

Dic/2016



CAMMINO DIRITTO

Articoli Scientifici

ISSN 2532-9871
Cammino Diritto (Periodico online)

Rivista
Giuridica
online

RASSEGNA ARTICOLI GIURIDICI - SETTORE RICERCA -

MENSILE ONLINE

Direttore: Raffaele GIAQUINTO (Giornalista iscritto presso l'ODG di Napoli)

Direttore Scientifico: Alessio GIAQUINTO

Comitato Scientifico: Alessio LO GIUDICE, Antonio LAS CASAS, Emanuele CERSOSIMO, Francesca VESSIA, Francesco ORABONA, Francesco LONGOBUCCO, Gaspare DALIA, Giovanni Maria RICCIO, Giuseppe MAINAS, Ignazio ZINGALES, Jordi NIEVA FENOLL, Luigi KALB, Michele Angelo LUPOI, Patrick VALDRINI, Pietro MILAZZO, Raúl ANDRADE OSORIO, Riccardo URSI, Rossana PALLADINO, Sara SPUNTARELLI, Saverio SETTI, Sebastiano Bruno CARUSO, Tommaso GRECO, Valeria LUCIA

Comitato dei Revisori: Angela CUOFANO, Annamaria DI CLEMENTE, Ida MORELLI, Iliaria TACCOLA, Iliaria VALENTINO, Mariangela MICELI, Massimiliano PACE, Renata MADDALUNA

Redazione: Giuseppe FERLISI, Iliaria FERRARA

RIEPILOGO DATI PER IL DEPOSITO PRESSO IL MINISTERO DEI BENI ARTISTICI E CULTURALI - SERVIZIO II - PATRIMONIO BIBLIOGRAFICO E DIRITTO D'AUTORE

Denominazione della Rivista Scientifica: **Cammino Diritto**
ISSN: 2532-9871 - Codice CINECA: E243140
Registrazione: Tribunale di Salerno n° 12/2015
Periodicità: Periodico (on-line)
Sede: Via C. Turco,4 - 84091 Battipaglia (SA)
Editore: IpWeb di Raffaele Giaquinto
ISP (Internet Service Provider): aruba.it – www.camminodiritto.it
Indirizzo web: <http://www.camminodiritto.it>
Indirizzo e-mail: redazione@camminodiritto.it
Recapito telefonico: 02 87188451

Tutti i contributi pubblicati in questo questo fascicolo hanno superato una procedura di peer review, attuata secondo principi di trasparenza, autonomia e indiscusso prestigio scientifico dei revisori, individuati secondo criteri di competenza tematica e di rotazione all'interno dei membri del Comitato scientifico. Ciascun lavoro soggetto alla procedura viene esaminato in forma anonima da un revisore, il quale esprime il suo parere in forma parimenti anonima sulla conformità del lavoro agli standard qualitativi delle migliori riviste di settore. La pubblicazione del lavoro presuppone il parere favorevole del revisore. Di tutte le operazioni compiute nella procedura di peer review è conservata idonea documentazione presso la redazione.

Indice dei contenuti

1 - IL RATING: LA RESPONSABILITÀ CIVILE DELLE AGENZIE.

autore: **Elena Di Fedè**, pubblicazione martedì 6 dicembre 2016

2 - IL FERMO AMMINISTRATIVO COME GARANZIA DEL SODDISFACIMENTO DELLA
PRETESA ERARIALE

autore: **Daniela Mendola**, pubblicazione giovedì 29 dicembre 2016

IL RATING: LA RESPONSABILITÀ CIVILE DELLE AGENZIE.

L'effettività della tutela dell'investitore tra diritto dell'Unione europea e diritto nazionale.

autore **Elena Di Fede**

Il contributo è stato sottoposto, in forma anonima e con esito favorevole, alla valutazione di un revisore esperto.

Sommario: 1. Tipologie, principali ambiti di incidenza sul mercato finanziario e modalità di assegnazione del rating. 2. Il rating: mera opinione o fattore idoneo a influenzare in modo rilevante il processo decisionale dell'investitore, di guisa che sia sindacabile in via giurisdizionale? 3. La disciplina comunitaria sulle agenzie di rating: in particolare la responsabilità civile nei confronti degli investitori. 4. Considerazioni conclusive.

1. Tipologie, principali ambiti di incidenza sul mercato finanziario e modalità di assegnazione del rating.

Il rating consiste nella valutazione del merito di credito di un emittente (normalmente una banca o un intermediario finanziario), con riferimento al suo grado di probabilità di pagare regolarmente capitale e interessi di un determinato prestito obbligazionario ovvero alla sua capacità generale di far fronte regolarmente a tutte le proprie obbligazioni. Tale valutazione viene effettuata da un soggetto terzo specializzato (le cc.dd. *credit rating agencies*: *CRA*, tra cui le più conosciute sono *Moody's Investor Service*, *Standar&Poor's*, *Fitch Ratings*), ed espressa in maniera sintetica in una scala predeterminata di caratteri alfanumerici (da *Aaa* - *Moody's* - o *AAA* - *S&P* e *Fitch*, i quali indicano la più alta qualità, alla *C* - *Moody's* - o alla *D* - *S&P* e *Fitch*, che indicano invece il *default* dell'emittente).

I cd. "*credit rating*", si articolano in varie categorie, a seconda dell'orizzonte temporale cui si riferiscono (breve o lungo termine), della valuta di riferimento (estera o domestica) e dell'oggetto del rating^[1]. In ordine ai rating di breve termine, essi esprimono un'opinione su uno strumento di provvista a breve termine, e riguarda più precisamente, i rischi di liquidità che potrebbero impedire al debitore di onorare puntualmente i propri impegni^[2]; i rating a lungo termine vengono tradizionalmente distinti in *investment grade* (rischio debole) e *speculative grade* (rischio alto). Per quanto riguarda, invece,

l'articolazione del rating rispetto al suo oggetto, il giudizio sull'affidabilità dell'emittente può riguardare la capacità generale del debitore di far fronte regolarmente alle proprie obbligazioni (*issuer rating*) oppure, solo un determinato titolo di debito, in relazione al grado di rischiosità dello stesso (*issue rating*); e quindi, quest'ultimo indica la probabilità di regolare pagamento di capitale ed interessi del prestito obbligazionario, da parte dell'emittente; tuttavia in tale caso, è bene precisare che il giudizio tiene conto, anche delle aspettative di recupero sul singolo titolo, in caso di dissesto^[3].

Per completezza, occorre ricordare che nel quadro inerente ai credit rating, pur non essendo oggetto del presente articolo, rientra anche il giudizio emesso nei confronti di uno stato sovrano (*sovereign credit rating*), inteso come capacità di rimborsare le obbligazioni da parte dello stesso, tenendo conto, in tal caso, della stabilità politica e monetaria, del debito pubblico e di altri particolari fattori, sulla base dei quali, valutare la competitività strutturale del paese nel confronto con altri sistemi, in modo da collocare ciascuno in un determinato ordine all'interno del quadro internazionale.

A riguardo degli effetti del rating sul mercato finanziario, negli anni più recenti, non può andare trascurata l'estensione dell'operatività delle agenzie nell'erogazione di tali giudizi ai prodotti di cd. finanza strutturata: una forma di finanziamento, alternativa a quella tradizionale, per l'impresa che scelga di approvvigionarsi di liquidità attraverso forme di ripartizione del rischio, come la cartolarizzazione dei crediti. Operazione questa in cui determinati crediti, individuabili in blocco, vengono ceduti da una o più aziende ad una società-veicolo che, a fronte delle attività cedute, emette titoli negoziabili da collocarsi sui mercati nazionali o internazionali. Quindi, in buona sostanza, con la cartolarizzazione, il rischio di credito viene trasferito dalla banca agli investitori.

In questi casi, il concetto di rating rimane lo stesso; a cambiare sono le caratteristiche dello strumento valutato, in ragione della sua complessità. Sul punto, è possibile precisare il ruolo, decisamente più penetrante, assunto dalle società di rating e, più in particolare, dal giudizio stesso. Da un lato, infatti, le agenzie valutano il merito dell'insieme dei crediti sottostanti ceduti dal finanziatore (società cedente) alla società – veicolo (cessionaria); e dall'altro, in tal modo, esse si rilevano come parti attive nel processo di strutturazione dei prodotti di successiva emissione^[4]. In tale sistema, la delineazione del prodotto da offrire al mercato avviene, dunque, tramite l'intesa tra emittente e agenzia di rating, al fine di attribuire allo stesso un giudizio elevato e poterlo meglio collocare nel mercato, visto che l'affidamento dell'investitore nel voto di rating

cambia proporzionalmente al grado di opacità del prodotto finanziario^[5]. In questo senso, l'alto voto di rating diviene *condicio sine qua non* per la buona riuscita dell'operazione di collocamento dei prodotti strutturati.

Per quanto riguarda l'assegnazione del rating, essa può avvenire su commissione dell'investitore (pubblico e privato), il quale voglia conoscere la solvibilità di un soggetto terzo o un'indicazione riguardante il grado di rischio legato ad un investimento (modello *investors-paid*); oppure su commissione dello stesso soggetto (pubblico o privato) valutato (modello *issuer-paid*), al fine di far conoscere a tutti i potenziali investitori la propria capacità di far fronte ai propri debiti, ed in questi casi si parla di cd. *solicited rating*, e il giudizio sarà frutto di un'analisi che potrà avere ad oggetto anche informazioni privilegiate, non disponibili al pubblico. Può darsi il caso, però, che l'attività di rating venga autonomamente intrapresa dalla società di valutazione del merito creditizio, senza accordo di tipo negoziale con l'emittente: si tratta del cd. rating non sollecitato (*unsolicited rating*) per cui l'analisi effettuata dall'agenzia si appunterà su informazioni pubbliche. Tali considerazioni, come si vedrà, si rivelano essere necessarie ai fini di poter verificare la configurabilità ed eventualmente la natura della responsabilità in capo alle agenzie, al rilascio di un rating inesatto.

2. Il rating: mera opinione o fattore idoneo a influenzare in modo rilevante il processo decisionale dell'investitore, di guisa che sia sindacabile in via giurisdizionale?

Il diffuso affidamento della platea degli investitori al rating è certamente generato dal forte "valore segnaletico" dello stesso. Infatti, l'espressione con la quale i giudizi vengono formulati, attraverso simboli alfabetici o alfanumerici che segnalano la maggiore o minore affidabilità di un titolo o di un ente sulla base di una scala di valore, consente l'immediata percezione dell'informazione che la formula intende veicolare nell'ambito del mercato finanziario; sistema questo che non va esente da critiche, visto che l'estrema sinteticità della formulazione ne costituisce, più che punto di forza - velocizzando e semplificando la scelta dell'investitore - un limite, perché non permette di distinguere le ragioni del giudizio, né tantomeno il percorso valutativo che lo sorregge ^[6].

Alla luce delle considerazioni svolte al paragrafo precedente in ordine all'incidenza sempre maggiore del rating sul mercato finanziario, appaiono evidenti le ragioni per cui non può venire trascurato, nell'ipotesi in cui la valutazione sul merito di credito si

rivelasse in tutto o in parte infondata, il problema di stabilire se sia configurabile una responsabilità dell'agenzia di rating nei confronti degli investitori, i quali avessero fatto affidamento in buona fede su tale giudizio e avessero subito pregiudizio a causa dell'insolvenza dell'emittente.

Sul punto, la giurisprudenza di merito italiana si è più volte espressa nell'ultimo decennio, anche se non sempre in maniera univoca.

Secondo un primo orientamento, le agenzie di rating non formulano raccomandazioni di investimento, ma emettono semplici pareri sulla capacità di credito di un particolare emittente o di un particolare strumento finanziario ad una determinata data^[7]. Da ciò discende che ciascun investitore dovrà effettuare le proprie scelte a suo esclusivo rischio, avvalendosi eventualmente di un promotore finanziario che valuti il rischio con riferimento alla situazione finanziaria del singolo investitore, poiché qualsiasi valutazione dell'agenzia di rating, sebbene sbagliata, non può dar adito ad alcun risarcimento, in quanto mera opinione. Occorre precisare che questa interpretazione richiama sostanzialmente l'orientamento giurisprudenziale delle corti degli Stati Uniti (dove le agenzie hanno avuto origine e hanno ricevuto le prime attenzioni anche da parte del legislatore^[8], in ragione della loro sempre più pervasiva attività nel mercato finanziario), secondo il quale le valutazioni sull'affidabilità creditizia di un soggetto costituiscono mere opinioni, assimilabili a quelle espresse dalla stampa finanziaria, le quali ricadono sotto la protezione del Primo emendamento della Costituzione americana che tutela la libertà di espressione.

Secondo altro orientamento, più convincente e maggiormente accreditato, il giudizio delle agenzie di rating crea, negli investitori, un affidamento sul rischio di credito di un titolo o sulla solvibilità o solidità economico-finanziaria di un emittente, che viene tradito o leso quando la valutazione dell'agenzia si riveli erronea, inesatta o incompleta o comunque frutto di un'attività di istruttoria negligente. Ciò compromette la decisione dell'investitore che basa il suo affidamento sulla credibilità e sulla competenza tecnica delle agenzie. Sul punto, sono varie le pronunce della giurisprudenza di merito che sostengono tale impostazione interpretativa in Italia: il Tribunale di Catania, ad esempio, affermando la responsabilità dell'intermediario convenuto per non aver comunicato la mancanza di rating dei titoli, sottolinea che la valutazione espressa dalle agenzie di rating costituisce fattore idoneo a influenzare in modo rilevante il processo decisionale dell'investitore^[9] (allo stesso modo anche Corte appello Milano, 17 maggio

2012; Trib. Prato, 4 novembre 2011).

Non può sottacersi, comunque, che già a partire dal 2009, l'importanza delle valutazioni di affidabilità creditizia era stata riconosciuta anche a livello normativo dal legislatore comunitario, nel suo primo intervento volto ad introdurre una regolazione specifica in capo alle agenzie di rating, nel settore finanziario. Infatti, già nel primo considerando del Regolamento CE n. 1060/2009 viene affermato che “i rating del credito hanno un impatto significativo sul funzionamento del mercato e sulla fiducia degli investitori e dei consumatori”[\[10\]](#).

3. La disciplina comunitaria sulle agenzie di rating: in particolare la responsabilità civile nei confronti degli investitori.

L'Unione europea, ad oggi, ha emanato tre regolamenti aventi come specifico oggetto il rating, nell'ambito delle misure destinate ad assicurare l'efficienza e la stabilità dei mercati finanziari. Si tratta del:

- Reg. (CE) n. 1060/2009 (c.d. CRA I);
- Reg. (UE) n. 513/2011 (c.d. CRA II);
- Reg. (UE) n. 462/2013 (c.d. CRA III).

Concentrando l'analisi solo sugli aspetti riguardanti la responsabilità civile nei confronti degli investitori, il regolamento più recente, contiene una specifica disposizione, l'art. 35 bis, volta ad introdurre regole armonizzate in materia di responsabilità extracontrattuale delle agenzie di rating.

Il suddetto articolo stabilisce che *“se un'agenzia di rating del credito ha commesso intenzionalmente o per colpa grave una delle violazioni di cui all'allegato III che ha inciso sul rating del credito, l'investitore o l'emittente possono chiedere all'agenzia di rating il risarcimento dei danni subiti a causa della violazione. Un investitore può chiedere il risarcimento dei danni ai sensi del presente articolo qualora provi di aver ragionevolmente riposto affidamento, in conformità dell'art. 5 bis, paragrafo 1, o, in ogni caso con la dovuta diligenza, su un rating del credito per assumere la decisione di investire, detenere o cedere uno strumento finanziario oggetto del rating del credito”*[\[11\]](#).

La prospettiva extracontrattuale della responsabilità delle agenzie di rating verso gli investitori sembra sia quella maggiormente condivisa dal legislatore europeo nella

disciplina contenuta nel Reg. n. 462/2013.

Tuttavia, è necessario precisare che la qualificazione della responsabilità configurabile in capo alle agenzie risulta apprezzabile a seconda dei soggetti che si rivelano danneggiati. Le differenze principali si ricollegano alla sussistenza - o meno - di un rapporto contrattuale, in quanto idoneo a mutare la tipologia stessa di responsabilità. Nonostante, ad oggi, il mercato del rating sia dominato dal modello c.d. *issuer-pays* (“l’emittente paga”), sarebbe erroneo ritenere la variante contrattuale prerogativa unica per gli emittenti e, per converso, la variante extracontrattuale destinata ad informare soltanto il rapporto con gli investitori. A fronte di tale regola generale, infatti, esistono rilevanti eccezioni: basti pensare ai danni cagionati alle imprese da rating non sollecitati, ovvero alle ipotesi in cui sia lo stesso investitore a commissionare all’agenzia una determinata valutazione^[12].

Tornando all’esame dell’art 35 bis, al par. 1 viene subito in rilievo una duplice limitazione: la prima fa riferimento alla previsione per cui sono perseguibili solo quei comportamenti posti in essere con dolo o colpa grave, e la seconda, che ne identifica l’ambito di rilevanza esclusivamente nelle violazioni di cui all’allegato III dello stesso regolamento.

La ratio di questa scelta normativa viene giustificata, secondo parte della dottrina straniera^[13], in forza del fatto che un regime di responsabilità oggettiva potrebbe facilmente alimentare la fiducia incondizionata degli investitori nei confronti dei rating e, allo stesso tempo, favorire una proliferazione non controllabile di ricorsi giudiziali nei singoli Stati membri. Nondimeno, circoscrivere l’area della responsabilità civile delle agenzie alle sole violazioni contenute all’allegato III del regolamento in esame non pare essere una scelta del tutto condivisibile.

L’allegato in questione risulta diviso in tre sezioni, a seconda che le violazioni riguardino inosservanze legate alla disciplina organizzativa e sui conflitti di interesse; alla disciplina inerente ai rapporti con l’autorità di vigilanza; alla disciplina informativa.

La possibilità di restringere i casi di responsabilità alle sole ipotesi descritte si concretizza, in un vantaggio, privo di sufficiente giustificazione, per le agenzie di rating. Gli obblighi contenuti nell’allegato III, infatti, hanno natura esclusivamente “procedurale”, poiché prescrivono comportamenti che le agenzie debbono porre in essere al fine di evitare un’influenza esterna sul rating. In altri termini, non vi è modo, sulla

base di tali obblighi, di considerare un'agenzia responsabile, qualora essa si sia attenuta alle prescrizioni dell'allegato III ma, ad esempio, abbia errato nell'utilizzo dei modelli per l'elaborazione del giudizio, ovvero abbia mal interpretato e valutato alcuni fattori economici[14].

Il sistema così approntato sembra sostanzialmente impedire, laddove risultino *ex ante* rispettate tutte le prescrizioni dell'allegato *de quo*, il prezioso rilievo di eventuali risultanze *ex post*, che possano attestare errori sistematici nell'emissione di rating, al fine di fornire la prova di una condotta negligente.

Anche a riguardo dell'onere della prova e del nesso causale non sembra che l'intervento europeo abbia sostenuto, in maniera efficace, il fronte della tutela dell'investitore. Secondo l'art. 35 bis, par. 2, “*spetta all'investitore o all'emittente fornire elementi informativi precisi e dettagliati che indichino che l'agenzia di rating del credito ha violato il presente regolamento e che la violazione ha avuto un impatto sul rating emesso*”.

La disposizione pone in capo agli investitori un duplice onere probatorio, che riguarda sia la sussistenza della violazione da parte dell'agenzia, sia la presenza del nesso causale tra la violazione stessa e l'erroneità del rating. Da ciò discende che l'investitore potrà vedere giudizialmente accertato il suo diritto al risarcimento del danno, in quanto lo stesso provi il mancato rispetto, da parte dell'agenzia, di alcuna delle regole contemplate dall'allegato III, nonché il suo impatto sul rating. Al riguardo, però, occorre tenere presente che gli obblighi di *disclosure* (divulgativi) posti in capo alle medesime nei confronti degli investitori non coprono certamente tutte le ipotesi di violazione di cui all'allegato III del regolamento, di talché, in taluni casi, risulterà concretamente impossibile per questi ultimi verificare la violazione commessa. Senza dimenticare che, peraltro, la necessità di provare, contestualmente alla proposizione della domanda, l'esistenza del nesso eziologico, potrebbe esporre gli investitori a spese non indifferenti, al fine di ottenere l'opinione di esperti in materia.

Occorre specificare, inoltre, che il nesso eziologico summenzionato non coincide assolutamente con il nesso di causalità materiale di cui all'art. 2043 c.c. Quest'ultimo, infatti, in quanto elemento oggettivo dell'illecito, pone in relazione il fatto generatore con il danno. Come correttamente osservato dalla dottrina, nel caso della responsabilità extracontrattuale delle agenzie di rating, il nesso causale in senso civilistico si sostanzia nel vincolo che unisce la condotta dell'agenzia, la quale ha portato all'emissione di un

giudizio erroneo, da un lato, e il pregiudizio derivante dalla perdita (totale o parziale) dell'investimento, dall'altro. L'investitore, pertanto, dovrà fornire l'ulteriore prova, ex art. 2043 c.c.[15].

4. Considerazioni conclusive.

Alla luce delle considerazioni svolte, sebbene l'art. 35 bis rappresenti il primo passo legislativo volto ad uniformare le regole concernenti la responsabilità civile delle agenzie nei confronti degli investitori attraverso l'introduzione di disposizioni armonizzate valevoli per gli Stati membri, non sembra che la portata di tali disposizioni riesca a far fronte all'intera gamma dei problemi fisiologicamente connessi alla responsabilità extracontrattuale delle società di rating rispetto ai singoli ordinamenti nazionali.

A fronte del silenzio conservato dal regolamento al riguardo, è da ritenersi che tali questioni dovranno essere affrontate sulla base del diritto nazionale di volta in volta applicabile, così come individuato dalle disposizioni internazionalprivatistiche. Ciò significa che, a titolo meramente esemplificativo, elementi quali il livello di diligenza concretamente richiesto al *rater*, per determinarne la responsabilità, cambieranno in ragione dello Stato membro la cui legge sarà ritenuta applicabile alla singola controversia.

È agevole osservare, pertanto, come le “interferenze” esistenti tra la normativa europea (parzialmente) armonizzata e la normativa nazionale siano in grado di complicare notevolmente l'attività di applicazione del diritto, con ripercussioni sull'effettività della tutela dell'investitore non poco rilevanti.

Note e riferimenti bibliografici

[1] MANCINELLI L., *L'assegnazione di rating da parte delle agenzie: significato, implicazioni e principali aspetti critici*, in *Bancaria*, 2005.

[2] *Che Cos'è il Rating?* – Sotto la lente – www.borsaitaliana.it

[3] *Ibidem*

[4] P. SANNA, *La responsabilità delle agenzie di rating nei confronti degli investitori*, Napoli, 2011, p. 34

[5] *Ibidem*

[6] A. BENEDETTI, *Certezza pubblica e “certezze” private. Poteri pubblici e certificazioni di mercato*, Milano, 2010, p. 76 e ss.

[7] Così in Tribunale Roma, 17 gennaio 2012, n. 835

[8] Cfr. le origini e le funzioni delle agenzie su P. GIUDICI, *La responsabilità civile nel*

diritto dei mercati finanziari, Milano, 2008, p. 410

[9] Trib. Catania 5 Maggio 2006 consultabile su www.ilcaso.it

[10] Primo considerando del Reg. (CE) n. 1060/2009 del Parlamento europeo e del Consiglio del 16 settembre 2009.

[11] Art. 35bis del Reg. (UE) n. 462/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio del 21 maggio 2013.

[12] Riso G., “*Interferenze*” tra diritto dell’UE e diritto nazionale nei casi di responsabilità civile delle agenzie di rating, in *Le Società* 4/2016, pp. 439 e ss.

[13] J.C. Coffee Jr., Gatekeepers failure and reform: the challenge of fashioning relevant reforms, in *Boston Uni. Law Rev.*, 2004, pag. 301 e ss.; e in *Rating reforms: the Good, the Bad, and the Ugly*, in *Columbia Law and Economics working papers*, n. 375, 2010, pag. 27 e ss.

[14] Riso G., *op. cit.*, p. 445.

[15] G. Facci, Il rating e la circolazione del prodotto finanziario: profili di responsabilità, in *Resp. civ. prev.*, 2007, 912 ss.

IL FERMO AMMINISTRATIVO COME GARANZIA DEL SODDISFACIMENTO DELLA PRETESA ERARIALE

L'Agente della riscossione può garantirsi il soddisfacimento della pretesa mediante l'adozione di un provvedimento di fermo amministrativo con funzione cautelare.

autore **Daniela Mendola**

Il contributo è stato sottoposto, in forma anonima e con esito favorevole, alla valutazione di un revisore esperto.

Sommario: 1. Il soddisfacimento della pretesa erariale; 2. La riscossione coattiva; 3. Il fermo amministrativo; 4. Conclusioni

1. Il soddisfacimento della pretesa erariale

Come noto, tra Amministrazione Finanziaria e contribuente si configura un rapporto di natura obbligatoria tale per cui una parte ovvero l'Amministrazione Finanziaria riveste una posizione attiva, creditoria, e l'altra ovvero il contribuente ricopre una situazione giuridica soggettiva passiva, di debito. L'obbligazione tributaria recepisce interamente la disciplina privatistica per ciò che concerne i diritti e i doveri delle parti. Si aggiunga, tuttavia, che l'obbligazione tributaria nasce *ex lege* e non è generata né da un atto di autonomia contrattuale, né da un fatto illecito, né da un contatto sociale. Il rapporto tra Amministrazione Finanziaria e contribuente già nasce in posizione di disparità: l'Amministrazione Finanziaria è in posizione di imperio, perché, la sua attività è posta a tutela di un interesse pubblico; il contribuente, di converso, è in una posizione di soccombenza.

Questo rapporto di privilegio-imperio determina il sorgere dell'obbligazione tributaria in campo al contribuente, soggetto passivo che ha maturato il presupposto di imposta ovvero quel fatto economico per mezzo del quale il contribuente diviene soggetto passivo e che differisce dalla capacità contributiva^[1] improntata alla genericità dei beni del soggetto passivo. L'obbligazione si estingue con l'adempimento^[2] della prestazione dovuta, laddove l'adempimento, quello "esatto", rappresenta il naturale modo di estinzione dell'obbligazione. Il contribuente è tenuto, dunque, ad adempiere alla prestazione dovuta, con la diligenza del buon padre di famiglia di cui all'art. 1176 c.c. e

l'intero rapporto obbligatorio deve essere improntato alla leale collaborazione ed alla buona fede^[3].

Il predetto principio assurge a cardine dell'intero ordinamento tributario e trova cittadinanza all'art. 10 dello Statuto dei diritti del contribuente rubricato "*Tutela dell'affidamento e della buona fede. Errori del contribuente*" a tenore del quale "*1. I rapporti tra contribuente e amministrazione finanziaria sono improntati al principio della collaborazione e della buona fede.*

2. Non sono irrogate sanzioni né richiesti interessi moratori al contribuente, qualora egli si sia conformato a indicazioni contenute in atti dell'amministrazione finanziaria, ancorché successivamente modificate dall'amministrazione medesima, o qualora il suo comportamento risulti posto in essere a seguito di fatti direttamente conseguenti a ritardi, omissioni od errori dell'amministrazione stessa....".

La collaborazione tra le parti deve essere effettiva, concreta, leale. Al fine di consentire che il soddisfacimento della pretesa erariale procuri il minor pregiudizio possibile al contribuente che già versa in una situazione di soccombenza. La leale collaborazione rileva *ex ante*, al momento della nascita, durante tutta la durata del rapporto obbligatorio ed *ed ex post*, al momento dell'adempimento da parte del contribuente.

2. La riscossione coattiva

L'obbligazione tributaria si estingue con l'adempimento della prestazione. E' la fase della riscossione che può essere spontanea, per ritenuta diretta ovvero coattiva. La prima tipologia è connotata dal carattere della spontaneità atteso che il contribuente adempie mediante versamento diretto delle somme dovute. La riscossione avviene per ritenuta diretta ogniqualvolta il sostituto versa all'erario le somme dovute dal sostituto in ossequio ad un rapporto di solidarietà paritetica. Le imposte sono pagate per ritenuta diretta nei casi indicati dalla legge e secondo le modalità previste dalle norme sulla contabilità generale (art. 2 DPR. 602/73).

Infine, l'Amministrazione Finanziaria può riscuotere le somme coattivamente. La riscossione coattiva avviene mediante iscrizione a ruolo, un provvedimento amministrativo emesso dagli Uffici della riscossione tramite gli Agenti della riscossione. Si tratta di un vero e proprio elenco contenente l'indicazione dei debitori, delle generalità e delle somme da questi dovute. In particolare, nei ruoli sono iscritte le imposte, le sanzioni e gli interessi. I ruoli si distinguono in ordinari e straordinari, questi ultimi sono

formati quando vi è fondato pericolo per la riscossione^[4]. Nel ruolo devono essere comunque indicati il numero del codice fiscale del contribuente, la specie del ruolo, la data in cui il ruolo diviene esecutivo e il riferimento all'eventuale precedente atto di accertamento, ovvero, in mancanza, la motivazione, anche sintetica, della pretesa; in difetto di tali indicazioni non può farsi luogo all'iscrizione (art. 12 DPR. 602/73).

Sono iscritte a ruolo a titolo definitivo nei ruoli: le imposte e le ritenute liquidate alla fonte ai sensi degli art. 36 bis e 36 ter del Decreto del Presidente della Repubblica 600/73, al netto dei versamenti direttirisultanti dalle attestazioni allegate alle dichiarazioni; le imposte, le maggiori imposte e le ritenute alla fonte liquidate in base ad accertamenti definitivi; i redditi dominicali dei terreni e i redditi agrarideterminati dall'ufficio in base alle risultanze catastali; i relativi interessi, soprattasse e pene pecuniarie.

Sul punto la Suprema Corte sez. VI civile 28 luglio 2016 n. 15740 *"in tema di riscossione delle imposte, in caso di liquidazione in esito a controllo di dichiarazioni secondo procedure automatizzate, occorre l'instaurazione del contraddittorio prima dell'iscrizione a ruolo soltanto quando emergano incertezze su aspetti rilevanti della dichiarazione, situazione che non ricorre qualora nella dichiarazione vi sia un mero errore materiale. (Rigetta, Comm. Trib. Reg. Calabria, 15/07/2014)". Ad abundantiam "è ammissibile la diretta iscrizione a ruolo della maggiore imposta nel caso di correzione di errori materiali o di calcolo o mediante un controllo semplicemente cartolare della dichiarazione, sempre che non debbano essere esaminati atti diversi dalla dichiarazione stessa o debbano essere risolte questioni giuridiche. In tal caso, non si potrà procedere alla diretta iscrizione a ruolo, ma sarà necessario emettere un apposito avviso d'accertamento"* (Comm. trib. reg. Bari (Puglia) sez. V 16 marzo 2016 n. 643).

Il ruolo rientra tra gli atti autonomamente impugnabili di cui all'art. 19 del Dlgs. 546/92 che contiene l'elenco tassativo degli atti che sono impugnabili autonomamente dal contribuente atteso che sono idonei a produrre effetti diretti ed immediati nella sfera giuridica del destinatari e dai quali è ravvisabile una pretesa attuale e concreta da parte dell'Ente. Da tali atti scaturisce un interesse ad agire (art. 100 c.p.c.) del contribuente che avverte la necessità di impedire che, nel suo patrimonio, si producano effetti pregiudizievoli. Il termine per impugnare il ruolo è di sessanta giorni e l'impugnazione avviene a mezzo ricorso contenente gli elementi in fatto e in diritto sottesi

all'opposizione da parte del contribuente.

3. Il fermo amministrativo

Al fine di assicurarsi il soddisfacimento della pretesa erariale, l'Agente della Riscossione può adottare alcune misure cautelari. Si tratta delle ipotesi di ipoteca esattoriale e del fermo amministrativo.

Il fermo amministrativo trova cittadinanza all'art. 86 del DPR. 602/73 rubricato "*Fermo di beni mobili registrati*" che legittima il concessionario a disporre il fermo dei beni mobili del debitore e dei coobbligati iscritti in pubblici registri, dandone notizia alla direzione regionale delle entrate ed alla regione di residenza. Il 4 comma della medesima disposizione dispone che con decreto del Ministro delle finanze, di concerto con i Ministri dell'interno e dei lavori pubblici, sono stabiliti le modalità, i termini e le procedure per l'attuazione di quanto previsto nel presente Articolo". Sul punto la Suprema Corte con recente pronuncia ha affermato che "*il fermo amministrativo di beni mobili registrati previsto dall'art. 86 del D.P.R. n. 602 del 1973, fino all'emanazione del decreto indicato nel comma 4 dello stesso articolo, può essere eseguito dall'agente della riscossione sui veicoli a motore del debitore nel rispetto delle disposizioni contenute nel decreto del Ministro delle finanze 7 settembre 199. n. 503 in quanto applicabili*[\[5\]](#)".

Come noto, i crediti fiscali sono crediti cd. privilegiati che assicurano un preventivo soddisfacimento del creditore che ne è titolare. Un vero e proprio diritto di prelazione rispetto agli altri creditori. Il fermo amministrativo determina l'indisponibilità del bene mobile registrato da esso gravato e rappresenta una vera e propria misura cautelare adottata dall'Agente della Riscossione.

La procedura di iscrizione del fermo di beni mobili registrati è avviata dall'agente della riscossione con la notifica al debitore o ai coobbligati iscritti nei pubblici registri di una comunicazione preventiva contenente l'avviso che, in mancanza del pagamento delle somme dovute entro il termine di trenta giorni, sarà eseguito il fermo (art. 86 comma 2). Non essendo necessaria un'ulteriore comunicazione, mediante iscrizione del provvedimento che lo dispone nei registri mobiliari, salvo che il debitore o i coobbligati, nel predetto termine dimostrino all'agente della riscossione che il bene mobile è strumentale all'attività di impresa o della professione. Si tratterebbe, altresì, di un vero e proprio contraddittorio instaurato con il contribuente consentendogli di dimostrare che quel bene è "strumentale" e, in quanto, tale non assoggettabile alla procedura di fermo

amministrativo.

Ecco che, dunque, la natura del bene sottoposto a fermo amministrativo configura una clausola di salvezza per il contribuente atteso che se il bene è strumentale all'attività di impresa o della professione resta esclusa l'applicazione del fermo. Qualora, nonostante il provvedimento di fermo, il contribuente faccia uso del bene sarà soggetto a sanzione come conseguenza della violazione di un obbligo di indisponibilità.

In caso di preavviso di fermo amministrativo del veicolo, va accolta l'istanza sospensiva ove risulti che l'autovettura oggetto della procedura di fermo è l'unico mezzo di locomozione a disposizione e necessario allo svolgimento dell'attività lavorativa e, pertanto, risulti provato il pericolo di grave ed irreparabile pregiudizio per il libero professionista^[6].

Il contribuente può presentare impugnazione avverso il provvedimento nel termine di sessanta giorni, chiedendone, se del caso, la sospensione purchè provi la sussistenza dei presupposti di fatto e di diritto posti alla base della richiesta. In particolare, il contribuente dovrà provare la sussistenza del *fumus boni iuris*^[7] ovvero della fondatezza della pretesa e del *periculum in mora*^[8], ovvero del pregiudizio che potrebbe derivare da un provvedimento di fermo amministrativo^[9].

Il bene mobile registrato gravato da fermo amministrativo è indisponibile. Sul punto il Tribunale di Brindisi Tribunale Bari sez. lav. 05 luglio 2016 *“il debitore sottoposto alla procedura di fermo amministrativo, viene privato del diritto al godimento del bene e, se contravviene al divieto, subisce la sanzione di cui all'art. 214, comma 8, C.d.S., che prevede la confisca del veicolo, oltre che una sanzione di natura pecuniaria. Al contempo, il fermo costituisce, di fatto, anche strumento di coercizione indiretta, essendo la misura volta ad indurre il privato ad adempiere l'obbligazione portata nella cartella esattoriale senza costringere il concessionario ad iniziare l'esecuzione forzata”*.

Quanto alla competenza a decidere delle controversie in tema di fermo amministrativo, essa spetta al giudice tributario *“il debitore sottoposto alla procedura di fermo amministrativo, viene privato del diritto al godimento del bene e, se contravviene al divieto, subisce la sanzione di cui all'art. 214, comma 8, C.d.S., che prevede la confisca del veicolo, oltre che una sanzione di natura pecuniaria. Al contempo, il fermo costituisce, di fatto, anche strumento di coercizione indiretta, essendo la misura volta ad indurre il privato ad adempiere l'obbligazione portata nella cartella esattoriale senza*

costringere il concessionario ad iniziare l'esecuzione forzata”[10].

4. Conclusioni

I crediti tributari, sono crediti cd. privilegiati che godono di un diritto di prelazione e attribuiscono al titolare una preferenza di soddisfacimento rispetto agli altri creditori del contribuente. E' un'eccezione al principio della *par condicio creditorum*, che trova giustificazione causale nella natura dei crediti tributari che sono volti a soddisfare un interesse pubblico. Al fine di garantirsi il soddisfacimento della pretesa erariale, l'Agente della Riscossione può procedere al fermo amministrativo dei beni mobili registrati del contribuente come misura cautelare che gli consente di costituire un vincolo di indisponibilità sul bene. Il provvedimento è preceduto da una comunicazione preventiva normativizzata all'art. 86 del DPR. 602/73 che assurge a vero e proprio contraddittorio che consente al contribuente di provare la natura dei beni sottoposti a fermo amministrativo. Tuttavia, qualora si tratti di un bene strumentale all'esercizio dell'attività di impresa ovvero della professione non può essere assoggettato a fermo amministrativo. E, tale prova può essere fornita solo dal contribuente in sede di contraddittorio che torna ad essere un ampio strumento di tutela per il contribuente.

Note e riferimenti bibliografici

[1] Cassazione civile sez. VI 01 settembre 2016 n. 17487 in www.dejure.it “in tema di accertamento dei redditi con metodo sintetico ex art. 38 del d.P.R. n. 600 del 1973, la disponibilità di un alloggio e di un autoveicolo integra, ai sensi dell'art. 2 del d.P.R. citato, nella versione "ratione temporis" vigente, una presunzione di capacità contributiva "legale" ai sensi dell'art. 2728 c.c., imponendo la stessa legge di ritenere conseguente al fatto (certo) di tale disponibilità l'esistenza di una "capacità contributiva", sicché il giudice tributario, una volta accertata l'effettività fattuale degli specifici "elementi indicatori di capacità contributiva" esposti dall'Ufficio, non ha il potere di privarli del valore presuntivo connesso dal legislatore alla loro disponibilità, ma può soltanto valutare la prova che il contribuente offra in ordine alla provenienza non reddituale (e, quindi, non imponibile perché già sottoposta ad imposta o perché esente) delle somme necessarie per mantenere il possesso di tali beni. (Cassa con rinvio, Comm. Trib. Reg. Veneto, 14/01/2015)”.

[2] Tribunale Bari sez. III 08 novembre 2012 n. 3534 in www.dejure.it “l'inadempimento, affinché possa avere effetto risolutorio, deve essere valutato non soltanto in ordine all'elemento obiettivo in cui si concreta la violazione contrattuale, ma anche in relazione alla sussistenza dell'elemento soggettivo, che qualifica la stessa violazione e consiste nella effettiva volontà del debitore di sottrarsi ingiustamente alla prestazione dovuta. Ma perché tale volontà manchi, rendendo l'inadempimento non imputabile al debitore, è necessario che questi abbia usato la diligenza del buon padre di famiglia (art. 1176 cod. civ.), senza essere sufficiente la sola buona fede circa l'apprezzamento della propria condotta se questa non coincida con l'esaurimento di tutte le possibilità di adempiere l'obbligazione secondo la normale diligenza potendo la colpa, a differenza del dolo, sussistere anche in caso di errore, per non avere usato la diligenza che avrebbe preservato dal cadere nell'errore”.

[3] T.A.R. Lecce (Puglia) sez. I 28 novembre 2016 n. 1819 in www.dejure.it “sussiste per la

Pubblica amministrazione l'obbligo di provvedere sull'istanza del privato nel senso che essa, secondo buona fede e ragionevolezza, è tenuta a fornire una risposta espressa in ordine all'istanza del privato, puntualizzando la situazione e fornendo alla stessa piena ed esaustiva contezza della possibilità o meno di accordare la concessione demaniale richiesta, con ogni statuizione consequenziale”.

[4] Cassazione civile sez. trib. 29 luglio 2016 n. 15829 in www.dejure.it “*nel processo tributario, qualora il contribuente impugni la cartella di pagamento facendo valere, anche in via esclusiva, vizi propri del ruolo, non notificato precedentemente e, quindi, conosciuto solo tramite la cartella, è territorialmente competente, ai sensi dell'art. 4, comma 1, del d.lgs. n. 546 del 1992, la Commissione tributaria provinciale nella cui circoscrizione ricade la sede dell'Agente del servizio di riscossione, pure se non coincidente con quella in cui ha sede l'Ufficio tributario che ha formato il ruolo, in quanto il combinato disposto degli artt. 19, comma 1, lett. d), e comma 3, e 21, comma 1, del d.lgs. n. 546 del 1992, considerando i due atti (ruolo e cartella esattoriale) in modo unitario ed impugnabili congiuntamente, esclude, da un lato, il frazionamento delle cause tra giudici diversi, e, dall'altro, la rimessione al ricorrente della scelta del giudice territorialmente competente da adire. (Dichiara competenza, Comm. Trib. Reg. Campania, 24/10/2008)”.*

[5] Cassazione civile sez. III 28 ottobre 2016 n. 21801 in www.dejure.it.

[6] Tribunale Bari sez. lav. 05 luglio 2016 in www.dejure.it.

[7] T.A.R. Venezia (Veneto) sez. I 07 dicembre 2016 n. 640 in www.dejure.it “*sussiste il presupposto del "fumus boni iuris" necessario per l'accoglimento di un'istanza cautelare presentata in sede di ricorso per l'annullamento, previa sospensione dell'efficacia, dei provvedimenti attraverso i quali il comune di Padova ha designato alcuni particolari giorni dedicati alle dichiarazioni di costituzione delle unioni civili di cui alla l. 20 maggio 2016 n. 76, considerando non applicabili alle stesse le norme previste per la celebrazione dei matrimoni civili e riguardanti luoghi, orari e tariffe connessi a tali procedimenti, senza fornire, in merito alle proprie scelte, chiarimenti idonei a fugare i sospetti di un intento discriminatorio”.*

[8] T.A.R. Ancona (Marche) sez. I 03 giugno 2016 n. 344 in www.dejure.it “*nei servizi pubblici le misure cautelari vengono adottate sul presupposto del periculum in mora e con effetto conservativo della re adhuc integra limitatamente al caso specifico, senza quindi produrre effetti di carattere erga omnes”.*

[9] Cassazione penale sez. VI 10 febbraio 2016 n. 10164 in www.dejure.it “*La condotta del custode di un'autovettura sottoposta a sequestro e contestuale fermo amministrativo che, per colpa, agevola la circolazione abusiva del veicolo ad opera di terzi, integra non il reato di cui all'art. 335 cod. pen., ma un'ipotesi di concorso nell'illecito amministrativo di cui all'art. 213, comma quarto, C.d.S., ai sensi dell'art. 5 legge 24 novembre 1981, n. 689. (La S.C., in motivazione, ha richiamato la sentenza n. 58 del 2012 e l'ordinanza n. 175 del 2012 della Corte costituzionale, sottolineando, altresì, la necessità di privilegiare un'interpretazione più consona ai principi di specialità e di ragionevolezza, anche perchè l'ordinamento sottopone alla sola sanzione amministrativa la condotta, non meno grave, di colui che sottrae e circola abusivamente con veicolo sottoposto a fermo amministrativo). (Annulla senza rinvio, App. Palermo, 12/03/2014)*

[10] Tribunale Bari sez. lav. 05 luglio 2016 in www.dejure.it.