

Consiglio Nazionale del Notariato

Studio n.14-2024/T

IL REGIME IMPOSITIVO DEI REDDITI DIVERSI IN CASO DI COSTITUZIONE DI DIRITTI REALI DI GODIMENTO

di Francesco Raponi

(Approvato dalla Commissione Studi Tributarî il 1° febbraio 2024)

Abstract

A seguito delle modifiche introdotte dalla legge di bilancio per il 2024 la costituzione di diritti reali di godimento a titolo oneroso può risultare imponibile come reddito diverso non risultando più assoggettata al regime delle plusvalenze immobiliari.

Con lo scopo di approfondire il nuovo scenario, si proverà innanzitutto a chiarire cosa debba intendersi, nell'ambito applicativo delle imposte sui redditi, per cessione e costituzione a titolo oneroso aventi ad oggetto diritti reali di godimento.

Inoltre, con l'invito all'utilizzo delle risultanze del presente contributo con estrema prudenza, si offriranno argomenti per sostenere che le differenti applicazioni, del regime delle plusvalenze immobiliari e di quello dei redditi diversi, emergenti a seguito della novella, valgono per tutti i diritti reali di godimento e quindi anche nel caso in cui a formare oggetto della cessione o della costituzione onerosa sia il diritto di usufrutto.

L'approfondimento sarà completato analizzando la tipologia degli atti interessati, i soggetti passivi nonché l'oggetto e le modalità di calcolo del reddito di cui alla lett. h) dell'art. 67 Tuir, nella nuova declinazione prevista dalla legge di bilancio per il 2024.

Indice

A. INTRODUZIONE - A1. La nuova normativa - A2. Inquadramento introduttivo –

B. DIFFERENZA TRA CESSIONE E COSTITUZIONE DI DIRITTI REALI DI GODIMENTO: INQUADRAMENTO GENERALE - B1. Cessione e costituzione di diritti reali di godimento nel sistema delle imposte sui redditi - B2. Cessione e costituzione di diritti reali di godimento nell'ambito applicativo delle imposte dirette: proposta di interpretazione in base agli effetti prodotti -

C. CESSIONE E COSTITUZIONE DI USUFRUTTO – C1. Concessione in usufrutto di cui alla lett. h) dell'art. 67 Tuir quale fattispecie costitutiva e non traslativa. – C2. Vendita della piena proprietà in caso in cui gli acquirenti chiedano di acquistare separatamente l'usufrutto e la nuda proprietà - C3. Vendita della piena proprietà operata congiuntamente dal nudo proprietario e dall'usufruttuario – C4. Alienazione onerosa del diritto di usufrutto da parte dell'usufruttuario – C5. “Cessione” del diritto di abitazione operata dall'usufruttuario – C6. Cessione della nuda proprietà effettuata dal pieno proprietario

D. ATTI E SOGGETTI - D1. Atti che possono far emergere un reddito diverso ai sensi del nuovo

disposto di cui alla lett. h) art. 67 Tuir - D2. Soggetto costituente - D3. Titolare di un diritto reale di godimento soggetto passivo dei redditi ex art. 67 lett. h) Tuir - D4. Soggetto acquirente

E. OGGETTO - E1. Beni immobili che possono essere interessati dalla nuova fattispecie impositiva

F. DURATA - F1. La costituzione dei diritti reali di godimento - durata del diritto a tempo determinato o a tempo indeterminato - F2. Contratti in corso alla data del 1.1.2024 - contratti preliminari stipulati nell'esercizio anteriore al 1.1.2024 -

G. MODALITA' DI CALCOLO - SPESE DI PRODUZIONE - G1. Differenze tra le plusvalenze immobiliari ex lett. b) dell'art. 67 Tuir e i redditi di cui alla lett. h) dell'art. 67 Tuir- G2. Modalità di calcolo nelle due distinte fattispecie di redditi diversi ex lett. b) e lett. h) dell'art. 67 Tuir - G3. Spese di produzione negli atti di costituzione dei diritti reali di godimento - G4. Rideterminazione del costo fiscale del diritto reale oggetto di costituzione onerosa

H. INTERVENTO DEL NOTAIO - H1. Esclusione della liquidazione dell'imposta tramite Notaio

I. CAUSE DI ESCLUSIONE - I1. Esclusione dell'applicazione ai redditi ex lett. h) del regime delle eccezioni di cui alla lett. b) dell'art 67 del Tuir - I2. Sintesi riepilogativa

L. CONCLUSIONI

A. INTRODUZIONE

A1. La nuova normativa

Il tema dei redditi diversi è stato oggetto di alcune novità introdotte dalla legge di bilancio per il 2024¹ che possono avere ricadute importanti sull'attività notarile.

Prima di sviluppare le numerose tematiche inerenti la novella è opportuno riportare integralmente il testo delle norme modificate, con evidenza in grassetto delle novità².

Art. 9, comma 5 Tuir (D.P.R. 22 dicembre 1986, n. 917)

«Ai fini delle imposte sui redditi, **laddove non è previsto diversamente** le disposizioni relative alle cessioni a titolo oneroso valgono anche per gli atti a titolo oneroso che importano costituzione o trasferimento di diritti reali di godimento e per i conferimenti in società».

Art. 67, comma 1 Tuir (D.P.R. 22 dicembre 1986, n. 917)

«Sono redditi diversi se non costituiscono redditi di capitale ovvero se non sono conseguiti nell'esercizio di arti e professioni o di imprese commerciali o da società in nome collettivo e in accomandita semplice, né in relazione alla qualità di lavoratore dipendente:

(omissis)

h) i redditi derivanti dalla concessione in usufrutto, **dalla costituzione degli altri diritti reali di godimento** e dalla sublocazione di beni immobili, dall'affitto, locazione, noleggio o concessione in uso di veicoli, macchine e altri beni mobili, dall'affitto e dalla concessione in usufrutto di aziende; l'affitto e la concessione in usufrutto dell'unica azienda da parte dell'imprenditore non si considerano fatti nell'esercizio dell'impresa, ma in caso di successiva vendita totale o parziale le plusvalenze realizzate concorrono a formare il reddito complessivo come redditi diversi».

1 Legge di bilancio per il 2024 (legge 30 dicembre 2023, n. 213, in G.U. 30 dicembre 2023, n. 303, S.O. n. 40/L), in vigore dal 1° gennaio 2024.

2 Cnn Notizie n. 1 del 3.1.2024 "Legge di bilancio 2024: novità in materia di plusvalenze immobiliari e altre disposizioni fiscali", Segnalazione a cura di A. Lomonaco.

A2. Inquadramento introduttivo.

A seguito delle modifiche introdotte dalla legge di bilancio per il 2024, la costituzione di diritti reali di godimento a titolo oneroso può far conseguire un reddito diverso, ai sensi del nuovo testo della lett. h) dell'art. 67 del Tuir, la cui imposizione può risultare più gravosa³ rispetto a quella che lo stesso negozio avrebbe subito in applicazione del regime delle plusvalenze⁴ immobiliari⁵ di cui alla lett. b) del medesimo art. 67, che fino al 31.12.2023 regolava la medesima fattispecie.

Nello specifico, a partire dal 1° gennaio 2024, la costituzione dei diritti reali di godimento⁶, ossia dei diritti di usufrutto, uso, abitazione, servitù, superficie e enfiteusi⁷, rientra nel perimetro applicativo⁸ di cui all'art. 67 lett. h) del Tuir e non più nell'ambito dell'art. 67 lett. b) del Tuir⁹.

Inoltre sempre dalla stessa data, ai fini della individuazione del relativo regime reddituale, rileva in maniera differenziata la qualificazione, in chiave tributaria, della fattispecie di trasferimento oneroso avente ad oggetto gli stessi diritti reali quale cessione oppure come costituzione¹⁰.

3 In relazione alla maggior parte dei casi la costituzione subirà una tassazione più elevata perché, come si vedrà meglio più avanti, il soggetto passivo non potrà far valere il costo di acquisto nel calcolo del differenziale né avvalersi delle cause di esclusione come invece previsto nella disciplina delle plusvalenze immobiliari.

4 La costituzione a titolo oneroso di un diritto reale di godimento su un bene assoggettato a intervento di superbonus rileverà come un reddito diverso ai sensi dell'art. 67 lett. h) e non come una plusvalenza ai sensi della lett. b-bis del medesimo art. 67 Tuir.

5 Le plusvalenze immobiliari rappresentano una particolare tipologia del più ampio genus dei redditi diversi.

6 Deve trattarsi comunque di una costituzione a titolo oneroso benché la norma non lo preveda espressamente. Si confronti V. Matroiacovo, "La rilevanza dei profili funzionali nella disciplina sostanziale dei tributi", in "Corrispettività, onerosità e gratuità profili tributari" a cura di V. Ficari e V. Mastriacovo, pag. 96 e ss., Giappichelli Torino 2014, ove è anche richiamata in nota la posizione della più recente dottrina. Sul punto si veda anche F. Tesaurò, "Istituzioni di diritto Tributario", Parte speciale, Ottava edizione, Utet 2010, pag.20. L'Autore argomenta dal concetto di reddito prodotto: un'entrata ha natura di reddito solo se deriva da una fonte produttiva, il che implica che il provento abbia come causa un titolo giuridico di natura onerosa. Tale precisazione consente di escludere dal novero dei negozi interessati tutti gli atti di costituzione di diritti reali di godimento a titolo gratuito e quelli la cui causa non presenti profili di onerosità, come ad esempio gli atti di adempimento agli obblighi assunti in sede di separazione o divorzio tra coniugi. Occorre peraltro precisare che tali negozi non possono qualificarsi onerosi quanto agli effetti prodotti in relazione all'applicazione delle imposte sui redditi anche se prevedano l'accollo di debiti/mutui o l'assunzione di specifici obblighi, dovendosi in ogni caso ritenere prevalente la causa solutoria della crisi coniugale. Ad ogni buon conto rimarrebbero comunque attratti nel perimetro applicativo di cui all'art. 19 della legge n.74/1987, che come è noto esenta da tassazione, non solo dall'imposta di bollo e dal registro, ma anche da "ogni altra tassa", tutti gli atti, documenti e procedimenti relativi allo scioglimento del matrimonio e alla cessazione degli effetti civili nonché alla separazione personale dei coniugi. La stessa fattispecie, benché esente in capo al cedente, tuttavia potrebbe rilevare come imponibile in capo al beneficiario se riceva il diritto reale nell'esercizio della sua attività d'impresa oppure della sua professione (si veda Studio n. 15-2018/T "Rilevanza fiscale delle liberalità indirette nelle imposte sui redditi: profili di interesse notarile", Est. F Raponi).

7 Si dovrebbe ricomprendere nel novero dei diritti reali anche il diretto dominio. Tuttavia, attesa la sua natura, appare improbabile configurarne la costituzione anche onerosa. Sulla cessione onerosa dello stesso diritto si veda infra.

8 Possono considerarsi pertanto superate la circolare dell'Agenzia delle Entrate n. 6 del 2018, che era giunta ad equiparare sul piano impositivo la cessione alla costituzione del diritto di superficie, e la Risposta a interpello della medesima Agenzia delle Entrate n. 381 del 2023, che ugualmente equiparava la cessione e la costituzione del diritto di servitù.

9 La nuova normativa potrà essere applicata, per espressa disposizione normativa, solo ai diritti reali e non anche ai diritti personali di godimento che, pur avendo ad oggetto ugualmente il godimento di un bene, trovano la propria fonte in un rapporto obbligatorio. Tale conclusione non comporta però che i redditi derivanti dall'esercizio di tali diritti di credito non possano rilevare diversamente sul piano impositivo. Va sottolineato a tal proposito che l'A.E. (Ris. n.435 del 2019) aveva già precisato che le somme percepite da una società all'atto di costituzione del diritto di superficie dovevano concorrere alla determinazione del reddito per tutta la durata del contratto analogamente a quanto sarebbe avvenuto in caso di somme corrisposte a fronte di un contratto di locazione.

10 La differenza emerge anche dal confronto tra il nuovo testo dell'art. 67 lett. h) e l'art. 9, comma 5, del Tuir, che prevedeva una assimilazione sul piano fiscale tra le disposizioni relative alle cessioni a titolo oneroso e la costituzione o trasferimento di diritti reali

Le prime hanno mantenuto inalterata la loro struttura, e sono rimaste attratte nel regime previgente delle plusvalenze immobiliari, mentre per le costituzioni onerose a seguito della novella è stato previsto un profilo autonomo nell'ambito più ampio dei redditi diversi¹¹.

B. DIFFERENZA TRA CESSIONE E COSTITUZIONE DI DIRITTI REALI DI GODIMENTO: INQUADRAMENTO GENERALE

Per accertare la disciplina di riferimento delle singole fattispecie interessate dalle novità del 2024, occorre individuare, nell'ambito delle imposte sui redditi, un criterio¹² volto a distinguere gli atti aventi ad oggetto i diritti reali di godimento classificabili come cessioni onerose da quelli classificabili come costituzioni a titolo oneroso. Tale specifica analisi sarà limitata ai diritti reali che possono essere trasferiti indistintamente con un negozio di cessione oppure formare oggetto di un atto di costituzione, ossia alle sole operazioni che hanno ad oggetto il diritto di superficie, la proprietà superficaria, l'enfiteusi e il diritto di usufrutto. La medesima ricerca pertanto non potrà riguardare gli altri diritti reali di godimento (servitù, uso e abitazione), rispetto ai quali sarebbe possibile ricevere soltanto un atto di costituzione, non essendone prospettabile¹³ o risultandone vietata la cessione¹⁴; e neanche il diretto dominio¹⁵, che invece, per la sua natura, non potrebbe¹⁶ essere oggetto di un atto di costituzione¹⁷.

L'approfondimento, inoltre, dovrà essere limitato al settore delle imposte sui redditi, rispetto al quale soltanto operano le novità, e presenta delle difficoltà perché proprio in tale specifico comparto rilevano oltre alla qualificazione¹⁸ degli stessi negozi giuridici¹⁹ anche gli effetti prodotti

di godimento. Disposizione quest'ultima che oggi assume un carattere sussidiario essendo applicabile solo "laddove non risulti diversamente".

11 Si vedrà meglio più avanti che in realtà le risultanze della novella indurrebbero a qualificare più propriamente le singole fattispecie in base agli effetti che le stesse producono, a prescindere dalla qualificazione che ne abbiano dato i contribuenti. Come apparirà meglio più avanti, il problema si pone per le cessioni di un diritto "nuovo", rispetto alle quali per la qualificazione in materia di imposte dirette occorrerà caso per caso valutarne gli effetti prodotti. Intitolare un atto come cessione per ritenerlo collocabile tra le plusvalenze potrebbe non risultare sufficiente, in quanto nel sistema delle imposte sui redditi l'imposizione colpisce più che in altri comparti il contenuto dell'atto, non assumendo un rilievo decisivo la relativa qualificazione.

12 Tale ricerca rappresenta una novità assoluta in quanto fino alla modifica della lett. h) dell'art. 67 del Tuir, nell'intero panorama tributario, non si era mai fatto riferimento a tale criterio. L'unica eccezione poteva essere individuata nella qualificazione, ai sensi del vecchio testo dell'art. 67 lett. h), del reddito derivante dalla "concessione in usufrutto" in maniera distinta rispetto alla cessione e alla costituzione dello stesso diritto disciplinate ai sensi del combinato disposto degli artt. 67 lett. b) e 9, 5° comma, del Tuir.

13 Per la servitù arg. ex art. 1068 c.c.

14 Per uso e abitazione arg. ex art. 1024 c.c.

15 Peraltro anche la cessione del diretto dominio che pur se consentita non si riterrebbe imponibile anche se riferita a terreni suscettibili di utilizzazione edificatoria. Si veda Studio n.32-2017/T "Novità in materia di plusvalenze immobiliari: aspetti notarili", par. E, est. F. Raponi.

16 Emergeranno più avanti anche le ragioni più sostanziali che giustificano comunque tale conclusione. Si veda par. B2. Emergerà che nel sistema delle imposte sui redditi, tranne che in specifici casi, non rileva la forma ma la sostanza del negozio giuridico. Laddove il legislatore avesse voluto riferirsi ad un criterio formale lo avrebbe detto espressamente. Si veda ad esempio l'art. 6, comma 3, del Tuir, che qualifica la categoria di reddito applicabile in relazione al tipo di società.

17 Tuttavia, come si vedrà, anche in relazione a tali diritti, rispetto ai quali sembrerebbe che la problematica non abbia ragione di porsi, i risultati della ricerca potranno avere dei riflessi decisivi in relazione al regime fiscale applicabile ad alcune tipologie di negozi che li abbiano ad oggetto. Si veda par. B2. Il riferimento è alla vendita congiunta dei diritti di uso e di abitazione e della proprietà che ne risulti gravata, che potrebbero rilevare come fattispecie plusvalenti.

18 Qualificare un atto come cessione o come costituzione per definirne la disciplina di riferimento nel sistema delle imposte sui redditi potrebbe non risultare decisivo ai fini del relativo inquadramento. In questo scenario rinnovato potrà giocare un ruolo importante anche la tecnica redazionale adottata.

dai singoli atti²⁰.

Il quadro poi è ulteriormente complicato perché, a fronte della differenziazione che è stata introdotta nel Testo unico delle Imposte sui Redditi, nelle disposizioni riguardanti le imposte indirette²¹ invece è ancora prevista l'“equiparazione” tra la cessione della piena proprietà e la costituzione dei diritti reali di godimento, con la conseguenza che caso per caso occorrerà verificare le differenti ricadute che la medesima fattispecie potrebbe avere con riferimento ad ognuno dei comparti interessati²².

A tal fine, con specifico riguardo alla disciplina delle stesse imposte dirette, occorrerà tenere presente che la medesima “equiparazione” potrà valere solo “laddove non sia disposto diversamente”, come previsto dal nuovo alinea dell'art. 9, comma 5, del Tuir. La qual cosa starebbe a significare che per le “costituzioni dei diritti reali di godimento”, anziché il regime delle plusvalenze opererà quello dei redditi diversi, e che le cessioni dei medesimi diritti, che in precedenza non si avrebbe avuto motivo di disciplinare in maniera distinta dalle stesse costituzioni, a seguito della novella del 2024, sono le uniche rimaste equiparabili²³ sul piano fiscale alle cessioni della piena proprietà²⁴.

B1. Cessione e costituzione di diritti reali di godimento nel sistema delle imposte sui redditi

La dottrina civilistica tradizionale²⁵ distingue tra cessione e costituzione di diritti reali di godimento, secondo una ricostruzione basata sulla “novità” o sulla “preesistenza” dello stesso diritto reale

19 Risulterà meglio nel corso del presente lavoro che potrebbe non aiutare a risolvere completamente la questione affidarsi alla distinzione civilistica tra trasferimento del diritto “preesistente” e del diritto “nuovo” per individuare rispettivamente le cessioni e le costituzioni.

20 E' soggetta a imposta l'operazione piuttosto che l'atto in sé. Sul tema, G. Ferranti, “Cambia il regime Irpef dei redditi dalla costituzione dei diritti reali di godimento”, in *Il Fisco* n. 47-48 del 2023, pag. 4435 e segg., ricorda la rilevanza degli effetti economici prodotti nella differenziazione del trattamento fiscale delle singole fattispecie.

21 L'art. 1 Tariffa parte prima del Dpr n. 131 del 1986 (Tur) ove è espressamente prevista l'applicazione della medesima aliquota agli atti traslativi a titolo oneroso o costitutivi di diritti reali di godimento; l'art 1 Tariffa allegata al D.Lgs. n. 347 del 1990 (Tuic) ove si precisa che si applica la stessa imposta proporzionale al trasferimento di proprietà di beni immobili o costituzione di diritti reali immobiliari; l'art. 1 Tariffa allegata al Dpr n. 642 del 1972 (Bollo) nel quale è previsto il bollo nella identica misura di euro 230 sia per gli atti aventi ad oggetto il trasferimento che per quelli riguardanti la costituzione di diritti reali di godimento; infine in maniera ancora più incisiva l'art. 2 del Dpr n. 633 del 1972 (Iva) nel quale si prevede letteralmente che “costituiscono cessioni di beni gli atti a titolo oneroso che importano trasferimento della proprietà ovvero costituzione o trasferimento di diritti reali di godimento su beni di ogni genere”.

22 Si pensi ad un atto mediante il quale un soggetto privato non esercente impresa, arte o professione, proprietario di un immobile, trasferisca a titolo oneroso un diritto reale di godimento sullo stesso bene. Mentre ai fini della applicazione dell'imposta di registro non sarà rilevante la natura giuridica del negozio di trasferimento, invece per collocare la medesima fattispecie nel nuovo regime delle imposte sui redditi sarà necessario stabilire se si tratti di una cessione o di una costituzione.

23 G. Gavelli- F. Giommoni, “Redditi da costituzione dei diritti reali di godimento”, in *Il Fisco* n. 7/2024, pag. 617, nota 13, invece sostengono che l'inciso “laddove non sia previsto diversamente nel Tuir lascerebbe aperta la possibilità che per l'usufrutto non operi tale distinzione”. Più avanti nel testo emergeranno gli argomenti che non consentono di condividere tale conclusione.

24 Nello specifico l'assimilazione tra cessione del diritto di proprietà da una parte (e cessione) e costituzione dei diritti reali di godimento dall'altra, il cui risultato si traduceva nella applicazione dello stesso regime delle plusvalenze immobiliari previsto per le prime anche a queste ultime tipologie negoziali, per il futuro potrà essere fatta valere esclusivamente nelle ipotesi di cessione. Secondo un'altra ricostruzione (Gavelli-Giommoni cit., pag. 616) il regime ex lett. b) dell'art. 67 si applicherebbe soltanto con riferimento alla cessione di diritti reali di godimento susseguente alla loro costituzione e quindi solo se posta in essere dal titolare del medesimo diritto.

25 Secondo la dottrina civilistica tradizionale (E. Betti in “Teoria Generale del Negozio Giuridico”, pag. 26, Editrice Torinese 1960) la costituzione e cessione presentano delle differenze strutturali che consentirebbero di tracciarne una distinzione. Si tratta più nello specifico di “acquisto costitutivo di un diritto reale minore” e “acquisto traslativo del medesimo diritto”. L'acquisto costitutivo dà vita ad un diritto nuovo, diverso da quello preesistente che lo qualifica; si differenzia pertanto dall'acquisto traslativo che invece ha

trasferito, soluzione questa che potrebbe trovare accoglimento anche con riferimento all'applicazione delle imposte sui redditi²⁶.

Più nello specifico, si potrebbe configurare l'operazione come una "costituzione", rilevante ai sensi della lett. h) dell'art. 67 Tuir, nel caso in cui sia posta in essere dal titolare della piena proprietà e l'oggetto dell'operazione sia un diritto reale di godimento classificabile come "nuovo", ossia "non preesistente" in quanto tale in capo al costituente²⁷.

Viceversa si potrebbe inquadrare la fattispecie come una "cessione", soggetta al regime delle plusvalenze immobiliari di cui alla lett. b) dell'art. 67 del Tuir, quando il trasferimento oneroso abbia ad oggetto un diritto "preesistente" e che dunque potrebbe essere effettuato solo da colui che ne sia già titolare²⁸.

Tuttavia occorre rilevare che il parametro costituito dalla "novità" o dalla "preesistenza" del diritto, pur potendo rappresentare un primo valido strumento, non consente di inquadrare tutte le operazioni di cessione e di costituzione che in astratto si possono realizzare nello scenario delle imposte dirette²⁹.

Problematica potrebbe ad esempio risultare la collocazione del negozio posto in essere dal titolare di un diritto reale di godimento preesistente³⁰, che a sua volta costituisca a titolo oneroso un diritto reale di minore portata³¹. Se si ragionasse solo in termini di "preesistenza" del diritto, si dovrebbe poter concludere per la qualificazione di tale fattispecie come "cessione" e ritenere quindi operante la lettera b) dell'art. 67 Tuir. Tuttavia, se invece si ritenesse più correttamente, e come emergerà meglio più avanti, che il titolare del diritto nella sostanza abbia visto solo ristretta e non estinta³² la sua posizione giuridica, si dovrebbe concludere per la sussistenza di una fattispecie "costitutiva", imponibile ai sensi della lettera h) dell'art. 67 Tuir.

Inoltre potrebbe risultare non agevole l'inquadramento, sempre sotto il profilo delle imposte sui redditi, delle fattispecie traslative/costitutive aventi per oggetto il diritto di usufrutto.

ad oggetto un diritto preesistente. L'acquisto costitutivo in definitiva sarebbe qualificato dalla limitazione di un diritto preesistente perché si verificherebbe una restrizione della posizione giuridica del costituente per far posto ad altri. Nell'acquisto derivativo invece rileverebbe la preesistenza del diritto trasferito. In questo senso si sarebbe espresso anche Pugliese in "Usufrutto, uso e abitazione", Editrice Torinese 1972, pag. 123 e segg., che distingue da un lato tra acquisto derivativo e originario e dall'altro tra costituzione ex novo dell'usufrutto e trasferimento di un usufrutto già esistente.

26 Sembrerebbe orientata in questo senso C. Grazioli, "La tassazione dei redditi derivanti dalla costituzione di diritti reali di godimento", in Federnotizie del 7.2.2024. Così anche A. Maura – S. Sanna, "Costituzione di diritti reali immobiliari sempre imponibile nel 2024", in Eutekne.Info del 22.12.2023. Contra Gavelli-Giommoni cit, pag. 617, secondo i quali tale schema dovrebbe essere valido soltanto per i diritti reali di godimento diversi dall'usufrutto.

27 Esempio: Tizio titolare della piena proprietà costituisce a titolo oneroso a favore di Sempronio un diritto di superficie.

28 Esempio: Tizio titolare del diritto di enfiteusi cede a titolo oneroso a Sempronio lo stesso diritto.

29 Sarebbe peraltro troppo semplicistico differenziare il regime dei profili reddituali basandosi solo sul *nomen iuris* del negozio adottato (cessione o costituzione): le parti opterebbero per la più favorevole "cessione del diritto reale di godimento" (assoggettata al regime delle plusvalenze immobiliari) piuttosto che per la "costituzione" del medesimo diritto (assoggettata al regime dei redditi diversi). D'altra parte, alla luce della nuova normativa, benché qualificata come "cessione", la fattispecie potrebbe essere riqualificata dall'A.E. come "costituzione", rappresentando un presupposto per l'applicazione del nuovo reddito diverso ex lett. h) dell'art 67 del Tuir. Come si vedrà meglio più avanti, occorre inquadrare la fattispecie in base all'effetto prodotto dall'atto traslativo o costitutivo di diritti reali di godimento piuttosto che sulla forma e sulla novità o preesistenza del diritto trasferito.

30 Il tema è quello della circolazione del "diritto preesistente". Quando viene trasferito in tutto o in parte, il diritto trasferito è quello "preesistente" oppure è un diritto che rispetto ad esso può definirsi "nuovo"? Anche in questo caso la soluzione che appare preferibile è quella di basarsi sugli effetti prodotti dall'atto traslativo e dunque distinguere le fattispecie a seconda che il diritto (preesistente) in capo al cedente/constituente si sia o meno estinto completamente.

31 Per quanto si dirà più avanti la fattispecie realizza una costituzione.

32 E non completamente estinta.

B2. Cessione e costituzione di diritti reali di godimento nell'ambito applicativo delle imposte dirette: proposta di interpretazione in base agli effetti prodotti

Con l'invito alla massima prudenza, si ritiene che per individuare una soluzione³³ che possa conciliare maggiormente tutti gli aspetti propri del nuovo scenario impositivo, occorre³⁴ tenere in considerazione³⁵, oltre alla "novità" o alla "preesistenza" del diritto reale di godimento oggetto del negozio, anche e soprattutto gli effetti prodotti dai singoli negozi o ancora meglio i relativi aspetti sostanziali piuttosto che quelli formali³⁶. Nello specifico, bisogna valutare caso per caso se in capo al cedente/costituente, e con riferimento al bene ceduto, a negozio concluso, sia rimasto in essere³⁷ un diritto reale compatibile con quello costituito/trasferito³⁸ oppure se non sussista più alcun diritto a suo favore³⁹.

Pertanto, al fine di qualificare un atto come "costituzione di diritti reali di godimento a titolo oneroso", più che il *nomen iuris*, occorre verificare se all'esito della medesima operazione si sia attuata anche una limitazione del diritto preesistente intesa quale restrizione della posizione giuridica del disponente per far posto ad altri⁴⁰. Viceversa, l'operazione dovrebbe essere configurata come "cessione", anche nel senso tributario del termine, se il pieno proprietario vende contestualmente, e per l'intero, la stessa piena proprietà anche frazionandola in diritti reali minori, senza trattenere alcun diritto sul bene, spossessandosi dello stesso in maniera completa e

33 La definizione più chiara possibile della linea di demarcazione tra cessioni e costituzioni onerose di diritti reali di godimento dovrebbe servire anche nell'ottica di escludere il ricorso a soluzioni a titolo gratuito e quindi non imponibili e ad evitare fenomeni elusivi che porterebbero a qualificare in maniera semplicistica tutte le tipologie di trasferimento dei diritti reali quali "cessioni" al fine di assoggettarle alla disciplina meno gravosa delle plusvalenze immobiliari.

34 Sul piano fiscale non potrebbe costituire una valida opzione la possibilità di individuare la cessione del diritto reale di godimento tassata ai sensi della lett. b) soltanto nell'ipotesi in cui tale diritto fosse stato, precedentemente, acquistato a titolo oneroso derivativo e non anche nel caso in cui l'acquisto fosse stato effettuato a titolo originario perché solo in questo secondo caso non sarebbe stato possibile calcolare correttamente la plusvalenza (così circ. n. 36 del 2013). La Cass. con sentenza n. 15333 del 4.7.2014 aveva già ritenuto che in entrambi i casi opera, ai sensi del combinato disposto di cui agli artt. 67 lett. b) e 9, comma 5, del Tuir, il regime delle plusvalenze. Si veda Ferrante cit. pag. 4438.

35 Sul piano tributario non potrebbe soccorrere il riferimento alla durata del diritto oggetto dell'operazione. La soluzione prospettata dalla circolare AE n.36 del 2013 di distinguere tra "cessioni" in caso di diritto trasferito a tempo indeterminato (equiparabile alla proprietà), rientranti quindi nell'ambito della lett. b), e "costituzioni" in caso di diritto trasferito a tempo determinato, con operatività della lett. h), alla luce della nuova normativa, non avrebbe più alcuna rilevanza.

36 Il sistema delle imposte sui redditi è improntato alla tassazione degli effetti dell'intera operazione piuttosto che del singolo atto. Muovendo dalla premessa che nel perimetro di applicazione delle imposte dirette non si tassa l'atto ma l'operazione, è stato correttamente sottolineato che il contratto concorre alla definizione di talune ipotesi di reddito come fonte qualificata ma non è l'oggetto della tassazione come avviene nell'applicazione dell'imposta di registro (così A.Carinci, "I profili di rilevanza fiscale del contratto: spunti di riflessione", in "Corrispettività, onerosità e gratuità profili tributari" a cura di V. Ficari e V. Mastroiacovo cit., pag. 415).

37 La prima fattispecie, della cessione, verrebbe ricompresa tra le fattispecie eventualmente plusvalenti. La seconda invece rientrerebbe nel nuovo scenario normativo assoggettato ad imposta ai sensi della lett. h) dell'art. 67 Tuir.

38 Occorrerà distinguere da una parte la cessione operata dal proprietario o dal titolare del diritto reale parziale all'esito della quale il diritto trasferito si estingue in capo al soggetto cedente nel senso che si è cercato di spiegare; dall'altra parte l'operazione di costituzione, che consente allo stesso soggetto di conservare un diritto reale sullo stesso bene.

39 Peraltro la stessa Amministrazione Finanziaria, già in passato (Ris. 5.7.2002 n. 157, Ris. 27.7.2007 n. 192 e Circ. n. 36 del 19.12.2013), in vigenza dell'art. 9, comma 5, del Tuir, aveva escluso che la mera costituzione di un diritto reale di godimento dovesse essere equiparata necessariamente ad una cessione a titolo oneroso del diritto di proprietà e che conseguentemente potesse generare sempre una plusvalenza immobiliare, differenziandone invece il trattamento fiscale a seconda degli effetti economici prodotti. Così G. Ferrante cit., pag. 4436.

40 Betti cit., pag. 25 e segg.

definitiva; oppure ancora quando il titolare del diritto reale di godimento, a sua volta lo cede a titolo oneroso totalmente e senza alcuna riserva.

Con riferimento pertanto ai negozi aventi per oggetto diritti reali di godimento per i quali sia possibile porre la questione della distinzione tra “cessione” e “costituzione”⁴¹, occorre verificare nella sostanza se l’operazione abbia prodotto, in capo al cedente/costituente e in relazione al bene in oggetto, un effetto totalmente o parzialmente estintivo della sua situazione giuridica di partenza.

Di converso, la scelta per la cessione piuttosto che per la costituzione risulterebbe irrilevante in chiave tributaria se gli effetti prodotti dai negozi giuridici fossero identici.

Più in particolare, dire che il pieno proprietario “costituisce” a titolo oneroso un diritto reale di godimento oppure che lo stesso pieno proprietario “cede” sempre a titolo oneroso lo stesso diritto reale, equivarrebbe a descrivere un medesimo effetto giuridico se in entrambi i casi il soggetto passivo (il pieno proprietario) mantenesse per sé una parte della sua originaria “posizione giuridica”, con la conseguenza di ritenere in entrambe le fattispecie il regime dei redditi diversi di cui alla lett. h) dell’art. 67 Tuir⁴².

La conclusione sarebbe di segno opposto, se invece fosse possibile cogliere in capo al soggetto cedente/costituente un effetto estintivo totale della sua posizione giuridica “di partenza”, nel qual caso, a prescindere dal *nomen iuris* e dalla novità/preesistenza del diritto, la cessione e la costituzione rileverebbero per l’imponibilità della eventuale plusvalenza realizzata⁴³.

Se si volesse trarre una sintesi si potrebbe affermare che, se a seguito dell’operazione, il diritto reale oggetto del negozio cessa totalmente, si avrà una “cessione” regolata ex lett. b) dell’art. 67 Tuir. Se invece, dopo l’operazione, persiste in capo al disponente un diritto reale sul bene oggetto del negozio, si avrà una “costituzione” regolata ex lett. h) dell’art. 67 Tuir.

L’intento del legislatore della novella sembrerebbe essere stato, infatti, quello di tassare, attraverso la previsione dell’imposizione della costituzione onerosa tra i redditi diversi⁴⁴, la circolazione della ricchezza derivante dalla produttività nel tempo del diritto e del bene che ne forma oggetto. La qual cosa lascerebbe presupporre che lo stesso soggetto disponente abbia conservato l’esercizio delle facoltà connesse al diritto residuo di cui sia rimasto titolare e ciò anche sul piano fiscale. Viceversa con riferimento alle cessioni onerose la ratio sarebbe quella di assoggettare a imposta (plusvalenza) il guadagno derivato *una tantum* dall’operazione, che in senso tributario deve intendersi definitiva, non essendo più possibile lo sfruttamento economico del bene da parte del soggetto disponente⁴⁵.

41 Si tratta dei negozi aventi per oggetto il diritto di superficie, la proprietà superficaria, il diritto di enfiteusi e di usufrutto. Con riferimento agli altri diritti reali (servitù, uso e abitazione), invece, non solo il divieto di cessione ma anche l’effettiva sostanza degli stessi negozi costitutivi che li abbiano ad oggetto esclude ab origine l’eventualità di una differente qualificazione. In questi casi l’operazione per definizione vedrà il costituente ancora proprietario o titolare del diritto di proprietà che ne risulti gravato. Rientrerebbero invece nel regime delle plusvalenze immobiliari le sole operazioni di cessione poste in essere congiuntamente dal proprietario e dal titolare del diritto di uso o di abitazione, all’esito delle quali il diritto di proprietà risulti integralmente ceduto.

42 Ad esempio si produrrà un effetto costitutivo nel caso in cui il pieno proprietario “costituisce” o “cede” a titolo oneroso un diritto reale minore quale il diritto di enfiteusi, rimanendo titolare del diretto dominio.

43 Ad esempio, come si vedrà meglio più avanti, si realizzerà una cessione potenzialmente imponibile ai sensi della lett. b) se il pieno proprietario “cede” con lo stesso negozio a Tizio la nuda proprietà e a Caio l’usufrutto. Infatti la ratio della imposizione della cessione si ha nel caso in cui il cedente non trattenga alcun diritto sul bene, spossessandosi dello stesso in maniera completa e definitiva.

44 Incidendo in tal senso il soggetto “costituente”.

45 Eventuali pattuizioni di pagamenti rateali non inciderebbero sul presupposto ma sulla liquidazione dell’imposta. Applicando tali

C.CESSIONE E COSTITUZIONE DI USUFRUTTO

Rappresentando la massima prudenza, si ritiene possibile applicare le conclusioni cui si è pervenuti anche alla cessione o alla costituzione del diritto di usufrutto, nonostante che nel testo originario della lett. h) dell'art. 67 Tuir la "concessione in usufrutto" fosse stata e sia ancora ricompresa tra i redditi diversi⁴⁶.

A seguito dell'entrata in vigore della novella, infatti, anche per stabilire se una operazione traslativa a titolo oneroso avente ad oggetto il diritto di usufrutto rientri nella disciplina dei redditi diversi di cui alla lett. h) oppure delle plusvalenze immobiliari di cui alla lett. b) dell'art. 67 Tuir⁴⁷, occorrerà verificare se all'esito dell'operazione il proprietario sia o meno rimasto titolare della nuda proprietà sul medesimo bene⁴⁸.

Più in particolare potrà costituire un valido criterio di accertamento la verifica, da effettuarsi in capo al cedente, se l'operazione sia stata limitata alla cessione del solo diritto di usufrutto oppure se oltre al diritto di usufrutto sia stata trasferita da parte dello stesso soggetto a favore di terzi anche la nuda proprietà.

Ciò premesso, se il pieno proprietario non rimane titolare della nuda proprietà sul bene trasferito, ci si trova di fronte ad una operazione qualificabile come "cessione" rilevante fiscalmente quale plusvalenza. Nello stesso senso, va qualificata come una "cessione" rilevante per le plusvalenze anche quella avente ad oggetto l'usufrutto posta in essere dall'usufruttuario, e ciò alla luce della nuova normativa e contrariamente alla preferenza, espressa in passato, non più sostenibile, della collocazione tra i redditi diversi ex lett. h)⁴⁹.

principi al trasferimento della proprietà superficaria si potrebbe prospettare per esempio un caso di costituzione, riconducibile alla lett. h), se il proprietario di un terreno trasferisce tale diritto sulla costruzione edificata (art 952 -1 comma cc). Se invece il trasferimento della proprietà superficaria è operato da colui che ne è già titolare risulta applicabile il regime delle plusvalenze immobiliari. Nel primo caso all'esito della costituzione il soggetto cedente è rimasto nella titolarità dell'area mentre nella seconda operazione il cedente ha cessato ogni sua posizione giuridica sul bene. Nello stesso senso dovrebbe potersi concludere quando all'esito dell'operazione sia possibile ricostituire la piena proprietà in capo allo stesso soggetto.

46 Non si ritiene pertanto condivisibile la ricostruzione per la quale la modifica dell'art. 67 lett. h) Tuir dovrebbe ritenersi valida soltanto per i diritti reali di godimento diversi dall'usufrutto. Così Gavelli-Giommoni cit., pag. 617.

47 Va precisato, a supporto di tale affermazione, che la stessa Agenzia delle Entrate (circ. n. 81 del 2002), ha espressamente ritenuto che la facoltà di procedere alla rivalutazione deve essere riconosciuta all'usufruttuario atteso che per tale soggetto, per effetto del principio recato dall'art. 9, comma 5, del Tuir, in caso di cessione a titolo oneroso del proprio diritto è possibile realizzare una plusvalenza tassabile ai sensi della lett. b) dell'art. 81, comma 1 (successivamente sostituito dall'art. 67), del Tuir.

48 A tal proposito occorre ricordare che anche nella relazione tecnica al disegno di legge Senato, viene precisato che, salvo i casi specificamente disciplinati dalle norme vigenti, il regime impositivo delle plusvalenze è riservato alle cessioni dei diritti reali di godimento che seguono la loro costituzione ad opera del proprietario, mentre i redditi ritratti in sede di costituzione dei medesimi diritti divengono imponibili per l'intero ammontare percepito nel periodo di imposta. In sintesi la nuova disciplina dei redditi diversi si applica solo al segmento "iniziale" rappresentato dalla costituzione di tali diritti da parte del proprietario e non agli atti di cessione.

49 Nello Studio n.32-2017/T cit., prima della entrata in vigore della novella, si era sostenuto che l'espressione "concessione in usufrutto" si riferisse esclusivamente alla "cessione di usufrutto" posta in essere dall'usufruttuario (art. 980 c.c.), essendo questo (nello scenario precedente) il solo caso in cui risultava possibile trasferire in capo al cessionario le facoltà proprie connesse all'esercizio del diritto di usufrutto. Si era ritenuto più propriamente che soltanto nella fattispecie relativa alla cessione di usufrutto (lett. h) posta in essere dall'usufruttuario il legislatore avesse voluto cogliere un ulteriore segmento diverso e fiscalmente autonomo, volto a tassare in capo al cedente usufruttuario, non solo la cessione in sé ma anche la ricchezza che derivava dalla circolazione della produttività del bene nel tempo. La chiave distintiva tra le varie cessioni di derivazione soggettiva aventi ad oggetto il diritto di usufrutto doveva quindi essere individuata a seconda se la medesima cessione rappresentava anche una causa di estinzione del diritto oppure se all'esito della stessa operazione il medesimo diritto di usufrutto avesse potuto continuare a sussistere nel senso che avrebbe potuto essere ancora sfruttato sul piano economico.

Viceversa, se il cedente rimane titolare della nuda proprietà⁵⁰, l'operazione va considerata come una "costituzione" onerosa⁵¹, assoggettata al nuovo disposto della lett. h) dell'art. 67 Tuir.

C1. Concessione in usufrutto di cui alla lett. h) dell'art. 67 Tuir quale fattispecie costitutiva e non traslativa.

La legge di bilancio per il 2024⁵² sembrerebbe aver chiarito anche il significato da attribuire al termine "concessione", che nell'art. 67 lett. h) era già presente per indicare il presupposto d'imposta che ricorreva con l'attribuzione onerosa dell'esercizio del diritto di usufrutto, definendone la collocazione tra le fattispecie di costituzione aventi ad oggetto il medesimo diritto⁵³. A seguito della novella, infatti, concedere in usufrutto un determinato bene o costituire sullo immobile il medesimo diritto equivale a porre in essere un'operazione il cui effetto prodotto è identico.

Deporrrebbe in questo senso principalmente la formulazione del nuovo testo della lettera h) dell'art. 67 ed in particolare l'utilizzo dell'aggettivo "altri" per collegare la fattispecie già trattata della "concessione in usufrutto" con quella "nuova" rappresentata dalla costituzione degli "altri" diritti reali di godimento⁵⁴. Sempre nella stessa direzione andrebbe letta pure la preposizione "degli", che nel testo precede lo stesso aggettivo "altri" e che starebbe ad indicare, in un'ottica più scientifica, un elemento di un insieme, ma ancora più efficacemente per quanto ci occupa, come appartenente ad una categoria generica. Detto in sintesi, la "concessione" sarebbe una specie del genere "costituzione".

In secondo luogo, in un quadro di maggiore coerenza, sembrerebbe che il legislatore abbia voluto fornire, oltre che un chiarimento sulla collocazione della "concessione" nella nuova disciplina delle imposte sui redditi tra gli atti costitutivi di diritti reali di godimento, anche una sorta di interpretazione autentica del termine "concessione", assimilandone gli effetti fiscali, nell'ottica che

50 Come emergerà meglio più avanti, potrebbe farsi riferimento anche alle fattispecie di costituzione onerosa che sul piano degli effetti prodotti siano equiparabili alle cessioni totali e non parziali del diritto trasferito.

51 Come si vedrà, se avesse venduto contestualmente a terzi la nuda proprietà non si sarebbe verificato il presupposto per l'applicazione dell'art. 67 lett. h) Tuir.

52 Se fino al 31.12.2023, dovendosi tenere presente da un lato il disposto dell'art. 9, comma 5, del Tuir e dall'altro l'art. 67 lett. h) Tuir vecchio testo, si ragionava nell'unico senso possibile di ricondurre la concessione tra le fattispecie di cessione e ci si poteva solo chiedere quali potessero esserne le differenti declinazioni, oggi apparirebbe più chiaramente definito che la concessione dell'usufrutto altro non possa essere che la costituzione a titolo oneroso dello stesso diritto.

53 Peraltro sembrava deporre nello stesso senso anche quanto riportato nel documento di prassi (ris. n. 381 del 2023) della Agenzia delle Entrate più volte sopra richiamato. Anche la stessa Amministrazione Finanziaria infatti sembrava voler affermare il concetto che il termine "concessione" potesse essere utilizzato per considerare in senso unitario le varie ipotesi di trasferimento della "potenzialità reddituale di un immobile"; non aveva concluso affermando che il termine concessione dovesse essere interpretato come cessione ma più esattamente che la concessione della potenzialità reddituale di un immobile fosse equiparabile, sul piano degli effetti, nell'ambito dei redditi diversi, alla costituzione dell'usufrutto. A tal fine se ne potrebbe trarre un ulteriore riscontro dalla stessa sintesi contenuta nel medesimo documento quando si afferma "che il corrispettivo percepito dal proprietario persona fisica a fronte della "costituzione" del diritto di usufrutto costituisce a sua volta un reddito diverso". Il termine "concessione" sarebbe stato adoperato non con riferimento "a tutti gli atti giuridici" ma solo a quelli "aventi l'effetto di trasferire ad altri la potenzialità reddituale di un immobile". Tale assunto sembrerebbe costituire una conferma della conclusione che lo stesso termine non sarebbe stato utilizzato impropriamente perché si sarebbe trattato di tassare in capo all'usufruttuario cedente l'ammontare che costui avrebbe percepito per la "concessione", che faccia in favore di altri, di esercitare il diritto di usufrutto e le facoltà di trarne un reddito ad esso connesse.

54 L'aggettivo "altri" andrebbe letto come "restanti" o "rimanenti", così in Enciclopedia Treccani, www.treccani.it/vocabolario/altro1/

più sopra si è cercato di precisare, alla stessa costituzione del diritto di usufrutto piuttosto che ad una cessione avente ad oggetto il medesimo diritto⁵⁵.

In ragione di quanto sopra non si ritiene pertanto condivisibile la posizione per la quale, per quanto concerne l'usufrutto, continuando a fare riferimento alla concessione e non alla costituzione, si dovrebbero ritenere ancora valide le posizioni espresse dall'Agenzia delle Entrate, secondo le quali il termine "concessione" ricomprenderebbe sia la costituzione del diritto di usufrutto che la cessione del medesimo diritto⁵⁶.

Aderendo all'orientamento che invece è stato rappresentato più sopra, è possibile sintetizzare di seguito la soluzione di alcuni casi pratici.

C2. Vendita della piena proprietà in caso in cui gli acquirenti chiedano di acquistare separatamente l'usufrutto e la nuda proprietà

La vendita della piena proprietà, nel caso in cui gli acquirenti chiedano di acquistare separatamente l'usufrutto e la nuda proprietà, rientra nel regime delle plusvalenze immobiliari di cui alla lett. b) dell'art. 67 Tuir. Infatti all'esito dell'operazione, il venditore, avendo venduto la piena proprietà, non conserva un altro diritto reale, spossessandosi del bene in maniera completa e definitiva⁵⁷.

C3. Vendita della piena proprietà operata congiuntamente dal nudo proprietario e dall'usufruttuario

Per lo stesso principio appena ricordato anche la vendita della piena proprietà operata congiuntamente dal nudo proprietario e dall'usufruttuario, trattandosi di una cessione "estintiva" di ogni diritto in capo ad entrambi i cedenti, rientra nel regime delle plusvalenze immobiliari⁵⁸.

C4. Alienazione onerosa del diritto di usufrutto da parte dell'usufruttuario -

La cessione dell'usufrutto operata dall'usufruttuario, alla luce dell'interpretazione che è stata formulata, non trattenendo il cedente una parte del diritto, che invece viene trasferito totalmente, rientra nella disciplina delle plusvalenze immobiliari di cui alla lett. b) dell'art. 67 Tuir, non

55 Anche dai lavori parlamentari (Dossier alla legge di Bilancio 2024, Volume 1, pag. 198) peraltro emerge chiaramente che i redditi rientranti nella categoria residuale di cui all'articolo 67, lettera h), del Tuir sarebbero unicamente quelli derivanti dalla concessione in usufrutto o dalla costituzione degli altri diritti reali di godimento, con ciò intendendosi che la disciplina di cui all'art. 67 lett. h) si applica con riferimento alla loro costituzione mentre viene confermato il regime delle plusvalenze con riferimento alla loro cessione.

56 Gavelli – Giommoni cit. pag. 612. Secondo questo orientamento quindi la modifica introdotta dalla legge di bilancio per il 2024 non dovrebbe interessare l'usufrutto per il quale sia la "costituzione" da parte del pieno proprietario sia la successiva cessione da parte dell'usufruttuario dovrebbero in ogni caso restare escluse dalla disciplina delle plusvalenze immobiliari generando sempre redditi diversi di cui all'art. 67 lett. h). La stessa Agenzia delle Entrate (Ris. 77/020 del 12.1.1993 e Ris. n. 381 del 12.7.2023), secondo i medesimi autori, sembrerebbe aver concluso asserendo che non possano sussistere differenze sul piano impositivo tra le cessioni a titolo oneroso aventi ad oggetto il diritto di usufrutto e gli atti di costituzione onerosa riguardanti il medesimo diritto, essendo tutte fattispecie da assoggettare ad imposizione quali redditi diversi ai sensi della lett. h) dell'art. 67 Tuir.

57 Ad ogni buon conto si giungerebbe alla stessa soluzione anche in considerazione del principio che non si ritiene possibile che il reddito del cedente possa risentire delle scelte operate dagli acquirenti. Peraltro il caso in oggetto sarebbe soggetto a plusvalenza e non a "reddito diverso" perché il venditore trasferisce l'intera proprietà e non la comprime, costituendo un diritto reale minore.

58 Deporrrebbe nello stesso senso la considerazione che il trasferimento da parte di soggetti diversi, titolari rispettivamente del diritto di nuda proprietà e del diritto di usufrutto, costituirebbe una operazione valutabile in termini di plusvalenza e non di reddito diverso ai sensi della lett. h) perché rappresenterebbe comunque la cessione onerosa di diritti già "esistenti" e non "nuovi".

risultando più validi i ragionamenti⁵⁹ sviluppati sotto la vigenza della norma originaria, che avevano portato a ritenere la fattispecie riconducibile alla lett. h) dell'art. 67 Tuir.

C5. “Cessione” del diritto di abitazione operata dall’usufruttuario

A differenza del caso precedente la cessione (*rectius*, la costituzione) del diritto di abitazione operata dall’usufruttuario rientra tra le fattispecie che possono originare redditi diversi ai sensi della lett. h) dell'art. 67 Tuir, in quanto l’usufruttuario cedente, all’esito della operazione, conserva un diritto sul bene.

C6. Cessione della nuda proprietà effettuata dal pieno proprietario

La cessione della nuda proprietà effettuata dal pieno proprietario rientra comunque tra le fattispecie che potrebbero far emergere solo una plusvalenza immobiliare.

D. ATTI E SOGGETTI

A questo punto si è in anche in condizione di stabilire quali possono essere gli atti interessati dalla nuova fattispecie impositiva e quali sono i soggetti passivi dell’imposta.

D1. Atti che possono far emergere un reddito diverso ai sensi del nuovo disposto di cui alla lett. h) dell’art. 67 Tuir

Possono essere ricompresi nel perimetro applicativo della normativa in esame tutti gli atti di costituzione di un diritto reale di godimento a fronte di un corrispettivo che sono inquadrabili come tali nello scenario che più sopra si è cercato di indicare.

Del pari, muovendo dalla stessa base concettuale, non potrà escludersi che la medesima fattispecie si realizzi mediante una permuta, una transazione immobiliare costitutiva, un contratto di assistenza con trasferimento immobiliare, un conferimento in società o una cessione in luogo di adempimento⁶⁰. Non potrà infine risultare attratta nel perimetro applicativo del nuovo disposto di cui alla lettera h) la rinuncia onerosa ai diritti reali proprio per l’effetto estintivo che lo stesso negozio produce.

D2. Soggetto passivo

Nella direzione che è stata indicata troverà una soluzione anche la problematica della individuazione del soggetto passivo ai sensi del nuovo disposto della lett. h) dell'art 67 Tuir, che coincide con colui che può maturare “redditi diversi”. L’ipotesi più frequente è che si tratti di un soggetto che agisce nella sua sfera privata e non nell’esercizio di impresa, arte o professione⁶¹.

Potrà trattarsi ad esempio di colui che costituisce a titolo oneroso un diritto di servitù su un terreno agricolo oppure del soggetto che sempre a titolo oneroso costituisce sul tetto della propria abitazione, anche se principale, un diritto di superficie per l’installazione di pannelli fotovoltaici.

59 Studio Cnn n.32-2017T, cit.

60 Nella stessa ottica si potrebbe inquadrare anche il contratto di rent to buy.

61 Tra i soggetti che possano risulturne incisi rientrano anche le Onlus, le Organizzazioni di volontariato e le Associazioni di promozione sociale e più in generale tutti gli enti non commerciali che possono avere redditi diversi.

D3. Titolare di un diritto reale di godimento soggetto passivo dei redditi ex art. 67 lett. h) Tuir

Potrà risultare un soggetto passivo del reddito diverso in esame anche il titolare di un diritto reale di godimento, nel caso in cui provveda egli stesso alla costituzione onerosa di un altro diritto reale sempre di godimento di portata minore⁶². E' opportuno ricordare infatti che la costituzione di un diritto reale di godimento può essere effettuata, oltre che dal pieno proprietario, anche dal titolare di un altro diritto reale di godimento, che potrà costituire a sua volta un diritto reale con esso compatibile. Ad esempio un usufruttuario potrà costituire un diritto di abitazione che troverà il limite della durata massima del diritto da cui trae origine. Tuttavia, anche con riferimento a queste specifiche ipotesi, occorrerà previamente inquadrare la tipologia negoziale di riferimento nell'ottica che è stata già evidenziata.

D4. Soggetto acquirente

Atteso che, come chiarito, il soggetto passivo potrà essere soltanto il soggetto cedente/constituente, l'acquirente risulta del tutto estraneo alla nuova fattispecie impositiva. Questa regola di carattere generale consente pure di concludere che, per la medesima ragione, dovrà escludersi qualsiasi effetto sul piano fiscale anche alle scelte operate dallo stesso destinatario della costituzione, specie in relazione alla plurima intestazione dei diritti reali che ne formano oggetto.

E. OGGETTO

E1. Beni immobili che possono essere interessati dalla nuova fattispecie impositiva.

Rispetto al sistema delle plusvalenze immobiliari, il cui perimetro è più limitato, la fattispecie impositiva di cui all'art. 67 lett. h) Tuir può trovare applicazione con riferimento a diverse tipologie di beni immobili. Potrebbe riguardare quindi non solo i terreni edificabili ma pure i terreni non suscettibili di utilizzazione edificatoria ed anche i fabbricati di natura residenziale, pur se costituenti abitazione principale del costituente, oppure ancora i beni strumentali.

F. DURATA

F1. La costituzione dei diritti reali di godimento - durata del diritto a tempo determinato o a tempo indeterminato

Alla luce della nuova normativa, come già anticipato⁶³, si ritiene che la durata del diritto reale non possa incidere sulla rilevanza reddituale della fattispecie costitutiva che lo abbia ad oggetto. In applicazione di tale principio, ad esempio, saranno assoggettate al medesimo criterio impositivo di cui alla lett. h) dell'art. 67 Tuir sia la costituzione del diritto di superficie a tempo determinato che a tempo indeterminato.

Entrambe le fattispecie saranno sottoposte a tassazione per l'ammontare "percepito" a partire dal periodo d'imposta successivo all'atto costitutivo in applicazione del principio di cassa. Dunque ad esempio:

62 Per espressa disposizione normativa l'art. 954 cc contempla tra gli effetti della estinzione del diritto di superficie anche la estinzione dei diritti reali imposti (costituiti) dal superficiario. Anche l'usufruttuario può costituire a titolo oneroso diritti reali di uso e abitazione o anche di usufrutto. Così Pugliese op. cit., pag. 435 e ss. Si esprime con qualche perplessità Bigliuzzi Geri, "Usufrutto Uso e abitazione", Milano 1979, pag. 143.

63 Si veda nota 36.

se Tizio costituisce un diritto di superficie a tempo indeterminato, per un corrispettivo di euro 200.000, percepito in unica soluzione contestualmente alla costituzione, sostenendo euro 2000 di spese specificatamente inerenti la sua produzione (arg. ex art. 71, comma, 2 Tuir), sconta le imposte sull'intero ammontare di euro 198.000 nell'anno successivo alla costituzione;

se invece Tizio costituisce un diritto di superficie sempre a tempo indeterminato e sempre per un corrispettivo di euro 200.000 da percepire in 10 rate annuali di euro 20.000 ognuna, sconta le imposte sull'importo percepito annualmente, al netto delle spese per ogni anno, a partire dall'anno successivo alla costituzione, deducendo in via proporzionale le spese di produzione.

La stessa modalità dovrà essere adottata nel caso di costituzione a tempo determinato (a seconda che il costituente percepisca il corrispettivo in unica soluzione al momento della costituzione del diritto reale oppure ripartito nel corso degli anni di durata).

F2. Contratti in corso alla data del 1.1.2024 - contratti preliminari stipulati nell'esercizio anteriore al 1.1.2024

La nuova normativa non potrà rilevare sul piano fiscale con riguardo ai contratti per i quali era in corso alla data dell'1.1.2024 la sola percezione dell'ammontare convenuto a fronte della costituzione di un diritto reale di godimento, definita con un atto già concluso.

Al contrario la novella si applicherà ai contratti definitivi stipulati in adempimento di contratti preliminari conclusi in data anteriore all'1.1.2024. Il presupposto per l'applicazione del reddito diverso in questi casi infatti si realizzerà solo al momento di stipula del contratto definitivo.

G. MODALITÀ DI CALCOLO-SPESE DI PRODUZIONE

G1. Differenze tra le plusvalenze immobiliari ex lett. b) dell'art. 67 e i redditi di cui alla lett. h) dell'art. 67.

Tra le plusvalenze immobiliari conseguite⁶⁴ ai sensi dell'art. 67 lett. b)⁶⁵ e i redditi diversi di cui alla fattispecie ex art. 67 lett. h)⁶⁶ rilevano alcune differenze significative sia in termini di determinazione dell'imposta che di imposizione.

G2. Modalità di calcolo nelle due distinte fattispecie di redditi diversi ex lett. b) e lett. h) dell'art. 67 Tuir.

In merito alle modalità di calcolo della base imponibile e alle spese incrementative si ravvisano nello specifico alcune differenze⁶⁷ di notevole impatto sul piano impositivo, che potranno far risultare più penalizzate le costituzioni onerose rispetto alle cessioni pur se aventi ad oggetto i medesimi diritti e sugli stessi beni.

Nelle plusvalenze ex lett. b) rilevano il costo di acquisto del bene o le spese di costruzione⁶⁸,

⁶⁴ Soggette ad imposta ai sensi dell'art. 68, 1° comma, del Tuir.

⁶⁵ R. Lupi in "Diritto Tributario – Parte speciale", Milano 2007, pag. 198, nota 101, sottolinea l'affinità del reddito diverso ex lett. h) con i redditi fondiari rispetto ai quali mancherebbe solo il "possesso qualificato" del bene. Per tale ragione sia la concessione in usufrutto che la sub locazione sarebbero regolate dall'art. 67 lett. h).

⁶⁶ Tassati ai sensi dell'art. 71, 2° comma, del Tuir.

⁶⁷ Si osservi al riguardo quanto stabilito dagli artt. 68 e 71, 2° comma, Tuir.

⁶⁸ Ex art. 68 Tuir.

aumentati dei costi inerenti, da contrapporre al corrispettivo.

Nei redditi diversi ex lett. h) invece rilevano solo le spese specificatamente inerenti alla produzione, detratte le quali l'ammontare percepito concorre per intero a formare il reddito imponibile.

G3. Spese di produzione negli atti di costituzione dei diritti reali di godimento.

L'art. 71, comma 2, Tuir recita testualmente che i redditi ex lett. h) sono costituiti dalla differenza tra l'ammontare percepito nel periodo d'imposta e le spese specificatamente inerenti alla loro produzione.

In luogo del prezzo di acquisto e di ogni altro costo inerente il bene medesimo, che caratterizzano il calcolo della plusvalenza, detta norma consente di dedurre dall'ammontare percepito unicamente le "spese di produzione" specificatamente inerenti.

Con riferimento agli atti costitutivi di diritti reali di godimento si palesano tutte le difficoltà nell'individuare quali possano essere tali "spese di produzione", ossia quali possano essere le spese di produzione di un diritto reale atteso che si tratterebbe di quelle relative a un rapporto continuativo che non si esaurisce in un'utilità che può essere percepita anche una tantum.

Lo stesso art. 71, comma 2, fornisce a tal proposito solo un'indicazione che rischia di complicare ulteriormente la problematica, in quanto riunisce sotto un'unica regolamentazione oltre ai redditi ex lett. h) anche quelli di cui alla lett. i) (redditi derivanti da attività commerciali non esercitate abitualmente) e alla lett. l) (redditi derivanti da attività di lavoro autonomo non esercitata abitualmente o dalla assunzione di obblighi di fare, non fare o permettere)⁶⁹.

In definitiva per i diritti reali, fatte salve quelle che potrebbero essere estratte in via proporzionale dalle spese sostenute per acquistare la piena proprietà o il diritto reale di maggiore portata, non si avrebbe la possibilità di individuare ulteriori spese di produzione da portare a decremento dell'ammontare percepito, con il rischio che tutto tale ammontare potrebbe costituire la base imponibile su cui tassare il reddito.

G4. Rideterminazione del costo fiscale del diritto reale oggetto di costituzione onerosa

Con riferimento alla costituzione di diritti reali di godimento non sarà possibile neanche avvalersi della rideterminazione del valore del diritto reale che ne formi oggetto. L'art. 7 della legge n.448 del 2001 è infatti volto solo a consentire la rideterminazione del costo di acquisto in funzione della relativa vendita che faccia conseguire una plusvalenza e non di una costituzione sempre di un diritto reale ma che possa far maturare solo un reddito diverso.

H. INTERVENTO DEL NOTAIO

H1. Esclusione della liquidazione dell'imposta tramite Notaio.

Non trattandosi di plusvalenze non sarà neanche possibile avvalersi della normativa sul versamento dell'imposta sostitutiva del 26%. L'art. 1, comma 496, della legge 23 dicembre 2005 n. 266, infatti, fa espresso riferimento solo all'art. 67 lett. b) e dunque solo alle plusvalenze

⁶⁹ E' evidente che quando si è trattato di far riferimento alle spese di produzione il legislatore aveva in mente solo tali ultime attività rispetto alle quali le stesse spese di produzione sarebbero più facilmente rilevabili, trattandosi di rapporti di durata che richiedono un minimo di organizzazione.

immobiliari. Non ne risulta consentito l'utilizzo con riguardo ad altri profili impositivi pur appartenenti al medesimo comparto⁷⁰.

I. CAUSE DI ESCLUSIONE

I1. Esclusione della applicazione ai redditi ex lett. h) del regime delle eccezioni di cui alla lett. b) dell'art. 67 del Tuir.

Come anticipato il regime delle eccezioni è applicabile solo alle cessioni di cui alla lett. b) dell'art. 67 Tuir e non anche con riferimento alle fattispecie riconducibili alla lettera h) del medesimo articolo.

Ciò premesso, ai fini della applicazione dei redditi diversi di cui all'art. 67 lett. h) Tuir, non rileva se la proprietà del bene sia stata acquisita da oltre 5 anni oppure la distinzione tra terreni suscettibili o non suscettibili di utilizzazione edificatoria⁷¹.

Nello stesso senso non assume alcuna valenza ai fini della disciplina della nuova tipologia di reddito diverso la destinazione ad abitazione principale del bene residenziale che ne formi oggetto⁷².

Infine, come visto, non assume rilevanza neanche l'anno in cui i beni siano stati acquistati⁷³.

Nello stesso senso potrebbe risultare imponible la costituzione di un diritto di uso a titolo oneroso su un locale artigianale operata dopo i 5 anni dall'acquisto.

Infine non ha alcun peso la provenienza ereditaria del bene che ne formi oggetto.

Potrebbe pertanto risultare imponible la costituzione di un diritto di uso a titolo oneroso su un locale artigianale operata dopo i 5 anni dall'acquisto ed anche se il bene sia pervenuto per successione.

I2. Sintesi riepilogativa

Rispetto al passato oggi risultano pertanto imponibili come redditi diversi la costituzione di diritti reali di godimento su:

- terreni non suscettibili di utilizzazione edificatoria, acquistati da oltre cinque anni o acquisiti per successione (es. costituzione onerosa di servitù su terreno agricolo acquistato da oltre 5 anni);
- fabbricati ricevuti per successione (es. costituzione a titolo oneroso diritto di superficie su lastrico di fabbricato strumentale ricevuto per successione);
- fabbricati acquistati/costruiti da oltre 5 anni (es. costituzione onerosa di diritto di abitazione su abitazione ultimata da 20 anni);
- fabbricati ceduti entro i 5 anni ma che per la maggior parte del periodo tra acquisto e cessione siano stati adibiti ad abitazione principale del cedente o dei suoi familiari (es. costituzione onerosa

⁷⁰ Il Notaio si potrebbe limitare solo ad informare la parte costituente del nuovo disposto di cui all'art. 67 lett. h) Tuir.

⁷¹ Ad esempio se Tizio, proprietario da oltre 5 anni del Fondo Alfa (agricolo) e del Fondo Beta (edificabile), costituisce su entrambi i Fondi un diritto di enfiteusi a favore del colono Sempronio, matura un reddito diverso con riferimento a tutte e due le tipologie di beni.

⁷² Ad esempio la costituzione a titolo oneroso di un diritto di superficie sul tetto di un'unità immobiliare che costituisca prima abitazione del costituente o dei suoi familiari potrà risultare ugualmente imponible.

⁷³ Ad esempio la costituzione di un diritto di superficie su un terreno agricolo di cui si sia proprietari da oltre 5 anni, la cui cessione non costituisce una plusvalenza immobiliare, potrà invece costituire un reddito diverso ex lett. h) dell'art. 67 Tuir.

di diritto di usufrutto su abitazione principale del soggetto costituente).

L. CONCLUSIONI

Il passaggio delle costituzioni onerose dei diritti reali di godimento dal regime delle plusvalenze alla più ampia categoria dei redditi diversi sta generando numerosi problemi sul piano applicativo. Non solo di carattere tributario ma anche di natura civilistica. Il notevole impatto sul piano fiscale della nuova previsione infatti sta orientando le scelte, laddove possibile, per soluzioni negoziali a titolo gratuito, e con riferimento a quelle in corso⁷⁴, sta inducendo a trovare opzioni di compromesso che non erano prospettabili al momento della conclusione dei relativi contratti.

La situazione risulta complicata anche alla luce della scelta di legiferare in via frammentata e limitata alla introduzione di singole previsioni nel corpo di norme emanate con altre finalità e soprattutto volte a colpire la nuova ricchezza emergente in settori non propriamente compatibili con la costituzione onerosa di diritti reali di godimento.

Tutto ciò combinato con la non uniforme imposizione sul piano delle imposte indirette⁷⁵ ha generato una situazione di difficile programmazione sul piano fiscale che necessiterebbe di una riorganizzazione di più ampio raggio.

⁷⁴ Si pensi ai contratti preliminari di costituzione di diritti reali di godimento sottoposti a condizione sospensiva.

⁷⁵ La costituzione del diritto di superficie su terreno agricolo secondo l'AF (ris. n. 365 del 2023) è soggetta ad imposta di registro nella misura del 15%. La costituzione del diritto di servitù su terreno agricolo secondo l'AF (ris. n. 4 del 2021) è soggetta ad imposta di registro nella misura del 9%.