



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 Bizoli

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

Prof. Paolo Borghi

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

Prof.ssa Loredana Carpentieri

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

Prof. Alessandro Giovannini

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

Prof. Giuseppe Melis

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

Prof. Sebastiano Maurizio Messina

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

Prof. Salvatore Muleo

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

Prof. Gaetano Ragucci

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

Prof. Gennaro Rotondo

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

Prof.ssa Maria Alessandra Stefanelli

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

Prof. Stefano Zunarelli

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

di Bologna "Alma Mater Studiorum"

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

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

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

COMITATO SCIENTIFICO

Prof.ssa Antonella Brozzetti

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

Prof. Giuseppe Corasaniti

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

Prof. Avv. Francesco Eriberto D'Ippolito

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

Prof. Avv. Maurizio Logozzo

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

Prof.ssa Carla Masi

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

Prof.ssa Maria Pierro

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

Prof. Salvatore Sammartino

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

Prof. Antonio Felice Uricchio

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

COMITATO EDITORIALE

Prof. Francesco Vincenzo Albertini

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

Prof. Olivier Karl Emmanuel Butzbach

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

Prof. Marco Cedro

- Professore associato di Diritto tributario - Università di Palermo LUMSA

Prof. Filippo Cicognani

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

Prof. Filippo Alessandro Cimino

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

Prof.ssa Daniela Conte

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

Prof. Samuele Donatelli

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

Prof. Nicola Fortunato

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

Prof.ssa Laura Letizia

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

Prof.ssa Daniela Mazzagrecò

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

Prof. Ottavio Nocerino

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

Prof. Andrea Quattrocchi

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

Prof. Federico Rasi

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

Prof. Luca Sabbi

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

Prof.ssa Adriana Salvati

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

Prof. Gianluca Selicato

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

Prof.ssa Maria Villani

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

Dott. Daniele Canè

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

Dott.ssa Alessandra Kostner

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

Dott. Andrea Perrone Capano

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

Dott. Luigi Scipione

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

Dott. Stefano Zagà

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

INDICE

1. I vizi del provvedimento tributario dopo la riforma dello Statuto del contribuente	1
<i>di Nicola Durante</i>	
2. Sull'applicazione dell'art. 31, primo comma, D.L. n. 78 del 2010, in corso di sequestro ex D.Lgs. n. 159 del 2011	13
<i>di Salvatore Muleo</i>	
3. La proposta europea di riforma dell'attuale quadro normativo in materia di gestione delle crisi bancarie e sistemi di tutela dei depositi. Luci ed ombre della riforma	25
<i>di Marilena Rispoli Farina</i>	
4. Le politiche fiscali ad impatto ambientale (Tax policies with environmental impact)	55
<i>di Emanuela Di Rauso</i>	
5. La residenza fiscale	71
<i>di Antonio Miele, Silvia Miele</i>	

I vizi del provvedimento tributario dopo la riforma dello Statuto del contribuente

di **Nicola Durante**

Presidente Sezione TAR di Salerno e CGT 2° grado della Calabria

SOMMARIO

1. I vizi dell'atto tributario - **2.** La nullità - **3.** L'annullabilità
- **4.** L'infondatezza - **5.** L'irregolarità - **6.** L'inutilizzabilità
- **7.** L'inesistenza - **8.** L'autotutela

1. I vizi dell'atto tributario

Di regola, il provvedimento tributario si qualifica come atto autoritativo non discrezionale.

Ciò dipende dal fatto che, nel rapporto con l'Amministrazione fiscale, il contribuente versa ordinariamente in una situazione giuridica di diritto soggettivo e non di interesse legittimo,¹ a cagione della riserva relativa di legge di cui all'art. 23 Cost.² e del principio di capacità contributiva di cui all'art. 53 Cost.³

L'Amministrazione, quindi, pur esercitando un potere pubblicistico, è vincolata all'applicazione della legge, la quale prestabilisce in forma rigida e puntuale il presupposto del tributo e le sue modalità di

¹ Esistono, tuttavia, nel diritto amministrativo atti di natura discrezionale, cui si contrappongono posizioni di interesse, cfr. DURANTE, *Scampoli di giurisdizione amministrativa nei rapporti tributari*, in *Il fisco*, 2004, 12, I, pp. 4136 e ss.

² LUPI, *Diritto tributario*, parte speciale, IV ed., Milano, 1996, pp. 80 e ss.

³ Cfr. Corte cost. 28 luglio 1976, n. 200, circa «il diritto del contribuente ad essere chiamato a concorrere alle pubbliche spese, solo in quanto in possesso di effettiva capacità contributiva e di idoneità effettiva, quindi, al pagamento delle imposte, così come è richiesto appunto dall'art. 53 della Costituzione».

liquidazione e di riscossione.⁴

Nondimeno, la tutela giurisdizionale soggiace a rigorosi termini decadenziali, del tutto simili a quelli previsti per la tutela degli interessi legittimi,⁵ giustificati dall'esigenza di dare certezza ad un particolare rapporto giuridico e comunque tali da non rappresentare un ostacolo irragionevole o sproporzionato all'esercizio dell'azione.⁶

La combinazione di questi elementi (la posizione di diritto soggettivo vantata dal privato, la natura vincolata del provvedimento ed il termine perentorio dell'azione) conforma il processo tributario secondo lo schema della "impugnazione-merito",⁷ in base al quale il giudice è titolato a decidere sul rapporto sottostante l'atto viziato, con una decisione sostitutiva di questo.

Al contrario, se potere il potere fosse discrezionale, un tale sindacato devolutivo sarebbe precluso al giudice tributario (come a qualunque altro giudice⁸), rappresentando un inammissibile

⁴ Secondo MICHELI, *Corso di diritto tributario*, VII ed., Torino, 1987, pp. 107 e ss., la potestà impositiva «è, di regola, vincolata dalla legge e non presenta che delle ristrette aree di discrezionalità. Questo si spiega non tanto in relazione al disposto dell'art. 23 Cost., quanto piuttosto con riferimento al ricordato carattere strumentale o addirittura procedimentale delle norme tributarie, nonché all'interesse pubblico tutelato dalle norme stesse».

⁵ L'art. 21 del D.Lgs. 31 dicembre 1992, n. 546, sul processo tributario, prevede che «il ricorso deve essere proposto a pena di inammissibilità entro sessanta giorni dalla data di notificazione dell'atto impugnato». Similmente, l'art. 29 del Codice del processo amministrativo prevede che «l'azione di annullamento per violazione di legge, incompetenza ed eccesso di potere si propone nel termine di decadenza di sessanta giorni».

⁶ Cfr. Corte cost., sent. 19 ottobre 2000, n. 430, che ha ritenuto infondata, con riferimento agli artt. 3, 24 e 53 Cost., la questione di legittimità costituzionale dell'art. 38 del D.P.R. 29 settembre 1973 n. 602, nella parte in cui sottopone ad un termine decadenziale di diciotto mesi (poi elevato a quarantotto mesi) la richiesta di rimborso di ritenute alla fonte illegittime, sancendone la decorrenza dalla data del versamento eseguito dal sostituto d'imposta, argomentando che il diritto di difesa non risulta menomato, stante la congruità del termine in armonia col sistema tributario.

⁷ Cfr. Cass. civ., Sez. trib., sentt. 20 ottobre 2011, n. 21759; 11 maggio 2007, n. 10779, e 29 settembre 2006, n. 20516.

⁸ Cfr. Cass. civ., SS.UU, sent. 10 agosto 2011, n. 17143, secondo cui lo sconfinamento nella sfera del merito è preclusa al giudice amministrativo, pena il concretizzarsi del vizio di eccesso di potere giurisdizionale, ricorribile per cassazione; nonché: *id.*, sent. 15 marzo 2017, n. 6820, secondo cui la Corte dei

sconfinamento sul merito della scelta, riservato in via esclusiva al potere esecutivo.

La disciplina compiuta delle categorie di illegittimità dell'atto tributario è stata introdotta solo con la riforma dello Statuto del contribuente di cui al decreto legislativo 30 dicembre 2023 n. 219, attesa anche l'inapplicabilità della normativa generale di cui alla Legge 7 agosto 1990, n. 241: a causa dello specifico divieto posto dall'art. 13, comma 2,⁹ oltre che della differente struttura dell'atto e del processo tributario.¹⁰

La giurisprudenza, quindi, riconduceva la patologia del provvedimento ad un solo tipo, l'annullabilità,¹¹ mentre la nullità¹² era ritenuta incompatibile con la materia tributaria, avendo il legislatore, nella sua lata discrezionalità, configurato «una categoria unitaria d'invalidità-annullabilità», col correlato onere per il contribuente di

conti, nell'ambito della sua giurisdizione, può e deve verificare la compatibilità delle scelte amministrative con i fini dell'ente pubblico, agendo sul piano della legittimità e non della mera opportunità; ed infine: *id.*, sentt. 19 gennaio 2007, n. 116, e 4 dicembre 1984, n. 6348; Cass. civ., Sez. VI, sentt. 6 marzo 2013, n. 5588, secondo cui anche il sindacato del giudice ordinario sul provvedimento amministrativo, ai fini della sua disapplicazione, incontrando i limiti di cui agli artt. 4 e 5 della Legge 20 marzo 1865, n. 2248, allegato E, va escluso con riguardo alle valutazioni di merito attinenti l'esercizio del potere discrezionale.

⁹ Secondo cui le disposizioni del capo III, sulla partecipazione al procedimento amministrativo, «non si applicano altresì ai procedimenti tributari, per i quali restano parimenti ferme le particolari norme che li regolano». Si aggiunga che, secondo l'art. 24, comma 1, «il diritto di accesso è escluso: ... b) nei procedimenti tributari, per i quali restano ferme le particolari norme che li regolano».

In dottrina, sulle ricadute delle invalidità di cui alla Legge n. 241 del 1990 in tema di vizi dell'atto tributario, cfr. TESAURO, *L'invalidità dei provvedimenti impositivi*, in *Boll. trib.*, 2005, 19, pp. 1445 e ss.; LIVRIERI, *Il regime di invalidità dell'atto tributario dopo le modifiche alla legge n. 241/1990: riflessi sull'obbligo di motivazione*, in *Il fisco*, 2007, 27, pp. 3990 e ss.

¹⁰ Cfr. Cass. civ., SS.UU., sentt. 18 settembre 2014, n. 19667, dove si rileva l'oggettiva continuità tra le norme della Legge n. 241 del 1990 e quelle della Legge n. 212 del 2000, che le hanno recepite.

¹¹ Cfr. Cass. civ., Sez. trib., sentt. 14 gennaio 2015, n. 407, e 2 luglio 2008, n. 18073, ambedue in tema di motivazione *per relationem*.

¹² In base all'art. 21-septies della Legge n. 241 del 1990, «è nullo il provvedimento amministrativo che manca degli elementi essenziali, che è viziato da difetto assoluto di attribuzione, che è stato adottato in violazione o elusione del giudicato, nonché negli altri casi espressamente previsti dalla legge».

impugnare l'atto viziato entro un breve termine decadenziale, pena il definitivo consolidarsi della pretesa.¹³

Di conseguenza, le ipotesi di nullità testuale, pur presenti nel diritto tributario, venivano equiparate in tutto e per tutto alle cause d'illegittimità, dando luogo, quale unico rimedio conosciuto dal diritto tributario, all'annullamento del provvedimento ed all'eventuale successivo esame del merito della pretesa.¹⁴

Così, ad esempio, in tema di IRPEF ed IVA, è stato riqualficata come vizio di annullabilità la «nullità» dell'avviso di accertamento per difetto di motivazione ex artt. 42 e 43 del D.P.R. n. 600 del 1973, nonché ex artt. 56 e 57 del D.P.R. n. 633 del 1972.¹⁵

Detta equiparazione ha determinato che le c.d. nullità di diritto tributario non fossero rilevabili d'ufficio in ogni fase e grado del giudizio tributario, soggiacendo ai termini ordinari di decadenza ed alle preclusioni interne al processo,¹⁶ fatta salva la facoltà dei motivi aggiunti di cui all'art. 24 del D.Lgs. n. 546 del 1992.¹⁷

Rispetto ad un orientamento giurisprudenziale così radicale, la dottrina ha tentato una via di mezzo, osservando che «la legge del processo tributario stabilisce come trattare le nullità in senso debole (o annullabilità), ma ignora le nullità in senso forte. L'interprete deve quindi trarre la soluzione dal sistema (come ha fatto la dottrina del diritto amministrativo). E, poiché non sono ammesse, in diritto tributario, azioni meramente dichiarative (ma solo azioni costitutive di annullamento), occorre ritenere che il contribuente possa tutelarsi impugnando l'atto successivo a quello nullo e, in quella sede, far valere la nullità, come accertamento pregiudiziale all'accertamento

¹³ Cfr. Cass. civ., Sez. trib., sent. 18 settembre 2015, n. 18448, in tema di nullità dell'atto per vizi della sottoscrizione.

¹⁴ Cfr. Cass. civ., Sez. trib., sent. 13 novembre 2013, n. 25508.

¹⁵ Cfr. Cass. civ., Sez. trib., sent. 5 giugno 2002, n. 8114.

¹⁶ Cfr. Cass. civ., Sez. trib., sent. 5 maggio 2010, n. 10802, e 8 settembre 2003, n. 13087.

¹⁷ Cfr. Cass. civ., Sez. trib., sent. 22 settembre 2011, n. 19337.

della invalidità (e all'annullamento) dell'atto successivo».¹⁸

2. La nullità

Per la prima volta, il comma 1 dell'art. 7-ter dello Statuto novellato disciplina, con regole a sé stanti, la categoria della nullità, riguardante gli atti «viziati per difetto assoluto di attribuzione, adottati in violazione o elusione di giudicato, ovvero affetti da altri vizi di nullità qualificati espressamente come tali da disposizioni entrate in vigore successivamente al presente decreto».¹⁹

Non solo, ma il coevo D.Lgs 30 dicembre 2023, n. 220, innovando i requisiti essenziali della sentenza di cui all'art. 36, comma 1, del D.Lgs. n. 546 del 1992, ha inserito nella lett. d) il riferimento «alle questioni attinenti ai vizi... di nullità dell'atto».

Sul piano delle tutele, il comma 2 dell'art. 7-ter stabilisce che i casi di nullità «possono essere eccepiti in sede amministrativa o giudiziaria, sono rilevabili d'ufficio in ogni stato e grado del giudizio e danno diritto alla ripetizione di quanto versato, fatta salva la prescrizione del credito».

La novella non contempla un'azione di accertamento della nullità per gli atti viziati da difetto assoluto di attribuzione o da nullità testuale espressa, diversamente da quanto accade per gli atti adottati in violazione o elusione di giudicato, dove l'art. 70 del D.Lgs. n. 546 del 1992 concede l'azione speciale di ottemperanza.

L'unica azione diretta prevista è, infatti, quella concessa al contribuente che abbia pagato in forza di un atto nullo, il quale può agire in ripetizione, nei limiti della prescrizione del credito (che tuttavia dev'essere eccepita). A tal riguardo, trattandosi di una «disposizione specifica» in materia di nullità, non dovrebbe operare l'art. 21, comma 2, che prevede la decadenza biennale decorrente dal

¹⁸ TESAURO, *Le nullità dei provvedimenti tributari*, in *Innovazione e diritto*, 2015, pp. 37 e ss.

¹⁹ Così facendo, si è data continuità all'orientamento della Suprema Corte, trattando le nullità testuali previgenti secondo il regime dell'annullabilità.

pagamento ovvero, se posteriore, dal giorno in cui si è verificato il presupposto per la restituzione.

Dunque, come nel sistema previgente, la domanda di accertamento della nullità resta inammissibile, perché in conflitto con la struttura di “impugnazione-merito” tipica del processo tributario.²⁰

Pertanto, il contribuente che voglia impugnare direttamente l’atto nullo deve farlo nelle forme e nei termini perentori ordinari, ossia «entro sessanta giorni dalla data di notificazione dell’atto impugnato».²¹

Anche in mancanza di impugnazione diretta, l’atto nullo continua però ad essere improduttivo d’effetti e, qualora sia allegato in giudizio dalla controparte come titolo legittimante l’atto successivo impugnato, la nullità può essere eccepita dal contribuente (senza necessità di motivi aggiunti) o rilevata d’ufficio dal giudice, in ogni stato e grado, ai sensi dell’art. 7-ter.

Dall’improduttività degli effetti dell’atto nullo deriva l’annullabilità dell’atto consequenziale, per violazione di legge. Quest’ultimo (es. la cartella di pagamento) sarà infatti annullabile, nella misura in cui l’atto precedente inefficace (es. l’atto di accertamento), nello schema legale tipizzato, costituisca un presupposto essenziale ed indefettibile.

Ciò significa che i provvedimenti successivi che facciano applicazione o comunque si fondino su un atto nullo devono essere impugnati nell’ordinario termine di decadenza, anche solo per far valere l’illegittimità derivante dall’applicazione dell’atto nullo.²²

Viceversa, alla nullità dell’atto presupposto (es. l’atto di accertamento) non consegue l’annullabilità dell’atto non immediatamente successivo (es. l’intimazione di pagamento), per la

²⁰ Cfr. Cass., Sez. trib., sentt. 11 dicembre 2015, n. 24017, e 18 settembre 2015, n. 18448.

²¹ Diversamente, l’art. 31, comma 4, del Codice del processo amministrativo, prevede che «la domanda volta all’accertamento delle nullità previste dalla legge si propone entro il termine di decadenza di centottanta giorni. La nullità dell’atto può sempre essere opposta dalla parte resistente o essere rilevata d’ufficio dal giudice».

²² Specularmente, nel campo del diritto amministrativo, cfr. Cons. Stato, Ad. plen., sent. 16 ottobre 2020, n. 22.

cui invalidità è comunque necessario che sia stato impugnato - ed annullato - l'atto intermedio (es. la cartella di pagamento).

3. L'annullabilità

È prevista dall'art. 7-bis dello Statuto e consegue ad una «violazione di legge, ivi incluse le norme sulla competenza, sul procedimento, sulla partecipazione del contribuente e sulla validità degli atti».

Deve trattarsi di una violazione di un adempimento formale essenziale ai fini del rispetto della situazione giuridica del contribuente, la cui violazione determina un vulnus di gravità tale da precludere al giudice l'esame del merito della pretesa tributaria, al fine di ricondurla alla misura ritenuta corretta, mediante una motivata valutazione sostitutiva.

A differenza della nullità, l'annullabilità dev'essere dedotta, a pena di decadenza, con il ricorso introduttivo del giudizio di primo grado e non è rilevabile d'ufficio.

La riforma del 2023 regola alcune cause di annullabilità dell'atto, tra cui la violazione:

- del principio del contraddittorio procedimentale, che l'art. 6-bis ha generalizzato oltre il confine dei tributi armonizzati;²³
- dell'obbligo di motivazione, di cui al nuovo art. 7 dello Statuto;
- del principio di proporzionalità, introdotto dall'art. 10-ter.

L'annullamento giurisdizionale dell'atto non impedisce all'Amministrazione, ove non decaduta, di reiterare la pretesa con un nuovo provvedimento emendato dai vizi precedenti.

²³ Secondo PLAISANT, *I vizi di invalidità degli atti. Analisi comparata tra diritto civile, diritto amministrativo e diritto tributario*, in *Sito della Giustizia Amministrativa*, 2024, l'impatto della novella è stato anche quello di eliminare l'onere processuale della «c.d. "prova di resistenza", secondo cui l'omissione del contraddittorio avrebbe potuto invalidare l'atto finale solo se il contribuente avesse dato prova in giudizio dell'effettiva utilità della sua preventiva consultazione».

4. L'infondatezza

L'infondatezza è richiamata all'art. 7-bis dello Statuto, quale un vizio di merito, avente carattere non formale, ma sostanziale, ossia attinente alla pretesa fiscale avanzata dall'Amministrazione finanziaria.

L'autonomia del vizio rispetto a quello di annullabilità, prim'ancora che per le conseguenze, è data dalle cause.

Per quanto riguarda le conseguenze, se l'atto tributario è parzialmente infondato, il giudice non può limitarsi ad annullarlo, ma deve riformarlo nel merito e ricondurre la pretesa fiscale alla sua corretta misura, col solo limite, di cui all'art. 35, comma 3, ultimo periodo, del D.Lgs. n. 546 del 1992, di non poter emettere una sentenza parziale sull'an o una condanna generica sul quantum.²⁴

Per quanto riguarda le cause, è evidente come l'esame del merito (e dunque la valutazione dell'infondatezza) non possa conseguire all'accoglimento di un vizio formale di annullabilità, in quanto, in questo caso, l'unica pronuncia a disposizione del giudice è l'annullamento.

Ciò significa che, in presenza di una pluralità di vizi, d'annullabilità ed infondatezza, fatti valere nei confronti di un unico atto, spetta al ricorrente precisare quale sia l'ordo quaestionum tra i vari motivi in funzione del proprio interesse, ferma restando la facoltà del giudice, anche laddove ciò avvenga, di concentrarsi sulla causa più liquida, anche se logicamente subordinata, senza dover esaminare previamente le altre.²⁵

5. L'irregolarità

È disciplinata dall'art. 7-quater dello Statuto e riguarda le ipotesi di mancata o erronea indicazione delle informazioni di cui all'art. 7,

²⁴ Cfr. Cass. civ., Sez. trib., sentt. 3 dicembre 2021, n. 39660, e 28 giugno 2016, n. 13294.

²⁵ Cfr. Cass. civ., Sez. trib., sent. 30 ottobre 2018, n. 27580.

comma 2, ossia: «a) l'ufficio presso il quale è possibile ottenere informazioni complete in merito all'atto notificato o comunicato e il responsabile del procedimento; b) l'organo o l'autorità amministrativa presso i quali è possibile promuovere un riesame anche nel merito dell'atto in sede di autotutela; c) le modalità, il termine, l'organo giurisdizionale o l'autorità amministrativa cui è possibile ricorrere in caso di atti impugnabili».

È espressamente stabilito che essa non costituisce causa di annullabilità dell'atto.

In analogia con il processo amministrativo, deve ritenersi che la mera irregolarità di per sé non giustifica neppure l'automatica concessione del beneficio della rimessione in termini per errore scusabile. Ed infatti, tale riconoscimento può trovare applicazione solo qualora nel singolo caso sia apprezzabile una qualche giustificata incertezza sugli strumenti di tutela utilizzabili da parte del destinatario dell'atto, dovuta ad una situazione normativa obiettivamente ambigua o confusa, ad uno stato di obiettiva incertezza per le oggettive difficoltà di interpretazione di una norma, alla particolare complessità della fattispecie, a contrasti giurisprudenziali od al comportamento dell'Amministrazione idoneo, perché equivoco, ad ingenerare convincimenti non esatti, poiché, opinando diversamente, tale inadempimento formale si risolverebbe in un'assoluzione indiscriminata dal termine di decadenza, con gravi riflessi sulla stabilità dei rapporti giuridici di diritto pubblico.²⁶

6. L'inutilizzabilità

È prevista dall'art. 7-quinquies per i vizi dell'attività istruttoria.

Secondo la norma, «non sono utilizzabili ai fini dell'accertamento amministrativo o giudiziale del tributo gli elementi di prova acquisiti oltre i termini di cui all'art. 12, comma 5, o in violazione di legge».

L'inutilizzabilità, pertanto, è una sanzione di natura sostanziale,

²⁶ Cfr. Cons. Stato, Sez. V, 28 luglio 2015, n. 3710.

prim'ancora che processuale, a seguito della quale l'atto, pur non essendo invalido, è legalmente è privo di efficacia probatoria.

A sua volta, l'inutilizzabilità degli atti istruttori costituisce causa di infondatezza di quest'ultimo, nella misura (e nei limiti) in cui la correttezza della pretesa tributaria non sia dimostrabile aliunde.

L'inutilizzabilità è una categoria ben nota al processo tributario, essendo già prevista per i documenti depositati in giudizio dal contribuente, non esibiti in fase di accertamento, nonostante la specifica richiesta in tal senso.²⁷

L'art. 7-quinquies non precisa se il vizio d'inutilizzabilità debba necessariamente costituire motivo di ricorso, oppure possa essere oggetto di una memoria o di un rilievo d'ufficio.

Dovrebbe comunque propendersi per la seconda ipotesi, in parallelo con quanto affermato sull'inutilizzabilità dei documenti non esibiti, la quale è rilevabile d'ufficio, anche in assenza di eccezione dell'Amministrazione finanziaria.²⁸

7. L'inesistenza

È prevista dall'art. 7-sexies e riguarda la notificazione degli atti tributari «priva dei suoi elementi essenziali ovvero effettuata nei confronti di soggetti giuridicamente inesistenti, totalmente privi di collegamento con il destinatario o estinti». L'inesistenza della notificazione ne comporta l'inefficacia.

Nei casi meno gravi, la notificazione è nulla, con salvezza degli effetti sananti derivanti dal raggiungimento dello scopo.

8. L'autotutela

L'art. 10-quater introduce l'autotutela obbligatoria per «manifesta illegittimità dell'atto o dell'imposizione», la quale opera nei casi di: «a) errore di persona; b) errore di calcolo; c) errore sull'individuazione

²⁷ Cfr. Cass. civ., Sez. trib., sent. 15 novembre 2022, n. 33573.

²⁸ Cfr. Cass. civ., Sez. trib., sent. 8 settembre 2023, n. 26201.

del tributo; d) errore materiale del contribuente facilmente riconoscibile dall'Amministrazione finanziaria; e) errore sul presupposto d'imposta; f) mancata considerazione di pagamenti di imposta regolarmente eseguiti; g) mancanza di documentazione successivamente sanata, non oltre i termini ove previsti a pena di decadenza».

In queste ipotesi, è previsto che «l'Amministrazione finanziaria procede in tutto o in parte all'annullamento di atti di imposizione ovvero alla rinuncia all'imposizione, senza necessità di istanza di parte, anche in pendenza di giudizio o in caso di atti definitivi», coi soli limiti estrinseci della sentenza passata in giudicato favorevole all'amministrazione stessa e del decorso di un anno dalla definitività dell'atto viziato per mancata impugnazione.

Esiste, poi, un'autotutela facoltativa, contemplata all'art. 10-quinquies, secondo cui «fuori dei casi di cui all'art. 10-quater, l'Amministrazione finanziaria può comunque procedere all'annullamento, in tutto o in parte, di atti di imposizione, ovvero alla rinuncia all'imposizione, senza necessità di istanza di parte, anche in pendenza di giudizio o in caso di atti definitivi, in presenza di una illegittimità o dell'infondatezza dell'atto o dell'imposizione».

Poiché l'autotutela facoltativa concerne tutte le cause d'illegittimità o d'infondatezza diverse da quelle di autotutela obbligatoria, l'apprezzamento discrezionale della P.A. dovrebbe consentire di superare sia il presupposto del vizio "manifesto", sia la preclusione derivante dalla sentenza passata in giudicato o dalla mancata impugnazione dell'atto da più di un anno.

Nel silenzio della legge, v'è da chiedersi quale ragione ulteriore e diversa rispetto al mero ripristino della legalità - o, diversamente, si tratterebbe di un'autotutela obbligatoria - l'Amministrazione debba considerare, ai fini di procedere al riesame di un atto o di un rapporto ormai consolidato.

Probabilmente, questa va ricercata nell'interesse generale, cui l'autotutela era indissolubilmente ancorata prima della riforma del

2023, allorquando veniva configurata quale «potere esercitabile d'ufficio dalle agenzie fiscali sulla base di valutazioni largamente discrezionali e non strumento di protezione del contribuente».²⁹ Di conseguenza, il suo esercizio necessitava, oltre che dell'illegittimità o infondatezza dell'atto, anche della sussistenza di specifiche ragioni di interesse generale dell'Amministrazione finanziaria, originarie o sopravvenute, idonee a giustificarne l'annullamento.³⁰

Va infine segnalato come, dopo il ritiro in autotutela, ben può essere adottato un nuovo atto di accertamento, purché nel rispetto dei termini previsti dall'art. 43 D.P.R. n. 600 del 1973. Ed infatti, una volta rimosso con effetto ex tunc l'atto illegittimo od infondato, l'Amministrazione finanziaria - ricorrendone i presupposti di fatto e di diritto - conserva ed anzi è tenuta ad esercitare la potestà impositiva, avvalendosi di un potere che è diverso da quello dell'accertamento integrativo, di cui all'art. 43, comma 3, attraverso cui si procede all'integrazione di un precedente avviso in base alla sopravvenuta conoscenza di nuovi elementi.³¹

²⁹ Cfr. Corte cost., sent. 13 luglio 2017, n. 181.

³⁰ Cfr. Cass. civ., Sez. trib., sent. 1° dicembre 2023, n. 33610.

³¹ Cfr. Cass. civ., Sez. trib., sent. 27 marzo 2023, n. 8599.

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

di Salvatore Muleo

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

ABSTRACT

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

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

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

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

SINTESI

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

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

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

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

SOMMARIO

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

1. La disciplina positiva

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

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

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

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

La norma, di non particolare fattura e chiarezza, non si occupa espressamente del sequestro disposto in applicazione del D.Lgs. n. 159 del 2011, ma solamente della confisca, in relazione alla quale, con ovvia disposizione, ha previsto l'estinzione per confusione dei crediti erariali, per via della sopravvenuta coincidenza tra soggetto attivo e soggetto passivo del rapporto in seguito alla confisca medesima.

2. Le diverse interpretazioni possibili

L'interpretazione letterale non appare né piana né agevole. L'ermetica statuizione secondo cui "entro i limiti degli importi dei debiti che si estinguono per confusione, non si applicano le disposizioni di cui all'articolo 31, comma 1, del Decreto-Legge 31 maggio 2010, n. 78, convertito, con modificazioni, dalla Legge 30 luglio 2010, n. 122" difficilmente può riferirsi alla confisca. Ma bisogna percorrere questa ipotesi interpretativa, che non è priva di addentellati giurisprudenziali, come si dirà appresso. Proprio per via della confusione¹ tra debiti e crediti erariali, che interviene *ex lege* allorquando è disposta la confisca, all'epoca della confisca la

¹ L'Agazia delle Entrate, con risposta del 16-09-2013 ad un'istanza di interpello del 14-08-2013, ha concluso che l'estinzione delle obbligazioni tributarie per confusione avviene per tutti i debiti di natura erariale.

questione della compensazione dei crediti per imposte erariali con i debiti risultanti allo stesso titolo appare difficilmente prospettabile, poiché i crediti estinguibili in quel momento sono già estinti per confusione e, per la parte rimanente, occorre considerare che si è in sede di riparto.

È ben vero che Cass. n. 15601 del 22 luglio 2020 ha sottolineato che “questa Corte ha già chiarito che “il fatto che l’estinzione dei debiti avvenga nei limiti in cui si verifica la confusione si evince dal D.Lgs. n. 159 del 2011, art. 50, comma 2, seconda parte” (disposizione nella quale è oggi trasfusa la norma invocata dal ricorrente) “ove si prevede che le limitazioni alle ulteriori compensazioni valgono solo per gli importi che non si estinguono per compensazione. Ne consegue che l’estinzione del credito erariale nel caso che occupa può avvenire solo nei limiti in cui il credito stesso abbia trovato capienza nel patrimonio della società oggetto di confisca (Cass. 03/01/2019, n. 56)”. Questo enunciato è stato poi ripetuto in Cass. nn. 28699 e 28717 del 18 ottobre 2021, Cass. n. 3356 del 03/02/2022.

Il principio su cui le sentenze si sono focalizzate è che il rapporto tra l’Erario e il debitore si conclude, ma nel limite del valore assegnato nel riparto.²

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

² Cfr. F. CIMINO, *L’estinzione dei crediti erariali per confusione a seguito della confisca dei beni*, in *Riv. Guardia di Finanza*, 2022, pp. 61-62.

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

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

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

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

L'altra opzione interpretativa consiste invece nel riferire la previsione dell'art. 50, secondo comma, secondo periodo, del D.Lgs. n. 159 del 2011 all'altro istituto contemplato nel corpo delle disposizioni, vale a dire al sequestro. La dizione entro i limiti degli importi dei debiti "che si estinguono per confusione" si intenderebbe come facente riferimento ai debiti "che potranno" estinguersi per confusione ovvero "che saranno estinguibili" a tale titolo. Essendo il

sequestro funzionale alla confisca, cronologicamente ad essa propedeutico e disciplinato nello stesso D.Lgs. n. 159 del 2011, la norma, letta così, lo ricomprenderebbe e disapplicherebbe in tal caso l'ordinario divieto di compensazione ex art. 31, primo comma, D.L. n. 78 del 2010.

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

Una conferma potrebbe cogliersi con l'interpretazione sistematica.

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

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

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

individuali e l'affidamento delle valutazioni sulle attività da svolgere in corso di sequestro agli organi della procedura.

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

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

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

In specie, la Corte di cassazione ha avuto modo di ribadire, con la sentenza n. 5865/2019, che il criterio della *par condicio creditorum*, comune alle procedure fallimentari, non è stravolto dalla presenza di ragioni creditorie dell'Erario, presenza dalla quale non si deve dedurre una ragione di prededuzione su quei crediti stessi.³

³ "...Secondo il Collegio, la ricostruzione operata dal Tribunale milanese, secondo cui anche il credito erariale va accertato secondo le disposizioni di cui agli artt. 57 e seguenti D.Lgs. n. 159/2011, salvo estinguersi per confusione una volta accertato nella sua esistenza nel grado di privilegio, è perfettamente aderente alle coordinate di un sistema improntato alla tutela della *par condicio creditorum* nella quale la particolare disciplina della confusione estintiva in ragione della coincidenza della qualità di creditore e debitore presuppone però la valutazione comparativa dei titoli vantati dai terzi. Il rischio paventato dal ricorrente, ossia che il compendio confiscato sulla relazione bancaria risulterebbe aggredibile dai terzi creditori,

Non parrebbe sistematicamente incoerente pertanto che l'amministratore giudiziario in corso di sequestro - mentre provvede ordinariamente agli adempimenti tributari di contabilità, dichiarazione e versamento⁴ - potesse procedere ad effettuare le compensazioni consentite dalla legge, senza il filtro dell'art. 31, primo comma, D.L. 78 del 2010. Filtro che rimarrebbe sospeso per la durata della procedura di sequestro ex D.Lgs. n. 159 del 2011.

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

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

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

lasciando insoddisfatto il credito vantato dallo Stato, pur teorico, è del tutto conforme ai principi generali dell'ordinamento, mentre sarebbe la diversa soluzione propugnata, che sacrifica sempre e comunque, a prescindere dalla tipologia delle cause di prelazione, i diritti dei terzi creditori, a manifestare seri dubbi di tenuta costituzionale. La regola di cui all'art. 50 del D.Lgs. n. 159/2011 intende disciplinare solo le modalità di estinzione (per confusione) dei crediti erariali suscettibili di essere fatti valere sui beni confiscati. La tesi propugnata dal ricorrente finirebbe con l'assegnare a tale disposizione l'impropria valenza di riconoscimento di credito in prededuzione, che rappresenta invece una ipotesi del tutto eccezionale in deroga alla *par condicio*, tanto più se attribuita a un credito non contratto nell'interesse e nel corso della procedura concorsuale e in difetto di una specifica e inequivocabile norma di legge in tal senso, come appare lecito ritenere argomentare sistematicamente dall'art. 111 della Legge fallimentare" (sottolineatura nostra).

⁴ Come ricorda l'Agenzia delle Entrate nella risoluzione n. 114/E del 31-08-2017, "resta ferma, durante la vigenza del procedimento cautelare, l'imprescindibilità degli obblighi contabili, dichiarativi e di versamento a carico dell'amministratore giudiziario, la cui inosservanza può rappresentare comportamento sanzionabile per lo stesso".

Per giunta, su questo specifico tema della compensazione delle imposte⁵ nel sequestro non sono noti contributi dottrinari, né arresti giurisprudenziali né indirizzi di prassi, atti a confortare il comportamento degli amministratori giudiziari,⁶ essendosi invece diretti tutti questi apporti sui temi vicini della confisca.⁷

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

In essa la DRE, dopo aver considerato l'art. 31, comma primo, D.L. n. 78 del 2010, istitutivo del divieto di compensazione, e richiamato la relativa circolare applicativa, pur richiamando diffusamente la Risoluzione n. 70/E del 29-10-2020, ha poi ritenuto che nel sequestro preventivo non si possa applicare il secondo comma dell'art. 50 D.Lgs. n. 159 del 2011 a causa della "differente natura, finalità e durata dei due istituti", poiché:

⁵ Non è nemmeno chiaro lo spettro delle imposte estinguibili per confusione. Secondo la risoluzione n. 114/E del 31-08-2017, richiamata dalla successiva risoluzione n. 70/E del 29-10-2020, i crediti aventi natura erariale suscettibili di estinzione per confusione sono quelli relativi ad IRPEF, ad IRES, ad IVA, a ritenute alla fonte, ad imposta di registro e alle ipotecarie e catastali, escludendo i crediti relativi a contributi previdenziali e assistenziali, ai tributi locali e ai diritti camerali.

Per quanto concerne l'IRAP, la DRE Sicilia 12-06-2012, n. 39986, e S. CAPOLUPO, *Confisca dei beni ed estinzione dei crediti erariali*, in *Il Fisco*, 2017, n. 38, p. 3644, ne hanno negato la estinguibilità per confusione valorizzando la destinazione regionale del tributo, mentre la DRE Calabria con risposta n. 919-70 del 26 giugno 2017 ad un interpello ha concluso in senso opposto.

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

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

⁷ Cfr. ad esempio, S. CAVALIERE, *Il regime fiscale dei beni sequestrati o confiscati*, in AA.VV. (a cura di D. POSCA), *Problematiche gestionali di beni e aziende sequestrate*, Castel San Giorgio (Sa), 2023, pp. 390-391.

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

La conclusione non è convincente. I primi due argomenti - che poi in realtà costituiscono due profili dello stesso argomento - sono irrilevanti ai fini della decisione. La differenza strutturale enfatizzata dalla DRE esiste certamente, poiché altrimenti si avrebbe un unico istituto. Ma esiste un altro tratto comune al sequestro ed alla confisca, che invece è stato trascurato nella risposta ad interpello: la frattura tra proprietà dell'impresa e la sua gestione (frattura provvisoria nel sequestro e definitiva nella confisca) o, in altri termini, lo spossessamento che interviene in entrambi i casi. Accompagnato dalla volontà statale di agire sulle imprese in modo chirurgico, per non distruggere tutto ciò che gravita intorno ad esse, quanto ai terzi in buona fede e specialmente ai lavoratori impiegati.

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

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

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

di Marilena Rispoli Farina

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

ABSTRACT

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

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

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

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

SINTESI

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

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

SOMMARIO

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

1. Premessa

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

2.-I principali elementi della riforma

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

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

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

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

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

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

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

Concetto di interesse pubblico.

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

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

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

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

3) Test del costo minimo.

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

4) Gerarchia dei crediti in caso di insolvenza.

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

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

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

5) Condizioni per adottare misure straordinarie di supporto pubblico.

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

6) Misure di intervento precoce.

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

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

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

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

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

8) Finalità delle procedure ordinarie di liquidazione

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

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

9) Previsioni in materia di MREL.

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

10) Disciplina dei fondi di tutela dei depositi.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

3.1. Il public interest test

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

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

La proposta legislativa ribalta tale prospettiva e sembra conferire alla procedura di risoluzione un ruolo predominante per la gestione delle crisi bancarie, con l'effetto di attendersi che la liquidazione, nel nuovo scenario regolamentare, tenda ad assumere una frequenza «residuale», con applicazione solo nel caso in cui sia in grado di

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

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

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

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

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

10

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

3.2. *La depositor preference*

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

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

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

11

se non l'intero ammontare, buona parte dell'importo versato per il rimborso dei depositanti. Ne consegue una riduzione delle stime del costo di liquidazione da considerare nella determinazione della minore onerosità delle misure alternative e preventive, attraverso la comparazione del costo di tali misure con quello dello scenario liquidatorio.

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

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

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

3.3. L'uso del Dgs in risoluzione

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

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

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

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

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

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

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

¹³ Si veda la *Proposta, cit.*, p. 5.

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

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

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

La determinazione dell'onere del contributo del Dgs spetta all'Autorità di risoluzione. Il Dgs, ricevuta la notifica dell'importo del contributo, è tenuto a versarlo «senza indugio». La norma prevede che l'Autorità di risoluzione consulti il sistema di garanzia in merito ai costi stimati del *pay-out*, dunque ai soli fini dell'applicazione del requisito del *least cost*.

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

4. La proposta di revisione della Dgsd

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

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

¹⁴ Si veda FITD - *Relazioni annuali FITD*; C.COSTA, *Crisi bancarie e interventi dei fondi di garanzia*, in *Dir. fall.*, 2020, pp. 1389 e ss.; Un preciso quadro delle esperienze di soluzione delle crisi bancarie italiane a partire del 2015 è in V. SERATA (Direttore dell'unità di risoluzione e Gestione delle crisi, Banca d'Italia) *Risoluzione e liquidazione: esperienze recenti*, in *Atti del Convegno Le crisi bancarie: risoluzione, liquidazione e prospettive di riforma alla luce dell'esperienza spagnola e italiana*, Roma 21 ottobre 2022. I casi esaminati sono: 4 banche Less significant; Banche Venete, Monte dei Paschi di Siena; Banca Carige; Banca Popolare di Bari, AIGIS Banca. Si vedano anche M. RISPOLI FARINA, *La recapitalización cautelar del Monte dei paschi di Siena Y la Liquidación forzosa Administrativa de Vento Banca Y Banca Popolare di Vicenza. Estudio Comparativo*, in GONZALES VASQUEZ - COLINO MEDIIVILLA (a cura di), *Cuestiones Controvertidas de la regulación bancaria. Gobierno, supervisión y resolución de entidades de crédito*, Las Rozas (Madrid), 2018, pp. 325 e ss.; M. RISPOLI FARINA, *La resolución bancaria en Italia. Nuevas tendencias y comparación con Europa*, in GONZALES VASQUEZ - COLINO MEDIIVILLA (a cura di), *Regulación bancaria y actividad financiera*, Las Rozas (Madrid), 2020, pp. 417 e ss.; M. RISPOLI FARINA, *La soluzione delle crisi del Monte Paschi di siena e delle banche venete nell'ambito della procedura di risanamento e risoluzione delle banche italiane. Uno sguardo di insieme*, in *Studi Senesi*, 2018, n. 3, pp. 224 e ss.; I.VISCO, *Intervento* al Convegno "Le crisi bancarie: risoluzione, liquidazione e prospettive di riforma alla luce dell'esperienza spagnola e italiana" organizzato dalla Consulenza legale della Banca d'Italia, Roma 21 ottobre 2022, in www.bancaditalia.it/pubblicazioni/interventi-governatore/integrov2022/Visco_21102022. Per V. SERATA, *Risoluzione e liquidazione: esperienze recenti*, op.

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

In generale, la proposta di emendamenti alla Dgsd muove, tra gli altri, dalla conferma della Commissione circa l'importanza del ruolo attivo svolto dai Dgs nella gestione delle crisi bancarie e se ne auspica un «rafforzamento» nella nuova disciplina, soprattutto in situazioni diverse dal rimborso dei depositanti, con l'obiettivo di preservare la fiducia di questi ultimi e la stabilità finanziaria, oltre alla

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

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

¹⁵ S. MACCARONE, *cit.*, p. 351.

minore onerosità rispetto a risoluzione e liquidazione. La proposta della Commissione lascia ferma, per le misure preventive e alternative, la configurazione di misure «facoltative» – vale a dire la cui implementazione nelle legislazioni nazionali è rimessa alla discrezionalità dei singoli Stati membri – a differenza del rimborso dei depositanti e del finanziamento della risoluzione che restano interventi di tipo «obbligatorio».

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

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

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

A :

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

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

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

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

Per tale fattispecie di intervento, gli Stati membri assicurano che la detenzione da parte del Dgs di strumenti di partecipazione al capitale sia limitata al tempo occorrente per procedere al loro smobilizzo verso il settore privato non appena le circostanze dal punto di vista finanziario lo consentano. Qualora l'intervento preventivo assuma la forma di supporto alla liquidità della banca, si deve invece prevedere fin da subito un piano di rimborso della misura concessa dal Dgs.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

modalità di contabilizzazione del costo opportunità (*change value of money*) relativo all'utilizzo delle risorse del Dgs.

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

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

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

In linea di prima approssimazione, una stima *dei beneficiary account* ammonta complessivamente a circa 4,7 miliardi di euro, solo in minima parte qualificabili come depositi protetti (100.000 euro per ciascun depositante sottostante). In ragione delle basse percentuali suddette,¹⁹ l'impatto sul calcolo delle contribuzioni derivante dall'inclusione dei *beneficiary account* secondo le linee guida dell'Eba sembrerebbe a oggi essere sottostimato. Con riferimento alle amministrazioni pubbliche, dall'analisi condotta è emerso che l'applicazione del limite di copertura di 100.000 euro per singola posizione comporterebbe un incremento contenuto dei depositi protetti, nell'ordine di circa 4,5 miliardi di euro

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

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

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

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

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

Da tale esercizio emerge che, nello scenario di liquidazione coatta amministrativa con rimborso dei depositanti (*counterfactual*), l'ipotetico costo a carico del Dgs sarebbe significativamente maggiore - almeno tre volte superiore - di quello stimato sulla base della metodologia attualmente applicata dal Fitd. Più in dettaglio, riparametrando su base 100 il totale delle attività delle banche per le quali il Fitd ha applicato il *least cost test* negli interventi considerati nell'esercizio, il costo nello scenario *counterfactual* sarebbe stato mediamente pari al 7 (su base100) con la metodologia attualmente in uso e 23 con la nuova metodologia proposta dalla Commissione.

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

Tale incremento è sostanzialmente determinato dai seguenti fattori:

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

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

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

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

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

6. Un bilancio su vantaggi e svantaggi della proposta

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

Il lavoro di revisione della Commissione, in linea generale, è stato supportato in via preliminare dall'Eba che ha predisposto specifiche opinions su alcuni dei temi di maggior rilievo dell'attuale Dgsd.²¹ Il lavoro si è realizzato nell'ambito di un'apposita task force dell'Autorità dedicata ai sistemi di garanzia dei depositi, alla quale hanno partecipato le Autorità designate, i Dgs pubblici e alcuni Dgs

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

privati che sono stati invitati a prendere parte ai lavori, tra cui anche il Fitd. I Dgs, in qualità di practitioners della materia, come è logico pensare, hanno svolto un ruolo significativo e hanno contribuito in maniera incisiva a proporre soluzioni ad alcune lacune dell'attuale frame work.

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

Al riguardo, un primo elemento come si è già rilevato, è rappresentato, congiuntamente, dalla revisione del *public interest test* e dall'accresciuta importanza attribuita alla procedura di risoluzione rispetto alla liquidazione. L'allargamento delle "maglie" del test, di fatto, si traduce nell'ampliamento dello spazio di manovra a disposizione delle Autorità di risoluzione per la definizione dei piani di risoluzione. In tale contesto, è ragionevole attendersi che gli scenari liquidatori potranno essere meno frequenti, residuali rispetto alla procedura di risoluzione. Ciò comporterebbe l'assunzione di pari caratteristica di residualità anche per gli interventi (alternativi) del Dgs, che si realizzano nel contesto della liquidazione. In altre parole, un tipo di operatività del Dgs, la misura alternativa appunto, che si è mostrata molto efficace nel passato, in specie nell'esperienza del Fitd, potrebbe risultare limitata dal più frequente ricorso alla risoluzione proposto dalla revisione regolamentare. Un secondo elemento di riflessione attiene al ruolo del Dgs nella risoluzione, così come ridisegnato dalla Commissione. Secondo la regolamentazione oggi vigente, come già sottolineato, l'attuale procedura di risoluzione chiama in causa il Dgs solo quando il livello di perdite sia tale da intaccare potenzialmente i *covered deposit*. Con la riforma del CMDI framework il Dgs non è più assistito dalla super preference. Nel caso di banche che non abbiano un livello di Mrel almeno pari all'8%, inoltre, il Dgs sarebbe chiamato a intervenire per assorbire le perdite e soddisfare il requisito dell'8% posto come condizione di accesso al

fondo di risoluzione. Inoltre, ancora, la proposta legislativa intende cancellare il limite massimo di intervento del Dgs pari al 50% delle risorse/livello obiettivo. In altre parole, il Dgs non interverrebbe quale ultimo cuscinetto di assorbimento delle perdite, ma in via anticipata prima del Fondo di risoluzione. Il Dgs agirebbe da player cruciale nel funding della risoluzione pur sempre nei limiti del *least cost* e del funding gap individuato dalla risoluzione.

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

Un terzo profilo di criticità riguarda le implicazioni in termini di costi per il Dgs, con conseguenti ricadute sulle banche aderenti al medesimo, attraverso l'incremento potenzialmente anche rilevante delle contribuzioni. A ben vedere vi sono tre principali driver che spingono in aumento l'onere risultante della proposta di revisione. In primis, l'accresciuta probabilità che le risorse dei Dgs siano utilizzate in risoluzione; secondo, l'allargamento del perimetro dell'oggetto della garanzia alle *public authorities*, sebbene non sia agevole, per mancanza di dati puntuali, la stima del relativo impatto sul totale dei depositi protetti; simili considerazioni attengono alla prospettata inclusione dei *beneficiary account* nella base di calcolo delle

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

contribuzioni. Non da ultimo, l'eliminazione della *super-depositor preference* che impatta sul calcolo del *least cost*, consentendo, comunque, un maggior margine di manovra del Dgs per gli interventi diversi dal rimborso dei depositanti.

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

In relazione, infine, agli interventi alternativi, il processo di "marketing" del compendio da cedere non appare coerente con la necessità di implementare un'azione rapida ed efficace, che non pregiudichi l'accesso dei depositanti ai conti. L'esperienza concreta suggerisce che il processo di selezione di potenziali acquirenti richiede tempi di non facile previsione, connessi soprattutto all'individuazione di più soggetti effettivamente interessati a prendere parte all'operazione, che devono essere messi nelle condizioni di operare in maniera competitiva tra loro, sulla base di un processo chiaro e trasparente strutturato in diverse e apposite fasi preparatorie, esecutive e di perfezionamento dell'operazione.

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

Last but not least, un ulteriore aspetto di riflessione riguarda la normativa sugli aiuti di stato e gli interventi dei Dgs. La proposta di revisione della Commissione non ha toccato il punto, sebbene gli stessi abbiano una rilevanza significativa per gli impatti sull'operatività dei sistemi di garanzia proprio nell'ambito della regolamentazione oggetto di revisione, nonché tenuto conto della recente giurisprudenza favorevole in merito a sostegno dell'ampia portata del mandato dei sistemi di garanzia.²⁴

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

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

Sulla problematica suscitata dal caso Tercas si veda L. SCIPIONE, *Aiuti di Stato, crisi bancarie e ruolo dei Fondi di garanzia dei depositanti*, in *Giur. comm.*, 2020, I,

pp. 184 e ss.; M. CLARICH - P.E. PISANESCHI, *“Aiuti di Stato e tutela della concorrenza: i casi Tercas, Monte dei Paschi e Carige”*, in P. CHITI - V. SANTORO (a cura di), *Il diritto bancario europeo. Problemi e prospettive*, Pisa, 2022, pp. 159 e ss.; G. BOCCUZZI, *“Le crisi bancarie in Italia (2014-2020). Insegnamenti e riflessioni per la regolamentazione”*, BANCARIA EDITRICE, Roma, 2022, pp. 50-54.

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

di Emanuela Di Rauso

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

ABSTRACT

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

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

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

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

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

SINTESI

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

forme di gettito come lavoro o imprese. Le particolari linee guida che oggi abbiamo a disposizione sono le seguenti:

1) il PNRR (Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza) che vuole destinare le risorse per realizzare gli obiettivi di carbonizzazione e di transizione energetico ambientale;

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

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

1) studio del quadro generale della tassazione ambientale all'interno del quadro europeo;

2) ricerca di una tassazione ad hoc per il corretto utilizzo delle risorse per il miglioramento dell'ambiente.

SOMMARIO

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

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

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

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

- 1) Raccolta degli articoli attraverso le banche dati.
- 2) Attenta analisi degli articoli.
- 3) Messa in evidenza tutte le componenti che forniscono una panoramica chiara per poter rispondere in modo esaustivo alle

domande di ricerca poste nel corso del seguente lavoro. Le domande di ricerca poste sono le seguenti:

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

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

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

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

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

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

- quello diretto avviene mediante: a) trasferimento economico a fondo perduto a operatori economici fatti tramite bandi, pagamento d'interessi, ecc., b) trasferimenti potenziali di risorse pubbliche a operatori economici (ad es. garanzie, assicurazioni), c) copertura di costi, tariffe o canoni per l'accesso a beni e/o servizi;

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

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

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

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

Quella delle "maggiori entrate fiscali" riguarda:

- a) l'Introduzione di nuovi tributi legati all'ambiente;
- b) la revisione dei tributi esistenti in modo da meglio riflettere le esternalità ambientali associate alle scelte di consumo e/o produzione;
- c) la creazione di mercati attraverso la messa all'asta di permessi negoziabili;
- d) la riduzione/eliminazione dei sussidi dannosi per l'ambiente, costituiti in buona parte da forme di erosione fiscale;

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

e) la valutazione e revisione periodica dei sussidi ambientalmente favorevoli in modo da migliorarne la costo-efficacia.

Quella di “utilizzo delle risorse” concerne invece:

- a) la riduzione di altre entrate fiscali maggiormente distorsive e penalizzanti per la crescita;
- b) gli investimenti in infrastrutture e beni durevoli finalizzati alla protezione e alla valorizzazione dell’ambiente;
- c) i sussidi all’innovazione eco-friendly a livello di produzione e consumo;
- d) gli interventi di mitigazione/compensazione per le categorie maggiormente colpite dalle misure sul versante delle entrate;
- e) la riduzione del deficit e del debito.

La teoria della *green taxes*³ afferma che: I pacchetti integrati di misure per la sostenibilità ambientale devono essere valutati congiuntamente ad una serie di fattori. Perché una politica fiscale distorta può frenare o depotenziare i percorsi d’investimento ambientale.⁴ La politica fiscale dev’essere coerente col contesto, con l’ambiente e i *policy maker*.

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

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

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

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

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

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

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

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

- eliminazione dei sussidi ambientali dannosi;
- miglioramento della conoscenza del costo-efficacia dei sussidi ambientali dannosi;
- il processo così come richiesto dalla comunità scientifico dev'essere progressivo ma rapido.

Purtroppo, gli incentivi fiscali (ai sussidi dannosi), provoca un grandissimo danno all'ambiente. Nel settore energetico, ad esempio,

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

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

Elementi comparativi

I tributi⁶ ambientali in Italia hanno incidenza medio-alta in termini di agevolazioni fiscali. È impossibile trovare la giusta tassa ambientale

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

che comprende tutto o che sia uguale per tutti i paesi.⁷ Infatti, in un'ottica di crescita per l'appunto, bisogna trovare un modello di tassazione ambientale eterogeneo cioè valido per settori, per tipologia di base imponibile. Questo modello di tassazione è "Misalignment". In sintesi, ci sono alcune cose che eviterebbero molto inquinamento ambientale in fase evolutiva. Tra queste:

1) maggiore tassazione sui carburanti usati per i trasporti pubblici. I trasporti pubblici nonostante la loro utilità inquinano molto;

2) la tassazione diversa in base al tipo di combustibile, favorendo in particolare i combustibili meno inquinanti;

3) mettere a fuoco nuovi strumenti d'intervento (accise energetiche, quote d'emissione a titolo oneroso, obblighi di emissione sul mercato);

4) introduzione d'imposte che correggono nel tempo la maggior parte delle forme d'inquinamento. E che hanno conto in aggiunta un'analisi costi/benefici che solo nel tempo si può misurare, andando a variare le imposte ambientali in base alle caratteristiche economiche;

5) La speranza è che si sviluppi un quadro d'intervento coerente e multilivello dove si intrecciano le varie discipline e norme a livello globale, nazionale e sub-nazionale.

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

- le imposte maggiori di circa il 50,3% sono quelle sul lavoro, con particolare riferimento alla componente dei contributi sociali sia per gli individui che per le imprese;

- l'aliquota minore è quella sul consumo; l'Italia infatti applica sui consumi un'aliquota molto inferiore a differenza di quella di altri paesi europei;

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

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

- vi è una situazione fiscale intermedia sui redditi d'impresa e sulle proprietà;
- riguardo l'IVA sono molto sviluppati i fenomeni di evasione ed elusione fiscale.

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

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

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

In particolare, nel testo della Commissione⁹ del Senato e della Camera e nell'art. 5 della proposta Legge delega emerge che essa a livello fiscale propone:

- "Il riordino, la semplificazione, e la stabilizzazione degli edifici privati per la riqualificazione energetica e antisismica per fornire un quadro chiaro alle famiglie e consente anche la cessione dei crediti fiscali";
- di aumentare gli incentivi per gli interventi di decarbonizzazione e riqualificazione ambientale, arrecando anche il meno possibile danni alle famiglie;
- di incrementare il limite della detraibilità IVA (40%), per tutti i

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

veicoli a basse emissioni.

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

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

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

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

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

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

Article I. Riduzione delle emissioni del 61%;

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

Article II. Riduzione delle quote distribuibili gratuitamente al settore aereo entro la fine del 2026;

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

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

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

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

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

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

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

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

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

- Mezzi di trasporto.

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

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

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

7. Caso carburanti ed energia in Italia

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

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

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

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

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

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

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

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

- Ridurre le agevolazioni fiscali rivolte alle grandi imprese che consumano un certo totale di energia elettrica (totale di energia consumate superiore al normale).
- Eliminare le aliquote vantaggiose per quanto riguarda (metano, carbone, Gpl).
- Introdurre più entrate aggiuntive in termini di gettito fiscale per quanto riguarda le entrate relative ai permessi di emissione.
- Inserire in bolletta l'onere della componente incentivamente Asos relativa al sostegno delle energie rinnovabili.¹⁵

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

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

8. Come tassare le risorse in esaurimento ed esaurite?

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

(ASviS), 2020.

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

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

fitosanitari agevolando l'IVA al 10%. Invece sui prodotti chimici si dovrebbe ridurre la tassazione.

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

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

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

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

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

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

10. Risultati di ricerca e conclusioni

Lo Stato sente l'esigenza di ridurre le imposte sui redditi derivanti dall'impiego di fattori²⁰ di produzione. Questa misura guardata in

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

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

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

chiave realistica ridurrebbe di molto le entrate di gettito fiscale. A tal punto le imposte ambientali ridurrebbero di gran lunga questo gap, causando maggiori entrate fiscali. Ma nell'applicazione di queste politiche fiscali verdi si deve tener conto di vari fattori:

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

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

La residenza fiscale

I paragrafi 1, 4, 4.1 e 4.2 sono stati curati da Antonio Miele, mentre i paragrafi 2 e 3 da Silvia Miele.

di **Antonio Miele**

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

Silvia Miele

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

ABSTRACT

The tax residence plays a crucial role in determining the place of taxation of the income of individuals and legal entities.

However, the criteria for establishing residence are not always clear. Recently, the legislator has revised the provisions of Article 2, paragraph 2, and Article 73, paragraph 3 of the t.u.i.r., aiming to overcome the interpretative challenges that characterized the previous wording of both articles.

SINTESI

La residenza fiscale assume un ruolo cruciale per individuare il luogo di tassazione dei redditi delle persone fisiche e delle persone giuridiche. Tuttavia, i criteri di individuazione non sempre risultano chiari. Al fine di superare alcune criticità interpretative che caratterizzavano la precedente scrittura degli articoli 2, comma 2, e 73, comma 3, t.u.i.r., il legislatore è recentemente intervenuto riformulandoli.

SOMMARIO

1. Introduzione - **2.** La residenza fiscale delle persone fisiche nella previgente formulazione del t.u.i.r. - **3.** La residenza fiscale delle persone giuridiche nella previgente formulazione del t.u.i.r. - **4.** La L.d. per la riforma fiscale e nuovi criteri - *4.1. La riformulazione rispetto alle persone fisiche* - *4.2. La riformulazione rispetto alle persone giuridiche*

1. Introduzione

La potestà impositiva dei singoli Stati subisce limitazioni a seguito della stipula di trattati internazionali contro la doppia imposizione.

Infatti, attraverso questi, ciascun Paese si propone l'obiettivo di eliminare una tassazione discriminatoria,¹ nonché gli stessi disciplinano la collaborazione necessaria tra le diverse Amministrazioni finanziarie, affinché si realizzi il contrasto a fenomeni di evasione internazionale ed interna.

Sotto il profilo soggettivo, i trattati si applicano alle "persone residenti" e, il termine "persona", si riferisce sia alle persone fisiche sia alle persone giuridiche.

Ogni Stato, in base alla propria legislazione, schematizza una propria nozione di residenza fiscale che, pertanto, assume un ruolo fondamentale per individuare il luogo in cui saranno tassati i redditi prodotti da una persona fisica o giuridica.

^{1*} I paragrafi 1, 4, 4.1 e 4.2 sono stati curati da Antonio Miele, mentre i paragrafi 2 e 3 da Silvia Miele.

Sul tema, L. TOSI - R. BAGGIO, *Lineamenti di Diritto Tributario Internazionale*, Wolters Kluwer Cedam, 2022.

2. La residenza fiscale delle persone fisiche nella previgente formulazione del t.u.i.r.

Il concetto di residenza fiscale, come premesso, rileva nella corretta determinazione della potestà impositiva.

Infatti, i soggetti fiscalmente residenti sono sottoposti a imposizione sui redditi ovunque li abbiano prodotti, mentre i non residenti lo sono esclusivamente per i redditi prodotti nel territorio dello Stato.

Per quanto riguarda le persone fisiche, il t.u.i.r. al comma 1 dell'articolo 2, identifica i soggetti passivi IRPEF nelle "persone fisiche residenti e non residenti nel territorio dello Stato".

Per individuare quando un contribuente persona fisica possa essere considerato residente in Italia, il secondo comma disponeva che era tale colui che per la maggior parte del periodo di imposta:

- risultasse iscritto nelle anagrafi della popolazione residente;
- avesse in Italia il proprio domicilio ai sensi del cod. civ., cioè la sede principale dei suoi affari o interessi;
- oppure la residenza ai sensi del cod. civ., cioè il luogo nel quale il soggetto ha la dimora abituale.²

Inoltre, ad integrazione di quanto disciplinato dal secondo comma, il legislatore, con la L. n. 244 del 24 dicembre 2007, ha modificato il comma 2-*bis* statuendo che si considerano residenti anche i cittadini italiani cancellati dalle anagrafi della popolazione residente e trasferiti in Stati o territori diversi da quelli individuati con decreto del Ministro dell'economia e delle finanze.

Solo nell'ipotesi in cui le indicate condizioni risultassero del tutto assenti, il soggetto poteva essere considerato non residente in Italia, ma era sufficiente la presenza di uno solo delle stesse per considerarlo residente e, quindi, sottoposto alla disciplina del D.P.R. n. 917/1986 s.m.i.

² Ai sensi dell'articolo 43, c.c.

A tal proposito l’Agenzia delle entrate nella risoluzione n. 351/E del 7.8.2008 ha chiarito che se un soggetto mantiene: “in Italia i propri legami familiari o il centro dei propri interessi patrimoniali e sociali”, tali elementi sono di per loro “sufficienti a realizzare un collegamento effettivo e stabile con il territorio italiano”.

In particolare, la prassi ha sottolineato che, indipendentemente dalla presenza fisica e dalla circostanza che l’attività lavorativa sia esplicata prevalentemente all’estero, ai fini dell’eventuale residenza fiscale vanno considerati quali indici significativi “la disponibilità di un’abitazione permanente, la presenza della famiglia, l’accreditamento di propri proventi dovunque conseguiti, il possesso di beni anche mobiliari, la partecipazione a riunioni d’affari, la titolarità di cariche sociali, il sostenimento di spese alberghiere o di iscrizione a circoli o clubs, l’organizzazione della propria attività e dei propri impegni anche internazionali, direttamente o attraverso soggetti operanti nel territorio italiano”.³

3. La residenza fiscale delle persone giuridiche nella previgente formulazione del t.u.i.r.

La residenza fiscale delle persone giuridiche è disciplinata dall’articolo 73, comma 3, del t.u.i.r., il quale disponeva che, ai fini IRES, le società e gli altri enti collettivi si consideravano fiscalmente residenti in Italia, qualora, per la maggior parte del periodo d’imposta avessero qui la loro sede legale, quella dell’amministrazione oppure l’oggetto principale.

³ Corte di Cassazione, ord. 1-10-2018, n. 23690, con riferimento ad un soggetto che aveva trasferito la residenza a Montecarlo (stato a fiscalità privilegiata) con relativa iscrizione all’AIRE, ha affermato che “*tenendo conto della presunzione di mantenimento della residenza fiscale in Italia per l’inserimento del Principato monegasco tra i paesi a fiscalità privilegiata, ex articolo 2, comma 2-bis, t.u.i.r., ha valutato non esaustive le prove addotte dal contribuente per il superamento delle presunzioni, e fa a tal fine riferimento agli elementi che di contro confermano la pretesa tributaria dell’agenzia, quali il possesso di immobili in Italia, la rappresentanza di società domiciliata in Italia, la qualifica di socio in società di capitali italiana, la vicinanza tra i due Paesi, che rende del tutto agevole lo spostamento giornaliero dall’Italia a Monaco*”.

Gli stessi criteri sono dettati anche per le società di persone e associazioni ad esse equiparate dall'articolo 5, comma 3, lettera d), t.u.i.r.

Dunque, per inquadrare correttamente il concetto di residenza fiscale delle società, è necessario analizzare i presupposti che erano delineati nell'articolo 73, *cit.*

Nella specie, la sede legale ha rappresentato il criterio che ha creato minori problemi dal punto di vista accertativo.

Si tratta, infatti, di un criterio oggettivo, deducibile dall'atto costitutivo e da quanto risulta registrato nel registro dell'impresa.

Tutte le società costituite in Italia, a meno che non abbiano trasferito la residenza all'estero, sono perciò fiscalmente residenti nel territorio dello Stato.

Più complicato, invece, è l'individuazione della sede dell'amministrazione, in quanto non vi è una sua definizione positiva.

Di solito, con tale locuzione, si intende il luogo dove di fatto si svolge la concreta attività amministrativa o direzionale di una società, ossia è il luogo di assunzione delle decisioni fondamentali e determinanti di natura gestionale e commerciale per la vita e lo sviluppo della società stessa.

Quanto allo svolgimento nel territorio dello Stato dell'oggetto principale dell'attività, esso rappresenta un ulteriore elemento critico sotto il profilo interpretativo.

In merito, occorre innanzitutto specificare che per oggetto principale si intende l'attività caratteristica dell'ente collettivo per raggiungere la *mission* indicata nell'atto costitutivo e/o nello statuto.

Il quinto comma dell'articolo 73 del t.u.i.r. specifica poi che mancando questi, l'oggetto principale dell'ente residente va determinato "in base all'attività effettivamente esercitata nel territorio dello Stato". Tale disposizione si applica in ogni caso agli enti non residenti.

È necessario, quindi, soffermare l'attenzione sull'attività concretamente svolta dalla società, a prescindere da quanto sia stato indicato nello statuto.

Invero, il problema dell'analisi dell'oggetto sociale non assume particolare rilevanza rispetto agli enti che esauriscono la loro attività nel territorio dello Stato, criticità sorgono, piuttosto, per quelli che gestiscono plurime attività in una pluralità di Paesi.

In tali casi, per poter individuare lo Stato di residenza si possono prendere in considerazione una serie di elementi e, tra questi, alternativamente:

- il principale mercato di destinazione, ove cioè sono localizzati la maggior parte dei punti vendita e in cui si è realizzata la maggior parte del volume di affari;
- il luogo dove viene impiegato il maggior numero di dipendenti;
- il luogo dove sono stati effettuati la maggior parte degli investimenti.

4. La L.d. per la riforma fiscale e nuovi criteri

L'articolo 3, lettera c), della Legge delega sulla "Riforma fiscale", rubricato "Principi generali del diritto tributario dell'Unione europea e internazionale", specifica che la stessa dovrà garantire la revisione della disciplina della residenza fiscale delle persone fisiche e delle persone giuridiche "come criterio di collegamento personale all'imposizione, al fine di renderla coerente con la migliore prassi internazionale e con le convenzioni sottoscritte dall'Italia per evitare le doppie imposizioni, nonché coordinarla con la disciplina della stabile organizzazione e dei regimi speciali vigenti per i soggetti che trasferiscono la residenza in Italia".⁴

⁴ La normativa in materia di stabile organizzazione fa riferimento al nuovo art. 162, comma 2, lettera f-bis) del t.u.i.r., introdotto dalla "Legge di bilancio 2018" (L. n. 205/2017).

Si precisa altresì che, dovrà prevedersi il coordinamento della residenza con i regimi speciali vigenti per i soggetti che trasferiscono la residenza in Italia, ossia il regime agevolato sui redditi da lavoro degli “impatriati”⁵ che calcola il quinquennio dalla data del trasferimento della residenza.

4.1. La riformulazione rispetto alle persone fisiche

L’articolo 1 del D.Lgs. n. 209, approvato in esame definitivo il 19 dicembre 2023 ha riscritto il comma 2 dell’articolo 2 del t.u.i.r.

La norma riformulata è entrata in vigore il 01/01/2024 e, se continua a fare riferimento ai tre criteri alternativi che debbono sussistere per la maggior parte del periodo di imposta, introduce le seguenti novità:

- ai fini del computo dei giorni si considerano anche le loro frazioni e soprattutto la presenza “fisica” nel territorio dello Stato;
- ai fini dell’individuazione del domicilio, non interviene più il criterio civilistico.

Pertanto, potranno essere considerati residenti ai fini fiscali in Italia anche le persone fisiche che, per la maggior parte del periodo di imposta, sono presenti in Italia.

Tale criterio può creare perplessità e preoccupazioni; basti pensare agli studenti che frequentano Università italiane o i frontalieri esteri che lavorano in Italia.

Detto criterio, peraltro, potrà essere superato dalle previsioni contenute nelle Convenzioni contro le doppie imposizioni, ma queste sono valide esclusivamente allo scopo di evitarle, mentre non eliminano alcun altro obbligo dichiarativo o informativo previsto dalla disciplina interna.

È evidente, quindi, che le stesse assumeranno, in questi casi, un ruolo sempre più importante e, di conseguenza, le perplessità che

⁵ L. n. 147/2015.

genera l'espressione "presenza fisica nel territorio dello Stato", potranno essere superate solo dalle disposizioni previste da queste ultime.

Per quanto riguarda poi il domicilio, il criterio di cui all'art. 43 c.c., è stato sostituito con uno di natura sostanziale.

Il domicilio, infatti, secondo la nuova disciplina, è il luogo in cui si sviluppano in via principale, le relazioni personali e familiari del contribuente ed esso è strettamente connesso alla sua presenza fisica nel territorio dello Stato.

Nulla cambia invece per quanto riguarda la residenza, restando immutato il criterio civilistico che l'identifica nel luogo ove la persona ha la dimora abituale.⁶

Sotto il profilo temporale, è bene precisare che la nuova disciplina è andata in vigore dal primo gennaio 2024.

4.2. La riformulazione rispetto alle persone giuridiche

Circa l'individuazione della residenza fiscale delle società, il D.Lgs. n. 209/2023, modifica la disciplina prevista dal terzo comma dell'articolo 73 e dell'articolo 5 del t.u.i.r.

Come accennato in precedenza, due dei tre criteri previsti dalla precedente normativa, creavano alcune difficoltà interpretative.

⁶ MARIA LUCIA DI TANNA-DAVIDE GRECO, *Il Sole 24 Ore* del 18/03/2024, p. 21. "Domicilio fiscale, il nuovo criterio cambia l'esito delle Convenzioni". In base alla sent. della Corte di Cassazione n. 5563 del 01/03/2024, i redditi percepiti per attività di lavoro svolte in Kazakistan da un contribuente residente in Italia sono imponibili oltre che nello stato della fonte, anche in quello di residenza ai sensi dell'art. 15, paragrafo 1, ultimo periodo della Convenzione Italia-Kazakistan. Nella specie, il contribuente italiano lavorava come dipendente (per più di 183 giorni l'anno) per un'azienda kazaka e gli veniva contestata la residenza fiscale in Italia in ragione del domicilio civilistico. L'Autore evidenzia come la nuova formulazione dell'art. 2, co. 2, t.u.i.r., modificata dal 2024 per effetto dell'art. 1 D.Lgs. n. 209 del 2023, attribuisce rilevanza anche al criterio del "domicilio fiscale" inteso come il luogo in cui si concentrano gli interessi, principalmente personali e familiari. Alla luce di tale formulazione, nei casi come quello esaminato dalla Suprema Corte (esercizio di lavoro dipendente in Kazakistan per oltre 183 giorni e famiglia in Italia) la tassazione concorrente avrebbe potuto essere evitata solo trasferendo la famiglia nello Stato della fonte.

Pertanto, la nuova disciplina ha eliminato i riferimenti sia al criterio dell'oggetto principale sia al criterio della sede dell'amministrazione per assicurare maggiore certezza giuridica.

La riforma ha ridisegnato, tenendo presente la prassi internazionale e i criteri previsti dalle Convenzioni per definire la residenza, i criteri per l'individuazione della residenza delle società di capitali o enti.

Tali regole presentavano criticità, soprattutto per quanto riguarda il criterio della sede dell'amministrazione, interpretato in maniera estensiva tanto da farlo coincidere "con il luogo da cui promanavano gli impulsi volitivi societari".⁷

Con la nuova disciplina, il criterio della "sede dell'amministrazione" è stato sostituito con quello della sede della "direzione effettiva", mentre il criterio dell'oggetto sociale, con quello della "gestione ordinaria in via principale".⁸

Pertanto, sulla base della nuova disciplina, il legislatore ha sempre previsto tre criteri per l'individuazione della residenza fiscale;

Il primo dei criteri, la sede legale, non è mutato perché non creava e quindi non crea particolari criticità.

Il secondo criterio, la sede di direzione effettiva, è invece una novità rispetto al criterio precedente e rappresenta una semplificazione applicativa, identificandosi nel luogo dove si realizza "la continua e coordinata assunzione delle decisioni strategiche".

Il terzo criterio, la gestione ordinaria in via principale, è il luogo in cui avviene "il continuo e coordinato compimento degli atti della gestione corrente riguardanti la società o l'ente nel suo complesso".

⁷ STEFANO ROSSELLI, *I nuovi criteri per la determinazione della residenza fiscale delle società* Euroconference News 2024.

⁸ La nuova formulazione dell'articolo 73, comma 3, t.u.i.r., prevede che "ai fini dell'imposte sui redditi si considerano residenti le società e gli enti che per la maggior parte del periodo di imposta hanno nel territorio dello Stato la sede legale o la sede di direzione effettiva o la gestione ordinaria in via principale. Per sede di direzione effettiva si intende la continua e coordinata assunzione delle decisioni strategiche riguardanti la società o l'ente nel suo complesso. Per gestione ordinaria si intende il continuo e coordinato compimento degli atti della gestione corrente riguardanti la società o l'ente nel suo complesso."

Per quanto riguarda questo ultimo punto, è bene precisare che l'attività di una società si può articolare in sedi secondarie, filiali e *branch*, eventualmente caratterizzate da una certa autonomia decisionale. Tuttavia, la locuzione "in via principale" ci fa capire che ciò non rileva ai fini dell'individuazione della residenza fiscale, in quanto la stessa deve essere individuata nel luogo in cui vengono assunti gli atti gestori della società intesa nella sua unitarietà.

Infine, si rappresenta che i tre criteri operano in via disgiuntiva e devono sussistere per la maggior parte del periodo di imposta.

Per quanto riguarda l'entrata in vigore della nuova disciplina prevista dal terzo comma dell'articolo 73 del t.u.i.r., poiché non sempre il periodo di imposta delle società coincide con l'anno solare, il legislatore ha previsto che le stesse si applicheranno a partire al periodo di imposta successivo a quello in corso alla data di entrata in vigore del D.Lgs. n. 209/2023 e quindi dopo il 29/12/2023.