

Ago/2017



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 - LE MISURE COERCITIVE CIVILI DEL FACERE

autore: **Irene Coppola**, pubblicazione martedì 8 agosto 2017

2 - LA CRISI BANCARIA: QUALE FUTURO?

autore: **Giusy Tuzza**, pubblicazione giovedì 17 agosto 2017

3 - IMPOSTA DI SUCCESSIONE E PASSAGGIO GENERAZIONALE: BREVI CONSIDERAZIONI
SUL TRUST

autore: **Michele Stravato**, pubblicazione lunedì 21 agosto 2017

LE MISURE COERCITIVE CIVILI DEL FACERE

La tutela del creditore e del bene giuridico leso o distrutto diventa sempre più difficile attraverso il meccanismo processuale ordinario. Questo scritto mette in evidenza la difficoltà di far eseguire al debitore gli obblighi di fare e di non fare.

autore **Irene Coppola**

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

Sommario: 1. Premessa. – 2. L'ambito di applicazione. – 3. Il titolo esecutivo. – 4. I soggetti. – 5. Il procedimento. – 6. La misura coercitiva indiretta: l'*astreinte*. 7.- Osservazioni conclusive.

1. Premessa

Sempre di più si assiste al ricorso all'esecuzione coattiva per spingere il debitore ad osservare i suoi obblighi ed a rispettare gli impegni assunti nei confronti del creditore.

L'esecuzione, difatti, costituisce il profilo più delicato del processo civile.

La tutela esecutiva serve a garantire la concreta realizzazione dell'interesse del titolare del diritto, ovvero il conseguimento, in via coattiva, del bene giuridico riconosciutogli dal diritto sostanziale e contenuto nel titolo esecutivo, facendo, dunque, a meno della collaborazione del soggetto obbligato.

All'interno della tutela esecutiva è possibile distinguere l'espropriazione forzata, che serve a realizzare un diritto che ha ad oggetto il pagamento di una somma di denaro, e l'esecuzione in forma specifica, distinta, a seconda dell'oggetto, in esecuzione per consegna e rilascio di beni mobili ed immobili ed in esecuzione di obblighi di fare o non fare.

Nell'espropriazione forzata oggetto del processo non è il bene oggetto dell'obbligo inadempito, ma i beni appartenenti al patrimonio del debitore, in virtù del principio di responsabilità patrimoniale sancito nell'art. 2740 c.c. in base al quale il debitore risponde dell'adempimento delle obbligazioni con tutti i suoi beni presenti e futuri, *ergo* con tutto il suo patrimonio; nell'esecuzione in forma specifica, invece, oggetto del processo esecutivo è direttamente il bene oggetto dell'obbligo inadempito.

L'esecuzione forzata implica un'attività di tipo sostitutivo e surrogatorio rispetto a quella del debitore, sicché il suo limite è dato dagli obblighi che non ammettono una siffatta sostituzione da parte di un terzo, trattandosi di obblighi c.d. infungibili, per i quali è essenziale ed irrinunciabile la cooperazione dell'obbligato[1].

In tali casi l'unica possibilità è quella di utilizzare mezzi di coazione indiretta, le c.d. misure coercitive indirette, volti ad incentivare l'adempimento spontaneo dell'obbligo mediante la minaccia di un male maggiore che dovrà colpire l'obbligato nel caso in cui perduri l'inadempimento.

Si tratta di misure volte ad attuare una forma di pressione psicologica sull'obbligato per vincerne la resistenza al rispetto del provvedimento ed, al contempo, a determinare una forma di dissuasione dalla violazione del medesimo, postulando un implicito ordine a non agire in modo difforme da quanto prescritto.

2. L'ambito di applicazione

L'esecuzione forzata degli obblighi di fare e di non fare è il secondo tipo di esecuzione in forma specifica prevista nel nostro ordinamento ed è disciplinata nel libro III, al titolo IV, dagli artt. 612 e ss. c.p.c.

Con questa forma di esecuzione si realizzano gli obblighi positivi di fare oppure quelli, originariamente negativi, consistenti nel divieto di fare, ma che, a seguito della violazione di questo divieto, sono divenuti anch'essi positivi, in quanto trasformati nell'obbligo di eliminare ciò che è stato fatto in violazione dell'originario obbligo di non fare[2].

Il fondamento di diritto sostanziale di questo procedimento esecutivo si rinviene nell'art. 2931 c.c., secondo cui *“se non è adempiuto un obbligo di fare, l'avente diritto può ottenere che esso sia eseguito a spese dell'obbligato nelle forme stabilite dal codice di procedura civile”* e nell'art. 2933 c.c., secondo cui *“se non è adempiuto un obbligo di non fare, l'avente diritto può ottenere che sia distrutto, a spese dell'obbligato, ciò che è stato fatto in violazione dell'obbligo”*.

Tali norme si differenziano da quanto era previsto in precedenza dagli artt. 1220 e 1222 del codice civile previgente; in epoca antecedente, infatti, il giudice poteva autorizzare il creditore a compiere, a spese del debitore riconosciuto inadempiente, ciò che questi si era obbligato a fare, oppure a distruggere ciò che aveva fatto abusivamente.

In altri termini era lo stesso creditore a poter agire per soddisfare la propria pretesa.

Il creditore godeva di una posizione di esecuzione diretta.

Oggi, invece, il giudice che emette una sentenza di condanna di una parte all'adempimento di un obbligo di fare o di non fare non può autorizzare il titolare del correlativo diritto a provvedere egli stesso e direttamente all'esecuzione di tale obbligo a spese della controparte in caso di inadempimento dell'obbligato, dovendo, piuttosto, l'esecuzione dei detti obblighi essere attuata secondo le regole previste dal codice di procedura civile, che vietano l'autotutela del creditore, demandando in via esclusiva al giudice dell'esecuzione la fissazione delle modalità dell'esecuzione^[3].

Per quanto concerne le situazioni sostanziali tutelabili, la dottrina e la giurisprudenza dominante ritengono che, con l'esecuzione degli obblighi di fare e di non fare, si possono tutelare sia diritti assoluti che diritti relativi^[4]. I limiti all'azionabilità di questa forma di esecuzione non si rinvergono nella natura dell'obbligo rimasto ineseguito, ma nelle caratteristiche della prestazione dovuta, dovendosi trattare di una prestazione fungibile o surrogabile, nel senso che possa essere eseguita indifferentemente da un terzo o dal debitore con identica soddisfazione per il creditore.

Sono considerate infungibili sia le obbligazioni assunte *intuitu personae*, sia quelle che possono essere adempiute dal solo obbligato che si trovi in una situazione di monopolio di fatto o di diritto.

Per quanto riguarda il tipo di attività surrogabile e, dunque, in ordine al contenuto dell'obbligo di fare, si deve trattare di un'opera da costruire o da distruggere o, più in generale, della modificazione materiale della realtà concreta, per cui consiste sempre in un *facere*, vale a dire in una condotta positiva, sia che l'obbligo abbia un contenuto positivo che negativo^[5]. Si esclude, invece, che possa trattarsi di un effetto giuridico conseguente ad una certa attività dell'obbligato, come nel caso del costruttore che, avendo venduto un immobile, si obblighi ad ottenere la licenza di abitabilità^[6].

La condotta del trasgressore deve consistere in un *quid novi* suscettibile di essere posto nel nulla: solo in tal caso, infatti, l'intervento del giudice può determinare il ripristino della situazione preesistente alterata dal soggetto che era tenuto ad astenersi da qualsiasi modificazione.

L'infungibilità non è solo materiale, in quanto essa può essere anche giuridica: è possibile, infatti, che vi siano prestazioni materialmente fungibili, ma infungibili giuridicamente. Si ritiene non suscettibile di esecuzione diretta il *facere* consistente in un'attività negoziale ed, in generale, nel compimento di atti giuridici, dato che gli organi esecutivi non potrebbero sostituirsi all'obbligato nel compimento di attività giuridiche volte a modificare la sfera giuridica dell'obbligato stesso a favore dell'avente diritto.

Costituisce orientamento consolidato quello secondo cui il rimedio di cui all'art. 2931 c.c. non sia utilizzabile per la surroga di attività negoziali che concorrono al perfezionamento di fattispecie costitutive e, in generale, di atti giuridici ovvero di prestazioni di terzi estranei al rapporto controverso[7].

Si discute, invece, in dottrina, se l'obbligo di concludere il contratto definitivo *ex art.* 2932 c.c. sia un obbligo fungibile oppure no. Secondo alcuni si tratta di una prestazione fungibile perché suscettibile di essere direttamente attuata tramite il provvedimento del giudice; secondo altri invece no, dato che la prestazione del consenso negoziale consiste in un *facere* infungibile[8].

Va altresì precisato che per ricorrere a questa particolare forma di esecuzione non basta però che l'obbligazione sia fungibile. E' infatti possibile utilizzare questo tipo di esecuzione in forma specifica solo se l'utilità che il creditore intende conseguire non possa essere ottenuta tramite l'esercizio dei suoi poteri sostanziali, vale a dire compiendo egli stesso l'attività, non essendo dunque necessario invadere la sfera giuridica del debitore per superare le resistenze opposte da quest'ultimo[9]. In altre parole, è necessario che la prestazione da attuare debba essere compiuta nella sfera giuridica del debitore e non in quella del creditore, come accade ad esempio quando l'attività del debitore ha come punto di riferimento un bene che è nel possesso del creditore. In tal caso, il creditore potrà senz'altro compiere egli stesso quelle attività, eventualmente delegandole ad un terzo, e chiedere poi all'obbligato di pagare le spese.

L'intervento degli organi esecutivi sarà necessario solo se l'attività materiale del debitore debba avvenire nella sua sfera giuridica[10]. Ne discende che, mentre il conduttore può far eseguire le riparazioni spettanti al locatore sul bene a lui concesso in locazione senza dover ricorrere all'esecuzione in forma specifica, al contrario, il locatore che deve far riparare il bene locato, di fronte alle resistenze del conduttore, dovrà adire l'ufficio esecutivo per vincere gli ostacoli da questi opposti.

Un ulteriore limite alla possibilità di ricorrere alla tutela esecutiva in forma specifica per obblighi di fare e non fare, lo si rinviene nella disposizione normativa del secondo comma dell'art. 2933 c.c. secondo cui “non può essere ordinata la distruzione della cosa e l'avente diritto può conseguire solo il risarcimento dei danni, se la distruzione della cosa è di pregiudizio all'economia nazionale”.

Si tratta, dunque, di un limite che non è imposto da necessità naturali, ma piuttosto da una valutazione di carattere politico-legislativo. Tale limite, in verità, più che la fase esecutiva, tocca la possibilità per il giudice della cognizione di emanare il provvedimento di condanna alla rimozione dell'opera[11].

La giurisprudenza è intervenuta per dare ai giudici dei criteri da seguire nella valutazione discrezionale ed ha adottato una interpretazione restrittiva della norma in questione, precisando che la limitazione in essa contenuta riguarda solo le fonti di produzione e di distruzione delle ricchezze del paese e non trova riscontro in casi di demolizione parziale o totale di un edificio; si riferisce, dunque, solo alle cose insostituibili ovvero di eccezionale importanza per l'economia nazionale[12]. Nel caso in cui non sia, quindi, possibile attivare la procedura esecutiva di cui agli artt. 612 c.p.c. e seguenti, il giudice non ha altra alternativa che quella di pronunciare la condanna al risarcimento del danno per equivalente[13].

Un breve cenno, infine, va dato agli obblighi di *pati*, in cui l'obbligato è tenuto a tollerare, a sopportare, l'invasione nella propria sfera giuridica da parte del creditore affinché questi possa compiere una determinata attività.

La giurisprudenza aveva ritenuto che tali obblighi potessero essere realizzati con le forme del procedimento esecutivo di cui agli artt. 612 c.p.c. e seguenti[14]. Tale orientamento è stato successivamente criticato dalla dottrina che ha evidenziato la differenza tra gli obblighi di *pati* e quelli di fare e di disfare, che, a differenza dei primi, si risolvono comunque in un comportamento positivo.

Si è sottolineato che negli obblighi di *pati* è differente l'interesse che realizza l'attività del creditore: talvolta, infatti, questo interesse può essere soddisfatto dal risultato dell'attività richiesta dal creditore; si pensi alla costruzione di un acquedotto in relazione ad una servitù oppure all'esecuzione delle opere di rifacimento dei solai e del lastrico solare sovrastante la proprietà altrui; in altri casi, invece, il predetto interesse sarà soddisfatto dallo svolgimento dell'attività stessa: si pensi al diritto di cacciare sul fondo

altrui.

Sulla base di questa distinzione, la dottrina ha affermato che, se l'interesse dell'attività è correlato al risultato, la tutela esecutiva specifica può operare, ma essa ha luogo nelle forme dell'esecuzione per consegna o rilascio e non in quella degli obblighi di fare: in tali casi, infatti, il giudice dell'esecuzione non potrebbe far altro che nominare l'ufficiale giudiziario perché provveda a consentire all'esecutante l'accesso nei cespiti di proprietà dell'esecutato.

Di contro, qualora l'interesse del creditore sia correlato all'attività stessa, l'esecuzione in forma specifica non è idonea a soddisfare l'avente diritto, essendo, invece, necessaria l'esecuzione indiretta[15].

3. Il titolo esecutivo

Per poter ricorrere all'esecuzione degli obblighi di fare e di non fare è necessario essere muniti di un particolare titolo esecutivo.

La norma, infatti, richiede espressamente che il titolo sia dato da una sentenza di condanna.

Tale limitazione si giustifica tenendo conto delle caratteristiche di questa particolare forma di esecuzione: questi obblighi sono coercibili solo in quanto fungibili ed il risarcimento del danno in forma specifica può essere concesso solo se sia possibile e non eccessivamente oneroso, per cui la sentenza di condanna appare l'unica in grado di garantire l'accertamento da parte del giudice avente ad oggetto la fungibilità, la possibilità e la non eccessiva onerosità della prestazione[16].

Va, tuttavia, precisato che la dottrina ha optato per un'interpretazione estensiva dell'art. 612 c.p.c., ritenendo che l'esecuzione in forma specifica degli obblighi di fare e non fare possa essere azionata sulla base di qualsiasi provvedimento giudiziale a contenuto condannatorio, anche non avente la forma di sentenza[17].

Sarà, infatti, titolo idoneo a fondare l'esecuzione forzata degli obblighi di fare e non fare anche l'ordinanza conclusiva del procedimento sommario di cognizione, a cui lo stesso art. 702-ter c.p.c. riconosce efficacia esecutiva.

Altro titolo idoneo è il verbale di conciliazione giudiziale, esso, infatti, a norma dell'art.

474, comma 2, n. 1, c.p.c., rientra tra “*gli altri atti ai quali la legge attribuisce espressamente efficacia esecutiva*”; la modifica apportata dal legislatore del 2005 alla norma in questione ha finalmente permesso di abbandonare la tesi di chi non riconosceva tale idoneità al detto verbale. Sia in dottrina che in giurisprudenza, infatti, vi era chi, sulla base della lettera dell’art. 612 c.p.c. (che faceva riferimento quale titolo idoneo alle sole sentenze di condanna), riteneva che il verbale di conciliazione, pur essendo idoneo ai sensi dell’art. 185 c.p.c. all’esecuzione per le obbligazioni pecuniarie, nonché per l’esecuzione per consegna e rilascio, non legittimasse invece l’esecuzione per obblighi di fare e non fare^[18]. I dubbi circa l’idoneità o meno del verbale di conciliazione erano aumentati in seguito alla pronuncia della Corte costituzionale che, pur avendo rigettato la questione di legittimità costituzionale dell’art. 612 c.p.c., nella parte in cui non prevedeva tra i titoli esecutivi idonei a fondare l’esecuzione degli obblighi di fare e di non fare il verbale di conciliazione, osservava che l’art. 612 poteva essere letto nel senso di consentire il procedimento di esecuzione dallo stesso disciplinato, anche se il titolo esecutivo era costituito dal predetto verbale. Assumere il contrario, infatti, avrebbe comportato la negazione del valore di accelerazione della definizione della controversia, “che costituisce la principale caratteristica della conciliazione e comporterebbe un irragionevole seppur parziale sacrificio del diritto di difesa, nonché una protrazione altrettanto irragionevole dei tempi del processo”^[19].

Lo stesso legislatore, inoltre, prima della modifica dell’art. 474, comma 2, n. 1, c.p.c., aveva sancito l’idoneità del verbale di conciliazione quale titolo esecutivo per l’esecuzione in forma specifica in ambiti specifici: si pensi all’art. 16, comma 2, del d.lgs. n. 5 del 2003, il quale, in materia di liti societarie, prevedeva che il verbale di conciliazione giudiziale costituiva titolo esecutivo anche per l’esecuzione degli obblighi di consegna o rilascio e di fare o non fare.

Discorso a parte merita il verbale di conciliazione ottenuto all’esito di un procedimento di mediazione previsto dal d.lgs. n. 28 del 2010; tale normativa prevede espressamente all’art. 12 che il verbale, all’esito dell’omologa del presidente del tribunale, “costituisce titolo esecutivo per l’espropriazione forzata, per l’esecuzione in forma specifica e per l’iscrizione di ipoteca giudiziale”.

Altro dubbio riguarda, poi, gli atti ricevuti da notaio o altro pubblico ufficiale autorizzato dalla legge a riceverli; un dubbio esiste se tali atti permettano l’instaurazione dell’esecuzione diretta *ex art.* 612 c.p.c.

Con la modifica apportata all'art. 474 c.p.c. per questi atti è venuta meno la limitazione iniziale che consentiva di procedere sulla base dei predetti atti alla sola esecuzione di obbligazioni avente ad oggetto il pagamento di somme di denaro. Ciò ha spinto la dottrina a chiedersi se il venir meno di questa limitazione avesse anche consentito di poterli ritenere idonei a fondare l'esecuzione per gli obblighi di fare o non fare. Tuttavia, la lettera della legge sembra escludere un'interpretazione estensiva, dato che l'art. 474, comma 3, c.p.c. come modificato, attribuisce al possessore dell'atto pubblico la facoltà di procedere unicamente all'esecuzione forzata per consegna o rilascio, senza fare menzione dell'esecuzione degli obblighi di fare e non fare[20].

Appare, però, alquanto criticabile tale scelta: basta notare che l'intento del legislatore di consentire l'esecuzione per consegna o rilascio anche sulla base di un atto stragiudiziale quale il titolo notarile aveva lo scopo di velocizzare i tempi necessari per la realizzazione delle ragioni creditorie, per cui ben potrebbero gli atti pubblici, così come è avvenuto per il verbale di conciliazione, essere inseriti tra i titoli idonei a dar luogo all'esecuzione degli obblighi di fare. La soluzione opposta contrasta, infatti, con il principio di economia processuale, dato che costringe il creditore ad instaurare un processo di cognizione al solo scopo di ottenere un titolo esecutivo identico a quello di origine notarile in suo possesso[21].

4. I soggetti

L'esecuzione è diretta nei confronti di colui che risulta essere obbligato in base alle risultanze del titolo, ovvero del suo successore a titolo universale o particolare; allo stesso modo, è legittimato ad agire in via esecutiva chi risulta essere creditore dal titolo ed il suo successore.

Le norme del codice di rito ammettono, infatti, l'azionabilità del titolo da e contro il successore a titolo universale e particolare[22]. Pertanto, il successore non solo può ottenere la spedizione in forma esecutiva per iniziare l'esecuzione del titolo, ma può anche proseguire l'esecuzione già iniziata dal suo dante causa. Lo stesso può dirsi per il debitore che abbia trasferito a terzi la proprietà del bene oggetto dell'esecuzione: in tale ipotesi il creditore ben potrà agire nei confronti del terzo acquirente ovvero avente causa del debitore esecutato. Anche nel caso in cui la successione a titolo particolare avvenga dopo la conclusione della fase cognitiva, il suo verificarsi renderà il successore a titolo particolare successore non solo nei diritti in cui è subentrato, ma anche negli obblighi che ad essi sono connessi.

L'unico soggetto che può spontaneamente adempiere è il possessore o detentore del bene sul quale gli ausiliari del giudice devono operare, anche laddove costui non risulti titolare dell'obbligo.

Il soggetto passivo dell'esecuzione degli obblighi di fare e non fare deve essere individuato sulla base degli effetti concreti che produrrà l'esecuzione; legittimato passivo deve ritenersi chi sia il concreto destinatario della pretesa esecutiva, a prescindere dalla circostanza che tale qualifica risulti dal titolo esecutivo o dal precetto[23]. Il titolo esecutivo ed il precetto vanno, infatti, notificati a chi esercita sul bene il potere di fatto, nonché al proprietario se è soggetto diverso dal precedente o dall'esecutato.

Il terzo, nonostante la sua estraneità formale, non risultando dagli atti quale soggetto esecutato, deve considerarsi l'effettivo soggetto passivo dell'esecuzione, dato che solo lui, trovandosi nel possesso o nella detenzione del bene, è in grado di permettere l'attuazione coattiva dell'obbligo e soddisfare la pretesa esecutiva del creditore.

Ai fini, quindi, dell'individuazione del soggetto passivo dell'esecuzione ciò che importa è che costui sia stato destinatario degli atti esecutivi.

5. Il procedimento

Per procedere, dunque, all'esecuzione in forma specifica e, nello specifico, quella degli obblighi di fare e non fare, occorre notificare il titolo esecutivo ed il precetto al soggetto obbligato. Anche se la norma non lo prevede espressamente si ritiene che il creditore debba specificare nell'atto di precetto l'obbligo di fare o non fare rimasto inadempito, così come può anche chiedere con il medesimo atto il pagamento delle spese sostenute per la redazione dell'atto in questione[24].

Dopo aver notificato il titolo esecutivo ed il precetto, il creditore procedente ha l'onere di instaurare il procedimento esecutivo depositando il ricorso presso la cancelleria del giudice dell'esecuzione competente, ovvero *ex art. 26 c.p.c.* del Tribunale del luogo ove deve essere adempiuto l'obbligo.

Il ricorso deve contenere la prestazione indicata nel titolo e rimasta inadempita e la richiesta della determinazione delle modalità con cui occorrerà procedere all'attuazione dell'obbligo. Con la presentazione del ricorso inizia, dunque, il processo esecutivo;

anche se in passato alcuni individuavano il momento iniziale dell'esecuzione nel provvedimento con il quale il giudice dispone la comparizione delle parti[25].

L'individuazione del momento in cui inizia l'esecuzione rileva per diversi aspetti: per evitare che il precetto perda efficacia, l'esecuzione deve essere iniziata entro il termine di decadenza di novanta giorni previsto dall'art. 481 c.p.c. che decorrono dalla notificazione del precetto, per cui entro tale termine occorre che il ricorso sia depositato; ancora, solo dopo il deposito del ricorso, che segna l'inizio dell'esecuzione, sarà possibile per il debitore proporre le opposizioni esecutive[26].

Terminata la fase preliminare, in seguito al deposito del ricorso ha inizio l'esecuzione: a questo punto il cancelliere ha l'onere di formare il fascicolo d'ufficio; compiuta tale formalità, il Presidente del Tribunale provvede alla nomina del giudice assegnatario della controversia. Il giudice dell'esecuzione, esaminato il ricorso, dispone l'audizione delle parti, fissando con decreto l'udienza di comparizione, per consentire la realizzazione del contraddittorio, dando termine al creditore per provvedere alla sua notificazione.

Se all'udienza nessuna delle parti compare, troverà applicazione la disciplina dell'art. 631 c.p.c.; in caso contrario, il giudice dell'esecuzione provvederà con ordinanza a dettare le modalità dell'esecuzione, designando l'ufficiale giudiziario che deve supervisionare le operazioni ed indicando le persone che devono provvedere a realizzare l'opera non eseguita o a distruggere quella già posta in essere in violazione dell'obbligo di non fare. Tutto ciò diventa necessario perché, come già anticipato in precedenza, il giudice che emette una sentenza di condanna di una parte all'adempimento di un obbligo di fare o di non fare non ha il potere di autorizzare il titolare del correlativo diritto a provvedere egli stesso e direttamente all'esecuzione di tale obbligo a spese dell'obbligato.

Va, altresì, precisato che nella maggior parte dei casi le indicazioni del giudice dell'esecuzione sono sempre di massima: occorre, infatti, che venga nominato un consulente a cui può anche essere demandato il conferimento dell'incarico di indicare i soggetti tenuti alla realizzazione materiale dell'opera.

L'ordinanza emanata che determina le modalità di esecuzione è revocabile e modificabile, fino a quando non ha avuto esecuzione, dallo stesso giudice che l'ha emanata ed impugnabile con l'opposizione agli atti esecutivi *ex art.* 617 c.p.c. Tuttavia, per comprendere appieno la natura di questa ordinanza occorre analizzare i suoi rapporti con il titolo esecutivo.

Il giudice dell'esecuzione, nel dare le indicazioni necessarie per l'attuazione dell'obbligo, è tenuto ad interpretare il titolo esecutivo: nell'attività ermeneutica della sentenza deve individuarne la portata precettiva sulla base del dispositivo e delle considerazioni enunciate nella motivazione. Certo è che il titolo esecutivo deve contenere una indicazione, seppur generica, della prestazione da adempiere, che deve essere comunque determinata o almeno determinabile.

La mancata indicazione specifica nel titolo esecutivo delle singole opere da eseguire non si traduce in un difetto di certezza e di liquidità del diritto riconosciuto dalla sentenza se dalla lettura complessiva di quest'ultima le opere risultino comunque identificate^[27].

Fino a che punto l'ordinanza possa supplire all'eventuale difetto di concretezza nell'accertamento della sanzione contenuto nella condanna, è un profilo che suscita non poche riflessioni, dovendosi negare decisamente qualsiasi fungibilità tra la sentenza di condanna e l'ordinanza emanata dal giudice dell'esecuzione.

Le funzioni dei due provvedimenti sono, infatti, differenti: la prima deve accertare la situazione giuridica sostanziale che deve essere attuata materialmente, mentre la seconda ha il compito di fissare le modalità con cui dovrà essere concretamente realizzata quella situazione; può, dunque, ritenersi che tra le due sussista un rapporto di complementarità^[28].

L'obbligo di fare non può mai essere del tutto cristallizzato nella sentenza di condanna, necessitando piuttosto di ulteriori specificazioni per la sua concreta attuazione, ciò al fine di rapportare il comando contenuto nella sentenza alla realtà di fatto. La natura atipica dell'obbligazione di fare non consente, infatti, al giudice dell'esecuzione di prevedere e conseguentemente fissare tutte quelle concrete modalità necessarie per l'esecuzione dell'obbligo, modalità la cui necessità od opportunità potrà essere rilevata solo al momento in cui la costruzione o la distruzione dell'opera individuata nel titolo esecutivo dovrà essere materialmente effettuata. Da ciò ne discende che il giudice dell'esecuzione deve prima di tutto interpretare il titolo esecutivo per stabilire se esso contenga o meno una sufficiente individuazione delle modalità concrete dell'esecuzione; nel caso in cui esso manchi degli elementi sufficienti per consentire la materiale attuazione del comando contenuto nella sentenza il giudice dovrà procedere alla sua integrazione a mezzo dell'ordinanza *ex art. 612 c.p.c.*

Al riguardo, la giurisprudenza ha operato una distinzione tra i casi in cui la condanna ha

ad oggetto l'obbligo di fare un *quid novi* e quelli in cui invece si dispone il ripristino della situazione preesistente, prevedendo che mentre nel primo caso il giudice della cognizione deve precisare tutte le modalità necessarie per l'attuazione dell'obbligo di fare, nell'altro, invece, ciò non sia necessario, potendo l'ordine di ripristino trovare un valido modello di riferimento nella situazione preesistente[29].

Allo stato attuale la giurisprudenza ha riconosciuto in capo al giudice dell'esecuzione il potere di interpretare e di integrare il titolo esecutivo[30]; ciò comporta come diretta conseguenza la necessità di individuare in quali casi l'ordinanza emanata ai sensi dell'art. 612 c.p.c. perde la sua natura esecutiva per acquistare quella di provvedimento decisorio, come tale appellabile; quando l'ufficio esecutivo si limita a designare gli organi minori della procedura ed a determinare le modalità dell'esecuzione del titolo esecutivo, il relativo provvedimento dovrà essere adottato con la forma dell'ordinanza e come tale revocabile dallo stesso giudice *ex art.* 487 c.p.c. ed impugnabile mediante l'opposizione agli atti esecutivi.

Al contrario, il provvedimento emesso in sede di determinazione delle modalità pratiche del fare perde la sua natura esecutiva ed assume natura di sentenza, come tale impugnabile con l'appello, quando il giudice dell'esecuzione con tale provvedimento determini modalità di esecuzione contrastanti con il tenore del titolo o decida su questioni attinenti alla portata sostanziale dello stesso, o ancora si pronunci sulla conformità o meno della pretesa esecutiva rispetto al titolo[31].

Se nel corso dell'esecuzione dovessero sorgere delle difficoltà, l'art. 613 c.p.c. prevede che in tal caso l'ufficiale giudiziario debba rivolgersi al giudice dell'esecuzione affinché questi possa emettere i provvedimenti più opportuni per provvedere alla loro risoluzione.

Dottrina e giurisprudenza sono concordi nel ritenere che le difficoltà in esame siano sia quelle di carattere tecnico che quelle di ordine materiale e pratico, che non comportino questioni che devono essere fatte valere con i rimedi delle opposizioni esecutive[32]. La stretta affinità tra l'art. 613 e l'art. 610 c.p.c. sembra, tuttavia, imporre la considerazione che il concetto di difficoltà debba essere interpretato alla luce della disposizione prevista per l'esecuzione per consegna o rilascio e che, più in generale, ogni questione relativa all'interpretazione dell'art. 613 possa essere risolta alla luce dell'art. 610 c.p.c.[33].

Un primo dubbio riguarda la legittimazione ad adire il giudice per l'eliminazione delle difficoltà insorte. Nonostante la norma faccia riferimento al solo ufficiale giudiziario,

dottrina e giurisprudenza concordano nel ritenere che anche le parti sono legittimate a rivolgersi al giudice dell'esecuzione e ciò proprio facendo leva sull'art. 610 c.p.c. che attribuisce ad esse la legittimazione ad adire il giudice dell'esecuzione[34].

La norma nulla dispone, inoltre, circa la forma dell'istanza da proporre al giudice dell'esecuzione, ciò perché prevedendo l'art. 613 c.p.c. la sola legittimazione dell'ufficiale giudiziario quest'ultimo di solito rivolge la sua istanza al giudice in forma orale.

Qualora sia una delle parti a rivolgersi al giudice dell'esecuzione per l'eliminazione delle difficoltà insorte nel corso del procedimento, si ritiene che la forma della domanda sia quella del ricorso da depositarsi in cancelleria. Per quanto concerne il procedimento, la norma dispone che il giudice provvede con decreto, per cui il giudice può legittimamente decidere senza disporre l'audizione delle parti. Ciò tuttavia, è sempre possibile applicando l'art. 485 c.p.c.: laddove lo ritenga opportuno, il giudice, infatti, può convocare le parti per ascoltarle ed in tal caso provvederà con ordinanza.

Sia il decreto che l'ordinanza sono revocabili e modificabili dal giudice fino a che non abbiano avuto esecuzione ed impugnabili con l'opposizione agli atti esecutivi, non sono, invece, ricorribili in Cassazione con ricorso straordinario *ex art. 111 Cost.*[35].

6. La misura coercitiva indiretta: l'astreinte

Come già accennato in precedenza l'esecuzione forzata incontra un limite naturale nell'infungibilità della prestazione che deve essere eseguita; l'unico strumento utilizzabile in questi casi è l'esecuzione indiretta ovvero il ricorso alle misure coercitive indirette. L'esecuzione indiretta mira a realizzare la soddisfazione della pretesa ed il diritto spingendo l'obbligato all'adempimento prospettandogli un male maggiore come conseguenza dell'inadempimento. Serve, dunque, a dissuadere l'obbligato dal perdurare nell'inadempimento.

Nel nostro ordinamento non era prevista una misura coercitiva a carattere generale, così il legislatore del 2009 con la legge n. 69 ha introdotto l'art. 614-*bis* nel codice di rito[36]. La misura coercitiva, sulle orme del modello francese delle c.d. *astreintes*, è una misura a carattere pecuniario: essa consiste nel pagamento di una determinata somma di denaro in caso di inadempimento o di ritardo nell'adempimento.

Essa svolge una funzione coercitiva e non risarcitoria, è accessoria ad un provvedimento

di condanna^[37] ad un fare infungibile ed è volta ad incentivare l'adempimento spontaneo immediato ed a scoraggiare il proseguire dell'inobbedienza attraverso la prospettiva all'obbligato di una possibile e crescente diminuzione del suo patrimonio in caso di un inadempimento protratto nel tempo.

La misura è diretta a vincere la resistenza del debitore recalcitrante, inducendolo ad adempiere alla propria obbligazione, e non a riparare il pregiudizio subito dal creditore in conseguenza del suo inadempimento.

Il suo scopo è quello di sanzionare la disobbedienza ad un ordine del giudice, è una pena e non un risarcimento: è definita, infatti, una penalità di mora. Si tratta di una misura generale, ma non di generalizzata applicabilità, potendo essere comminata solo in seguito ad un provvedimento di condanna ad un fare infungibile, ovvero solo a tutela di quelle posizioni soggettive creditorie aventi ad oggetto obblighi incoercibili e, quindi, insuscettibili di esecuzione attraverso modalità surrogatorie della prestazione del debitore. Si esclude, dunque, che possa essere comminata in presenza di un provvedimento di condanna ad un fare fungibile^[38].

L'emanazione della misura è subordinata alla formulazione di un'espressa istanza di parte, non è ammissibile che venga pronunciata d'ufficio, a differenza di quanto previsto nel modello francese. La disposizione, tuttavia, nulla prevede in ordine alle modalità di proposizione ed al suo contenuto, per cui si ritiene che l'istanza possa essere inserita negli atti del procedimento pendente o formulata oralmente in udienza, non richiedendo la redazione di un apposito atto.

Per quanto concerne il suo contenuto, questo dovrà consentire di dimostrare la sussistenza dell'*an*, ovvero di tutti i presupposti necessari per la concessione della misura. Legittimati a proporre l'istanza saranno ovviamente le parti che nel corso del procedimento hanno formulato una domanda di condanna ad un fare infungibile o ad un non fare. L'istanza non incide sull'oggetto del giudizio e non amplia o muta i termini delle domande svolte dalle parti, per tale ragione la proposizione dell'istanza non è soggetta ai termini di decadenza previsti per le domande.

Ciò significa che nel caso di processo ordinario di cognizione l'istanza non dovrà essere necessariamente formulata, a pena di decadenza, nell'atto di citazione o nella comparsa di risposta tempestivamente depositata; il termine ultimo per la sua proposizione coinciderà con la rimessione in decisione della controversia, per cui potrà essere

validamente formulata per la prima volta anche in sede di precisazione delle conclusioni.

Il termine ultimo così individuato però vale solo per la formulazione della richiesta di applicazione della misura coercitiva e non anche per le produzioni documentali o per le istanze istruttorie eventualmente necessarie per la dimostrazione della sussistenza di tutti i presupposti applicativi previsti dalla disposizione o di elementi utili per la quantificazione dell'ammontare della misura.

Con l'istanza di applicazione dell'*astreinte* la parte mira ad ottenere una tutela ausiliaria del suo diritto ad ottenere l'adempimento della prestazione riconosciuta come dovuta dal provvedimento di condanna, per cui può anche essere proposta per la prima volta in appello: ben potrebbe, infatti, il creditore non aver ritenuto opportuno la sua proposizione in primo grado confidando nell'adempimento spontaneo della sentenza di condanna^[39]. Ciò, tuttavia, sarà possibile sempre se l'appello sia stato proposto per motivi diversi, non è, infatti, possibile impugnare la sentenza solo per chiedere l'applicazione dell'*astreinte*; in tal caso, l'appello sarebbe inammissibile per carenza di interesse ad impugnare.

Una volta formulata l'istanza, la valutazione spetta al giudice, il quale gode di un'ampia discrezionalità: dovrà, infatti, valutare la concedibilità della misura, tenendo conto, prima di tutto, degli ulteriori limiti previsti dalla norma in esame, la quale esclude che la misura possa essere concessa se si tratta di controversie di lavoro subordinato pubblico e privato e di rapporti di collaborazione coordinata e continuativa di cui all'art. 409 c.p.c. e se appare manifestamente iniqua. Circa il primo dei predetti limiti, può ragionevolmente comprendersi ove si pensi alla naturale incoercibilità delle obbligazioni gravanti sul lavoratore, mentre appare meno scontata relativamente alle obbligazioni del datore di lavoro-imprenditore.

Ciò che colpisce è che un'analogha esclusione non sia stata prevista per i rapporti di lavoro autonomo o professionale. Per quanto concerne, poi, il secondo limite, occorre premettere che il ricorso all'esecuzione indiretta ha senso se l'interesse del titolare del diritto leso non può trovare piena ed integrale realizzazione o soddisfazione per altre strade, per cui si ritiene che l'imposizione di una misura coercitiva deve essere negata quando l'adempimento dell'obbligo implicherebbe una penalizzazione eccessiva per il debitore, magari sacrificando anche un suo interesse non patrimoniale o quando il *facere* infungibile si concreta in una prestazione dal carattere strettamente personale cui si contrappone, dal lato del creditore, un interesse di natura meramente patrimoniale, che

può trovare piena soddisfazione nel risarcimento per equivalente[40].

Compiuta la prima valutazione circa la sussistenza dei presupposti di applicabilità, il giudice dovrà procedere alla seconda valutazione ancor più complessa e delicata: dovrà, infatti, determinare l'ammontare dell'*astreinte* e le sue concrete modalità operative. In merito alla quantificazione, la norma detta dei criteri guida, ovvero il valore della controversia, la natura della prestazione, il danno quantificato o prevedibile ed ogni altra circostanza utile, ma si tratta di criteri generici, per cui al giudice è riconosciuto un certo margine di discrezionalità, necessario per adeguare la misura al singolo caso concreto. Si ritiene che questa sia anche la ragione della mancata previsione di una cornice edittale[41].

Una volta comminata, l'*astreinte* opererà per tutto il lasso di tempo intercorrente tra la data del deposito o della comunicazione del provvedimento di condanna e quella dell'adempimento. La disposizione nulla dice su chi sia il destinatario del pagamento della misura, tuttavia si ritiene che sia il creditore e non lo Stato.

La disposizione tace anche in ordine alla possibilità di ottenere successivamente una modificazione della misura sia nell'ammontare che nelle modalità operative; non è previsto neppure un procedimento per la verifica dell'inadempimento, per la quantificazione del ritardo e per la liquidazione definitiva dell'importo effettivamente dovuto. A differenza del modello francese che prevede una *astreinte provisoire*, come minaccia di condanna al pagamento di una somma per i futuri casi di inottemperanza all'ordine del giudice e di una *astreinte definitive*, come determinazione finale e definitiva della somma dovuta per le violazioni e gli inadempimenti compiuti, il legislatore sembra aver voluto lasciare il compito di determinare l'ammontare della misura allo stesso creditore nell'atto di precetto. Avverso quest'ultimo il debitore potrà proporre opposizione *ex art. 615 c.p.c.* per contestare l'ammontare della misura, ma anche la sussistenza dell'inadempimento o delle violazioni addotte dal creditore[42].

Non vi sono dubbi che la concessione o il rifiuto della misura coercitiva sia sindacabile in sede d'impugnazione; in tale sede può emergere che la misura non era concedibile o, al contrario, che doveva essere concessa. Ma può anche accadere che in fase d'impugnazione sia ribaltata la vittoria precedente, per cui ci si chiede se le somme pagate dall'appellante, soccombente in primo grado, che nel tempo necessario per proporre l'appello non ha ottemperato all'ordine del giudice di prime cure, poi ribaltato dalla sentenza di appello, debbano essere restituite oppure no.

Secondo alcuni le somme ingiustamente versate dovranno essere restituite, tenuto conto del carattere accessorio della misura e dell'effetto espansivo interno che travolge i capi dipendenti; la misura coercitiva assiste l'attuazione del diritto sostanziale riconosciuto esistente e non del provvedimento, per cui se risulta poi che quel diritto sostanziale è stato erroneamente accertato come esistente la misura coercitiva cade[43].

Altri, invece, ritengono che operando in questo modo si finisca per attribuire alla misura in questione funzione risarcitoria e non sanzionatoria che è quella propria dell'*astreinte*, per cui si è convinti che la riforma integrale della sentenza in appello farà venir meno l'*astreinte* per il futuro, ma le somme dovute per le violazioni perpetrate *medio tempore* dovranno comunque essere versate o, se versate, trattenute[44]. Diverso è il caso in cui in appello venga revocata la misura concessa in primo grado perché priva dei presupposti previsti per legge; in tal caso, infatti, la caducazione sarà *ex tunc* e nulla sarà dovuto a fronte del perpetuato inadempimento della sentenza di prime cure e ciò che sarà stato eventualmente versato dovrà essere restituito.

Un altro profilo attiene alla sorte dell'*astreinte* in caso di sospensione dell'efficacia esecutiva del provvedimento di merito in seguito alla sua impugnazione: in tal caso la sospensione dell'efficacia esecutiva del provvedimento di merito importerà la sospensione automatica dell'efficacia esecutiva dell'*astreinte* pur in assenza di un'istanza di parte. Se su quest'ultimo punto sono tutti concordi, non può dirsi altrettanto sulle sorti del credito da *astreinte*. Un problema si pone in ordine al sorgere o meno del credito da *astreinte* per le violazioni o gli inadempimenti perpetuati nel periodo di sospensione dell'efficacia esecutiva nel caso in cui l'impugnazione confermi il contenuto del provvedimento di condanna e la relativa misura coercitiva. Non vi è uniformità in dottrina: anche in questo caso dipende dalla natura che si attribuisce alla misura coercitiva indiretta. Se si ritiene che l'*astreinte* dipende dalla fondatezza della pretesa azionata dal creditore e non dalla mera vigenza del comando giudiziale allora il credito dovrà ritenersi sorto anche a fronte della sospensione dell'efficacia esecutiva.

La sospensione, infatti, non inibirebbe l'astratto operare dell'*astreinte* ma solo la sua concreta esigibilità. Soluzione contestata da quella parte della dottrina che propende per la natura sanzionatoria ed il carattere pubblicistico della misura coercitiva indiretta, la quale, infatti, ritiene che in questo modo si finisce ancora una volta per confondere la funzione riconosciuta agli strumenti risarcitori con quella coercitiva propria della misura in esame. Il credito da *astreinte* non trova giustificazione nel pregiudizio subito dal

creditore, bensì nella mancata conformazione del debitore al comando proveniente dall'autorità giudiziaria, per cui in caso di inattualità temporanea del comando il comportamento tenuto *medio tempore* dal debitore e contrario al suo contenuto non potrà far scattare l'operatività dell'*astreinte*.

Ne consegue che per tutto il periodo di sospensione dell'efficacia esecutiva del provvedimento non nascerà alcun credito da *astreinte*, mentre resterà fermo per il creditore nuovamente vittorioso in fase di gravame il diritto al risarcimento del danno patito per le violazioni o gli inadempimenti perpetuati dal debitore^[45].

Altro dubbio concerne il grado di stabilità attribuito alla valutazione compiuta dal giudice della cognizione in merito alla concedibilità o meno della misura: questi, infatti, può negarla ritenendo che l'obbligazione in gioco sia fungibile ovvero concederla ritenendo, al contrario, che sia infungibile. Ci si chiede allora se l'accertamento compiuto dal giudice della cognizione circa la fungibilità o l'infungibilità della prestazione dovuta vincola il giudice dell'esecuzione al quale eventualmente si rivolge l'interessato per porre in esecuzione il provvedimento ottenuto. Si ritiene al riguardo che non sia configurabile un diritto alla misura coercitiva in sé accertabile con forza di giudicato, ma solo una misura esecutiva, che va a rafforzare la condanna, cercando di garantire la sua effettività. Da ciò ne discende che se il giudice della cognizione concede la misura coercitiva richiesta, ritenendo infungibile la prestazione dovuta, non è escluso che l'interessato tenti ugualmente la via dell'esecuzione *ex art. 612 c.p.c.* Non si può ritenere, infatti, che l'interessato, avendo fatto la richiesta di cui all'art. 614-*bis* c.p.c., abbia con ciò rinunciato all'azione esecutiva, né tantomeno che il giudice dell'esecuzione investito della richiesta di cui all'art. 612 c.p.c. debba senz'altro rigettarla affermando l'infungibilità dell'obbligo in ossequio alla pronuncia del giudice della cognizione.

Allo stesso modo, nel caso opposto, ove il giudice della cognizione nega la concessione della misura ritenendo fungibile l'obbligo, il creditore che si rivolge al giudice dell'esecuzione perché questi determini le modalità dell'esecuzione può sempre trovarsi di fronte ad un rifiuto di esecuzione, nel momento in cui il giudice di questa ritenga, al contrario, che l'obbligazione sia infungibile e quindi insuscettibile di attuazione forzata^[46].

Recentemente l'art. 614-*bis* è stato modificato dal D.l. 83 del 2015, convertito in legge n. 132 del 2015, la quale ha aggiunto al Libro III il Titolo IV-*bis*, rubricato “delle misure di coercizione indiretta”. All'interno di questo nuovo titolo, creato *ad hoc*, è stato inserito il

nuovo art. 614-*bis*, il quale è rimasto sostanzialmente lo stesso. Merita, tuttavia, sottolineare la modifica della rubrica del predetto articolo, oggi dedicato esplicitamente alle misure di coercizione indiretta e non più all'attuazione degli obblighi di fare infungibile o non fare.

Questa modifica potrebbe riaprire il dibattito circa la possibilità di concedere la misura anche a fronte di obblighi fungibili: oggi, infatti, è venuta meno quella limitazione che spingeva la dottrina maggioritaria a ritenere che potesse essere concessa solo in caso di obblighi infungibili.

La disciplina codicistica è rimasta pressoché invariata, l'unica specificazione riguarda il provvedimento di condanna cui accede l'*astreinte*, il quale deve essere di condanna all'adempimento di obblighi diversi dal pagamento di somme di denaro.

Il che risulta comprensibile in quanto, non essendo più prevista la limitazione della rubrica agli obblighi di fare infungibili e di non fare, si richiede almeno che il provvedimento a cui può accompagnarsi la misura coercitiva non sia di condanna al pagamento di somme di denaro, lasciando, invece, aperta la possibilità di concederla in presenza di obblighi fungibili. Il legislatore del 2015 sembra, dunque, aver voluto sottolineare il carattere generale della misura ampliandone la portata applicativa.

Ed è questo ambito più esteso ed aperto in sede applicativa che può servire a rendere operativa, in concreto, la soddisfazione del diritto.

7. Osservazioni conclusive

Il problema del debito costituisce un serio dilemma della attuale società.

L'aumento del debito è commisurato ad una sorta di *deminutio* del valore del credito che non sembra essere più un diritto forte, ma un diritto indebolitosi con il tempo.

Sono talmente tanti i meccanismi che portano quasi a "proteggere" il debitore - soprattutto se non è accompagnato da nessuna garanzia patrimoniale - che il diritto di credito viene quasi svuotato del suo più pregnante significato.

Ottenere una somma di danaro dopo anni di dure battaglie legali, equivale ad avere perso tempo e danaro perché la restituzione non sempre soddisfa gli interessi del creditore legati soprattutto alla necessità di tempi brevi di recupero per poter reinvestire il proprio

danaro e creare indotti di produzioni e scambio.

Se poi il creditore non riesce nemmeno ad ottenere la soddisfazione del suo diritto, allora il danno è ancora più drammatico perché non solo perde il suo credito, ma ha anche speso altro danaro (utilizzato per costose spese legali) per cercare di recuperare (ma inutilmente) il credito.

Il debitore patologico accumula, molto spesso, debiti su debiti, creando un notevole danno sociale ed economico che fuoriesce dai limiti del danno al singolo creditore, ben consapevole che i meccanismi complicati e complessi di tutela del credito gli consentono di muoversi indisturbato atteso che le sanzioni, se mai ci saranno, di certo non gli comporteranno particolari pregiudizi se si considera che non solo non ha nulla da perdere, ma il tutto si concluderà con un nulla di fatto o perché il creditore desiste o perché il creditore non ha nulla da aggredire per soddisfare la propria pretesa creditoria.

Ecco perché sarebbe interessante introdurre sanzioni interdittive che possano colpire il debitore dal punto di vista anche personale.

Una sorta di interdizione che impedisca al debitore di svolgere affari o che incidano sulla sua capacità di agire potrebbero essere utili come deterrente al fine di evitare la costruzioni di radicate situazioni di malaffare debitorio.

Solo in questo modo si potrà ripulire la società dal malcostume del debito facile.

Note e riferimenti bibliografici

[1] G. Balena, *Istituzioni di diritto processuale civile*, I, Bari, 2012, 30 ss.; A. Proto Pisani, *Lezioni di diritto processuale civile*, Napoli, 2012, 706 ss.

[2] C. Mandrioli, *Esecuzione forzata degli obblighi di fare e di non fare*, in *Digesto civ.*, VI, Torino, 1991, 551.

[3] Cfr. Cass. 24 maggio 1962, n. 1204; Cass. 18 giugno 1968, n. 2016; Cass. 24 luglio 1980, n. 4815; Cass. 6 dicembre 1984, n. 6402; Cass. 18 gennaio 1992, n. 576.

[4] In passato, infatti, si era sostenuto in dottrina che con l'esecuzione per obblighi di fare e non fare era possibile tutelare solo diritti assoluti e precisamente i diritti reali, mentre restavano escluse le obbligazioni, per le quali era possibile solo il risarcimento del danno. La proposta ricostruttiva muoveva dalla nota distinzione tra le situazioni giuridiche finali e quelle strumentali, in base alla quale solo alle prime, caratterizzate dalla relazione immediata tra il soggetto titolare ed il bene atto a soddisfare il bisogno, come accade nei diritti reali, si riconosce la tutela specifica. Nelle seconde, invece, connotate dal fatto che la soddisfazione del creditore può avvenire esclusivamente mediante la prestazione del debitore, come nel caso delle obbligazioni, l'inadempimento di quest'ultimo non può dar luogo ad altro che al risarcimento del danno *ex art.* 1218 c.c. (V. S. Satta, *Commentario al*

codice di procedura civile, II, Milano, 1966, 12 ss.).

A tale opinione si è obiettato che, ai fini esecutivi, ciò che assume un ruolo determinante non è il tipo di diritto da tutelare, ma il tipo di obbligo inadempito da surrogare, con la conseguenza che la correlazione di questo obbligo ad un diritto reale, piuttosto che ad un diritto personale o di godimento non è in sé rilevante. (V. F.P. Luiso, *Esecuzione forzata - II) Esecuzione forzata in forma specifica*, in *Enc. giur.*, XIII, Roma, 1998, 2).

[5] F.P. Luiso, *Diritto processuale civile*, III, Milano, 2014, 229; S. Mazzamuto, *L'esecuzione forzata*, in AA.VV., *Trattato di diritto privato*, diretto da P. Rescigno, II ed., XX, 2, Torino, 1998, 333 ss.

[6] Cass. 26 marzo 1979, n. 1756, in *Foro it.*, 1979, I, 926 ss.

[7] Cfr. S. Mazzamuto, *L'esecuzione forzata*, cit., 337. Si pensi ad es. alla promessa del fatto del terzo: Cass. 6 aprile 1966, n. 910, in *Foro it.*, 1967, I, 354, secondo cui nell'ipotesi in cui il terzo non si obblighi o non adempia l'obbligazione il promittente deve risarcire il danno al promissario.

[8] C. Consolo, *Una buona "novella" al c.p.c.: la riforma del 2009 (con i suoi artt. 360 bis e 614 bis) va ben al di là della sola dimensione processuale*, in *Corr. giur.*, 2009, 741 ss.

[9] F.P. Luiso, *Esecuzione forzata - II) Esecuzione forzata in forma specifica*, cit., 2; C. Mandrioli, *Esecuzione forzata degli obblighi di fare e di non fare*, cit., 552.

[10] G. Borrè, *Esecuzione forzata degli obblighi di fare e di non fare*, Napoli, 1966, 100 ss.; A. Proto Pisani, *Lezioni di diritto processuale civile*, cit., 744.

[11] *Contra*: M. Nigro, *Condanna ed esecuzioni restitutorie nei confronti delle pubbliche amministrazioni*, in *Riv. dir. proc.*, 1968, 677, secondo cui spetterebbe al giudice dell'esecuzione controllare che non sia intervenuto l'impedimento derivante dal pregiudizio all'economia nazionale.

[12] Cass. 17 febbraio 2004, n. 3004; Cass. 5 gennaio 2000, n. 37; Cass. 15 febbraio 1999, n. 1272; Cass. 24 maggio 1996, n. 4770.

[13] Cass. 16 gennaio 2007, n. 866; Cass. 30 luglio 2004, n. 14599.

[14] Cass. 8 aprile 1980, n. 2035; Cass. 15 marzo 1980, n. 1749; Cass. 21 marzo 1969, n. 914.

[15] M. Fornaciari, *I limiti dell'esecuzione forzata degli obblighi di fare e non fare*, in *Riv. esec. forz.*, 2000, 418; F.P. Luiso, *Esecuzione forzata - II) Esecuzione forzata in forma specifica*, cit., 3 ss.

[16] Cfr., A. Soldi, *Manuale dell'esecuzione forzata*, Padova, 2009, 1007.

[17] V. Andrioli, *Commento al codice di procedura civile*, Napoli, 1957, 327; V. Denti, *L'esecuzione forzata in forma specifica*, Milano, 1953, 211.

[18] G. Borrè, *Esecuzione forzata degli obblighi di fare e di non fare*, cit., 233; V. Denti, *L'esecuzione forzata in forma specifica*, cit., 211 ss.; F. Lancillotti, *Conciliazione delle parti*, in *Enc. dir.*, VIII, Milano, 1961, 416; L. Montesano, *Esecuzione specifica*, in *Enc. dir.*, XV, Milano, 1966, 536.

In giurisprudenza v. Cass. 13 ottobre 1954, n. 3637, in *Giur. it.*, 1955, I, 1, 345; Cass. 24 maggio 1955, n. 1531, in *Giust. civ.*, 1956, I, 117; Cass. 13 gennaio 1997, n. 258, in *Foro it.*, Rep. 1997, voce *Esecuzione forzata degli obblighi di fare*, n. 1; Cass. 14 dicembre 1994, n. 10713, *id*, Rep. 1994, voce cit., n. 2.

Vi era già chi, contrapponendosi all'opinione maggioritaria, riteneva preferibile riconoscere idoneità a fondare l'esecuzione per gli obblighi di fare e non fare anche al verbale di conciliazione considerando l'opinione avversa formalistica e contraria al principio di economia processuale, visto che le parti sarebbero comunque obbligate ad instaurare un nuovo processo di cognizione a seguito di quello concluso con la conciliazione giudiziale, al solo scopo di ottenere un titolo esecutivo idoneo ad iniziare la procedura in esame (Cfr. V. Andrioli, *Commento al codice di procedura civile*, cit., 327 ss.; A. Briguglio, *Conciliazione giudiziale*, in *Dig. civ.*, III, Torino, 1988, 239 ss; P.

Castoro, *Il processo esecutivo nel suo aspetto pratico*, Milano, 2006, 704; F.P. Luiso, *Diritto processuale civile*, III, cit., 230).

[19] Corte Cost. 12 luglio 2002, n. 366, in *Foro it.*, 2004, I, 41 ss. e in *Riv. esec. forz.*, 2003, 137 ss.

[20] Cfr. D. Dalfino, *Il titolo esecutivo e il precetto*, in *L'espropriazione forzata*, a cura di G. Miccolis e C. Perago, Torino, 2009, 34.

[21] G. De Stefano, *Scrittura privata come titolo esecutivo*, in *Le guide del professionista*, Il Sole 24 ore, 2006, 22; A. Ronco, *Commento all'art. 474*, in AA. VV., *Le recenti riforme del processo civile*, I, a cura di S. Chiarloni, Bologna, 2007, 581 ss. Per una interpretazione correttiva del dato normativo v. G. Balena – M. Bove, *Le riforme più recenti del processo civile*, Bari, 2006, 130; A. Soldi, *Manuale dell'esecuzione forzata*, cit., 1008.

[22] L'art. 475 c.p.c. prevede espressamente tale possibilità per il caso di successione dal lato attivo; in caso di successione dal lato passivo l'art. 477 c.p.c., per il quale il titolo esecutivo è efficace solo nei confronti degli eredi del debitore, è interpretato estensivamente, per cui detto titolo sarà efficace anche nei confronti del successore a titolo particolare. La dottrina afferma che la successione a titolo particolare nell'obbligo, anche se avvenuta successivamente alla conclusione del processo di cognizione, determina l'opponibilità del titolo al terzo. Opinando diversamente, infatti, difficilmente le esecuzioni in forma specifica potrebbero raggiungere esiti positivi, potendo il debitore sostituire a sé, dopo la cristallizzazione del titolo, un altro soggetto al solo fine di eludere il proprio obbligo. (Cfr. A. Lorenzetto Persico, *La successione nel processo esecutivo*, Padova, 1983, 342 ss.; F. P. Luiso, *L'esecuzione ultra partes*, Milano, 1984, 4).

[23] F. P. Luiso, *L'esecuzione ultra partes*, cit., 74 ss.

[24] E. Bruschetta, *Studi per una teoria dell'esecuzione forzata degli obblighi di fare e non fare*, in *Riv. esec. forz.*, 2012, 128; C. Mandrioli, *Esecuzione forzata degli obblighi di fare e di non fare*, cit., 560.

[25] V. Denti, *L'esecuzione forzata in forma specifica*, cit., 222; C. Mandrioli, *Esecuzione forzata degli obblighi di fare e di non fare*, cit., 561.

[26] V. Andrioli, *Commento al codice di procedura civile*, cit., 328; G. Borrè, *Esecuzione forzata degli obblighi di fare e di non fare*, cit., 271; P. Castoro, *Il processo di esecuzione nel suo aspetto pratico*, cit., 758 ss.

[27] Cfr. Cass. 4 giugno 2004, n. 10649.

[28] G. Borrè, *Esecuzione forzata degli obblighi di fare e di non fare*, cit., 211 ss.; L. Montesano, *Esecuzione specifica*, cit., 546.

[29] Cfr. Cass. 22 luglio 1999, n. 7887; Cass. 13 marzo 1995, n. 2911, in *Foro it.*, Rep. 1995, voce *Esecuzione forzata degli obblighi di fare o di non fare*, n. 1; Cass., sez. un., 15 gennaio 1987, n. 245.

[30] Cass., sez. un., 2 luglio 2012, n. 11066.

[31] Cfr. Cass. 9 marzo 2012, n. 3722; Cass. 6 maggio 2010, n. 10959; Cass. 15 luglio 2009, n. 16471; Cass. 8 ottobre 2008, n. 24808; Cass. 23 maggio 2006, n. 12117; Cass. 18 marzo 2003, n. 3992, in *Riv. esec. forz.*, 2004, 251; Cass. 18 marzo 2003, n. 3990, in *Foro it.*, 2003, I, 2034.

[32] V. Andrioli, *Commento al codice di procedura civile*, cit., 333; P. Castoro, *Il processo di esecuzione nel suo aspetto pratico*, cit., 766; Cass. 12 luglio 1991, n. 7727.

[33] C. Mandrioli, *Esecuzione forzata degli obblighi di fare e di non fare*, cit., 565; L. Montesano, *Esecuzione specifica*, cit., 558.

[34] G. Borrè, *Esecuzione forzata degli obblighi di fare e di non fare*, cit., 352; Capponi, *Manuale di diritto dell'esecuzione civile*, Torino, 2010, 316; G. Monteleone, *Manuale di diritto processuale civile*, II, Padova, 2009, 251. *Contra*: P. Castoro, *Il processo di esecuzione nel suo aspetto pratico*, cit., 766; V. Denti, *L'esecuzione forzata in forma specifica*, cit., 229 ss.

[35] Cass. 10 dicembre 2003, n. 15176, in *Arch. civ.*, 2004, 921, la quale ritiene che i

provvedimenti destinati a risolvere le difficoltà di ordine materiale insorte nel corso della esecuzione non possono essere impugnati con ricorso per cassazione, che, se proposto, va, per l'effetto, dichiarato inammissibile, investendo un provvedimento privo di contenuto decisorio.

[36] Cfr. C. Asprella, *L'attuazione degli obblighi di fare infungibile di non fare*, in *Giur. merito*, 2011, 117; D. Amadei, *Una misura coercitiva generale per l'esecuzione degli obblighi infungibili*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2010, 343 ss.; M. Bove, *La misura coercitiva di cui all'art. 614-bis c.p.c.*, in *www.judicium.it* e *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2010, 781 ss.; L. De Angelis, *La nuova generale misura coercitiva (art. 614-bis c.p.c.) e le controversie di lavoro*, in *Foro it.*, 2011, V, 18; S. Mazzamuto, *L'esordio della comminatoria di cui all'art. 614-bis c.p.c. nella giurisprudenza di merito*, in *Giur. it.*, 2010, 638 ss.

[37] La misura coercitiva può essere concessa solo dal giudice della cognizione, come accessorio ad un provvedimento di condanna e non anche dal giudice dell'esecuzione. Il provvedimento di condanna rafforzabile con la concessione della misura può essere sia una sentenza sia un altro provvedimento che contenga un ordine di prestazione, per cui anche l'ordinanza *ex art. 702-ter c.p.c.* e l'ordinanza con cui viene concesso un provvedimento cautelare a contenuto anticipatorio. Qualche dubbio sorge per la conciliazione giudiziale e per il lodo arbitrale. Sul punto la dottrina non è unanime: secondo alcuni la conciliazione giudiziale dovrebbe essere ammessa altrimenti verrebbe irragionevolmente scoraggiata (v. M. Bove, *Brevi riflessioni sui lavori in corso nel riaperto cantiere della giustizia civile*, in *www.judicium.it*), secondo altri andrebbe esclusa tale possibilità non potendosi qualificare l'accordo conciliativo come provvedimento di condanna (v. C. Mandrioli - A. Carratta, *Come cambia il processo civile*, Torino, 2009, 97). Quanto ai lodi arbitrali, se in astratto non può essere negata la possibilità che anche questi provvedimenti siano assistiti da *astreinte*, in concreto il profilo pubblicistico della misura coercitiva indiretta porta a concludere che un siffatto potere non possa essere riconosciuto al collegio arbitrale, ma necessiti dell'intervento del braccio secolare. *Contra*: M. Bove, *Brevi riflessioni sui lavori in corso nel riaperto cantiere della giustizia civile*, cit., che riconosce la possibilità per gli arbitri di pronunciare l'*astreinte*, la cui operatività viene condizionata al previo deposito del lodo *ex art. 835 c.p.c.*

[38] Dalla rubrica della norma emerge chiaramente che il campo di applicazione dell'*astreinte* è limitato alle obbligazioni infungibili, tuttavia, nel testo della norma questa delimitazione non è ripetuta; ciò ha indotto qualcuno a dubitare di tale limitazione, anche sulla base del fatto che secondo il modello francese, che ha ispirato il nostro legislatore, l'*astreinte* può essere concessa anche in riferimento a prestazioni fungibili (v. B. Gambineri, *Attuazione degli obblighi di fare infungibile o di non fare*, in *Foro it.*, 2009, V, 320 ss.).

La maggior parte della dottrina propende, invece, per un'interpretazione letterale della disposizione, tenuto conto della collocazione della disposizione, posta a chiusura del titolo dedicato all'esecuzione degli obblighi di fare e dopo gli artt. 612 e ss c.p.c. che disciplinano gli obblighi fungibili, per cui l'art. 614-bis c.p.c. è dettato esclusivamente per quelli infungibili. (v. D. Amadei, *Una misura coercitiva generale per l'esecuzione degli obblighi infungibili*, cit., 347; M. Bove, *La misura coercitiva di cui all'art. 614-bis c.p.c.*, cit., 783 ss.).

[39] C. Consolo, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, tomo III, *Il processo di primo grado e le impugnazioni delle sentenze*, Padova, 2010, 70 ss.

[40] G. Balena, *Istituzioni di diritto processuale civile*, III, Bari, 2013, 161 ss.; S. Mazzamuto, *L'esordio della comminatoria di cui all'art. 614-bis c.p.c. nella giurisprudenza di merito*, cit., 652 ss.

[41] C. Mandrioli, *Corso di diritto processuale civile*, tomo III, *L'esecuzione forzata, i procedimenti speciali, i procedimenti di separazione e divorzio, i processi del lavoro e*

locatizio. *L'arbitrato*, Torino, 2009, 117.

[42] D. Amadei, *Una misura coercitiva generale per l'esecuzione degli obblighi infungibili*, cit., 351 ss.

[43] M. Bove, *La misura coercitiva di cui all'art. 614-bis c.p.c.*, cit., 790.

[44] C. Consolo, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, cit., 327 ss.

[45] C. Consolo, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, cit., 328 ss.

[46] D. Amadei, *Una misura coercitiva generale per l'esecuzione degli obblighi infungibili*, cit., 355 ss.; M. Bove, *La misura coercitiva di cui all'art. 614-bis c.p.c.*, cit., 793.

LA CRISI BANCARIA: QUALE FUTURO?

Manifestazione patologica dell'incapacità del management di gestire rischi impliciti nell'esercizio dell'attività di intermediazione finanziaria, la crisi di una banca è in genere determinata da errori gestionali in termini strategici ed operativi nonché da situazioni di frode che impediscono di fatto di rimborsare integralmente i creditori.

autore **Giusy Tuzza**

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

Sommario: 1. Premessa; 2. Le determinazioni aziendali; 3. Gli interventi di soluzione ex ante e ex post; 4. Orientamenti di gestione e/o prevenzione della crisi e critiche al principio del "too big to fail"; 5. Il consumatore bancario, quale tutela? 6. Il futuro delle banche.

1. Premessa

Le varie difficoltà incontrate dalla banca nella quotidiana routine inducono le autorità di vigilanza ad affrontare le crisi incontro alle quali vanno gli istituti di credito, con il duplice obiettivo, da un lato, di evitare che situazioni di illiquidità si trasformino in vera e propria insolvenza (1) e, dall'altro, che situazioni di insolvenza limitate ad una banca si propaghino al resto del sistema bancario. In effetti ciò che è liquido per le singole banche in situazioni ordinarie, non lo è necessariamente e contemporaneamente per l'intero sistema bancario, motivo per cui senza un intervento ad hoc anche l'equilibrio delle singole banche in situazione di liquidità può essere trascinato e fatto vacillare. Non solo, ma la crisi di una singola banca può coinvolgere le componenti sane del sistema bancario attraverso la partecipazione al sistema dei pagamenti e la corsa dei risparmiatori agli sportelli. Vediamoli nello specifico.

In relazione alla partecipazione al sistema dei pagamenti il rischio di una crisi bancaria è data dall'incapacità di un partecipante di far fronte ai propri impegni impedendo alle società creditrici della banca di onorare a loro volta i propri debiti, in un circolo effetto domino. Ciò significa che il **potenziale destabilizzante della crisi di una banca sul sistema dei pagamenti** deve essere considerato come il **principale elemento nella valutazione dei costi/benefici** connessi al suo salvataggio.

La corsa dei risparmiatori agli sportelli, invece, ha una valenza di certo meno rilevante,

ma pur sempre determinante. Infatti la corsa agli sportelli da parte dei risparmiatori che temono di non ricevere il rimborso dalla banca in difficoltà spinge di fatto la banca verso un inevitabile fallimento che, senza il loro tempestivo timore che ne accelera la disfatta, si potrebbe talvolta evitare. Tuttavia questa situazione non può prescindere dall'esistenza di asimmetrie informative e dall'assenza di vincoli solidaristici tra depositari che vanno ad aggravare il fenomeno di panico finanziario. È quanto di recente accaduto alle banche di Cipro che ha messo in luce come si tratti di fenomeni in un certo senso limitati, seppur non sistemici.

Dunque la situazione di crisi altro non è che una manifestazione patologica di incapacità dei management di gestire i rischi impliciti nell'esercizio di attività finanziarie ovvero di anticipare i cambiamenti di scenario competitivo in atto nel sistema finanziario.

2. Le determinazioni aziendali

Individuare le determinazioni aziendali delle crisi bancarie non può prescindere da una sintetica ricognizione di principali fattori di rischio legate alla attività di intermediazione finanziaria. Infatti una crisi della banca deriva tipicamente dall'assunzione volontaria o involontaria di rischi eccessivi rispetto alla capacità di assorbimento delle eventuali perdite. Ne divano sia rischi economici che finanziari. Ai primi appartengono **il rischio di credito, i rischi di mercato e di variazione dei tassi di interessi e di prezzi, il rischio operativo e quello reputazionale**. Tra i secondi si possono, invece, annoverare tutte le conseguenze determinate dalla incapacità della banca di far fronte ai propri impegni di pagamento, tenendo sempre presente i concetti di insolvenza e di illiquidità (2).

È evidente che state alle numerose fattispecie di rischio alle quali le banche sono esposte non è possibile affermare che una banca è solida quando sono solidi i suoi prestiti. Molti casi di dissesto sono stati registrati a causa di focolai non riguardanti la tradizionale attività bancaria, così come l'accelerazione di innovazioni finanziarie e l'accresciuta mutabilità delle variabili finanziarie consentono di attribuire a fattori esogeni la nascita della crisi (3). A questo punto, dunque, si ritiene opportuna una dettagliata analisi delle cause endogene ed esogene (4) volendo, per una migliore intelligibilità, distinguere le prime in due categorie:

- a. *Cause di natura strategica*: esse sono legate alle direttrici di sviluppo individuate dal management della banca su un orizzonte temporale di medio-lungo periodo,

con riferimento agli assetti proprietari, di operatività e alla struttura dell'attivo e del passivo. Le divergenze esistenti nella propensione al risparmio e nel livello di indebitamento contestuale sono alla base della sovraesposizione di alcune banche, in funzione di decisioni strategiche adottate dal management;

- b. *Cause di carattere gestionale*: possono riguardare casi di errate decisioni gestionali, in termini di previsioni sbagliate sul futuro andamento dei flussi finanziari e dei flussi di reddito, oppure casi di comportamenti fraudolenti, dovute a carenze di carattere organizzativo e alla debolezza dei controlli interni.

Rispetto alle cause esterne c'è da dire che, a prescindere dagli shock connessi all'eccessiva offerta di moneta, all'andamento dei tassi di interesse e di cambio e al ciclico verificarsi di periodi recessivi, un ruolo rilevante è dato dalla regolamentazione del sistema finanziario. Infatti una regolamentazione strutturale può limitare le opportunità di diversificazione operativa impedendo standard di efficienza, mentre quella di natura prudenziale può determinare spostamenti artificiali di quote di intermediazione sottoposti a vincoli gestionali più blandi ma comunque sempre portatori di rischi. Si pensi, ad esempio, ai sempre più numerosi mutui ipotecari erogati in conseguenza della minore ponderazione prevista, ai fini del calcolo del coefficiente di solvibilità, per questa categoria di prestiti rispetto a quelli concessi a clienti ordinari.

3. Gli interventi di soluzione ex ante e ex post

Dal momento in cui la crisi si manifesta è necessario correre ai ripari e mettere in atto una serie di interventi finalizzati a minimizzare le esternalità negative prodotte dai dissesti finanziari. Il nostro ordinamento prevede una fase di accertamento dello stato di insolvenza e una fase di apertura della procedura di liquidazione coatta amministrativa. A tal proposito si è soliti discutere di interventi di soluzione ex ante e ex post, riguardanti rispettivamente provvedimenti sulla banca e sui creditori.

3.1. Le soluzioni ex ante

Sono interventi attivati nei confronti della banca in difficoltà quando il *costo è inferiore rispetto a quello che la collettività dovrebbe sopportare se il mancato salvataggio rendesse irreversibile la crisi.*

La forma più diffusa è la **procedura di amministrazione straordinaria**, avviata dalle autorità creditizie quando accertano gravi violazioni legislative, regolamentari e statuarie

o registrano ingenti perdite patrimoniali, tali da richiedere la rimozione degli organi della banca e la conseguente sostituzione con commissari straordinari. Questi altro non sono che soggetti preposti alla rimozione delle irregolarità dello stato di crisi e alla promozione delle soluzioni a tutela dei depositanti. Previa autorizzazione della Banca d'Italia, e per un periodo non superiore a tre mesi, i commissari straordinari possono sospendere perfino i pagamenti. Tale procedura, come è evidente, rappresenta un passaggio amministrativo necessario per evitare che il permanere della precedente dirigenza possa pregiudicare gli effetti della nuova soluzione finanziaria.

Un altro strumento è dato dal **credito di ultima istanza (CUI)**, ossia il rifinanziamento erogato dalla banca centrale al sistema bancario, che può essere **ordinario**, quando è necessario finanziare fisiologiche esigenze di liquidità connesse alla partecipazione al sistema dei pagamenti o a quello delle transazioni su titoli di Stato, oppure **straordinario**, quando è giustificato da situazioni di eccezionalità che, in assenza di rifinanziamento, determinerebbe rischi di degenerazione verso l'insolvenza. Il CUI può essere erogato in modo incondizionato a tutto il sistema bancario quando lo stesso non sia in grado di frenare fenomeni di corsa agli sportelli oppure essere indirizzato verso le singole banche che soffrono di scarsa liquidità.

Vediamo nello specifico **l'atteggiamento della Banca d'Italia** (5) i quanto parte integrante del Sistema Europeo di Banche Centrali (SEBC). È necessario focalizzare l'obiettivo dell'intervento. Nel caso in cui l'obiettivo sia quello di **fornire liquidità** in maniera indifferenziata è irragionevole attendersi che venga fatto ricorso alle operazioni di mercato aperto. Nel diverso caso in cui **l'intervento debba essere selettivo** per risolvere questioni di illiquidità di una singola banca, allora è ragionevole l'utilizzo delle operazioni su iniziativa delle controparti che consentano alla banca in difficoltà di utilizzare il conto aperto presso la banca centrale previa presentazione di idonee garanzie.

Un'ulteriore fonte di liquidità per le banche in crisi è rappresentata dal **Fondo Interbancario di Tutela dei Depositi**. È possibile, infatti, che vengano attuati interventi di sostegno delle consorziate in amministrazione straordinaria tutte le volte in cui sussistono *prospettive di risanamento e ove sia possibile un minor onere rispetto a quello determinato in caso di liquidazione* (art. 1 Statuto).

Infine un cenno può essere dato alla **bad bank**, fenomeno che è stato utilizzato nella gestione della crisi bancaria in Italia e che ha costituito il tentativo di scorporare dalla

banca in crisi la componente ritenuta responsabile dello stato di difficoltà. Questa forma di intervento si propone di riportare a condizioni di normalità la banca in crisi dando vita ad una realtà cd. cattiva, incaricata della gestione dei crediti problematici, e una c.d. sana, incaricata della ripresa dell'attività senza il fardello delle perdite.

3.2 Le soluzioni ex post

Parallelamente alla liquidazione della banca possono essere avviate le soluzioni ex post che si propongono di garantire parità di trattamento a tutti i creditori i quali, a prescindere dalla propria natura di risparmiatori, vantino un legittimo titolo di risarcimento del danno patrimoniale subito (6). La particolare tutela prestata ai risparmiatori inconsapevoli ha portato all'istituzione, nel 1987, del **Fondo Interbancario di Tutela dei Depositi (7)**. Con il successivo recepimento della **Direttiva comunitaria nel 1997** l'adesione al sistema di garanzia dei depositi è divenuta obbligatoria sia per le banche italiane che per le succursali extracomunitarie, mentre per le banche comunitarie vige il principio della possibilità di aderire, ma non obbligatoriamente, al sistema di garanzia nazionale. Altre innovazioni sono, poi, state apportate sul destinatario della protezione che non è più il fondo, ma il titolare dello stesso, così da evitare che il rischio di frazionamento delle disponibilità patrimoniali su più conti consentisse di aggirare le regole sul rimborso; e, a tal proposito, si evince che è stata rimossa la prassi di rimborso graduato in funzione della dimensione del deposito ed è stato fissato l'importo massimo rimborsabile.

La natura del fondo continua ad essere mutualistica e non assicurativa, mentre è stata innovata la modalità di calcolo del contributo a carico delle banche aderenti. Non solo, ma le banche sono anche chiamate a versare una quota di contribuzione calcolata in funzione dell'ammontare dei fondi acquisiti con l'obbligo di restituzione con un meccanismo che ridimensiona l'onere per le banche di maggior dimensioni e lo aumenta per quelle di minori dimensioni. Ciò trova sostegno nella teoria del **too big to fail**, secondo cui le banche di maggiori dimensioni sarebbero meno esposte a rischio di sottomissione alla procedura coattiva amministrativa. Tuttavia fenomeni di malversazione e di confusione patrimoniale devono essere evitati prevedendo dei presidi di tutela degli investitori danneggiati. Questo obiettivo ha portato alla istituzione nel 1991 del **Fondo nazionale di garanzia**, cui compete la responsabilità di tutelare i crediti vantati dai clienti nei confronti degli intermediari (8).

4. Orientamenti di gestione e/o prevenzione della crisi e critiche al

principio del “too big to fail”

La recente esperienza del nostro paese ha mostrato come, in Italia, le crisi bancarie siano state un fenomeno marginale, e per lo più affrontate in via preventiva, mediante interventi di tipo solidaristico e poco incidenti sul bilancio statale. Atteggiamento, questo, che ha ottenuto il plauso della comunità europea, la quale ha additato questo nostro modello come il migliore da seguire e il più efficace. Senza entrare nel merito delle questioni connesse, volendo evitare valutazioni poco obiettive o di tipo politico, c'è da dire che qualcuno ha ritenuto il diverso atteggiamento dello Stato non in termini di cambiamento politico e di soluzione con quello del capitalismo più tradizionale, bensì come un doveroso intervento tecnico per rimediare ad errori del mercato bancario, che lo Stato, peraltro, non sarebbe stato capace di risolvere da solo.

Fino ad ora abbiamo accennato alla situazione italiana, ma quali caratteristiche hanno avuto le crisi di cui ha sofferto il mondo occidentale nell'ultimo decennio? Certamente sono crisi drammatiche, che hanno travolto non solo centinaia di banche di piccole dimensioni, ma soprattutto decine di decine di grandi banche tali da spingere i vari governi a evitarne il fallimento. Pertanto vari sono stati i motivi determinanti delle crisi.

Innanzitutto la **violazione sistematica di alcuni principi fondamentali**, come l'oculata selezione del credito, l'equilibrio tra scadenze dell'attivo e del passivo, un buon rapporto tra patrimonio e rischi dell'attività svolta; poi i **colossali investimenti in attività a rischio elevato**, come per esempio i titoli collegati alla cartolarizzazione dei mutui ipotecari o prodotti derivati; e di certo i **comportamenti fraudolenti** dei management che spesso, ingannando i terzi, occultano situazioni pericolose. Soprattutto le frodi sono state meno frequenti nelle banche vere e proprie e determinanti, piuttosto, fra gli intermediari finanziari non bancari (9).

L'esperienza ha mostrato che la crisi bancaria è un fenomeno di rilevanza internazionale, che non può essere trattato “entro le mura” della sede in difficoltà tanto da mettere in discussione il principio tradizionale del **too big to fail**. La critica a questo vecchio espediente muove da diverse premesse (10):

- a. Il pericolo che la convinzione di essere troppo grandi per fallire esasperi l'azzardo delle banche;
- b. La alterazione della parità concorrenziale fra banche che non possono e che possono fallire;

- c. L'insostenibilità del salvataggio da parte dei bilanci statali e delle organizzazioni della solidarietà bancacria;
- d. L'ingiustizia di mettere a carico del contribuente l'onere di danni causati dagli errori del management che spesso con manovre anomale hanno rischiato di portare le banche sull'orlo del fallimento.

Il problema non è di facile soluzione, in quanto nonostante tutte le precauzioni e le opere di vigilanza, la crisi potrebbe riproporsi più efferata e imprevedibile di prima. Infatti fino a quando le banche opereranno come tali, saranno sempre il perno del finanziamento delle economie e finanziate da risparmiatori la cui tutela assume rilevanza notevole di tipo prevalentemente sociale. Inoltre le banche sono enti particolari che, specie se grandi, in caso di fallimento creerebbero difficoltà determinanti non solo nel sistema bancario quanto nell'intera economia. Per questo motivo tutti i paesi sono dotati di procedure di gestione delle crisi bancarie diverse da quelle previste per i fallimenti delle altre imprese, seppure tali procedure di gestione si rivelino poi nella pratica incapaci di affrontare ogni aspetto delle conseguenze determinate.

Per capire perché è bene salvare una banca è possibile fare riferimento al caso di **Lehman Brothers** che solleva il fenomeno delle banche **too entangled to fail**, cioè di banche che contengono importanti rischi per i legami che intrattengono con altre banche e il cui fallimento comporterebbe la catastrofe a trascinamento delle altre. Ebbene nel caso citato bisogna subito segnalare che la stessa non era una banca molto grande, ma era così interconnessa con le banche di quasi tutto il mondo che ha prodotto una crisi anche sulle altre allo stesso modo degli effetti che avrebbe prodotto una banca di notevoli dimensioni.

5. Il consumatore bancario, quale tutela?

Le insidie preoccupanti sono legate ad una insufficienza dei meccanismi di garanzia dei depositi, alla complessità delle regole che presidono la gestione delle banche e, in particolare, alla presenza di intermediari finanziari con attività simili a quelle bancarie a privi delle tutele e norme previste per le bancarie. Dunque urge un progetto di garanzia a favore del consumatore bancario. Per fare ciò è opportuno tener conto del fatto che la tutela degli stakeholders è importante dal punto di vista economico e sociale tanto da rendere fondamentale la stabilità delle banche. È necessario predisporre regole di svolgimento delle relative attività senza mai dimenticare che le crisi sono cicliche e che si ripresenteranno sempre. Non solo, ma occorre gestirle in modo che non sia necessario

intervenire per salvare le banche e che i rischi maggiori saranno supportati dagli azionisti con una parte delle perdite scaricate sugli obbligazionisti. Nella gestione, quindi, non dovrà intervenire solo lo Stato, perché la banca da parte sua si farà carico della liquidità ed in ogni caso tali interventi dovranno poter essere effettuati celermente. Ne deriva che, un progetto così costruito, necessiterebbe di fondi specifici ed adeguati, che agiscano in comune accordo con quelli di garanzia già esistenti e che andrebbero potenziati siano essi di natura privata oppure pubblica (11).

6. Il futuro delle banche

Il sistema bancario non è affatto omogeneo, poiché si compone di banche estremamente diverse tanto per funzioni svolte che per attività prodotte che per dimensioni ecc. Ciò significa che il futuro delle singole banche è legato alle caratteristiche peculiari di ciascuna specie. La situazione a livello mondiale è caratterizzata da grandi banche internazionali che hanno dominato la scena dell'attività bancaria globale e che sono passate alla cronaca della crisi del dopo 2007.

Pertanto è quasi certamente evidente che le banche internazionali dovranno, in futuro, ridimensionare o tendere verso una minore espansione, ridurre l'internazionalizzazione così come l'attività di cross border ritornando alla specializzazione con particolare concentrazione all'attività di core business. Il tutto sarà seguito con maggiore attenzione dalle autorità di vigilanza a fine di far applicare anche i regolamenti nei limiti normativi previsti.

Se questo è vero per le banche internazionali, lo stesso non può dirsi per le banche italiane (12), che strutturalmente sono diverse e presentano problemi connessi a tre diverse categorie, ossia le banche di grandi dimensioni, quelle di dimensioni più modeste fortemente ancorate al territorio in cui sono dislocati i loro sportelli e banche specializzate in leasing, factoring credito al consumo e via dicendo.

Le prospettive sono, perciò, assolutamente diverse. Infatti le grandi banche, dopo massicce fusioni e acquisizioni, hanno puntato sull'intermediazione mobiliare abbandonando quella tradizionale. L'allontanamento con il territorio che ne è conseguito li ha spinti a voler ritornare alle origini con inevitabili effetti e difficoltà. Le banche di minore dimensioni hanno indotto a politiche aziendali in linea con il mercato e la buona gestione, tuttavia dovranno fare i conti con la prova del tempo e alle crisi traumatiche che solitamente nascono a seguito dell'ingresso delle nuove banche e alla perdita

dell'autonomia giuridica e patrimoniale. Probabilmente la terza categoria continuerà ad essere di nicchia e ricoprire un ruolo marginale nell'economia.

In conclusione in Italia, per lo meno, si registra un coinvolgimento nell'economia reale più intenso, un'inferiore propensione alla innovazione e alla finanza fine a se stessa, una corporate governance relativamente semplice e, certamente, un legame mai spezzato con il mondo politico. Tutti fattori di cui non si può ignorare l'esistenza nella valutazione di possibili prospettive.

Bibliografia e note

1. Per illiquidità si intende l'incapacità temporanea della banca di far fronte ai propri impegni correnti; per insolenza si intende la sua incapacità definitiva di rimborsare i propri creditori, a causa della discesa del valore di mercato dell'attivo al di sotto di quello passivo e della conseguente riduzione del patrimonio.
2. Banca Centrale Europea, *Banking structures report*, Frankfurt, 2014.
3. Sub nota (2).
4. G. N. Gregoriou, *The banking crisis handbook*, Boca Raton (FL), CRC Press, 2010.
5. Banca d'Italia, *Rapporto sulla stabilità finanziaria*, n. 1, Roma, maggio 2014.
6. Jeon B.N., *Global banking, financial markets and crises*, Bingley, Emerald, 2013.
7. Fondo Interbancario per la Tutela dei Depositi, *Relazione annuale*, Roma, anni vari.
8. Sub nota (7).
9. Sub nota (4).
10. Mediobanca, *Dati cumulativi delle principali banche internazionali e piani di stabilizzazione finanziaria. Indagine biennale sulle principali banche in Europa, Giappone, Cina e Usa*, Milano, luglio 2014 / 2016.
11. Banca dei regolamenti internazionali, *L'evoluzione del settore bancario a seguito della crisi*, BRI 82TH, Annual Report, Basel 2014 e 2016;
12. Profumo, *Banche italiane quali soluzioni per il futuro?* Bnacaria, 12, 2012, pagg. 20/28.

IMPOSTA DI SUCCESSIONE E PASSAGGIO GENERAZIONALE: BREVI CONSIDERAZIONI SUL TRUST

L'imposta di successione e di donazione (un'endiadi ontologicamente inscindibile) ha subito un articolato percorso evolutivo, essa interagisce con forza nel contesto del passaggio generazionale, in particolare con riguardo alla disciplina relativa ai vincoli di destinazione e, tra questi, l'istituto del Trust ha suscitato alcune perplessità.

autore **Michele Stravato**

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

Sommario: Introduzione; 1. L'imposta di successione ieri ed oggi; 2. Caratteristiche principali: ambito di applicazione; 3. Soggetti tenuti al pagamento dell'imposta; 4. La composizione dell'asse ereditario; 5. Territorialità dell'imposta; 6. La base imponibile; 7. Criteri per l'applicazione dell'imposta: aliquote e franchigie; 8. L'imposta sulla costituzione dei vincoli di destinazione, l'ipotesi del *Trust*; 9. Conclusioni.

Introduzione.

Il tema della protezione¹ e trasmissione² del patrimonio imprenditoriale, ha assunto di recente un ruolo di rilievo a seguito, da un lato, dell'introduzione e dell'evoluzione negli ultimi anni di nuovi istituti³ volti a disciplinare i relativi aspetti civilistici e fiscali e, dall'altro, di nuovi utilizzi di strumenti tipici già presenti all'interno dell'ordinamento (da soli o in combinazione tra loro) al fine di ottenere il miglior risultato possibile in termini di protezione delle risorse.

Gli strumenti utilizzabili per realizzare una futura pianificazione del patrimonio in funzione del passaggio generazionale sono molteplici e differenti, ciascuno di essi caratterizzato da implicazioni proprie di carattere giuridico e fiscale e da un diverso grado di fruibilità, a seconda delle esigenze e degli obiettivi perseguiti⁴.

Ne deriva che ad oggi il fenomeno successorio rappresenta semplicemente uno dei molti strumenti⁵ utilizzabili per la realizzazione di effetti trasmissivi del patrimonio imprenditoriale, pertanto lo stesso, in presenza di limitazioni⁶ proprie e della nascita ed evoluzione di nuovi istituti deve necessariamente trovare un adeguato coordinamento, in

termini di valutazioni ed opportunità, in ordine ai relativi profili fiscali e giuridici, da cui possono derivare dubbi e criticità.

1. L'imposta di successione, ieri ed oggi.

La disciplina dell'imposta sui trasferimenti *mortis causa* ha subito un complesso ed articolato processo evolutivo caratterizzato da numerose e radicali modifiche.

Si ritiene che storicamente⁷ nel sistema tributario italiano la fiscalità attinente le vicende successorie fossero *ab origine* geneticamente interconnessa con le liberalità *inter vivos* secondo una strutturata incentrata sulla *ratio* del trasferimento di ricchezza, il principale indice dal quale poter desumere la presenza di un ragionevole incremento patrimoniale oggetto di prelievo fiscale.

Al fine di poter evidenziare nel modo più completo possibile le principali caratteristiche del tributo in esame, in relazione alla prospettiva tracciata in seno al fenomeno del passaggio generazionale, si ritiene opportuno indicare qualche breve cenno in merito alla relativa evoluzione storico-giuridica.

In origine l'imposizione a titolo di successione risultava strettamente connessa con l'imposizione degli atti tra vivi, in particolare nell'ambito del tributo di registro in quanto i trasferimenti di ricchezza sia *inter vivos* che *mortis causa* erano entrambi regolamentati dalla medesima normativa⁸.

La prima disposizione che si occupò di regolamentare il fenomeno fu la Legge n. 585 del 21 aprile 1862 la quale prevedeva un'imposta di successione (al pari di quella di donazione) con un'aliquota variabile in relazione ai gradi di parentela. La norma stabiliva, inoltre, che il relativo versamento doveva essere effettuato direttamente al momento della "denuncia"⁹.

Agli inizi del Novecento, con l'emanazione della Legge n. 25 del 23 gennaio 1902, furono introdotte aliquote progressive per scaglioni sui trasferimenti *mortis causa*: le aliquote continuavano ad applicarsi alle singole quote ereditarie tuttavia potevano variare a seconda dei gradi di parentela ed aumentavano in modo progressivo¹⁰ in relazione all'aumento del patrimonio ereditato.

Il sopra-citato assetto unitario comprensivo della regolamentazione degli atti di trasferimento *inter vivos* e *mortis causa* sopravvisse a lungo e, solo nel 1923, con

l'approvazione del R.D. 30 dicembre n. 3270, fu emanato il primo testo unico sulle imposte di successione, sancendo in tal modo anche da un punto di vista formale la sussistenza di due distinti istituti tributari, ancorchè geneticamente interconnessi tra loro. L'imposta di successione colpiva l'ammontare del patrimonio ereditario netto che si trovava nel Regno d'Italia al momento dell'apertura della successione, comprensivo di ogni tipologia di traslazione del diritto di proprietà e diritti reali di godimento, indipendentemente dal luogo di morte del *de cuius* e dalla propria cittadinanza.

Le liberalità *inter vivos* invece, pur se assoggettate alle medesime aliquote, venivano regolamentate nell'ambito delle norme sull'imposta di registro.

Agli effetti dell'applicazione della tassa, il patrimonio imponibile, comprensivo di beni mobili ed immobili, veniva ripartito in scaglioni i quali a loro volta erano soggetti ad aliquote progressive e differenti che aumentavano con proporzionalità inversa rispetto al legame di parentela (ovverosia, al minore legame di parentela corrispondeva una maggiore aliquota, entro il limite minimo del 1% e massimo del 50%).

La genesi comune alle due imposte (di successione e di donazione) rappresenta un chiaro segnale della volontà del legislatore dell'epoca di sottoporre a prelievo tutti gli atti *inter vivos* e *mortis causa* che rappresentassero un indice di capacità contributiva mediante il quali si determinava un trasferimento di ricchezza da un soggetto ad un altro.

Nel 1942, con il R.D. 4 maggio n. 434, venne introdotta l'imposta globale sull'asse ereditario, la quale integrava la già esistente imposta sulle singole quote determinando una ulteriore diversificazione del regime fiscale delle successioni.

Si trattava della c.d. "imposta sul morto"¹¹ la quale veniva applicata sull'intero asse ereditario netto prima della successiva suddivisione per singole quote.

Questa peculiare tassazione aveva un carattere autonomo rispetto alla precedente imposta sulle successioni e, pertanto, determinò in primo luogo una innegabile sovrapposizione tra le due tassazioni con un generale ed inevitabile incremento della pressione fiscale.

Si trattava in definitiva di prelievi effettuati su una duplice base imponibile: da un lato venivano incise le singole quote ereditarie e dall'altro l'asse ereditario globale.

E' stato affermato¹² che tale imposta, considerato il contesto storico in cui versava

l'Italia nel periodo in cui fu emanata la normativa in parola (seconda guerra mondiale) sarebbe stata introdotta, principalmente per esigenze finanziarie legate alla necessità di un maggiore (e costante) gettito fiscale in relazione agli ingenti costi della guerra, cui conseguiva un necessario aumento della tassazione. Tuttavia, terminato il periodo storico che avrebbe potuto eventualmente giustificare un simile impianto fiscale risulta difficile da comprendere la ragione per la quale lo stesso tributo sia successivamente rimasto in vigore per decenni. Non sono mancate sul punto critiche e contestazioni: l'irrazionalità del concorso tra "l'imposta sul morto" e l'originario tributo successorio fu ampiamente sottolineata in dottrina e diede luogo anche ad eccezioni di legittimità costituzionale le quali, tuttavia, furono sistematicamente rigettate dalla Corte in virtù dell'autonomia strutturale dei due tributi e della differente natura "reale" dell'imposta globale connessa ad un indice di capacità contributiva oggettivamente rilevante e del tutto distinto dal mero incremento patrimoniale degli eredi¹³.

Si sottolinea che l'imposta globale sull'asse ereditario è rimasta, nonostante le modifiche susseguites, in vigore fino alla riforma del 2000.

Infatti, solo con l' art. 69 della Legge 342/2000 venne definitivamente eliminata la coesistenza delle due tassazioni, ridefinendo un'unica tassazione per successione *mortis causa* a carico delle singole quote ereditarie, riducendo sensibilmente le aliquote, aumentando le soglie previste a titolo di franchigia per ciascun erede ed abolendo la progressività per scaglioni¹⁴.

La riforma del 1971-1972, ha realizzato un cambiamento radicale nel campo delle imposte indirette. Oltre alla parallela introduzione nel sistema tributario dell'IVA quale principale imposta indiretta, ha delineato un nuovo sistema di imposizione delle successioni *mortis causa*: con il D.P.R. 26 ottobre 1972, n. 637 vennero infatti definitivamente unificate in un testo unico le disposizioni relative alle successioni ed alle donazioni¹⁵.

Con tale riforma venne attuato un sostanziale riassetto dell'imposta indiretta in esame, in particolare, in relazione a profili di tipo sostanziale oltre che a peculiari aspetti di utilizzabilità in ambito processuale.

Poiché il criterio di riferimento dell'intera disciplina IVA era rappresentato dall'esclusività dell'imposta la stessa necessitava di un coordinamento con le altre imposte indirette al fine di dare attuazione al generale principio del divieto di doppia

imposizione. Pertanto, le vicende successive che individuavano i presupposti per sottoporre a tassazione indiretta determinati beni non potevano essere gravati da altre imposte indirette, e viceversa. In definitiva il rapporto tra l’IVA e le altre imposte indirette risultava essere di reciproca esclusione o di alternatività.

Questo specifico rapporto determina, coerentemente, una sostanziale omogeneità da un punto di vista fiscale tra tutte le fattispecie potenzialmente soggette alla prima ovvero alla seconda imposta. Il carattere comune emergente tra le operazioni imponibili IVA e quelle relative ai trasferimenti di ricchezza *mortis causa* è dato dalla rilevanza economica delle singole vicende valutate, rispettivamente, come attività economica indirizzata nei confronti del mercato e, dunque produttrice di beni o servizi, ovvero come mero autonomo incremento del patrimonio dei soggetti passivi.

Una peculiare differenziazione ancora oggi presente nel nostro ordinamento è quella relativa alla funzione assegnata alla imposta di registro (in misura fissa) da un lato ed all’imposta sulle successioni (in misura variabile) dall’altro.

La prima può essere considerata come un’“imposta sull’atto” in quanto assume quale presupposto impositivo qualsiasi modificazione patrimoniale prodotta da atti giuridici¹⁶ ed, in particolare, qualsiasi variazione di tipo “qualitativo” del patrimonio¹⁷

La seconda invece trova la propria giustificazione a partire da modificazioni “quantitative” attinenti al valore “netto” del patrimonio.

Ne deriva che la corresponsione di un’imposta in misura fissa trova la propria giustificazione logico-giuridica nell’espletamento di un servizio amministrativo.

Per contro, l’applicazione di un’imposta in misura variabile risulta dovuta in ragione della stipulazione di un atto il quale deve essere presuntivamente considerato come un fatto giuridico indice di capacità contributiva¹⁸.

Nel contesto della riforma il tributo successorio si caratterizzava come (duplice) forma di imposizione degli incrementi patrimoniali (restava in vigore sia l’imposta globale che quella sui singoli lasciti, ma con distinte aliquote) mentre l’imposta di registro come prelievo (singolo) con riguardo a qualsiasi modificazione patrimoniale derivante da atti giuridici.

Infine, un’ulteriore novità era rappresentata dalla eliminazione dei c.d. “impedimenti

fiscali” alla tutela giurisdizionale dei diritti. Si tratta della disciplina introdotta per la prima volta con l’art. 63 del DPR 634 del 1972 il quale ha soppresso il precedente divieto di utilizzazione in giudizio¹⁹ degli atti non registrati. La norma ha introdotto uno specifico obbligo di registrazione dell’atto, derivante dall’attività effettuata in sede giurisdizionale in caso di utilizzabilità di un atto di cui emerga solo in tale sede la mancata registrazione e, conseguentemente, i relativi inadempimenti fiscali.

In tal caso risulta doveroso da parte del cancelliere competente inviare d’ufficio l’atto non registrato presso l’ufficio del registro. L’inadempimento tributario rilevato in occasione del giudizio infatti non può mai precludere o essere comunque di ostacolo al corretto svolgimento ed alla conclusione dell’attività giurisdizionale trattandosi di una mera irregolarità fiscale²⁰.

Un ulteriore punto di riferimento all’interno del breve *excursus* legislativo qui tracciato è rappresentato dal successivo Testo Unico approvato con D.Lgs. 346 del 31 ottobre 1990. Sebbene sia stato oggetto di numerose modifiche esso rappresenta ad oggi il principale testo normativo di riferimento in materia di disposizioni fiscali in tema di successioni e donazioni²¹.

Un elemento di novità contenuto nella riforma è rappresentato dal definitivo superamento di ogni questione relativa al momento in cui far insorgere la pretesa fiscale da parte dello Stato: se all’atto dell’apertura della successione ovvero al momento dell’acquisto dell’eredità.

Secondo espressa previsione normativa (*ex art. 28 cit.*) gli obblighi formali previsti a carico degli eredi decorrono dalla data di apertura della successione (data che coincide con la morte²² del *de cuius*) solamente per gli eredi che si trovino rispettivamente nella peculiare posizione di non aver rinunciato tempestivamente all’eredità e di essere già in possesso dei beni ereditari²³ ovvero nell’ipotesi di assenza di possesso dei beni ereditari ed inerzia nella richiesta della nomina di un curatore dell’eredità *ex art. 528 c.c.*²⁴

Per tutti gli altri chiamati invece, il termine decorreva dalla semplice accettazione.

I principali soggetti passivi dell’obbligazione sono gli eredi²⁵ mentre i soggetti chiamati in assenza di un atto di accettazione dell’eredità e tutti gli altri soggetti co-obbligati ad effettuare la dichiarazione (con esclusione per i legatari) rispondono dell’imposta solo nel limite del valore della quota ereditaria.

In definitiva è stato riconosciuto un rilievo determinante ai fini dell'individuazione della fattispecie imponibile alla disciplina civilistica dell'acquisto dell'eredità.

In tale prospettiva deve essere effettuata una valutazione specifica sull'effettivo incremento patrimoniale anziché un generale computo relativo all'intero asse ereditario [26](#).

A distanza di un anno dalla citata riforma del 2000 il legislatore con l'art. 13 della Legge 18.10.2001 n. 383 abolì l'imposta di successione con effetto per tutte le successioni aperte decorrenti dalla data del 25 ottobre 2001.

E' stato evidenziato [27](#) che di tale riforma poterono beneficiare solo le eredità che rappresentavano una certa consistenza patrimoniale, ovverosia quelle che complessivamente consistevano in un valore complessivo superiore ai 350 milioni di Lire, valore equivalente alla franchigia applicabile all'imposta di successione prima della sua abolizione.

Pertanto nulla cambiò per coloro i quali avevano ereditato un patrimonio inferiore.

Si sottolinea che qualora all'interno dell'asse ereditario fossero caduti in successione beni immobili ovvero dei diritti reali di godimento su beni immobili, residuava in capo agli eredi l'obbligo di presentare la dichiarazione di successione [28](#).

Inoltre, per ovvie ragioni in precedenza accennate, nonostante fosse stata abolita l'imposta di successione, erano infatti comunque dovute tutte le altre imposte (fisse) di natura reale quali l'imposta ipotecaria, catastale e l'imposta di registro.

L'imposta di successione fu tuttavia reintrodotta con il D.L. 3 ottobre 2006 n. 262 ed altre disposizioni di coordinamento [29](#).

Da un punto di vista cronologico, la riforma abolitrice dell'imposta ha interessato un arco temporale intercorrente tra il 25 ottobre 2001 ed il 2 ottobre 2006, mentre per tutte le successioni aperte dal 3 ottobre 2006 in avanti si applicano le disposizioni contenute nella successiva normativa di reintroduzione del tributo, la Legge n. 286 del 2006 e ss. mod., la quale a sua volta rinvia, nei limiti della compatibilità, al citato Testo Unico del 1990 [30](#).

In conclusione, i principali punti oggetto della riforma che meritano di essere posti in evidenza, in quanto rappresentativi di alcuni aspetti peculiari del tributo ancora ad oggi in vigore³¹, risultano: aver apportato alcune significative novità al sistema di tassazione di tipo proporzionale con aliquote da variabili a fisse e relative franchigie, aver annoverato tra gli atti sottoponibili a tassazione anche i vincoli di destinazione³² di cui in seguito verranno evidenziati alcuni aspetti peculiari, fondamentali per la disciplina del passaggio generazionale, aver reintrodotta in modo quasi inalterato l'impianto normativo antecedente al 2001 ed, infine, aver stabilito una disciplina di coordinamento delle imposte sulle donazioni³³ la quale tuttavia pare aver creato alcune problematiche applicative di diritto intertemporale³⁴.

Infine, a seguito delle recenti modifiche introdotte dall'art. 11, comma 1, lett. a) del D.lgs 175/2014 è stato previsto un obbligo relativo di presentazione della dichiarazione di successione, il quale può essere escluso qualora l'eredità sia devoluta nei confronti del coniuge ed ai parenti in linea retta del *de cuius* e l'attivo ereditario abbia un valore non superiore ad Euro 100.000 non ricomprendendo nell'asse ereditario beni immobili o diritti reali su beni immobili³⁵.

2. Caratteristiche principali: ambito di applicazione.

Il comma primo dell'articolo 1 del Testo Unico definisce, circoscrivendo i caratteri, l'oggetto dell'imposta sulle successioni e donazioni, stabilendo da un punto di vista generale che l'imposta si applica alle seguenti differenti fattispecie:

- a) - "ai trasferimenti di beni e diritti per successione a causa di morte
- b) - ai trasferimenti di beni e diritti per donazione³⁶
(escluse le erogazioni liberali effettuate per spese di mantenimento e di educazione e quelle sostenute per malattia, quelle ordinarie, per abbigliamento o per nozze e le donazioni di modico valore) ;
- c) - ai trasferimenti di beni e diritti per altra liberalità³⁷ tra vivi"
(in particolare, le liberalità indirette³⁸ risultanti da atti soggetti a registrazione)
- d) - sulla costituzione di vincoli di destinazione³⁹
(ad esempio la costituzione di un trust, di un fondo patrimoniale, la stipula di un negozio

fiduciario di cui “prevalentemente si avvalgono le società fiduciarie disciplinate dalla Legge 23.11.1939 n. 1966”).

Il successivo comma secondo, specificando per aggiunta, equipara ai trasferimenti di cui al precedente comma :

- “la costituzione di diritti reali di godimento;
- la rinuncia a diritti reali o di credito;
- la costituzione di rendite o pensioni”[...].

La reintroduzione dell’imposta ha comportato sostanziali novità in particolare con riferimento alla definizione del presupposto oggettivo dell’imposta (ampliato nei confronti delle fattispecie di costituzione dei vincoli di destinazione) ed all’articolato sistema delle franchigie (le quali vengono differenziate in relazione al rapporto di coniugo, di parentela o di affinità intercorrente tra il beneficiario ed il dante causa).

Con riguardo all’ambito di applicazione, l’imposta è efficace in presenza di vari negozi giuridici a titolo gratuito, *inter vivos* ovvero *mortis causa* con effetti traslativi della proprietà di beni o con effetti costitutivi di diritti reali o in caso di rinuncia a diritti reali o di credito ed in caso di di costituzione di rendite o pensioni.

Pertanto, vengono ricompresi nel relativo campo di applicazione dell’imposta anche gli atti attraverso il quale il titolare di un diritto reale di godimento su un bene immobile rinuncia a titolo gratuito al proprio diritto in favore del titolare della nuda proprietà.

E’ necessario sottolineare che rispetto alla disciplina previgente il legislatore ha incluso nel campo di applicazione dell’imposta la fattispecie degli “atti gratuiti non donativi” in ordine alla quale l’Agenzia delle Entrate con Circ. n. 3/2008 ha avuto occasione dare un’interpretazione dell’istituto in parola⁴⁰.

La stessa amministrazione finanziaria chiamata ad interpretare il complesso articolato normativo, ha precisato che le donazioni e le liberalità costituiscono una *species* del più ampio *genus* degli “atti a titolo gratuito” e, in quanto tali, questi sono comunque assoggettati all’imposta⁴¹.

Tra questi ultimi, secondo la medesima interpretazione, vengono considerati invece estranei all’imposta gli “atti tra vivi a titolo gratuito con effetti meramente obbligatori” (dunque gli atti con effetti relativi o *in personam* tra le parti e non viceversa *in rem*)

ovverosia quegli atti che non trasferiscono la proprietà beni mobili o immobili né costituiscono diritti reali sugli stessi, come avviene per esempio nelle ipotesi del comodato o del deposito gratuito.

3. Soggetti tenuti al pagamento dell'imposta.

I soggetti passivi dell'imposta sono indicati schematicamente nel comma primo dell' art. 5 del TUS secondo il quale: *“l'imposta è dovuta dagli eredi e dai legatari per le successioni, dai donatari per le donazioni e dai beneficiari per le altre liberalità tra vivi [42](#).”* Tale norma risulta di fondamentale importanza in quanto individua preliminarmente tutti i soggetti (o i gruppi di soggetti) sui quali ricadono i rispettivi oneri e diritti secondo l'articolata disciplina *ex art. 36 TUS*⁴³ individuando, inoltre, eventuali ulteriori adempimenti cui gli stessi sono tenuti ad effettuare, primo tra tutti quello della presentazione della dichiarazione di successione *ex art. 28 TUS*.

Sulla base di ciò la recente dottrina suole distinguere tra soggetti obbligati a presentare la dichiarazione di successione e soggetti obbligati a pagare l'imposta, senza porre limitazioni tra i due gruppi, nel senso che i primi possono essere comunque tenuti a doveri appartenenti ai secondi e viceversa.

Infatti i chiamati all'eredità secondo la disciplina civilistica risultano in ogni caso obbligati a presentare la dichiarazione di successione e, del pari, sono altresì obbligati a pagare l'imposta a condizione: che siano già nel possesso del beni ereditari e nel limite del valore dei beni posseduti.

Identica alla posizione dei chiamati è la posizione degli altri soggetti obbligati a presentare la dichiarazione.

Tra questi tuttavia vi possono essere soggetti che hanno obblighi limitati, per esempio i legatari sono obbligati a presentare la dichiarazione di successione ma obbligati a pagare la relativa imposta solo nel limite del valore che grava sul legato conferito.

In definitiva solo gli eredi risultano essere obbligati in modo pieno⁴⁴, come di seguito meglio specificato.

4. La composizione dell'asse ereditario.

Al fine di determinare con certezza su quale base imponibile ed in che misura effettuare

il prelievo fiscale previsto dalla norma in esame è necessario individuare anzitutto la composizione dell'asse ereditario ovvero quali beni e quali diritti fanno parte di quell'universalità di beni composti che forma l'eredità⁴⁵.

Il nostro ordinamento stabilisce una netta distinzione tra "asse ereditario" di natura civilistica ed "attivo ereditario" di natura tributaria, pertanto, non tutto ciò che rientra nel primo gruppo può far parte del secondo e viceversa⁴⁶.

In termini generali, ai fini dell'applicazione dell'imposta di successione la base imponibile detta anche impropriamente "asse ereditario⁴⁷" si ottiene calcolando l'attivo ereditario (tenendo in considerazione le esclusioni) al netto delle passività deducibili, il tutto maggiorato del valore attuale delle donazioni pregresse fatte dal *de cuius* quando era in vita e del 10% del valore dell'asse ereditario tributario, considerata presuntivamente come cifra forfettaria equivalente al valore dei beni mobili (salvo prova contraria).

L'attivo ereditario così come indicato espressamente nel comma primo dell'art. 9 TUS è costituito da tutti i beni e diritti che formano oggetto della successione ad esclusione di quelli non soggetti ad imposta a norma degli artt. 2, 3, 12 e 13 TUS.

Questi ultimi, nel dettaglio riguardano beni e diritti non riferibili al territorio dello Stato per assenza dell'elemento oggettivo o soggettivo.

5. Territorialità dell'imposta.

La legge, *ex art. 2 TUS* distingue tra soggetti residenti e soggetti non residenti: in caso di morte di un soggetto residente nel territorio dello Stato "*l'imposta è dovuta in relazione a tutti i beni e diritti trasferiti, ancorchè esistenti all'estero*".

Se alla data di apertura della successione il *de cuius* è residente all'estero, l'imposta è dovuta soltanto sui beni esistenti in Italia. Il patrimonio da sottoporre a tassazione viene individuato in modo differenziato a seconda che questi, al momento della morte fosse o meno residente nel territorio dello Stato⁴⁸.

In definitiva l'imposta di successione risulta informata al principio di territorialità (luogo in cui sono presenti i beni ereditari) temperato da un criterio di tipo soggettivo (la residenza del *de cuius*)⁴⁹.

6. La base imponibile.

Come accennato, a seguito di successione *mortis causa* gli eredi e/o i legatari del *de cuius* sono soggetti all'imposta di successione in relazione ai beni ed ai diritti ed essi devoluti. Ad oggi questa particolare imposizione fiscale colpisce direttamente le attribuzioni determinate in capo ai singoli eredi e/o legatari.

La stessa si applica mediante regole proprie, con esclusioni e limitazioni.

La base imponibile è costituita dal valore complessivo netto dei beni devoluti a ciascun beneficiario (erede o legatario), considerando le relative franchigie.

Il valore netto di ciascuna quota si ottiene sottraendo al valore dell'attivo le passività e gli oneri deducibili.

Si considerano compresi nell'attivo ereditario il danaro, i gioielli ed altri beni mobili per un importo pari al 10% del valore globale netto dell'asse ereditario anche se non dichiarati o dichiarati per un importo inferiore, salvo prova contraria, mediante redazione di inventario analitico.

Le partecipazioni in società si considerano sempre ricomprese nell'attivo ereditario⁵⁰.

Sul punto⁵¹, più dettagliatamente, gli artt. 9 ed 11 TUS prevedono, salvo prova contraria, alcune ulteriori presunzioni di appartenenza all'attivo ereditario in ordine ad una serie di beni, quali:

- i titoli di qualsiasi genere e specie il cui reddito sia stato indicato nell'ultima dichiarazione dei redditi presentata dal *de cuius* ;
- le azioni ed i titoli nominativi intestati al defunto, alienati anteriormente all'apertura della successione con atto autentico o con girata autenticata;
- i beni mobili ed i titoli al portatore di qualsiasi specie posseduti dal defunto o depositati presso terzi a suo nome;
- le partecipazioni in società di ogni tipo.

Infine, vengono considerati all'interno dell'asse ereditario tutti i beni precedentemente indicati dalla norma ancorché sottoposti ad un regime di proprietà in comune al

momento della successione (con riferimento ai quali troverà applicazione l'ordinaria disciplina civilistica sulla comunione in relazione al singolo istituto ad essi sotteso: ad esempio comunione legale dei coniugi, comproprietà etc...).

Il legislatore ha dettato regole specifiche per la valutazione dei beni ereditari, in particolare distinguendo sotto il profilo oggettivo, rispettivamente tra: beni immobili ed altri diritti reali immobiliari, aziende, navi ed aeromobili, azioni obbligazioni, altri titoli in quote sociali, rendite e pensioni, crediti ed altri beni.

In estrema sintesi, la base imponibile per gli immobili è determinata dal valore venale in comune commercio alla data di apertura della successione, tuttavia, il valore dichiarato non può essere rettificato quando sia stato correttamente individuato in base al reddito catastale⁵².

E' invece sempre rettificabile il valore dichiarato dei terreni edificabili.

Per le aziende la base imponibile (con esclusione del valore dell'avviamento *ex art. 8 comma 1-bis TUS*) è data dal valore complessivo dei beni e dei diritti che ne fanno parte, al netto delle passività tenendo presente che qualora vi fosse l'obbligo di tenuta delle scritture contabili si avrà riguardo alle attività e passività indicate nell'ultimo inventario regolarmente redatto e vidimato.

La base imponibile relativa ad azioni, obbligazioni, quote sociale ed altri titoli è determinata nel seguente modo:

- per i titoli quotati in borsa o comunque negoziati si avrà riguardo alla media dei prezzi di compenso o dei prezzi dell'ultimo trimestre anteriore all'apertura della successione;
- per le azioni e per i titoli o quote di partecipazione al capitale di enti differenti dalle società non quotate o in borsa o comunque non negoziate, nonché per le quote di società non azionarie, si avrà riguardo al valore determinabile in proporzione alla quota posseduta alla data di apertura della successione del patrimonio netto dell'ente o della società risultante dall'ultimo bilancio pubblicato o dall'ultimo inventario regolarmente redatto o vidimato . In mancanza di bilancio si avrà come riferimento il valore complessivo dei beni e dei diritti della società o ente, al netto delle passività⁵³.

Come accennato, la base imponibile dell'imposta è rappresentata dal patrimonio netto, valutato in ordine ad ogni singola quota devoluta.

Per il calcolo dell'asse ereditario tributario dunque è necessario:

- tenere conto della disciplina delle esclusioni *ex art. 3 TUS*;
- tenere conto delle passività deducibili *ex artt. 21 – 24 TUS*.

Per quanto riguarda questa ultima voce, l'art. 20 TUS definisce le passività deducibili come *“costituite dai debiti del defunto esistenti alla data di apertura della successione e dalle spese mediche e funerarie indicate nell'art. 24 TUS. La deduzione è ammessa alle condizioni e nei limiti di cui agli artt. 21 – 24 TUS.”*

Inoltre, si sottolinea che ogni passività deve risultare dimostrabile⁵⁴ da atto scritto⁵⁵.

La disciplina dei casi di esclusione dall'applicabilità dell'imposta è contenuta nell'art. 3 del testo unico “trasferimenti non soggetti all'imposta” e può essere suddivisa in: casi di esclusione di tipo soggettivo e casi di esclusione di tipo oggettivo.

Preliminarmente è necessario sottolineare che la disciplina in parola ricomprende un aspetto peculiare di notevole importanza con particolare riferimento a quei beni che tipicamente devono essere considerati nel fenomeno della successione imprenditoriale, come l'azienda e le quote di partecipazione societaria. Infatti, è stata prevista l'esclusione dall'ambito di applicazione dell'agevolazione di quei beni che, per loro natura, non permettono di attuare il passaggio generazionale (ad es. titoli obbligazionari, immobili...).

Più in dettaglio, da un punto di vista soggettivo, non risultano soggetti all'imposta i trasferimenti effettuati in favore dei seguenti soggetti:

- Stato, regioni, province, comuni ed Enti pubblici;
- cooperative sociali ed Onlus;
- fondazioni ed associazioni legalmente riconosciute (che hanno quale scopo esclusivo, l'assistenza, lo studio, la ricerca scientifica, l'educazione, l'istruzione o altre finalità di pubblica utilità);
- fondazioni od associazioni legalmente riconosciute a prescindere dal proprio scopo (purché il trasferimento sia disposto per le medesime finalità di cui al punto precedente)⁵⁶.
- movimenti e partiti politici.

Da un punto di vista oggettivo la disciplina delle esclusioni dall'applicazione dell'imposta che maggiormente riguarda la questione in esame è contenuta nell'art. 3 comma 4-ter del TUS, secondo il quale non sono soggetti all'imposta:

- i trasferimenti gratuiti effettuati anche mediante patti di famiglia di cui agli artt. 768-bis e ss. c.c.⁵⁷ a favore dei discendenti e del coniuge aventi ad oggetto aziende o rami di esse, quote sociali o azioni, specificando che, qualora le quote sociali o le azioni oggetto di trasferimento riguardino società di capitali residenti nel territorio dello Stato di cui all'art. 73, 1, lett-a del TUIR⁵⁸. L'applicazione di tale particolare regime fiscale di esclusione è subordinata alla duplice condizione secondo cui:

- il possesso maggioritario delle partecipazioni consenta al beneficiario di acquisire o integrare il controllo *ex art. 2356, 1 n. 1 c.c.* della società attraverso la maggioranza dei voti esercitabili nell'assemblea ordinaria;

- gli aventi causa che proseguano l'esercizio dell'attività di impresa o detengano il controllo per un periodo non inferiore a cinque anni dalla data del trasferimento rendendo contestualmente alla presentazione della dichiarazione di successione o all'atto di donazione, apposita dichiarazione⁵⁹.

Viceversa, *a contrario*, è stato sottolineato che non sarebbero previste le medesime limitazioni con riguardo alle società di persone e società ed Enti di ogni tipo non residenti nel territorio nazionale, riguardo ai quali si deve ritenere che in tali ipotesi il regime di esonero in parola possa operare anche quando le partecipazioni trasferite non attribuiscono in capo all'avente causa una posizione di maggioranza⁶⁰.

Una particolare ipotesi di esclusione dall'applicazione del tributo in parola è stata prevista *ex art. 8 comma 1-bis* del TUS con riguardo al calcolo della base imponibile, dal quale deve essere escluso il valore dei beni rappresentativi dell'avviamento dell'azienda ovvero di partecipazioni azionarie o di quote di società⁶¹.

Tale esclusione, ai fini della determinazione della base imponibile è estesa *per relationem* altresì alle donazioni, agli altri atti a titolo gratuito ed alla costituzione di vincoli di destinazione, ma solo al fine di evitare una doppia imposizione sul medesimo presupposto⁶².

In definitiva, è stato recentemente evidenziato *ex art. 12 TUS* un elenco dettagliato di

beni esclusi dall'attivo ereditario, dunque esclusi su base oggettiva dal computo della base imponibile ai fini dell'applicazione dell'imposta di successione, quali:

- Le assicurazioni sulla vita stipulate dal defunto;
- Beni ed i diritti iscritti a nome del defunto in pubblici registri, qualora sia provato mediante provvedimento giurisdizionale, atto pubblico, scrittura privata autenticata o altra scrittura avente data certa, che egli ne abbia perso la titolarità;
- Azioni o titoli nominativi intestati al defunto, qualora sia provata la loro alienazione;
- Veicoli iscritti nel pubblico registro automobilistico;
- Indennità per cessazione del rapporto di agenzia;
- Indennità di mancato preavviso ed indennità di fine rapporto (TFR);
- Le indennità spettanti agli eredi in forza di assicurazioni previdenziali;
- Crediti contestati giudizialmente sino a quando la loro sussistenza non sia riconosciuta con provvedimento giurisdizionale o con transazione;
- Crediti verso lo Stato, gli enti pubblici territoriali e gli enti pubblici che gestiscono forme di assistenza previdenziale;
- Crediti ceduti allo Stato entro la data di presentazione della dichiarazione di successione;
- I beni culturali vincolati di interesse storico ed artistico;
- I titoli del debito pubblico, altri titoli di Stato, garantiti dallo Stato o equiparati, ivi compresi i titoli del debito pubblico emessi da Stati UE / SEE;
- I titoli di Stato emessi da enti o organismi internazionali costituiti in base ad accordi resi esecutivi in Italia cui si applicano le disposizioni ex art. 12, comma 13-bis del D.lgs 461/1997;
- Ogni altro bene o diritto che la Legge dichiara esente⁶³.

Si aggiunge infine, ribadendo per completezza, che *ex* comma 1-bis dell'art. 8 TUS dal calcolo della base imponibile deve essere escluso il valore relativo all'avviamento dell'azienda, delle partecipazioni azionarie e delle quote di società e che tale previsione è stata estesa alla disciplina alle donazioni, agli altri atti a titolo gratuito ed alla costituzione di vincoli di destinazione.

7. Criteri per l'applicazione dell'imposta : aliquote e franchigie.

A seguito delle varie riforme succedutesi nel tempo, ad oggi, il legislatore ha previsto un sistema di tassazione composto da tre differenti aliquote, ciascuna delle quali applicabili al valore netto della quota o dei beni devoluti a ciascun soggetto beneficiario. Le relative

differenziazioni attengono al grado di parentela o di affinità intercorrente tra il beneficiario ed il proprio dante causa:

- 4% per il coniuge ed i parenti in linea retta, da calcolare sul solo valore eccedente, per ciascun erede, della somma pari ad Euro 1.000.000 ;
- 6% per fratelli e sorelle, da calcolare sul valore eccedente, per ciascun erede, della somma pari ad Euro 100.000 ;
- 6% da calcolare sul valore netto totale (senza alcuna franchigia) per tutti gli altri parenti fino al quarto grado, affini in linea retta ed affini in linea collaterale fino al terzo grado;
- 8% da calcolare sul valore netto totale (senza alcuna franchigia) per gli altri soggetti.⁶⁴

E' chiaro che ai fini dell'applicazione della franchigia alla quota devoluta al singolo erede o legatario risulta indispensabile tenere conto del valore (attualizzato) di eventuali donazioni precedentemente ricevute e fatte dal *de cuius* in favore dello stesso beneficiario⁶⁵, con l'effetto di aumentare il valore netto globale dell'asse ereditario.

In particolare, a seguito dell'ampliamento dell'ambito di applicazione dell'imposta devono essere considerate a tal fine non più solo le donazioni effettuate nel periodo ricompreso tra il 25 ottobre 2001 (data di entrata in vigore della Legge n. 333/2001 che aveva abrogato l'imposta di successione e donazione) ed il 2 ottobre 2006 (data di entrata in vigore della riforma del tributo con D.L. 262/2006 conv. Legge 286/2006) ma anche tutti gli altri atti a titolo gratuito che la disciplina equipara ed esse nonché la costituzione di vincoli di destinazione sorti a partire dalla data del 29 novembre 2006⁶⁶.

8. L'imposta sulla costituzione di vincoli di destinazione, l'ipotesi del *Trust*.

Come anticipato in precedenza il passaggio generazionale ad oggi non è certamente più sinonimo di successione *mortis causa*, ammesso che in passato lo sia mai stato.

I negozi giuridici atipici fondati su varie forme di c.d. *pactum fiduciae* vengono agevolmente indirizzati verso la traslazione del patrimonio in funzione di futuri sviluppi sul piano generazionale cosicché gli stessi ad oggi risultano preferibili rispetto a soluzioni tipiche come gli istituti della successione o donazione in quanto questi ultimi, appaiono essere connaturati da maggiore formalismo e rigidità.

Tale interpretazione è suggerita anche dalla disciplina dell'applicabilità delle esenzioni

di imposta come previsto dall'art. 3 comma 4-ter del TUS con riferimento a quei beni che per loro stessa natura permettono di attuare il passaggio generazionale (per esempio l'azienda e le partecipazioni societarie) .

Sulla base di ciò, può essere sostenuto che esistono numerose discipline alternative alla successione e donazione finalizzate ad agevolare la trasmissione del patrimonio facendo rimanere i beni in oggetto del tutto al di fuori del perimetro tracciato dall'ambito di applicazione dell'imposta di successione o di donazione, tuttavia, ciò non può valere in termini semplicistici ed assoluti.

Il punto di discriminare tra la sottoposizione al regime fiscale ovvero all'esenzione da esso è dato anzitutto dall'oggetto della citata normativa di riferimento.

Il legislatore della riforma con un intervento "creativo" secondo parte della dottrina e della recente giurisprudenza di legittimità⁶⁷ ha introdotto un nuovo tributo stabilendo la disciplina fiscale in merito alla costituzione dei vincoli di destinazione *ex* comma 49 dell'art. 2 del D.L. 262 del 2006.

All'interno di tale categoria sono riconducibili tutti i negozi giuridici mediante i quali determinati beni sono destinati alla realizzazione di un interesse meritevole di tutela da parte dell'ordinamento, con effetti segregativi e limitativi della disponibilità dei beni medesimi.

E' stato sottolineato⁶⁸ che seppur con effetti diversi, il vincolo di destinazione si realizza, ad esempio, nelle seguenti ipotesi tipiche:

- costituzione di un *trust*;
- stipula di un negozio fiduciario;
- costituzione di un fondo patrimoniale (*ex* art. 167 c.c.);
- costituzione, da parte di una società, di un patrimonio destinato ad uno specifico affare (*ex* art. 2447-bis c.c.).

Una parte della dottrina si è domandata se risultano sempre applicabili le imposte di successione e di donazione sui vincoli di destinazione, da cui sono derivati dubbi interpretativi⁶⁹. In particolare, tali dubbi hanno riguardato anzitutto l'inclusione automatica dei negozi fiduciari all'interno della categoria dei vincoli di destinazione ampliando in questo modo il campo di applicazione dell'imposta. Tale interpretazione è stata resa sulla base sull'assunto secondo il quale tali negozi comporterebbero a priori un

trasferimento di ricchezza dal fiduciante a favore del fiduciario⁷⁰.

Una prima risposta in merito è pervenuta con la citata Circolare dell'Agenzia delle Entrate n. 28/E del 27.03.2008 sulla scia interpretativa dettata dalla dottrina maggioritaria⁷¹ secondo cui è stata operata una differenziazione tra i due modelli di *pactum fiduciae*, quello di tipo germanistico e quello di tipo romanistico.

Mediante il primo si verifica una semplice scissione tra la titolarità formale del diritto che resta in capo al fiduciante e la legittimazione al relativo esercizio, cui fa capo il fiduciario. Viceversa, con il secondo modello si verifica un vero e proprio trasferimento del diritto dal fiduciante al fiduciario, con ciò realizzandosi l'effetto traslativo reale voluto dalle parti, anche se limitato, nei rapporti interni, dal contenuto dello stesso *pactum fiduciae*.

Tale distinzione non è risultata priva di rilevanza da un punto di vista fiscale.

Secondo quanto stabilito dalla medesima Circolare, il modello della fiducia germanistica troverebbe applicazione, nei casi di intestazione fiduciaria di titoli azionari e di quote di partecipazione societaria, da cui sarebbe possibile determinare agevolmente il relativo regime fiscale applicabile.

Il modello della fiducia romanistica invece, con il quale si verifica un vero e proprio trasferimento del bene dal fiduciante al fiduciario, seppur limitato tra le parti dalle regole stabilite con il *pactum fiduciae*, risulta più complesso in quanto subordinato alle regole civilistiche tipiche in materia di trasferimento della proprietà o di diritti reali mediante forma scritta *ex art. 1350 c.c.*

Sotto il profilo fiscale assume sufficiente rilievo il semplice prodursi di un effetto reale, consistente nell'effettivo trasferimento del bene immobile, il quale, a sua volta, implica che siano stati rispettati i requisiti di forma previsti dal codice civile per i contratti aventi ad oggetto immobili e che siano stati assolti i relativi oneri pubblicitari, oltre alle relative imposte di registro.

La costituzione di un vincolo di destinazione comporta, come anticipato, il trasferimento di beni di qualsiasi tipo in capo ad un soggetto diverso dal disponente, determinando un vantaggio patrimoniale in capo al beneficiario.

Pertanto, in termini generali, l'oggetto dell'imposta da questo punto di vista sarebbe

rappresentato dallo stesso atto traslativo che consente il trasferimento del patrimonio da un soggetto ad un altro.

Questa impostazione non è stata ritenuta applicabile all'istituto del *Trust*⁷².

Secondo l'interpretazione resa dall'Agenzia delle Entrate⁷³ in relazione al *Trust* non rileva invece la distinzione di carattere generale rispettivamente tra vincoli traslativi (il cui effetto di segretazione si accompagna ad un trasferimento di beni dal soggetto che costituisce il vincolo ad un altro soggetto), vincoli non traslativi (come nel caso di costituzione da parte di una società di un patrimonio destinato ad uno specifico affare *ex art. 2447-bis c.c.*) e fondo patrimoniale (*ex art. 167 c.c.*, costituito con i beni di proprietà di uno solo ovvero di entrambi i coniugi).

Infatti, secondo questa impostazione il *Trust* si differenzia da tutti gli altri vincoli di destinazione in quanto determina una doppia segretazione dei beni conferiti, sia rispetto al patrimonio personale del soggetto che ha costituito il vincolo sia rispetto al soggetto destinatario dei beni (il c.d. *trustee*). I beni conferiti confluiscono, costituendolo, in un patrimonio a sé stante, separato ed autonomo rispetto a quello del disponente e del *trustee* (entrambi legittimi intestatari). Le relative imposte di successione o di donazione verranno applicate quindi sulla base della sola costituzione del vincolo, indipendentemente dalla tipologia di *Trust* e direttamente sul singolo patrimonio⁷⁴.

Come accennato, tale linea interpretativa è stata avallata di recente anche dalla giurisprudenza di legittimità⁷⁵ con tre ordinanze di rinvio della Corte di Cassazione, sez. VI Civ., le nn. 3735 – 3737 e 3886 del 2015 in materia rispettivamente di *trust* “auto dichiarato”, *trust* con “funzione di garanzia” e *trust* “istituito per rafforzare la generica garanzia patrimoniale già prestata nella qualità di fideiussore in favore di alcuni istituti bancari.”

Sul punto è stato affermato che si è dato luogo ad una vera e propria “nuova imposta” dal valore generico applicabile a tutti i vincoli di destinazione, dunque in particolare anche al *trust*.

Il presupposto impositivo del tributo sarebbe individuabile nella predisposizione di un programma di funzionalizzazione del diritto al perseguimento degli obiettivi voluti consistendo l'oggetto dell'imposizione il mero valore dell'utilità.

Secondo la Corte *“l'imposta è istituita direttamente, ed in sé, sulla costituzione dei vincoli e non già sui trasferimenti dei beni e diritti a causa della costituzione di vincoli di destinazione, come, invece accade per le successioni e donazioni in relazione alle quali è espressamente evocato il nesso causale.”*

In base a questa impostazione è sufficiente un contenuto economico determinato o determinabile idoneo a manifestare un indice di capacità contributiva da sottoporre a tassazione secondo i principi *ex art. 53 Cost.*

Ciò che risulta essere sottoposto a tassazione risulta quindi essere la stessa autonomia del presupposto impositivo ovvero la costituzione di un patrimonio separato.

Infatti appare ininfluenza la natura giuridica se di tipo onerosa, liberale o gratuita del negozio.

Questa interpretazione è stata oggetto di diverse critiche, in particolare da parte della dottrina⁷⁶.

Le tesi opposte sostengono, in generale, con varie sfumature, una rilevanza relativa dell'imposta sul vincolo di destinazione, stabilendo che viceversa dovrebbero essere sottoposti a tassazione solamente quegli atti di disposizione in grado di determinare veri e propri effetti traslativi ovvero quegli atti in grado di determinare un concreto incremento stabile del patrimonio appartenente all'avente causa con conseguente decremento di un altro patrimonio appartenente al dante causa.

Si tratta in questo caso di atti traslativi che determinano una manifestazione di ricchezza non solo potenziale o determinabile bensì determinata nel suo preciso ammontare rendendo ineccepibile qualsivoglia critica a riguardo.

Infatti la mera rilevanza economica di un atto o di un fatto giuridico non risulterebbe sufficiente per far emergere dallo stesso un chiaro indice di capacità contributiva nei limiti in cui esprima una forza economica (non potenziale bensì effettiva).

Il punto nodale è rappresentato dalla tesi secondo cui un presupposto di imposta basato unicamente sulla mera costituzione di un vincolo di destinazione sul patrimonio non è in grado di far emergere di per sé una forza economica nuova, concreta e misurabile.

Gli effetti giuridici derivanti dalla segretazione patrimoniale rappresentano conseguenze non espressive di tale indice in quanto risultano meramente strumentali al

raggiungimento degli interessi per i quali il vincolo è stato costituito.

Solo una volta raggiunti gli obiettivi perseguiti mediante l'istituzione del *trust*, allora, risulterebbe ragionevole sottoporre a tassazione il concreto incremento patrimoniale ottenuto evidenziando in tal modo una reale (in quanto economicamente valutabile) capacità contributiva.

Le medesime criticità hanno evidenziato che se si ritenesse tassabile nell'ambito dell'imposta di successione e donazione la mera costituzione del vincolo di destinazione si giungerebbe a configurare l'imposizione in parola come del tutto irrazionale ed incoerente, per due ordini di motivi.

In primo luogo poiché risulterebbe alterata la stessa natura del tributo in esame in quanto presenterebbe due presupposti di imposta del tutto disomogenei tra loro.

In secondo luogo, perché la struttura dell'imposta come risultante a seguito delle modifiche introdotte con la riforma del 2006 e ss. mod. non appare coerente con un presupposto correlato alla mera costituzione di un vincolo di destinazione.

Infatti, le regole proprie dell'imposta in parola, come è stato brevemente indicato, quelle che prevedono franchigie, esenzioni, limitazioni ed aliquote e quelle che individuano i soggetti passivi, presuppongono che vi sia un trasferimento di un dato patrimonio da un soggetto ad un altro e che pertanto, lo stesso patrimonio sia valutato in occasione di tale spostamento identificando in tal modo un soggetto "beneficiario" quale soggetto passivo del tributo⁷⁷.

Sotto il differente profilo delle imposte sul reddito il *trust*, quale soggetto passivo d'imposta, è tenuto ad adempiere gli specifici obblighi previsti per i soggetti Ires, in primo luogo quello di presentare annualmente la dichiarazione dei redditi, pertanto il *trust* residente deve avere un proprio codice fiscale e, qualora eserciti attività commerciale, anche la relativa partita Iva. Tutti gli adempimenti tributari del *trust* sono assolti dal *trustee*.

Si ricorda che il *trust*, in quanto atto di disposizione a titolo gratuito risulta soggetto all'azione revocatoria ordinaria e fallimentare, quindi non può mai essere utilizzato al fine di distrarre somme o beni in frode dei creditori.

In precedenza il creditore danneggiato dall'atto di disposizione connotato da *scientia*

fraudis ed *eventus damni* del debitore avrebbe dovuto prima di tutto esercitare l'azione revocatoria (ordinaria *ex art. 2901 c.c.* o fallimentare *ex art. 67 L.F.*), e solo in seguito avrebbe potuto procedere all'esecuzione forzata, con un notevole dilatazione delle tempistiche.

E' noto invece che oggi il creditore munito del semplice titolo esecutivo può legittimamente procedere ad instaurare un procedimento di esecuzione forzata contro il debitore⁷⁸, nonostante l'eventuale presenza di un vincolo di indisponibilità costituito sul bene o direttamente contro il terzo che ha acquistato il bene a titolo gratuito, purché trascriva il relativo pignoramento entro un anno dalla trascrizione dell'atto a lui pregiudizievole. Tale facoltà è riconosciuta solamente per i crediti già esistenti al momento in cui viene costituito il vincolo di destinazione o al momento del trasferimento della proprietà del bene e non viceversa, per i crediti sorti successivamente.

Dalla breve indicazione dei tratti principali dell'istituto e dalle relative problematiche evidenziate può essere desunto l'ulteriore elemento secondo cui, in generale, questi strumenti non devono mai essere intesi come un rimedio per salvare *in extremis* i propri beni, privati o aziendali, in presenza di debiti, dalle azioni esecutive instaurate dai creditori ma solo ed esclusivamente come forme di tutela preventiva finalizzate a proteggere il patrimonio in funzione del passaggio generazionale.

Da ultimo, si sottolinea che il legislatore ha previsto sanzioni di natura penale per le ipotesi di "alienazione simulata" ovvero di "compimento di atti fraudolenti" idonei a rendere inefficace, in tutto o in parte, la procedura di riscossione coattiva, al fine di sottrarsi al pagamento di imposte sui redditi o sul valore aggiunto ovvero di interessi o sanzioni amministrative relativi a dette imposte, di ammontare complessivo superiore ad Euro 50.000⁷⁹.

Più in generale è punita (ancorché recentemente depenalizzata⁸⁰) la condotta volta al compimento di atti simulati o fraudolenti al fine di sottrarsi all'adempimento di obblighi derivanti da una sentenza di condanna o in corso di accertamento davanti all'autorità giudiziaria (art. 388 c.p.).

9. Conclusioni.

Al termine della presente, in riferimento al perimetro tracciato dalle argomentazioni rese

possono essere sostenute le seguenti brevi conclusioni.

In primo luogo, l'imposta di successione e di donazione (una endiadi ontologicamente inscindibile) così come concepita e strutturata in seno all'evoluzione normativa, ha subito una serie di profondi mutamenti all'interno del nostro ordinamento giuridico, esprimendo nell'arco dei tempi differenti esigenze e peculiarità tipiche dei vari periodi storici. L'imposta ad oggi risulta avere una attinenza solo relativa con il fenomeno del passaggio generazionale in quanto le fattispecie di trasferimento, per espressa previsione normativa, seguono una disciplina propria di radicale agevolazione fiscale, per ovvie finalità di natura economica. Si ricorda che, a determinate condizioni, sono esclusi dal campo di applicazione dell'imposta sulle successioni e donazioni i trasferimenti aventi per oggetto aziende, quote sociali, azioni, titoli di Stato e la riunione dell'usufrutto. Ne deriva un sistema articolato che pone nei confronti dell'imprenditore una serie di vincoli, primo tra tutti quello della dimostrazione di un effettivo passaggio di consegne di una quota superiore alla maggioranza societaria per un periodo superiore, continuativo, ai cinque anni.

Una delle possibili ragioni può essere da ultimo rinvenuta nella disciplina applicabile sull'imposta sui redditi *ex art. 58*, comma 1 del DPR n. 917/1986 secondo la quale, il trasferimento di aziende per causa di morte o per atto gratuito non costituisce realizzo di plusvalenze dell'azienda stessa in quanto la stessa è assunta con i medesimi valori fiscalmente riconosciuti nei confronti del dante causa.

In tal senso l'operazione risulta essere fiscalmente neutra, a patto che il soggetto ricevente mantenga inalterati i valori fiscalmente rilevanti in capo al dante causa.

Gli stessi criteri vengono applicati nell'ipotesi di scioglimento della società esistente tra gli eredi, avvenuto entro cinque anni dall'apertura della successione, qualora l'azienda resti acquisita anche da uno solo degli eredi.

Si tratta di disposizioni che indubbiamente determinano tra le varie finalità proprie quella di favorire concretamente il passaggio generazionale tra imprenditori.

Come è stato evidenziato, le medesime disposizioni, in particolare quelle relative agli atti di liberalità, possono trovare un valido coordinamento con la disciplina relativa ai vincoli di destinazione e, tra questi, in particolare con l'istituto anglosassone del *trust*.

Per quanto riguarda gli aspetti fiscali, rimangono ancora alcuni dubbi sulla relativa

applicazione pur in presenza, come è stato evidenziato, della normativa sui vincoli di destinazione, tra cui rientra senz'altro l'istituto del *trust*⁸¹.

L'Agenzia delle Entrate ha chiarito ufficialmente la propria interpretazione in merito con le citate Circolari 6 agosto 2007 n. 48 e 22 gennaio 2008 n. 3.

In definitiva, il trasferimento dei beni dal disponente al *trustee* è soggetto all'imposta di donazione con aliquota proporzionale (rispettivamente del 4%, 6% o 8%) calcolata in base al grado di parentela tra il disponente e il beneficiario secondo le regole indicate dal D.lgs 346/1990 (tuttavia si applica l'aliquota massima se il beneficiario è indeterminato), oltre alle imposte fisse ipotecarie e catastali (rispettivamente del 2% e 1%) in caso di trasferimento di beni immobili.

Sono sempre applicabili le franchigie previste per i parenti in linea retta, per il coniuge, i fratelli e le sorelle ed i portatori di handicap grave.

Non è sottoposto a prelievo fiscale, invece, il trasferimento dei beni dal *trustee* al beneficiario.

Risulta indubbio che tale istituto possiede numerose potenzialità intrinseche utili per le finalità tipiche del passaggio generazionale e per il superamento di determinate condizioni poste dal legislatore per ottenere determinati vantaggi fiscali, tuttavia, ad oggi l'assenza di una specifica regolamentazione nazionale a riguardo, le varie interpretazioni pretorie e dottrinali susseguitesesi, anche di recente, non appaiono indici di solidità e concretezza per una sicura e proficua fruibilità dell'istituto.

E' senz'altro necessario porre particolare attenzione sulle modalità di utilizzo dell'istituto in parola, sulla tipologia di beni (aziendali, mobili, immobili, immateriali etc..) e sull'interpretazione relativa alla specifica operazione da svolgere ai fini del corretto inquadramento da un punto di vista giuridico e quindi fiscale della disciplina applicabile al singolo caso di specie, tenendo anzitutto presente che, ad oggi restano invariate le disposizioni normative che riconducono in termini generali l'istituto del *trust* all'interno dei vincoli di destinazione.

Sarà probabilmente compito dell'operatore allora, riuscire a dimostrare che la particolare attività economico-giuridica ancorché inquadrabile all'interno della sopra-citata categoria possa risultare fiscalmente neutra ovvero sottoponibile ad una tassazione solo nel limite del realizzo di un effettivo e concreto incremento patrimoniale (secondo le

argomentazioni precedentemente rese ed alla luce della attuale normativa di riferimento) in presenza degli ulteriori e specifici elementi necessari, da dimostrare caso per caso.

Note e riferimenti bibliografici

1 La “protezione del patrimonio” è da intendersi non come mera salvaguardia rispetto alle possibili pretese dei creditori bensì come un’attività di più ampio respiro, tendente a preservare il patrimonio da innumerevoli rischi quali dispute con un socio, accettazione di eredità, separazioni e divorzi, responsabilità professionali etc...le quali direttamente o indirettamente ne possono compromettere la futura stabilità ed integrità.

De Rosa, Russo, Lo Presti, Angeli *La trasmissione del patrimonio, strumenti e soluzioni per il passaggio generazionale*, 2016, Milano, NeT, IISole24Ore.

2 Con l’espressione “passaggio generazionale d’impresa”, si indica, nel linguaggio economico-giuridico una serie di operazioni, idonee a garantire la successione, *inter vivos* o *mortis causa*, nell’esercizio, diretto o indiretto, dell’impresa. Il perimetro delle fattispecie giuridiche interessate risulta assai ampio, ricomprendendo sia ipotesi di circolazione dell’azienda sia ipotesi di circolazione delle partecipazioni societarie.

CNN Studio n. 36-2011 *Profili fiscali del passaggio generazionale d’impresa* .

3 A titolo esemplificativo, si indica l’istituto di origine anglosassone del *trust* oltre ad altri già presenti all’interno del nostro ordinamento come il patto di famiglia e le polizze assicurative con cui è possibile, a condizioni e con effetti differenti, incidere negli assetti del passaggio generazionale.

4 Si ricordano altresì i c.d. vincoli di destinazione per la realizzazione di interessi meritevoli di tutela, il cui regime fiscale applicabile è stato recentemente oggetto di interpretazione da parte della Corte di legittimità (vedi Ordinanze nn. 3735 – 3737 e 3886 del 4.5.2015) e di critica da parte della dottrina (CNN Studio 132-2015).

5 Al pari dell’istituto della donazione, il quale storicamente ha rappresentato nella prospettiva in parola un mero anticipo della futura successione. Ciò è ulteriormente confermato dalla collocazione normativa attuale D.lgs 346/1990 (T.U. successioni e donazioni) e dal dato secondo cui le imposte applicate alla donazione sono le medesime previste per la successione in ordine ad aliquote e franchigie applicabili *ex multis* Cass.Civ.Sez.V 11677/2017. Il passaggio generazionale attuato mediante una donazione fatta in vita è soggetto immediatamente all’imposta di donazione e pertanto non è più tassato al momento della successione. Secondo parte della dottrina, in un momento storico in cui si attende un sostanziale incremento del carico fiscale per le successioni, di cui si dirà, appare conveniente anticipare il passaggio generazionale, almeno per alcuni beni, al fine di approfittare delle norme fiscali attualmente ancora favorevoli. Paolo Tonalini, *Passaggio generazionale e protezione del patrimonio*, CNA, Pavia, 2016 ; Simone Ghinassi, *L’istituto del “coacervo” nella nuova imposta sulle successioni e donazioni*, Rassegna Tributaria, 3/2007.

6 Nella prospettiva generale del fenomeno successorio sono presenti istituti che di fatto limitano la discrezionalità del genitore nel pianificare la successione dell’impresa e nel programmare la destinazione del proprio patrimonio per le generazioni successive (es. gli istituti della successione legittima ex artt. 536 e ss. c.c., del divieto di patti successori ex art. 458 c.c., della collazione ex art. 737 c.c.).

7 Andrea Fedele, *Il regime fiscale di successioni e liberalità*, Riv.dir.trib. Fasc.10, 2003.

[8](#) Unico è il testo legislativo che disciplina l'imposizione dei trasferimenti di ricchezza, *inter vivos o mortis causa*, unica, probabilmente, l'originaria giustificazione del prelievo, correlata alla tutela giuridica di interessi e pretese dei privati che negli "atti" e nelle vicende successorie trovavano il proprio fondamento [...]

Andrea Fedele, *ibidem*.

[9](#) Legge 21 aprile 1862, n. 585; l'art. 1 : "[...] *gli atti civili, giudiziali e stragiudiziali, e le trasmissioni dei beni per causa di morte sono soggetti alle imposte denominate di registro, a termini della presente Legge*".

Tale disposizione fu voluta dal ministro Sella al fine di rendere omogeneo in tutto il territorio Italiano il sistema impositivo delle successioni *mortis causa*. Prima dell'Unità d'Italia, i vari Regni prevedevano trattamenti radicalmente diversi. Ad esempio, nel Regno delle Due Sicilie non vigevo una tassazione sui passaggi patrimoniali *mortis causa* mentre negli Stati della Lombardia e del Piemonte si applicava un'imposta che colpiva il patrimonio al lordo delle passività.

Trinchese – Visconti, *Le successioni. Diritto e tecnica professionale*, 2016, Ed. Telos.

Andrea Fedele, *ibidem*.

[10](#) Già la normativa dell'epoca definì con chiarezza l'imposta e le relative articolazioni, in particolare, tra le aliquote (la misura percentuale della base imponibile) quella proporzionale e quella progressiva.

Ancora oggi la prima determina un'aliquota fissa ovvero sia la stessa non muta con il variare della base imponibile mentre la seconda determina un'aliquota variabile secondo differenti criteri o tecniche: vi è una progressività per classi, per scaglioni, una progressività continua ed una progressività per detrazione.

Francesco Tesauro, *Istituzioni di diritto tributario*, Vol. 1, 2016, UTET.

[11](#) Espressione coniata da Einaudi in occasione di un intervento al Corriere della Sera del 20 settembre 1914 commentando un primo progetto di introduzione dell'imposta globale di successione (progetto Facta – Tedesco, 1914) e successivamente adoperata proprio per sottolineare l'irrazionalità del tributo in quanto collegato ad un indice di capacità contributiva riferibile soltanto ad un soggetto il cui venir meno determina il concorso alle pubbliche spese per altri soggetti (i veri soggetti passivi).

[12](#) Andrea Fedele, *ibidem*.

[13](#) Corte Cost. sent. 19.06.1975 n. 147.

Secondo l'ordinanza di rinvio, infatti, le norme denunciate sarebbero in contrasto con gli artt. 3 e 53 della Costituzione, in quanto:

a) soggetti passivi dell'imposta sono gli eredi ed i legatari e presupposto di essa è il loro arricchimento, mentre l'imposta non è commisurata a tale arricchimento, ma al valore netto globale dell'asse ereditario;

b) conseguentemente, i singoli eredi o legatari, pur ereditando beni di egual valore, pagano un'imposta di ammontare differente, ancorché rivelino identica capacità contributiva, a seconda del valore complessivo del patrimonio del *de cuius*, con evidente violazione del principio di eguaglianza, in forza del quale a parità di valore dei beni deve corrispondere parità della relativa imposta.

La Corte, tuttavia, in aderenza con la tesi opposta sostenuta dall'avvocatura dello Stato in tale sede, secondo cui, "all'istituzione dell'imposta sul valore globale netto delle successioni si é pervenuti attraverso una scelta politica che ha per presupposti un sistema tributario a carattere progressivo, ri-definendo i tratti principali del tributo in parola", ha ribadito che:

"[...]la funzione di tale disciplina può ravvisarsi nella finalità di operare un prelievo adeguato alla capacità contributiva riferita al complesso del patrimonio che cade nella successione.

Risponde ai principi consacrati nell'art. 42 della Costituzione che l'asse ereditario sia assoggettato, in conformità anche con l'art. 53 della Costituzione, ad un'imposta progressiva - a carattere prevalentemente reale - a prescindere dall'imposta personale sulle eredità, quote e legati, prevista dal r.d. n. 3270 del 1923

e successive modificazioni.

Né le norme impugnate possono ritenersi costituzionalmente illegittime per il fatto che il cumularsi delle due imposte, a seconda del valore dell'asse, può far sì che quote di eredità di eguale valore siano gravate da imposte di ammontare differente.

Non é irrazionale, infatti, avere ritenuto diverse, agli effetti tributari, successioni ereditarie per quote dello stesso valore da assi di valore diverso e non vi é quindi violazione dell'art. 3 della Costituzione.

Né d'altra parte può ravvisarsi violazione del principio della capacità contributiva, in quanto nelle imposte a carattere reale la capacità contributiva é data dal valore del bene tassato e non dal patrimonio del soggetto o dei soggetti ai quali il bene appartiene."

14 Le ragioni che avevano ispirato la norma del 2000 sono da ricercare nella esigenza di un ampliamento della base imponibile attraverso il duplice canale della eliminazione della progressività delle aliquote con drastica riduzione e razionalizzazione e in un potenziamento degli strumenti antielusivi a disposizione della amministrazione. La stessa norma si caratterizzava per due elementi di particolare novità: da un lato la previsione di sole aliquote proporzionali e non più progressive, dall'altro, la previsione di una franchigia per ciascuno dei beneficiari di misura variabile a seconda della quantità dei beneficiari stessi. CNN, *Studio 168-2006/T*.

15 Inoltre, vennero introdotte nuove aliquote per scaglioni dal relativo tariffario.

16 In generale derivante da atti scritti alla luce della disciplina civilistica relativa al trasferimento del diritto di proprietà di beni immobili ovvero di particolari categorie di beni mobili *ex art. 1350 c.c.*

17 Nella vigenza del RD n. 3269 del 30 dicembre 1923 era unanimemente riconosciuto in dottrina che la registrazione non fosse principalmente finalizzata ad accertare l'esistenza giuridica dei relativi atti e ad imprimere alle scritture private la data certa di fronte a terzi, se non nell'ipotesi di riscossione della c.d. imposta fissa, dovuta quale "corrispettivo" del servizio di registrazione reso dallo Stato. In tale ottica si affermava che "*la registrazione ben pochi vantaggi arreca alle parti od ai terzi, e serve soprattutto al Fisco, sia perché procura una ragguardevole entrata, sia perché per suo mezzo l'Amministrazione finanziaria può seguire i vari movimenti delle ricchezze private*".

Andrea Fedele, *Ibidem* ; CNN, *Studio 238-2008/T*.

18 All'indomani dell'entrata in vigore della nuova disciplina dell'imposta di registro, contenuta nel DPR n. 634 del 26 ottobre 1972, la natura e la funzione della "tassa d'atto" non apparivano

mutate.

In dottrina si sottolineava che, nonostante il legislatore utilizzasse il termine di imposta in misura fissa e non di tassa, il prelievo aveva indubbiamente “*per giustificazione lo svolgimento di un’attività amministrativa e non un’attività privata e-sprimente capacità contributiva*”.

In tale ottica, veniva affermato che quando l’atto è assunto dal legislatore come indice di capacità contributiva, il legislatore “*impone incondizionatamente l’obbligo della registrazione e di corresponsione d’una imposta, ovvero, se impone l’obbligo di registrazione ma non considera l’atto come indice di capacità contributiva, l’unica imposizione giustificata è quella fissa*”.

Andrea Fedele, *Ibidem* ; CNN, *Ibidem*.

[19](#) Norma poi confluita nell’art. 65 del DPR 131/1986 il quale in assenza di specificazioni a riguardo della tipologia di giudizio, nel silenzio della legge, dottrina e giurisprudenza propendono per una interpretazione estensiva facendo valere la disposizione in parola indifferentemente per qualsiasi tipo di attività giurisdizionale sia per i procedimenti civili che penali.

[20](#) Sul punto, Corte Cost. sent. 333/2001 ; Corte Cost. sent. 522/2002.

[21](#) Il Testo Unico è strutturato in 63 articoli, la maggior parte dei quali ricalca, nella denominazione e nel contenuto, gli articoli dell’antecedente D.P.R. 637/1972.

Nella prima versione era stabilito, come previsto anche nel D.P.R. 637/1972, che l’imposta si applicasse con aliquote progressive e determinate franchigie, a seconda dei gradi di parentela.

Il Testo Unico, oltre a prevedere la consueta imposta sulle singole quote, continuava a prevedere la c.d. imposta sul morto, ricalcando l’originaria disciplina del 1942.

Inoltre, originariamente, il Testo Unico prevedeva un’esenzione del tributo per quote di valore non superiore a 10 milioni di lire e, nel caso in cui i beneficiari fossero fratelli, sorelle o affini in linea retta del dante causa, un’esenzione per quote di valore non superiore a 100 milioni di lire.

Nel periodo intercorrente tra il 1990 e il 2000 sono poi state apportate solo modifiche marginali. Meritano un richiamo le disposizioni della Legge 488/1999, che modificano le franchigie, innalzando la soglia di esenzione da 250 milioni a 350 milioni di Lire.

Successivamente, con il già citato articolo 69 della Legge 21 novembre 2000, n. 342, il quadro complessivo delle imposte sulle successioni subisce un cambiamento rilevante tramite l’eliminazione dell’imposta sull’asse globale: rimane solo la c.d. imposta sulla quota, applicabile unicamente alle singole quote ereditarie (ad oggi la determinazione della base imponibile avviene ex art. 8 TUS).

Trinchese – Visconti, *Le successioni. Diritto e tecnica professionale*, 2016, Ed. Telos.

[22](#) L’art. 1 della Legge 23 dicembre 1993 n. 578 in materia di espanto di organi ha individuato tale momento nella “*cessazione irreversibile di tutte le funzioni dell’encefalo*” ponendo fine al precedente dibattito tra coloro che sostenevano che l’evento morte era determinato nel momento della cessazione dell’attività respiratoria o nella morte c.d. cerebrale o nell’arresto dell’attività cardio-circolatoria, piuttosto che nel momento in cui si fossero verificate cumulativamente tutte le predette circostanze: il c.d. arresto del “*tripode vitale*”.

Ulteriori ipotesi di morte (convenzionale) previste nel nostro ordinamento riguardano le fattispecie contenute nel Titolo IV, Capo II del c.c. con riferimento alla dichiarazione di morte presunta.

23 Dunque nella posizione prevista *ex art.* 485 c.c.

In tal caso troverà applicazione il secondo comma della disposizione secondo il quale “*trascorso (il termine di 3 mesi) senza che l’inventario sia stato compiuto il chiamato all’eredità è considerato erede puro e semplice*”.

24 La nomina del curatore dell’eredità può avvenire in presenza della c.d. eredità giacente, secondo le seguenti condizioni:

- il chiamato all’eredità non ha effettuato l’atto di accettazione;
- il chiamato all’eredità non si trova in possesso dei beni;
- in assenza della nomina di un curatore su istanza dell’avente diritto tale nomina può avvenire d’ufficio da parte dell’autorità giudiziaria con decreto sulla base di una concreta valutazione di tutte le circostanze.

25 Tutti i soggetti chiamati all’eredità che abbiano accettato espressamente o tacitamente l’eredità ovvero risultino averla acquistata *ex art.* 485,II c.c.

26 La base imponibile ai fini della determinazione dell’imposta è calcolabile secondo i criteri indicati *ex art.* 8 e ss. del D.lgs 346/1990 il quale riprende quanto già stabilito in precedenza dall’art. 7 del D.P.R. 637/1972 .

27 Trinchese – Visconti, *Le successioni. Diritto e tecnica professionale*, 2016, Ed. Telos ;

Sergio Dus, *La reintroduzione dell’imposta sulle successioni e donazioni: vecchi e nuovi problemi*, Fisco, 2007, parte I, 1075 ;

Valeria Mastroiacovo, *Considerazioni relative all’entrata in vigore della riforma dell’imposta sulle successioni e donazioni*, Riv.dir.trib., fasc.5, 2001.

28 In termini generali, secondo la disciplina attuale, alla dichiarazione di successione sono tenuti: i chiamati all’eredità ed i legatari, gli immessi nel possesso temporaneo di beni, gli amministratori dell’eredità ed i curatori delle eredità giacenti, gli esecutori testamentari. In caso di più obbligati, la dichiarazione effettuata da parte di uno solo di essi ha l’effetto di liberare gli altri. Il termine per la presentazione dell’atto unilaterale è di 12 mesi dall’apertura della successione. Sono previste ipotesi residuali in cui non è necessario effettuare tale dichiarazione in quanto non risultano tra i beni ereditari beni immobili o diritti reali su beni immobili ed il valore complessivo è inferiore ad Euro 100.000. Il chiamato all’eredità risulta obbligato ad effettuare la dichiarazione fino a quando conserva lo status di chiamato, il quale può essere perduto in caso di rinuncia all’eredità entro 6 mesi. La dichiarazione può essere rettificata.

Sulla base della dichiarazione l’ufficio competente liquida l’imposta principale e notifica l’avviso di liquidazione entro il termine decadenziale di 3 anni dalla presentazione della dichiarazione.

29 Con tre distinti interventi normativi e cioè con l’art. 6 del D.L. 3 ottobre 2006 n. 262 con le modifiche apportate in sede di conversione con i commi da 47 a 54 dell’art. 2 della medesima disposizione nel testo risultante dopo la conversione ad opera della Legge 24.11.2006 n. 286 ed infine, con i commi 77, 78 e 79 dell’art. 1 della Legge 27.12.2006 n. 296 (Legge finanziaria 2007) il legislatore ha reintrodotta l’imposta sulle successioni e donazioni la quale era stata abrogata con l’art. 13 della Legge 18.10.2001 n. 383. La disciplina transitoria relativa a questioni di diritto intertemporale non ha creato problemi rilevanti in merito alle successioni mentre gli atti di liberalità hanno subito due regimi differenti prima di trovare un definitivo assetto all’interno

dell'ordinamento.

[30](#) Più in dettaglio, ex art. 2 comma 47 del D.L. 262/2006 conv. Legge 286/2006 :

“è istituita l'imposta sulle successioni e donazioni sui trasferimenti di beni e diritti per causa di morte, per donazione o a titolo gratuito e sulla costituzione di vincoli di destinazione, secondo le disposizioni del testo unico delle disposizioni concernenti l'imposta sulle successioni e donazioni, di cui al D.lgs 31.10.1990 n. 346, nel testo vigente alla data del 24 ottobre 2001, fatto salvo quanto previsto dai commi da 48 a 54”.

[31](#) Le disposizioni del Testo Unico emanato nel 1990 risultano ad oggi valide, ove compatibili.

La riforma del 2006 tuttavia, ha nuovamente mutato la struttura impositiva, reintroducendo l'imposta abolita nel 2001 e cambiando il sistema di tassazione.

Il nuovo sistema prevede, a differenza di quello in vigore fino al 2001, l'applicazione di franchigie ed aliquote fisse. Il passaggio da un sistema ad aliquote progressive ad uno invece ad aliquote fisse rappresenta pertanto il più rilevante cambiamento; le aliquote variano a seconda del legame, di parentela o meno, tra l'erede ed il *de cuius* come di seguito verrà meglio specificato.

[32](#) Art. 2, comma 47, del D.L. 3 ottobre 2006, n. 262, conv. Legge 24 novembre 2006, n. 286, e ss mod., in sede di disciplina della nuova imposta sulle successioni e donazioni, ha previsto in particolare che:

- “È istituita l'imposta sulle successioni e donazioni sui trasferimenti di beni e diritti per causa di morte, per donazione o a titolo gratuito e sulla costituzione di vincoli di destinazione [...]”.

Circ. AE, n.28/E del 27 marzo 2008.

[33](#) Con particolare riguardo all' art. 8 comma IV del TUS. Tale norma, imponendo il c.d. cumulo delle donazioni pregresse ai fini della determinazione dell'aliquota applicabile all'attivo ereditario da un lato, costituisce il più evidente punto di emersione della necessità di una disciplina unitaria o quanto meno non scollegata delle liberalità effettuate in vita e della seguente successione [...].

Inoltre, da un punto di vista civilistico il fenomeno successorio ha (geneticamente) rilevanti punti di contatto con le liberalità: si pensi all'istituto della collazione ex art. 737 c.c. che impone ai legittimari di conferire ai coeredi le donazioni effettuate in vita e, ancor prima, partendo dal dato testuale, alla necessità che il legislatore del 1942 ha avvertito riunendo nel medesimo libro II del codice civile la disciplina delle successioni e delle donazioni.

Simone Ghinassi, *L'istituto del coacervo nella nuova imposta sulle successioni e donazioni*, Rass.trib., 3/2007

[34](#) Sul punto è stato evidenziato che il regime transitorio ha rilievo concreto solo per quanto attiene all'imposta sulle donazioni, posto che per le successioni si passa dalla inapplicabilità dell'imposta alla sua applicabilità alle successioni apertesesi a decorrere dal 3 ottobre 2006, con termine annuale per la dichiarazione. Si ricorda che per le donazioni anteriormente a tale data l'imposta dovuta era quella di registro e che essa non si applicava nei confronti del coniuge e parenti fino al quarto grado.

Invece per gli altri soggetti l'imposta era applicabile con le aliquote previste dalla Legge di registro sul valore eccedente i 350 milioni di Lire (pari ad Euro 180.759,00) [...].

Sergio Dus, *La reintroduzione dell'imposta sulle successioni e donazioni: vecchi e nuovi problemi*, Fisco, 2007, parte II.

[35](#) *Ex* comma 7 dell'art. 28 del TUS così come modificato.

[36](#) Ai sensi dell'art. 742 c.c. sono escluse dalla disciplina civilistica della collazione e, coerentemente secondo il dettato normativo in parola dalla relativa disciplina fiscale, le erogazioni liberali effettuate per spese per mantenimento e di educazione, le spese mediche e quelle ordinarie fatte per abbigliamento o per nozze.

Inoltre *ex art.* 783 c.c. sono escluse per la medesima *ratio* dalla disciplina fiscale in parola altresì le donazioni di modico valore (c.d. donazioni manuali) la cui valutazione dipenderà dalle condizioni economiche del donante.

[37](#) Si evidenzia che la disciplina civilistica *ex artt.* 769 ss. distingue tra:

- donazioni ;
- altre liberalità tra vivi ;
- liberalità indirette.

Il concetto di liberalità è più ampio di quello di donazione tanto che lo stesso legislatore applica la nozione di liberalità anche ad atti diversi (c.d. liberalità indirette disciplinate dall'art. 809 c.c.).

La causa del negozio di liberalità è costituita dalla volontà di effettuare una attribuzione patrimoniale gratuita che comporti un arricchimento del destinatario, qualificata soggettivamente dalla consapevolezza, nell'autore di essa, che la medesima è operata in assenza di un qualsiasi dovere giuridico oppure soltanto morale o sociale e perciò, in definitiva, per quello spirito di liberalità, che è ontologicamente riferito al contratto di donazione (art. 769 c.c.).

Sul punto *ex multis* Cass.Civ. 3621/1980. La donazione si configurerebbe pertanto come una *species* del più ampio *genus* degli atti di liberalità non esaurendo essa stessa la categoria delle liberalità *inter vivos*. Una parte della dottrina ritiene che fra gratuità e liberalità intercorra un rapporto di *genus ad speciem*. Non sarebbe liberale ogni atto gratuito (come ad es. il comodato) ma certamente ogni liberalità sarebbe a titolo gratuito. Peculiarità della gratuità sarebbe data dalla presenza di un'attribuzione senza corrispettivo, caratteristica delle donazioni. Nei generici negozi a titolo gratuito quali, ad esempio, il godimento di un bene nel comodato o la disponibilità di beni fungibili nel mutuo senza interessi, a differenza di quanto accade per le donazioni, lo svantaggio intrinseco nel depauperamento si configurerebbe in una semplice *omissio acquirendi* e non in un detrimento patrimoniale in senso stretto ed il vantaggio patrimoniale si sostanzierebbe invece in una "mancata spesa", correlata a quel beneficio, e non in un incremento del patrimonio.

F. Gazzoni, *Manuale diritto privato*, 2017 ;

G. Balbi, *La donazione*, in *Trattato di diritto civile*, 1964.

[38](#) *ex art.* 4-bis e 56-bis TUS.

[39](#) Fattispecie di rilevanza fondamentale per le vicende relative al passaggio generazionale.

L'art. 2, comma 47, del D.L. 3 ottobre 2006, n. 262, conv. Legge 24 novembre 2006, n. 286 e ss. mod. ha previsto in particolare che "È istituita l'imposta sulle successioni e donazioni sui trasferimenti di beni e diritti per causa di morte, per donazione o a titolo gratuito e sulla costituzione di vincoli di destinazione ...".

Pertanto, l'ambito applicativo dell'imposta sulle successioni e donazioni è stato notevolmente ampliato rispetto alla precedente disciplina. la quale stabiliva che detta imposta si applicava ai soli

trasferimenti di “*beni e diritti per successione a causa di morte ed ai trasferimenti di beni e diritti per donazione o altra liberalità tra vivi.*”

Di conseguenza, attualmente l'imposta sulle successioni e donazioni trova applicazione con riferimento:

- ai **trasferimenti di beni e diritti per causa di morte**;
- ai **trasferimenti di beni e diritti per donazione**;
- ai **trasferimenti di beni e diritti a titolo gratuito**;
- alla **costituzione di vincoli di destinazione**.

Sul punto, *Circ. AE 22.01.2008 n.3/E* .

40 Atti gratuiti non donativi: “*atti che non prevedono a carico del beneficiario alcuna controprestazione ma sono privi dello spirito di liberalità tipico delle donazioni*” ; ibidem.

41 Atti a titolo gratuito: “*tra gli atti a titolo gratuito sono ricompresi tutti i trasferimenti di beni e diritti privi dell'animus donandi ovverosia della volontà del donante di arricchire il donatario con contestuale suo impoverimento*” ; ibidem.

42 Il comma secondo, prosegue, specificando in armonia con la disciplina civilistica, che “*Ai fini dell'imposta sono considerati parenti in linea retta anche i genitori e i figli naturali, i rispettivi ascendenti e discendenti in linea retta, gli adottanti e gli adottati, gli affilianti e gli affiliati.[...]*”. A tal fine si ritiene applicabile, salvo espressa previsione, la disciplina sulla c.d. filiazione naturale ex Legge 219/2012 la quale ha di fatto equiparato (sul punto, l'art. 315 c.c. è stato sostituito con il seguente :“*Tutti i figli hanno lo stesso stato giuridico*”) all'interno del nostro ordinamento i figli naturali a quelli legittimi, con ogni ripercussione in ambito civilistico, successorio e, conseguentemente tributario.

43 L'art. 36 TUS prevede:

- che i chiamati all'eredità e gli altri soggetti obbligati a presentare la dichiarazione rispondono **SOLIDALMENTE** dell'imposta nel limite del valore dei beni ereditari rispettivamente posseduti;
- che gli eredi rispondono **IN SOLIDO** dell'imposta globalmente dovuta ma chi accetta con beneficio d'inventario ne risponde nel limite del valore della propria quota ereditaria;
- che i legatari sono tenuti al pagamento dell'imposta relativa ai rispettivi legati.

Tesoro, parte speciale, ibidem.

44 Tesoro, parte speciale, ibidem.

45 All'apertura della successione il patrimonio ereditario entra complessivamente in una fase di quiescenza. Pur non appartenendo più al defunto esso non appartiene ancora neppure all'erede in quanto la trasmissione dal primo al secondo si verifica solo con l'accettazione dell'eredità ex art. 459 c.c. Prima di tale atto il patrimonio ereditario, considerato come un *unicum*, assume la veste di patrimonio destinato il cui titolare è individuato dalla legge o dal *de cuius*.

Giuseppe Chinè, *Manuale di diritto civile*, 2014, Nel Diritto editore.

46 E' stato sottolineato che i beni che non rientrano nell'attivo ereditario fanno generalmente parte del c.d. *relictum* e dunque dell'asse ereditario. Mentre nell'art. 11 TUS sono elencati una

serie di beni che, pur rientrando nell'attivo ereditario non possono però far parte del c.d. *relictum*: si tratta tra gli altri, dei crediti verso gli enti pubblici territoriali o verso enti pubblici non territoriali che gestiscono forme obbligatorie di previdenza o di assistenza sociale, compresi quelli per il rimborso di imposte e tributi. Tali crediti rientrano nell'attivo ereditario anche se solo riconosciuti dal'ente mentre rientrano nell'asse ereditario se riconosciuti ed accertati giudizialmente.

Infine nell'asse ereditario civilistico rientrano anche i beni esenti o esclusi da imposta, i quali, viceversa, certamente non rientrano nell'attivo ereditario.

Simone Carunchio, *La composizione dell'asse ereditario e la compilazione della dichiarazione di successione*, Fisco, 2015, 47-48, 4555.

[47](#) Il c.d. "asse ereditario" indica sia la massa ereditaria civilistica che la base imponibile ai fini dell'applicazione dell'imposta di successione, pertanto risulta necessario sottolineare e distinguere tali aspetti per evitare applicazioni errate dell'istituto.

Per completezza si specifica che tali indicazioni riguardano ogni singola quota ereditaria, le quali, successivamente dovranno essere sommate tra loro al fine di ottenere l'asse ereditario tributario complessivo. Come in precedenza accennato, la norma si riferisce, enunciandolo, all'asse ereditario senza ulteriore specificazione (e non ad ogni singola quota) è il risultato della citata riforma sull'imposta di successione e donazione avvenuta con la Legge 342/2000.

Prima dell'entrata in vigore di tale norma era prevista la c.d. doppia tassazione : imposta sull'asse globale e successiva imposta su ogni singola quota.

[48](#) - Se: il *de cuius* è residente in Italia il patrimonio da sottoporre ad imposta di successione comprende tutti i beni ed i diritti trasferiti anche se esistenti all'estero.

- Se: il *de cuius* è residente all'estero il patrimonio da sottoporre ad imposta di successione comprende solo i beni esistenti nel territorio italiano, ma si presumono comunque nel territorio dello Stato (salvo prova contraria):

- i beni iscritti nei pubblici registri ed i diritti reali di godimento ad essi relativi;
- le azioni o quote di società, le quote di partecipazione in enti diversi dalle società che hanno nel territorio dello Stato la sede legale o amministrativa o l'oggetto principale dell'attività;
- le obbligazioni ed i titoli in serie o da massa diversi dalle azioni, emessi dallo Stato o da soggetti ivi residenti;
- i titoli rappresentativi di merci esistenti nello Stato;
- i crediti garantiti da un bene esistente in Italia fino a concorrenza del relativo valore.

[49](#) Tesauro, parte speciale, ibidem.

[50](#) Tesauro, parte speciale, ibidem.

[51](#) De Rosa, Russo, Lo Presti, Angeli, ibidem.

[52](#) ex art. 34 TUS non sono rettificabili i valori degli immobili iscritti in catasto con attribuzione di rendita dichiarata in misura non inferiore (per i terreni) a 75 volte il reddito dominicale risultante in catasto e, per i fabbricati, a 100 volte il reddito risultante in catasto, dati aggiornati con i coefficienti stabiliti per le imposte sui redditi.

[53](#) Tesauro, parte speciale, ibidem ;

Le modalità di determinazione del valore delle quote di società non quotate, ai fini dell'imposta sulle successioni, sono definite dall'art. 16, comma 1, lett. b) TUS:

- il valore della partecipazione al capitale di società non quotate deve essere definito con riferimento al *“valore proporzionalmente corrispondente al valore, alla data di apertura della successione, del patrimonio netto dell'ente o della società risultante dall'ultimo bilancio pubblicato o dall'ultimo inventario regolarmente redatto e vidimato, tenendo conto dei mutamenti sopravvenuti”*.

Sul punto interessanti questioni sono emerse con Cass.Civ. 11.12.2015 n. 25007.

[54](#) Ex art. 23 TUS.

[55](#) Tali atti devono risultare da: data certa, provvedimento giurisdizionale o estratto notarile.

Si sottolinea che l'art. 23,1 TUS prevede che tali atti devono essere presentati in copia autentica o in originale, condizione ulteriormente ribadita ex art. 30, 1, lett. i) TUS.

E' necessario aggiungere che recentemente è stato modificato il comma 3-bis dell'art. 30 del TUS il quale ha viceversa consentito che il contribuente possa allegare copie semplici purché vi sia una dichiarazione sostitutiva di atto di notorietà ex art. 47 del DPR 445/2000.

Sul punto, Carunchio, *La dichiarazione di successione tra semplificazioni e norme europee*, Il Fisco, 19/2015, 1857.

[56](#) L'ente beneficiario al fine di non decadere dall'agevolazione deve dimostrare di aver impiegato i beni o i diritti ricevuti o la somma ricavata dalla loro alienazione per il conseguimento delle finalità proprie di natura sociale indicate dal testatore o dal donante, entro cinque anni dall'accettazione dell'eredità o dall'acquisto del legato, producendo una specifica dichiarazione al competente Ufficio delle Entrate, in assenza, il soggetto sarà tenuto alla corresponsione dell'imposta unitamente agli interessi legali.

[57](#) Secondo cui si definisce patto di famiglia: *“il contratto con cui, compatibilmente con le disposizioni in materia di impresa familiare e nel rispetto delle differenti tipologie societarie, l'imprenditore trasferisce, in tutto in parte, l'azienda, e il titolare di partecipazioni societarie trasferisce, in tutto o in parte, le proprie quote, ad uno o più discendenti.”*

Tale contratto necessita della forma scritta e della pubblicità mediante atto pubblico a pena di nullità.

[58](#) ex art. 73 comma I del TUIR, sono soggetti passivi:

- società per azioni
- società in accomandita per azioni
- società a responsabilità limitata
- società cooperative
- società di mutua assicurazione
- società europee di cui al regolamento (CE) n. 2157/2001

- società cooperative europee di cui al regolamento (CE) n. 1435/2003 residenti nel territorio dello Stato.

[59](#) Ex cpv art. 3 comma 4-ter TUS, “in mancanza si decadrà dal beneficio con conseguente obbligo di corrispondere l'imposta in misura ordinaria oltre alla sanzione amministrativa ex art. 13 D.lgs 18.12.1997 n. 471 ed agli interessi di mora decorrenti dalla data in cui l'imposta avrebbe dovuto essere corrisposta.”

[60](#) Tesauro, *Istituzioni di diritto tributario*, parte speciale, 2016.

[61](#) Ex art. 8 comma 1-bis TUS: “Resta comunque ferma l'esclusione dell'avviamento nella determinazione della base imponibile delle aziende, delle azioni, delle quote sociali.”

[62](#) In quanto anche a tali atti sono applicabili gli artt. 15 e 16 del TUS, in applicazione dell' artt. 2 comma 50 del D.L. n. 262/2006 e dell'art. 56 quarto del TUS.

[63](#) De Rosa, Russo, Lo Presti, Angeli, *ibidem*.

Tesauro, parte speciale, *ibidem*.

[64](#) Per i portatori di handicap grave (Legge 5 febbraio 1992, n. 104), è stato previsto il diritto a una franchigia superiore, pari ad Euro 1.500.000, indipendentemente dal rapporto di parentela con il defunto o il donante.

Tutte le franchigie si calcolano sempre sul valore della donazione oppure della quota di eredità attribuita a ciascuno dei beneficiari, e non più sul patrimonio complessivo lasciato dal defunto.

Questo meccanismo fa sì che la franchigia aumenti al crescere del numero dei beneficiari.

Per esempio, se il defunto lascia, oltre alla moglie, quattro figli, ciascuno di essi ha diritto alla franchigia di un milione di euro, e il patrimonio sul quale non si applica l'imposta arriva fino a cinque milioni di euro. Grazie alla franchigia, dunque, in molti casi il coniuge e i figli non devono pagare la tassa di successione e donazione, ma solo le imposte ipotecarie e catastali sugli immobili, se compresi nell'eredità o nella donazione.

[65](#) Ex quarto comma dell'art. 8 TUS.

Sul punto, Ghinassi, *L'istituto del coacervo*, *ibidem*.

[66](#) Sul punto si è espressa recentemente Cass. Civ. Sez.V 11.05.2017 n. 11677.

[67](#) Cass.Civ. Sez.VI, con tre ordinanze di rinvio, rispettivamente le nn. 3735-3737 e 3886 del 2015 con le quali ha ritenuto in primo luogo applicabile l'imposta sulle successioni e donazioni in misura proporzionale dell'8% sulla costituzione dei vincoli di destinazione, in particole del *Trust* .

Sul punto, Thomas Tassani, *Sono sempre applicabili le imposte di successione e donazione sui vincoli di destinazione?*, *Trusts*, 2015, 4, 351.

[68](#) Circ.AE n.3/2008

[69](#) Sergio Dus, *La reintroduzione dell'imposta sulle successioni e donazioni: vecchi e nuovi problemi*, Fisco, 2007;

Thomas Tassani, *Sono sempre applicabili le imposte di successione e donazione sui vincoli di destinazione?* *Trusts*, 2015, 4, 351.

[70](#) Il negozio fiduciario in genere è un contratto atipico, mediante il quale un soggetto (fiduciante) trasferisce ad un altro (fiduciario) un diritto o la mera legittimazione al relativo esercizio, sulla base di un accordo (il cosiddetto *pactum fiduciae*) che vincola le parti, stabilendo modalità, tempi, condizioni di esercizio del diritto e che fissa principalmente lo scopo che il fiduciario si impegna a realizzare.

[71](#) Gazzoni, *Ibidem*.

[72](#) Il *trust* è un istituto tipico del diritto anglosassone, che consente di separare alcuni beni dal patrimonio di una persona. Nel *trust* un bene o un diritto viene trasferito da un soggetto (il “disponente”) a un altro soggetto (il “*trustee*”), che ne diviene titolare, ma resta completamente separato dal resto del suo patrimonio. Il *trustee* amministra ciò che ha ricevuto nell’interesse di uno o più “beneficiari”, o comunque per un fine specifico. L’oggetto del *trust* è estraneo anche al patrimonio del disponente, che se ne è spogliato con l’atto istitutivo, e degli eventuali beneficiari, i quali possono, secondo i casi, avere il diritto di utilizzare i beni oppure goderne i frutti.

Il *trust* presenta alcuni vantaggi particolari, tali da renderne appetibile l’utilizzo anche nel nostro ordinamento giuridico. Anzitutto, il patrimonio del *trust* è assolutamente inattaccabile dai creditori del disponente, del *trustee* e, entro certi limiti, anche del beneficiario. Il *trust*, infatti, a differenza del nostro negozio fiduciario, ha efficacia reale, ed è quindi opponibile ai terzi. Inoltre, i beni del *trust*, pur essendo di proprietà del *trustee*, non cadono in successione alla sua morte. I beneficiari, quindi, sono tutelati anche contro questa evenienza. Infine, il *trust* può assumere le stesse finalità di una fondazione, ma con un’amministrazione più semplice e soprattutto senza la necessità del riconoscimento governativo. L’Italia ha aderito a una convenzione internazionale per il riconoscimento del *trust*, ma non lo ha mai disciplinato con una normativa specifica. Si ritiene comunque ammissibile l’istituzione di *trust* in Italia, se le sue finalità non sono in contrasto con il nostro ordinamento (come sarebbe, per esempio, un *trust* istituito allo scopo di aggirare la normativa antiriciclaggio). Negli ultimi anni alcuni *trust* sono stati istituiti in Italia, e si sono delineati i primi orientamenti della giurisprudenza e degli operatori. L’Associazione Bancaria Italiana, per esempio, ha inviato a tutte le banche una circolare per spiegare come aprire un conto corrente intestato a un *trustee*. Nelle conservatorie dei registri immobiliari sono state eseguite trascrizioni di immobili costituiti in *trust* o acquistati da *trustee*.

Per quanto riguarda gli aspetti fiscali, rimangono ancora alcuni dubbi, anche se il legislatore ha disciplinato i vincoli di destinazione, tra cui rientra il *trust*. L’Agenzia delle entrate ha chiarito ufficialmente la posizione dell’amministrazione finanziaria (circolare 6 agosto 2007, n. 48, e circolare 22 gennaio 2008, n. 3). Il trasferimento dei beni dal disponente al *trustee* è soggetto all’imposta di donazione con aliquota proporzionale (4%, 6% o 8%) calcolata in base al grado di parentela tra il disponente e il beneficiario (si applica l’aliquota massima se il beneficiario è indeterminato), oltre alle imposte ipotecarie e catastali (2% e 1%) se vengono trasferiti beni immobili. Sono comunque applicabili le franchigie previste per i parenti in linea retta, il coniuge, i fratelli e le sorelle e i portatori di handicap grave.

Non è tassato, invece, il trasferimento dei beni dal *trustee* al beneficiario.

Paolo Tonalini, *Passaggio generazionale e protezione del patrimonio*, CNA, Pavia, 2016 .

[73](#) Circ.AE n.3/2008.

[74](#) Il primo orientamento in tal senso fu stabilito con Circ. AE n.48/2007.

[75](#) Non senza critiche, vedi il contributo reso da Thomas Tassani, *ibidem*.

[76](#) CNN, Studio 132-2015 ;

Thomas Tassani, *ibidem*.

[77](#) Thomas Tassani, *ibidem*.

[78](#) Con il nuovo art. 2929-*bis* c.c., dal 27 giugno 2015 (introdotto con D.L. 27 giugno 2015, n. 83) è consentito ai creditori che siano stati danneggiati da un atto del debitore il quale ha costituito un vincolo di indisponibilità o ha trasferito a titolo gratuito beni immobili o mobili iscritti in pubblici registri, successivamente al sorgere dell'obbligazione, di procedere all'esecuzione forzata (se munita di titolo esecutivo) senza aver prima ottenuto una sentenza dichiarativa dell'inefficacia dell'atto, a condizione che venga trascritto il pignoramento entro un anno dalla trascrizione dell'atto pregiudizievole.

[79](#) *ex art.* 11 del D.lgs 10 marzo 2000, n. 74

[80](#) *ex* D.lgs nn. 7 – 8 del 15 gennaio 2016

[81](#) Vedi riforma del 2006 e *ss mod.*