il formante della Corte europea viene in rilievo il salvataggio della banca danese FIH Erhvervsbank (FIH)[74], ove il Tribunale Ue decretò che in materia di crediti pubblici non si debba operare un parallelismo tra autorità

[73] Cfr. M. KÖHLER, *New Trends Concerning the Application of the Private Investor Test*, in *European State Aid Law Quarterly*, 2011, pp. 21 e ss.

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

statali e investitori che si muovono nell'ottica di conseguire un profitto a lungo termine[75]. In altri termini, se le autorità pubbliche mirano esclusivamente a ridurre l'esposizione finanziaria derivante da una misura di aiuto di Stato già adottata, anche ove essa sia compatibile con il mercato interno, il criterio dell'operatore privato non può applicarsi, perché l'intervento precedente ha già determinato condizioni di mercato non concorrenziali. Dunque, la volontà di evitare delle perdite non può legittimare ulteriori misure, che minerebbero altrimenti una situazione in cui un soggetto già beneficiario di aiuti verrebbe trattato in maniera più favorevole rispetto a chi non ha ricevuto alcun aiuto.

Se, tuttavia, nelle pronunce rese in Gröditzer Stahlwerke[76] e Land Burgenland[77] tale interpretazione trovò conferma, tant'è che le misure di aiuto già concesse dallo Stato non furono considerate idonee a giustificare il comportamento successivo delle autorità pubbliche poiché non allineate al MEIP, non altrettanto accadde nella sentenza ING, ove invece la scelta dello Stato di accettare termini di rimborso meno favorevoli rispetto alle condizioni praticate sul mercato venne valutata alla luce del test dell'investitore privato in economia di mercato.[78] [79]

---

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

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

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

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

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

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

La seconda conclusione cui si perviene – e che discende direttamente dalla prima – è che, quando lo scopo di una misura è quello di preservare l'integrità di un investimento in essere, la redditività futura non può ritenersi un test adeguato[80]. In tali evenienze il test appropriato deve prendere a riferimento la quantità dell'investimento già effettuato che può essere recuperata rispetto a quanto residuerebbe per il creditore in caso di liquidazione del debitore.

In ottemperanza alle indicazioni che emergono dal ragionamento dei giudici europei, la Commissione dovrebbe pertanto valutare le misure di aiuto chiedendosi come si comporterebbe in simili ipotesi non un investitore privato,

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

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

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

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

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

Tali considerazioni rilevano soprattutto ai fini del test che si deve compiere nell'applicare il MEIP, non dovendo la Commissione tener conto dei rischi relativi agli aiuti di Stato elargiti in passato a favore dello stesso beneficiario; onde si tratterà di escludere da tale valutazione l'importo concesso (legalmente) come aiuto di Stato sia perché il beneficiario non ha l'obbligo di restituirlo al creditore e sia perché quando tale sostegno è stato elargito lo Stato non ha agito come un investitore privato[81].

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

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

L'altro aspetto controverso del piano di salvataggio di Nord Lb attiene ad un coinvolgimento del fondo interbancario delle Sparkassen[82] riconosciuto dalla Commissione estraneo dall'applicazione della disciplina sugli aiuti di Stato.[83]

È opportuno sottolineare che gli interventi alternativi al pay-out dei DGS sono stati considerati aiuti di Stato dalla Commissione, persino quando finanziati con risorse private. Ne è dimostrazione lampante quanto accaduto nella vicenda Tercas, già sopra richiamata, ove la Commissione ha ribadito che gli interventi preventivi degli Schemi di garanzia dei depositi dovevano passare al vaglio della normativa sugli aiuti di Stato, con un doppio alternativo esito: i) nel caso non fosse stata riconosciuta la loro natura privata, sarebbe stata applicabile la condizionalità prevista dalla Banking Comunication del 2013, cioè a dire il sacrificio di azionisti ed obbligazionisti attraverso l'applicazione del burden sharing[84].

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

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

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

Ma la stessa "giurisprudenza" in materia della Commissione consente al fondo delle Sparkassen, poiché riconosciuto come schema di tutela dei depositi volontario, di agire senza incorrere nelle regole europee sugli aiuti di Stato. Similmente al modello disciplinato in Italia, il DSGV è un sistema di mutua protezione e garanzia regolato contrattualmente a livello di associazione di categoria. Tuttavia, il mandato d'azione dei fondi cambia a seconda della loro natura (più ampio quello del sistema volontario). Quest'ultimo, in particolare, salvo il mandato di fondo obbligatorio stabilito per legge, presenta una struttura ed una governance che lo assimilano ad un soggetto privato rendendolo di conseguenza riconducibile al medesimo genus del FITD[85].

Diversamente dal FITD, però, il Fondo tedesco rientra tra gli Institutional Protection Scheme (IPS), definiti dall'art. 113, par. 7, della Capital Requirements Regulation (Reg. 575/2013) come "un accordo di responsabilità contrattuale o previsto dalla legge che tutela gli enti partecipanti e, in particolare, garantisce che abbiano liquidità e solvibilità sufficienti a evitare il fallimento, ove necessario"[86].

Pur trattandosi di un meccanismo di mutuo soccorso, tale modello salvaguardia al tempo stesso l'autonomia delle banche associate, la loro

---

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

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

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

configurazione organizzativa e dimensionale, la loro forma societaria e l'attuale specializzazione funzionale[87]. Generalmente i partecipanti allo Schema sono soggetti singolarmente alla vigilanza delle autorità nazionali competenti o della BCE.

Sono proprio le finalità d'intervento indicate dalla CRR che impongono all'IPS di dotarsi di dispositivi preventivi, malgrado manchi una disciplina che specifichi le modalità a cui tali interventi debbano conformarsi[88].

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

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

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

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

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

Sul versante della disciplina degli aiuti di Stato, dato che vi è l'obbligo legale di intervenire sulla base delle disposizioni statutarie, il ruolo del Fondo dovrebbe essere considerato più simile a quello di un assicuratore che di un investitore privato[89].

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

Per inquadrare meglio il tema di cui si dibatte, e cioè del diverso trattamento che – come qui si sostiene – la Commissione avrebbe inteso riservare a fattispecie formalmente eterogenee ma simili nella sostanza, sia consentito formulare alcune riflessioni di segno ulteriore. Oltre, infatti, al trattamento di indubbio favore praticato dall'Esecutivo europeo, un regime privilegiato viene riconosciuto a siffatti schemi anche dalla regolamentazione europea sui requisiti di capitale nella (CRD IV), ove gli IPS non sono guarda caso citati[90], e

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

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

così anche dagli accordi di Basilea. In modo analogo, neppure i requisiti prudenziali aggiuntivi previsti per gli enti significativi, sia a livello domestico (domestic systemically important banks, D-SIB) che globale (global systemically important banks, G-SIB), si applicano agli IPS quando la loro dimensione divenga tale da renderli potenzialmente significativi (ossia con assets superiori ai 30 miliardi)[91].

In aggiunta i due IPS tedeschi appartengono a quella particolare tipologia per la quale si prevede che il gestore dello Schema rediga anche un bilancio consolidato, da cui emerga la compliance ai requisiti minimi di capitale anche per l'intero Schema, oltre che a livello individuale[92]. In tale fattispecie il vantaggio ulteriore per gli aderenti è quello di non dedurre dal capitale di vigilanza individuale i titoli di capitale in proprio possesso emessi da altri enti partecipanti all'IPS.

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

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

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

---

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

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

[92] Art. 49, par. 3, CRR.

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

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

E, per altro verso, alla Commissione europea rimuovere, sul versante della concorrenza, quelle disparità di trattamento che ha essa stessa disseminato nelle sue decisioni e che non appaiono giustificabili se si intende guardare alla sostanza dei fenomeni regolamentati. Gli è che, prendendo spunto dalla citata sentenza della Corte Ue su Banca Tercas, bisognerebbe pervenire anche su tale versante ad una codificazione più uniforme delle regole in materia[93].

---

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

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

9. Un confronto con le italiche vicende

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

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

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

---

to Face Banking Failures, in *Journal of Banking Regulation*, n. 11/2019, pp. 192 e ss.; S. MACCARONE, *La sentenza del Tribunale europeo sul caso Tercas*, in *Bancaria*, 3, 2019; E. GROSSULE, *Crisi bancarie ed intervento del FITD: prime considerazioni sulla sentenza Tercas*, in *www.dirittobancario.it*, 21 marzo 2019; D. ROSSANO, *Il Tribunale Ue boccia la Commissione europea sul caso Tercas*, in *Riv. trim. dir. eco.*, 2, 2019, pp. 22 e ss.

dibattito (mai sopito) sull'analisi delle recenti crisi bancarie[94]. Superando le specificità del caso della Cassa di Teramo oggetto della pronuncia, la Corte europea ha stabilito un principio di carattere interpretativo senza tuttavia modificare il contesto normativo di riferimento. Gli è che, in mancanza di un meccanismo di appello di urgenza (quello che è previsto in tutte le giurisdizioni amministrative e civili nazionali) la Commissione ha finito così per fregiarsi di un autentico diritto di vita e di morte sulle banche in crisi.

Al di là della questione giuridica sulla natura privatistica o meno del FITD, la decisione del Tribunale europeo ha di fatto messo in discussione il rigore dell'Esecutivo Ue nella gestione delle crisi bancarie e ha permesso di ribaltare i giudizi su tutti i salvataggi che successivamente sono stati impediti al FITD a causa dell'improvvido disegno di "sperimentare" gli effetti del nuovo framework disciplinare sui risparmiatori-clienti delle banche[95].

La storia italiana dei dissesti di questi ultimi anni dimostra come in nome di un astratto rigore "di mercato" si sia di fatto acconsentita un'enorme distruzione di valore. La disponibilità di capitali privati (nell'interpretazione restrittiva della Commissione, poi bocciata dal Tribunale) è stata considerata

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

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

come il banco di prova della possibilità di far sopravvivere una banca in crisi. Una sorta di giudizio divino di sapore medioevale.

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

L'impatto più evidente è quello che si è riversato sulla contemporanea crisi che si concluse con la risoluzione delle "quattro banche" (Etruria, Marche, Chieti e Ferrara)[96]. Si parlò, a tal riguardo, di due diverse catene causali, dimenticando che le due vicende furono temporalmente sovrapposte e la posizione della Commissione sulla prima fu determinante nell'esito della seconda[97]. Basti osservare che se l'intervento del FITD non fosse stato configurato come aiuto di

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

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

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

Stato, l'operazione di salvataggio delle "quattro banche" da parte del Fondo non avrebbe comportato il sacrificio dei diritti dei creditori subordinati e sarebbe avvenuta valutando le sofferenze delle banche a valori di bilancio[98]. Il divieto imposto al FITD di operare interventi alternativi, riflettendosi negativamente sulla stabilità finanziaria e sui mercati, ha aggravato anche le crisi successive, come quelle delle banche venete, di MPS, di banca Carige e della Popolare di Bari[99].

Nel caso della banca senese, fu usata la scappatoia della "ricapitalizzazione pubblica precauzionale"[100], disciplinata dall'art. 32, par. 4, lett. d), p.to iii), della BRRD e dall'art. 18, comma 1, lett. b) del Reg. Ue 806/2014 e prontamente incorporata nelle regole del D.L. n. 237/2016[101] con pesanti ricadute per gli azionisti e detentori di titoli subordinati. Per le due banche venete, la legge europea non venne applicata, a parte le norme sul "liquidation state aid". Lo spirito delle regole europee era ben distante, tuttavia, dalla procedura e dal

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

[99] Cfr. M. RISPOLI FARINA, *La resolución bancaria en Italia. Nuevas tendencias y comparación con Europa,* in J.C. GONZÁLEZ VÁZQUEZ - J.L. COLINO MEDIAVILLA (a cura di), *Regulación bancaria y actividad financiera frente a los nuevos desafíos*, Madrid, 2020, pp. 450 e ss.

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

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

pacchetto di misure che furono varate dalle autorità nazionali con il D.L. 99/2017[102]. Anche in quest'occasione la gran parte dell'operazione di salvataggio venne finanziata con immissione di risorse e rilascio di garanzie da parte dello Stato.

Facendo tesoro dell'esperienza maturata nel salvataggio della banca senese, con il D.L. n. 1/2019 si è inteso predisporre, in via cautelativa, una rete di protezione composta da tre strumenti: 1) il rilascio di garanzie pubbliche sull'emissione di nuovo debito da parte di banca Carige; 2) la concessione di una linea di liquidità da parte della BCE (ELA); 3) la ricapitalizzazione precauzionale da parte dello Stato qualora la situazione patrimoniale dell'istituto lo avesse richiesto[103]. Trovata una soluzione di mercato, l'intervento pubblico non si è poi rivelato necessario. Se tuttavia non vi fosse stato l'intervento del FITD e non vi fossero state alternative di mercato, la via che sarebbe stata intrapresa era quella della ricapitalizzazione precauzionale, non facile da ammettersi secondo le norme vigenti, oppure quella della liquidazione.

Vanno poi annoverate iniziative quali la costituzione del Fondo Atlante 1 – un fondo chiuso gestito da "Quaestio Capital Management" e partecipato, su impulso del governo italiano, da banche, fondi di investimento, Cdp e Poste, con il fine di ricapitalizzare banche in difficoltà e di rilevare i crediti in sofferenza[104] – e a seguire di Atlante 2 – con struttura e governance simili al primo, ma con oggetto limitato all'acquisto di NPLs –, hanno evidenziato anche la scarsa utilità delle risorse versate dagli istituti di credito al Fondo di risoluzione,

[102] L'operazione più importante, in termini di contributo dello stato, è stata quella che ha riguardato la Banca Popolare di Vicenza e Veneto Banca, acquisite a giugno del 2017 dal Gruppo Intesa-San Paolo dopo la liquidazione coatta amministrativa. M. RISPOLI FARINA, *La soluzione della crisi delle banche venete nell'ambito della procedura di risanamento e risoluzione delle banche italiane. Uno sguardo di insieme*, in *Innovazione e diritto*, n. 2, 2018.

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

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

utilizzabili solo in presenza di un interesse pubblico (non sempre semplice da stabilire), dunque nel quadro della risoluzione, e di un bail-in pari ad almeno l'8% del passivo.

Un assetto troppo rischioso, ma che può essere smantellato consentendo l'utilizzo dei fondi di garanzia dei depositi – attraverso interventi "alternativi" al pay-out basati sul principio del "minor onere" – sia nella fase che precede la dichiarazione di dissesto, sia in quella di eventuale liquidazione. Le crisi bancarie devono poter essere gestite in maniera efficace e rapida, è la conclusione, e recuperare la solida tradizione nazionale basata su interventi del Fondo interbancario di tutela dei depositi, o di altri "schemi volontari" costituiti con soli fondi privati, vanno in questa direzione[105].

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

Seguendo la stessa sorte di Carige, anche la Banca Popolare di Bari (BPB) è stata sottoposta a gestione commissariale[106]. In questo contesto, le possibilità di risolvere la crisi della BPB attraverso aggregazioni è stata ritenuta (almeno

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

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

allo stato) non percorribile per il livello di onerosità che sarebbe derivato dalla acquisizione della banca in qualunque forma effettuata. La Banca d'Italia ha così adottato una misura idonea, al contempo, a costituire la prima indispensabile fase di un processo di risanamento oppure funzionale alla più efficiente conservazione del patrimonio e dei valori di funzionamento per la migliore allocazione dell'azienda o delle sue componenti, attraverso una ordinata liquidazione o efficiente risoluzione.

Il D.L. n. 142/2019 (convertito nella L. 7 febbraio 2020, n. 5) prevede una ricapitalizzazione da parte dello Stato attraverso l'intervento nel capitale della banca del Mediocredito centrale (MCC), controllato direttamente da Invitalia, società che fa capo al ministero dell'Economia[107]. La struttura del provvedimento è volta a predisporre un quadro stabile di intervento a sostegno del sistema creditizio del Mezzogiorno, così da individuate le risorse (pubbliche) necessarie a dare attuazione agli impegni assunti[108]; mentre non vi si trova alcun riferimento diretto al salvataggio dell'istituto pugliese.

Tuttavia, a latere del decreto è stato formalizzato un Accordo quadro tra FITD, MCC e BPB contenente un insieme di iniziative per la messa in sicurezza e, successivamente, il rilancio dell'istituto pugliese, tra cui rilevano: 1) un

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

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

intervento di rafforzamento patrimoniale complessivo; 2) la messa a punto di un piano di ristrutturazione pluriennale credibile e ambizioso, in grado di consentire alla BPB di tornare a generare utili in modo durevole e in misura comparabile a quella di analoghi operatori presenti sul mercato; 3) la trasformazione in SpA della banca; 4) la tempistica di questi passaggi.

Sarà, dunque, MCC a partecipare insieme al FITD all'aumento di capitale della Banca popolare di Bari, per favorire il rilancio dell'istituto pugliese. Nello specifico, il decreto prevede l'attribuzione a Invitalia di uno o più contributi in conto capitale, fino a 900 milioni di euro nel 2020, per potenziare il patrimonio del Mediocredito Centrale. L'intervento "ponte" del FITD – richiesto dai Commissari straordinari e destinato ad assorbire le perdite realizzate dalla BPB prima dell'intervento – e a riportare i coefficienti patrimoniali della banca a valori in linea con i minimi regolamentari[109]. Una misura questa che si è resa indispensabile per consentire l'investimento di MCC nel capitale di BPB a condizioni di mercato, secondo quanto prescritto dal decreto legge, così da permettere al finanziatore pubblico di beneficiare dei risultati della nuova gestione. L'intervento di ricapitalizzazione nel suo insieme è infatti destinato al recupero dell'equilibrio economico patrimoniale dell'Istituto, secondo valutazioni che obbediscono al criterio dell'investitore in un'economia di mercato[110] così da scongiurare effetti distorsivi della concorrenza. Anche il coinvolgimento di soggetti privati esterni (banche del territorio, investitori non bancari, partner industriali) al progetto di risanamento e rilancio della Popolare di Bari ha come obiettivo quello di rispondere a logiche, criteri e condizioni di mercato secondo quanto richiesto dal D.L. n. 142/2019 e dal regime degli aiuti di Stato imposto dalla Commissione europea.

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

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

In questa prospettiva, altrettanto importante è la possibilità riconosciuta a MCC di realizzare operazioni finanziarie, incluso l'acquisto di partecipazioni nel capitale di banche e altre società finanziarie, nella prospettiva di una loro ulteriore razionalizzazione, per la promozione di attività finanziarie e di investimento anche a sostegno delle imprese nel Mezzogiorno. Tant'è che, a seguito di tali operazioni di acquisto, si autorizza la scissione di MCC e la costituzione di una nuova società, a cui sono assegnate le attività e le partecipazioni acquisite da banche e società finanziarie e che è interamente partecipata dal Ministero dell'Economia e delle finanze (art. 1, comma 2)[111].

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

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

Il decreto del governo per ricapitalizzare BPB prefigura una vera e propria nazionalizzazione, non temporanea come nel caso di MPS; operazione che pertanto non impone costi agli obbligazionisti subordinati, malgrado comporti per gli azionisti una severa diluizione del loro investimento[112].

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

[112] L'operazione messa in campo dai commissari straordinari per arrivare a superare le ostilità dei soci prevede cinque interventi, il primo dei quali riguarda i 15 mila possessori di obbligazioni subordinate, il cui valore sarà totalmente rimborsato entro il 2021. Per chi parteciperà all'assemblea e "a prescindere" da come voterà, sono stati messi a disposizione una serie di incentivi fra cui azioni gratuite per complessivi 20 milioni e il riconoscimento di un valore per azione pari all'ultimo prezzo di quotazione del titolo nel mercato HI-MTF a favore di quei soci che abbiano rinuncino ad ogni pretesa o azione connessa agli aumenti di capitale della Banca, deliberati ed eseguiti nel corso degli esercizi 2014 e 2015. Sono stati esclusi da questa proposta i clienti dell'istituto pugliese con posizioni in sofferenza o c.d. "unlikely to pay", i dirigenti della banca o loro familiari, i destinatari di provvedimenti sanzionatori di Banca d'Italia e Consob o coinvolti in procedimenti giudiziari non conclusi. **È stato** previsto altresì un *warrant* a titolo gratuito per ciascuna azione posseduta, diversa da quelle sottoscritte nell'aumento di capitale 2014/15, che conferisce la facoltà a chi lo riceve

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

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

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

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

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

---

di sottoscrivere l'acquisto di azioni della futura banca a un prezzo conveniente e a una scadenza stabilita. Infine i commissari fanno propria anche una proposta delle associazioni dei consumatori e propongono l'istituzione di un "tavolo di conciliazione" con una dotazione iniziale da 8 milioni di euro. Una misura riservata agli azionisti che hanno acquistato titoli prima del 2014 e che si trovano in gravi condizioni economiche o che comunque hanno motivi risarcitori fondati. A tutto ciò si aggiunge la non meno rilevante copertura integrale delle perdite e la ricostituzione del capitale, pari a 10 milioni di euro, grazie agli stanziamenti di Fondo interbancario e Mediocredito Centrale (*i.e.*, lo Stato).

Al cuore della vicenda in oggetto si collegano anche problematiche di tipo più generale che riguardano l'efficacia del ricorso alla flessibilizzazione delle regole e soprattutto la nuova centralità assunta dall'intervento statale ed in particolare dal ricorso alle misure di nazionalizzazione come soluzione "preferenziale" per superare la crisi dell'intermediario[113].

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

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

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

Da un lato, vi sono le misure di sostegno finanziario pubblico ex art. 32, par. 4, lett. d), BRRD che in chiave precauzionale servono a prevenire il dissesto ovvero il rischio di dissesto dell'impresa quando questi dipendono da condizioni di natura essenzialmente esogena rispetto alla banca; tali strumenti sono volti a scongiurare il pericolo di risoluzione dell'ente bancario e, perciò, condividono

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

finalità analoghe con quelle delle misure d'intervento precoce[114] che, però, sono essenzialmente preordinate a rimuovere cause e problemi di tipo essenzialmente endogeno. Di fatto anche la ricapitalizzazione precauzionale può condurre ad una nazionalizzazione, seppure temporanea, dell'istituto di credito. Si osservi, inoltre, che nelle operazioni di ricapitalizzazione pubblica preventiva non vengono in discussione la natura di impresa e la struttura societaria delle banche e degli intermediari finanziari, ma a mutare è soltanto l'entità dell'azionista e, talora, il modo in cui egli esercita i suoi diritti[115].

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

Tali dispositivi devono tuttavia "(…) rappresentare una soluzione di ultima istanza", nel senso che sono attivabili al ricorrere delle seguenti condizioni: 1) l'innesco degli strumenti di resolution non appare sufficiente per evitare che si producano esternalità negative sulla stabilità finanziaria; 2) gli altri strumenti non assicurano una protezione sufficiente dell'interesse generale, se l'istituto soggetto a resolution ha già ricevuto aiuti alla liquidità da parte della banca centrale; 3) l'applicazione di altre misure non risulta sufficiente se l'ente insolvente ha già ricevuto aiuti pubblici straordinari in termini di capitale (art. 56, par. 3). Inoltre, l'art. 37 della BRRD, nel consentire che, in situazioni eccezionali di crisi sistemica, possa ricorrersi ai suddetti strumenti, richiede, al par. 10, lett. b), che tale iniziativa superi il vaglio di compatibilità con la disciplina degli aiuti di Stato[116].

---

[114] Cfr. art. 27 e *considerando* 40 della BRRD.

[115] Cfr. G. NAPOLITANO, *L'intervento dello Stato*, cit., p. 6.

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

Per inciso, la nazionalizzazione temporanea è “eccezionale”, in quanto rivolta ad evitare il bail-in. Il meccanismo si può applicare ad una banca “significativa e solvibile” che incontra difficoltà e che decide di avvalersi dell’intervento dello Stato. La procedura prevede il confronto dialettico dell’istituto di credito, del governo nazionale, della BCE, della DGComp. È difatti la Commissione che anche in tale circostanza deve valutare che la risoluzione della banca avrebbe effetti sistemici negativi e applicare pertanto la deroga alla normativa sugli aiuti di Stato che opera in caso di “grave turbamento dell’economia” (art. 107, par. 3, lett. b, Tfue)[117].

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

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

La decisione di accordare una qualsiasi forma di assistenza finanziaria adoperando risorse pubbliche scaturisce pur sempre da una valutazione discrezionale che deve essere formulata a livello di singolo Stato e che risponde, il più delle volte, ad un disegno strategico volto al perseguimento sul

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

piano interno di determinate finalità (anche di stampo dirigistico) a detrimento delle politiche europee di integrazione e di coordinamento tra gli Stati membri.

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

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

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

12. Riflessioni conclusive

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

Per eludere il coinvolgimento dei creditori privati, l'intervento pubblico può essere ritenuto legale, ma la controversa applicazione della disciplina sugli aiuti

di Stato da parte della DGCompetition rafforza la comparsa di doppi standard nell'Eurozona. I vecchi vizi sono duri a morire e ostacolano i progressi verso il completamento dell'Unione bancaria e una più ampia integrazione dell'Eurozona.

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

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

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

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

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

Gli aiuti di stato hanno cambiato volto al settore bancario europeo per le differenti dimensioni del sostegno fornito dagli Stati membri. In termini assoluti la Germania è stato il paese che ha dovuto aumentare di più il debito pubblico per salvare le proprie banche[118].

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

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

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

A partire dal 2013, l'Antitrust europeo ha categoricamente rinnegato la flessibilità che aveva caratterizzato l'approccio della Commissione dinnanzi

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

all'imperversare della crisi finanziaria, privilegiando il ripristino di un criterio ancora più limitativo di quello della BRRD. Gli effetti nefasti che, nell'ansia di affermare il principio del massimo rigore per le misure di aiuto statale, hanno trovato la loro più bieca esplicitazione nell'obbligo di condivisione degli oneri a scapito di azioni e creditori junior, si sono ben presto riverberati sulla stabilità del sistema creditizio.

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

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

La giustificazione del regolatore europeo nel vietare l'intervento dei governi nel salvataggio delle banche, quando assumano la veste di aiuti di Stato, sembra a questo punto una foglia di fico. Sembra più assennato pensare che le remore europee servano a salvaguardare i bilanci pubblici e in prima istanza a lasciare che il mercato trovi soluzioni ragionevoli. Il mercato sembra tuttavia avere bisogno di una regia pubblica, come ad esempio una banca centrale, per coordinare qualsiasi tipo di intervento[119].

Tutto quanto fin qui esposto genera la sensazione che sia necessaria quanto prima una modifica del disegno organizzativo interno dell'Unione bancaria nei suoi diversi blocchi disciplinari. Resta difficile individuare il miglior percorso per un cambiamento di tale portata. La tentazione politica sarebbe quella di

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

determinate per via legislativa una modifica del quadro normativo, giungendo sin'anche a riformare competenze e poteri dei supervisori e delle autorità preposte alla gestione/prevenzione delle crisi.

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

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

L'interruzione del processo tributario per morte del difensore. la problematica individuazione del dies a quo nell'evoluzione nomofilattica della giurisprudenza di legittimità

di **Filippo Castagnari**
Autore su InnovazioneDiritto.it

ABSTRACT

The aim which governs the so-called "interruption of trial" – ruled by art. 40, Legislative Decree 31st December 1992, Nr. 546 – can be recognised in ensuring the effectiveness of the adversary proceeding principle, when the party itself, its legal representative or even its lawyer are subjected to such an event.

In case of death of the party's lawyer, the presumed automatic consequence related to the occurrence of the event aforementioned and the following simultaneous effect, which consists in a point in time since the trial stops its prompt flow for a semester at most, is able to engender significant issues in order to guarantee the party's right to the effective and profitable exercise of its procedural faculties established by law.

An interpretation "secundum constitutionem" of the regulation thereof – according to the principle of the due process of law – brings to the necessary consequence that if the party is fully and consciously able to enjoy the "procedural benefits" related to the interruption of the trial, then the target intended by law is successfully satisfied.

Thus, the term set out for resuming the interrupted trial, cause of the death of the party's lawyer, starts at the day when all the parties involved in the trial thereof have legal knowledge of the interrupting event due to a statement, notification or certificate which stands for the fact occurred.

SINTESI

L'interruzione del giudizio tributario – disciplinata dall'art. 40, Decreto legislativo 31 dicembre 1992, n. 546 – ravvisa la sua ratio nella necessità di assicurare l'effettività del contraddittorio, qualora la parte, il suo legale rappresentante o il suo difensore siano colpiti da eventi tali da compromettere l'attività di partecipazione allo svolgimento della dialettica processuale.

In caso di morte del difensore costituito, il presunto automatismo tra accadimento dell'evento interruttivo ed immediata decorrenza del termine semestrale di "arresto" del giudizio produce rilevanti problematiche esegetiche in ordine alla salvaguardia dell'effettivo e proficuo esercizio delle prerogative processuali riconosciute in capo alla parte colpita dall'evento de quo.

Un'interpretazione costituzionalmente orientata della normativa in parola, unitamente all'osservanza del principio di efficienza, efficacia ed effettività della funzione giurisdizionale (i.e. giusto processo), conduce a considerare soddisfatta la finalità della disciplina in parola nel momento in cui la parte colpita dall'evento interruttivo è posta nella condizione di fruire compiutamente e scientemente del "beneficio processuale" previsto dalla legge, in conseguenza della previsione del termine interruttivo semestrale del regolare corso del giudizio.

Sicché, il termine per la riassunzione o la prosecuzione del processo interrotto per la morte del procuratore costituito di una delle parti in causa decorre non già dal giorno in cui si è verificato l'evento interruttivo, bensì da quello in cui le parti abbiano avuto conoscenza legale di tale evento e che tale conoscenza può dirsi perfezionata in presenza di una dichiarazione, notificazione o certificazione rappresentativa del fatto che determina l'interruzione del processo.

SOMMARIO

1. *Gli eventi interruttivi del processo tributario. Tassonomia ed inquadramento generale* - **2**. *Gli eventi interruttivi inerenti al Difensore costituito. Periodo di rilevanza e momento di perfezionamento* - **3**. *Problematiche esegetiche relative all'identificazione del dies a quo dell'interruzione del processo per morte del*

difensore. Un'interpretazione in chiave evolutiva delle pronunce giurisprudenziali di vertice

1. Gli eventi interruttivi del processo tributario. Tassonomia ed inquadramento generale

La legge processuale tributaria prevede due tipologie di istituti finalizzati ad "arrestare" – seppur momentaneamente – la regolare scansione temporale degli atti e delle procedure che disciplinano il contenzioso fiscale: segnatamente, la sospensione (art. 39, D.Lgs. 31 dicembre 1992, n. 546) e l'interruzione (art. 40, D.Lgs. n. 546 del 1992) del processo.

Per quanto d'interesse della presente trattazione, l'interruzione del processo – in assonanza con l'istituto della sospensione – conduce si opus sit ad un "arresto temporaneo"[1] del procedimento giurisdizionale incardinato; alla manifestazione di un evento, riconosciuto dalla legge come dotato di efficacia interruttiva – ex art. 40, comma 1, D.Lgs. n. 546 del 1992 – non possono essere compiuti atti processuali ed il decorso dei termini è, ipso facto, interrotto finché le parti non provvedano alla riassunzione della causa a norma del successivo art. 43, comma 2, del Decreto in commento.

L'interruzione, dunque, determina gli stessi effetti processuali della sospensione sebbene si differenzi da quest'ultima in quanto dipendente da eventi che riguardano le parti e non da situazioni afferenti la c.d. "funzione decisoria del giudice".[2] In altri termini, scongiurare la possibilità che la regola del caso concreto, apprestata dall'organo giudicante alla controversia compulsata, sia viziata da questioni pregiudiziali incidenti la decisione di fatto del giudice ovvero dalla cui risoluzione dipenda la decisione della causa (art. 39, commi 1 e 1-bis, D.Lgs. n. 546 del 1992).

---

[1] *Espressione efficacemente adoperata da autorevole dottrina – F. TESAURO, Manuale del processo tributario, Torino, 2014, pp. 188 e ss. – per indicare l'essenza giuridica dell'istituto de quo. Concordemente, G. FALSITTA, Manuale di diritto tributario - Parte Generale, Padova, 2015, p. 631; V. FICARI in A. FANTOZZI (a cura di), Diritto tributario, Torino, 2012, p. 1055.*

[2] *Cfr. C. CONSOLO - C. GLENDI, Commentario brevi alle leggi del processo tributario, Padova, 2013, pp. 499 e ss.*

La ratio dell'istituto è – in essenza – ravvisabile nella necessità di assicurare l'effettività del contraddittorio, sicché il giudizio si interrompe quando la parte, il suo legale rappresentante o il suo difensore sono colpiti da eventi tali da compromettere l'attività di partecipazione allo svolgimento della dialettica processuale;[3] pertanto, la morte o l'avvenuta incapacità della parte, del suo legale rappresentante o del suo difensore risultano fattispecie idonee, ipso iure, ad integrare gli estremi di una simile condizione processuale.

Attraverso un siffatto istituto si mira, quindi, ad evitare che la cessazione o l'alterazione dell'effettività del contraddittorio, conseguente ad uno dei suddetti eventi, ostacoli la concreta possibilità di una delle parti di agire nel processo a proprio favore e di svolgere attività difensiva.[4]

Il processo, pertanto, subisce un arresto subordinato all'esigenza di riassestare la situazione di equipollenza "processuale-formale" delle parti. Appare una logica conseguenza di quanto poc'anzi esposto che tali norme siano disposte dal legislatore tributario esclusivamente a tutela della parte colpita da uno degli eventi de quibus; giacché la controparte risulterebbe sprovvista tanto di interesse, quanto di legittimazione a recriminare un'irrituale trattazione del processo.[5]

---

[3] Sul punto cfr. MIN FIN., circ. 23 aprile 1996, n. 98/E, Parte n. 7, art. 40: «l'istituto dell'interruzione del processo ha la funzione di consentire una corretta ed effettiva estrinsecazione del principio del contraddittorio tra le parti. Ne consegue che è stata prevista una interruzione dell'attività processuale allorquando una parte, in particolare il contribuente, non possa più "stare in giudizio"». In uniformità di vedute, AGENZIA DELLE DOGANE, circ. 4 aprile 2002, n. 26/D § 10.2.

[4] N. SANTI DI PAOLA (a cura di), Trattato del nuovo contenzioso tributario, Tomo I, Rimini, 2012, p. 1500; C. MANDRIOLI - A. CARRATTA, Corso di diritto processuale civile - Il processo di cognizione, Torino, 2016, pp. 220 e ss.

[5] Cfr. Cass., Sez. trib., 23 maggio 2001, n. 7007 in CED online dove la Suprema Corte afferma che "infatti, costituisce costante orientamento di questa Corte (cfr., ex pluribus e da ultime. sentt. nn. 11753 del 1998, 9672 del 1999, 8933 del 2000), integralmente condiviso dal Collegio, quello, secondo cui, poiché l'interruzione del processo è preordinata dalla legge a garanzia dell'esercizio del diritto alla tutela giurisdizionale e/o alla difesa della parte nei cui confronti intervengono determinati eventi idonei a pregiudicarlo, non sono legittimati a dolersi dell'omessa interruzione le altre parti del processo, anche nel caso in cui la parte, della quale sia venuta meno la presenza nel giudizio per effetto della sua mancata interruzione, sia un litisconsorte necessario; siffatto orientamento, formatosi sulla disciplina dell'istituto della interruzione del processo, dettata per il processo civile ordinario, è sicuramente applicabile anche a quella, dettata dal D.Lgs. n. 546 del 1992 agli artt. 40-43, che regola l'istituto medesimo nel nuovo processo tributario sullo stampo del codice di rito civile, apportandovi limitate modificazioni – che non rilevano nella presente fattispecie – imposte dalle peculiarità del suo oggetto".

La rilevabilità di un evento interruttivo può essere efficacemente esperita anche dinanzi alla Commissione Tributaria Regionale in forza dell'estensione, disposta dall'articolo 61, D.Lgs. n. 546 del 1992, delle norme dettate per il procedimento di primo grado al giudizio di Appello (se non incompatibili con le disposizioni prescritte, per siffatto mezzo di gravame, dal Decreto in parola). Ciononostante, la giurisprudenza di legittimità ha in più occasioni precisato che – nei giudizi incardinati dinanzi alla Corte di Cassazione – non risulterebbe ammissibile la vigenza di un siffatto istituto, stante la struttura ad "impulso officioso"[6] di tale procedimento.[7]

Similmente, Cass., Sez. trib., 10 agosto 2010, n. 18541; Cass., Sez. VI civ., ord. 9 ottobre 2015, n. 20358; Cass., Sez. trib., 28 maggio 2001, n. 7216; Cass., Sez. trib., ord. 18 maggio 2011, n. 10880 in CED online.

In dottrina, cfr. U. PERRUCCI, Il nuovo processo tributario, in Boll trib. inf., n. 3/1993, in http://www.plusplus24fisco.ilsole24ore.com/.

[6] Espressione suggellata da C. CONSOLO - C. GLENDI, o.u.c., pp. 504 e ss.

[7] Orientamento inaugurato, in funzione nomofilattica, da Cass., Sez. un., 21 giugno 2007, n. 14385, a mente della quale "nel giudizio di cassazione, che è dominato dall'impulso d'ufficio, non trova applicazione l'istituto della interruzione del processo per uno degli eventi previsti dagli artt. 299 e segg. cod. proc. civ., onde, una volta instauratosi il giudizio, il decesso di uno dei ricorrenti, comunicato dal suo difensore, non produce l'interruzione del giudizio". Uniforme interpretazione di diritto oggettivo assodata da copiose pronunce della Suprema Corte; ex multis, Cass., Sez. II civ., 23 febbraio 2007, n. 4233, secondo cui "nel giudizio di cassazione, essendo influente la sopravvenuta morte della parte, coloro che intendano prendervi parte, in proprio nome e nella qualità di eredi, possono farlo con atto di intervento o con ricorso, ma mai con comparsa di costituzione"; Cass., Sez un., 22 aprile 2013, n. 9692; Cass., Sez. trib., 24 gennaio 2016, n. 3611 in CED online.

Ad ogni buon conto, un siffatto indirizzo dei giudici di legittimità è stato tacciato di incostituzionalità attraverso la sentenza n. 109 del 18 marzo 2005 da parte della Corte costituzionale: "Se infatti è vero, a parere del giudice a quo, che resta estranea al giudizio di cassazione, dominato dall'impulso officioso, la ratio delle norme in tema di interruzione collegata al carattere dispositivo del processo ed all'esigenza di affidarne la prosecuzione all'impulso di parte, è pur vero che quelle stesse disposizioni tutelano il diritto di difesa ed il contraddittorio con previsioni che, nel caso di morte, radiazione e sospensione dall'albo dell'unico procuratore costituito, determinano l'interruzione automatica del processo ed importano la nullità di ogni ulteriore attività processuale" , affermano i giudici costituzionali.

Pertanto, "la Corte rimettente ritiene, tuttavia, di dover rimeditare questo consolidato indirizzo che, per il caso di morte dell'unico difensore costituito, condurrebbe a risultati contrastanti con gli artt. 3, 24 e 111 Cost.".

Alla luce di siffatte osservazioni, i giudici di legittimità hanno mutato il precedente convincimento riconoscendo che "nel giudizio di Cassazione in caso di morte dell'unico difensore, attestata dalla relata di notifica dell'avviso di udienza, la causa deve essere rinviata a nuovo ruolo dandone, comunicazione alla parte personalmente, onde consentirle di provvedere alla nomina di un nuovo difensore. Tuttavia se la parte, una volta ricevuta tale comunicazione, rimane inerte e non provvede alla nomina di un nuovo difensore, vengono meno i presupposti per reiterare gli adempimenti prescritti dall'articolo 377, comma 2, del codice di procedura civile" (Cass., Sez. un., 13 gennaio 2006, n. 477 in CED online).

Le cause interruttive del processo sono indicate in via tassativa dall'articolo in commento e ricalcano la casistica contenuta negli artt. 299 e ss. c.p.c.; in sintesi:

1) il venir meno, per morte o altre cause, o la perdita della capacità di stare in giudizio di una delle parti (interdizione, inabilitazione) – diversa dall'Ufficio impositore – ovvero del suo legale rappresentante o la cessazione di tale rappresentanza (art. 40, comma 1, lett. a, D.Lgs. n. 546/1992);

2) La sja la morte, la radiazione o sospensione dall'albo o dall'elenco di uno dei difensori incaricati a sensi dell'art. 12, D.Lgs. n. 546/1992 (art. 40, comma 1, lett. b), D.Lgs. n. 546 del 1992).

La rilevazione del momento a cui ricollegare il sorgere dell'evento interruttivo si atteggia secondo una differente modulazione in base alla seguente circostanza: la costituzione in giudizio della parte – munita o meno – del patrocinio di un difensore abilitato all'esercizio di tale ministero dinanzi agli organi di giurisdizione tributaria, ai sensi dall'art. 12, D.Lgs. n. 546 del 1992.[8]

Infatti, l'art. 40, comma 2, D.Lgs. n. 546 del 1992 riporta testualmente: "l'interruzione si ha al momento dell'evento se la parte sta in giudizio personalmente e nei casi di cui al comma 1, lettera b). In ogni altro caso l'interruzione si ha al momento in cui l'evento è dichiarato o in pubblica udienza o per iscritto con apposita comunicazione del difensore della parte a cui l'evento si riferisce".

Di talché, le prescrizioni poc'anzi rammentate sostanziano un movimento osmotico – nonché organico – rispetto alle disposizioni di cui all'art. 300, commi 1 e 3, c.p.c.; inoltre, in forza del richiamo testé adoperato, non sembra peregrino sostenere che qualora taluni degli eventi elencati al punto sub 1 si avveri nei riguardi della parte patrocinata in giudizio, il difensore costituito il procuratore

---

Successivamente, Cass., Sez. trib., 10 febbraio 2016, n. 2623; Cass., Sez. II civ., 10 dicembre 2015, n. 24975; Cass., Sez. trib., 5 marzo 2012, n. 3444; Cass., Sez. trib., 20 febbraio 2015, n. 3415, in CED online.

[8] Ai sensi del rimando indiretto alle norme del codice di rito, contenuto nell'art. 1, comma 2, D.Lgs. n. 546 del 1992, è pacifico ritenere che le disposizioni concernenti l'assistenza tecnica dinanzi alle commissioni tributarie debbano subire un raccordo con le prescrizioni – allorquando e nella misura in cui risultino estendibili – contemplate agli artt. 82 e ss. c.p.c..

costituito "lo dichiara in udienza o lo notifica alle altre parti" (art. 300, comma 1, ultimo periodo, c.p.c.).[9]

È doveroso rilevare che non si dà luogo ad interruzione del processo laddove tali cause riguardino un difensore della parte – a fronte della procura conferita a più difensori disgiuntamente – così come la mancata previsione di eventi interruttivi riferibili ad articolazioni dell'Amministrazione finanziaria si spiega alla luce del fatto che nei suoi confronti non sono ravvisabili, generalmente, fatti lesivi e/o disruptivi della propria capacità processuale.

Ad ogni modo, la giurisprudenza di legittimità rintraccia nell'eccezionalità di talune manifestazioni empiriche la possibilità di decodificare ipotesi legittime di interruzione del processo in capo all'Ente pubblico resistente; segnatamente, in caso di fusione tra Comuni o di soppressione di un ente locale, di un'articolazione dell'Amministrazione finanziaria dotata di personalità giuridica, di enti di riscossione dei tributi, più in senso lato di un ente pubblico parte del rapporto tributario controverso.[10]

Per far sì che il verificarsi di un evento interruttivo assuma idoneità a produrre l'effetto giuridico tipizzato dalla norma, lo stesso deve realizzarsi alternativamente:

---

[9] *Chiaramente, l'istituto della notificazione poc'anzi addotto viene sostituito nella disciplina del processo tributario da una semplice comunicazione; ciò al riscontrarsi di un'esplicita discordanza del dato letterale tra la disposizione processualcivilistica e il contenuto dell'art. 40, comma 2, ultimo periodo, D.Lgs. n. 546 del 1992. Nulla quaestio sulla necessaria prevalenza della disposizione processual-tributaria, stante il principio di specialità che sorregge le norme regolatrici del contenzioso fiscale.*

[10] *Cfr. Cass., Sez. III civ., sent. n. 19947 del 6 ottobre 2004; Cass., Sez. I civ., sent. n. 11269 dell'11 giugno 2004; Cass., Sez. I civ., sent. n. 12507 del 28 maggio 2007; Cass., Sez. trib., sent. n. 12161 del 9 giugno 2005.*

Ad ogni buon conto, non sono suscettibili d'essere ricompresi nel suddetto coacervo di eventi le ipotesi di riorganizzazione delle attribuzioni degli uffici dell'Amministrazione finanziaria, come risultante da copiosi pronunciamenti della Suprema Corte (cfr. Cass., Sez. trib., sent. n. 3553 del 16 febbraio 2010; Cass., Sez V trib., sent. n. 20085 del 18 settembre 2009, secondo cui "il mutamento, con atto amministrativo di organizzazione, della ripartizione di competenza territoriale degli uffici di un'Agenzia fiscale è un atto interno privo di rilevanza giuridica esterna processuale, in ragione del principio della buona fede oggettiva del contribuente, regolativo del processo tributario". Senza soluzione di continuità, Cass., Sez. trib., sent. n. 3559 del 13 febbraio 2009; Cass., Sez. trib., sent. n. 2740 del 5 febbraio 2009; Cass., Sez. trib., sent. n. 28268 del 18 dicembre 2013; Cass., Sez. trib., sent. n. 22550 dell'11 dicembre 2012.

Article I. dopo la proposizione del ricorso (cioè successivamente alla notifica di tale atto, ai sensi dell'art. 16, D.Lgs n. 546/1992);[11]

Article II. alla data di spedizione del ricorso (risultante dal timbro postale apposto sulla raccomandata) e, comunque, prima della conclusione del processo (vale a dire entro l'ultimo giorno previsto dall'art. 32, D.Lgs. n. 546/1992 per il deposito di memorie).[12]

Ciò detto, i fatti che riguardano la persona del legale rappresentante (nei casi di interdizione, di inabilitazione o di minore età del rappresentato) non rivestono alcuna rilevanza nel caso colpiscano il rappresentante volontario; parimenti, non assume rilievo alcuno la cessazione di quest'ultima rappresentanza.

Assodata la ratio dell'istituto de quo, non si perviene ad interruzione del processo qualora non si paventi la necessità di tutelare la rituale prosecuzione del contraddittorio instaurato tra le parti; all'uopo, l'effetto interruttivo non si verifica nelle ipotesi seguenti:

- *dopo l'ultimo giorno utile per la produzione di memorie nel caso di decisione in camera di consiglio;*
- *dopo la chiusura della discussione nell'ipotesi di pubblica udienza, salvo che la Commissione, anziché pronunciare la sentenza, faccia proseguire il processo, con la conseguente necessità di ripristinare il contraddittorio.*

Allorché gli eventi interruttivi contemplati dall'art. 40, comma 1, lett. a), D.Lgs. n. 546 del 1992 si verifichino antecedentemente alla presentazione del ricorso, purché in vigenza del termine per la presentazione del medesimo, quest'ultimo è prorogato di sei mesi a decorrere dalla data di riscontro degli eventi de quibus (art. 40, comma 4, D.Lgs. n. 546 del 1992).

---

[11] Condivisibilmente C. CONSOLO - C. GLENDI, cit., pp. 504 e ss., dove si sostiene che il termine iniziale coincide, in base all'art. 20, D.Lgs. n. 546/1992 con la notificazione dell'atto introduttivo del processo; ma v'è di più.

Gli autori testé citati sviscerano più a fondo la questione e riportano che, in merito all'individuazione del termine iniziale a cui far risalire la manifestazione dell'evento interruttivo, lo stesso si rileva "per i ricorsi avverso i ruoli formati dai (soppressi) Centri di servizio col deposito di un esemplare del ricorso presso la segreteria della Commissione. Nel caso di processo preceduto dalla fase di mediazione (art. 17-bis) è da ritenere che il termine decorra dalla chiusura negativa della mediazione (con rigetto dell'ufficio) ovvero scadenza del termine di 90 giorni dalla proposizione del reclamo".

[12] Cfr. MIN FIN., circ. 23 aprile 1996, n. 98/E, cit., e AGENZIA DELLE DOGANE, circ. 4 giugno 2012, n. 26/D, cit., § 10.2, inserendosi nel solco di un consolidato orientamento dell'Amministrazione finanziaria al riguardo.

Meritevole di attenzione risulta la circostanza per cui gli eventi in questione (sopravvenienza della morte ovvero perdita della capacità di stare in giudizio di una delle parti o del suo rappresentante legale o la cessazione di tale rappresentanza) si riscontrano prima dell'impugnazione e più dettagliatamente:

1) durante la decorrenza del termine (c.d. breve) di 60 giorni per la proposizione della impugnazione avverso la sentenza – regolarmente notificata – della Commissione Tributaria Provinciale (ex art. 51, D.Lgs. n. 546 del 1992), lo stesso è interrotto e comincia a decorrere nuovamente dal giorno in cui, ai sensi dell'art. 328 c.p.c., la notifica della sentenza venga rinnovata. Il termine per la presentazione del ricorso viene prorogato di sei mesi, soggetto alla sospensione feriale dei termini di cui alla L. 7 ottobre 1969, n. 742 a decorrere dalla data dell'evento interruttivo.[13]

2) durante la decorrenza del c.d. termine lungo (ex art. 38, comma 3, D.Lgs. n. 546 del 1992), se dopo sei mesi dalla pubblicazione della sentenza si verifica alcuno degli eventi interruttivi del processo sinora discussi, il termine di cui all'art. 327, comma 1, c.p.c, è prorogato per tutte le parti di sei mesi dal giorno dell'evento.[14]

Nell'economia generale di siffatta trattazione, conquista particolare rilevanza dipanare eventuali tentennamenti applicativi in ordine al seguente quesito: quid iuris nel caso in cui l'evento interruttivo si conclami a cavallo tra un grado e l'altro del giudizio (vale a dire nel periodo intercorrente tra la pubblicazione della sentenza e l'esperimento dello strumento di gravame riconosciuto dalla legge alla parte che reputa ingiusto il pronunciamento de quo)?

È communis opinio nella giurisprudenza di legittimità, ribadita da martellanti pronunciamenti delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, ritenere che venga meno la procura ad litem del difensore; si addiviene ad una siffatta conseguenza processuale attraverso un procedimento inferenziale che si basa su un'interpretazione estensiva degli effetti giuridici condensati nell'art. 1722,

---

[13] *Ai sensi dell'art. 328, comma 2, c.p.c., "tale rinnovazione può essere fatta agli eredi collettivamente e impersonalmente, nell'ultimo domicilio del defunto".*

[14] *Per effetto dell'art. 328, comma 3, c.p.c. esteso (insieme alle altre disposizioni del codice di rito richiamate in tema di interruzione del processo) – in via analogica – alla disciplina del contenzioso tributario ex art. 1, comma 2, D.Lgs. n. 546 del 1992.*

comma 1, n. 4, c.c., secondo cui il mandato si estingue "per la morte, l'interdizione o l'inabilitazione del mandante o del mandatario".[15]

Precisamente, la Suprema Corte statuisce in chiave nomofilattica che "in ordine alla eventuale ultrattività del mandato comprendente il potere di impugnazione, rilasciato dalla parte poi defunta, come in questo caso, nel periodo compreso tra la pubblicazione della sentenza di primo grado e la proposizione del gravame …Omissis… In assenza di specifica regolamentazione del mandato ad litem, deve trovare applicazione, anche con riguardo allo stesso, la normativa codicistica sulla rappresentanza e sul mandato, avente carattere generale rispetto a quella processualistica, e quindi – per quel che qui interessa – il principio dettato dall'art. 1722 n. 4, secondo il quale la morte del mandante estingue il mandato. Con la conseguenza che la regola dettata dall'art. 300, commi 1° e 2°, c.p.c., che attribuisce al procuratore la facoltà di continuare a rappresentare in giudizio la parte che gli abbia conferito il mandato ancorché defunta dopo la costituzione in giudizio – come pure la regola, di cui all'ultimo comma della stessa norma, che cristallizza il giudizio tra le parti originarie in caso di morte di una di queste verificatasi dopo la chiusura della discussione davanti al Collegio – in quanto costituiscono deroga al su riferito principio generale, vanno contenute entro il rigoroso àmbito , ivi previsto, della fase processuale, appunto, in cui l'evento si è verificato, e non possono dunque espandersi nella successiva fase di quiescenza e di riattivazione del rapporto processuale".[16]

---

[15] *Come osservato da attenta dottrina, «qualora uno degli eventi idonei a determinare l'interruzione del processo, ai sensi dell'art. 301 c.p.c., quale la morte della parte, si verifichi nel corso del giudizio di primo grado e tale evento non venga dichiarato né notificato dal difensore della parte alla quale l'evento si riferisce, il giudizio di impugnazione deve essere comunque instaurato da e contro i soggetti effettivamente legittimati e, quindi, da e contro gli eredi. Diversamente è inammissibile, né può essere invocato il principio di ultrattività del mandato che, attribuendo al procuratore la possibilità di continuare a rappresentare in giudizio la parte che gli abbia conferito il mandato e costituendo deroga al principio secondo il quale la morte del mandante estingue il mandato (secondo la normativa sulla rappresentanza e sul mandato di cui all'art. 1722, n. 4, c.c.), va contenuto nei limiti della fase del processo in cui si è verificato l'evento non dichiarato né notificato» (cfr. M. Mocci, Il «filtro» in appello, fra ottimismo della volontà e pessimismo della ragione, in Giur. merito, n. 10/2013). In giurisprudenza, cfr. Cass., Sez. I civ., 19 marzo 2009, n. 6701 e Cass., Sez. III civ., ord. 5 marzo 2009, n. 5387 in CED online.*

[16] *Cfr. Cass., Sez. un., 10 maggio 2006, n. 10706 e, conformemente, Cass., Sez. un., 2 settembre 2014, n. 19887; Cass., Sez. un., 4 luglio 2014, n. 15295; Cass., Sez. trib., 17 dicembre 2014, n. 26495; Cass., Sez. III civ., 5 maggio 2016, n. 8959; Cass., Sez. III civ., 8 febbraio 2012, n. 1760; Cass., Sez. I civ., ord. 2 ottobre 2013, n. 23890 in CED online.*

Il pronunciamento di diritto corrobora e sostiene la tesi ab origine avanzata e ciò, si badi bene, si proietta potentemente nelle vicende afferenti il contenzioso tributario; infatti, poiché tale vexata quaestio non risulta espressamente disciplinata da norme fiscali di diritto positivo – in forza del rinvio contenuto nell'art. 1, comma 2, d.lg. n. 546 del 1992 – appare lecito risolvere il dilemma operando un richiamo all'art. 328 c.p.c.[17]

Inoltre, qualora la parte privata sia deceduta, successivamente alla pubblicazione della sentenza, si ritiene che la notificazione dell'atto di impugnazione con la quale l'ufficio instaura un altro grado di giudizio, notificato al difensore della parte privata deceduta, determini una causa di interruzione del processo.

Pertanto, gli interessati dovranno procedere alla riassunzione del giudizio mediante istanza di trattazione come previsto dall'art. 43, comma 2, D.Lgs. n. 546 del 1992. I fatti che riguardano la persona del legale rappresentate (nei casi di interdetto, di inabilitato o di minore) non rivestono alcuna rilevanza nel caso colpiscano il rappresentante volontario; parimenti, non assume rilievo alcuno la cessazione di tale rappresentanza.

Un ulteriore aspetto meritevole di considerazione da segnalare concerne una differenza sostanziale con la sospensione del giudizio (ex art. 39, D.Lgs. n. 546

---

[17] *Tenuto conto delle corroborazioni ed estensioni degli effetti giuridici riconducibili all'articolo de quo, risultanti dalle risultanze e dai principi espressi dalla Corte cost., 3 marzo 1986, n. 41 il cui pronunciamento massimato così recita: "è costituzionalmente illegittimo l'art. 328 cod. proc. civ. nella parte in cui non prevede tra i motivi di interruzione del termine di cui all'art. 325 cod. proc. civ. la morte, la radiazione e la sospensione dall'albo del procuratore costituito, sopravvenute nel corso del termine stesso. Invero, l'art. 328 cod. proc. civ. considera, quali motivi di interruzione dei termini brevi di impugnazione della sentenza, soltanto eventi che colpiscano la parte o il suo legale rappresentante, e non anche il procuratore costituito; ma, poiché l'esercizio del ministero del difensore costituito, in giudizi nei quali il ministero medesimo è necessario, non contribuisce alla difesa del cliente in misura minore dell'attività della parte stessa cui è inibito difendersi di persona, è da riconoscersi fondato il prospettato dubbio d'incostituzionalità della norma censurata, per violazione del diritto di difesa garantito dall'art. 24, comma secondo, Cost.".*

É stato altresì affermato in dottrina e confermato dalla giurisprudenza di legittimità (Cass., Sez. I civ., 22 dicembre 1987, n. 9571) che "la notificazione dell'atto di impugnazione, della quale sia risultata impossibile l'effettuazione per la morte del difensore domiciliata rio dell'appellato e della parte personalmente" (cfr. C. CONSOLO - C. GLENDI, cit., p. 505). Ciononostante, è bene tenere conto delle specifiche disposizioni previste per la materia processual-tributaria, giacché le modalità di esecuzione delle notificazioni subiscono un richiamo alle disposizioni del codice di rito – ex art. 16, comma 2, D.Lgs. n. 546 del 1992 – ma deve tenersi in eguale considerazione il disposto tanto dell'art. 17, quanto dell'art. 16-bis, comma 4, del decreto in parola (delle cui disposizioni si è già discusso nelle pagine precedenti).

del 1992). Tale ultimo istituto, infatti, si verifica esclusivamente a processo iniziato, differentemente dall'interruzione, possibile a partire dalla notifica dell'atto da parte dell'Ufficio; a ciò è anche ricollegato il fatto che la sospensione viene "disposta" dal giudice, mentre l'interruzione viene "dichiarata".[18]

2. Gli eventi interruttivi inerenti al Difensore costituito. Periodo di rilevanza e momento di perfezionamento

L'art. 40, comma 1, lett. b, D.Lgs. n. 546 del 1992 considera adducibile a causa legittima di interruzione del processo tributario la morte, la radiazione ovvero la sospensione dall'albo o dall'elenco di un difensore incaricato della difesa tecnica di parte ai sensi e per gli effetti dell'articolo 12 D.Lgs. n. 546 del 1992.

Vale la pena sottolineare che, ad avviso della Suprema Corte, ai fini dell'interruzione del processo dev'essere riconosciuta alla cancellazione del procuratore dall'albo professionale, anche se volontaria, la stessa idoneità interruttiva attribuita dall'art. 40, D.Lgs. n. 546 del 1992 alla morte, alla sospensione e alla radiazione del difensore medesimo.[19]

Di interessante rilievo appare il caso in cui una delle parti si costituisca e ricorra in giudizio attraverso il ministero di più difensori ancorché costoro abbiano facoltà di agire disgiuntamente nell'esecuzione della procura ad litem, sicché la morte di uno di essi non comporta l'interruzione del processo, a norma dell'art. 301 c.p.c., ma soltanto il venir meno dell'elezione di domicilio che presso tale procuratore la parte abbia effettuato.[20]

---

[18] *Siffatte statuizioni si determinano in accordo a consolidato orientamento della giurisprudenza di legittimità; di talché "la morte della parte costituita in giudizio dichiarata da suo procuratore in udienza, o da questi notificata alle altre parti, comporta la conseguenza automatica, indipendentemente cioè dalla pronuncia del giudice che ha valore esclusivamente dichiarativo, dell'interruzione del processo" (Cass., Sez III civ., 20 maggio 1998, n. 5029, in CED online). Conformemente, Cass., Sez. I civ., 22 giugno 1999, n. 6298; Cass., Sez. trib., 30 ottobre 2009, n. 23042; Cass., Sez III civ., 14 novembre 2006, n. 24208 in CED online.*

[19] *Cfr. Cass., Sez. II civ., 5 ottobre 2001, n. 12294 in CED online e, con statuizione che trova conferma in taluni successivi pronunciamenti della Suprema Corte, v. ex multis, Cass., Sez. I civ., 12 settembre 2014, n. 19319; Cass., Sez. III civ., 13 novembre 2009, n. 24024; Cass., Sez. III civ., 27 maggio 2009, n. 12261 CED online.*

[20] *Cfr. Cass., Sez. III civ., 25 giugno 1990, n. 6400 e ex pluribus Cass., Sez. un., 4 luglio 2014, n. 15295; Cass., Sez. I civ., 14 maggio 1997, n. 4241; Cass., Sez. II civ., 27 ottobre 1995, n. 11197; Cass., Sez. I civ., 3 aprile 1991, n. 3478; Cass., Sez. II civ., 27 marzo 2000, n. 3632 in CED online.*

Si rammenta che il combinato disposto degli artt. 12 e 40, D.Lgs. n. 546 del 1992 acclara la vigenza – anche nelle pieghe del processo tributario – di una tale ricostruzione della materia de

Si rilevi, altresì, che una volta rilasciata al difensore la procura ad litem la stessa è sempre revocabile dalla parte e il difensore può comunque rinunciarvi, posto che le conseguenze sul piano processuale di tali facoltà,[21] riconosciute ai soggetti de quibus, non si estrinsecano nei confronti dell'altra parte finché non sia avvenuta la sostituzione del difensore (artt. 84 e 85 c.p.c.).

Il dies a quo a partire dal quale gli eventi summenzionati esplicano i propri effetti interruttivi è individuato nella proposizione del ricorso (art. 40, comma 1, D.Lgs n. 546 del 1992), disciplinata dall'art. 20, D.Lgs. n. 546 del 1992 e coincidente con il momento di perfezionamento della notificazione del ricorso a norma dell'art. 16 del testo in esame. Il dies ad quem, di converso, è individuato, a norma dell'art. 40, comma 3, D.Lgs. n. 546 del 1992, nell'ultimo giorno utile per il deposito di memorie – in caso di trattazione della controversia in camera di consiglio – ovvero nella chiusura della discussione in pubblica udienza.

In caso contrario, infatti, l'evento de quo non produce effetto a meno che non sia pronunciata sentenza e il processo prosegua dinanzi al giudice adito.[22]

Qualora, invece, gli eventi interruttivi di cui all'art. 40, comma 1, lett. a), D.Lgs. n. 546 del 1992 si verifichino prima della presentazione del ricorso, ma durante la pendenza dei termini per la presentazione del medesimo, quest'ultimi sono prorogati di sei mesi dalla data di manifestazione dell'evento, ferma restando, se del caso, la sospensione feriale dei termini.

In conformità al disposto dell'art. 40, comma 2, D.Lgs. n. 546 del 1992 si determina una biforcazione delle ipotesi, delle situazioni giuridicamente rilevanti ai fini della corretta individuazione del momento a cui riferire il sorgere dell'effetto tipico dell'interruzione del regolare corso del processo.

Più in dettaglio, l'interruzione si verifica, alternativamente:

1 al momento dell'evento se la parte sta in giudizio personalmente e nei casi contemplati all'art. 40, comma 1, lett. b), D.Lgs. n. 546 del 1992;

---

qua; il richiamo chiarificatore e sistematico alle norme dettate dal codice di rito appare in sintonia con il disposto dell'art. 1, comma 2, D.Lgs. n. 546 del 1992.

[21] Ad ogni modo, le fattispecie poc'anzi descritte non sono riconosciute quali eventi ad efficacia interruttiva (art. 301, comma 3, c.p.c.).

[22] Cfr. Comm. trib. Reg. Lazio, Sez. IX, 20 gennaio 2016, n. 243; Comm. trib. Prov. di Genova, Sez. XIII, 5 gennaio 2004, n. 295 in www.plusplus24fisco.ilsole24ore.com/#.

2 in tutti gli altri casi si esterna allorquando la fattispecie giustificatrice dell'interruzione è dichiarata in pubblica udienza ovvero per iscritto con apposita comunicazione del difensore della parte a cui l'evento de quo si riferisce. Nel caso da ultimo compulsato è, pertanto, necessaria la dichiarazione del difensore affinché si abbia interruzione del processo, il quale, in mancanza di essa, continua regolarmente tra le parti costituite.

Risulterebbe, forse, pleonastica l'affermazione dell'assoluta centralità rivestita dalla corretta individuazione del momento in cui l'evento interruttivo esplica la sua efficacia, onde appurare la validità degli atti processuali prodotti. Difatti, durante l'interruzione non possono compiersi atti che importino un'evoluzione del processo; quest'ultimi, se posti in essere, sono affetti da nullità insanabile[23] ed inopponibili alla parte colpita dall'evento.

Di conseguenza, qualora siffatti vizi debordassero e confluissero a fondamento dell'iter logico-giuridico seguito dal giudice a giustificazione della regola apprestata al caso concreto controverso, i medesimi si convertono in motivi di gravame da far valere in sede d'impugnazione della sentenza de qua.[24]

---

[23] Diffusamente, nella giurisprudenza di legittimità, Cass., Sez. I civ., 7 marzo 1990, n. 1807, in CED online, "la sentenza emessa malgrado l'interruzione automatica del processo per la morte dell'unico procuratore di una parte è priva di effetti (nei confronti della parte colpita dall'evento interruttivo) e, trattandosi di sentenza di appello tempestivamente impugnata con ricorso per cassazione, deve essere annullata con rinvio allo stesso giudice che l'ha pronunciata, nella fase processuale in cui era pervenuta".

Conformemente, Cass., Sez. II civ., 13 novembre 1994, n. 11204; Cass., Sez. lav., 1° febbraio 1994, n. 995; Cass., Sez. I civ., 3 settembre 1994, n. 7634; Cass., Sez. un., 18 maggio 2011, n. 10864; Cass., Sez III civ., 14 luglio 2003, n. 11005; Cass., Sez. I civ., 22 agosto 2001, n. 11180; Cass., Sez. un., 9 novembre 2009, n. 23681 in CED online.

[24] Cfr. Cass., 5 luglio 1984, n. 3929 in CED online in accordo alla quale "l'irregolare prosecuzione del giudizio, per l'inosservanza delle norme sull'interruzione del processo, essendo tali norme rivolte a tutelare la parte nei cui confronti si sia verificato l'evento interruttivo può essere fatta valere soltanto da questa parte, che da quell'evento può essere pregiudicata, e non dalle altre parti, le quali, non risentendo alcun pregiudizio da quell'omissione, non la possono dedurre come motivo di nullità della sentenza, che, ciononostante, sia stata pronunciata"; sulla stesso punto di diritto, Cass., Sez. III civ., 17 dicembre 2010, n. 25641; Cass., Sez. trib., 3 settembre 2004, n. 17860 in CED online.

Anche la giurisprudenza di merito non è insensibile alle tematiche poc'anzi affrontate e risolve la questione con pronunciamenti in linea con il filone interpretativo inaugurato dalla Suprema Corte; ex multis, Comm. trib. Reg. Lazio, Sez. I., 14 settembre 2006, n. 201; Comm. trib. Reg. Toscana, Sez. XXIX, 12 maggio 2014, n. 942; Comm. trib. Reg. Sicilia, Sez. XXV, 6 maggio 2013, n. 91; Comm. trib. Prov. di Savona, Sez. V, 30 giugno 2015, n. 440 in www.plusplus24fisco.ilsole24ore.com/#.

Pertanto, tale dichiarazione può essere eccepita soltanto dal difensore costituito della parte cui l'evento si riferisce, il quale opererà una proporzionata ponderazione delle conseguenze

3. Problematiche esegetiche relative all'identificazione del dies a quo dell'interruzione del processo per morte del difensore. Un'interpretazione in chiave evolutiva delle pronunce giurisprudenziali di vertice

In merito all'individuazione del dies a quo a partire dal quale – in caso di sopravvenuta morte del difensore (nei limiti di cui all'art. 41, comma 3, D.Lgs. n. 546 del 1992 financo discussi) – debba rilevarsi l'avveramento di una condicio iuris necessaria e sufficiente a giustificare l'interruzione del processo incardinato, il dato testuale dell'art. 40, comma 2, del Decreto in parola non sembra prima facie sollevare particolari asperità interpretative.

Ad onor del vero, è possibile ritenere che il principio di diritto desumibile dall'art. 12, disp. prel. c.c., secondo cui "nell'applicare la legge non si può ad essa attribuire altro senso che quello fatto palese dal significato proprio delle parole secondo la connessione di esse, e dalla intenzione del legislatore", trovi piena esplicazione in tal caso. In altri termini, in claris non fit interpretatio.

Difatti, la disposizione processual-tributaria testé richiamata sancisce apertis verbis che "l'interruzione si ha al momento dell'evento se la parte sta in giudizio personalmente e nei casi di cui al comma 1, lettera b)"; sicché, apparirebbe lecito ritenere che il perfezionamento di una tale ipotesi interruttiva debba atteggiarsi in termini di automatismo tra insorgenza dell'evento che giustifica l'interruzione del giudizio e subitanea produzione dell'effetto interruttivo, senza la necessaria intermediazione di alcuna specifica manifestazione di volontà in tal senso della parte processuale colpita dall'evento de quo.

D'altro canto, la stessa giurisprudenza di legittimità – suffragata da numerosi contributi di contesto[25] – pare riconoscere una tale interpretazione come

---

dell'interruzione sul rapporto processuale in itinere (cfr. N. SANTI DI PAOLA [a cura di], Trattato del nuovo contenzioso tributario, cit.).

[25] «Se la parte sta in giudizio personalmente o nei casi di morte, radiazione o sospensione dall'albo o dall'elenco di uno dei difensori incaricati l'interruzione si ha al momento dell'evento, opera cioè automaticamente» sostiene S. LA ROCCA, La sospensione, l'interruzione e l'estinzione del processo tributario alla luce delle modifiche apportate dal D.Lgs. n. 156 del 2015, in Boll. trib. inf., n. 16/2017, https://www.plusplus24fisco.ilsole24ore.com/; sulla medesima falsariga e con riferimento anche alla struttura del processo tributario antecedentemente alla riforma apportata ex D.Lgs. n. 546 del 1992 senza soluzione di continuità con le odierne disposizioni cfr. U. PERRUCCI, La struttura del nuovo processo tributario, ivi, n. 12/1992, https://www.plusplus24fisco.ilsole24ore.com/ e G. ACAMPORA, L'interruzione nell'attuale rito del

meritevole di condivisione ed applicazione generalizzata, a tal punto che in sede nomofilattica la Suprema Corte considera "fuori discussione che la morte dell'unico procuratore, a mezzo del quale la parte è costituita in giudizio, determina automaticamente l'interruzione del processo, anche se il giudice e le altre parti non ne hanno avuto conoscenza; interruzione che preclude ogni ulteriore attività processuale, la quale, se compiuta, è causa di nullità degli atti successivi e della sentenza".[26]

---

processo tributario a seguito di revoca di fallimento, ivi, n. 17/1993, https://www.plusplus24fisco.ilsole24ore.com/, il quale sostiene che «il principio della insensibilità del processo tributario ai mutamenti soggettivi extraprocessuali non è stato assunto in modo definitivo neppure dalla giurisprudenza, la quale, già nelle decisioni Comm. centr. trib. 18-06-1962, n. 60801 (in Boll. Trib. Inf. 1964, 52) e Comm. centr. trib. 14-04-1969, n. 2070 (ivi, 1970, 1287), nel prendere, rispettivamente, in esame il caso della cessazione della rappresentanza legale del contribuente e quello della morte dello stesso, aveva affermato che l'interruzione non si verifica se il procuratore, per mezzo del quale la parte è costituita, non dichiara l'evento in giudizio o non lo notifica all'ufficio fiscale; in seguito, con maggiore puntualità, nella sent. Cass. 07-12-1973, n. 3321 (in Dir. prat. trib. 1975, II, p. 204), aveva optato per l'ammissibilità dell'interruzione del processo nel caso di morte del contribuente (cfr., per implicito, anche Comm. trib. centr. 14-02-1978, n. 3028, in "Comm. trib. centr." 1978, p. 89): tutto ciò, nonostante la presenza, nell'ordinamento processuale tributario, dell'istituto della proroga dei termini di cui all'art. 31, primo comma, del D.P.R. n. 636/1972».

Cfr. altresì, A. CISSELLO - P. SAGGESE, Contenzioso tributario, Milano, 2011, p. 1184; R. LUPI, Manuale giuridico professionale di diritto tributario, Milano, 2001, p. 797; F. TESAURO, Manuale del processo tributario, cit., p. 189; V. FICARI in A. FANTOZZI (a cura di), Diritto Tributario, cit., p. 1055.

D'altronde, «nessuno si sentirebbe di negare, ad esempio, che, …Omissis… il giudice debba dichiarare la contumacia del convenuto non costituito. Oppure, che egli debba cancellare la causa dal ruolo con conseguente estinzione del processo, nel caso che non costituito sia l'attore e il convenuto non chieda che si proceda. Oppure, ancora, che possa sollevare la questione di legittimità costituzionale dello stesso art. 180 c.p.c. Oppure, infine, che debba ordinare la sospensione del processo qualora risulti già in prima udienza la pendenza di una causa pregiudiziale ai sensi dell'art. 295 c.p.c., o la sua interruzione, qualora nella stessa sede venga dichiarato uno degli eventi previsti dagli artt. 299 e 300 c.p.c.» come rilevato da S. CHIARLONI, Giudice e parti nella fase introduttiva del processo civile di cognizione, in Riv. trim. dir. proc. civ., n. 2/1999, pp. 385 e ss.

[26] Cfr. Cass., Sez un., 8 febbraio 2010, n. 2714, con statuizioni condivise da Cass., Sez. II civ., 5 ottobre 2001, n. 12294 e Cass., Sez. II civ., 30 marzo 2005, n. 6731 in CED online. Con ragionamento a contrariis e relativamente al momento in cui decorre il termine semestrale per la riassunzione del processo interrotto a causa della morte della parte, "nell'ipotesi di morte o perdita della capacità della parte costituita, la dichiarazione dell'evento interruttivo può essere validamente effettuata dal difensore della parte colpita da esso al difensore della controparte, ai sensi del combinato disposto degli artt. 170 e 300 c.p.c., ed il termine per la riassunzione decorre da tale data, nella quale si realizza la conoscenza legale dell'evento interruttivo, e non da quella della formale dichiarazione di interruzione del processo" (Cass., Sez. VI civ., ord. 15 settembre 2017, n. 21375 e, più recentemente, Cass., Sez. trib., ord. 28 febbraio 2018, n. 4612 CED online). Da ciò conseguendo di necessità l'automatica interruzione del giudizio in caso di sopravvenuta morte dell'unico difensore della parte costituita.

Ebbene, la granitica disciplina poc'anzi annoverata – e largamente maggioritaria – potrebbe risultare foriera di talune discrasie applicative, laddove nelle pieghe del giudizio di primo grado o di appello la parte colpita dall'evento interruttivo sia posta nell'impossibilità di fruire dei benefici dell'interruzione, in conformità alla ratio dell'istituto. Non dov'essere sottaciuto, infatti, che "l'automaticità dell'interruzione è posta proprio a tutela del diritto di difesa della parte, che resta priva dello ius postulandi: resta immediatamente impedito lo svolgimento di qualsiasi attività processuale, alla quale la parte non potrebbe convenientemente provvedere e contro la quale non potrebbe reagire … Omissis…".

La difesa deve essere garantita in ogni grado del processo; ma non la si protegge in tal estensione quando la disposizione di tutela, utile per un grado, è causa di pregiudizio se applicata nel grado successivo. La difesa deve essere garantita in ogni stato del processo, ma non la si garantisce in relazione alla vicenda interruttiva se l'interruzione è ordinata in maniera produttiva di svantaggi ad alcune dei contendenti. Il modo di tale ordinamento deve essere apprezzato in senso integrale, vale a dire, non solo per ciò che giova a chi è rimasto privo del procuratore, ma altresì perciò che gli nuoce. E perciò non basta che, mediante l'interruzione automatica, la parte sia preservata dal rischio di un'attività processuale compiuta in danno di lei, ma occorre, perché le sia assicurato il diritto di difesa, che sia altresì posta al riparo dal pericolo che, persistendo tale inscientia, maturino preclusioni in suo danno».[27]

L'istantanea testé riportata con fedeltà di testo si riferisce alle conclusioni raggiunte dalla Corte costituzionale inerentemente alla declaratoria di incostituzionalità dell'art. 305 c.p.c. che, quoad effectum, determina il decorso, dalla data della morte del difensore ex art. 301 c.p.c., del termine perentorio per la riassunzione del processo,[28] *pena l'estinzione dello stesso e il consolidamento*

---

[27] *Cfr. Corte cost., 15 dicembre 1967, n. 139, con riferimenti, ricostruzioni e condivisione del medesimo sillogismo decisorio da parte di Corte cost., 2 dicembre 1970, n. 178; Corte cost., 6 luglio 1971, n. 159, e Corte cost., 19 febbraio 1976, n. 36, in www.giurcost.org.*

[28] *Ai sensi dell'art. 43, comma 2, D.Lgs. n. 546 del 1992, "se entro sei mesi da quando è stata dichiarata l'interruzione del processo la parte colpita dall'evento o i suoi successori o qualsiasi altra parte presentano istanza di trattazione al presidente di sezione della commissione, quest'ultimo provvede a norma del comma precedente".*

delle situazioni giuridiche in esso controverse.[29] *Tali considerazioni – in virtù del richiamo generalizzato e corroborante delle disposizioni del codice di rito da parte dell'art. 1, comma 2, D.Lgs. n. 546 del 1992 – risultano certamente estendibili e compatibili con le regole proprie del processo tributario stabilite al riguardo, sicché si impone prepotentemente nella dialettica giuridica "il problema dell'adeguatezza di un termine legale di deliberazione in quanto sia certo che la norma ponga il soggetto in grado di utilizzare nella sua interezza il tempo da essa assegnato; e nella specie invece, per quel che si è detto, deve escludersi questa utilizzabilità", come rilevato dalla Consulta.*

Ordunque, un'interpretazione costituzionalmente orientata (rectius, adeguatrice) delle disposizioni concernenti l'interruzione del processo tributario per morte del difensore costituito – nell'ottica di preservare e tutelare le finalità teleologiche sottese dall'automatismo dell'effetto interruttivo anzidetto – condurrebbe alla seguente considerazione: "il termine per la riassunzione o la prosecuzione del processo interrotto per la morte del procuratore costituito di una delle parti in causa decorre non già dal giorno in cui si è verificato l'evento interruttivo, bensí da quello in cui le parti abbiano avuto conoscenza legale di tale evento e che tale conoscenza può dirsi perfezionata in presenza di una dichiarazione, notificazione o certificazione rappresentativa dell'evento che determina l'interruzione del processo".[30]

Del resto, la conoscenza legale di un evento determina in re ipsa l'inibizione dell'insorgenza di potenziali situazioni e dinamiche processuali ardue da

---

[29] *Rilevandosi un'ipotesi di estinzione del processo per inattività delle parti a mente dell'art. 45, comma 1, D.Lgs. n. 546/1992, secondo cui "il processo si estingue nei casi in cui le parti alle quali spetta di proseguire, riassumere o integrare il giudizio non vi abbiano provveduto entro il termine perentorio stabilito dalla legge o dal giudice che dalla legge sia autorizzato a fissarlo".*

[30] *Cfr. Cass., Sez. trib., 19 dicembre 2013, n. 28373 in CED online, laddove si specifica con maggior grado di puntualità che "come (sia pur implicitamente) ritenuto da questa Corte con sentenza 21128/2011 e diversamente da quanto affermato con sentenza 21108/2011, il diverso tenore letterale del Decreto Legislativo n. 546 del 1992, articolo 43 rispetto all'articolo 305 c.p.c. appare semplicemente teso a ribadire che, cosí come affermato dalla Corte costituzionale, il dies a quo non decorre dall'evento interruttivo ma dalla conoscenza di detto evento, e non appare invece di per sé idoneo ad alterare i su esposti consolidati principi enucleati dalla giurisprudenza in relazione al disposto dell'articolo 305 c.p.c.". In senso conforme, Cass., Sez. II civ., 26 marzo 2012, n. 4851; Cass., Sez. III civ., 11 febbraio 2010, n. 3085; Cass., Sez. VI civ., ord. 1° giugno 2017, n. 13900 in CED online.*

districare,[31] *evitando il verificarsi del "fenomeno della c.d. 'estinzione misteriosa', determinata dall'inerzia della parte che, in conseguenza dell'automatismo dell'interruzione, non abbia riassunto per non aver avuto consapevolezza – o per non essere stata posta in condizione di avere consapevolezza – dell'interruzione prodottasi ipso iure in dipendenza del verificarsi dell'evento interruttivo".*[32]

Ciò detto, nonostante i molteplici interventi sul punto veicolati dalla Corte costituzionale, la ondivago Corte di Cassazione denota un orientamento e

[31] *A ben vedere, gli eventi suscettibili di ingenerare una circostanza interruttiva del «regolare flusso» del processo tributario incardinato subiscono una summa divisio in: fatti la cui manifestazione può rivelarsi in pendenza dei termini processuali di decisione della controversia (il ricorso è depositato presso la segreteria della Commissione Tributaria Provinciale o Regionale di competenza e, quindi, sarà quest'ultima a gestire il rapporto pendente per via dell'evento interruttivo), ovvero fatti la cui manifestazione si appalesa durante il termine impugnatorio della sentenza resa in primo grado e, pertanto, nella consistente ipotesi di mancata avvedutezza dell'evento de quo da parte del soggetto deputato ad avvalersi del gravame processuale.*

Con riguardo a tale ultimo aspetto, l'intervenuta conoscenza (o conoscibilità) legale dell'Ente impositore della morte del difensore – ad opera della parte costituita in giudizio ed interessata da siffatto evento interruttivo – consente di arginare la problematica scaturente dalla seguente condizione: quid iuris qualora la morte del difensore insorga in pendenza del termine riconosciuto alla parte soccombente per esperire i mezzi di gravame ammessi dalla legge avverso la sentenza sfavorevole?

In tale ultima circostanza, specialmente con decorrenza dal 1° luglio 2019 – dies a quo dell'istituzionalizzazione a regime del c.d. "Processo tributario telematico – P.t.t." ex art. 16, comma 5, D.L. 23 ottobre 2018, n. 119 – ben potrebbe verificarsi che l'Ente impositore soccombente in primo grado proceda a notificazione all'indirizzo PEC del difensore defunto dell'atto di appello alla sentenza sfavorevole, in difetto di conoscenza legale della sopravvenuta morte del difensore.

È chiaro che, in tale circostanza, non è possibile rifarsi all'istituto dell'interruzione del processo, giacché l'evento è intervenuto dopo la sentenza di primo grado favorevole al contribuente e, quindi, ancora in difetto di incardinazione definitiva del procedimento di appello.

Sul punto, la giurisprudenza maggioritaria della Corte di Cassazione propende per la nullità della notificazione eseguita dall'appellante, adducendo in sintesi le seguenti motivazioni: "la morte del domiciliatario produce l'inefficacia della dichiarazione di elezione di domicilio e la necessità che la notificazione dell'impugnazione sia eseguita, a norma dell'art. 330, terzo comma, cod. proc. civ., alla parte personalmente" (Cass., Sez. III civ., 6 luglio 2010, n. 15846 in CED online). Tali considerazioni sono riprese da Cass., Sez. III civ., 22 aprile 2010, n. 9543 e Cass., Sez. III civ., 4 marzo 2002, n. 3102 in CED online. In quest'ultima si ribadisce che se il difensore fa parte di uno studio associato ma "dalla dichiarazione di elezione risulti che lo studio è indicato come quello proprio di una individuata persona, professionista o meno, la dichiarazione stessa diviene inefficace a seguito della morte del domiciliatario, in quanto in tal caso l'elezione di domicilio deve ritenersi fatta non con riferimento alla organizzazione in sé, indipendentemente dalla persona del domiciliatario, ma al luogo in cui questi è reperibile, attribuendo quindi rilievo all'elemento personale e non a quello oggettivo; ove, peraltro, l'organizzazione del procuratore continui ad operare dopo la sua morte, la notificazione eseguita presso lo studio deve ritenersi nulla e non inesistente". Recentemente sia Cass., Sez. VI civ., ord. 20 gennaio 2011, n. 1341, che Cass., Sez. trib., ord. 14 maggio 2013, n. 11486 inn CED online hanno ribadito siffatti concetti.

Il procedimento che si delinea sembra possa essere il seguente: la notifica dell'appello all'indirizzo PEC del difensore defunto determina nullità della notificazione ex art. 160 c.p.c.,

disomogeneo sulla problematica financo discussa; alla necessità che il complesso degli effetti giuridici riconnessi all'interruzione del giudizio per morte del difensore siano effettivamente goduti dalla parte interessata e non artatamente supposti in maniera virtuale, si contrappone la tendenza della giurisprudenza di legittimità a concentrare parossisticamente l'attenzione sul necessario automatismo effettuale tra interruzione del processo ed avvenimento della morte del difensore.[33]

Un auspicabile intervento del Legislatore consentirebbe di eliminare ab origine qualsivoglia "elemento di disturbo" nell'insorgenza di potenziali effetti caducanti

---

cosicché il giudizio prosegue con la contumacia della parte appellata.

In caso di accoglimento del gravame, la sentenza passerà in giudicato (in assenza di impugnazione per ignoranza del procedimento) e, di conseguenza, il contribuente riceverà la notificazione di apposita cartella di pagamento preordinata alla riscossione forzata delle somme dovute in base all'accertamento divenuto definitivo (art. 25, comma 1, lett. c, D.P.R. 29 settembre 1973, n. 602).

A questo punto, sarà possibile esperire l'impugnazione della cartella anzidetta dinanzi al giudice tributario (CTP) per nullità della notifica dell'appello e chiedere:

a) in via principale che sia dichiarata nulla la notifica dell'Appello e quindi inammissibile il giudizio di Appello realizzato unitamente al passaggio in giudicato della sentenza di primo grado originaria;

b) in via subordinata e non concorrente, istanza di remissione in termini del contumace appellato ex artt. 153, 291, 294 e 330, comma 3, c.p.c. e, pertanto, declaratoria di inefficacia dell'Atto di appello allora notificato, con imposizione di una nuova notifica dello stesso.

[32] Cfr. Cass., Sez. I civ., ord. 30 gennaio 2019, n. 2658 in CED online; similmente, ex multis, Cass., Sez. III civ., 28 dicembre 2016, n. 27165 e Cass., Sez. VI civ., ord. 25 febbraio 2015, n. 3782 in CED online.

[33] "È principio di diritto consolidato quello secondo il quale gli eventi indicati dall'articolo 301 cod. proc. civ. (nel cui novero la Corte territoriale ha ricondotto la fattispecie in esame), verificatasi durante il giudizio nei confronti dell'unico procuratore a mezzo del quale la parte è costituita, determinano 'automaticamente l'interruzione del processo, anche se il giudice e le altre parti non ne hanno avuto conoscenza, e l'interruzione del processo preclude ogni ulteriore attività processuale, che, se compiuta, è causa di nullità degli atti successivi e della sentenza: tale nullità della sentenza, tuttavia, può essere fatta valere, in applicazione della regola di cui all'articolo 161 cod. proc. civ., soltanto nei limiti e secondo le regole proprie dei mezzi di impugnazione consentiti, compreso quello derivante dall'articolo 327 c.p.c., comma 1, per cui l'impugnazione non è più proponibile dopo che sia decorso un anno dalla pubblicazione della sentenza" (cosi, Cass., 18 aprile 2003, n. 6300; cfr. anche, tra le altre, Cass., 15 gennaio 2003, n. 486; Cass., 17 dicembre 2010, n. 25641). Dovendosi, altresì, soggiungere che la prevista decadenza dalla impugnazione dopo il decorso di un anno dalla pubblicazione della sentenza, indipendentemente dalla notificazione di questa, opera – come ribadito dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 297 del 2008 – "un non irragionevole bilanciamento tra l'indispensabile esigenza di tutela della certezza delle situazioni giuridiche e il diritto di difesa", consentendosi al soccombente "di informarsi tempestivamente della decisione che lo riguarda, facendo uso della diligenza dovuta in rebus suis"; cfr. Cass., Sez. III civ., 11 giugno 2014, n. 13244. Similmente, ex pluribus, Cass., Sez. VI civ., 10 luglio 2015, n. 14520; Cass., Sez. un., 13 febbraio 2017, n. 3702 e Cass., Sez. VI civ., od. 12 novembre 2018, n. 28846 in CED online.

e comprimenti le prerogative processuali riconosciute in capo alla parte colpita dall'evento interruttivo in parola, a guisa di "anello di congiunzione" tra la multiformità della realtà economico-sociale e la sua corretta trasposizione all'interno di schemi e categorie giuridiche contemplate dall'ordinamento.

D'altronde, non costituirebbe un'anomalia procedimentale l'adozione da parte del Legislatore di una legge di interpretazione autentica[34] con la finalità di dipanare ab imis l'intreccio (i.e. impasse) regolatorio ed interpretativo sviluppatosi intorno alla corretta esegesi di taluni modelli applicativi riferiti ad un istituto processuale – qual è l'interruzione – che coinvolge diritti costituzionalmente tutelati del "cittadino-contribuente" (artt. 24 e 111 Cost., avuto riguardo per quest'ultimo alla declinazione del principio del "giusto processo" in termini di "parità delle armi" tra le parti nel giudizio e, con particolare riferimento all'àmbito tributario, l'inesauribilità della tutela giurisdizionale avverso gli atti della P.A. ex art. 113 Cost.).

[34] Tecnica normativa da ultimo annoverata dall'art. 1, comma 1084, L. 30 dicembre 2018, n. 145, (Legge di Bilancio 2019) con il quale si è stabilito che "l'articolo 1, comma 87, lettera a), della Legge 27 dicembre 2017, n. 205, costituisce interpretazione autentica dell'articolo 20, comma 1, del Testo Unico di cui al Decreto del Presidente della Repubblica 26 aprile 1986, n. 131". Richiamando interventi più risalenti, la definizione della vexata quaestio relativa alla cumulabilità tra periodo di sospensione amministrativa ex art. 6, D.Lgs. 19 giugno 1997, n. 218, ai fini dell'esperimento del tentativo di adesione all'accertamento notificato, e il periodo di sospensione feriale ex artt. 1, comma 1 e 5, L. 7 ottobre 1969, n. 742, è stata raggiunta attraverso l'art. 7-quater, comma 18, D.L. 22 ottobre 2016, n. 193, a mente del quale "i termini di sospensione relativi alla procedura di accertamento con adesione si intendono cumulabili con il periodo di sospensione feriale dell'attività giurisdizionale".

Economy, labour market and Italian and European migration policies

di **Ubaldo Nazzaro**
Diritto penale, Università degli Studi di Napoli "Federico II"

ABSTRACT

The processes of restructuring the labour market, which are inspired by neo-liberal economic theories, influence the migration policies of the Member States of the European Union. The migration policy is expressed, in the Italian legislation, by the Legislative Decree n. 286/1998, the Consolidated Text on Immigration (T.U.I.), which has been continuously modified over the next two decades. The last interventions to combat illegal immigration are represented by the security decrees (the Act April 13, 2017, n. 46, the Act December 1, 2018, n. 132, and the Act August 8, 2019, n. 77), which regulate migratory flows and limit cases for the recognition of international protection.

SINTESI

Nell'àmbito delle strette relazioni intercorrenti tra economia, mercato del lavoro e politiche migratorie, le ondate di crisi – diretta conseguenza delle speculazioni finanziarie che, creando una ricchezza virtuale, danneggiano l'economia reale – producono un'amplificazione del fenomeno dell'esclusione economica e sociale, i cui effetti si dispiegano soprattutto sulle persone migranti.

L'affermarsi della "new economy" negli anni Novanta del secolo trascorso necessita del ricorso a una manodopera a costi inferiori rispetto agli standard italiani ed europei. I processi di ristrutturazione del mercato del lavoro, che si ispirano alle teorie economiche neo-liberiste, influenzano le politiche migratorie dei Paesi membri dell'Unione europea. I concetti chiave della riforma economica, a partire dagli anni Novanta del secolo trascorso, sono la precarietà e la flessibilità.

La ristrutturazione del mercato del lavoro, a tali logiche improntata, riafferma la ricattabilità dei lavoratori: la persona migrante, vittima della minaccia di espulsione dal territorio dello Stato, è la più ricattabile tra i prestatori d'opera.

Il concetto di multiculturalismo, che si va affermando nel corso degli anni Novanta del secolo passato nell'àmbito degli Stati membri dell'Unione europea, si ridelinea sulla scorta delle esclusive esigenze mercantili.

Il principio dell'accoglienza, definito dalla riforma del mercato del lavoro, comporta l'identificazione tra "espulsione dal ciclo produttivo" ed "espulsione dal territorio dello Stato". Il modello economico e il modello della sicurezza coincidono; la legislazione italiana introduce misure penali e amministrative finalizzate all'esclusione della persona migrante.

Il doppio livello delle politiche italiane di contrasto dei fenomeni migratori, che affermano un'accoglienza fondata su interessi economici, è rappresentato, da un lato, dalla disciplina dei flussi migratori, direttamente regolamentata dal D.Lgs. 25 luglio 1998, n. 286, il Testo Unico in materia di immigrazione (e dai costanti successivi interventi che, nell'arco di oltre un ventennio, ne hanno ridefinito l'impianto), e, dall'altro, dalla disciplina del sistema di protezione internazionale, attraverso il recepimento di direttive comunitarie e i decreti sicurezza.

SOMMARIO

1. Introduction - **2**. Relations between multiculturalism and Italian constitutional and criminal systems - **3**. The double level of the concept of integration - **4**. The concept of the economic citizenship - **5**. Conclusions

1. Introduction

There is a relationship between economy, labour market and migration policies. Financial speculation creates a virtual wealth that damages the real

economy.[1] The crisis amplifies the phenomenon of economic and social exclusion, which in the current phase mainly involves the migrants.

The processes of restructuring the labour market, which are inspired by neo-liberal economic theories, influence the migration policies of the Member States of the European Union. The key concepts of economic reform, as from 1990s, are the precariousness and the flexibility. The emergence of the new economy in the 1990s requires the use of labour at lower costs than Italian and European standards.

The migration legislation in the Member States of the European Union has the aim to exclude the migrant; concealed work is thus nourished, where it is possible to hire labour at low cost, functional to the new economy.

As from the nineties of the last century, therefore, progressive European governments adopted a double neo-colonial strategy, on the one hand, paternalistic, on the other, repressive. Migration policies propose interventions on a dual level, both theoretical and practical, affirming, on the one hand, the values of the integration of migrants and multiculturalism and, on the other, an idea of reception focused on the exploitation of the work force. The exploitation of the work force is guaranteed by legislation that establishes strict parameters for obtaining a residence permit, in order to make the regular presence of the migrant very difficult. The Italian legislator, particularly, has introduced administrative and criminal measures[2] to ensure the expulsion of the migrant who has no requirements for a residence permit.

The migration policy is expressed, in the Italian legislation, by the Legislative Decree n. 286/1998, the Consolidated Text on Immigration (T.U.I.). The non-regularized migrant has no contractual power with the employer or entrepreneur and becomes a victim of the exploitation of concealed work, which is fundamental for the growth of the economic system.

---

[1] See J.F. HORAU, *Sur les aspects aggravants de l'exclusion économique et sociale*, in *Intégration / exclusion des minorités à la lumière de l'interculturalité. Actes de colloques internationaux organisés par ORACLE (avril et novembre 2009). Alizés. Revue Angliciste de La Réunion*, 2012, pp. 78 and ff.

[2] See A. MANNA, *Il diritto penale dell'immigrazione clandestina, tra simbolismo penale e colpa d'autore*, in *Cassazione penale*, n. 2, 2011, pp. 446 e ss.

Thus, models of multicultural societies are affirmed which do not guarantee the pluralism of cultures and consequently don't give rise to a concrete inclusion and integration of migrants, but implement strategies of exclusion.

The subordination of migration policies to exclusive economic interests implies, therefore, a concept of exclusionary multiculturalism, alien to the debate on the problems concerning its coexistence with the constitutional and criminal systems.[3]

The renunciation of a dominant cultural identity is, vice versa, functional to the affirmation of open forms of interculturalism;[4] each order thus is transformed into a plurality of micro-systems placed on equal levels. The cultural pluralism[5] takes on a juridical connotation, developing an idea of multiculturalism aimed at overcoming the very concept of citizenship, which implies a unity of the order. The affirmation of cultural pluralism requires the contribution of the national and comparative law.[6] Multicultural societies come into sight, which don't allow the sacrifice of the migrant identity, according to this approach, different from that of the government policies of the Member States of the European Union.[7]

[3] See A BERNARDI (ed.), *Multiculturalismo, diritti umani, pena. Atti del convegno in occasione del conferimento della laurea h. c. a Mireille Delmas-Marty* (Ferrara, November 5-6, 2004), Giuffrè Editore, Milano, 2006.

[4] See S. GEOFFROY, *Introduction: Intégration / exclusion des minorités* à *la lumière de l'interculturalité*, in *Intégration / exclusion des minorités à la lumière de l'interculturalité. Actes de colloques internationaux organisés par ORACLE (avril et novembre 2009)*, *cit.*, pp. 15 and ff.

[5] See I. ASGARALLY, *L'interculturel ou la guerre*, in *Intégration / exclusion des minorités à la lumière de l'interculturalité. Actes de colloques internationaux organisés par ORACLE (avril et novembre 2009)*, *cit.*, pp. 37 and ff.

[6] See M. CHIAVARIO, *Diritti fondamentali e giustizia penale nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Multiculturalismo, diritti umani, pena*, *cit.*, pp. 71 and ff.

[7] See F. VIOLA, *Diritti fondamentali e multiculturalismo*, in *Multiculturalismo, diritti umani, pena*, *cit.*, p. 56.

2. Relations between multiculturalism and Italian constitutional and criminal systems

The concept of multiculturalism,[8] when it also concerns the legal level, requires, with regard to the Italian legal system, the harmonization with the constitutional and criminal systems. As for constitutional law, an extensive interpretation of the provisions of the Italian Constitution allows for the continuation of the ever-evolving principles of freedom and fundamental rights in the Charter of 1948.

The Italian Constitution can thus offer guarantees to the pluralism of cultures, characterized by the absence of the concept of unity of people and by the opening to a differentiated society, the result of a multitude of minorities.

The intercultural conflict consists, originally, in the claim of migrants of fundamental rights to existence and evolves, subsequently, in the affirmation of the identity of its status. From this evolution of needs arises the debate on the possible integration of bearers of different cultural models with respect to Italian values.

The debate among Italian constitutionalists concerns the opportunity for an extension of the concept of citizenship, which includes any expression of culture different from the western one. According to some constitutionalists, the interpretation of the Italian Constitution must set limits to democratic pluralism, to stem the danger of forms of oppression against other associates generated by a deregulated openness to endless hypotheses of identity claims.[9]

The balances existing between the logic of pluralism and the phenomena of multiculturalism involve the intervention of social control, exercised through criminal law. Criminal law is the second of the systems, to which the multicultural demands must be harmonized, when these invest the legal plan.

The problems of harmonization between multiculturalism and criminal law concern the conflict existing between the options of criminal policy, expression of the models imposed by the dominant culture of an order, and the behaviours

[8] See S. ZAPPALA', *Diritti fondamentali e giustizia penale sovranazionale*, in *Multiculturalismo, diritti umani, pena*, *cit.*, p. 58.

[9] See E. GROSSO, *Multiculturalismo e diritti fondamentali nella Costituzione italiana*, in *Multiculturalismo, diritti umani, pena*, *cit.*, pp. 117-119.

that violate the incriminating rules, as they are put in place by people who follow different cultural orientations.

Unlike what happens at European level, the Italian criminal law does not allow exceptions; the recourse to legal categories, such as the exclusion of anti-legality or inability, is not allowed to make behaviour contrary to the Italian criminal system no punishable.[10] The prohibition of the use of the veil in schools as a will to remove any obstacle to effective social interaction is an example.

The Criminal law is not, therefore, a tool to guarantee the unity of different cultural systems, but an instrument of exclusion of cultural values unrelated to the Italian tradition and of exclusion of the rights of people who have different values, incompatible with the constitutional system (*rectius*, economic system).

The demand for non-specialized foreign labour – based on the flexibility and, therefore, on the exploitation of migrant workers – is functional to the economy of European Union States; the demand for concealed work feeds the illegal markets.[11]

The use of migrants, both in the legal economy, and above all in the illegal economy, costs much less than that of Italian workers. The role reserved for the migrant, even within illegal markets, completely is marginal. The irregular migrant is therefore a victim of criminal systems, which exploit its weak condition, which in turn is a consequence of European policies and legislation for the exclusion of non-citizens.

The migratory phenomena vice versa are considered by European policies the cause of the increase in crime. According to the European policies, there is also a connection between migratory phenomena and global terrorism. The Italian legislator, particularly, has introduced administrative and criminal measures to ensure the expulsion of the migrant suspected of international terrorism.[12]

---

[10] See G. DE FRANCESCO, *Multiculturalismo e diritto penale nazionale*, in *Multiculturalismo, diritti umani, pena*, *cit.*, pp. 143-150.

[11] See M. PAVARINI, *Criminalità e pena nella società multiculturale*, in *Multiculturalismo, diritti umani, pena*, *cit.*, p. 176.

[12] See L. MASERA, *Il terrorismo e le politiche migratorie: sulle espulsioni dello straniero sospettato di terrorismo*, in *Speciale Questione giustizia*, n. 9, 2016, pp. 76 and ff.

The illegal migrants are considered by the governments above all as perpetrators of crimes, more than as victims of the crime that exploits this phenomenon. Italian criminal justice, particularly, mainly punishes migrants. However, there is no link between migrant status and crime.[13]

The European Union also entrusts, on the one hand, the formal protection of Human Rights to the constitutional and criminal systems and elaborates, on the other hand, a concept of functional integration to the needs of the economic system.

The formal objective of EU policies is the harmonization of the legal systems of the Member States, both for the common protection of procedural guarantees in favor of suspects and investigated, and for the affirmation of a concept of common integration with the laws of the Member States. The rules of reception and the ban on the removal, expulsion or extradition of a suspect or accused person to a State in which there is a danger of death, torture or inhuman treatment must be the same for all the Member States of the European Union.[14]

These reflections would presuppose the unconditional respect of Human Rights, regardless of the global immigration strategies.

The renunciation, however, of a pluralism of cultures involving the inclusion of migrants and the affirmation of a concept of utilitarian reception, functional only to economic needs, affirms a concept of multiculturalism aimed at exclusion.

3. The double level of the concept of integration

The European Union recognizes fundamental rights only to skilled migrants. Even in the Italian system, some rights, such as the access to the pension system and the insurance against accidents at work,[15] are guaranteed only to

[13] There are studies on the relationship between migrant state and crime in the Italian experience; see G. GABRIELLI - S. STROZZA, *Migrazioni e criminalità in Italia e in Campania: evidenze, criticità e necessità informative*, in G. DI GENNARO - R. MARSELLI, *Criminalità e Sicurezza a Napoli*, FedOA Press, Napoli, 2015, pp. 149 and ff.

[14] See G. GRASSO, *Diritti fondamentali e pena nel diritto dell'Unione europea*, in *Multiculturalismo, diritti umani, pena*, *cit.*, pp. 95-96.

[15] See R. CRAMEROTTI - Z. PÀSZTOR - R. SALADINO - L. DI SCIULLO - G. DE MAIO, *Insurance*

skilled migrants. The social security and the Welfare legislation system, in fact, provide the obligation for employers to insure foreign workers who have a regular employment contract. According to Italian legislation, a regular work contract must be stipulated before the foreigner enters the Italian State territory; this circumstance especially occurs in cases of qualified work. In most cases of unskilled labour and, therefore, of concealed work, the migrant worker, vice versa, does not have these rights. «Due to their young age», unskilled migrants workers, who have a regular employment contract, «are almost exclusively contributors and not beneficiaries of pension benefits».[16]

The objective of European migration policies is the exploitation of concealed work by increasing the economic and social disparity between EU workers and non-EU workers, between regular workers and irregular workers. The development of economic systems, in fact, requires, on the one hand, skilled migrants, who have the same rights as European citizens, and, on the other, irregular migrants, who offer unskilled labour at low cost. The Italian and European social security system and the migrants' access to the pension system[17] are an example.

The connection between migratory phenomena and the Welfare state guarantees the social protection system only to the skilled migrants.[18] The integration of the foreigner is established by European and Italian laws. The European legislative process to combat discrimination starts with the Maastricht Treaty of 1992 and Amsterdam Treaty of 1997 up to the Directive 2000/43/CE, implemented, in the Italian legal system, through the Legislative Decree n. 215/2003.[19]

---

against accidents at work: the Italian case, in *Migrants and social security. The Italian case*. *Seventh EMN Italy Report*, IDOS Editions, Rome, 2014, pp. 93 and ff.

[16] See F. PITTAU, *IDOS Study and Research Centre's estimate on immigrant pension flows*, in *Migrants and social security. The Italian case*. *Seventh EMN Italy Report*, *cit.*, p. 74.

[17] See R. MARINARO, Predictions on immigrants' access to the pension system, in *Migrants and social security. The Italian case*. *Seventh EMN Italy Report*, *cit.*, pp. 82 and ff.

[18] See P. IAFRATE, *The imperfect equal opportunities of the Italian social security system: case studies and jurisprudence*, in *Migrants and social security. The Italian case*. *Seventh EMN Italy Report*, *cit.*, pp. 88 and ff.

[19] See G. GUARINO, *Lo strumento europeo di lotta alla discriminazione razziale e la sua applicazione in Italia, alla luce del diritto internazionale generale e convenzionale*, in *Discriminazione razziale e autonomia privata. Atti del Convegno. Napoli, 22 marzo 2006*,

The prohibition of discriminatory conduct however is not absolute; this principle is not valid unconditionally for all subjects. The limit to the recognition of equal rights and social dignity is the condition of regular, in violation of the principle of equality expressed by the Article 3 of the Italian Constitution and by the Article 2 of Legislative Decree n. 286/1998. The Article 3 of the Italian Constitution contains a concept of citizenship extensively interpreted.

The equal treatment and the principle of equality between all workers, EU and non-EU, therefore is not valid for the irregular foreigners.

The passage from the «State form» to the «market form»,[20] which delegitimizes the constitutionalism at international level and reduces States however imposes the re-examination of the concept of citizen. After the Second World War, the needs of a global financial and commercial market leave the Member States of the EU with a residual economic and political autonomy. The hopes and promises of the founders of the EU, which identified the creation of a common market as a necessary tool to ensure peace and solidarity cooperation between the European peoples, have been betrayed. In fact, the Europe of the market and the Europe of the Euro are replacing the Europe of democratic and social institutions.[21]

The progressive replacement of the centers of private political power instead of the centers of public political power – a phenomenon known as the constitution of private governance – facilitates the development of a constitutionalism called multilevel. Multilevel constitutionalism accentuates, rather than reduces, the levels of inequality expressed by the heterogeneity of States.[22]

Nuova Officina Poligrafica Laziale, Roma, 2006, pp. 21 and ff.

[20] See C. AMIRANTE, *Dalla forma stato alla forma mercato*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2008.

[21] See C. AMIRANTE, *Union Européenne et libertés économiques entre marché, état et démocratie*, in *L'architecture du droit. Mélanges en l'honneur du Professeur Michel Troper*, Economica, Toulon, 2006, pp. 35 and ff.

[22] See P. POLICASTRO, *'On The Reconstruction of the Legal Strength of the Constitution in a World in transition. Multi-Level Constitutionalism towards Multi-level Democracy'*, in J. NERGELIUS - P. POLICASTRO - K. URATA (ed.), *Challenges of Multilevel Constitutionalism*, Proceedings of IVR 21st World Congress, Lund 12-18 August 2003, Polpress Publisher, Krakòw, 2004, pp. 55 and ff.; P. POLICASTRO, *A new Garment for an Old Question: 'A Clash between Man's Rights and Citizens' Rights in the Enlarged Europe'*, in J. NERGELIUS (ed.), *Nordic*

4. The concept of the economic citizenship

In the third wave of economic globalization the concept of economic citizenship is affirmed, functional to financial interests, from which the citizen's participation in the political activity is excluded.[23] The concept of economic citizenship is used as a parameter to identify the migrants that can be integrated into the production cycle: only these are given the citizenship. Thus, there is a contrast between a low number of qualified migrants employed in the legal market and a high number of illegal migrants, excluded from the production cycle and destined to enlarge illegal economies, which also are fundamental to the labour market; in the middle are the seasonal workers as well regularized ones.

The concept of the economic citizenship is therefore totally different from the concept of universal citizenship, which does not presuppose a privileged status.[24] The concept of universal citizenship in fact guarantees the recognition and protection of Human Rights; the concept of economic citizenship vice versa is defined according to the parameters of economics and finance, which impose a distinction between citizens, holders of constitutional rights, and non-citizens, who have no rights.

The concept of the economic citizenship, affirmed by European policies, involves the renunciation of the idea of citizenship of integration and democratic participation, aimed at overcoming the concept of Nation-State, as a community instrument for bringing together people. The willingness of the European Union to promote the affirmation of the coexistence of a plurality of cultural identities appears unlikely in this regard.[25] The phenomenon of the constitution of private governance is functional to the exclusion from

and other European Constitutional Traditions, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden/Boston, 2006, p. 66.

[23] See C. AMIRANTE, *Dalla forma stato alla forma mercato*, *cit.*, XXI.

[24] See L. LO SCHIAVO, *Identità e società civile internazionale: ricognizioni intorno all'uso di un concetto*, in *Teoria politica*, n. 2, 2006, pp. 29 and ff.

[25] See L. LO SCHIAVO, *Identità e società civile internazionale: ricognizioni intorno all'uso di un concetto*, *cit.*, p. 46.

participation in public life and to the decisions of the entire population: the regular/irregular dichotomy represents only the most immediately perceptible aspect of ancestral national and supranational policies of concealment of decision-making power centers.

The post-industrial transformation processes of the metropolises of the main European Union States, which are defined as transnational market places, have developed an idea of integration as a resource.[26] The centralization in metropolitan areas of financial services and, in general, of highly specialized services (consulting companies, accounting companies, administrative companies), requires an exponential increase in the demand for labour, which is highly qualified or poorly qualified.[27] The job application requires, on the one hand, qualified professionals privileged by globalization, functional to urban economies, and, on the other hand, flexible and concealed work, consisting in the performance of manual tasks, also useful for the new economy.

The US model of inserting foreigners among the privileged working groups, adopted in Europe by States such as Germany, France and Great Britain, is not compatible with the economy of Italian urban areas, very different from other European cities. The skilled migrations represent a phenomenon which totally is foreign to that of irregular immigration and concerns exclusively the reception in the EU citizens of non-EU citizens from developed States (rectius, colonizers).

European and Italian immigration policies vice versa affirm the strategies of the exclusion of migrants fleeing developing States (rectius, colonized), devastated by poverty and wars, caused by Western powers. In these cases, the forms of integration are exclusively aimed at the exploitation of legal or illegal labour at lower costs than that offered by "EU citizens". With reference to Italian legislation, the status of irregular is a starting point for a process that leads, only in a few cases, to the status of regular; in fact, it is difficult or impossible for an unqualified migrant to obtain a work contract before entering Italy, a necessary condition for the residence permit.

---

[26] See S. SASSEN, *Le città nell'economia globale*, Il Mulino, Bologna, 2003.

[27] See M. AMBROSINI (ed.), *L'immigrazione come risorsa: dimensioni economiche e implicazioni sociali*, Final Report CIRIEC, Milano, 2006.

The legal doctrine,[28] proposing the Marshall's marginalist theories, states that the neo-liberal economic scheme is also applicable to the phenomena of global migration.

The marginal utility theory, applied to the labour market, highlights the relevance of the substitution principle, which characterizes all types of goods, including the work performance. The interchangeability of workers, affirmed by this theory, defines the optimal wage, identified in socio-economic marginality, which produces profit for the entrepreneur, protected by legislation that does not require him to also bear the costs.[29]

The labour market, even in globalised societies, is governed by the law of supply and demand and by an unequal relationship between enterprise and employees, which is being redefined through the constant expulsion from the production cycle of workers who are asking for a salary increase for work performances; these workers are replaced by people who accept lower wages in order to take on the same tasks.

The revival of marginalist theories through the neo-liberal economic theories, identifies a new marginal subject, which is the irregular or clandestine non-EU migrant. In this way, the archaic relationships of production, characterized by pay and safety working conditions, are very far from the standards formally defined by the Italian and European laws.

The development of the new economy subtracts, especially as regards to the Italian economic, workforce to small business, to construction, to agriculture and to all other sectors characterized by the demand for material services to be performed in the absence of the worker's safety. The progressive unavailability of local labour requires the use of illegal foreign workers.

The migrant is attracted to the illegal economy, that is functional to the labour market, which is redefined through the precarization of labour, in conjunction with the decline of the Welfare State.

---

[28] See A. CIERVO, *Una pura formalità. Alcune osservazioni critiche a margine del recepimento della direttiva 2009/52/CE da parte del legislatore italiano*, in *Questione giustizia*, n. 3, 2014, pp. 145 and ff.

[29] See A. CIERVO, *Una pura formalità*, *cit.*, pp. 146-148.

The neo-liberal policies, which have inspired Western governments since the 1990s, affirm the principle of flexibility, the key principle of the economic systems of the new millennium.

The economic citizenship is only one point of arrival of a long process of insecurity and flexibility.

The starting point of this process is the entry into the world of precarious job and the stages of the process are represented by the transition from precarious work to another precarious job; the production cycle is thus subtracted from the traditional rules of the States.

Business development is facilitated by the precarization of working conditions. The legislative measures of European governments, that affirm job insecurity and flexibility, take the place of those that should increase the demand for consumer goods and services to ensure the development of employment and the economy.[30]

Being the working class exposed to increasing blackmail which ensures a reduction in wages and further facilitates the dismissals, is useful in reducing labour costs for the benefit of the productivity of the entrepreneurs.

The validity of traditional pre-Keynesian theories, which identify economic growth in the progressively puting private intervention in place of public one is, however, disputed.[31] It is thus denied the principle that downward flexibility in wages is useful for higher employment and guarantees greater productivity of companies, ensuring greater international competitiveness of the State compared with the other States inside or outside the Eurozone.[32]

The European Union redefines itself as a European Monetary Union, at the same time as the transition of fiscal policy management from national administrations to independent supranational institutions. These supranational institutions do not have the obligation, as the States, have to respect the rules of democratic representation. In this phase, two supranational institutions, namely the European Commission and the European Central Bank (E.C.B.), are opposed

[30] See A. STIRATI, *Crescita e "riforma" del mercato del lavoro*, in S. CESARATTI - M. PIVETTI (ed.), *Oltre l'austerità*, MicroMega (e-book), Roma, 2012, pp. 148 and ff.

[31] See A. PALUMBO, *Quale spesa pubblica*, in S. CESARATTO - M. PIVETTI (ed.), *Oltre l'austerità*, *cit.*, pp. 136 and ff.

[32] See A. STIRATI, *Crescita e "riforma" del mercato del lavoro*, *cit.*, pp. 149-151.

to national parliaments and governments.[33] The overcoming of the concept of Nation-State in matters of fiscal policies is the dismantling of the social achievements achieved during the seventies of the last century, in order to implement a labour market reform inspired by the principle of flexibility.

The reform of the labour market, characterized by flexibility and insecurity, reaffirms the blackmail of workers: the migrant worker, victim of the threat of expulsion from the territory of the State, is the most blackmailable of workers.

The principle of reception, defined by labour market reform, involves the identification of "expulsion from the production cycle" and "expulsion from the territory of the State".[34] The economic model and the security model coincide. Italian legislation introduces criminal and administrative measures aimed at excluding migrants.

The double level of Italian policies to combat migratory phenomena, which affirm a reception based on economic interests, is represented, on the one hand, by the regulation of migration flows, directly regulated by the Legislative Decree n. 286/1998, the Consolidated Text on Immigration (T.U.I.), and, on the other hand, by the international protection system, through the implementation of EU directives and through the Italian security decrees.

5. Conclusions

The Legislative Decree July 25, 1998, n. 286, the Consolidated Text on Immigration (T.U.I.), is the point of arrival of the Italian legislative path, which begins with the Act December 30, 1986, n. 943, adopted in implementation of the Convention of the I.L.O. (International Labour Organization) n. 143 of June 24, 1975, ratified in Italy by Act April 10, 1981, n. 158. The migratory phenomena, during the eighties of the last century, are also starting interest Italy. The main goal of the Italian legislator is the definition of an organic discipline concerning the treatment of migrants present in the State territory.

---

[33] See V. MAFFEO, *La crisi economica e il ruolo della BCE*, in S. CESARATTO - M. PIVETTI (ed.), *Oltre l'austerità*, *cit.*, pp. 125-131.

[34] See M. PASCALI, *La «decolorazione» del lavoro nero nel processo di decostruzione del diritto penale del lavoro. Normalizzazione, migrazione ed eclissi del diritto*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2007.

Through the Act n. 943/1986, all non-EU workers legally resident in Italy and their families, as Italian workers, are assured equal treatment and full equality of rights, including the right to social and health services use, the right to maintain cultural identity, the right to school and the right to housing. The sole purpose asserting these rights is the adaptation of Italian legislation to European one. The recognition of these rights to migrants is only abstract: the Act n. 943/1986, as the subsequent Italian laws and as the community laws, in fact distinguishes between regular non-EU migrants and irregular migrants. The rights of Italian and European citizens are recognized only to non-EU citizens legally present in the State territory

The next stage of the Italian legislation against illegal immigration is the Act 28 February 1990, n. 39 (so-called "Martelli"), introduced into Italian law to regulate the phenomenon of migratory flows, considered a concrete threat to internal public order. The logic of exclusion begins to characterize the Italian legislation, implemented through the expansion of security measures and administrative sanctions, and the forecast of a new hypothesis of ministerial expulsion, ordered for reasons of public order or state security.

The aim of the removal is the Leit-motiv of European and Italian migration strategies also in the second half of the nineties of the last century, coinciding with the emergence, also in Europe, of the example of Clinton's experience in the United States, of governments (the Italian government of Prodi, the German government of Schroeder and the British government of Blair) based on a progressive politics, expression of the new economy.[35] The new model of economy, which characterizes the end of the twentieth century, requires the development of integration policies aimed at the subjugation of the migrant to the rules of a labour market, which is also founded on the regular/irregular dichotomy.

The non-EU workers integrated into the production cycle and therefore regularized carry out work tasks, on the one hand, more arduous and more risky and, on the other hand, less qualified and remunerated for work tasks performed by EU workers. The working conditions imposed on regular migrants,

[35] See A. DAL LAGO, *Non-persone. L'esclusione dei migranti in una società globale*, Feltrinelli, Milano, 2005, 265-266.

often aimed at specific sectors (such as domestic work), in effect frustrate the extension to them of constitutional rights reserved for citizens.

The status of irregular undermines, vice versa, the foreigners expelled from the production cycle, who represent labour to be used at even lower costs, expand illegal economies, functional to the new economy and the neoliberal model. The illegal markets inevitably attract the excluded, destined for sectors – such as agricultural work and seasonal work – now characterized by the unavailability of local workers.

The regular/irregular dichotomy and the logic of exclusion represent the key principle of Legislative Decree n. 286/1998, which has been continuously modified over the next two decades. The last interventions to combat illegal immigration are represented by the security decrees (the Act April 13, 2017, n. 46, the Act December 1, 2018, n. 132, and the Act August 8, 2019, n. 77), which regulate migratory flows and limit cases for the recognition of international protection.

BIBLIOGRAPHY:

M. AMBROSINI (ed.), *L'immigrazione come risorsa: dimensioni economiche e implicazioni sociali*, Final Report CIRIEC, Milano, 2006.

C. AMIRANTE, *Union Européenne et libertés économiques entre marché, état et démocratie*, in *L'architecture du droit. Mélanges en l'honneur du Professeur Michel Troper*, Economica, Toulon, 2006, pp. 35 and ff.

C. AMIRANTE, *Dalla forma stato alla forma mercato*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2008.

I. ASGARALLY, *L'interculturel ou la guerre*, in *Intégration / exclusion des minorités à la lumière de l'interculturalité. Actes de colloques internationaux organisés par ORACLE (avril et novembre 2009). Alizés. Revue Angliciste de La Réunion*, 2012, pp. 37 and ff.

A. BERNARDI (ed.), *Multiculturalismo, diritti umani, pena. Atti del convegno in occasione del conferimento della laurea h. c. a Mireille Delmas-Marty* (Ferrara, November 5-6, 2004), Giuffrè Editore, Milano, 2006.

M. CHIAVARIO, *Diritti fondamentali e giustizia penale nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Multiculturalismo, diritti umani, pena. Atti del*

convegno in occasione del conferimento della laurea h. c. a Mireille Delmas-Marty (Ferrara, November 5-6, 2004), Giuffrè Editore, Milano, 2006, pp. 71 and ff.

A. CIERVO, *Una pura formalità. Alcune osservazioni critiche a margine del recepimento della direttiva 2009/52/CE da parte del legislatore italiano*, in *Questione giustizia*, n. 3, 2014, pp. 145 and ff.

R. CRAMEROTTI - Z. PÀSZTOR - R. SALADINO - L. DI SCIULLO - G. DE MAIO, *Insurance against accidents at work: the Italian case*, in *Migrants and social security. The Italian case*. *Seventh EMN Italy Report*, IDOS Editions, Rome, 2014, pp. 93 and ff.

A. DAL LAGO, *Non-persone. L'esclusione dei migranti in una società globale*, Feltrinelli, Milano, 2005.

G. DE FRANCESCO, *Multiculturalismo e diritto penale nazionale*, in *Multiculturalismo, diritti umani, pena. Atti del convegno in occasione del conferimento della laurea h. c. a Mireille Delmas-Marty* (Ferrara, November 5-6, 2004), Giuffrè Editore, Milano, 2006, pp. 137 and ff.

G. GABRIELLI - S. STROZZA, *Migrazioni e criminalità in Italia e in Campania: evidenze, criticità e necessità informative*, in G. DI GENNNARO - R. MARSELLI, *Criminalità e Sicurezza a Napoli*, FedOA Press, Napoli, 2015, pp. 149 and ff.

S. GEOFFRY, *Introduction: Intégration / exclusion des minorités* à *la lumière de l'interculturalité*, in *Intégration / exclusion des minorités à la lumière de l'interculturalité*. *Actes de colloques internationaux organisés par ORACLE (avril et novembre 2009)*, pp. 15 and ff.

G. GRASSO, *Diritti fondamentali e pena nel diritto dell'Unione europea*, in *Multiculturalismo, diritti umani, pena. Atti del convegno in occasione del conferimento della laurea h. c. a Mireille Delmas-Marty* (Ferrara, November 5-6, 2004), Giuffrè Editore, Milano, 2006, pp. 85 and ff.

E. GROSSO, *Multiculturalismo e diritti fondamentali nella Costituzione italiana*, in *Multiculturalismo, diritti umani, pena. Atti del convegno in occasione del conferimento della laurea h. c. a Mireille Delmas-Marty* (Ferrara, November 5-6, 2004), Giuffrè Editore, Milano, 2006, pp. 109 and ff.

G. GUARINO, *Lo strumento europeo di lotta alla discriminazione razziale e la sua applicazione in Italia, alla luce del diritto internazionale generale e*

convenzionale, in *Discriminazione razziale e autonomia privata. Atti del Convegno. Napoli, 22 marzo 2006*, Nuova Officina Poligrafica Laziale, Roma, 2006, pp. 21 and ff.

J.F. HORAU, *Sur les aspects aggravants de l'exclusion économique et sociale*, in *Intégration / exclusion des minorités à la lumière de l'interculturalité. Actes de colloques internationaux organisés par ORACLE (avril et novembre 2009). Alizés. Revue Angliciste de La Réunion*, 2012, pp. 78 and ff.

P. IAFRATE, *The imperfect equal opportunities of the Italian social security system: case studies and jurisprudence*, in *Migrants and social security. The Italian case*. *Seventh EMN Italy Report*, IDOS Editions, Rome, 2014, pp. 88 and ff.

L. LO SCHIAVO, *Identità e società civile internazionale: ricognizioni intorno all'uso di un concetto*, in *Teoria politica*, n. 2, 2006, pp. 29 and ff.

V. MAFFEO, *La crisi economica e il ruolo della BCE*, in S. CESARATTO - M. PIVETTI (ed.), *Oltre l'austerità*, MicroMega (e-book), Roma, 2012, pp. 125 and ff.

A. MANNA, *Il diritto penale dell'immigrazione clandestina, tra simbolismo penale e colpa d'autore*, in *Cassazione penale*, n. 2, 2011, pp. 446 e ss.

R. MARINARO, *Predictions on immigrants' access to the pension system*, in *Migrants and social security. The Italian case*. *Seventh EMN Italy Report*, IDOS Editions, Rome, 2014, pp. 82 and ff.

L. MASERA, *Il terrorismo e le politiche migratorie: sulle espulsioni dello straniero sospettato di terrorismo*, in *Speciale Questione giustizia*, n. 9, 2016, pp. 76 and ff.

A. PALUMBO, *Quale spesa pubblica*, in S. CESARATTO - M. PIVETTI (ed.), *Oltre l'austerità*, MicroMega (e-book), Roma, 2012, pp. 136 and ff.

M. PASCALI, *La «decolorazione» del lavoro nero nel processo di decostruzione del diritto penale del lavoro. Normalizzazione, migrazione ed eclissi del diritto*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2007.

M. PAVARINI, *Criminalità e pena nella società multiculturale*, in *Multiculturalismo, diritti umani, pena. Atti del convegno in occasione del conferimento della laurea h. c. a Mireille Delmas-Marty* (Ferrara, November 5-

6, 2004), Giuffrè Editore, Milano, 2006, pp. 165 and ff.

F. PITTAU, *IDOS Study and Research Centre's estimate on immigrant pension flows*, in *Migrants and social security. The Italian case*. *Seventh EMN Italy Report*, IDOS Editions, Rome, 2014, pp. 74 and ff.

P. POLICASTRO, *'On The Reconstruction of the Legal Strength of the Constitution in a World in transition. Multi-Level Constitutionalism towards Multi-level Democracy'*, in J. NERGELIUS - P. POLICASTRO - K. URATA (ed.), *Challenges of Multilevel Constitutionalism*, Proceedings of IVR 21st World Congress, Lund 12-18 August 2003, Polpress Publisher, Krakòw, 2004, pp. 55 and ff.

P. POLICASTRO, *A new Garment for an Old Question: 'A Clash between Man's Rights and Citizens' Rights in the Enlarged Europe'*, in J. NERGELIUS (ed.), *Nordic and other European Constitutional Traditions*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden/Boston, 2006, p. 66.

S. SASSEN, *Le città nell'economia globale*, Il Mulino, Bologna, 2003.

A. STIRATI, *Crescita e "riforma" del mercato del lavoro*, in S. CESARATTO - M. PIVETTI (ed.), *Oltre l'austerità*, MicroMega (e-book), Roma, 2012, pp. 148 and ff.

F. VIOLA, *Diritti fondamentali e multiculturalismo*, in *Multiculturalismo, diritti umani, pena. Atti del convegno in occasione del conferimento della laurea h. c. a Mireille Delmas-Marty* (Ferrara, November 5-6, 2004), Giuffrè Editore, Milano, 2006, pp. 37 and ff.

S. ZAPPALA', *Diritti fondamentali e giustizia penale sovranazionale*, in *Multiculturalismo, diritti umani, pena. Atti del convegno in occasione del conferimento della laurea h. c. a Mireille Delmas-Marty* (Ferrara, November 5-6, 2004), Giuffrè Editore, Milano, 2006, pp. 57 and ff.

Contributi per opere pubbliche ed equivoco tra obblighi del beneficiario e corrispettività IVA

di **Mauro Vantaggio**
Ricercatore di Diritto tributario, Università degli Studi di Roma

ABSTRACT

The article is inspired by a response from the Revenue Agency to a tax rulling, reported at the bottom, to analyze the VAT system of Eu and public contributions in general, paid to municipalities and by them to economic operators, on the occasion of the construction of public works. The article excludes, contrary to the response, that the contribution must be charged with VAT, explaining that the deduction of VAT on public works carried out is justified by the VAT tasxability of the fees charged to final customers for use, and with the application of VAT when the work is sold, or its free devolution to the granting bodies is realized.

SINTESI

L'articolo trae spunto da un interpello dell'agenzia delle entrate, riportato in calce, per analizzare il regime IVA dei contributi comunitari, e pubblici in generale, erogati per la costruzione di opere pubbliche ad operatori economici. L'articolo esclude, contrariamente all'interpello, che il contributo debba essere gravato di IVA, spiegando che la detrazione dell'IVA sulle opere pubbliche realizzate si giustifica con l'imponibilità IVA dei corrispettivi addebitati agli utenti per l'utilizzo e con l'applicazione dell'IVA in sede di cessione dell'opera o di sua devoluzione gratuita agli enti concedenti.

SOMMARIO

1. Un interpello disorientante sui contributi pubblici - **2**. Le simmetrie nel recupero dell'IVA: un probabile motivo dell'equivoco - **3**. Il contrario e corretto avviso di Direzioni Provinciali dell'Agenzia - **4**. Altre pronunce dell'Agenzia delle entrate su temi simili

1. Un interpello disorientante sui contributi pubblici

Questo scritto, più che annotare un'interpretazione dell'agenzia delle entrate, cerca di contestualizzarla, come forse dovrebbe farsi per le note alle sentenze, che rappresentano anch'esse spezzoni di vicende più articolate, che spesso non filtrano dai documenti.

Forse l'interpello in esame è uno dei tanti campanelli d'allarme sugli inconvenienti che possono verificarsi per la gestione seriale, meramente documentale, senza interlocuzioni tra richiedenti e uffici finanziari. Solo così può spiegarsi l'equivoco tra le obbligazioni assunte dal beneficiario di un contributo pubblico, in questa sede comunitario, ma avrebbe potuto essere anche di altra fonte, e una fantomatica corrispettività rilevata ai fini IVA. Nella fattispecie si trattava di contributi che l'Unione europea, per il tramite della Regione Sicilia, concedeva per la costruzione di impianti di distribuzione e vendita di metano ancora non coperte dalle relative reti distributive. Alcuni comuni della costa sud della provincia di Messina, possedendo i requisiti per poter godere di siffatti fondi europei, li ottenevano realizzando le opere attraverso un consorzio, peraltro individuato in applicazione dei principi previsti dal bando europeo. Tale soggetto avrebbe dovuto realizzare (come, in effetti, ha fatto) un impianto di distribuzione e vendita di gas, con conseguente concessione ventennale dello sfruttamento economico dell'impianto stesso.

Naturalmente l'erogazione di contributi UE è circondata da vari adempimenti e condizioni, come del resto quella di tutti i contributi pubblici finalizzati a un determinato obiettivo. Essi erano indirizzati alla Regione e da questa veicolati

verso i Comuni di zone svantaggiate, affinché venisse sovvenzionata l'impresa che si sarebbe aggiudicata la realizzazione dell'impianto di sua proprietà**,** garantendo alla stessa impresa – come di prassi – anche la concessione, per una certa durata, dei diritti di distribuzione e vendita. Detta procedura si è realizzata secondo ordinari criteri concessori, tra i quali è stata prevista anche un (eventuale) devoluzione dell'impianto, alla scadenza della concessione, ai Comuni consorziati[1], secondo le condizioni previste dal contratto di servizio.

Evidentemente per estrema cautela fiscale, il Consorzio aggiudicatario ritiene opportuno richiedere un interpello alla Direzione Regionale Entrate del Lazio sul trattamento ai fini IVA di questi contributi.

Non è dato sapere per quali equivoci, presumibilmente derivanti dalla sottoposizione del quesito in maniera non troppo lineare, la risposta a tale interpello, pervenuta nel 2014, si pone oggettivamente in contraddizione con la logica dei contributi europei in particolare, e pubblici in generale, delle erogazioni a fondo perduto [2]i quali non costituiscono il corrispettivo[3] di alcunché. Infatti, la questione esposta nell'interpello in oggetto riguardava un problema giuridico risolto, legato alla non applicazione dell'IVA sui contributi pubblici in conto capitale, in quanto essi sono privi di natura corrispettiva; ciò quale che fosse l'opera finanziata, ma a maggior ragione per la costruzione di opere pubbliche di interesse generale; tuttavia, rispetto a quello che era lecito attendersi, la risposta all'interpello ritiene invece imponibili ai fini IVA i contributi europei transitati dai Comuni e giunti al Consorzio, il quale secondo l'Amministrazione li avrebbe dovuti fatturare – con IVA applicata ed esposta – ai Comuni stessi. La ricostruzione dell'interpello è, in buona sostanza, quella secondo cui il consorzio, ricevendo il contributo, avrebbe reso una prestazione al comune.

---

[1] Contratto di servizio sottoscritto il 28 febbraio 2011 fra il sindaco del Comune "capofila" ed il rappresentante legale del Consorzio. L'oggetto di tale contratto era la progettazione definitiva, esecutiva, realizzazione e gestione in concessione (ventennale) dell'impianto di distribuzione del gas naturale.

[2] E a maggior ragione per i prestiti a condizioni agevolate, ma da restituire.

[3] Fra le molte, si ricorda come la Corte di Giustizia abbia ritenuto che, per qualificare una prestazione di servizi come prestazione a titolo oneroso, è necessaria la sussistenza di un nesso diretto tra la prestazione di servizi ed un corrispettivo percepito dal soggetto passivo (sentenza 26 settembre 2013, causa C-283/12).

Qualunque sia l'equivoco per cui si è prodotta, quella prospettata nella risposta del 2014 è un'interpretazione destabilizzante, non solo per i Comuni interessati nel caso specifico, ma per qualsiasi filiera concessoria di contributi comunitari, con contraddizioni non gestibili ai fini IVA, specificate di seguito.

2. Le simmetrie nel recupero dell'IVA: un probabile motivo dell'equivoco

La risposta fornita dalla DR Lazio, dove evidentemente il consorzio ha domicilio fiscale, prevede l'imponibilità ai fini IVA dei contributi dell'Unione transitati dai Comuni al Consorzio, in quanto aventi ad oggetto un (preteso) "rapporto obbligatorio a prestazioni corrispettive"[4], invero non meglio identificabile; l'onerosità è probabilmente estrapolata dall'ovvio vincolo di destinazione cui ogni contributo pubblico è soggetto. Infatti, dalle premesse sopra volte, appare chiaro che il beneficiario dei contributi europei è (soltanto) il soggetto che otterrà la concessione per la distribuzione e la vendita a titolo oneroso del gas, una volta completato l'impianto di distribuzione[5]. In effetti, è lampante che la Regione ed i suoi Comuni non sono stati qui parte di alcun sinallagma, né col Consorzio, né (ovviamente) con l'Unione europea. Del resto, il passaggio dei fondi comunitari per le casse comunali è servito solo a realizzare

[4] Sembra scontato, poiché né l'UE, né la Regione, né il Comune acquistano alcunché (il metanodotto resta di proprietà del Consorzio realizzatore fino a fine concessione) che l'Agenzia, nella risposta ad interpello, non possa che aver pensato ad una prestazione di servizi. Com'è noto, le norme comunitarie non forniscono una definizione puntuale della nozione di prestazione di servizi, di fatto individuando tale presupposto, che siamo soliti chiamare *oggettivo*, in via residuale o differenziale. Per il legislatore comunitario già ai sensi dell'art. 6, par. 1, comma 1 della VI Direttiva comunitaria (poi art. 24, par. 1, della Direttiva 2006/112/CE) si considera prestazione di servizi "ogni operazione che non costituisce una cessione di beni" (anche se l'art. 25, in via esemplificativa, cita "l'obbligo di non fare o di permettere un atto o una situazione"). Definizione similare a quella contenuta nell'art. 3 DPR 633/1972, il cui comma 1 è interpretato nel senso che vi sono comprese "tutte le prestazioni di servizi che non comportano il trasferimento di un bene o comunque una prestazione di dare" (Cfr. *Commentario breve alle leggi tributarie*, IV, *Iva e imposte sui trasferimenti*, a cura di MARONGIU, Padova, 2011, pp. 18 e segg.). Fra le pronunce della Corte di Giustizia UE, la sent. del 29 marzo 2007 (causa C-111/05), che riprende il caso di una società la quale provvedeva alla fornitura e alla posa in opera di un cavo in un fondale sottomarino senza alterarne la natura o adattarlo alle esigenze del cliente veniva considerato dalla Corte come cessione di beni.

[5] Nel contratto di servizio espressamente è scritto che "unico elemento di remunerazione del presente contratto è costituito dal corrispettivo percepito dal Concessionario in forza del gas distribuito sulla rete". Si tratta di una clausola anche fiscalmente *dirimente* rispetto alla questione in esame.

un *tramite* tra i finanziamenti europei ed i territori svantaggiati, che necessitavano di impianti di metanodotto, in adempimento di un bando regionale finanziato dall'UE.

L'istituto dell'erogazione (finanziamento) a titolo di contributo o sussidio, condizionato, o vincolato ad uno scopo, è assolutamente comune e, oltre a riguardare la parte maggioritaria dei contributi pubblici, è strutturale a realizzare gli interventi incentivanti degli organismi sovranazionali, degli stati sovrani e degli enti territoriali.

Mancherebbe qui il presupposto soggettivo, se lo stesso fosse attribuito al Comune. Quest'ultimo non agisce nell'esercizio d'impresa, ma nell'ambito dei suoi fini istituzionali di veicolo e controllore di incentivi finanziari comunitari. Manca, anche, il presupposto oggettivo: non vi è la cessione di un bene, poiché il metanodotto resta in proprietà al soggetto che lo realizza. Non vi è neppure la prestazione di servizi (nella specie, è invocata un'<<obbligazione di fare, non fare e permettere>>), in quanto il Comune non ha prestato un servizio, bensì ha garantito, assieme agli altri enti territoriali, il rispetto delle regole UE e l'arrivo delle somme stanziate e aggiudicate nonché, se mai, la verifica di corretto impiego di queste ultime. Né, invertendo le parti, il Consorzio ha prestato alcun servizio dietro corrispettivo.

Pertanto, l'interpello del Consorzio medesimo – rivelatosi *ex post* inutile e troppo carico di zelo – sembrava contenere un quesito banale, con una risposta priva di particolari problematicità. Ha, invece, prodotto un'interpretazione officiosa di imponibilità ai fini IVA dei contributi europei in capo ai Comuni, senza che sia stato adeguatamente considerato che l'unico vero beneficiario di tali somme è solo il Consorzio, in qualità gestore del gas tramite l'impianto finanziato dall'UE, il quale ovviamente produrrà corrispettivi d'impresa imponibili ai fini IVA.

In altre parole, il parere reso sull'interpello confonde il beneficiario effettivo dei finanziamenti europei, ipotizzando un'inesistente controprestazione per fondi arrivati dall'Unione europea, in adempimento di un (*pubblicisticamente* doveroso e guidato dagli enti territoriali nazionali) vincolo di destinazione, che nell'interpello genera inopinatamente un corrispettivo, perciò da sottoporre ad IVA.

Forse, anche senza affermarlo, l'Agenzia delle Entrate ha coltivato l'idea secondo cui l'ente pubblico, erogante il contributo, abbia di fatto acquistato il bene che il beneficiario realizza (e per il quale ottiene il contributo medesimo: nel nostro caso il metanodotto); ma l'esempio potrebbe essere ripetuto per qualsiasi ponte, ospedale o attrezzatura sanitaria finanziata. Basta pensare al gigantesco sforzo messo in campo dall'Unione in tempi di pandemia. È universalmente noto che l'IVA è contemporaneamente un'imposta sul valore aggiunto riguardo ai sui meccanismi giuridici e aritmetici, nonché un'imposta sui consumi se si tengono presenti i suoi aspetti economici[6].

Da sempre, in base ai principi IVA consolidati[7], i contributi in conto capitale dell'Unione europea non sono mai stati ritenuti corrispettivi, e quindi assoggettati a IVA, indipendentemente dall'oggetto del contributo; simmetricamente, le stesse somme non vengono neanche considerate nell'ambito dell'esercizio d'impresa da parte del destinatario. Si pensi al caso in cui venga finanziata direttamente un'industria considerata strategica, oppure quando il finanziamento sia indirizzato ad enti pubblici non commerciali, o, ancora, quando sia destinato a opere pubbliche realizzate da consorzi di enti locali in concessione, o anche da concessionari con diritto di sfruttare economicamente l'opera per poi retrocederla al concedente a fine concessione.

Orbene, per fare un esempio anche geograficamente contiguo al caso di specie, l'eventuale costruzione del ponte sullo Stretto di Messina, con fondi comunitari a favore del costruttore/concessionario dell'opera, saranno sicuramente fuori campo IVA, mentre saranno regolarmente assoggettati ad imposta i pedaggi d'attraversamento. Tale principio rimane inalterato anche nel caso in cui l'opera, alla fine del periodo di concessione prestabilito, verrà restituita alla Regione o allo Stato, dietro un corrispettivo che rientrerà

[6] Sulla tassazione dei consumi è illuminante e storicamente rilevante quanto in F. FORTE, *Il consumo e la sua tassazione*, Torino, 1973.

[7] A. COMELLI, *Iva nazionale e Iva comunitaria*, Padova, 2000, *passim*. Secondo l'Autore possiamo peraltro suddividere il processo di armonizzazione dell'IVA in tre periodi: il primo va dall'istituzione della Comunità fino al 31 dicembre 1992; il secondo periodo comincia il 1° gennaio 1993 con l'abolizione delle frontiere fiscali e durerà fino a quando sarà applicato il regime transitorio sulla tassazione degli scambi intracomunitari; il terzo periodo, invece, inizierà con l'applicazione del regime definitivo che prevede la tassazione di beni e servizi secondo il principio di tassazione nel Paese di origine.

anch'esso nel campo di applicazione dell'IVA. Probabilmente, l'interpello è stato portato fuori strada dal recupero dell'IVA, da parte del consorzio, sui lavori di costruzione del metanodotto, il che è apparso anomalo rispetto all'ottenimento del contributo da parte dei comuni. Se questi ultimi avessero acquisito il contributo in proprio, e poi dato in appalto la costruzione del metanodotto a un'impresa edilizia, essi non avrebbero invece detratto l'IVA da questa loro addebitata. Si tratta però di un mero differimento della percezione dell'IVA, rinviata all'addebito dei corrispettivi agli utenti dei servizi del consorzio ed all'eventuale estromissione del metanodotto dalla sfera dell'impresa del consorzio medesimo, al momento della devoluzione ai comuni, come sopra spiegato. Tutte le volte che un'impresa è beneficiaria di contributi per opere pubbliche, resta insomma impregiudicato il diritto alla detrazione dell'IVA, giustificato dai corrispettivi futuri dell'attività d'impresa, e dall'IVA applicabile al momento dell'estromissione del bene, realizzato coi contributi, dall'attività dell'impresa stessa.

A ben vedere, questo che sembra un principio ovvio è andato disperso nella dialettica a monte dell'interpello in oggetto, perché nel caso di specie, in cui il concessionario ventennale della distribuzione del gas è evidentemente l'impresa scelta, l'Agenzia arriva ad affermare che "il beneficiario effettivo delle risorse è il complesso dei singoli Comuni (*del Bacino*) mentre il Consorzio istante rappresenta invece il concessionario di detti Comuni, avendo assunto obblighi derivanti da un contratto di servizio", cosicché – è la conclusione – "il Consorzio istante non essendo beneficiario, riceve non contributi, bensì un corrispettivo per la realizzazione dell'opera".

Si tratta, evidentemente, di una forzatura dei principi IVA, specie per quanto riguarda il concetto di "corrispettività", di "sinallagma" alla base dell'assoggettabilità al tributo. Come anticipato sopra, infatti, se si vuole trovare l'equivoco latente dietro l'interpello suddetto, l'obbligo verso il concedente di utilizzare il contributo a fondo perduto per la finalità cui era destinato (la realizzazione del metanodotto) è stato scambiato per un corrispettivo a favore del concedente, come se nel nostro caso l'Unione europea avesse avuto una controprestazione per la costruzione dell'impianto del gas. In altre parole, dal tenore della risposta all'interpello parrebbe che l'Unione, invece di finanziarlo

per le proprie finalità sociali e perequative, avesse acquistato una quota del metanodotto siciliano, per il tramite dei Comuni messinesi.

Peraltro, sviluppi paradossali di questa risposta ad interpello si trovano nel fatto che, nello specifico caso, il Consorzio ha successivamente ed improvvidamente pensato di rimediare mediante l'emissione di note di addebito di sola IVA[8] in c.d. "*split payment*"; il contributo era estraneo al campo di applicazione dell'IVA, che pertanto non andava applicata né con modalità ordinarie, né secondo il meccanismo previsto dall'art. 17-*ter* del DPR 633/1972); oltretutto, la condotta indicata porta all'assurda conclusione di rendere "accertabile" da parte dell'Agenzia delle Entrate di competenza il Comune, come se esso fosse il "beneficiario effettivo" delle somme di cui si afferma il regime di imponibilità. Di fatto, è stato poi chiesto il pagamento dell'IVA ai Comuni sulle somme che questi hanno solo fatto transitare – sulla linea Unione europea/Regione Sicilia – all'ente gestore del gas, cioè il consorzio.

Si tratta di una conclusione paradossale, quale che sia il transito del contributo, o direttamente erogato al Consorzio oppure – com'è, in effetti, avvenuto – veicolato tramite la Regione ed i Comuni. In ogni caso, si ripete, l'Unione europea non ha comprato alcunché, ma solo finanziato un'opera pubblica realizzata e gestita dal Consorzio, concessionario per distribuzione e vendita del metano. Non vi può essere applicazione dell'IVA secondo i criteri ordinari sui contributi comunitari, ma soltanto la successiva applicabilità dell'imposta sulla cessione onerosa dell'impianto ai Comuni, al termine del periodo di concessione. A tali applicazioni dell'IVA "a valle", si accompagna, secondo i criteri generali, la detrazione dell'IVA a monte, assolta dal Consorzio per costruire l'impianto.

3. Il contrario e corretto avviso di Direzioni Provinciali dell'Agenzia

Merita sottolineare che le somme in discorso neppure costituiscono ricavi ai fini delle imposte reddituali. Nel caso dell'interpello in esame, le erogazioni ottenute dal Consorzio sono contributi specificamente finalizzati alla realizzazione di un'opera di interesse sociale. Detti contributi sono portati, ai fini

[8] Presumibilmente ritenendo di applicare l'art. 26, comma 1, DPR 633/1972.

delle imposte dirette, immediatamente a decurtazione del valore fiscalmente riconosciuto dell'impianto cui si riferisce il contributo, il quale va ammortizzato, appunto, al netto dell'importo del contributo medesimo[9], mentre – si ripete – non hanno alcuna rilevanza ai fini IVA.

Indirettamente gli equivoci evidenziati *infra* sono stati di fatto già sottolineati in un accertamento fiscale in capo allo stesso Consorzio da parte di una Direzione Provinciale di Roma, che correttamente non ha applicato l'IVA; esso ha ritenuto non immediatamente imponibili ai fini Ires le somme erogate dai Comuni, perché finalizzate ad ottenere un minor costo deducibile per la costruzione dell'impianto, così da realizzare maggiori utili imponibili in seguito. Invece, seguendo l'impostazione del "corrispettivo negoziale" per i fondi erogati dal Comune, sottesa nella risposta ad interpello della Direzione Regionale, tali erogazioni avrebbero dovuto essere immediatamente tassate ai fini delle imposte sui redditi in quanto costituenti il pagamento di un'imprecisata prestazione.

In buona sostanza, smentendo l'interpello della Direzione Regionale Entrate Lazio, la sottostante DP di Roma non ha considerato le somme derivanti dai contributi europei come ricavi immediatamente imponibili ai fini IRES. Al contrario, la stessa Direzione Provinciale ha ritenuto esatta la qualificazione della società delle somme percepite come "risconti passivi", in attesa di tassazione con la successiva materia imponibile negli anni a venire (nel caso di specie, quando il metanodotto sarà in funzione).

D'altra parte, risulta che la risposta ad interpello oggi in esame sia stata in vario modo disattesa da altre articolazioni territoriali dell'Agenzia competenti per il medesimo bando, le quali non hanno contestato documenti (es. fatture con dicitura "fuori campo IVA") emessi da imprese o consorzi destinatari dei contributi per la metanizzazione.

[9] Sono esclusi dal novero dei proventi costituenti sopravvenienze attive (art. 88, comma 3, del TUIR) non solo i contributi di cui alle lett. g) ed h) dell'art. 85 del TUIR (contributi spettanti in base a contratto e contributi in conto esercizio) ma anche i contributi "per l'acquisto di beni ammortizzabili indipendentemente dal tipo di finanziamento adottato" (contributi in conto impianti), la cui tassazione avviene per competenza, sulla base dell'atto di assegnazione.

4. Altre pronunce dell'Agenzia delle entrate su temi simili

L'esistenza di un equivoco alla base dell'interpello in esame è confermata anche dalle precedenti e successive interpretazioni fornite dall'Agenzia delle Entrate su casi analoghi, come nella (spesso ricordata) Circolare 34/E del 2013, la quale propende per la non imponibilità ai fini IVA nei seguenti casi: a) quando l'erogazione, da parte dell'amministrazione, dei benefici è effettuata in esecuzione di norme che prevedono tale erogazione "al verificarsi di presupposti definiti"; oppure b) se l'amministrazione agisce ai sensi dell'art. 7, L. 241/1990 (rubricato "Provvedimenti attributivi di vantaggi economici"); o infine c) quando "*il procedimento per la erogazione di somme è definito a livello comunitario ed attuato nell'ordinamento domestico attraverso bandi o delibere di organi pubblici (omissis). Anche in questi casi l'erogazione di vantaggi economici in favore dei soggetti individuati dal regolamento comunitario si inserisce nella funzione amministrativa ed esula dallo schema dei contratti a prestazioni corrispettive. Se il soggetto che riceve il denaro non è il beneficiario effettivo ma costituisce* un mero tramite *per il trasferimento delle somme a detto beneficiario attuatore, le somme da trasferire non si possono configurare quale corrispettivo di servizio per il soggetto-tramite*".

Giova ripeterlo: è chiaro che l'ente territoriale domestico (nel nostro caso, il Comune) risulta interposto – in base al riparto di competenze tra Unione, stati nazionali ed articolazioni geografiche di questi ultimi come le Regioni, le Province e i Comuni – ai fini della scelta del soggetto al quale effettuare la dazione dei contributi pubblici e di effettuare i controlli *in itinere* e finali. Nella Circolare da ultimo citata, il criterio enunciato è del tutto affine a quello che si sarebbe dovuto applicare nell'interpello oggi in esame, ove il Comune è stato solo il tramite tra l'Unione europea e la società esecutrice.

Sullo specifico tema, la Risoluzione n. 395/E del 27/12/2002[10], ha affermato che "l'esclusione dal campo d'applicazione dell'IVA si configura ogni qual volta il soggetto che riceve il contributo non diventa obbligato a dare, fare, non fare o permettere alcunché in controprestazione. Così, in generale, i contributi a fondo

[10] In tema di contributi erogati direttamente ai soggetti attuatori (specificamente, contributo erogato per la realizzazione di sistemi di trasporto rapido di massa).

perduto, ossia quelli versati non in contropartita di una prestazione di servizi o di una cessione di beni, non sono soggetti ad imposta". L'impegno a realizzare l'opera per cui il contributo è erogato non è, difatti, un'utilità per l'ente pubblico, interno o comunitario, erogante, che così non effettua un consumo né un investimento patrimoniale, ma realizza i propri fini istituzionali di sovvenzionare opere meritevoli realizzate dal beneficiario, senza nulla avere in cambio. Semmai (aggiungeremmo noi) è la generalità dei consociati che riceve un'utilità infrastrutturale, ambientale, ecc..

La Risoluzione da ultimo citata, sovrapponibile al caso oggi in esame, precisa che "gli enti locali possono avvalersi per la realizzazione e la gestione dei programmi di intervento (omissis) di soggetti c.d. "attuatori" costituiti sotto la forma di società"; essa conclude per la carenza dei presupposti IVA, confermando che nella fattispecie in esame "si sia in presenza di un contributo a fondo perduto avente natura di movimentazione finanziaria, che non si inserisce in un rapporto sinallagmatico, con la conseguenza che la corresponsione del medesimo è esclusa dal campo di applicazione dell'IVA per difetto del presupposto oggettivo". In un altro caso di erogazione di fondi pubblici per il Mezzogiorno tramite società appositamente individuate, l'Agenzia[11] aveva sposato posizioni similari, opinando come "*i contributi erogati in conto canoni alle società di leasing (omissis) siano da configurarsi come contributi in* conto capitale, a fondo perduto, non rientranti nel campo di applicazione dell'IVA". Si può ora ricordare come la stessa Agenzia delle Entrate, con risposta ad interpello n. 80 del 22 marzo 2019, abbia riconosciuto che i contributi comunitari erogati dalle Regioni per realizzare investimenti (destinati, nello specifico, a ridurre il rischio di incendi nelle foreste: anche qui troviamo un vincolo derivante da un obbiettivo, ma non un sinallagma) possono essere qualificati come "movimentazione di denaro" e sono esclusi dal campo di applicazione dell'IVA in base all'art. 2, comma 3, lett. a) del DPR 633/1972.

Sulla base delle esposte considerazioni, si può ritenere che i contributi pubblici in oggetto, mancando il vincolo sinallagmatico, non siano assoggettabili all'imposta sul valore aggiunto e debbano essere qualificati

[11] Risoluzione n. 309/E del 25/09/2002.

come “fuori campo IVA” (perché mancano uno o più presupposti) o “esclusi”[12]. È una vicenda emblematica delle ragioni per cui l’Italia utilizza scarsamente i fondi comunitari, evidentemente per un atteggiamento estremamente formalistico, teso a individuare dubbi dietro a domande, forse un po' ingenue dei contribuenti. Davanti ad esse scatta l’idea che “se c’è la domanda c’è un dubbio” e se c’è un dubbio è bene cautelarsi nel modo più formalistico e autoprotettivo, senza prendersi la responsabilità di un ragionamento.

Agenzia delle Entrate

Direzione Regionale del Lazio
Settore Servizi e Consulenza
Ufficio Consulenza

FIN CONSORZIO VIA SAVOIA 78 00198 ROMA (RM)

Prot.

OGGETTO: CONTRIBUTO CONTO IMPIANTI
Interpello 913-643/2014 - ART. 11, legge 27 luglio 2000, n. 212. FIN CONSORZIO
Codice Fiscale 07990311008 Partita IVA 07990311008 Istanza presentata il 03/12/2014

Con interpello specificato in oggetto, concernente l'interpretazione dell’art. 3 del DPR n. 633 del 1972, è stato esposto il seguente.

QUESITO

"Fin Consorzio'' (di seguito "l'istante") costituito nel 2004, è un consorzio con personalità giuridica che opera nel settore dei lavori pubblici; in data 28 febbraio 2011, ha sottoscritto, a seguito di una gara ad evidenza pubblica, un contratto di servizio per la progettazione, realizzazione e gestione in concessione

[12] Escluse sono propriamente le operazioni per cui la legge espressamente dispone che non si forma il presupposto (es. i conferimenti), o che non concorrono a formare la base imponibile. A volte, tuttavia, le espressioni “fuori campo IVA” ed “escluse” sono utilizzate in modo fungibile.

dell’impianto di distribuzione del gas naturale nel territorio del "Bacino Ionico Peloritano". Il contratto è stato stipulato con il Comune di Fiumedinisi, quale capofila dei comuni aderenti al Bacino, e riguarda 15 comuni.

Il consorzio si è impegnato a realizzare l’opera a proprie spese in cambio della

concessione ventennale del servizio di distribuzione del gas naturale e di un indennizzo al termine del periodo di affidamento, pari ad euro 65.000.000,00 indicizzati al tasso di rivalutazione monetaria.

Inoltre, avendo i Comuni interessati ottenuto un finanziamento comunitario (programma operativo FERS 2007/2013) di circa 50.000.000,00 di euro, parte dell'opera sarà realizzata grazie anche a queste somme. I Comuni interessati, infatti, effettueranno tramite i contributi ottenuti in pagamento al consorzio sulla base dello stato di avanzamento dei lavori.

Per l'esecuzione dei lavori il consorzio si avvarrà dell'opera di alcune consorziate, sulla base di un contratto di affidamento.

Il costo complessivo dell'opera, pertanto, sarà pari all'importo dei lavori eseguiti dalle consorziate che emetteranno fatture con IVA al 10%, nonché all'importo dei costi indiretti e di tutte le altre spese (progettazione, direzione lavori, personale tecnico amministrativo, fideiussioni).

L'istante chiede come debbano essere trattate, sia ai fini IVA che delle imposte dirette, le somme da ricevere e, in particolare, se possano essere ricondotte ai contributi che riceveranno i Comuni.

SOLUZIONE INTERPRETATIVA PROSPETTATA DAL CONTRIBUENTE

L'istante ritiene ai fini IVA che – trattandosi di somme (euro 50.000.000) riconducibili a "contributi a fondo perduto" – debba emettere fattura al momento dell'incasso con la dicitura "operazione esclusa dal campo di applicazione dell'IVA per mancanza del presupposto oggettivo ai sensi dell'articolo 3 del DPR 633/1972"; sotto il profilo delle imposte dirette, lo stesso ritiene che le somme erogate dai Comuni non costituiscono ricavi e vanno imputate riduzio dei costi sostenuti per la costruzione degli impianti per cui, nel corso del ventennio della concessione, il valore dell'impianto da ammortizzare sarà depurato dell'importo del contributi ricevuti, Secondo

l'istante i costi dovranno essere capitalizzati, costituendo il valore dei beni in concessione da ammortizzare nel ventennio, al netto dei suddetti contributi.

L'istante ha allegato all'istanza copia dei seguenti documenti:

1. Bando indetto dall'Assessorato della Regione Sicilia contenente le modalità per la concessione dei contributi;

2. Decreto di Concessione del contributo al Comune di Fiumedinisi precisando the decreti relativi ad altri comuni hanno contenuto analogo;

3. Contratto di servizio stipulato in data 28 febbraio 2011.

PARERE DELL'AGENZIA DELLE ENTRATE

- Trattamento IVA

La questione posta preliminarmente dal contribuente richiama le problematiche relative all'imposizione ai fini IVA dei contributi erogati dallo Stato, enti pubblici, ecc.. In linea generale un contributo assume rilevanza ai fini IVA (art, 3, D.P.R. 26 ottobre 1972, n. 633) se erogato a fronte di un’obbligazione di dare, fare e non fare o permettere, ossia quando si e in presenza di un rapporto obbligatorio a prestazioni corrispettive (cfr., tra le altre, ris. 27 dicembre 2002, n. 395).

Il contributo assume, quindi, natura onerosa e configura un'operazione rilevante agli effetti IVA quando tra le parti intercorre un rapporto giuridico sinallagmatico nel quale il contributo ricevuto dal beneficiario costituisce il compenso per il servizio effettuato o per il bene ceduto.

Di contro, l'esclusione dal campo d'applicazione dell'IVA si configura ogni qualvolta il soggetto, the riceve il contributo, non diventi obbligato a dare, fare, non fare o permettere alcunché in controprestazione. Pertanto, in via di principio, i contributi a fondo perduto ossia quelli non versati in contropartita di una prestazione di servizi o di una cessione di beni, non sono soggetti ad imposta, in quanto non attengono ad un rapporto sinallagmatico. Al riguardo, si osserva che con la circolare del 21 novembre 2013, n. 34, sono stati individuati dei criteri per la definizione giuridica e tributaria delle erogazioni, da parte delle Pubbliche Amministrazioni, come contributi o corrispettivi; in essa, peraltro, viene affermato che *"la qualificazione di una erogazione quale corrispettivo ovvero quale contributo deve essere individuata innanzi tutto in base a norme di*

legge, siano esse specifiche a generali, nonché a norme di rango comunitario"... non vi sono i presupposti per l'applicazione dell'IVA" *se il procedimento per la erogazione di somme è definito a livello comunitario ed attuato nell'ordinamento domestico attraverso bandi o delibere di organi pubblici (per e. il CIPE). Anche in questi casi l'erogazione di vantaggi economici in favore dei soggetti individuati dal regolamento comunitario si inserisce nella funzione amministrativa ed esula dallo schema dei contratti a prestazioni corrispettive".*

Nel caso in trattazione il contributo comunitario a fondo perduto erogato a mezzo intervento Regionale (Bando), viene riconosciuto ai Comuni aderenti al menzionato Bacino per la realizzazione delle opere descritte; il consorzio istante rappresenta invece il concessionario di detti Comuni, avendo assunto obblighi derivanti da un contratto di servizio concluso con questi ultimi (a mezzo del capofila) per la progettazione definitiva, esecutiva, realizzazione e gestione in concessione dell'impianto di distribuzione del gas naturale nel territorio del "Bacino Ionico Peloritano".

In base al Bando Regionale di ammissione ai contributi, predisposto in adempimento della normativa comunitaria, emerge the il beneficiario effettivo delle risorse e il complesso dei singoli Comuni del Bacino, mentre il Consorzio istante rappresenta il soggetto cui viene rimessa la realizzazione, e successiva gestione, dell'opera così come disciplinate dal contratto di servizio. Ciò consente di affermare che il Consorzio istante non essendo beneficiario, riceve non contributi, bensì un corrispettivo per la realizzazione dell'opera. Ne consegue che sulle somme in esame corrisposte al Consorzio, benché derivanti da finanziamenti pubblici, dovrà applicarsi l'IVA, trattandosi di acconti sul prezzo finale, da saldare al momento della. devoluzione dell'opera con l'indennizzo residuo.

Trattamento ai fini IRES

Per le suddette ragioni le somme in esame concorreranno, ai fini IRES, a formare il reddito d'impresa ai sensi dell'art. 85 del TUIR, quali ricavi di esercizio.

La presente risposta è stata resa sulla base degli elementi desumibili dall'istanza e dalla documentazione trasmessa dalla parte.

FIRMA SU DELEGA DEL DIR. REG. CARLA BELFIORE
IL CAPO SETTORE LUIGI ABRITTA (firmato digitalmente)