Anno 15

IL NUOVO DIRITTO DELLE SOCIETÀ

diretto da Oreste Cagnasso e Maurizio Irrera

coordinato da Gilberto Gelosa

8-2017

In questo numero:

Il nuovo testo unico delle società a partecipazione pubblica

Il sistema sanzionatorio della corruzione fra privati

Una pronuncia in materia di concordato preventivo

Le agevolazioni per gli stranieri residenti in Italia

IUSTITIAM COLIMUS

G. Giappichelli Editore

IL NUOVO DIRITTO DELLE SOCIETÀ

diretto da Oreste Cagnasso e Maurizio Irrera

coordinato da Gilberto Gelosa

8-2017

La Rivista è pubblicata con il supporto degli
Ordini dei Dottori commercialisti e degli Esperti contabili di:
Bergamo, Busto Arsizio, Cremona, Monza e Brianza, Verbania

Sezione di Diritto dell'impresa
a cura di Oreste Cagnasso e Maurizio Irrera.

Sezione di Diritto fallimentare
a cura di Luciano Panzani.

Sezione di Diritto tributario
a cura di Gilberto Gelosa.

Sezione di Pubblica amministrazione e impresa
a cura di Marco Casavecchia.

Sezione di Trust e negozi fiduciari
a cura di Riccardo Rossotto e Annapaola Tonelli.

Sezione di Crisi internazionale d'impresa
a cura di Luciano Panzani e Antonio Leandro.

Sezione di Diritto penale dell'impresa
a cura di Ciro Santoriello.

Comitato Scientifico
Carlo Amatucci, Guido Bonfante, Mia Callegari, Oreste Calliano, Maura Campra, Guido Canale, Paolo Felice Censoni, Stefano A. Cerrato, Mario Comba, Maurizio Comoli, Paoloefisio Corrias, Emanuele Cusa, Eva Desana, Francesco Fimmanò, Patrizia Grosso, Manlio Lubrano di Scorpaniello, Angelo Miglietta, Andrea Perini, Gabriele Racugno, Paolo Revigliono, Emanuele Rimini, Marcella Sarale, Giorgio Schiano di Pepe.

Redazione
Maria Di Sarli - Cristina Saracino (*Coordinatori*).
Alessandro Bollettinari, Alessandra Bonfante, Maurizio Bottoni, Mario Carena, Marco Sergio Catalano, Massimiliano Desalvi, Salvatore De Vitis, Elena Fregonara, Giulia Garesio, Sebastiano Garufi, Stefano Graidi, Alessandro Monteverde, Leonardo Nesa, Vittorio Occorsio, Luca Pecoraro, Giuseppe Antonio Policaro, Irene Pollastro, Federico Riganti, Rossella Rivaro, Enrico Rossi, Riccardo Russo, Marina Spiotta, Andrea Sacco Ginevri, Massimo Travostino, Maria Venturini.

Direttore responsabile: Gilberto Gelosa.

I saggi pubblicati sono sottoposti a *blind referees* scelti tra i professori universitari appartenenti al Comitato scientifico, competenti nei vari settori.
La valutazione degli atti di Convegni e degli scritti già pubblicati o di prossima pubblicazione, nonché delle note redazionali, è riservata ai Direttori.
Ogni saggio ha il titolo ed è accompagnato da un abstract e dall'indicazione delle parole chiave in italiano e in inglese. Vengono pubblicati scritti, oltre che in italiano, in inglese, francese, spagnolo e portoghese.

I contributi per la pubblicazione devono essere inviati ad uno dei Direttori o al Coordinatore ai seguenti indirizzi e-mail: maria.disarli@tiscali.it; cristina.saracino@cagnasso-associati.it

IL NUOVO DIRITTO DELLE SOCIETÀ

In questo numero:

Il nuovo testo unico delle società a partecipazione pubblica

Il sistema sanzionatorio della corruzione fra privati

Una pronuncia in materia di concordato preventivo

Le agevolazioni per gli stranieri residenti in Italia

G. Giappichelli Editore

IL NUOVO DIRITTO DELLE SOCIETÀ
Mensile - Iscrizione al R.O.C. n. 25223
Registrazione al Tribunale di Milano 8 novembre 2002, n. 618

G. GIAPPICHELLI EDITORE - TORINO
VIA PO, 21 - TEL. 011-81.53.111 - FAX 011-81.25.100
http://www.giappichelli.it

ISSN 2039-6880

Nds collabora con RES Centro Studi d'Impresa *e* Via Crisis

Pubblicato on-line nel mese di agosto 2017
presso la G. Giappichelli Editore – Torino

Indice

Diritto dell'impresa

L. GENINATTI SATÈ, Il nuovo testo unico in materia di società a partecipazione pubblica: verso la definizione di uno statuto speciale delle società pubbliche 835

Diritto penale dell'impresa

Presentazione 867

C. SANTORIELLO, Il nuovo sistema sanzionatorio della corruzione fra privati: troppo vaghi i confini della responsabilità delle persone giuridiche 869

C. SANTORIELLO, Novità normative e giurisprudenziali 886

Commenti a sentenza

P. VALLINO-E. GOITRE, Questioni in materia di concordato preventivo: modifica della proposta, rilevanza degli atti in frode *ex* art. 173 l. fall., esercizio dell'azione di responsabilità, sindacato giudiziale ed esclusione dall'elenco dei creditori (Tribunale di Ravenna, 27 ottobre 2015, n. 5060) 893

Diritto tributario

C. PESSINA-A. PESSINA, Legge di stabilità 2017. Le agevolazioni per gli stranieri che intendono risiedere in Italia 915

Segnalazioni

Segnalazioni di diritto commerciale (a cura di Giulia Garesio) 941

Segnalazioni di diritto tributario (a cura di Leonardo Nesa) 950

Contents

Company Law

L. GENINATTI SATÈ, The New Consolidation Act on Publicly-Owned Companies: Towards the Definition of a Special Status of Public Companies 835

Criminal Law of the Company

Presentation 867

C. SANTORIELLO, The new system of sanctioning corruption amongst private individuals – The boundaries regarding the responsibility of judicial persons are still too vague 869

C. SANTORIELLO, News 886

Reports on Conference

P. VALLINO-P. GOITRE, Composition with creditors (concordato preventivo) issues: modification of the proposal, relevance of fraudulent acts according to art. 173 of the bankruptcy law, taking of action for liability against directors, limits of the judicial review and exclusion from the creditors' list (Ravenna Court, 27 october 2015, n. 5060) 893

Tax Law

C. PESSINA-A. PESSINA, The stability law for 2017.Tax breaks for foreign who are going to reside in Italy 915

News

Corporate Law (ed. Giulia Garesio) 941

Tax Law (ed. Leonardo Nesa) 950

Diritto dell'impresa

a cura di Oreste Cagnasso e Maurizio Irrera

Il nuovo testo unico in materia di società a partecipazione pubblica: verso la definizione di uno statuto speciale delle società pubbliche

The New Consolidation Act on Publicly-Owned Companies: Towards the Definition of a Special Status of Public Companies

Luca Geninatti Satè *

ABSTRACT

L'articolo esamina la disciplina introdotta dal d.lgs. n. 175/2016 in materia di società a partecipazione pubblica, trattando le principali questioni critiche e i maggiori problemi interpretativi, evidenziando in particolare come il decreto concorra a definire uno status giuridico proprio delle società pubbliche, diverso e speciale rispetto a quello delle società private (portando così a riconsiderare il principio di autonomia privata sino ad oggi riconosciuto alle pubbliche amministrazioni per l'esercizio dell'attività non autoritativa).

PAROLE CHIAVE: società a partecipazione pubblica – controllo pubblico – *in house* – società miste – *governance* – statuto.

The article examines the new provisions introduced by Legislative Decree no. 175/2016 on publicly-owned companies, addressing the main critical matters and the most important interpretative issues related thereto. In particular, the article focuses on how Legislative Decree no. 175/2016 has been contributing to defining a special legal status of public companies, different from the one of private companies (thus leading to reconsider the principle of private autonomy that has been recognized so far to public administrations in order for them to carry out non-authoritative activities).

KEYWORDS: public companies – public control – in house providing – mixed companies – governance – bylaws.

* Professore associato di Istituzioni di diritto pubblico presso l'Università del Piemonte Orientale.

SOMMARIO:

1. Il d.lgs. n. 175/2016: verso la definizione di uno statuto speciale delle società pubbliche. – 2. Le nuove categorie di società pubbliche. – 3. Le "società quotate" e quelle che emettono strumenti finanziari (e il problema della identificazione dei "mercati regolamentati"). – 4. Costituzione delle società, ricognizione delle società esistenti e obblighi di dismissione delle società non consentite. – 5. Elementi del nuovo statuto giuridico delle società pubbliche: *(a)* forma giuridica e profili di *governance*. – 6. *(segue)*: *(b)* la nuova *governance* delle società "a controllo pubblico". – 7. *(segue)*: *(c)* la possibilità di attribuire la gestione della società ai soci. – 8. L'adeguamento degli statuti sociali delle società esistenti. – 9. La nuova disciplina delle società *in house* e delle società c.d. "miste". – 10. L'assoggettabilità al fallimento e gli altri principali elementi della nuova disciplina della crisi d'impresa delle società a partecipazione pubblica. – 11. Responsabilità degli amministratori e giurisdizione della Corte dei Conti.

1. Il d.lgs. n. 175/2016: verso la definizione di uno statuto speciale delle società pubbliche

Il d.lgs. 19 agosto 2016, n. 175, entrato in vigore il 23 settembre 2016, ha strutturalmente rivisitato la disciplina delle società a partecipazione pubblica, in attuazione della delega conferita con la l. 7 agosto 2015, n. 124 [1].

Il decreto ha introdotto numerose novità in una materia interessata da oltre dieci anni di successione normativa e di stratificazioni giurisprudenziali [2], novità

[1] La Corte costituzionale, con sent. n. 251/2016, ha poi dichiarato illegittimo (fra gli altri) l'art. 18 di quest'ultima legge, ossia proprio la norma di delega del decreto; la sentenza ha tuttavia chiarito che da essa non è derivata automaticamente l'illegittimità dei decreti approvati: anzi, la Corte costituzionale ha espressamente precisato (risollevando il tema teorico della possibilità di regolare gli effetti delle proprie pronunce: su cui v. GENINATTI SATÈ, *Sugli effetti della legge delega dichiarata incostituzionale (e dei decreti legislativi incostituzionali)*, in *Giur. Cost.*, 2016, 2244 ss.; SCACCIA, *Principio di leale collaborazione e funzione legislativa in una sentenza di incostituzionalità "cautelare"*, *ivi*; GORLANI, *La Corte anticipa la tutela della sfera di competenza regionale: la leale collaborazione deve essere assicurata già in fase di emanazione dei decreti legislativi attuativi*, *ivi*) che l'incostituzionalità della legge non si estende "*alle relative disposizioni attuative*". Tuttavia, la legge delega è stata dichiarata illegittima proprio in ragione di una criticità che la Corte ha rilevato nelle regole sul procedimento di approvazione dei decreti attuativi: secondo la Corte, i decreti avrebbero dovuto essere approvati previa "intesa" con le Regioni, non essendo sufficiente la previsione di un semplice parere. In attuazione di questa pronuncia, è stato successivamente emanato il d.lgs. 16 giugno 2017, n. 100, che ha introdotto alcune disposizioni "*integrative e correttive*" del primo, previo l'ottenimento (su tutto il testo) dell'intesa richiesta dalla Corte.

[2] In argomento, *ex multis*, CLARICH, *Società di mercato e quasi-amministrazioni*, in *Dir. amm.*, 2009, 253; SCOCA, *Il punto sulle c.d. società pubbliche*, in *Dir. econ.*, 2005, 239; NAPOLITANO, *Le società pubbliche tra vecchie e nuove tipologie*, in *Riv. soc.*, 2006, 999; ROSSI, *Gli enti pubblici in*

che appaiono significative non solo perché apportano molteplici modifiche alle regole sulla costituzione delle società pubbliche e, soprattutto, sulla loro operatività (imponendo quindi rilevanti oneri di adeguamento alle pubbliche amministrazioni), ma soprattutto perché l'insieme di queste modifiche definisce una fisionomia delle società a partecipazione pubblica che si distacca ormai nitidamente da quella delle società regolate, in via generale, dal codice civile [3].

In questo senso, il decreto concorre a definire uno *status* giuridico proprio delle società pubbliche, diverso e speciale rispetto a quello delle società private, e impone anche di riconsiderare il principio di autonomia privata sino ad oggi riconosciuto (da alcuni anni, anche dal diritto positivo [4]) alle pubbliche amministrazioni per l'esercizio dell'attività non autoritativa [5].

2. Le nuove categorie di società pubbliche

Le disposizioni del decreto contengono un'articolata classificazione delle società pubbliche, che può essere sintetizzata in questo schema:

---

forma societaria, in *Serv. pubbl. app.*, 2004, 221; RENNA, *Le società per azioni in mano pubblica. Il caso delle s.p.a. derivanti dalla trasformazione di enti pubblici economici ed aziende autonome statali*, Torino, 1997; ANGIULI, *La società in mano pubblica come organizzazione*, in AA.VV., *L'interesse pubblico tra politica e amministrazione*, Napoli, 2009, 157; CAMMELLI-DUGATO (a cura di), *Studi in tema di società a partecipazione pubblica*, Torino, 2008; DUGATO, *Le società per la gestione dei servizi pubblici locali*, Milano, 2001; FRACCHIA, *Studio delle società «pubbliche» e rilevanza della prospettiva giuspubblicistica*, in *Foro it.* 2005, 38; GOISIS, *Contributo allo studio delle società commerciali in mano pubblica come persone giuridiche*, Milano, 2004; IERA-VILLARI, *Natura giuridica, disciplina applicabile e spazi di operatività delle società pubbliche*, in *Dir. econ.*, 2014.

[3] Sembrerebbe quindi superata, o invertita, la tendenza all'uniformazione del diritto societario a un diritto privato che, regolando essenzialmente rapporti "paritari", si riteneva tradizionalmente non potesse tollerare regimi speciali riferiti a soggetti pubblici: v. D'ALBERTI, *Lezioni di diritto amministrativo*, Torino, 2013, 88.

[4] In particolare, dall'art. 1, c. 1-*bis*, della l. n. 241/1990, introdotto dall'art. 1, c. 1, *lett. b),* della l. n. 15/2005. Sul punto, TRAVI, *Autoritatività e tutela giurisdizionale: quali novità?*, in *Foro amm. – T.A.R.*, suppl. 6/05, 2005, 17. In precedenza, la generale capacità di diritto privato era stata argomentata a partire dalle norme del codice civile in materia societaria da Cons. Stato, sez. V, 14 dicembre 1988, n. 818; sez. VI, 12 marzo 1990, n. 374.

[5] Sul tema, per tutti, v. ROMANO, *I soggetti e le situazioni giuridiche soggettive nel diritto amministrativo* in AA.VV., *Diritto amministrativo*, Bologna, 2005, 145, 175; CERULLI IRELLI, *Amministrazione pubblica e diritto privato*, Torino, 2011, 71. La tesi, non diffusa, secondo la quale le norme in materia di società a partecipazione pubblica avrebbero determinato, almeno a partire dalla l. n. 244/2007, *un ritorno alla capacità speciale degli enti pubblici, con la conseguenza che la partecipazione societaria necessiterebbe* di apposita autorizzazione *ex lege*, e sarebbero perciò consentite solo le società indicate dalla legge, era già stata sostenuta da Cons. Stato, Adunanza Plenaria, 3 giugno 2011, n. 10.

(a) società a partecipazione pubblica che, in ragione delle loro finalità o del loro oggetto, possono essere costituite o, se esistenti, nelle quali può essere mantenuta la partecipazione (e alle quali d'ora innanzi, per semplicità espositiva, ci riferiremo come "società ammesse");

(b) società a partecipazione pubblica esistenti che possono essere mantenute indipendentemente dal loro oggetto sociale, perché nominalmente individuate nell'Allegato A del decreto (e alle quali ci riferiremo come "società espressamente ammesse") [6];

(c) società "quotate" (nella definizione che di esse risulta dall'art. 1 del d.lg. n. 175/2016, e sulla quale ci soffermeremo ampiamente in un paragrafo successivo);

(d) società che, in ragione delle loro finalità o del loro oggetto, non possono essere costituite e devono essere dismesse, liquidate o comunque interessate da un procedimento di alienazione delle partecipazioni.

Il d.lgs. n. 100/2017 ha inoltre introdotto la possibilità che i Presidenti delle Regioni e delle province autonome di Trento e Bolzano deliberino l'esclusione totale o parziale dell'applicazione dell'art. 4 del Decreto Madia a singole società a partecipazione della Regione o delle province autonome di Trento e Bolzano, motivando questa esclusione con riferimento alla misura e qualità della partecipazione pubblica, agli interessi pubblici a essa connessi e al tipo di attività svolta.

Avvalendosi di questa facoltà, è dunque possibile ricondurre alla categoria delle "società ammesse" singole società regionali che, diversamente, non lo sarebbero.

Rispetto a questo schema, va sottolineato che *sia* le "società ammesse", *sia* le "società espressamente ammesse" ricadono nell'ambito di applicazione del d.lg. n. 175/2016; pertanto, le società nominalmente incluse nell'Allegato A [7]

---

[6] Il d.lgs. n. 100/2017 ha ulteriormente ampliato il novero delle società a partecipazione pubblica di cui è consentita la sopravvivenza sostituendo integralmente l'Allegato A del d.lgs. n. 175/2016 con un testo nel quale le società originariamente menzionate vengono ora nominate come "gruppo": la conseguenza è, dunque, che possono sopravvivere – indipendentemente dalla loro riconducibilità a una delle categorie individuate dall'art. 4 – tutte le società appartenenti ai gruppi espressamente individuati nell'Allegato A, e dunque anche le società controllate e collegate a quelle menzionate nella prima versione del medesimo Allegato.

[7] Si tratta, dopo le modifiche introdotte dal d.lgs. n. 100/2017, delle seguenti: Coni Servizi, EXPO, Arexpo, Invimit, Fises, Gruppo ANAS, Gruppo GSE, Gruppo Invitalia, Gruppo IPZS, Gruppo Sogin, Gruppo Eur, Gruppo FIRA, Gruppo Sviluppo Basilicata, Gruppo Fincalabra, Gruppo Sviluppo Campania, Gruppo Friulia, Gruppo Lazio Innova, Gruppo Filse, Gruppo Finlombarda, Gruppo Finlombarda Gestione SGR, Gruppo Finmolise, Gruppo Finpiemonte, Gruppo Puglia Sviluppo, Gruppo SFIRS, Gruppo IRFIS-FinSicilia, Gruppo Fidi-Toscana, GEPAFIN, Gruppo Finaosta, Gruppo Veneto Sviluppo, Gruppo Trentino Sviluppo, Gruppo

(successivamente ampliabile con decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri) non sono per questo sottratte all'applicazione del decreto: semplicemente, esse possono sopravvivere indipendentemente dalla verifica circa la rispondenza delle loro finalità a una delle categorie che il decreto stesso individua quale presupposto necessario per l'ammissibilità di una società pubblica.

Invece, le società che, non rispondendo a quelle finalità, non sono consentite (nel senso che ne è divenuta vietata la costituzione e, ove costituite, sono necessariamente soggette a dismissione) rientrano nell'ambito soggettivo di applicazione del d.lgs. n. 175/2016 solo nella parte in cui – appunto – sono destinatarie degli obblighi di dismissione, mentre – com'è ovvio – le norme in materia di *governance*, di personale e, in generale, quelle che disciplinano l'operatività della società non saranno ad esse applicabili per la ragione che tali società non possono più sussistere come società a partecipazione pubblica.

Infine, le "società quotate" (nella definizione che di esse è data dall'art. 1 del d.lgs. n. 175/2016) sono formalmente ricomprese nell'ambito soggettivo di applicazione del decreto, ma nella sostanza – come si vedrà – ciò si traduce nella soggezione di queste società soltanto a due norme (la cui incidenza è peraltro molto poco significativa).

Queste precisazioni sono importanti per chiarire a fondo il tema dell'ambito di applicazione del decreto (rispetto al quale la tecnica normativa che esso adotta può talora indurre in equivoco).

Anziché riferirsi genericamente all'"ambito soggettivo di applicazione", è infatti preferibile distinguere *(i)* le norme del decreto che contengono i criteri per stabilire se una società a partecipazione pubblica sia o no ammessa e *(ii)* le norme del decreto che disciplinano la *governance* e il funzionamento delle società a partecipazione pubblica (ovviamente: solo di quelle ammesse).

Le prime disposizioni *non* si applicano alle società elencate nell'Allegato A (perché ammesse sulla mera base della loro inclusione nell'elenco), né alle "società quotate" (per le ragioni che si esamineranno); le seconde, invece, *si applicano* anche alle società elencate nell'Allegato A, *non* si applicano alle "società quotate" (per le ragioni che vedremo) e, naturalmente, *non* si applicano a quelle società che, in applicazione delle norme che dettano i criteri per stabilire l'ammissibilità di una società pubblica, siano interessate da procedure di dismissione o alienazione che conducano a escludere del tutto la partecipazione pubblica (rendendole, quindi, società private).

Chiarito quanto precede, è necessario soffermarsi sui criteri e sul metodo attraverso i quali il d.lgs. n. 175/2016 individua le "società ammesse" e, spe-

---

Ligurcapital, Gruppo Aosta Factor, Gruppo FVS SGR, Gruppo Friulia Veneto Sviluppo SGR, Gruppo Sviluppumbria, Gruppo Sviluppo Imprese Centro Italia – SICI SGR.

cularmente, quelle non consentite (mentre l'identificazione delle "società espressamente ammesse" non presenta problemi perché deriva dalla semplice lettura dell'elenco contenuto nell'Allegato A).

Il punto è rilevante, da un lato, perché incide in modo molto significativo sulle società esistenti, conducendo alla necessaria dismissione di tutte quelle non appartenenti alla categoria delle "ammesse"; dall'altro, perché costituisce un'innovazione strutturale nella disciplina delle società a partecipazione pubblica: il decreto compone infatti una classificazione tassativa (e quindi chiusa) di queste società, in forza della quale – d'ora in poi – una società a partecipazione pubblica dovrà necessariamente essere riconducibile a una delle categorie da esso previste.

Ai sensi dell'art. 4 del d.lgs. n. 175/2016, sono infatti ammesse (nel senso *(a)* che possono essere costituite e *(b)* che le partecipazioni pubbliche in esse detenute possono essere conservate) cinque categorie di società, identificate rispetto alle loro finalità:

(1) le società costituite o partecipate per la produzione di un servizio di interesse generale, ivi inclusa la realizzazione e la gestione delle reti e degli impianti funzionali ai servizi medesimi [art. 4, c. 2, lett. a)];

(2) le società costituite o partecipate per la progettazione e realizzazione di un'opera pubblica sulla base di un accordo di programma fra amministrazioni pubbliche [art. 4, c. 2, lett. b)];

(3) le società costituite o partecipate per la realizzazione e gestione di un'opera pubblica ovvero organizzazione e gestione di un servizio d'interesse generale attraverso un contratto di partenariato [art. 4, c. 2, lett. c)];

(4) le società costituite o partecipate per l'autoproduzione di beni o servizi strumentali all'ente o agli enti pubblici partecipanti, nel rispetto delle condizioni stabilite dalle direttive europee in materia di contratti pubblici e della relativa disciplina nazionale di recepimento [art. 4, c. 2, lett. d)];

(5) le società costituite o partecipate per lo svolgimento di servizi di committenza, ivi incluse le attività di committenza ausiliarie, apprestati a supporto di enti senza scopo di lucro e di amministrazioni aggiudicatrici [art. 4, c. 2, lett. e)].

Va osservato che ciascuna di queste categorie solleva autonome questioni interpretative, ma una compiuta trattazione di esse esorbita dai limiti di questo scritto.

Si può unicamente rilevare che:

(*i*) per quanto riguarda le società "*costituite o partecipate per la produzione di un servizio di interesse generale*", deve applicarsi la definizione contenuta nell'art. 2, c. 1, lett. h), del d.lgs. n. 175/2016, secondo la quale tali servizi devono identificarsi in quelle attività "*che non sarebbero svolte dal mercato senza un intervento pubblico o sarebbero svolte a condizioni differenti in termini di accessi-*

bilità fisica ed economica, continuità, non discriminazione, qualità e sicurezza"[8]; in tale definizione sono però espressamente inclusi, dalla stessa norma, anche i servizi di interesse economico generale, che invece sarebbero di per sé compresi nella successiva definizione della lett. i); la torsione della prima definizione (che finisce in questo modo con il ricomprendere anche la categoria ad essa opposta) è da ritenersi dovuta alla tecnica normativa con cui il d.lgs. n. 175/2016 ha individuato le società ammesse, perché la semplice lettura dell'art. 4, c. 2, lett. a) (che include – appunto – le società qui in commento) potrebbe condurre a ritenere che siano escluse da quelle ammesse le società che gestiscono servizi pubblici locali, esito evidentemente irragionevole; trattandosi di uno stratagemma di *drafting*, può ritenersi quindi che la *summa divisio* fra servizi d'interesse generale e servizi d'interesse economico generale non sia stata intaccata[9];

(*ii*) per quanto riguarda le società "*costituite o partecipate per l'autoproduzione di beni o servizi strumentali all'ente o agli enti pubblici partecipanti*", è ragionevole ammettere che questa categoria tenderà a identificarsi – di fatto – con quella della società *in house*; è sì vero, infatti, che queste ultime si caratterizzano, tradizionalmente, per la particolare natura del legame con le amministrazioni partecipanti (in particolare: per l'essere soggette a un controllo degli enti soci analogo a quello che essi esercitano sulle proprie attività[10]) più che per la finalità socia-

---

[8] La Corte di Giustizia dell'Unione europea ha ritenuto che i servizi di interesse economico generale presentano caratteri specifici e in continua evoluzione rispetto alle altre attività economiche: v., p.e., Corte Giustizia UE, in causa C-179/90, *Merci convenzionali porto di Genova*, Racc. 1991, p. I-5889, punto 27; in causa C-242/95, *GT-Link A/S*, Racc. 1997, p. I-4449, punto 53; in causa C-266/96, Corsica ferries France SA, Racc. 1998, p. I – 3949, punto 45.

[9] In argomento, GALLO, *Considerazioni introduttive e piano dell'indagine,* in *I servizi di interesse economico generale, Stato mercato, welfare nel diritto dell'Unione europea*, Milano, 2010; PERFETTI, *Servizi di interesse economico generale e pubblici servizi (sulla Comunicazione della Commissione europea relativa ai servizi di interesse generale del 20 settembre 2000)*, in *Riv. it. dir. pubbl. com*., 2001; BRUTI LIBERATI – DONATI, *La regolazione dei servizi di interesse economico generale*, Torino, 2010; AA.VV., *La regolazione dei servizi di interesse economico generale*, Torino, 2010; CERULLI IRELLI, *Impresa pubblica, fini sociali, servizi di interesse generale*, in *Riv. it. dir. pubbl. com*., 2006.

[10] In giurisprudenza, *ex multis*, Corte Giust. UE. 18 novembre 1999, in causa C-107/1998, *Teckal*; in causa 11 gennaio 2005, C-26/2003, *Stadt Halle*; in causa 13 ottobre 2005, C-458/2003, *Parking Brixen*; Corte cost., 20 marzo 2013, n. 46 e 28 marzo 2013, n. 50; Cons. Stato, sez. V, 13 marzo 2014, n. 1181. Secondo Corte di Cassazione, ordinanza 3 maggio 2013 n. 10299 e sentenza SS.UU. 25 novembre 2013, n. 26283, "*il controllo analogo non è di matrice civilistica, paragonabile al controllo esercitato dalla maggioranza assembleare nei confronti del consiglio d'amministrazione della società; è un controllo di tipo amministrativo, simile ad un controllo amministrativo di natura gerarchica in quanto la società* in house *è in realtà assimilabile nella sostanza ad un ente pubblico*". In dottrina, ALBERTI, *Appalti in house, concessioni in house ed esternalizzazione*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2001, 495; CASALINI, *L'organismo di diritto pubbli-*

le; tuttavia, poiché in concreto le attività affidate alle società *in house* sono tipicamente quelle destinate alla produzione di attività strumentali agli enti partecipanti, ne deriva che, nei fatti, le due categorie sono destinate a sovrapporsi.

Le questioni interpretative concernenti le categorie di società ammesse hanno naturalmente un riverbero sulle difficoltà di ricondurre le società esistenti all'una o all'altra di tali categorie, essendo questa riconducibilità il necessario presupposto per la facoltà di mantenere in essere la società stessa (o la partecipazione in essa detenuta).

Questa operazione di riconduzione delle società alle categorie ammesse, per quanto delicata, è però imposta alle amministrazioni pubbliche, chiamate a compiere una periodica razionalizzazione delle partecipazioni e, soprattutto, a svolgere in via straordinaria un'iniziale ricognizione entro sei mesi dalla data di entrata in vigore del decreto (come meglio si vedrà in un paragrafo successivo).

Oltre alle cinque categorie di "società ammesse" ora esaminate (e oltre alle "società espressamente ammesse") sono inoltre consentite, in via d'eccezione, altre tre tipologie di società: *(a)* le società aventi per oggetto sociale esclusivo la valorizzazione del patrimonio delle amministrazioni partecipanti (che possono però venire costituite soltanto tramite il conferimento di beni immobili allo scopo di realizzare un investimento secondo criteri propri di un qualsiasi operatore di mercato); *(b)* le società aventi per oggetto sociale prevalente la gestione di spazi fieristici e l'organizzazione di eventi fieristici, nonché la realizzazione e la gestione di impianti di trasporto a fune per la mobilità turistico-sportiva eserciti in aree montane; *(c)* le società con caratteristiche di *spin off* o di *start up* universitari previste dall'art. 6, comma 9, della l. n. 240/2010, nonché quelle con caratteristiche analoghe degli enti di ricerca.

L'analisi del testo normativo conduce infine a ritenere "ammesse" anche le "società quotate": a questa conclusione si giunge però attraverso un percorso argomentativo che deve puntualmente soffermarsi sulla nozione stessa di "società quotate", secondo la definizione che di esse è data dall'art. 1 del d.lg. n. 175/2016.

3. Le "società quotate" e quelle che emettono strumenti finanziari (e il problema della identificazione dei "mercati regolamentati")

L'art. 2, c. 1, lett. o), del d.lgs. n. 175/2016 stabilisce che, ai fini di quanto in esso disposto, si intendono per "*società quotate*" sia "*le società a parteci-*

co e l'organizzazione in house, Napoli, 2003; CAVALLO PERIN-CASALINI, *The control over in-house providing organizations*, in *Public Procurement Law Review*, 2009, 227.

pazione pubblica che emettono azioni quotate in mercati regolamentati", sia "*le società che hanno emesso, alla data del 31 dicembre 2015, strumenti finanziari, diversi dalle azioni, quotati in mercati regolamentati*", nonché "*le società partecipate dalle une o dalle altre, salvo che le stesse siano anche controllate o partecipate da amministrazioni pubbliche*".

Si tratta di una tipica definizione stipulativa, che accomuna convenzionalmente le tre categorie di società entro l'unica ellittica dizione di "*società quotate*".

Assume particolare rilievo la seconda categoria di società ricomprese nella definizione: le "*società che hanno emesso, alla data del 31 dicembre 2015, strumenti finanziari, diversi dalle azioni, quotati in mercati regolamentati*", perché il d.lgs. n. 175/2016 non fornisce una definizione di "*mercati regolamentati*".

Per stabilire quale significato debba allora essere attribuito a questa nozione si potrebbe ipotizzare di ricorrere a eventuali definizioni contenute in altri provvedimenti legislativi.

In questo senso, va segnalato che il d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58, recante il "*Testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria, ai sensi degli articoli 8 e 21 della legge 6 febbraio 1996, n. 520F*" (di seguito, "T.U.F.") contiene in effetti, nell'art. 1, comma 1, lett. w-ter, una definizione di "*mercato regolamentato*", corrispondente a "*sistema multilaterale che consente o facilita l'incontro, al suo interno e in base a regole non discrezionali, di interessi multipli di acquisto e di vendita di terzi relativi a strumenti finanziari, ammessi alla negoziazione conformemente alle regole del mercato stesso, in modo da dare luogo a contratti, e che è gestito da una società di gestione, è autorizzato e funziona regolarmente*".

L'utilizzo di questa definizione anche ai fini del d.lg. n. 175/2016 non è però esente da criticità.

In primo luogo, infatti, questa definizione è destinata a valere, secondo quanto espressamente affermato dallo stesso art. 1, comma 1, del T.U.F., soltanto all'interno di quest'ultimo provvedimento, il che potrebbe precludere una integrale trasposizione della stessa definizione nell'ambito del decreto sulle società a partecipazione pubblica.

D'altra parte – come si è visto – il d.lgs. n. 175/2016 adotta a propria volta definizioni stipulative, che in alcuni casi si discostano apertamente da quelle presenti in altri provvedimenti o in altri settori dell'ordinamento (come avviene, infatti, per la nozione di "*società quotate*", che ai fini del decreto assume un contenuto diverso da quello che presenta altrove), e questo potrebbe essere di ostacolo a stabilire che una definizione convenzionale assunta da un altro decreto legislativo debba valere anche nel d.lgs. n. 175/2016.

Del resto, il decreto Madia non contiene alcun espresso rinvio alla defini-

zione di "*mercato regolamentato*" contenuta nel T.U.F., perché – come si è osservato – la definizione contenuta nell'art. 2, c. 1, lett. o), si limita a menzionare i "*mercati regolamentati*", pur non definendoli, senza però aggiungere che questa nozione va intesa ai sensi del d.lgs. n. 58/1998.

Ciò potrebbe essere interpretato come indice del fatto che il d.lgs. n. 175/2016 non ha ritenuto di assumere all'interno del provvedimento la stessa definizione contenuta nel T.U.F., poiché – diversamente – l'avrebbe richiamata in modo esplicito (*ubi lex voluit, dixit* [11]).

Infatti, quando il legislatore intende riferirsi a una nozione definita da una specifica norma legislativa lo specifica espressamente: così accade, per esempio, nello stesso decreto Madia, quando il citato art. 1, c. 5, stabilisce che "*le disposizioni del presente decreto si applicano, solo se espressamente previsto, alle società quotate, come definite dall'articolo 2, comma 1, lettera o)*"; in questo caso – come si vede – il legislatore ha chiarito che la nozione di "società quotate" deve intendersi come quella definita da una specifica norma.

Analogamente avviene – per un altro esempio – nell'art. 17, comma 1, lett. e), del d.lg. 18 aprile 2016, n. 50, ove il legislatore, menzionando i "*servizi finanziari relativi all'emissione, all'acquisto, alla vendita e al trasferimento di titoli o di altri strumenti finanziari*", chiarisce espressamente che essi devono intendersi quelli disciplinati "*ai sensi del decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58*".

Nel caso in esame, invece, la definizione contenuta nell'art. 2, c. 1, lett. o), del d. lg. n. 175/2016 non contiene alcun rinvio al d.lgs. n. 58/1998, e questo fatto, unitamente alla circostanza che la nozione di "*mercato regolamentato*" prevista da quest'ultimo decreto è destinata a valere soltanto all'interno di esso, sembra di ostacolo a trasporre identicamente la definizione del T.U.F. all'interno del decreto Madia.

È pur vero che esistono disposizioni normative nelle quali la nozione di mercato regolamentato è impiegata senza alcun richiamo esplicito alla corrispondente definizione del T.U.F. e che, quando intendono riferirsi a sistemi non rientranti in tale definizione, lo dispongono in modo esplicito [12], come se presupponessero la nozione contenuta nel T.U.F. quale definizione cui rinviare in via sistematica.

Non si può quindi del tutto escludere la possibilità che, nell'esegesi dell'art. 2, c. 1, lett. o), l'interprete utilizzi un argomento sistematico, attri-

---

[11] TARELLO, *L'interpretazione della legge*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* a cura di CICU-MESSINEO-MENGONI, Milano, 1980, 346.

[12] Per esempio: l'art. 32 del d.l. n. 83/2012, conv. in l. n. 134/2012, e la l. n. 228/2012 (Legge di stabilità 2013).

buendo alla nozione di "*mercato regolamentato*" il significato proprio del T.U.F. (che, di fatto, costituisce l'unica definizione normativa di mercato regolamentato codificata dal nostro ordinamento giuridico).

Tuttavia, in assenza di un rimando definitorio esplicito all'interno del Testo Unico, sembra maggiormente persuasivo attribuire alla nozione di "*mercati regolamentati*" in esso contenuta il significato che deriva dall'applicazione dei criteri interpretativi dettati dall'art. 12 delle *Disposizioni sulla legge in generale*.

Ai sensi di questa norma, "*nell'applicare la legge non si può ad essa attribuire altro senso che quello fatto palese dal significato proprio delle parole secondo la connessione di esse, e dalla intenzione del legislatore*".

Pertanto: ai fini di stabilire quale significato assuma – beninteso: ai limitati fini del d.lg. n. 175/2016 – la dizione "*mercati regolamentati*" contenuta nell'art. 2, comma 1, lett. o), occorre utilizzare due criteri interpretativi: l'argomento letterale e l'argomento dell'intenzione del legislatore.

L'argomento letterale impone di attribuire agli enunciati normativi, oppure alle parole e ai termini in essi contenuti, il significato che assumono nella conversazione ordinaria o nel linguaggio tecnico del diritto, tenendo conto della loro relazione sintattica [13].

Seguendo questo argomento, la dizione "*mercati regolamentati*" pare doversi riferire, nell'ambito del decreto Madia, a tutti quei mercati che siano soggetti a una regolamentazione, ossia nei quali esista una disciplina per l'organizzazione e il funzionamento del mercato stesso.

L'argomento dell'intenzione del legislatore può invece essere sdoppiato, da un lato, nell'argomento psicologico e, dall'altro, nell'argomento teleologico.

L'argomento psicologico è quello per cui "a ciascun enunciato normativo deve essere attribuito il significato che corrisponde alla volontà dell'emittente o autore dell'enunciato, cioè del legislatore in concreto, del legislatore storico" [14]: il significato della norma va quindi ricercato nelle fonti che consentono di ricostruire l'intenzione con cui l'estensore della norma ha provveduto a scriverla.

Nel caso del d.lgs. n. 175/2016, alcuni elementi utili al riguardo possono rinvenirsi dalla previsione contenuta nella legge delega, che include fra i principi e criteri direttivi la necessaria "*distinzione tra tipi di società*" in relazione "*alla quotazione in borsa o all'emissione di strumenti finanziari quotati nei mercati regolamentati*".

Dalla Relazione al testo proposto dalla Prima Commissione Permanente al Senato (atto n. 1577-A) si evince, infatti, che la *ratio* di questa necessaria dif-

[13] V., per tutti, TARELLO, *L'interpretazione della legge*, cit., 350.

[14] *Ibidem*, 364.

ferenziazione consiste nell'intento di riconoscere le peculiarità che presentano le società pubbliche ove siano oggetto d'investimenti finanziari.

Soprattutto soccorre, poi, il criterio di delega in forza del quale finalità del decreto di riordino delle norme in materia di società pubblica dev'essere anche la "*eliminazione di sovrapposizioni tra regole e istituti pubblicistici e privatistici ispirati alle medesime esigenze di disciplina e controllo*".

Ora, guardando all'argomento teleologico (che impone di attribuire a un enunciato normativo "*quel significato che corrisponde al fine proprio della legge di cui l'enunciato è documento*" [15], e quindi di ricostruire non tanto l'intento storicamente assunto dal legislatore concreto, ma i "*fini della legge*", ossia l'obiettivo cui l'intervento normativo tende, esaminando gli interessi che il diritto ritiene di proteggere), va ricordato che la speciale disciplina dedicata alle società pubbliche in relazione alla quotazione in borsa o all'emissione di strumenti finanziari quotati nei mercati regolamentati costituisce un elemento ricorrente della legislazione degli ultimi anni, almeno a partire dall'art. 35 della l. 28 dicembre 2001, n. 448 (che escludeva le società quotate o in corso di quotazione dalla cessazione anticipata degli affidamenti diretti) e sino all'art. 34, comma 38, del d.l. 18 ottobre 2012, n. 179, conv. in l. 17 dicembre 2012, n. 221 (che, ai fini della limitata applicazione delle norme in materia di contenimento della spesa pubblica riguardanti le società partecipate da pubbliche amministrazioni, espressamente equipara alle società quotate quelle "*emittenti strumenti finanziari quotati in mercati regolamentati*").

La finalità precipua e ricorrente di questa disciplina va individuata, in particolare, nell'esigenza di accordare una specifica tutela agli investitori (anche in attuazione del principio costituzionale dell'incoraggiamento e della tutela del risparmio, *ex* art. 47 Cost.), nonché nel correlato obiettivo di garantire l'affidabilità e la stabilità del sistema finanziario.

In ragione di queste esigenze, la speciale disciplina riguardante la trasparenza delle operazioni e la correttezza dei comportamenti degli operatori, così come gli strumenti di controllo e vigilanza affidati alle autorità di tutela del sistema finanziario, non si prestano a una intersezione con le regole dettate in via generale per le società a partecipazione pubblica, regole che – per un verso – risulterebbero in parziale sovrapposizione e interferenza con quelle poste a tutela degli investitori e la cui applicazione – per altro verso – potrebbe risultare suscettibile di generare effetti incompatibili con le stesse finalità di garanzia di stabilità del sistema finanziario.

In questo senso si è anche espresso il Consiglio di Stato, nel parere reso sul

[15] *Ibidem*, 370.

testo del decreto in esame, osservando che l'art. 2, comma 1, lett. o), "*è coerente con il principio, accolto dal sistema positivo vigente, secondo cui per le società quotate in mercati regolamentati opera interamente un regime di mercato*" [16].

Da queste considerazioni si evince dunque che anche l'argomento dell'intenzione del legislatore conduce complessivamente a ritenere che la nozione di "*mercati regolamentati*", per come essa si atteggia nell'ambito del Testo Unico sulle società a partecipazione pubblica, pare doversi riferire ai mercati finanziari che siano soggetti a regolamentazione, vigilanza e controllo delle autorità preposte a garantirne la trasparenza e correttezza di funzionamento.

Questo percorso argomentativo può dunque condurre a ritenere che la nozione di "*mercati regolamentati*" contenuta nell'art. 2, comma 1, lett. o, del d.lgs. n. 175/2016 sia da riferire (non solo, restrittivamente, a quella definita dall'art. 58 del T.U.F., ma più estensivamente) a tutti i mercati finanziari che siano soggetti a regolamentazione, vigilanza e controllo delle autorità preposte a garantirne la trasparenza e correttezza, e per i quali esista quindi una disciplina di organizzazione e funzionamento preordinata a questi obiettivi.

Chiarito questo profilo, va osservato che l'art. 1, c. 5, del d.lgs. n. 175/2016 stabilisce che "*le disposizioni del presente decreto si applicano, solo se espressamente previsto, alle società quotate, come definite dall'articolo 2, comma 1, lettera o)*".

Alle "società quotate" si applicano, pertanto, soltanto gli artt. 8 e 9 del decreto, riguardanti – rispettivamente – l'organo competente e le modalità per l'acquisizione di partecipazioni in società già costituite (ma solo se l'operazione comporta l'acquisto della qualità di socio) e l'individuazione dee dell'organo competente all'esercizio dei diritti del socio.

Conseguentemente, non si applicano alle "società quotate" né l'art. 4 (che – come si è visto – codifica le uniche categorie di società a partecipazione pubbliche ammesse), né le disposizioni in materia di *governance*, né le regole in materia di personale, né le restanti norme che delineano il nuovo e speciale statuto giuridico delle società a partecipazione pubblica.

Da ciò deriva quanto anticipato nel paragrafo 2, ossia che: le "società quotate" rientrano formalmente nell'ambito soggettivo di applicazione del d.lg. n. 175/2016, ma poiché questo comporta che esse siano soggette unicamente alle disposizioni che sono espressamente indirizzate anche alle "società quotate", e poiché tali disposizioni sono soltanto gli artt. 8 e 9, la maggior parte delle nuove

[16] Cons. Stato, Commissione speciale per l'espressione per l'esame e l'espressione del parere sullo Schema di decreto legislativo recante "*Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica*", in attuazione dell'articolo 2 della legge 7 agosto 2015, n. 124, recante "Deleghe al Governo in materia di riorganizzazione delle amministrazioni pubbliche", 21 aprile 2016, n. 968.

disposizioni che incidono significativamente sulle società pubbliche non si applicano alle "società quotate", né esse sono soggette alla verifica di riconducibilità ad una delle categorie previste dall'art. 4 ai fini della loro sopravvivenza.

Si verifica quindi una "sostanziale" sottrazione delle "società quotate" dall'applicazione del d.lgs. n. 175/2016.

L'art. 26 del decreto contiene, infine, alcune disposizioni transitorie di rilievo per le "società quotate", ancorché sconti una formulazione non coerente con l'art. 1, c. 5, poiché prevede (alle condizioni che ora saranno descritte) che il decreto "*non si applica*", invece di disporre che valgono le stesse regole stabilite in via ordinaria per le "società quotate", ossia le disposizioni del decreto si applicano ad esse solo se espressamente previsto.

Inoltre, mentre le società escluse dall'ambito di applicazione del d.lgs. n. 175/2016 in quanto soggette a un "regime di mercato" sono assimilate alle società da esse partecipate (ai sensi di quanto espressamente stabilito dall'art. 1, comma 2, del d.lgs. n. 175/2016, nel quale è chiarito che le disposizioni in esso contenuto "si applicano, solo se espressamente previsto, alle società quotate, come definite dall'articolo 2, comma 1, lettera p"), salvo che queste ultime siano, non per il tramite di società quotate, controllate o partecipate da amministrazioni pubbliche, ciò testualmente non vale per le società che abbiano emesso strumenti finanziari quotati su mercati regolamentati ai sensi dell'art. 26, comma 5: in questo caso, infatti, la sottrazione è estesa alle società partecipate.

Si registrano quindi una imperfezione lessicale e un mancato coordinamento delle norme del decreto: testualmente, infatti, le società partecipate vengono equiparate alle proprie controllanti (ai fini dell'esclusione dalle norme del d.lg. n. 175/2016) solo se partecipate da società che hanno emesso strumenti finanziari "*alla data del 31 dicembre 2015*", mentre la medesima assimilazione non è letteralmente estesa a quelle società che hanno deliberato la quotazione degli strumenti finanziari entro il 30 giugno 2016 (e sono dunque escluse dall'ambito di applicazione del Decreto ai sensi dell'art. 26, comma 5).

È evidente che si tratta di un clamoroso difetto di coordinamento: l'art. 26, comma 5, ha infatti inteso estendere lo stesso regime delle "*società quotate*" (come definite dall'articolo 2, comma 1, lett. p) anche a quelle che, pur non avendo emesso strumenti finanziari quotati al 31 dicembre 2015, abbiano deliberato tale quotazione entro il successivo 30 giugno 2016 e abbiano completato il relativo processo entro un anno dall'entrata in vigore del Decreto.

Ma se così è, la ricomprensione di queste ultime società nell'ambito delle "quotate" deve necessariamente avere l'effetto di sottrarre anche quelle da esse partecipate all'ambito di applicazione del Decreto, giusto il citato disposto dell'art. 1, comma 5.

Deve quindi ritenersi preferibile l'interpretazione (sorretta anche dal crite-

rio teleologico già esaminato in precedenza) secondo la quale il d.lg. n. 175/2016, laddove ha esonerato dall'applicazione delle norme in esso contenute sia le società quotate, sia le società che emettono strumenti finanziari quotati su mercati regolamentati, ha perseguito una peculiare finalità (ravvisabile in quella di accordare una specifica tutela agli investitori e nel correlato obiettivo di garantire l'affidabilità e la stabilità del sistema finanziario) la quale, in presenza di un gruppo societario, deve necessariamente e costitutivamente ritenersi estesa a tutte le società del gruppo.

Assumendo di correggere in via interpretativa questo difetto di coordinamento, si può quindi ritenere le ipotesi transitorie riguardino:

(*a*) le società che, entro la data del 30 giugno 2016, abbiano adottato atti volti all'emissione di strumenti finanziari, diversi dalle azioni, quotati in mercati regolamentati: tali società sono da assimilare alle "società quotate" (e dunque beneficiano della "sostanziale sottrazione" alle norme del decreto, come discussa nel testo) per un anno dall'entrata in vigore del d.lgs. n. 175/2016 (dunque: sino a fine settembre 2017; ove entro questo termine di il procedimento di quotazione si sia concluso, l'assimilazione diviene definitiva (unico onere: gli atti volti all'emissione devono essere comunicati alla Corte dei conti entro sessanta giorni dalla data di entrata in vigore del decreto);

(*b*) per lo stesso periodo di un anno sono assimilate alle "società quotate" anche quelle che abbiano deliberato la quotazione delle proprie azioni in mercati regolamentati, con provvedimento comunicato alla Corte dei conti (in questo caso, dunque, la comunicazione è un presupposto di efficacia della norma transitoria, e non un mero onere di notizia); laddove entro questo termine la società interessata presenti poi domanda di ammissione alla quotazione, l'assimilazione diviene definitiva.

Le norme transitorie non regolano espressamente l'ipotesi in cui una società abbia già completato il procedimento di quotazione degli strumenti finanziari (nel primo caso) o abbia già presentato domanda di ammissione alla quotazione prima del 30 giugno 2016 (nel secondo), ancorché dopo il 31 dicembre 2015: l'applicazione dell'argomento *a fortiori* può tuttavia condurre a ritenere che anche queste ipotesi possano beneficiare, *a maggior ragione*, dell'applicazione della disciplina transitoria.

4. Costituzione delle società, ricognizione delle società esistenti e obblighi di dismissione delle società non consentite

Individuate le categorie delle società ammesse, occorre soffermarsi, da un lato, sugli oneri previsti dal d.lgs. n. 175/2016 per la nuova costituzione di tali società e, dall'altro, sui principali adempimenti che interessano le società esistenti.

Premesso che la costituzione (o l'acquisto di partecipazioni) può naturalmente riguardare soltanto "società ammesse", o "espressamente ammesse", per la costituzione di nuove società a partecipazione pubblica, l'art. 5 del d.lgs. n. 175/2016 stabilisce un puntuale onere di "*motivazione analitica*", prevedendo che l'atto deliberativo chiarisca la necessità della società per il perseguimento delle finalità istituzionali, evidenzi la convenienza economica e la sostenibilità finanziaria della scelta (anche rispetto a possibili destinazioni alternative delle risorse pubbliche impegnate o alla gestione diretta o esternalizzata del servizio affidato) e dia conto della compatibilità della scelta con i principi di efficienza, di efficacia e di economicità dell'azione amministrativa.

Gli stessi oneri gravano sull'acquisto di partecipazioni, anche indirette, in società già costituite.

Viceversa, le società diverse da quelle ammesse non possono essere costituite, né possono essere oggetto di acquisizioni di partecipazioni da parte delle amministrazioni pubbliche.

Le società esistenti, diverse da quelle ammesse, devono essere oggetto di "*fusione o soppressione, anche mediante messa in liquidazione o cessione*", ai sensi dell'art. 24 del decreto, o comunque le relative partecipazioni devono essere alienate.

In via straordinaria, le amministrazioni pubbliche devono effettuare una ricognizione delle società e partecipazioni esistenti, indicando quelle oggetto di dismissione, entro sei mesi dall'entrata in vigore del d.lgs. n. 175/2016 (ossia entro fine marzo 2017).

Successivamente, la ricognizione ed eventuale dismissione deve avvenire annualmente.

L'alienazione, che deve svolgersi secondo principi di pubblicità, trasparenza e non discriminazione, deve avvenire entro un anno dalla conclusione della ricognizione (dunque: entro marzo 2018).

In caso di mancata adozione dell'atto ricognitivo o di mancata alienazione entro i termini, il socio pubblico non può esercitare i diritti sociali nei confronti della società e, salvo in ogni caso il potere di alienare la partecipazione, la medesima è liquidata in denaro in base ai criteri stabiliti all'art. 2437-*ter*, c. 2, e seguendo il procedimento di cui all'art. 2437-*quater* c.c.

5. Elementi del nuovo statuto giuridico delle società pubbliche: (a) forma giuridica e profili di *governance*

L'insieme delle modifiche alla *governance* introdotte dal d.lgs. n. 175/2016 concorre a definire quello speciale statuto giuridico delle società a partecipazione pubblica del quale si menzionava in apertura (e in forza del quale si è portati a ritenere che – oggi – si debba riconoscere l'esistenza di una categoria delle "società a partecipazione pubblica" come distinta rispetto a tutte le altre società regolate in via generale dal codice civile) [17].

Inoltre, poiché questo speciale statuto giuridico deriva, nella maggior parte dei casi, da limiti e deroghe che il decreto stabilisce alla possibilità, da parte delle amministrazioni pubbliche, di utilizzare gli istituti societari civilistici, si può ammettere che il generale principio dell'autonomia privata delle amministrazioni pubbliche (nell'adozione di atti non autoritativi) abbia subìto una radicale compressione: le amministrazioni pubbliche non possono più, infatti, costituire a società, o parteciparvi, "*secondo le norme di diritto privato*" (come stabilisce, in generale, l'art. 1, comma 1-*bis*, della l. n. 241/1990), dovendo all'occorrenza utilizzare le norme – speciali – del d.lgs. n. 175/2016.

Il primo indice di questo *status* speciale si rinviene nei limiti alla forma che possono assumere le società a partecipazione pubblica: ai sensi dell'art. 3 del decreto, le amministrazioni pubbliche possono partecipare esclusivamente a società, anche consortili, costituite in forma di società per azioni o di società a responsabilità limitata, anche in forma cooperativa.

Le altre forme societarie restano, perciò, precluse.

---

[17] In precedenza, la giurisprudenza aveva tracciato una differenza tra le società che svolgono attività di impresa, assoggettate, in linea di massima, allo statuto privatistico, e quelle che esercitano attività amministrativa, assoggettate a disciplina pubblicistica: cfr. Cons. Stato, sez. IV, 17 settembre 2002, n. 4711, in *Dir. proc. amm.*, 2003, 486, con nota di PIZZA, *Società per azioni di diritto singolare, enti pubblici e privatizzazione: per una rilettura di un recente orientamento del Consiglio di Stato*; Cons. Stato, sez. VI, 20 marzo 2012, n. 1574, in *Giorn. dir. amm.*, 2013, 52, con nota di SIGISMONDI, *Le società pubbliche verso un sistema coerente? Il contributo del giudice amministrativo*; Cons. Stato, sez. VI, 11 gennaio 2013, n. 122, *in Foro amm. – C.d.S.*, 2013, 222, con nota di NICODEMO, *Società pubbliche: attività d'impresa e attività amministrativa*. A sfavore di uno statuto speciale delle società a partecipazione pubblica ha deposto, sino ad oggi, parte della giurisprudenza amministrativa più recente: p.e. T.A.R. Lazio-Latina, 9 gennaio 2013, n. 17, in *Dir. e giust*., 2013 (secondo cui il legislatore non ha previsto alcuna apprezzabile deviazione, per le società a partecipazione pubblica rispetto alla comune disciplina codicistica, dal momento che la società a partecipazione pubblica non muta la sua natura di soggetto di diritto privato per il fatto di essere partecipata da un ente pubblico) e Cons. Stato, 11 gennaio 2013, n. 122 (secondo la quale il funzionamento di una società a partecipazione pubblica dipenda dalla natura della stessa e, laddove questa svolga attività di impresa, sarà soggetta in tutto e per tutto alla disciplina dettata dal codice civile).

6. *(segue):* (b) la nuova *governance* delle società "a controllo pubblico"

La massima parte della nuova *governance* delle società a partecipazione pubblica riguarda, tuttavia, una loro specie, qualificata dal d.lgs. n. 175/2016 come "società a controllo pubblico".

Attingendo alle definizioni dell'art. 1, si nota che anche questa stessa definizione introduce una variante speciale rispetto al modello civilistico.

Infatti, sono "società a controllo pubblico", ai fini del decreto Madia, non soltanto quelle in cui esercitano il controllo societario ai sensi dell'art. 2359 c.c., ma anche quelle nelle quali, "*in applicazione di norme di legge o statutarie o di patti parasociali, per le decisioni finanziarie e gestionali strategiche relative all'attività sociale è richiesto il consenso unanime di tutte le parti che condividono il controllo*".

L'effetto di questa variante è naturalmente espansivo: si dovrà infatti qualificare "a controllo pubblico" (e sarà quindi soggetta alle penetranti modifiche di *governance* previste dal d.lg. n. 175/2016) anche una società a partecipazione pubblica minoritaria, in cui l'amministrazione non disponga di voti sufficienti per esercitare un'influenza dominante nell'assemblea ordinaria (dunque: una situazione che, ai sensi dell'art. 2359 c.c., non determinerebbe a rigore controllo pubblico [18]), nella quale però i patti parasociali prevedano l'unanimità per le decisioni "*finanziarie e gestionali strategiche*" [19].

---

[18] Elementi per la definizione del controllo pubblico sono stati riproposti, da ultimo dall'A.N.A.C. nel documento "*Aggiornamento delle Linee guida per l'attuazione della normativa in materia di prevenzione della corruzione e trasparenza da parte delle società e degli enti di diritto privato controllati e partecipati dalle pubbliche amministrazioni e dagli enti pubblici economici*", pubblicato per la consultazione e sul quale v. Consiglio di Stato, parere 20 aprile 2017, n. 650. Si ricorda in ogni caso che la giurisprudenza della Corte di Cassazione ha ritenuto sussistere una situazione di controllo per "*influenza dominante […] in virtù di particolari vincoli contrattuali*" in presenza di determinati rapporti contrattuali la cui costituzione ed il cui perdurare rappresentino la condizione di esistenza e di sopravvivenza della capacità di impresa della società cosiddetta controllata. Peraltro, "*dovendo il carattere 'esistenziale', agli effetti considerati, desumersi, […] non dal tipo in sé di contratto ma dal concreto atteggiarsi del suo contenuto, che lo renda, nel caso singolo, vitale per la società controllata —, ne consegue che l'accertamento circa l'attitudine o meno di un dato rapporto negoziale a porre una delle parti in quella particolare situazione di predominio caratteristica del controllo esterno ex art. 2359, n. 3), cit., si risolve, in definitiva, in una 'quæstio facti'*" (Cass. civ., sez. I, 27 settembre 2001, n. 12094). Sul punto, CARBONE, *Un contrastato caso di «controllo esterno»*, in *Corr. Giur.*, 2001, 1427; CARDARELLI, *Controllo contrattuale ed abuso della posizione di controllante*, in *Soc.*, 2002, 319. In argomento, v. anche SBISÀ, *La disciplina dei patti parasociali nella riforma del diritto societario*, in *NGCC*, 2004, 481; ID., *Dei patti parasociali*, in SCIALOJA-BRANCA (a cura di), *Commentario del c.c.*, Bologna – Roma, 2006, 198.

[19] È utile segnalare che, secondo la giurisprudenza amministrativa, fra gli strumenti che con-

Le principali regole di *governance* – derogatorie rispetto al modello civilistico generale – che il d.lgs. n. 175/2016 stabilisce per queste società coinvolgono in primo luogo l'organo amministrativo, il quale dev'essere costituito "*di norma*" da un amministratore unico.

Nella versione originaria, il d.lgs. n. 175/2016 prevedeva che con decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri fossero definiti i criteri in base ai quali, per specifiche ragioni di adeguatezza organizzativa, l'assemblea della società a controllo pubblico potesse disporre che la società venisse amministrata da un consiglio di amministrazione composto da tre o cinque membri.

La peculiare tecnica di formulazione normativa aveva sollevato vari dubbi interpretativi, perché ci si chiedeva se, in attesa del citato decreto presidenziale, fosse comunque possibile adottare un modello di *governance* che prevedesse il consiglio di amministrazione, anziché l'amministratore unico.

L'interpretazione letterale delle norme ora citate induceva a ritenere che il decreto presidenziale fosse necessario affinché l'assemblea potesse "disporre" che la società sia amministrata da un organo collegiale; se ne poteva argomentativamente dedurre che se, invece, la società era già governata da un consiglio di amministrazione, e dunque non si dovesse far luogo ad alcuna nuova decisione sul punto, questo modello potesse transitoriamente venire conservato, in attesa di verificare i requisiti che il futuro decreto presidenziale avrebbe stabilito per il mantenimento dell'organo collegiale.

Si obiettava, però, che l'art. 26 del d.lgs. n. 175/2016 impone alle società "a controllo pubblico" già costituite di adeguare i propri statuti alle disposizioni del d.lgs. n. 175/2016; tuttavia, "adeguare gli statuti" alla disposizione che stabiliva "di norma" la presenza di un amministratore unico, ammettendo l'organo collegiale in presenza di requisiti che sarebbero stati definiti da un futuro decreto presidenziale, poteva semplicemente comportare che lo statuto – recettivamente – prevedesse che l'organo amministrativo fosse costituito da un amministratore unico o, "*in alternativa*", da un organo collegiale, sottomettendo tale scelta alla compatibilità con le disposizioni in materia di società a partecipazione pubblica.

In questo modo, anche una "società a controllo pubblico" avrebbe potuto, da un lato, uniformare lo statuto alle disposizioni del d.lgs. n. 175/2016 (ot-

---

corrono a garantire il requisito del "controllo analogo" da parte di soci c.d. "ultraminoritari", nelle società *in house*, vi è l'adeguatezza di patti parasociali attraverso i quali i soci pattisti "*si impegnano a votare in assemblea, su questioni che riguardano i servizi prestati in uno specifico comune, in conformità alla volontà espressa dal comune direttamente interessato*" in modo che sia assicurato "*a ciascun comune il ruolo di dominus nelle decisioni circa il frammento di gestione relativo al proprio territorio*" (T.A.R. Lombardia – Brescia, sez. II, 23 settembre 2013, n. 780).

temperando all'art. 26) ma, dall'altro, mantenere l'organo amministrativo collegiale anche in attesa del futuro decreto presidenziale (ove ciò potesse avvenire senza alcuna nuova deliberazione) conservando l'organo preesistente.

Questo dibattito è stato superato dalle modifiche introdotte dal d.lg. n. 100/2017: il nuovo comma 3 dell'art. 11 attribuisce ora all'autonomia dell'assemblea società la possibilità di prevedere che la società venga amministrata da un consiglio di amministrazione composto da tre o cinque membri (oppure che sia adottato uno dei sistemi alternativi di amministrazione e controllo previsti dai paragrafi 5 e 6 della sezione VI-bis del capo V del titolo V del libro V del codice civile).

Occorre quindi, per superare la regola che impone l'amministratore unico, un'apposita delibera assembleare, motivata sulla base di specifiche ragioni di adeguatezza organizzativa (e tenendo conto delle esigenze di contenimento dei costi) e trasmessa alla competente sezione della Corte dei conti.

Ulteriore regola di *governance* impone che, nella scelta degli amministratori delle società "a controllo pubblico", le amministrazioni assicurino il rispetto del principio di equilibrio di genere, almeno nella misura di un terzo, da computare sul numero complessivo delle designazioni o nomine effettuate in corso d'anno; qualora la società abbia un organo amministrativo collegiale, lo statuto deve prevedere che la scelta degli amministratori da eleggere sia effettuata secondo i criteri stabiliti dalla l. n. 120/2011 (che disciplina la parità di accesso agli organi di amministrazione e di controllo delle società quotate in mercati regolamentati).

Inoltre:

(a) quando la società sia costituita in forma di società a responsabilità limitata, non è consentito, in deroga all'art. 2475, c. 3, del codice civile, prevedere che l'amministrazione sia affidata, disgiuntamente o congiuntamente, a due o più soci;

(b) gli amministratori non possono essere dipendenti delle amministrazioni pubbliche controllanti o vigilanti;

(c) lo statuto deve prevedere l'attribuzione da parte del consiglio di amministrazione di deleghe di gestione a un solo amministratore, salva l'attribuzione di deleghe al presidente ove preventivamente autorizzata dall'assemblea;

(d) lo statuto deve prevedere l'esclusione della carica di vicepresidente o la previsione che la carica stessa sia attribuita esclusivamente quale modalità di individuazione del sostituto del presidente in caso di assenza o impedimento, senza riconoscimento di compensi aggiuntivi;

(e) lo statuto deve prevedere il divieto di corrispondere ai componenti degli organi sociali gettoni di presenza o premi di risultato deliberati dopo lo svolgimento dell'attività e il divieto di corrispondere trattamenti di fine mandato.

Ulteriore previsione è poi dedicata alle società di cui amministrazioni pubbliche detengono il controllo indiretto, nelle quali non è consentito nominare, nei consigli di amministrazione o di gestione, amministratori della società controllante, a meno che siano attribuite ai medesimi deleghe gestionali a carattere continuativo o che la nomina risponda all'esigenza di rendere disponibili alla società controllata particolari e comprovate competenze tecniche degli amministratori della società controllante o di favorire l'esercizio dell'attività di direzione e coordinamento.

7. *(segue):* (c) la possibilità di attribuire la gestione della società ai soci

Fra le regole di *governance* dettate per le società "a controllo pubblico" spicca la norma che impone agli statuti di prevedere "*il divieto di istituire organi diversi da quelli previsti dalle norme generali in tema di società*" (art. 11, c. 9, lett. d).

Questo divieto assume particolare rilievo per le società *in house*, nelle quali la giurisprudenza progressivamente formatasi negli anni aveva indicato, fra gli indici idonei a rilevare la presenza del "controllo analogo" (requisito necessario del modello *in house*), l'esistenza di organismi di controllo, costituiti dai rappresentanti di ciascun ente locale, muniti di penetranti poteri di verifica preventiva sulla gestione dell'attività ordinaria e straordinaria del soggetto *in house*, "*tali da rendere l'organo amministrativo privo di apprezzabile autonomia rispetto alle direttive delle amministrazioni partecipanti*" [20].

Il divieto di istituire organi diversi da quelli previsti dalle "*norme generali*" in materia di società sembra in effetti precludere la possibilità di continuare a prevedere organi quali i "comitati" che – variamente qualificati – assumevano tradizionalmente la funzione, nelle società *in house*, di verificare che la società operasse coerentemente con i principi e i presupposti del modello dell'*in house providing* e si conformasse agli indirizzi e alle direttive gestionali impartiti dai soci, garantendo quindi l'effettività di un controllo permanente dei soci stessi sulla società.

Questa novità va messa in relazione con la nuova regola di *governance* (richiamata alla lettera *(d)* del paragrafo precedente) secondo la quale gli amministratori delle società "a controllo pubblico" non possono essere dipendenti delle amministrazioni pubbliche controllanti o vigilanti.

[20] T.A.R. Piemonte, sez. I, 13 giugno 2014, n. 1069. Nel medesimo senso, Cons. Stato, sez. III, 27 aprile 2015, n– 2154; Corte dei Conti, sezione regionale di controllo per la Lombardia, delibera 22 gennaio 2015, n. 15.

Anche questo divieto è infatti destinato a incidere sulle società *in house*, perché la designazione quali amministratori di figure apicali delle amministrazioni partecipanti, o comunque di soggetti che rivestono in esse ruoli decisionali e strategici rispetto alle attività affidate alla società *in house*, era ritenuto uno strumento utile alla strutturazione degli elementi idonei a garantire il controllo analogo [21].

Si può allora ipotizzare che esista una connessione fra questi divieti e una delle più innovative previsioni introdotte dal d.lgs. n. 175/2016 per le società *in house* (ma anche, come si vedrà, per quelle c.d. "miste"): ai sensi dell'art. 16, c. 2, lett. a), gli statuti delle società per azioni possono contenere clausole in deroga delle disposizioni dell'articolo 2380-*bis* e dell'articolo 2409-*novies* del codice civile, ossia delle norme che attribuiscono la gestione dell'impresa *esclusivamente* agli amministratori (o al consiglio di gestione, in caso di sistema dualistico).

Si tratta della deroga più significativa al modello societario ordinario, e quindi del tratto più caratteristico dello speciale statuto giuridico delle società pubbliche: nelle s.p.a. *in house*, e in quelle a partecipazione mista pubblico-privata, è divenuto possibile strutturare un modello di *governance* nel quale la gestione della società non sia attribuita agli amministratori, o non esclusivamente ad essi, e venga invece attribuita (anche) ai soci [22].

Per le società *in house*, questa previsione può essere ricondotta all'intento del legislatore di mettere a disposizione della società uno strumento per la garanzia del controllo analogo alternativo alla presenza di amministratori dipendenti delle amministrazioni socie e all'esistenza di un "comitato" variamente denominato.

Per le società miste, la finalità della norma è resa esplicita dal legislatore, perché l'art. 17, c. 4, lett. a), chiarisce che la deroga può essere introdotta "*al fine di consentire il controllo interno del socio pubblico sulla gestione dell'impresa*" [23].

---

[21] In particolare, secondo la giurisprudenza, non essendo prescritto attraverso quali "*sistemi operativi debba estrinsecarsi la presenza di ciascun socio negli organi direttivi e con quale modalità concreta quest'ultimo debba concorrere al controllo analogo*", fra gli strumenti adeguati a questo fine va anche annoverata la "*nomina diretta e concorrente di singoli rappresentanti (uno per ogni socio) in seno al consiglio di amministrazione della società*" (T.A.R. Piemonte, sez. I, 13 giugno 2014, n. 1069).

[22] In argomento, *ex multis*, CAVALLI (a cura di), *Assemblea e amministratori*, Torino, 2013; MONTALENTI, *Amministrazione e amministratori nella riforma del diritto societario*, in RESCIGNO – SCIARRONE ALIBRANDI, *Il nuovo diritto delle società di capitali e delle società cooperative*, Milano, 2004; IRRERA, *Assetti organizzativi adeguati e governo delle società di capitali*, Torino, 2005; DE NICOLA, *Art. 2380-bis*, in GHEZZI (a cura di), *Amministratori* – AA.VV., *Commentario alla riforma delle società*, Milano, 2008; ABBADESSA, *L'assemblea nella s.p.a.: competenza e procedimento*, in *Giur. comm.*, 2004, 544; D'ALESSANDRO, *Gestione dell'impresa e rapporti tra assemblea e amministratori nella riforma societaria*, in *Le società per azioni oggi. Tradizione, attualità e prospettive,* Milano, 2007, 719.

[23] È stato osservato che la dizione "*controllo interno*" avrebbe dovuto essere riferita dal

8. L'adeguamento degli statuti sociali delle società esistenti

Tutte le modifiche di *governance* previste dal d.lg. n. 175/2016 si applicano non soltanto alle società a partecipazione di nuova costituzione, ma anche a quelle esistenti, che devono infatti provvedere all'adeguamento dei propri statuti entro il 31 luglio 2017 (termine originariamente fissato nel 31 dicembre 2016 e poi differito dal d.lgs. n. 100/2017).

Questa previsione è peraltro inserita fra le disposizioni transitorie del decreto e, dunque, non è prevista espressamente una sanzione per la sua violazione, ferme restando le conseguenze che potrebbero derivarne qualora venga per esempio eccepita l'invalidità degli atti adottati dalle società a partecipazione pubblica il cui statuto (e quindi la cui *governance*) non siano conformi a quanto prescritto dal d.lgs. n. 175/2016.

9. La nuova disciplina delle società *in house* e delle società c.d. "miste"

Oltre alla già esaminata novità – assai rilevante – che consente alle s.p.a. *in house* di introdurre modelli di *governance* in cui la gestione non sia riservata esclusivamente agli amministratori (e oltre alle conseguenze che derivano dai divieti di nominare amministratori dipendenti delle amministrazioni partecipanti e di istituire organi diversi da quelli previsti dalle norme generali in materia di società), l'art. 16 del d.lgs. n. 175/2016 completa la nuova disciplina delle società *in house*.

Questa disciplina non si discosta – in realtà – dal modello recentemente codificato dall'art. 5 del d.lgs. n. 50/2016, rispetto al quale, tuttavia, spicca una differenza che potrebbe risultare molto rilevante.

---

d.lg. n. 175/2016 all'istituto disciplinato dall'art. 147-*quater* del d.lg. n. 267/2000, concernente i controlli interni sulle società partecipate, e ciò in quanto la direttiva di delega contenuta nella l. n. 124/2015 prevedeva "*ai fini del rafforzamento del sistema dei controlli interni previsti dal testo unico di cui al decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267*" la "*revisione degli obblighi di trasparenza e di rendicontazione delle società partecipate nei confronti degli enti locali soci*": poiché la norma del d.lg. n. 267/2000 riguarda, invero, una serie di controlli, di natura pubblicistica, che l'ente locale può esercitare sulle proprie partecipate, e dunque strumenti molto diversi dal possibile trasferimento della gestione dell'impresa a soggetti diversi dagli amministratori, ne deriverebbe un possibile vizio di eccesso di delega: cfr. TRIMARCHI BANFI, *Lezioni di diritto pubblico dell'economia*, Torino, 2016, 64. La giurisprudenza amministrativa ha invece tradizionalmente considerato il *"controllo interno del socio pubblico*" come uno strumento di natura societaria, volto a integrare il "controllo esterno", tipico dell'ente affidante, nei modelli di partenariato pubblico-privato: *ex multis*, Cons. Stato, 18 aprile 2007, n. 456.

L'art. 16 prevede infatti che le società *in house* possono essere destinatarie di affidamenti diretti da parte delle amministrazioni partecipanti solo se non vi è partecipazione di capitali privati, "*ad eccezione di quella prescritta da norme di legge e che avvenga in forme che non comportino controllo o potere di veto, né l'esercizio di un'influenza determinante sulla società controllata*".

L'eccezione che consente l'ingresso di capitali privati (e che deriva dalla normativa unionista, configurando un'inusitata forma di "società *in house* mista") è ripresa dal menzionato art. 5 del d.lgs. n. 50/2016, rispetto al quale contiene però una modifica, evidenziata dall'enfasi nella citazione che precede: nell'art. 5 la stessa eccezione è infatti riferita al caso in cui la partecipazione di capitali privati sia "*prevista da norme di legge*".

L'effetto della norma contenuta nel d.lgs. n. 175/2016 (che, in applicazione del criterio cronologico, dovrà ritenersi implicitamente abrogativa *in parte qua* dell'art. 5, d.lgs. n. 50/2016) è quindi restrittivo: la presenza di capitali privati nelle società *in house* non sarà più ammessa nel caso in cui esista una disposizione normativa che la facoltizzi, dovendosi invece rinvenire una norma che la imponga (caso, invero, non facilmente realizzabile).

Per il resto, l'art. 16 conferma la previsione già dettata dal d.lgs. n. 50/2016, stabilendo che gli statuti delle società *in house* devono prevedere che oltre l'ottanta per cento del loro fatturato sia effettuato nello svolgimento dei compiti a esse affidati dall'ente pubblico o dagli enti pubblici soci, precisando – in aggiunta rispetto a quella previsione – che la produzione ulteriore rispetto al suddetto limite di fatturato è consentita solo a condizione che la stessa permetta di conseguire economie di scala o altri recuperi di efficienza sul complesso dell'attività principale della società.

Il comma 3-bis dell'art. 16 (introdotto dal d.lgs. n. 100/2017) contribuisce a chiarire le caratteristiche del fatturato residuale rispetto alla quota dell'ottanta per cento che dev'essere effettuato nello svolgimento dei compiti affidati dall'ente pubblico o dagli enti pubblici soci: si precisa sul punto che la produzione ulteriore rispetto a questa quota può essere rivolta anche a finalità diverse, ma è consentita solo a condizione che la stessa permetta di conseguire economie di scala o altri recuperi di efficienza sul complesso dell'attività principale della società.

Il d.lg. n. 175/2017 conferma poi la regola in forza della quale le società *in house* sono tenute all'acquisto di lavori, beni e servizi secondo la disciplina dettata dal d.lgs. n. 50/2016, al quale viene fatto espresso rinvio per quanto riguarda il regime speciale degli affidamenti regolato dall'art. 192.

Costituisce invece una novità la regola dettata dall'art. 4, c. 4, del d.lgs. n. 175/2016, che impone alle società *in house* di avere come oggetto sociale esclusivo una delle finalità per le quali è ammessa l'esistenza stessa di società a partecipazione pubblica.

La disciplina delle società c.d. "miste" contiene novità minori (in aggiunta a quella, già discussa, che consente di prevedere, negli statuti delle s.p.a., clausole che attribuiscano la gestione anche a soggetti diversi dagli amministratori).

La più significativa è rappresentata dalla fissazione della quota del trenta per cento come limite minimo per la partecipazione del soggetto privato.

Pur non venendo esplicitamente disciplinata, si può ritenere regolata anche la necessaria natura industriale (e non meramente finanziaria) del socio privato: l'art. 17, c. 2, prevede infatti che il socio privato debba "*possedere i requisiti di qualificazione previsti da norme legali o regolamentari in relazione alla prestazione per cui la società è stata costituita*" e che il bando per la sua selezione specifichi "*i necessari requisiti di qualificazione generali e speciali di carattere tecnico ed economico-finanziario*".

Il ruolo industriale del socio privato non sembra peraltro comportare direttamente la necessità che siano anche predeterminati i suoi "specifici compiti operativi", come in passato richiesto dall'art. 23-*bis* del d.l. n. 112/2008 [24].

La selezione del socio privato deve in ogni caso svolgersi con procedure di evidenza pubblica "*a norma dell'articolo 5, comma 9, del decreto legislativo n. 50 del 2016*", secondo il modello della c.d. "gara a doppio oggetto" (sottoscrizione o acquisto della partecipazione societaria da parte del socio privato e affidamento del contratto di appalto oggetto esclusivo dell'attività della società mista).

È infine chiarito che le società miste non sono soggette alle procedure ad evidenza pubblica dettate del d.lgs. n. 50/2016 (sempre che non siano organismi di diritto pubblico) se *(a)* la scelta del socio privato è avvenuta nel rispetto di procedure di evidenza pubblica, *(b)* il socio privato ha i requisiti di qualificazione previsti dal medesimo d.lgs. n. 50/2016 in relazione alla prestazione per cui la società è stata costituita, *(c)* la società provvede in via diretta alla realizzazione dell'opera o del servizio, in misura superiore al 70% del relativo importo.

10. L'assoggettabilità al fallimento e gli altri principali elementi della nuova disciplina della crisi d'impresa delle società a partecipazione pubblica

In materia di crisi d'impresa, il d.lgs. n. 175/2016 chiarisce in via definitiva una questione lungamente dibattuta [25], stabilendo che le società a partecipa-

[24] V. al riguardo MORZENTI PELLEGRINI, *L'utilizzabilità delle società a capitale misto pubblico-privato per la gestione di servizi pubblici, tra precisazioni in ordine agli specifici requisiti legittimanti e residue necessità di chiarimenti, in Foro Amministrativo-C.D.S.,* 2009.

[25] L'orientamento sino ad oggi prevalente in dottrina ha cercato di sviluppare un approccio lega-

zione pubblica "*sono soggette alle disposizioni sul fallimento e sul concordato preventivo, nonché, ove ne ricorrano i presupposti, a quelle in materia di amministrazione straordinaria delle grandi imprese insolventi*".

Sulla restante disciplina, va segnalato l'obbligo per l'organo amministrativo di adottare i provvedimenti necessari al fine di prevenire l'aggravamento di crisi aziendali, di correggerne gli effetti ed eliminarne le cause, attraverso un idoneo piano di risanamento.

---

to al caso concreto, ritenendo che "*caso per caso, vada verificata la rilevanza, sotto i numerosi profili, innanzi indicati, della funzione e finalità pubblica dell'attività del soggetto, onde determinare se la fattispecie soggettiva presenti i caratteri di ente privato o di ente pubblico. Va aggiunto che, nel caso si accerti la sostanziale natura pubblica dell'ente, il soggetto non potrà essere sottoposto al fallimento o al concordato preventivo, ma al tempo stesso, mancando una previsione normativa in tal senso, non potrà neppure essere sottoposto ad una procedura liquidatoria amministrativa*" (SANDULLI – POTITO, *Art. 1*, in *La Legge fallimentare dopo la riforma*, a cura di NIGRO – SANDULLI, Torino, 2010; v. anche BASSI, *Lezioni di diritto fallimentare*, Bologna, 2009. Sul dibattito degli ultimi anni, D'ATTORRE, *Le società in mano pubblica possono fallire?*, in *Fallimento*, 2009, 713; ID., *Gli enti di natura pubblica*, in *I soggetti esclusi dal fallimento*, a cura di Sandulli, Milano, 2007, 110. La giurisprudenza di merito ha talora richiamato il carattere della "necessità" della società, come fattore (correlato svolgimento di determinati servizi pubblici) idoneo a giustificare l'esenzione dal fallimento di una società in mano pubblica (cfr. App. Torino 15 febbraio 2010, in *Fallimento*, 2010; Trib. di Catania, 26 marzo 2010; Trib. di Napoli, 31 ottobre 2012, in *Fallimento*, 2013). In altri casi, si è riconosciuta natura sostanzialmente pubblica a soggetti formalmente privati in presenza di alcuni indici sintomatici, quali: *(a)* detenzione della maggioranza del capitale sociale da parte dell'ente o degli enti pubblici, *(b)* influenza dominante esercitata dai pubblici poteri sulla società, *(c)* esistenza di una disciplina derogatoria rispetto a quella propria dello schema societario. In presenza di questi indici, la società, formalmente privata ma sostanzialmente pubblica, dovrebbe essere esentata dal fallimento, indipendentemente dal tipo di attività svolta e dalla sua strumentalità rispetto al perseguimento dell'interesse pubblico (cfr. Trib. S. Maria Capua Vetere, 9 gennaio 2009, in *Fallimento*, 2009; Trib. Catania, 26 marzo 2010; Trib. Napoli, 31 ottobre 2012, in *Fallimento*, 2013; Trib. La Spezia, 20 marzo 2013). Con specifico riguardo alle società *in house*, la giurisprudenza è stata sino ad oggi ulteriormente incerta, contrapponendosi un orientamento che escludeva l'autonoma fallibilità, considerando le società *in house* come mere articolazioni interne dell'ente territoriale. In particolare, le Sezioni Unite della Corte di Cassazione (25 novembre 2013, n. 26283) hanno ritenuto che l'esenzione dalle disposizioni sul fallimento e sul concordato preventivo, prevista per gli enti pubblici dall'art. 1, comma 1, della legge fallimentare, dovesse venire applicata anche alle società cd. *in house providing*, in quanto in esse si rileva *(a)* la natura esclusivamente pubblica dei soci, *(b)* lo svolgimento dell'attività in prevalenza a favore dei soci stessi, *(c)* la sottoposizione ad un controllo corrispondente a quello esercitato dagli enti pubblici sui propri uffici. Secondo altro orientamento, la scelta del legislatore di consentire l'esercizio di determinate attività a società di capitali, e dunque di perseguire l'interesse pubblico attraverso lo strumento privatistico, avrebbe comunque dovuto comportare che esse assumessero i rischi connessi alla loro insolvenza, pena la violazione dei principi di uguaglianza e di affidamento dei soggetti che entrano in rapporto con tali società (cfr. Cass. civ., 15 maggio 2013, n. 22209; nello stesso senso 6 dicembre 2012, n. 21991). In dottrina, sul punto, FIMMANÒ, *Appunti in tema di società di gestione dei servizi pubblici*, in *Riv. not.*, 2009, 897.

Rispetto a questo obbligo, il decreto precisa che non costituisce provvedimento adeguato la previsione di un ripianamento delle perdite da parte dell'amministrazione o delle amministrazioni pubbliche socie, anche se attuato in concomitanza a un aumento di capitale o ad un trasferimento straordinario di partecipazioni o al rilascio di garanzie o in qualsiasi altra forma giuridica, "*a meno che tale intervento sia accompagnato da un piano di ristrutturazione aziendale, dal quale risulti comprovata la sussistenza di concrete prospettive di recupero dell'equilibrio economico delle attività svolte*".

Interviene anche in questo ambito una compressione del generale principio di autonomia privata delle pubbliche amministrazioni, perché l'art. 14 del d.lgs. n. 175/2016 vieta alle amministrazioni (salvo quanto previsto dagli articoli 2447 e 2482-*ter* c.c., ossia in caso di riduzione del capitale sociale sotto il limite legale) di effettuare aumenti di capitale, trasferimenti straordinari, aperture di credito, o di rilasciare garanzie a favore delle società partecipate che abbiano registrato, per tre esercizi consecutivi, perdite di esercizio o che abbiano utilizzato riserve disponibili per il ripianamento di perdite anche infrannuali.

Sono però consentiti i trasferimenti straordinari a fronte di convenzioni, contratti di servizio o di programma relativi allo svolgimento di servizi di pubblico interesse o alla realizzazione di investimenti, purché le misure indicate siano contemplate in un piano di risanamento, comunicato alla Corte dei conti, che contempli il raggiungimento dell'equilibrio finanziario entro tre anni.

11. Responsabilità degli amministratori e giurisdizione della Corte dei Conti

L'art. 12 del d.lgs. n. 175/2016 chiarisce che i componenti degli organi di amministrazione e controllo delle società partecipate sono soggetti alle azioni civili di responsabilità previste dalla disciplina ordinaria delle società di capitali, "*salva la giurisdizione della Corte dei conti per il danno erariale causato dagli amministratori e dai dipendenti delle società* in house".

È inoltre devoluta alla Corte dei conti, "*nei limiti della quota di partecipazione pubblica*", la giurisdizione sulle controversie in materia di danno erariale, controversie che includono anche il danno conseguente alla condotta dei rappresentanti degli enti pubblici partecipanti che, nell'esercizio dei propri diritti di socio, abbiano con dolo o colpa grave pregiudicato il valore della partecipazione.

Queste norme s'innestano nel tema, controverso da alcuni anni, concernente la natura della responsabilità degli amministratori delle società a partecipazione pubblica (dalla quale consegue l'individuazione del giudice competente).

Se, infatti, fino all'inizio degli anni 2000 era fermo l'orientamento che riteneva sussistente *(a)* la giurisdizione ordinaria nelle controversie aventi ad oggetto la responsabilità per i danni recati agli enti pubblici economici dai loro amministratori e dipendenti mediante comportamenti riconducibili allo svolgimento dell'attività imprenditoriale, *(b)* la giurisdizione contabile per i danni prodotti nell'esercizio di attività organizzative o a carattere autoritativo e *(c)* ancora la giurisdizione contabile per la responsabilità degli amministratori e dipendenti di enti pubblici non economici [26], si è anzitutto registrata l'ordinanza delle Sezioni Unite 22 dicembre 2003, n. 19667, che ha esteso l'ambito della responsabilità amministrativa per danno erariale nei confronti di amministratori e dipendenti [27].

Successivamente, l'ordinanza 19 dicembre 2009, n. 26806 – confermata dalla successiva giurisprudenza [28] – ha escluso la giurisdizione contabile sull'azione di responsabilità degli amministratori e dei dipendenti della società a partecipazione pubblica per i danni ad essa arrecati (argomentando principalmente sulla base della considerazione che tale società non perde la natura di soggetto privato per il solo fatto che il suo capitale sia alimentato anche da conferimenti provenienti dallo Stato o da altro ente pubblico).

Alcuni anni dopo:

(a) la sentenza 9 gennaio 2013, n. 295, ha affermato che, in virtù dell'art. 1, comma 4, l. 14 gennaio 1994, n. 20, ai fini del "*riconoscimento della giurisdizione della Corte dei conti per danno erariale, è irrilevante il titolo in base al quale la gestione del pubblico denaro viene effettuata, potendo esso consistere in un rapporto di pubblico impiego o di servizio, ma anche in una concessione amministrativa o in un contratto di diritto privato. Il punto di discrimine della giurisdizione ordinaria da quella contabile si è, dunque, spostato dalla qualità del soggetto – che può ben essere un privato o un ente pubblico non economico – alla natura del danno e degli scopi perseguiti. Pertanto, il privato fruitore di fondi pubblici, ove per sue scelte incida negativamente sul modo d'essere del programma imposto dalla P.A., alla cui realizzazione è chiamato a partecipare con l'atto di concessione del contributo, e la incidenza sia tale da determinare uno sviamento dalle finalità perseguite, realizza un danno per*

[26] Cass. civ., S.U., 5 febbraio 1969, n. 3636; 18 luglio 1979, n. 4244.

[27] Orientamento successivamente precisato da Cass. civ., S.U., 26 febbraio 2004, n. 3899.

[28] Ord. 9 maggio 2011, n. 10063; 9 aprile 2010, n. 8429; 3 marzo 2010, n. 5032; in dottrina, IBBA, *Responsabilità degli amministratori di società pubbliche e giurisdizione della Corte dei conti*, in *Giur. comm*., 2012, 641; TORCHIA, *Società pubbliche e responsabilità amministrativa: un nuovo equilibrio*, in *Giornale dir. amm.*, 2012, 323.

l'ente pubblico di cui deve rispondere davanti al giudice contabile";

(b) l'ordinanza 3 maggio 2013, n. 10299, ha avviato il tentativo di rivedere l'orientamento in essere rispetto alle società in house [29], tentativo ripreso dalla Corte dei Conti, secondo la quale "*qualora si tratti di una società costituita per lo svolgimento di servizi pubblici, o configurata quale longa manus dell'ente stesso, con un rapporto di compenetrazione organica tra la società e l'ente pubblico, si è in presenza di un modello organizzatorio della stessa p.a., sia pure per certi versi atipico, con la conseguenza che il danno prodotto dagli amministratori al patrimonio di quella società dovrà qualificarsi come erariale e la giurisdizione appartenere al giudice contabile*" [30].

Finalmente, la sentenza delle Sezioni Unite 25 novembre 2013, n. 26283, ha affermato che spetta alla Corte dei conti la giurisdizione sull'azione di responsabilità esercitata dalla Procura contabile quando tale azione sia diretta a far valere la responsabilità degli organi sociali per i danni da essi cagionati al patrimonio di una società *in house* [31].

---

[29] FIMMANÒ, *La giurisdizione sulle "societa' pubbliche"*, in *Soc.*, 2013, 974.

[30] Corte dei Conti, Sez. I App., 22 luglio 2013, n. 568; Sez. giur. Reg. Campania, 19 ottobre 2012, n. 1626. V. anche Conti, Sez. giur. Reg. Campania, 23 ottobre 2012, n. 1629; Sez. giur. Reg. Trentino-Alto Adige 6 settembre 2011, n. 28; Sez. giur. Reg. Marche, 15 luglio 2013, n. 80; Sez. giur. Reg. Lazio, 24 febbraio 2011, n. 339; Sez. giur. Reg. Lazio, 23 febbraio 2011, n. 327; Sez. III App., 5 novembre 2012, n. 707.

[31] In argomento, ANDREIS, *Società in house e giurisdizione contabile*, in *Urb. App.*, 2014, 395; IBBA, *Responsabilità erariale e società in house*, in *Giur. comm*., 2014, 5; MARTUCCI, *Impresa pubblica e forma societaria: quale responsabilità per gli amministratori di società in house?*, in *Riv. dir. comm.*, 2014, 259; FIMMANÒ, *La giurisdizione sulle "società in house providing"*, in *Soc.*, 2014, 55. L'orientamento è stato confermato dalla giurisprudenza successiva: Cass. civ., S.U., 12 febbraio 2014, n. 3201; 26 marzo 2014, n. 7177; 22 luglio 2014, n. 16622; 24 ottobre 2014, n. 22609; 24 febbraio 2015, n. 3677; 24 marzo 2015, n. 5848; 13 novembre 2015, n. 23306.

Tra le pronunce successive al *leading case* del 2013, S.U. 22 luglio 2014, n. 16622, la quale ha avuto cura di precisare che la società in relazione alla quale era stata posta la questione (s.p.a. Sistema Ambiente della Provincia di Napoli) era connotata dalla seguenti «speciali caratteristiche», deponenti nel senso della giurisdizione del giudice contabile: "a) oggetto sociale coincidente con il fine istituzionale demandato alla Provincia affidante del servizio e che diviene la destinatala dell'attività principale della società, le cui iniziative sono limitate ad attività complementari e connesse; b) potere dell'ente affidante di ingerenza, coordinamento e supervisione dell'amministrazione – "controllo dinamico" – e sulla regolarità amministrativa e contabile – controllo strategico – per valutare l'adeguatezza delle scelte gestionali compiute in termini di congruenza tra risultati conseguiti ed obiettivi predefiniti; c) potestà di indirizzo ed influenza vincolanti sulle strategie e politiche aziendali; d) scelta preponderante o esclusiva dell'organo amministrativo; e) limitata autonomia finanziaria, statutaria e di apertura al merca-

La giurisprudenza contabile si era parzialmente discostata da questo orientamento, ritenendo che, siccome l'ordinamento comunitario non ammette distinzioni sulla base della natura formale del soggetto agente, la giurisdizione contabile deve ritenersi sussistere non solo per le società *in house providing* ma per tutte le società a totale partecipazione pubblica [32], posizione in parte ripresa dall'art. 12 del d.lg. n. 175/2016, che – come si è visto – attribuisce alla Corte dei Conti, "*nei limiti della quota di partecipazione pubblica*" (dunque: integralmente, nel caso di società a totale partecipazione pubblica), la giurisdizione sulle controversie in materia di danno erariale e su quelle che hanno determinato un pregiudizio del valore della partecipazione.

to esterno; f) autonomia gestionale e decisionale dell'amministratore unico, dalla stessa nominato, rigidamente vincolata; g) capacità negoziale soggetta a rigoroso controllo preventivo e successivo dell'ente affidante; h) obbligo stringente di report dell'attività; i) osservanza delle procedure di evidenza pubblica nella stipula dei contratti; l) copertura dei costi con i ricavi delle tariffe imposte per il servizio». S.U. 26 marzo 2014, n. 7177

[32] Corte dei Conti, Sez. I giurisdizionale centrale, 20 febbraio 2015, n. 178; analogamente, Sez. I giurisdizionale centrale, 24 marzo 2015, n. 249.

Diritto penale dell'impresa

a cura di Ciro Santoriello

Presentazione

A partire da questo numero della Rivista sarà presente una nuova Sezione "Diritto penale dell'impresa", diretta da Ciro Santoriello, Sostituto Procuratore presso la Procura di Torino.

Nel corso degli anni, il diritto penale commerciale ha assunto una sua fisionomia sempre più marcata rispetto ai caratteri propri del diritto penale classico e tanto nella prassi che nelle scelte normative si è giunti ad abbandonare la concezione "ancillare" e meramente sanzionatoria del medesimo rispetto alla disciplina civilistica delle imprese collettive. Non è possibile uno studio degli istituti di diritto commerciale senza verificare come essi effettivamente operino non solo nell'ambito loro proprio, che è quello della fisiologia dell'impresa, ma anche in presenza di condizioni di crisi societaria e di condotte dirette al perseguimento di obiettivi e finalità ritenute non meritevoli di protezione e tutela da parte del legislatore.

Nell'intento dunque di analizzare anche tali momenti di patologia della vita societaria, la Direzione ha ritenuto di dover individuare questa nuova area tematica nella Rivista, in cui verranno esaminati tanto profili attinenti al diritto penale commerciale in senso stretto – ed in particolare i temi del diritto penale societario e del diritto penale commerciale – quanto argomenti comunque relativi al trattamento sanzionatorio riservato all'imprenditore ed all'ente collettivo – con attenzione particolare al diritto penale tributario e alla responsabilità da reato degli enti collettivi di cui al d.lgs. n. 231 del 2001.

Quanto al contenuto della Sezione, sarà costante l'attenzione alla giurisprudenza, con una rassegna puntuale delle principali decisioni – accompagnate da brevi note espositive –, ma non mancheranno articoli di approfondimento.

Oreste Cagnasso
Maurizio Irrera
Gilberto Gelosa

Il nuovo sistema sanzionatorio della corruzione fra privati: troppo vaghi i confini della responsabilità delle persone giuridiche

The new system of sanctioning corruption amongst private individuals – The boundaries regarding the responsibility of judicial persons are still too vague

Ciro Santoriello *

ABSTRACT

Il lavoro analizza le nuove fattispecie di corruzione fra privati e di istigazione fra privati, riformata la prima ed introdotta la seconda con il d.lg. n. 38 del 2017. Dopo aver espresso diversi apprezzamenti sulle innovazioni introdotte con la riforma – in particolar modo si sottolinea come la fattispecie incriminatrice di corruzione fra privati, fino ad ora mai applicata dai giudici italiani, acquisti una maggiore pregnanza di significato ed un più ambito di operatività – l'autore esprime alcune considerazioni critiche sull'inserimento di entrambi i delitti fra i reati presupposto delle responsabilità delle persone giuridiche ai sensi del d.lg. n. 231 del 2001, ritenendo non configurabile un modello organizzativo che sia in grado di arrestare o prevenire illeciti di mera condotta da parte del singolo corruttore quali l'offerta o la promessa di utilità.

PAROLE CHIAVE: corruzione – istigazione – responsabilità della società – modello organizzativo.

This paper analyses new case law regarding corruption and incitement amongst private individuals, legislation in the case of the former having been reformed and in the case of the latter having been introduced via legislative decree n. 38/2017. After having expressed several positive judgements regarding the innovations introduced by the reform – in particular highlighting how case law incriminating corruption amongst private individuals, hitherto never applied by Italian judges, acquires a greater sense of significance and a more operative ambit – the author expresses some critical considerations regarding the inclusion of both offences amongst the crimes allegedly assumed by juridical persons under legislative decree n. 231/2001, considering the difficulty in establishing an organizational model to stop or prevent crimes of conduct, such as the offer or promise of gain, committed by individual perpetrators.

KEYWORDS: *corruption – instigation – corporate responsibility– organizational model.*

* Sostituto procuratore presso il Tribunale di Torino.

SOMMARIO:

1. Premessa: la riforma del reato di corruzione fra privati e l'introduzione del delitto di istigazione alla corruzione fra privati. – 2. La nuova disposizione di "corruzione fra privati". A) L'ambito di applicazione. – 3. *Segue:* B) La condotta. – 4. Il reato di istigazione alla corruzione. – 5. Il reato di corruzione fra privati quale reato presupposto della responsabilità da reato delle persone giuridiche.

1. Premessa: la riforma del reato di corruzione fra privati e l'introduzione del delitto di istigazione alla corruzione fra privati

Come è noto, con il d.lg. n. 38 del 2017 il legislatore ha proceduto ad una radicale riscrittura della disciplina in tema di corruzione fra privati. Per lungo tempo, l'ordinamento penale italiano non aveva dedicato alcuna attenzione a tale fenomeno e solo nel 2002 – per adempiere alle indicazioni contenute nell'Azione comune del 22 dicembre 1998 del Consiglio d'Europa e nella Decisione quadro 2003/568/GAI del Consiglio europeo del 22 luglio 2003–si ebbe un primo intervento del legislatore che con il d.lg. n. 61introdusse l'art. 2635 c.c. il quale per l'appunto introdusse il reato di corruzione fra privati; tuttavia, la fattispecie introdotta nel 2002 fu fin da subito oggetto di forti critiche da parte della dottrina [1] – critiche da ritenere fondate, se sol si considera come la stessa in oltre 15 anni non risulta essere mai (!) stata applicata nel nostro ordinamento –, la quale evidenziava come la fattispecie di nuovo conio solo in parte rispondesse alle indicazioni formulate in sede sovranazionale, soprattutto in ragione del fatto che il delitto era stato strutturato come reato di evento, richiedendosi per il suo perfezionamento il verificarsi di un danno in capo alla società di cui faceva parte l'amministratore o dirigente infedele [2].

[1] AMATI, *Infedeltà patrimoniale*, in ROSSI (a cura di), *Reati societari*, Torino 2005, 402; FONDAROLI, *Introduzione ai delitti di infedeltà patrimoniale*, *ibidem*, 393; MUSCO, *I nuovi reati societari*, II^ ed., Milano 2004, 202; MEZZETTI, *L'infedeltà patrimoniale nella nuova dimensione del diritto penale societario*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2004, 193.

[2] Secondo l'antecedente versione dell'art. 2635 c.c. – rubricato come "reato di infedeltà a seguito di dazione o promessa di utilità" – "1. gli amministratori, i direttori generali, i dirigenti preposti alla redazione dei documenti contabili societari, i sindaci, i liquidatori e i responsabili della revisione, i quali, a seguito della dazione o della promessa di utilità, compiono od omettono atti, in violazione degli obblighi inerenti al loro ufficio, cagionando nocumento alla società, sono puniti con la reclusione sino a tre anni. 2. La stessa pena si applica a chi dà o promette l'utilità. 3. La pena è raddoppiata se si tratta di società con titoli quotati in mercati regolamentati italiani o di altri Stati dell'Unione europea o diffusi fra il pubblico in misura rilevante ai

Come accennato, con il d.lg. n. 38 del 2017, non solo ha riscritto in senso radicale il reato di corruzione fra privati – che rispetto al suo antecedente storico ha davvero poco in comune –, ma ha anche cercato di dare vita ad un completo ed efficace sistema repressivo di tali pratiche illecite presenti nell'ambito imprenditoriale, introducendo da un lato una nuova fattispecie delittuosa, quella di "istigazione alla corruzione fra privati" di cui all'art. 2635 *bis* c.c., e prevedendo dall'altro che tanto il delitto di istigazione che la nuova fattispecie della corruzione fra privati rientrino fra i cd. reati presupposto della responsabilità da illecito delle persone giuridiche ai sensi del d.lg. n. 231 del 2001. Per più aspetti, tale intervento di riforma si presenta apprezzabile – specie con riferimento alla nuova versione del delitto di corruzione fra privati –, ma non poche sono le criticità che potranno verificarsi nell'applicazione delle due nuove fattispecie, specie allorquando dalle stesse voglia farsi derivare una possibile responsabilità da illecito delle persone giuridiche all'interno delle quali tali condotte sono state assunte: proprio in ragione di tale considerazione, nelle pagine che seguono l'attenzione sarà diretta principalmente ai presupposti di applicazione della disciplina contenuta nel d.lg. n. 231 del 2001 quando risulti violata la disposizione di cui all'art. 2635 o 2635-*bis* c.c..

2. La nuova disposizione di "corruzione fra privati". A) L'ambito di applicazione

Iniziando l'esame della riforma dalla nuova disciplina in tema di corruzione fra privati, l'art. 2635 c.c. oggi dispone che "1. salvo che il fatto costituisca più grave reato, gli amministratori, i direttori generali, i dirigenti preposti alla redazione dei documenti contabili societari, i sindaci e i liquidatori, di società o enti privati che, anche per interposta persona, sollecitano o ricevono, per sé o per altri, denaro o altra utilità non dovuti, o ne accettano la promessa, per compiere o per omettere un atto in violazione degli obblighi inerenti al loro ufficio o degli obblighi di fedeltà, sono puniti con la reclusione da uno a tre anni. Si applica la stessa pena se il fatto è commesso da chi nell'ambito organizzativo della società o dell'ente privato esercita funzioni direttive diverse da quelle proprie dei soggetti di cui al precedente periodo. 2. Si applica la pena della reclusione fino a un anno e sei mesi se il fatto è commesso da chi è sottoposto alla direzione o alla vigilanza di uno dei soggetti indicati al primo comma. 3. Chi, anche per interposta persona, offre, promette o dà denaro o al-

sensi dell'art. 166 del testo unico di cui al decreto legislativo 24 febbraio 1998 n. 58. 4. Si procede a querela della persona offesa".

tra utilità non dovuti alle persone indicate nel primo e nel secondo comma, è punito con le pene ivi previste. 4. Le pene stabilite nei commi precedenti sono raddoppiate se si tratta di società con titoli quotati in mercati regolamentati italiani o di altri Stati dell'Unione europea o diffusi tra il pubblico in misura rilevante ai sensi dell'articolo 116 del testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria, di cui al decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58, e successive modificazioni. 5. Si procede a querela della persona offesa, salvo che dal fatto derivi una distorsione della concorrenza nella acquisizione di beni o servizi. 6. Fermo quanto previsto dall'articolo 2641, la misura della confisca per valore equivalente non può essere inferiore al valore delle utilità date, promesse o offerte".

Rispetto all'antecedente versione della medesima fattispecie va innanzitutto sottolineato il nuovo e più ampio ambito di applicazione che viene riconosciuto oggi alla riformata fattispecie.

In primo luogo, è stato ampliato il novero degli enti collettivi in cui può essere assunta la condotta vietata. Infatti, se in precedenza la disposizione del codice civile faceva riferimento ai soli soggetti che operavano nell'ambito di società e consorzi, ora il medesimo comportamento rileva quando assunto, più in generale, all'interno di "enti privati", espressione peraltro di incerto significato, giacché se è ovvio che all'interno di tale categoria rientrino – oltre alle società ed ai consorzi già in precedenza oggetto dell'attenzione del legislatore anche – i soggetti, come le fondazioni o le associazioni, forniti di personalità giuridica, è dubbio se la norma faccia riferimento (come tuttavia riteniamo debba essere anche per garantire una significativa efficacia alla riforma) pure agli enti collettivi privi di personalità giuridica [3]. Con riferimento alle conseguenze che ne derivano per la responsabilità da reato delle persone giuridiche la questione non è di poco momento, posto che anche gli enti privi di responsabilità giuridica sono soggetti alle prescrizioni di cui al d.lg. N. 231 del 2001, sicché la ricostruzione del significato dell'espressione "enti privati" che compare nel citato art. 2635 avrà una diretta influenza anche sull'operatività della normativa in tema di responsabilità delle persone giuridiche in presenza di fatti di corruzione fra privati.

---

[3] In senso positivo, DI VIZIO, *La riforma della corruzione fra privati*, in *www.quotidianogiuridico.it*; GENNAI-TRAVERSI, *Il nuovo reato di istigazione alla corruzione fra privati*, in *Soc. Contratti*, 2017, 4, 98.

A commento della nuova disciplina si vedano anche ROSSI, *La riforma del 'sistema punitivo' della corruzione fra privati: nuove fattispecie e nuove sanzioni per le persone fisiche e per gli enti*, in *Soc.*, 2017, 751; SEMINARA, *Il gioco infinito: la riforma del reato di corruzione fra privati*, in *Dir. Pen. Proc.*, 2017, 712.

In secondo luogo, la valenza operativa della norma risulta accresciuta in ragione del più ampio novero di soggetti attivi dell'illecito. Mentre prima della riforma la fattispecie vedeva come possibili responsabili gli amministratori, i direttori generali, i dirigenti preposti alla redazione dei documenti contabili societari [4], i sindaci ed i liquidatori, oggi ha rilevanza anche il comportamento di quanti "nell'ambito organizzativo della società o dell'ente privato esercita[no] funzioni direttive diverse da quelle proprie dei soggetti" sopra menzionati. La portata di tale innovazione non va tuttavia esasperata: altro non si tratta infatti che di un espresso riconoscimento della penale rilevanza della condotta vietata quando tenuta da chi di fatto eserciti funzioni di direzione, gestione e controllo nell'ambito di un ente collettivo, ma a tale conclusione poteva giungersi senza alcun dubbio richiamando il disposto di cui all'art. 2639 c.c. che come è noto consente di estendere le incriminazioni del diritto penale societario anche a quanti, in assenza di formale investitura o comunque sulla base dell'attribuzione di qualifiche societarie che comporterebbero la titolarità di poteri diversi da quelli in fatto svolti, esercitino comunque in modo continuativo i poteri tipici inerenti la qualifica e le funzioni considerate nella fattispecie di reato [5].

Peraltro, proprio in quanto la modifica dell'art. 2635 c.c. richiama di fatto il disposto del citato art. 2639 è da ritenere che anche con riferimento al reato di corruzione fra privati, laddove si voglia attribuire una penale responsabilità a soggetti che non sono formalmente titolari di poteri di direzione e controllo è comunque necessario che ricorrano i requisiti richiesti dal citato art. 2639 e cioè da un lato occorre che i poteri in fatto esercitati si palesino come significativi e tipici, dall'altro è necessario che l'esercizio degli stessi sia svolto in

[4] In relazione a tale ultima categoria di soggetti, introdotta dalla l. 28 dicembre 2005 n. 262 art. 15, la disciplina relativa è contenuta nell'art. 154 *bis* d.lg.vo 24 febbraio 1998, n. 58 il quale si riferisce esclusivamente alle società quotate e ciò impedisce, secondo alcuni autori, di ritenere la fattispecie in commento operante con riferimento anche ad altri soggetti che svolgono analoga funzione ma in società non quotate (VENEZIANI, *Art. 2639 cod. civ*, *c.c.*, in AA.VV., *I nuovi reati societari*, a cura di LANZI –CADOPPI, Padova 2006, 214). Tale tesi, forse sostenibile con riferimento all'antecedente versione dell'art. 2635 c.c. pare difficilmente sostenibile oggi considerata che la possibilità di applicare la sanzione in parola a quanti svolgono, anche in società non quotate, le funzioni di preposti alla redazione dei documenti contabili è consentita espressamente dalla stessa previsione codicistica.

[5] Trattasi peraltro di soluzione presente anche in altri campi dell'ordinamento giuridico penalistico: si pensi, ad esempio, proprio alla disciplina in tema di illeciti bancari, di cui al D.Lgs. 1° settembre 1993 n. 385, ed alla disciplina in tema di sicurezza dei lavoratori sul luogo di lavoro, di cui al D.Lgs. 19 settembre 1994 n. 626.

modo continuativo [6]. Con la prima previsione si intende far riferimento alla circostanza che i poteri in effetti esercitati devono corrispondere a quelli che la normativa civilistica attribuisce ai soggetti forniti della relativa qualifica societaria [7], mentre con il secondo profilo si intende impedire che possa "ravvisarsi l'assunzione fattuale di una funzione amministrativa anche in comportamenti di estemporanea ingerenza … [non potendosi ritenere] che chiunque svolga una qualche attività gestoria all'interno di una società commerciale debba invariabilmente divenire amministratore di fatto" [8].

Più significativo invece appare l'ampliamento del novero dei soggetti attivi operato con riferimento a quanti non svolgono funzioni apicali nell'ambito dell'imprese: il comma secondo della disposizione in commento, infatti, consente di rinvenire la sussistenza del reato – sanzionato in maniera meno severa – anche quando la condotta risulti assunta da chi è sottoposto alla altrui direzione o vigilanza.

La rilevanza pratica dell'innovazione non va colta considerando semplicemente la circostanza che anche soggetti operanti nell'impresa in posizioni non apicali possono commettere il reato in parola dovendosi piuttosto valorizzare la scelta del legislatore di riconnettere anche al comportamento di tali figure aziendali di non particolare spessore una responsabilità ai sensi del d.lg. n. 231

---

[6] Per un commento specificatamente dedicato alla previsione, cfr. ALESSANDRI, *I soggetti*, in AA.VV., *Il nuovo diritto penale delle società*, Milano 2002, p. 37; PEDRAZZI, Corporate governance *e posizioni di garanzia*, in AA.VV., *Scritti giuridici per Guido Rossi*, II, Milano 2002, 1367; DI GIOVINE, *L'estensione delle qualifiche soggettive (art. 2639)*, in AA.VV., *I nuovi reati societari: diritto e processo*, a cura di GIARDA–SEMINARA, Padova 2002, 5; GULLO, *Il reato proprio. Dai problemi "tradizionali" alle nuove dinamiche d'impresa*, Milano 2005, 185; ROSSI, *La responsabilità penale dei componenti degli organi di amministrazione e di controllo. Brevi considerazioni generali sulla fattispecie concorsuale nei reati societari*, in ROSSI (a cura di), *I reati societari*, cit., 62; CASTELLANA, *L'equiparazione normativa degli autori di fatto agli autori di diritto per i reati del riscritto titolo XI libro V c.c.*, in *Ind. Pen.*, 2005, 1067.

[7] ALESSANDRI, *I soggetti*, cit., 45; ZANOTTI, *Il nuovo diritto penale dell'economia*, Milano 2008, 24.

[8] PERINI, *La riforma dei reati societari: note in tema di risarcimento del danno e tutela del capitale sociale*, in *Impresa*, 2001, 12, 1950.

Va però precisato che il carattere significativo dell'esercizio dei poteri gestori non implica la totale sostituzione ai soggetti formalmente titolari delle cariche sociali, ma è circostanza che va valutata in concreto, a secondo del "contesto complessivo entro il quale si inserisce il contegno del soggetto privo di formale investitura e quindi, anche l'esercizio continuativo di una delle funzioni proprie degli amministratori, coordinata con altre, potrebbe indurre ad equiparare il soggetto di fatto alla corrispondente figura formale, purché tuttavia quella 'porzione funzionale' rivesta la suddetta pregnanza e non si riduca a contributo qualitativamente marginale e trascurabile" (VENEZIANI, *Art. 2639*, cit., 303).

del 2001 della società di appartenenza – anche se limitatamente al solo ente "corruttore" e non a quello "corrotto". Questa scelta, come si vedrà più avanti, rischia di ampliare fortemente– ed in maniera non "arginabile" e prevedibile da parte delle aziende – l'area di rischio penale in cui adesso si trovano a versare le aziende con riferimento al reato di corruzione fra privati; sul punto tuttavia si tornerà più avanti, allorquando per l'appunto ci si soffermerà specificatamente sui riflessi che in tema di responsabilità da reato degli collettivi derivano dalla recente riforma.

3. *Segue:* B) La condotta

Innovazioni rilevanti, come accennato, hanno investito l'elemento materiale del reato, profilo nei cui confronti si era diretta la maggior parte delle critiche che avevano investito la precedente versione della norma.

Identica è rimasta la struttura della fattispecie che è un reato plurisoggettivo, connotato da due condotte speculari, ovvero quella del soggetto – l'*intraneus*– che riceve il denaro o l'utilità o la relativa promessa o sollecita la dazione o la promessa [9]onde successivamente porre in essere un atto contrastante con gli obblighi del suo ufficio e quella del soggetto che dà o promette la prestazione sulla cui base la controparte si impegna – o si è impegnata – a venire meno ai suoi doveri d'ufficio. Considerata la lettera della norma, dunque, rimane non punibile – al pari di quanto era in passato –la condotta consistita nel dare o promettere un'utilità [10] quando l'atto è già stato posto in essere dal soggetto qualificato ovvero nel caso in cui l'atto, pur posto in essere dopo la proposta corruttiva, non sia comunque contrario ai doveri dell'ufficio rivestiti dall'*intraneus* [11].

Modifiche di rilievo hanno invece interessato le condotte del "corrotto" e del "corruttore".

Relativamente all'ipotesi di corruzione passiva e quindi con riferimento al comportamento del soggetto – cd. *intraneus*– operante all'interno della società

[9] Ovviamente, sempre che la sollecitazione sia accolta, posto che in caso contrario, ovvero quando l'accordo non si perfeziona, sussiste il diverso delitto di istigazione alla corruzione su cui *infra*.

[10] Si ricorda che nella nozione di "utilità" rientra qualsiasi tipo di vantaggio suscettibile di essere valutato economicamente.

[11] GIUNTA, *Lineamenti di diritto penale dell'economia*, II^ ed., Torino 2004, 297; MACCARI, *Art. 2635 c.c.*, in AA.VV., *I nuovi illeciti penali ed amministrativi riguardanti le società commerciali*, a cura di GIUNTA, Torino 2002, 174.

danneggiata dalla vicenda, deve in primo luogo riscontrarsi come, accanto all'accettazione della dazione o promessa di denaro o altra utilità, per sé o per altri [12], sia stata ora introdotta la sollecitazione di tale dazione o promessa, previsione che da un lato completa lo spettro applicativo della disposizione ma dall'altro introduce significativi profili di incertezza nella determinazione del comportamento vietato, posto che distinguere fra sollecitazione illecita e "mera blandizia" risulterà tutt'altro che agevole: in ogni caso, è da escludere sia necessario, per la sussistenza di un reato, l'assunzione di atteggiamenti minacciosi o estorsivi mentre non crediamo bastino mere insistenze o semplici accenni senza alcuna proposta concreta. In ogni caso, posto che perché sussista il reato in parola occorre che la sollecitazione sia accolta e che il delitto di corruzione fra privati presuppone che i responsabili dello stesso si accordino sulle relative "prestazioni" rende di fatto irrilevante la circostanza che il soggetto "corrotto" si sia attivato per ricevere la dazione o la promessa del denaro o dell'utilità o la proposta delinquenziale sia invece originata da lui mediante una sollecitazione; detto diversamente, una volta raggiunto l'accordo fra corrotto e corruttore il reato sussiste quale che sia il soggetto che ha assunto l'iniziativa ed è irrilevante qualificare l'eventuale iniziativa che l'*intraneus* abbia assunto come sollecitazione o come mero atteggiamento di apertura verso proposte illecite – atteggiamento irrilevante in sé ma integrativo dell'illecito una volta raggiunto l'accordo.

Più rilevante la seconda innovazione introdotta con la riforma e che ha ad oggetto la circostanza che per la sussistenza del reato non siano più richiesti l'effettivo compimento – o la sua omissione – dell'atto oggetto del patto illecito da parte del soggetto corrotto, essendo sufficiente il solo perfezionamento dell'accordo corruttivo. Tale novità, unitamente all'ulteriore profilo della riforma, rappresentato dall'eliminazione del richiamo al verificarsi di una danno patrimoniale a carico della società "corrotta" –elemento che compariva nella precedente versione della disposizione e che rappresentava l'evento dell'illecito che doveva conseguire alla condotta di corruzione ed il cui verificarsi era necessario per il perfezionamento del reato – conferisce all'attuale versione del reato di corruzione fra privati una struttura analoga a quella propria della corruzione del pubblico ufficiale e soprattutto consente di superare le criticità che erano state evidenziate con riferimento all'antecedente art. 2635 c.c.

In proposito, va ricordato come la necessità dell'introduzione nel diritto penale societario di una figura di reato analoga a quella ora in commento era

[12] Di scarso rilievo invece la previsione che tali condotte possono essere realizzate anche "per interposta persona", posto che la responsabilità dell'intermediario è comunque ricostruibile ai sensi dell'art. 110 c.p.

stata più volte sollecitata dalla dottrina, che aveva auspicato l'avvicinamento della figura dell'amministratore di società agli operatori delle amministrazioni pubbliche, per garantire una rigida separazione degli interessi patrimoniali dell'ente da quelli dell'amministratore ed ottenere così "una tutela avanzata in vista del pericolo di inquinamento del processo di motivazione degli atti di gestione" [13]. Quando però nel 2001 venne introdotta la nuova figura criminosa le attese che circondavano la riforma andarono deluse, giacché il delitto in parola rappresentava nulla più che "una mera specificazione del delitto d'infedeltà patrimoniale" [14], diretto alla sola tutela del patrimonio della società – come dimostrato dalla ritenuta necessità del nocumento in capo alla persona giuridica, che segnava "la rinuncia alla … vocazione di strumento di tutela anticipata del patrimonio societario rispetto a possibili ipotesi di gestione infedele: infatti, anche in relazione alla fattispecie in esame, la tutela si assesta[va] sul momento dell'effettiva lesione del bene tutelato, anziché sul mero pericolo" [15] – senza offrire alcuna protezione ad interessi esterni a quelli della persona giuridica, come, ad esempio, la libera concorrenza, sulla cui tutela invece insisteva l'Unione Europea [16]. La nuova struttura del reato consente senz'altro di ritenere superate tali valutazioni e pare corretto ricostruire il bene giuridico protetto dalla disposizione in commento in termini di tutela del corretto svolgimento dell'attività commerciale e della libera concorrenza che deve connotare l'opera delle imprese – con la protezione degli interessi patrimoniali dell'ente collettivo cui appartiene il soggetto coinvolto garantita in termini meramente indiretti e comunque per il tramite della configurazione del delitto come reato di pericolo e non di danno.

Rispetto a tali conclusioni, tuttavia, appare assolutamente illogica la scelta del legislatore di continuare a prevedere per il reato in discorso un regime di procedibilità a querela di parte. Se tale opzione era già suscettibile di critiche nella vigenza della precedente disciplina – allorquando si evidenziò come que-

---

[13] MARINUCCI-ROMANO, *Tecniche normative nella repressione penale degli abusi di amministratori di società per azioni*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1971, 707; MEZZETTI, *L'infedeltà,* cit., 193.

[14] ZANOTTI, *Il nuovo*, cit., 298.

Nello stesso senso, MEZZETTI, *L'infedeltà*, cit., 193; ZAMBUSI, *Infedeltà a seguito di dazione o promessa di utilità (art. 2635 c.c.): alcuni aspetti problematici*, in *Ind. Pen.*, 2005, 1040.

[15] ALDROVANDI, *Op. cit.*, p.213.

[16] ACQUAROLI-FOFFANI, *La corruzione fra privati: note introduttive sull'esperienza italiana*, in ACQUAROLI-FOFFANI, (a cura di), *La corruzione fra privati. Esperienze comparativistiche e prospettive di riforma*, Milano 2003, p. 26; ALDOVRANDI, *Art. 2635 c.c.*, in AA.VV., *I nuovi reati cit.*, p. 212; AMATI, *Infedeltà cit.*, p. 437; FOFFANI, *Le infedeltà cit.*, p. 367.

sta scelta rimetteva di fatto la perseguibilità del reato alle decisioni del gruppo di maggioranza assembleare, che diventava così titolare di un rilevante potere il cui esercizio poteva essere negoziato secondo esigenze di personale convenienza [17] – ancora maggiori sono le perplessità che possono avanzarsi dopo la riforma, allorquando la procedibilità a querela pare in contrasto con la natura del bene giuridico tutelato, che non è più il patrimonio sociale ma l'interesse collettivo al corretto svolgersi delle attività imprenditoriali. In ogni caso, stante la formula della norma, è da ritenersi che la legittimazione alla proposizione della querela, se il reato è stato commesso dagli amministratori, va riconosciuta all'assemblea; di contro, quando responsabili dell'illecito non siano i titolari dei poteri di gestione della persona giuridica, saranno costoro a potere presentare la querela [18]; quanto al termine per proporre querela, lo stesso decorre dal resoconto sull'episodio fornito in assemblea, in quanto solo in quel momento l'organo deliberativo della società acquisisce conoscenza dell'episodio delittuoso ovvero dall'indicazione nell'ordine del giorno, in occasione della convocazione dell'assemblea, della necessità di assumere una decisione sull'operato dei detentori dell'operato sociale [19].

Quanto alla posizione del corruttore, invece, si registra un'unica novità, rappresentata dal fatto che oggi assume penale rilevanza, accanto alle condotte di promessa e dazione di denaro o altra utilità, quella di offerta [20]. Difficile cogliere il senso del richiamo a tale ulteriore ipotesi comportamentale, la quale parrebbe non differenziarsi in modo significativo da quella della "promessa", salvo che non voglia sottolinearsi come in quest'ultima circostanza vi sia un accordo più vincolante fra le parti, accordo cui partecipa anche il soggetto

---

[17] SCHIAVANO, *Riflessioni sull'infedeltà patrimoniale societaria (art. 2634 c.c.)*, in *Riv. Trim. Dir. Pen. Ec.*, 2004, 815.

[18] Quanto alla possibilità di riconoscere tale legittimazione ai singoli soci, alcuni autori si sono espressi in senso positivo (ACQUAROLI, *Alcune osservazioni sul reato di infedeltà patrimoniale alla luce del nuovo diritto societario*, in AA.VV., *La riforma dei reati societari*, a cura di PIERGALLINI, Milano 2004, 181; GIUNTA, *Lineamenti di diritto penale*, cit., 294), ma la Cassazione, sia pur con riferimento al reato di infedeltà patrimoniale, è andata di contrario avviso (Cass., sez. II, 17 gennaio 2003, Pietra, *inedita*).

[19] MANCUSO, *Le condizioni di procedibilità nel nuovo diritto penale societario*, in GIARDA –SEMINARA (a cura di), *I nuovi reati societari: diritto e processo*, Padova 2002, p. 651.

[20] Si ricorda che per la punibilità del corruttore non è necessario che lo stesso sia titolare di alcuna particolare qualifica, riconoscendosi, peraltro, anche la punibilità di soggetti *intranei*alla società danneggiata, "come nel caso dell'amministratore che, per coprire una propria responsabilità nella gestione sociale, corrisponda ad un revisore una somma di denaro affinché quest'ultimo, violando un obbligo del proprio ufficio, ometta di evidenziare l'errore dell'amministratore" (ZANOTTI, *Il nuovo*, cit., 287).

"corrotto", che invece potrebbe essere assolutamente estraneo all'offerta proveniente unilateralmente da un terzo: in ogni caso, anche con riferimento a tale innovazione, può ribadirsi quanto sostenuto con riferimento alla posizione dell'*intraneus* corrotto ed alla sua condotta di sollecitazione e cioè che una volta che le parti si siano accordate il reato è comunque perfetto, quale che sia il comportamento del corruttore ovvero che abbia dato, promesso o offerto.

Oggetto della pattuizione illecita deve essere il compimento da parte del soggetto appartenente alla società danneggiata di un atto o comportamento contrario ai doveri del proprio ufficio – o meglio la circostanza che l'*intraneus* si obblighi all'assunzione di una tale condotta. In proposito deve sottolinearsi come la riforma della disciplina sanzionatoria abbia inciso in senso negativo sulla capacità selettiva dei comportamenti penalmente rilevanti che presenta la fattispecie: infatti, nella vigenza della precedente normativa, stante il fatto che, nell'ambito della società "corrotta", soggetti attivi del reato erano solo coloro che rivestivano funzioni apicali all'interno della società, riusciva agevole individuare il comportamento vietato nella violazione dei doveri gravanti sugli amministratori, direttori generali, sindaci ecc. come indicati dalla legge o dallo statuto [21]; di contro, oggi, potendo l'atto o il comportamento antidoveroso essere assunto anche soggetti privi di significativi poteri di gestione e decisione operanti all'interno della società "corrotta" è da ritenere che possa integrare il reato un accordo avente oggetto l'assunzione di una qualsiasi condotta – positivo o negativo – che in qualche modo rappresenti o da cui possa conseguire un possibile effetto negativo per l'ente, con conseguente attribuzione di rilevanza anche ad attività meramente materiali o a scelte incidenti su profili minimali nell'attività dell'impresa, non richiedendo peraltro in alcun modo la norma che gli obblighi violati siano recepiti protocolli aziendali, in istruzioni o in ordini degli organi superiori.

Infine, relativamente all'elemento soggettivo, la fattispecie richiede il vero dolo generico rappresentato dalla consapevolezza e volontà di concludere un accordo avente ad oggetto il compimento, da parte di uno dei protagonisti, di un atto contrastante con i doveri connessi la sua posizione all'interno della società di appartenenza.

---

[21] Non a caso, nella vigenza della precedente disciplina, per quanto si ritenesse che gli obblighi inerenti l'ufficio rivestito *dall'intraneus* non fossero solo quelli di fonte normativa, comunque si richiedeva che l'inosservanza avesse ad oggetto disposizioni regolamentari, istruzioni dell'autorità di vigilanza ecc. (ALDROVANDI, *Art. 2635*, cit., 218; ZANOTTI, *Il nuovo diritto*, cit., 291); ovvero precetti specificatamente destinati ai soggetti che rivestono funzioni apicali nell'impresa.

4. Il reato di istigazione alla corruzione

Nell'intento di dare vita ad un completo sistema sanzionatorio diretto a reprimere pratiche scorrette ed illecite nei rapporti fra società commerciali, con il d.lg. n. 38 del 2017 il legislatore ha introdotto il nuovo reato di istigazione alla corruzione fra privati. In base al nuovo art. 2635-*bis* c.c., "1. Chiunque offre o promette denaro o altra utilità non dovuti agli amministratori, ai direttori generali, ai dirigenti preposti alla redazione dei documenti contabili societari, ai sindaci e ai liquidatori, di società o enti privati, nonché a chi svolge in essi un'attività lavorativa con l'esercizio di funzioni direttive, affinché compia od ometta un atto in violazione degli obblighi inerenti al proprio ufficio o degli obblighi di fedeltà, soggiace, qualora l'offerta o la promessa non sia accettata, alla pena stabilita nel primo comma dell'articolo 2635, ridotta di un terzo. 2. La pena di cui al primo comma si applica agli amministratori, ai direttori generali, ai dirigenti preposti alla redazione dei documenti contabili societari, ai sindaci e ai liquidatori, di società o enti privati, nonché a chi svolge in essi attività lavorativa con l'esercizio di funzioni direttive, che sollecitano per sé o per altri, anche per interposta persona, una promessa o dazione di denaro o di altra utilità, per compiere o per omettere un atto in violazione degli obblighi inerenti al loro ufficio o degli obblighi di fedeltà, qualora la sollecitazione non sia accettata. 3. Si procede a querela della persona offesa".

La *ratio* dell'introduzione della norma è facilmente intuibile, essendo la nuova fattispecie incriminatrice diretta a punire i comportamenti di offerta non accettata (dal lato attivo) e di sollecitazione non accolta (dal lato passivo), condotte che erano in precedenza privi di sanzione penale giacché il reato era sussistente solo in presenza di un perfezionamento dell'accordo corruttivo, cui faceva seguito il compimento dell'atto antidoveroso ed il verificarsi di un danno a carico della società persona offesa.

Quanto alla individuazione dei soggetti attivi del reato di istigazione alla corruzione, mentre non si riscontrano modifiche per quanto riguarda l'ipotesi della corruzione attiva, giacché, secondo la norma, assume rilevanza penale "chiunque" sia il soggetto che avanza e formula la proposta illecita, assolutamente diverso (e si ignora il perché di tale differenza) è il novero dei soggetti attivi quando la vicenda venga considerata dal lato passivo ovvero quando l'istigazione venga formulata dal singolo che chiede di essere corrotto. Diversamente da quanto previsto per il reato di corruzione fra privati, infatti, ad essere interessati dalla previsione incriminatrice di cui all'art. 2635-*bis* c.c. sono solo quanti rivestono nella società una posizione di vertice e vi svolgono funzioni direttive, rimanendo invece penalmente irrilevante la medesima condotta se tenuta da meri dipendenti dell'azienda – i quali, invece, come si ricorderà,

rispondono del reato di corruzione passiva quando l'accordo si perfezioni.

Si noti peraltro che la medesima distinzione rispetto al reato di cui all'art. 2635 c.c. sussiste anche con riferimento ad un ulteriore profilo ed in particolare in relazione ai soggetti interni all'azienda "corrotta" che devono essere destinatari dell'istigazione. Infatti, mentre per il reato di corruzione fra privati la conclusione del *pactumsceleris* è penalmente rilevante quale che sia la qualifica – apicale, di vertice o di subordinazione – dei soggetti coinvolti, nel caso dell'istigazione fra privati è necessario che la sollecitazione e l'istigazione, quando non provenga da soggetti intranei alla società corrotta ma da soggetti esterni (quando dunque si versi in un'ipotesi di istigazione di corruzione attiva) deve essere rivolta in via esclusiva a quanto ricoprano posizioni dirigenziali all'interno dell'azienda "corrotta": in sostanza, mentre la corruzione fra privati si configura quale reato "a tutto campo", in cui è assolutamente irrilevante la qualifica giuridica ed il ruolo dei soggetti coinvolti nell'accordo, purché gli stessi siano da un lato in grado di offrire o consegnare il denaro e l'altra utilità e dall'altro possano effettivamente porre in essere la condotta contrastante con gli obblighi di fedeltà all'impresa presso cui svolgono la propria attività, nel caso del delitto di istigazione l'ambito di applicazione del reato è sottoposto ad una duplice limitazione: se la proposta proviene dal soggetto da corrompere occorre che questi svolga funzioni dirigenziali all'interno dell'ente collettivo di appartenenza, mentre quando la sollecitazione origina dal potenziale corruttore allora – pur non essendoci limitazioni con riferimento all'identità di questo soggetto ed al ruolo dallo stesso svolto all'interno di altre persone giuridiche – la stessa deve dirigersi solo nei confronti degli organi apicali della società nel cui ambito opera il singolo da corrompere. Quale sia la ragione di questa distinzione fra i due illeciti di cui agli artt. 2635 e 2635-*bis* c.c. non è francamente dato di comprendere; tuttavia, come si vedrà più avanti, la diversa disciplina può avere significativi riflessi con riferimento alla possibile responsabilità delle società per tali illeciti.

Quanto alla condotta considerata dalla norma, relativamente ai soggetti esterni all'ente potenzialmente danneggiato dalla vicenda, essa consiste nell'offrire o promettere denaro o altra utilità ai soggetti intranei sopra specificati, nel caso in cui le profferte non siano accettate; per quanto riguarda invece gli intranei, la condotta penalmente rilevante è quella di sollecitare, per sé o per altri, una promessa o dazione di denaro o altra utilità per compiere l'atto indebito o omettere l'atto dovuto, sempre che tale sollecitazione non sia accettata. Il momento consumativo, essendo la condotta di natura istantanea, coincide, per entrambe le ipotesi, con la formulazione dell'offerta.

L'elemento soggettivo richiesto è il solo dolo generico, consistente nella consapevolezza di offrire o promettere denaro o altra utilità per il compimento

di un atto contrario ai doveri di ufficio o di sollecitare per sé o per altri una promessa o dazione di denaro o di altra utilità per compiere o omettere l'atto indebito.

5. Il reato di corruzione fra privati quale reato presupposto della responsabilità da reato delle persone giuridiche

Come accennato in precedenza le fattispecie di cui agli artt. 2635 e 2635-*bis* c.c. sono state inserite nel novero degli illeciti presupposto della responsabilità da reato delle persone giuridiche ai sensi del d.lg. n. 231 del 2001 [22].

Si tratta presumibilmente il profilo più problematico della riforma giacché la struttura delle due disposizioni rende davvero difficoltoso individuare la costruzione di un modello organizzativo tale da mandare esente da responsabilità la persona giuridica ai sensi degli artt. 5, 6 e 7 del citato decreto, come reso evidente se si considerano due profili di novità introdotti con il decreto del 2017.

In primo luogo, foriero di significativi rischi per la società è il già citato ampliamento del novero dei soggetti attivi del reato di corruzione fra privati, che oggi può essere commesso anche quanti svolgono – sia all'interno della società "corrotta" che all'interno della società "corruttrice" – funzioni non apicali e che comunque non rientrino nell'organigramma di vertice dell'imprese. Le problematiche derivanti da tale innovazione possono cogliersi già con riferimento alla cosiddetta mappatura dei rischi che deve realizzare la società da cui può provenire la dazione o la proposta illecita, la quale dovrà organizzarsi in termini tali da prevenire il rischio che la condotta di corruzione sia tenuta non solo dai propri dirigenti e funzionari di alto grado, ma anche da ogni altro soggetto che in qualche modo possa interloquire con dipendenti di altre imprese: detto altrimenti, se è per certi aspetti agevole stabilire le linee di condotta all'interno delle quali possono operare i dirigenti apicali nel rapportarsi con

[22]Ovviamente, nel caso di specie, la responsabilità da reato sussiste solo con riferimento alla società corruttrice – o meglio solo in capo alla società di cui eventualmente fa parte il soggetto che ha concluso o istigato l'accordo corruttivo avente ad oggetto l'assunzione da parte di un terzo operante all'interno di altra azienda perché questi tenga un comportamento contrario ai propri doveri ed ai propri obblighi di fedeltà nei confronti dell'ente giuridico di appartenenza. In proposito, vi è una espressa indicazione normativa in tal senso ma a prescindere dalla previsione del legislatore è evidente che la società cui appartiene il soggetto corrotto non potrà mai essere chiamata a rispondere ai sensi del decreto n. 231 perché l'intera vicenda delittuosa è diretta a danneggiarla, tant'è che l'oggetto del *pactumsceleris* è proprio l'assunzione di un atteggiamento antidoveroso nei suoi confronti.

altri imprenditori, ben più complesso è garantire che tali direttive siano osservate anche da soggetti che rivestono ruoli non di rilievo all'interno dell'azienda e che perciò godono necessariamente una maggiore libertà di azione e sono sottoposti a *standard* di controllo decisamente meno severi.

L'ampliamento dei soggetti attivi, tuttavia, rileva in termini di aumento del rischio per l'impresa anche se riguardato con riferimento a quanti possono concludere l'accordo delittuoso all'interno della società "corrotta": si ricorda infatti che, ai sensi del comma secondo dell'art. 2635 c.c., la ricezione del denaro o altra utilità non dovuti o l'accettazione della relativa promessa, per compiere o per omettere un atto in violazione degli obblighi inerenti al loro ufficio o degli obblighi di fedeltà, sono condotte che rilevano anche se assunte da chi è sottoposto alla direzione o alla vigilanza di uno dei soggetti apicali presenti in azienda. Quali siano le conseguenze che da tale innovazione possono derivare in termini di responsabilità per la società cui appartiene il soggetto che formula la proposta corruttiva è facilmente intuibile: la società "corruttrice", infatti, dovrà prestare attenzione non solo ai rapporti che interessano i dirigenti apicali delle due persone giuridiche coinvolte nella vicenda ma anche alle relazioni – necessariamente più numerose, più frequenti, meno controllabili – che intercorrono fra tutti i suoi dipendenti con qualsivoglia soggetto appartenente ad altro ente[23] che possa essere danneggiato dalla vicenda. In sintesi, dopo la riforma dell'art. 2635 c.c. la responsabilità da reato della società viene a fondarsi sulla mera circostanza che la stessa sia protagonista ed in qualche modo avvantaggiata dalla conclusione di un accordo corruttivo avente ad oggetto un comportamento infedele da parte di un qualsiasi soggetto facente parte di un'altra persona giuridica, senza alcun riguardo per la qualifica dei protagonisti della vicenda e del ruolo che gli stessi rivestono all'interno delle imprese coinvolte: ciò comporta che per gli enti collettivi non sarà sufficiente prestare attenzione ai rapporti che i propri dirigenti possono avere con i componenti del *board* di altre società o comunque alle relazioni che si svolgono a livello apicale, ma dovranno verificare – come, francamente, non sapremmo dire … – se comportamenti quali quelli descritti dall'art. 2635 c.c. non siano tenuti a livelli decisamente "più bassi" dell'organizzazione aziendale.

Ancora maggiori sono però le criticità che conseguono dall'ulteriore profilo di riforma introdotto con il d.lg. n. 38 del 2017, rappresentato dall'introduzione del reato di istigazione alla corruzione fra privati di cui all'art. 2635-*bis* c.c., che viene integrato, con riferimento all'ipotesi della "corruzione attiva", dalla circostanza che costoro offrano o promettano denaro o altra utilità ai

[23] O che comunque che agisca per conto di questi, visto che la norma riconosce rilievo anche alla condotta corruttiva tenuta "per interposta persona".

soggetti intranei alla società potenzialmente danneggiata dalla vicenda onde assumano un comportamento deontologicamente non corretto. Nel caso di specie, il problema è rappresentato dal fatto che la fattispecie di cui all'art. 2635-*bis* citato è configurata in termini tali da rendere irrilevante l'adozione, a livello organizzativo, del principale strumento cui l'ente collettivo può fare ricorso per evitare di essere protagonista di vicende corruttive.

In proposito, va infatti ricordato come la possibilità per un'impresa di accedere a pratiche di illecita sollecitazione di terzi – siano essi privati o pubblici funzionari – presupponga necessariamente che l'azienda – o meglio i soggetti della stessa – abbiano a disposizione somme di denaro occulte da destinare al soddisfacimento di esigenze "inconfessabili" ovvero, per rimanere al nostro caso, da versare a terzi estranei per ottenere la loro partecipazione al disegno criminoso. Ciò posto, da sempre si ritiene che la prevenzione del reato di corruzione attiva deve realizzarsi mediante il controllo delle finanze patrimoniali ed economiche dell'azienda e viene quindi ritenuto adeguato il modello organizzativo in cui sia presente un sistema di contabilità interna idoneo ad impedire la formazione di "fondi neri" ed a garantire pieno controllo sulla liquidità aziendale.

Tuttavia, nella misura in cui l'attività corruttiva può esaurirsi, come oggi prevede la norma di cui al citato art. 2635-*bis*, nella mera formulazione di un'offerta di una futura dazione di denaro, le precedenti osservazioni non mantengono alcuna validità. È evidente infatti che il singolo appartenente all'azienda singolo può liberamente impegnarsi con un terzo in ordine alla consegna futura di denaro o di altra utilità, pur essendo consapevole che, al momento in cui formula la proposta, egli e l'azienda di appartenenza non dispone delle disponibilità necessarie per farvi fronte: se però per la violazione del disposto di cui al suddetto art. 2635-*bis* e la conseguente sussistenza del reato di istigazione alla corruzione è sufficiente l'adozione di un comportamento spontaneo e repentino da parte della persona fisica – la quale, per le ragioni anzidette, non deve essere nemmeno un soggetto apicale dell'azienda per conto della quale è formulata la promessa illecita –, consistente nella mera prospettazione di un futuro accordo illecito a prescindere dall'effettiva possibilità di portare a compimento lo stesso, diventa davvero difficile individuare efficaci *compliance models* idonei ad evitare il verificarsi di tali episodi delittuosi.

Il rischio per le persone giuridiche, dunque, è che dopo l'introduzione del reato di istigazione alla corruzione le stesse rispondano di tale illecito a titolo di responsabilità oggettiva, non essendo comunque possibile rinvenire strumenti di *governance* atti a prevenire tali condotte e la cui mancata adozione da parte della società può essere rimproverata alla stessa a titolo di colpa. Per evitare tale conclusione, sono percorribili – congiuntamente – due strade.

Da un lato, nell'applicazione del disposto di cui all'art. art. 2635-*bis* non potrà riconoscersi rilievo a qualsiasi proposta corruttiva avanzata da un soggetto a nome dell'azienda di appartenenza, ma si dovrà ritenere sussistente il reato solo in presenza di un'offerta credibile, che presenti cioè, già al momento in cui è avanzata, un significativo grado di fattibilità. Ciò significa, quindi, che l'istigazione alla corruzione sarà qualificabile come delitto ai sensi del citato art. 2635-*bis* solo se la società per conto della quale opera il possibile corruttore disponga delle disponibilità economiche occulte atte a soddisfare le pretese del corrotto e sia organizzata in maniera tale da rendere possibile lo svolgimento di tali traffici illeciti senza che ne rimanga traccia nella contabilità e nel resoconto della gestione: in sostanza, si dovrà costruire il reato di istigazione alla corruzione fra privati in termini tali da richiedere che l'attuazione del *pactum sceleris* sia realizzabile già al momento della sua formulazione della relativa proposta, il che per l'appunto presuppone che la società da cui l'offerta proviene sia partecipe dell'istigazione avanzata dal suo dirigente o dipendente.

In secondo luogo, preso atto dell'inadeguatezza che qualsivoglia forma di *governance* presenta con riferimento alla prevenzione delle condotte di istigazione alla corruzione, le società allora dovranno insistere particolarmente sull'estraneità di tali pratiche rispetto alla cultura di impresa. L'inefficacia di altri presidi organizzativi, dunque, dovrà condurre gli enti collettivi a rifiutare a livello etico e culturale ogni forma di accordo corruttivo e dovranno dare adeguata espressione a tale scelta nella formulazione del codice etico e con la predisposizione di significative sanzioni nei confronti di quanti siano colti – a prescindere dall'esistenza di una violazione penalmente significativa – nell'adozione di comportamenti anche solo similiari o prodromici alle condotte descritte nell'art. 2635-*bis* c.c.

Quest'ultima riflessione ci pare colga un profilo di carattere più generale nell'ambito della prevenzione della corruzione. A prescindere dalle contingenti – ed a volte opinabili – scelte del legislatore e dalla formulazione delle relative fattispecie di reato, dal punto di vista delle società la "battaglia" contro la corruzione si colloca e si collocherà sempre a livello culturale ed etico: il nostro tessuto economico non ha bisogno solo di società che non corrompono ma in termini più radicali di aziende che ritengono la corruzione assolutamente diatonica rispetto alla loro attività imprenditoriale.

Novità normative e giurisprudenziali

a cura di Ciro Santoriello

Concorso fra il reato di bancarotta fraudolenta documentale e di occultamento o distrazione delle scritture contabili di cui all'art. 10 d.lg. n. 74 del 2000 – Secondo la Cassazione "non sussiste violazione del principio del *ne bis in idem* qualora alla condanna per l'illecito tributario di occultamento o distruzione dei documenti contabili cui all'art. 10 d.lg. n. 74 del 2000 faccia seguito la condanna per bancarotta fraudolenta documentale" (Corte di Cassazione, sez. V, 17 maggio 2017, n. 22215). I reati di occultamento o distruzione dei documenti contabili e di bancarotta fraudolenta documentale si differenziano sotto più profili, essendo diverso il bene giuridico tutelato (interesse fiscale al buon esito della riscossione coattiva da un lato ed interesse della massa dei creditori al soddisfacimento dei propri diritti dall'altro), l'elemento soggettivo (il dolo specifico nel primo caso, il dolo generico per la bancarotta), e richiedendo la fattispecie penal-tributaria l'impossibilità di ricostruire l'ammontare dei redditi o il volume degli affari mentre la bancarotta si concreta in un evento da cui discende la lesione degli interessi dei creditori.

Da revocare le precedenti condanne per il reato di omesso versamento delle ritenute d'acconto – "La nuova fattispecie di reato di cui all'art. 10-bis d.lg. n. 74 del 2000, come modificata dall'art. 7 comma 1 lett. B) d.lg. n. 158 del 2015, che ha elevato ad €. 150.000,00 l'importo delle ritenute certificate non versate, ha determinato l'abolizione parziale del reato commesso in epoca antecedente che aveva ad oggetto somme pari o inferiori a detto importo, con la conseguenza che deve procedersi ad abrogazione delle condanne emesse nella vigenza della precedente disciplina". Questa la massima della decisione Corte di Cassazione, sez. III, 13 luglio 2017, n. 34362, che ribadisce che in materia di successione di leggi penali, in caso di modifica della norma incriminatrice, per accertare se ricorra o meno *abolitio criminis* è sufficiente procedere al confronto strutturale tra le fattispecie legali astratte che si succedono nel tempo, atteso che tale confronto permette in maniera autonoma di verificare se l'intervento legislativo posteriore assuma carattere demolitorio di un

elemento costitutivo del fatto tipico, alterando così radicalmente la figura di reato, ovvero, non incidendo sulla struttura della stessa, consenta la sopravvivenza di un eventuale spazio comune alle suddette fattispecie.

Bancarotta fraudolenta e distrazione dell'avviamento – La Corte di cassazione si è soffermata sulla possibilità di qualificare l'avviamento commerciale di un'azienda quale oggetto della condotta di distrazione integrante il reato di bancarotta fraudolenta patrimoniale. Ritenuto che tale *asset* possa essere oggetto di depauperamento, i giudici di legittimità tuttavia escludono la possibilità di distrazione dell'avviamento commerciale quando, contestualmente, non siano oggetto di disposizione anche l'azienda medesima o i fattori aziendali in grado di generare l'avviamento (Corte di Cassazione, sez. V, 28 giugno 2017, n. 31677: "la mancata conservazione dell'avviamento costituisce certamente una lesione della garanzia patrimoniale, frustrando l'interesse del ceto creditorio alla potenziale realizzazione di quel plusvalore impresso dal medesimo all'azienda all'atto della liquidazione dell'attivo fallimentare in quanto l'avviamento commerciale rappresenta la capacità di profitto di un'azienda ed il suo valore come il plusvalore dell'azienda avviata, per cui esso non costituisce per l'imprenditore una mera aspettativa di fatto, costituendo, al contrario, un valore dell'azienda che lo incorpora").

Falso in bilancio e valutazione dei crediti – La permanenza nel bilancio di una società di un credito inesigibile, senza operare la dovuta svalutazione richiesta dai principi contabili che vanno considerati quali criteri tecnici generalmente accettati che consentono una corretta appostazione e lettura delle voci del bilancio e dai quali ci si può discostare solo fornendo adeguata informazione e giustificazione, integra il reato di falso in bilancio (Corte di Cassazione, sez. V, 16 giugno 2017, n. 29885).

Prescrizioni e reati fiscali secondo la sentenza "Taricco" – Il dettato della Corte di Giustizie UE, Grande Sez., sentenza C-105/2014, secondo cui in presenza di fenomeni di evasione dell'I.V.A. il giudice italiano è tenuto a disapplicare la norma di cui all'ultima parte del terzo comma dell'art. 160 e del secondo comma dell'art. 161 c.p. in tema di prescrizione, può essere applicato solo allorquando si sia in presenza a) di una grave frode b) l'applicazione dell'ordinaria disciplina in tema di prescrizione sia idonea a determinare l'ineffettività della sanzione penale in un numero considerevole di frodi (Cass., sez. III, 22 giugno 2017, n. 31265).

Continuità normativa parziale del reato di dichiarazione infedele – Il reato di dichiarazione infedele, come delineato a seguito delle modifiche introdotte con il d.lg. n. 158 del 2015, si pone in continuità normativa con la fattispecie previgente, salvo il caso in cui la condotta di mendacio sia stata realizzata in violazione dei criteri di competenza, inerenza ed indeducibilità dei costi o dei ricavi. In quest'ultima ipotesi, il fatto non è più previsto come reato e l'eventuale sentenza di condanna prima della riforma con riferimento a tale tipologia di condotta va revocata dal giudice dell'esecuzione (Cass., sez. III, 20 giugno 2017, n. 30686).

La curatela è legittimata ad impugnare il sequestro dei propri beni – La Cassazione ha riconosciuto la legittimazione del curatore da impugnare in sede di riesame un decreto di sequestro preventivo aventi ad oggetto somme di denaro di proprietà della curatela e sottoposte a vincolo in relazione ad illeciti fiscali commessi, prima del fallimento, dall'amministratore della società decotta. In particolare, secondo i giudici di legittimità, il giudice deve apprezzare nel caso concreto il diritto e l'interesse del curatore fallimentare all'impugnativa delle misure cautelari reali, avuto riguardo alla specialità delle norme fallimentari, da un lato, ed alle specialità delle norme penali dall'altro, formulando di volta in volta un giudizio di bilanciamento dei contrapposti interessi (Cass., sez. V, 27.7.2017, n. 37439).

L'acquisto di beni di importo assai rilevante per finalità estranee all'oggetto sociale ed all'attività di impresa integra la bancarotta fraudolenta patrimoniale – Secondo la Cassazione, perché sussista una distrazione penalmente rilevante non occorre che vi sia l'impossessamento dei beni da parte dell'amministratore, essendo sufficiente la perdita ingiustificata del patrimonio o l'elisione della sua consistenza per finalità estranee agli scopi sociali, circostanza che danneggia le aspettative della massa creditoria ed integra l'evento giuridico sotteso dalla fattispecie di bancarotta fraudolenta (Cass., sez. V, 1 agosto 2017, n. 38383).

Continua il contrasto sulla possibilità di configurare l'avviamento quale possibile oggetto di distrazione fallimentare – Con una nuova decisione, la Cassazione – andando in contrasto con altre pronunce– sostiene che non può rinvenirsi una distrazione dell'avviamento commerciale dell'azienda oggetto dell'impresa successivamente fallita se, contestualmente, non sia stata oggetto di disposizione anche l'azienda medesima o quantomeno quei fattori aziendali in grado di generare l'avviamento. Ciò non esclude, comunque, la possibilità che l'avviamento possa costituire l'oggetto materiale della bancarotta fraudolenta patrimoniale, sotto il profilo della distruzione, nella misura in cui la mancata

conservazione dell'avviamento costituisce una lesione della garanzia patrimoniale, frustrando l'interesse del ceto creditorio alla potenziale realizzazione di quel plusvalore impresso dal medesimo all'azienda all'atto della liquidazione dell'attivo fallimentare (Cass., sez. V, 1° agosto 2017, n. 38408).

La bancarotta è un reato di pericolo concreto – La Corte di cassazione ribadisce che, ai fini della sussistenza del reato di bancarotta fraudolenta patrimoniale, non è necessaria l'esistenza di un nesso causale tra i fatti di distrazione ed il successivo fallimento e per la sussistenza di tale delitto non è necessario che l'agente abbia consapevolezza dello stato di insolvenza dell'impresa, né che abbia agito allo scopo di recare pregiudizio ai creditori. Tuttavia, secondo la Suprema Corte, tale assetto del rapporto tra fatto di bancarotta fraudolenta patrimoniale e sentenza dichiarativa di fallimento non determina alcun vulnus ai princìpi costituzionali dell'illecito penale, dovendosi sempre considerare che il reato di bancarotta fraudolenta patrimoniale prefallimentare è un reato di pericolo concreto, la cui sussistenza richiede non un semplice atto di disposizione del bene ma un concreto ed effettivo depauperamento delle condizioni patrimoniali dell'impresa poi fallita.

In quanto reato di pericolo concreto è quindi necessario, da un lato, che il fatto di bancarotta abbia determinato un depauperamento dell'impresa e un effettivo pericolo per la conservazione dell'integrità del patrimonio dell'impresa da valutare nella prospettiva dell'esito concorsuale e sulla base dell'idoneità del fatto distrattivo ad incidere sulla garanzia dei creditori alla luce delle specifiche condizioni dell'impresa e, dall'altro, che tale effettivo pericolo non sia stato neutralizzato da una successiva attività "riparatoria" di segno contrario, che reintegri il patrimonio dell'impresa prima della soglia cronologica costituita dalla dichiarazione di fallimento.

Quanto all'elemento psicologico della bancarotta fraudolenta patrimoniale è costituito dal dolo generico, per la cui sussistenza non è necessaria la consapevolezza dello stato di insolvenza dell'impresa, né lo scopo di recare pregiudizio ai creditori, ma è sufficiente la consapevole volontà di dare al patrimonio sociale una destinazione diversa rispetto alle finalità dell'impresa e di compiere atti che possano cagionare o cagionino danno ai creditori; in quanto afferente a un reato di pericolo concreto, caratterizzato dalla "fraudolenza" come connotato interno del fatto, il dolo generico della bancarotta fraudolenta patrimoniale richiede comunque la rappresentazione da parte dell'agente della pericolosità della condotta, da intendersi come probabilità dell'effetto depressivo sulla garanzia patrimoniale che la stessa è in grado di determinare e, dunque, la consapevole volontà del compimento di operazioni sul patrimonio sociale, o su talune attività, idonee a cagionare un danno ai creditori (Cass., sez. V, 3 agosto 2017, n. 38396).

Commenti a sentenza

Questioni in materia di concordato preventivo: modifica della proposta, rilevanza degli atti in frode *ex* art. 173 l. fall., esercizio dell'azione di responsabilità, sindacato giudiziale ed esclusione dall'elenco dei creditori

(Tribunale di Ravenna, 27 ottobre 2015, n. 5060)

Composition with creditors (concordato preventivo) issues: modification of the proposal, relevance of fraudulent acts according to art. 173 of the bankruptcy law, taking of action for liability against directors, limits of the judicial review and exclusion from the creditors' list

(Ravenna Court, 27 october 2015, n. 5060)

Paola Vallino * e Enrico Goitre **

ABSTRACT

Il Tribunale di Ravenna si è pronunciato in una complessa opposizione *ex* art. 180 l. fall. incardinata da un creditore dissenziente, affrontando alcune questioni ricorrenti nella giurisprudenza concordataria, tra le quali (i) se sia ammissibile il deposito

* Avvocato in Torino.

** Avvocato in Roma.

della relazione ex art. 160, comma secondo, l. fall. in corso di procedura, (ii) quali siano gli atti in frode ai creditori *ex* art. 173 l. fall., (iii) in quali rapporti si collochi la revoca dell'ammissione al concordato rispetto all'azione *ex* art. 2394 c.c., (iv) quale sia il sindacato giudiziale sulla proposta concordataria e (v) quali siano gli effetti della mancata ammissione di un creditore nell'elenco *ex* art. 171 l. fall.

PAROLE CHIAVE: deposito della relazione *ex* art. 160, comma secondo, l. fall.; atti in frode *ex* art. 173 l. fall.; azione di responsabilità *ex* art. 2394 c.c.; sindacato giudiziale sulla proposta concordataria; ammissione all'elenco dei creditori *ex* art. 171 l. fall.

The Court of Ravenna ruled on a complex opposition under article 180 of the Italian bankruptcy law filed by a dissenting creditor, addressing some recurring issues of the insolvency case-law, including (i) whether the report under article 160, second paragraph, of the Italian bankruptcy law, could be filed in the course of the proceeding, (ii) which acts could be deemed as fraudulent for the purposes of article 173 of the Italian bankruptcy law, (iii) what is the relationship between the revocation of the admission to the composition with creditors and the claim under article 2394 of the Italian civil code, (iv) what are the limits of the judicial review over the composition proposal and (v) what are the consequences of not admitting a creditor to the list under article 171 of the Italian bankruptcy law.

KEYWORDS: filing of the report under article 160, second paragraph, of the Italian bankruptcy law – fraudulent acts under article 173 of the Italian bankruptcy law – action for liability under article 2394 of the Italian civil code – limits of the judicial review over the composition proposal – admission to the creditors'list under article 171 of the Italian bankruptcy law.

SOMMARIO:

1. Premessa. – 2. L'oggetto della decisione. – 2.1. Il primo motivo di opposizione: il deposito in corso di procedura della relazione *ex* art. 160 l. fall.. – 2.2. Il secondo motivo di opposizione: la frode in danno dei creditori. – 3. I temi "a margine". – 3.1. Il primo tema "a margine": l'azione di responsabilità *ex* art. 2394 c.c. a seguito dell'omologa del concordato preventivo. – 3.2 Il secondo tema "a margine": il sindacato giudiziale sulla proposta concordataria. – 3.3 Il terzo tema "a margine": gli effetti della mancata ammissione di un credito nell'elenco *ex* art. 171 l. fall. – 4. Conclusioni.

1. Premessa

Il provvedimento che si annota è meritevole di attenzione per le numerose tematiche – di rilevanza giuridica e, prima ancora, pratica – affrontate dal Tribunale.

La decisione che si annota, infatti, muovendo da un'opposizione *ex* art. 180 l. fall., prende in esame (i) la possibilità di depositare la relazione *ex* art. 160, comma secondo, l. fall., in corso di procedura e (ii) la possibilità di revocare l'ammissione al concordato *ex* art. 173 l. fall. e (iii) la proponibilità, da parte del creditore concordatario, dell'azione di responsabilità *ex* art. 2394 c.c., in caso di irregolarità contabili pregresse alla domanda.

L'esame di questi temi offre al Tribunale l'occasione per una serie di approfondimenti "collaterali" in merito a (iv) il sindacato giudiziale della proposta di concordato, e (v) la natura e gli effetti del provvedimento di ammissione dei crediti *ex* art. 176 l. fall..

Il presente contributo mira, dunque, all'analisi dei principali argomenti affrontati dal Tribunale nel proprio provvedimento, unitamente all'esame delle questioni ancillari, tenendo conto della giurisprudenza e della dottrina consolidata in materia.

2. L'oggetto della decisione

2.1. Il primo motivo di opposizione: il deposito in corso di procedura della relazione *ex* art. 160 l. fall.

L'opponente contesta l'ammissibilità della domanda di concordato per non avere allegato la relazione *ex* art. 160, comma secondo, l. fall. [1], al momento

[1] Ovverosia la relazione giurata del professionista che deve accompagnare la proposta nel

della proposta, bensì solamente in corso di procedura, a fronte di una modificazione della domanda.

Il Tribunale rigetta in toto il motivo, definendo "suggestiva" la censura relativa ad «*una presunta inammissibilità della domanda inizialmente priva di relazione*».

In questo senso, il Tribunale afferma, infatti, la piena legittimità del deposito della relazione in pendenza della procedura, qualora questa produzione trovi origine nella modifica *medio tempore* del piano e della proposta di concordato.

Queste conclusioni non si pongono peraltro in contrasto – ha cura di precisare il Collegio – con quella giurisprudenza di legittimità che, in assenza della relazione, non aveva ritenuto possibile il degradamento totale o parziale in chirografo dei crediti privilegiati: nel caso all'attenzione del Tribunale, infatti, «*il punto […] non è la violazione dei principi posti dalle note sentenze che dal novembre 2013 hanno affrontato il tema della legittimità e dei limiti alla degradazione di quel particolare credito dotato di privilegio speciale che è costituito dall'IVA di rivalsa, ma se il loro rispetto consenta l'integrazione del corredo documentale a sostegno della domanda*» [2].

---

caso in cui non si preveda l'integrale pagamento dei crediti assistiti da causa di prelazione, al fine di attestare che tali crediti non verranno soddisfatti in misura minore rispetto "*a quella realizzabile, in ragione della collocazione preferenziale, sul ricavato in caso di liquidazione*".

[2] Il riferimento va, in particolare, a Cass., 6 novembre 2013, n. 24970, in *www.leggiditalia professionale.it*. In quell'occasione, la Suprema Corte ha stabilito che l'eventuale incapienza del patrimonio del debitore non rileva agli effetti del riconoscimento del privilegio sul credito di rivalsa IVA *ex* art. 2758, comma secondo, c.c.: "*Questa Corte, con la recente sentenza n. 12064 del 2013, ha già accolto tale tesi con riferimento alla disciplina del concordato preventivo anteriore alla modifica della L. Fall., art. 160, introdotta dal D.Lgs. 12 settembre 2007, n. 169, affermando che in quel contesto normativo, caratterizzato dalla inapplicabilità al concordato preventivo della L. Fall., art. 54 (non richiamato dall'art. 169) e dalla condizione essenziale e indefettibile dell'integrale pagamento dei creditori privilegiati, la mancanza nel compendio patrimoniale del debitore del bene gravato da privilegio non impedisce, a differenza che nel fallimento, l'esercizio del privilegio stesso, con la conseguenza che il credito va soddisfatto integralmente (e, correlativamente, il orditore non è ammesso al voto sulla proposta di concordato). Ciò in considerazione della particolarità del privilegio di essere una qualità del credito riconosciuta dall'ordinamento in ragione della sua causa. […] Ad avviso del Collegio l'orientamento espresso nella sentenza 12064/2013 (e seguito anche nella sentenza resa nella camera di consiglio del 25 settembre 2013 sui ricorsi nn. 4648 e 8688 del 2007) resta valido anche per il concordato preventivo come riformato dal D.Lgs. n. 169 del 2007, che ha introdotto la facoltà per il proponente di limitare la soddisfazione dei creditori privilegiati alla sola parte del loro credito che troverebbe capienza nell'ipotesi di liquidazione del bene gravato (L. Fall., art. 160, comma 3 riformato). Tale limitazione, invero, è configurata dalla legge come l'effetto di un patto concordatario; dunque in mancanza di una proposta che dia*

Alcuni dei temi toccati dal Tribunale sono, per la verità, tuttora dibattuti.

Parte della giurisprudenza di merito e della dottrina, infatti, ritiene – argomentando dall'art. 160, comma secondo, l. fall. [3] – che debba essere dichiarata inammissibile la domanda che, al momento del provvedimento di ammissione alla procedura, risulti sfornita della relazione [4].

A quest'orientamento si contrappone l'opinione di chi, in base all'art. 161, secondo comma, l. fall. [5], non considera invece la relazione un presupposto di ammissibilità del concordato.

Con il provvedimento in commento, il Tribunale di Ravenna – a nostro avviso, condivisibilmente – ammette che (i) la relazione *ex* art. 160, comma secondo, l. fall. possa essere oggetto di integrazione successiva, ancorché la stessa sia essenziale ai fini del degrado del credito privilegiato per incapienza del bene su cui insiste la garanzia e che (ii) la proposta ed il piano di concordato preventivo possano essere modificati in corso di esecuzione della procedura.

Il tema dell'ammissibilità per il debitore di procedere ad integrazioni documentali successive al deposito del piano e della proposta di concordato, anche su richiesta degli Organi della Procedura, è strettamente collegato al più ampio tema dell'ammissibilità della modifica del piano e la proposta di concordato nel corso della procedura.

Sul punto, merita svolgere alcune considerazioni, anche alla luce dell'abrogazione dell'art. 175, secondo comma, l. fall. da parte del D.L. 27 giugno 2015, n. 83, convertito, con modificazioni, nella L. 6 giugno 2015, n. 132, che prevedeva che "*la proposta di concordata non può più essere modificata dopo l'inizio delle operazioni di voto*".

---

luogo a un tale patto – come nel caso che ci occupa – non può che farsi applicazione della regola generale".

[3] Tale norma impone di rigettare in quanto inammissibile la domanda priva dei requisiti di cui agli artt. 160, commi primo e secondo, e 161 l. fall. (tra i quali sarebbe appunto compresa la relazione *ex* art. 160, comma secondo, l. fall.).

[4] Questo è, ad esempio, l'avviso di App. Torino, 14 ottobre 2010, in *Fall.*, 2011, 2, 349; e Trib. Roma, 2 agosto 2010, *ibidem*, 351. Anche la dottrina sembra orientata a ritenere la relazione attestativa una condizione di ammissibilità della proposta: in questo senso GENOVIVA, *La relazione del professionista* ex *art. 160 l. fall. ed il trattamento dei creditori prelatizi nel difficile percorso del nuovo concordato preventivo*, in *Fall.*, 2011, 3, 356; MAFFEI ALBERTI, *Art. 160*, in *Commentario breve alla legge fallimentare*, Padova, 2013, 1071; e CNDCEC – CONSIGLIO NAZIONALE DEI DOTTORI COMMERCIALISTI E DEGLI ESPERTI CONTABILI, *La relazione giurata estimativa del professionista nel concordato preventivo e nel concordato fallimentare*, in *www.cndcec.it*.

[5] Che, come noto, non annovera la relazione *ex* art. 160 tra i documenti richiesti a supporto dell'istanza.

In applicazione di questa disposizione, era ritenuta ammissibile una modifica del piano e della proposta presentati dal debitore unitamente al ricorso (o, comunque, depositati nel termine all'uopo fissato ai sensi dell'art. 161, comma sesto, l. fall.), a condizione che le variazioni intervenissero *prima* dell'inizio delle operazioni di voto.

L'abrogazione di questa norma non può tuttavia essere interpretata, ad avviso di chi scrive, come l'affermazione dell'impossibilità di modifica della domanda di concordato preventivo nel corso della procedura.

Restano infatti vigenti alcune norme che esplicitamente ammettono questa possibilità di modifica – *i.e.* art. 161, comma 3, l. fall. ed art. 162, comma primo, l. fall. [6] – o alcuni nuovi istituti giuridici – *i.e.* le proposte concorrenti *ex* art. 163 l. fall. e le offerte concorrenti *ex* art. 163 *bis* l. fall. [7] – idonei a consentire modifiche dell'originaria proposta concordataria prima del voto dei creditori.

Affermato il principio della modificabilità del piano e della proposta di concordato e guardando alla fattispecie in esame, occorre dunque distinguere due possibili ipotesi: (i) la previsione, nella domanda di ammissione alla procedura, del degrado del creditore privilegiato, ma senza allegazione dell'attestazione *ex* art. 160, secondo comma, l. fall.; e (ii) la previsione, nella domanda di ammissione alla procedura, del soddisfacimento integrale del creditore privilegiato con successivo degrado da parte del debitore, anche su indicazione del Commissario Giudiziale, in corso di procedura e contestuale allegazione della relazione *ex* art. 160, secondo comma, l. fall.

Guardando al primo caso, il degrado privo di allegazione dell'attestazione *ex* art. 160, secondo comma, l. fall. rappresenterebbe una violazione di norma inderogabile e dunque un motivo di inammissibilità della domanda di concordato preventivo.

L'art. 162, primo comma, l. fall. consente tuttavia di superare questa criticità, in quanto riconosce al Tribunale il potere di concedere al debitore un termine non superiore a quindici giorni al fine, tra l'altro, di "*produrre nuovi documenti*".

---

[6] L'art. 161, comma terzo, l. fall., che impone una relazione attestativa ulteriore in caso di "*modifiche sostanziali della proposta o del piano*"; l'art. 162, comma primo, l. fall. riconosce invece al tribunale il potere di concedere al debitore un termine non superiore a quindici giorni per "*apportare integrazioni al piano e produrre nuovi documenti*".

[7] Gli articoli 163 e 163 *bis* l. fall., a seguito del D.L. 27 giugno 2015, n. 83, convertito, con modificazioni, dalla L. 6 agosto 2015, n. 132, prevedendo gli istituti delle proposte concorrenti e delle offerte concorrenti, impongono implicitamente di modificare il piano e la proposta del debitore qualora sopravvengano soggetti terzi che, in presenza dei requisiti di legge, consentono un miglioramento della domanda di concordato originaria nell'ottica di una maggiore soddisfacimento dei creditori concorsuali.

Nella fase antecedente all'ammissione del debitore alla procedura di concordato, il debitore può dunque sopperire alla carenza documentale originaria tramite l'integrazione successiva del fascicolo concordatario mediante l'attestazione necessaria a dimostrare l'incapienza del bene su cui insiste il privilegio del creditore degradato.

Guardando al secondo caso riferito alla fase successiva all'ammissione del debitore alla procedura di concordato ma antecedente all'apertura delle operazioni di voto, la modifica della proposta concordataria resta invece possibile se funzionale ad adeguare quest'ultima alle risultanze delle attività di verifica del Commissario Giudiziale ovvero se è diretta conseguenza del buon esito delle procedure competitive previste dall'art. 163 o dall'art. 163 *bis* l. fall.

2.2. Il secondo motivo di opposizione: la frode in danno dei creditori

L'opponente ha infine lamentato che, a causa di alcune irregolarità pregresse nella contabilità della società debitrice, si sarebbe verificata una frode in danno dei creditori ai sensi dell'art. 173 l. fall., con conseguente necessità di revoca dell'ammissione al concordato.

Anche in questo caso, il Tribunale rigetta il motivo in modo netto: "*il tema relativo a presunte irregolarità contabili pregresse, ove non sia posta in discussione la completezza e la veridicità della situazione economico-patrimoniale aggiornata al momento del deposito del piano concordatario ed ivi esposta, [esula, NdR] completamente dal tema della frode ai creditori*".

Prima di verificare le motivazioni dei giudici nel caso in esame, è opportuno svolgere alcune sintetiche considerazioni rispetto alla disciplina in esame, onde mettere in evidenza gli orientamenti giurisprudenziali e dottrinali rilevanti.

Come noto, l'art. 173 l. fall. disciplina la possibilità che la procedura di concordato preventivo possa arrestarsi nell'ipotesi in cui il debitore compia atti in frode anteriori o posteriori al decreto ammissivo.

L'art. 173 l. fall. identifica gli atti in frode secondo un criterio misto, dato che prende in considerazione un'elencazione tassativa di fattispecie rilevanti (*i.e.* occultamento/dissimulazione di attivo; dolosa omissione della denuncia di uno o più crediti; esposizione di passività insussistenti) e, al tempo stesso, tutti gli atti astrattamente sussumibili entro la formula – generica e residuale – degli «*altri atti di frode*».

Secondo autorevole dottrina[8], i confini di quest'ultima categoria devono

[8] QUATRARO, BURCHI, *Revoca dell'ammissione e dichiarazione di fallimento (le chiusure anomale del concordato preventivo)*, in *Crisi d'impresa e procedure concorsuali*, a cura di Panzani e Cagnasso, Padova, 3647 e ss.

comunque essere ricercati in coerenza con le ipotesi tipiche: sono quindi atti rilevanti, *ex* art. 173 l. fall., quelli «*fraudolentemente diretti ad influire sull'ammissione e l'approvazione del concordato ovvero a diminuire la consistenza del patrimonio offerto ai creditori o simulare ragioni di prelazione o simili*» [9].

In altre parole, nella categoria in commento rientrano esclusivamente quei «*comportamenti volti a pregiudicare la possibilità che i creditori possano compiere le valutazioni di competenza avendo presente l'effettiva consistenza e la reale situazione giuridica degli elementi attivi e passivi del patrimonio dell'impresa*» [10], determinando così «*una divergenza tra la situazione patrimoniale dell'impresa prospettata con la proposta di concordato e quella effettivamente riscontrata dal commissario giudiziale*» [11].

Essi devono quindi essere stati volti ad occultare situazioni di fatto idonee ad influire sul giudizio dei creditori che, se conosciuti, avrebbero comportato una valutazione diversa e negativa della proposta [12].

Da tale inquadramento degli atti in frode, pertanto, discenderebbe che gli atti fraudolenti posti in essere dal debitore prima dell'ammissione alla procedura concordataria e correttamente rappresentati ai creditori in sede di proposta e, quindi, non incidenti sulla corretta formazione del loro consenso, siano da considerarsi irrilevanti ai sensi dell'art. 173 l. fall. [13].

Sotto quest'ultimo profilo giova riportare quanto statuito da recente giurisprudenza di merito [14], secondo cui «*non possono considerarsi fraudolenti ex*

---

[9] App. Firenze, 26 marzo 2009, inedita.

[10] Cass., 23 giugno 2011, nn. 13818 e 13817, in *www.iusexplorer.it*. Nello stesso senso cfr. anche Trib. Mantova, 22 giugno 2011 in *Foro pad.*, 2012, 2, I, 257, secondo cui "*il concetto di atto di frode nel disposto dell'art. 173 l. fall. deve essere letto alla luce della complessiva impostazione e finalità del concordato preventivo riformato, per cui in questa sede, esattamente come in sede di ammissione, la condotta del debitore non può essere valutata nel suo connotato etico – essendo stata eliminata tra i requisiti di ammissibilità l'assenza di condanne penali e la meritevolezza soggettiva dell'imprenditore – per cui gli atti di frode che rilevano, commessi dal debitore in epoca anteriore all'apertura della procedura, sono unicamente quelli destinati ad incidere sull'ammissibilità della proposta concordataria, ovvero quelli che traggono in inganno il ceto creditorio con riguardo alle aspettative di soddisfo ed in generale sono idonei ad influenzare la volontà dei creditori in sede di voto*".

[11] Cass., 22 febbraio 2016, n. 3409, in *www.iusexplorer.it*.

[12] Così Trib. Catania, 21 novembre 2013, su *www.ilcaso.it*., nonché Trib. Siracusa, 20 dicembre 2012 su *www.ilcaso.it*, Trib. Padova, 23 ottobre 2014 in *www.ilcaso.it* e Trib. Piacenza 4 dicembre 2008, in *Fall.*, 2009, 12, 1464.

[13] Cass., 23 giugno 2011, n. 13818, in *www.pluris-cedam.utetgiuridica.it* .

[14] Trib. Padova, 22 ottobre 2013, in *www.pluris-cedam.utetgiuridica.it*.

art. 173 l. fall. quei fatti che, seppure non debitamente evidenziati né nel ricorso né nella relazione dell'attestatore, sono desumibili dalla documentazione allegata alla proposta e quindi non possono dirsi occultati».

Volendo dunque trarre le fila del quadro giuridico delineato, ai fini dell'applicazione dell'art. 173 l. fall. rilevano solamente i comportamenti dolosamente volti a pregiudicare la possibilità che i creditori esprimano le valutazioni di loro competenza, avendo presente l'effettiva consistenza e la reale situazione giuridica degli elementi attivi e passivi del patrimonio dell'impresa [15].

Questa è anche la posizione fatta propria dal Tribunale di Ravenna nel provvedimento che si annota, che ha sostenuto che si ha frode *ex* art. 173 l. fall. solamente a fronte di condotte «*volte ad occultare situazioni di fatto idonee ad influire sul giudizio dei creditori, cioè tali che, se conosciute, avrebbero presumibilmente comportato una valutazione diversa e negativa della proposta*» [16].

Quanto precede comunque non esclude che possano rilevare, ai fini dell'art. 173 l. fall., anche comportamenti del debitore *anteriori* alla presentazione della domanda: questi saranno, tuttavia, rilevanti solamente se accompagnati da una finalità decettiva del libero convincimento dei creditori ai fini dell'espressione di voto in occasione dell'adunanza dei creditori.

In altre parole, le condotte anteriori al concordato possono essere incluse negli atti in frode rilevanti ai sensi dell'art. 173 l. fall. solo se dolosamente diretti a trarre in inganno i creditori sociali [17].

L'argomento in esame offre uno spunto di riflessione rispetto al rapporto

---

[15] Trib. Siracusa, 20 dicembre 2012, in *www.pluris-cedam.utetgiuridica.it.*

[16] Cass., 4 giugno 2014, n. 12533, in *www.ilcaso.it*, richiamata dal decreto qui commentato.

[17] Come è ad esempio stato affermato, «*quanto alle fattispecie indicate nel primo comma dell'art. 173 l.fall. e riferibili a condotte del debitore concordatario antecedenti la presentazione della domanda di concordato, è stato giustamente affermato che la loro rilevanza è comunque legata alla condizione della correlazione tra la condotta fraudolenta e la domanda di concordato, nel senso che non qualsiasi fatto fraudolento o astrattamente idoneo a determinare un pregiudizio per i creditore dell'impresa può contare ai fini dell'interruzione della procedura, soprattutto se verificatosi ben prima della proposta di concordato, ma possono contare solo quelle condotte che siano specificamente finalizzate a trarre in inganno il ceto creditorio in vista dell'adunanza di cui all'art. 174 l. fall., influenzandone la manifestazione di voto. […] È quindi ragionevole ritenere che, ai fini dell'interruzione della procedura […] occorra la presenza del dolo specifico consistente nella consapevolezza e nell'intenzione […] di alterare le regole del gioco, ingannando i creditori sia quanto all'attivo, sia quanto al passivo*", CENSONI, *Il concordato preventivo*, in *Manuale di diritto fallimentare*, Padova, 2011, 596.

tra relazione di attestazione e relazione commissariale, anche tenuto conto del differente ruolo dell'attestatore e del Commissario Giudiziale e della valutazione che questi soggetti sono tenuti a svolgere rispetto agli atti in frode.

Sotto questo profilo e guardando all'attestazione, il principio applicabile in materia afferma che «*l'attestatore non deve ricercare le informazioni che ineriscono all'eventuale sussistenza di atti in frode di cui all'art. 173 l.f.. Il tema, pur certamente rilevante nell'economia di una proposta di soluzione della crisi, non è significativo rispetto all'oggetto delle valutazioni dell'attestatore, che riguardano esclusivamente la fattibilità del Piano come proposto dal debitore*» [18].

Quanto precede trova fondamento nell'assunto secondo cui l'attestatore è chiamato ad esprimere esclusivamente un giudizio sulla veridicità dei dati aziendali posti alla base del piano di concordato preventivo e sulla fattibilità del medesimo, essendo esclusa una valutazione della condotta degli amministratori e degli organi di controllo per la gestione passata, al di là delle considerazioni strettamente necessarie per identificare le cause della crisi.

Unica eccezione a questo principio è il caso in cui sia previsto l'avvio di azioni di responsabilità o azioni revocatorie, i cui conseguenti potenziali ricavi siano fonti attive del piano e della proposta di concordato: in questo caso, infatti, la valutazione della possibilità di successo di queste azioni incide direttamente sul giudizio di fattibilità della proposta concordataria, con conseguente e necessaria verifica da parte dell'attestatore.

Diverso è, invece, il ruolo del Commissario Giudiziale, che, al contrario, deve (i) individuare e/o prevenire atti distrattivi o depauperativi del patrimonio del debitore, (ii) riferire sulla condotta del debitore, sulle cause della crisi, sulla convenienza del concordato preventivo rispetto al fallimento e (iii) illustrare le utilità che, in caso di fallimento, possono essere apportate dalle azioni risarcitorie, recuperatorie o revocatorie che potrebbero essere promosse nei confronti di terzi.

Quale conseguenza, la verifica storica della gestione sociale ai fini dell'accertamento del compimento di atti di frode da parte degli organi di gestione e degli organi di controllo, rientra nel novero delle attività commissariali, essendo invece estranea all'attività dell'attestatore.

---

[18] CNDCEC – CONSIGLIO NAZIONALE DEI DOTTORI COMMERCIALISTI E DEGLI ESPERTI CONTABILI, *Principi di attestazione dei piani di risanamento*, in *www.cndcec.it/Portal/Documenti/Dettaglio.aspx?id=68b9d9a9-be96-4eb3-87c3-98d2dc7792ab.*

3. I temi "a margine"

3.1. Il primo tema "a margine": l'azione di responsabilità *ex* art. 2394 c.c. a seguito dell'omologa del concordato preventivo

Il Tribunale di Ravenna – pur prendendo atto di come, nel caso di specie, non sia ravvisabile alcun abuso dello strumento concordatario suscettibile di comportarne la revoca – fa salva la possibilità, per i creditori, di esperire l'azione di responsabilità *ex* art. 2394 c.c..

La pronuncia in commento offre, quindi, lo spunto per affrontare la controversa questione se nella procedura di concordato preventivo sia ammissibile l'esercizio di azione di responsabilità da parte dei creditori sociali.

Secondo una prima tesi [19], non sarebbe possibile, a seguito dell'omologa, esperire azione di responsabilità verso gli amministratori; e questo per molteplici ragioni concorrenti tra loro.

In particolare, gli amministratori non sarebbero inclusi nel novero dei coobbligati *ex* art. 184 l. fall.; non sarebbe ipotizzabile un soddisfacimento in misura percentuale maggiore rispetto a quello previsto nel concordato omologato; e, infine, l'esercizio dell'azione di responsabilità contrasterebbe con l'effetto esdebitatorio del concordato preventivo.

Secondo una diversa – e maggioritaria – tesi [20], l'azione di responsabilità *ex* art. 2394 c.c. sarebbe invece pienamente esperibile per una pluralità di ragioni che possiamo così sinteticamente riassumere.

In primo luogo, l'azione *ex* art. 2394 c.c. avrebbe natura di azione autonoma e non surrogatoria [21] rispetto a quella prevista dall'art. 2393 c.c. [22]: ogni

---

[19] Cass., 14 giugno 1978, n. 2950, citata da D'ORAZIO, *Le procedure di negoziazione della crisi d'impresa*, Milano, 2013, 416; Trib. Milano, 13 novembre 1989, in *Dir. fall.*, 1990, II, 1169; e Trib. Padova, 16 giugno 1987, in *Giur. merito*, 1989, 84.

[20] Tra le tante, si veda ad esempio la recente pronuncia Trib. Bolzano, 30 aprile 2015, in *Fall.*, 8-9, 2015, 955; e, nello stesso senso, App. Brescia, 14 maggio 2014, in *www.ilcaso.it*; e Trib. Napoli, 5 luglio 2013, in *Dir. fall.*, 2015, 1, 144.

[21] La natura surrogatoria è stata sostenuta essenzialmente sul rilievo che l'azione di responsabilità dei creditori sociali sarebbe pur sempre diretta alla reintegrazione del patrimonio della società e non alla reintegrazione del patrimonio del creditore. Una dimostrazione, in questo senso, verrebbe dal fatto che in caso di fallimento o di liquidazione coatta amministrativa, legittimato all'azione è il curatore o il commissario liquidatore: e ciò proprio perché si tratterebbe di un'azione diretta alla reintegrazione del patrimonio della società fallita o messa in liquidazione coatta. In questo senso, si vedano Cass., 27 novembre 1982, n. 6431, in *Società*, 1983, 751; e Trib. Milano, 26 settembre 1996, in *Fall.*, 1997, 218.

[22] Hanno escluso la natura surrogatoria dell'azione Trib. Bologna, 8 agosto 2002, in *Giur. it.*,

azione surrogatoria – è stato osservato – si profila infatti come un'eccezione al generale principio secondo il quale nessuno è autorizzato ad agire in giudizio in nome proprio per far valere diritti altrui, stabilito dall'art. 81 c.p.c. [23]. E il fatto che l'art. 2394 c.c. prescriva che «*gli amministratori rispondono verso i creditori sociali*», in assenza di un'espressa deroga, imporrebbe di considerarla azione diretta e, come tale, liberamente esperibile.

Sotto altro profilo, l'omologazione del concordato non avrebbe alcun effetto estintivo della porzione di credito rimasta insoddisfatta [24], che verrebbe resa unicamente *inesigibile* nei confronti della società debitrice. Tale inesigibilità deriverebbe da una sorta di *pactum de non petendo* implicitamente contenuto nel concordato omologato [25]: *pactum* che va ad esclusivo beneficio della società ma non dei soggetti terzi – quali sono appunti amministratori e sindaci – che non ne sono stati parte [26].

Infine, una conferma implicita della piena esperibilità dell'azione *ex* art. 2394 c.c. deriverebbe dall'art. 184 l. fall., in base al quale l'omologazione del concordato lascia impregiudicati i diritti dei creditori contro i coobbligati. Ora, come noto, gli amministratori non possono definirsi coobligati: ma se è così, come è stato osservato, «*a maggior ragione, se non possono giovarsi della liberazione dal debito i coobbligati, anche gli amministratori non possono giovarsi del beneficio dell'esdebitazione*» [27].

In questo contesto, la decisione del Tribunale di Ravenna in commento si inserisce nel solco della tesi che ammette (a nostro avviso, condivisibilmente) l'esperibilità dell'azione *ex* art. 2394 c.c., facendone proprie le ragioni sottostanti ed ammettendo l'esperibilità della predetta azione da parte dei creditori sociali contro gli organi di gestione e controllo a seguito dell'emissione del provvedimento omologativo del concordato preventivo.

2003, 8-9, 1649; App. Milano, 14 gennaio 1992, in *Giur. comm.*, 1993, II, 63; Trib. Milano, 6 febbraio 1989, in *Società*, 1989, 703; e Cass., 12 giugno 2007, n. 13765, in *www.iusexplorer.it*.

[23] Trib. Piacenza, 12 febbraio 2015, in *www.iusexplorer.it*.

[24] Come è stato scritto, "*l'approvazione del piano non comporta l'estinzione dell'obbligazione originaria ma produce l'effetto vincolante di un* pactum de non petendo*, valido esclusivamente tra i creditori e la società*", GRACI, *Le azioni di responsabilità nel concordato preventivo e la legittimazione del commissario giudiziale*, in *Dir. fall.*, 2015, 1, 155

[25] Questa è ad esempio la posizione di FISCON, *Sull'esperibilità dell'azione di responsabilità contro gli amministratori nel concordato preventivo delle società*, in *Giur. comm.*, 1989, II, 940.

[26] Come è stato affermato in giurisprudenza, non "*si vede per qual ragione gli amministratori in colpa dovrebbero giovarsi del concordato preventivo concesso alla società a scapito dei creditori*", Trib. Reggio Emilia, 19 giugno 1979, in *Giur. comm.*, 1981, II, 183.

[27] FABIANI, *Dalla meritevolezza al rapporto dialogico fra frode e responsabilità nel concordato preventivo*, in *Fall.*, 8-9, 2015, 973.

3.2. Il secondo tema "a margine": il sindacato giudiziale sulla proposta concordataria

Come si è anticipato, il Tribunale prende in considerazione – oltre ai veri e propri motivi di opposizione – alcuni temi collaterali, che seppur non determinanti ai fini della decisione, sottendono argomenti di altrettanta importanza.

Tra questi temi, vi è quello dei limiti del controllo del tribunale nel corso di una procedura di concordato preventivo.

A tal riguardo, il Tribunale prende atto di come l'opposizione della creditrice non investa la convenienza della proposta concordataria ai sensi dell'art. 180, comma quarto, l. fall., concludendo che è perciò possibile procedere con l'omologazione.

In questo senso, il Tribunale afferma che «*non vi sono opposizioni di merito ma soltanto di legittimità […], dovendosi perciò ritenere che ove la proposta di concordato abbia raggiunto la maggioranza richiesta all'art. 177 l. fall., il piano su cui si basa la proposta di concordato abbia ricevuto il parere favorevole dei Commissari e non siano pervenute opposizioni (sulla convenienza) da parte dei creditori, non vi siano ragioni ostative all'omologazione del concordato da parte del Tribunale che in questa sede, a seguito della riforma introdotta dai noti D.Lgs.vi 5/2006 e 169/2007, ha visto sottratta alla propria sfera d'indagine l'accertamento dei requisiti di meritevolezza e di convenienza della proposta concordataria salvo che non siano presentate opposizioni all'omologazione, in tale ultimo caso potendosi dare luogo all'ingresso di mezzi istruttori su richiesta delle parti o d'ufficio ed effettuare valutazioni comparative rispetto alla maggiore o minore vantaggiosità per i creditori delle alternative anche concorsuali concretamente praticabili*».

Così facendo, il Collegio dimostra di aderire all'orientamento giurisprudenziale consolidatosi negli anni e culminato nella nota sentenza del 2013[28] – peraltro richiamata nel decreto che si annota – con cui le Sezioni Unite hanno composto il dibattito molto acceso in dottrina e giurisprudenza[29] circa l'am-

[28] Il riferimento è a Cass., Sez. Un., 23 gennaio 2013, n. 1521, in *Giur. comm.*, 2014, 3, II, 443, con nota di Alessi; in *Giur. comm.*, 2013, 3, II, 333, con nota di Censoni; in Giur. comm., 2013, 4, II, 621, con nota di Ciervo; in *Foro it.*, 2013, 5, I, 1534, con note di Carmellino, Costantino, Fabiani e Scoditti. Successivamente a tale pronuncia, le sezioni semplici della Corte risultano essersi conformate agli insegnamenti delle Sezioni Unite: si vedano, in questo senso, Cass., 9 maggio 2013, n. 11014; Cass., 25 settembre 2013, n. 21901; e Cass., 27 maggio 2013, n. 13083, tutte reperibili in *www.iusexplorer.it*.

[29] AMATORE, JEANTET, *Il nuovo concordato preventivo*, Milano, 2016, 151 e ss. In materia e prima della pronuncia delle Sezioni Unite, si sono consolidate tre principali linee di pensiero. La prima posizione sostiene un'interpretazione restrittiva dei poteri del tribunale, sia in sede di

piezza del sindacato giudiziale sulla "fattibilità"[30] della proposta concordataria.

Con questa pronuncia le Sezioni Unite hanno definitivamente chiarito che «*il giudice ha il dovere di esercitare il controllo di legittimità sul giudizio di fattibilità della proposta di concordato, non restando questo escluso dall'attestazione del professionista, mentre resta riservata ai creditori la valutazione in ordine al merito di detto giudizio, che ha ad oggetto la probabilità di successo economico del piano ed i rischi inerenti; il controllo di legittimità del giudice si realizza facendo applicazione di un unico e medesimo parametro nelle diverse fasi di ammissibilità, revoca ed omologazione in cui si articola la procedura di concordato preventivo; il contratto di legittimità si attua verificando l'effettiva realizzabilità della causa concreta della procedura di concordato; quest'ultima, da intendere come obiettivo specifico perseguito dal procedimento, non ha contenuto fisso e predeterminabile, essendo dipendente dal tipo di proposta formulata, pur se inserita nel generale quadro di riferimento, finalizzato al superamento della situazione di crisi dell'imprenditore, da un lato, e all'assicurazione di un soddisfacimento, sia per ipoteticamente modesto e parziale, dei creditori, da un altro*»[31].

In altre parole e con la sentenza in esame, la Cassazione ha sancito in via definitiva il principio secondo cui al giudice spetterebbe esclusivamente l'e-

---

ammissione alla procedura concordataria sia nella successiva fase di omologazione, in quanto il controllo giudiziale dovrebbe limitarsi ad una verifica meramente formale sulla regolarità e completezza della documentazione allegata dal debitore, con conseguente esclusione di qualsiasi scrutinio relativamente al merito del giudizio di fattibilità del piano concordatario. Una seconda tesi ammette un intervento giudiziale più invasivo di carattere interdittivo in ordine alla valutazione nel merito della fattibilità del piano concordatario sia nella fase di ammissione alla procedura di concordato preventivo, sia nelle successive fasi di verifica del mantenimento delle condizioni di fattibilità e di omologazione del piano e della proposta di concordato. Una terza e diversa tesi muove invece dal concetto di controllo *di legalità sostanziale*: secondo questa impostazione, il tribunale dovrebbe, oltre a verificare la formale completezza e regolarità della documentazione allegata alla domanda di concordato, indagare che "*la relazione del professionista attestante la veridicità dei dati aziendali e la fattibilità del piano, sia adeguatamente motivata indicando le verifiche effettuate, nonché la metodologia ed i criteri seguiti per pervenire alla attestazione di veridicità dei dati aziendali e alla conclusione di fattibilità del piano (Cass. 25 ottobre 2010, n. 21860)*".

[30] L'art. 162 l. fall. richiede al Tribunale, per dichiarare aperta la procedura di concordato, di verificare la ricorrenza "*dei presupposti di cui agli artt. 160, commi primo e secondo, e 161*". Tra i presupposti di ammissibilità della proposta concordataria, la legge contempla, all'art. 161, comma terzo, il deposito di una relazione che attesti "*la veridicità dei dati aziendali e la fattibilità del piano medesimo*" Ci si è dunque chiesti se l'ambito dell'indagine giudiziale ricomprenda, o meno, la fattibilità della proposta.

[31] Cass., Sez. Un., 23 gennaio 2013, n. 1521, cit.

sercizio di un controllo di legittimità sulla proposta concordataria; ogni valutazione relativa alla fattibilità economica della proposta sarebbe, invece, di competenza dei creditori [32].

Fatta questa distinzione, si tratta di comprendere cosa rientri nella verifica di legittimità e cosa, *de residuo*, attenga invece al merito.

Non vi è dubbio che sia ricompreso, nella verifica di legittimità, il giudizio sulla c.d. fattibilità giuridica della proposta: come hanno affermato le Sezioni Unite, infatti, è pacifico che «*spetti al giudice verificare la fattibilità giuridica del concordato e quindi esprimere un giudizio negativo in ordine all'ammissibilità quando le modalità attuative [*della proposta, NdR*] risultino incompatibili con norme inderogabili*» [33].

Ma il sindacato di legittimità, secondo la Corte, non si limiterebbe alla fattibilità giuridica.

Secondo le Sezioni Unite esso dovrebbe estendersi, infatti, alle valutazioni su «(*i) correttezza delle argomentazioni svolte e delle motivazioni addotte dal professionista a sostegno del piano, (ii) coerenza complessiva delle conclusioni finali della relazione del professionista, (iii) impossibilità giuridica di dare esecuzione alla proposta di concordato o rilevanza del dato, se emergente prima facie, da cui poter desumere l'inidoneità della proposta, (iv) tempi di adempimento indicati dal debitore*» [34].

Ne discende che il sindacato di fattibilità giuridica non comprende un mero controllo formale sull'analiticità e coerenza delle motivazioni, ma deve rivolgere l'attenzione a qualcosa di ulteriore, che può essere individuato nel controllo relativo alla "*razionalità*" delle argomentazioni dell'attestatore [35].

---

[32] Piuttosto critico verso la decisione delle Sezioni Unite è Villa, *Fattibilità del piano concordatario e sindacato giudiziale indiretto*, in *Riv. dir. proc.*, 2014, 1, 218, che osserva: "*secondo la Corte spetterebbe al tribunale il giudizio sulla già citata fattibilità giuridica, ossia in ordine all'ammissibilità quando modalità attuative risultino incompatibili con norme inderogabili. Ma si tratta di una nozione che, da un lato, è estranea al dato positivo (che parla di fattibilità* tout court*) e, dall'altro lato, sembra di quantomeno dubbia utilità, atteso che il tribunale può senz'altro sindacare un piano le cui modalità attuative appaiano* contra legem*, e ciò a prescindere dall'inquadramento di tale verifica nell'ambito della fattibilità giuridica. Il tutto con la notazione per cui,* in subiecta materia*, il sindacato giudiziale in diritto potrebbe risultare tutt'altro che marginale, viepiù in forza delle ultime riforme: si pensi, per esempio, alla disciplina di cui all'art. 186* bis *l. fall., ritenuto norma di applicazione necessaria quando vi sia la continuità aziendale"; o all'autorizzazione allo scioglimento dei contratti in corso* ex *art. 169* bis *l. fall., che, se negata, potrebbe incidere sulla stessa fattibilità del piano concordatario*".

[33] Cass., Sez. Un., 23 gennaio 2013, n. 1521, cit.

[34] Questa la sintesi di BIANCHI, *Procedure concorsuali – Poteri del giudice nella procedura di concordato*, in *Quotidiano giuridico*, 2013.

[35] AMATORE, JEANTET, *op. cit.*, 171 e ss.

La sentenza in esame afferma infatti che «*affinché i creditori possano esprimere il giudizio loro riservato sulla convenienza economica della proposta di concordato, concorrendo così a garantire il giusto esito della procedura, è necessario che essi ricevano una puntuale informazione circa i dati, le verifiche interne e le connesse valutazioni, incombenti, questi, che assumono un ruolo centrale nello svolgimento della procedura ed ai quali debbono provvedere dapprima il professionista attestatore (rispetto al quale il d. l. 83 del 2012, oltre a sottolinearne la necessaria indipendenza, ha introdotto pesanti sanzioni nel caso di falsità nelle attestazioni o nelle relazioni), in funzione dell'ammissibilità al concordato, e successivamente il commissario giudiziale prima dell'adunanza dei creditori ai fini del voto*».

Così ragionando, le Sezioni Unite hanno dunque affermato il principio secondo cui spetta ai soli creditori concorsuali la valutazione della convenienza economica della proposta, ossia della sua positività o negatività attraverso il raffronto tra quanto viene offerto negozialmente e quanto sarebbe invece ricavabile dalle alternative concretamente praticabili.

In conclusione e tornando alla sentenza in commento, è condivisibile la conclusione secondo cui spetta al Tribunale di (i) verificare la fattibilità giuridica del concordato in sede di ammissione, eventualmente rigettandola se le modalità attuative del concordato risultano incompatibili con norme inderogabili, e (ii) sorvegliare, nelle more della procedura, che la valutazione dei creditori venga espressa correttamente e determini il giusto esito della procedura concordataria e che, pertanto, essi ricevano una completa e puntuale informativa al fine di manifestare, in sede di adunanza, un voto "consapevole"; mentre spetta ai creditori il giudizio di convenienza economica relativo alle modalità di soddisfacimento dei crediti sia in termini di percentuale sia in termini di tempo di adempimento delle obbligazioni concordatarie.

3.3. Il terzo tema "a margine": gli effetti della mancata ammissione di un credito nell'elenco *ex* art. 171 l. fall.

Il secondo tema "collaterale" affrontato dal Tribunale riguarda una doglianza dell'opponente relativa alla natura del credito ammesso: la creditrice aveva infatti richiesto la collocazione in privilegio di un proprio credito per rivalsa IVA, senza che tale pretesa venisse però accolta dalla procedura.

Il Tribunale affronta quindi l'annosa questione di quali siano i rimedi fruibili da parte di un creditore non ammesso nell'elenco creditori oppure, come nel caso di specie, ammesso con un rango diverso da quello preteso.

Sull'argomento, occorre ricordare che, nell'ambito della procedura di concordato preventivo, il commissario giudiziale deve verificare l'elenco dei cre-

ditori allegato dal debitore alla domanda di concordato preventivo.

La disciplina del concordato preventivo non include, a differenza di quanto avviene nel fallimento, una fase di accertamento a carattere giurisdizionale dell'esistenza e della natura privilegiata o chirografari dei crediti, essendo tutto rimesso ad una verifica di carattere meramente amministrativo funzionale alla sola identificazione dei creditori che hanno diritto di partecipare all'adunanza.

Questa verifica avviene da parte del commissario giudiziale sulla base delle scritture contabili messe a disposizione degli organi della procedura dal debitore.

Nel corso della verifica dei crediti, il commissario giudiziale può apportare all'elenco dei creditori depositato dal debitore le rettifiche necessarie a sanare gli errori materiali e le incongruenze, con la precisazione che se quest'ultime sono conseguenti ad un'alterazione da parte del debitore dell'attivo o del passivo potrebbe aprirsi, su richiesta dello stesso commissario giudiziale, la fase di revoca dell'ammissione *ex* art. 173 l. fall..

Quanto precede trova conferma del provvedimento in commento, nel quale il Tribunale dà una risposta pienamente in linea con la giurisprudenza consolidata.

A questo proposito, infatti, il Tribunale di Ravenna rimarca che nel concordato preventivo (e a differenza, per esempio, di quanto accade nel fallimento), mancando un «*procedimento giudiziale di insinuazione e formazione di uno stato passivo vero e proprio*» [36], la mera inclusione di un creditore nell'elenco redatto dal commissario giudiziale *ex* art. 171 l. fall. – che viene effettuata, come precisa la norma, in modo provvisorio e solamente ai fini del voto e del calcolo delle maggioranze – non pregiudica «*l'eventuale accertamento per le vie ordinarie dell'entità e della natura del credito*» [37].

---

[36] In senso conforme, Trib. Siracusa, 11 novembre 2011, in *Fall.*, 2012, 3, 358; Trib. Bologna, 16 maggio 2008, in *www.iusexplorer.it*; e App. Genova, 14 aprile 2004, in *Dir. fall.*, 2005, 486. Nella giurisprudenza di legittimità, si può vedere Cass., 12 novembre 1993, n. 11192, in *Fall.*, 1994, 291.

[37] Così il decreto qui annotato. In senso analogo, tra le molte pronunce, la recentissima Trib. Modena, 18 gennaio 2016, in *Fall.*, 2016, 3, 374; Trib. Padova, 3 aprile 2014, in *www.ilcaso.it*; Trib. Ravenna, 8 novembre 2013, in *www.ilcaso.it* (richiamata dallo stesso decreto qui annotato); e Trib. Pistoia, 9 luglio 2013, in *www.ilcaso.it*. Il principio espresso dal Tribunale è stato in più occasioni fatto proprio dalla Corte di Cassazione: su tutte, si rinvia a Cass., 24 settembre 2012, n. 16817, in *www.iusexplorer.it*; e Cass., 14 febbraio 2002, n. 2104, in *Fall.*, 2003, 1, 25 nota di Trentini. Sulla scorta di tali premesse, la Corte di legittimità ha ad esempio affermato che "*l'inclusione di un credito nell'adunanza di cui alla L. Fall., art. 174, tra quelli aventi diritto a prelazione e, come tali, privi del diritto di*

Coerentemente con tali premesse, a detta del Tribunale [38], il mancato riconoscimento di uno specifico grado di privilegio ad un determinato credito non può costituire motivo di opposizione all'omologazione; a patto, però, naturalmente, che tale mancato riconoscimento non abbia condizionato l'esito delle votazioni.

In quest'ultimo caso, infatti, la legge – all'art. 176, comma secondo, l. fall. – consente al creditore escluso di opporsi all'esclusione dal voto in sede di omologa.

L'opposizione *ex* art. 176, comma secondo, l. fall., è peraltro soggetta alla c.d. prova di resistenza: potranno cioè opporsi solamente quei creditori esclusi che riescano a dimostrare – con onere della prova a proprio carico [39] – che la propria ammissione avrebbe inciso sulle maggioranze necessarie all'approvazione della proposta concordataria [40].

Questa norma non opera tuttavia nel periodo successivo all'emissione del decreto di omologa da parte del tribunale, residuando, in questo caso, il diritto del creditore escluso di far accertare il proprio credito, in punto esistenza, ammontare e rango, dal giudice ordinario e chiederne l'adempimento nella misura concordataria [41].

In altre parole, i rimedi che l'ordinamento riconosce al creditore non compreso nell'elenco dei creditori del concordato preventivo omologato è quello di agire innanzi alla giurisdizione ordinaria per l'accertamento del proprio credito.

Questo diritto potrà essere esercitato, a seconda dei casi, nell'ambito di un giudizio ordinario o, in alternativa e ricorrendone i presupposti, nell'ambito del giudizio sommario di cognizione *ex* art. 702 *bis* c.p.c.

---

voto, non preclude, in sede di accertamento del passivo del fallimento dichiarato per la mancata approvazione del concordato, la possibilità di una autonoma valutazione circa la sussistenza e la natura del credito relativo", Cass., 20 aprile 2016, n. 7972, in *CED Cassazione*, 2016.

[38] Anche in questo caso in linea con l'orientamento giurisprudenziale unanime: si veda, su tutti, Trib. Ravenna, 22 maggio 2014, in *Fall.*, 2015, 2, 203.

[39] Secondo TROMBETTA, *Il regime delle impugnazioni*, in DE MATTEIS, GRAZIANO, *Manuale pratico del fallimento*, Rimini, 2015, 535, *sub* nota 29, tale prova, "*integrando un indefettibile presupposto dell'opposizione in esame, incombe,* ex *art. 2697 c.c., sull'opponente*".

[40] In questo senso, App. Napoli, 6 agosto 2013, in *www.ilcaso.it*; e Trib. Ravenna, 22 maggio 2014, in *Fall.*, 2015, 2, 203, con nota di Andretto.

[41] Così DIMUNDO, *La deliberazione dei creditori, Il concordato preventivo – Seminario di studi*, in *Fall.*, 1992, 272.

4. Conclusioni

La sentenza in commento conferma alcuni principi già consolidati in giurisprudenza in relazione a (i) l'ammissibilità del deposito della relazione *ex* art. 160, comma secondo, l. fall. in corso di procedura; (ii) quali siano gli atti in frode ai creditori *ex* art. 173 l. fall., (iii) in quali rapporti si collochi l'omologazione del concordato preventivo rispetto all'azione di responsabilità *ex* art. 2394 c.c., (iv) quale sia il sindacato giudiziale sulla proposta concordataria e (v) quali siano gli effetti della mancata ammissione di un creditor nell'elenco *ex* art. 171 l. fall.

Il Tribunale di Ravenna, in primo luogo, ammette la possibilità di modificare il piano e la proposta di concordato preventivo nel corso della procedura, anche producendo la relazione *ex* art 160, comma secondo, l. fall. che attesta l'incapienza del bene su cui insiste il privilegio con conseguente degrado della pretesa creditoria al chirografo per la parte incapiente.

In secondo luogo, sostiene che sono condotte rilevante ai fini dell'art. 173 l. fall. solamente quelle idonee a influire sul giudizio dei creditori nel senso che, se conosciute da quest'ultimi, avrebbero potuto influenzare il voto in adunanza, comportando una diversa e negativa valutazione della proposta di concordato preventivo.

In terzo luogo, riconosce la possibilità esperire l'azione di responsabilità ex art. 2394 c.c. a seguito dell'omologa della domanda di concordato preventivo.

In quarto luogo, il Tribunale aderisce all'impostazione giurisprudenziale della Suprema Corte secondo cui il sindacato giudiziale della proposta di concordato è limitato alla fattibilità giuridica, essendo, invece, rimesso ai creditori il giudizio di convenienza economica in termini di percentuale e tempi di soddisfacimento del relativo credito.

In ultimo, i giudici ravvenati ribadiscono che non esiste, nel concordato preventivo, una fase di accertamento giudiziale dei crediti, con conseguente possibilità del creditore, in caso di non inclusione nell'elenco *ex* art. 171 l. fall., di ricorrere all'accertamento giudiziale successivo, salvo poi il soddisfacimento nei tempi e con le percentuali previsti dal concordato preventivo omologato.

Diritto tributario

a cura di Gilberto Gelosa

Legge di stabilità 2017
Le agevolazioni per gli stranieri che intendono risiedere in Italia

The stability law for 2017
Tax breaks for foreign who are going to reside in Italy

Carlo Pessina * e Andrea Pessina **

ABSTRACT

Il Governo italiano ha introdotto, con la legge di Bilancio 2017, un'agevolazione rivolta ai contribuenti persone fisiche neo-trasferiti in Italia, i quali già a decorrere dall'anno 2017 possono optare per il pagamento di un imposta sostitutiva dell'Irpef che i media hanno battezzato come "flat tax per i Paperoni", dell'ammontare di Euro 100.000 annui, sui redditi dagli stessi prodotti all'estero. L'opzione ha una durata di 15 anni e può anche ricomprendere i redditi prodotti all'estero dai familiari del neo-contribuente italiano, per i quali l'importo annuo dell'imposta sostitutiva è fissato in Euro 25.000 per ciascuno di loro. I chiarimenti per esercitare l'opzione sono stati diramati dapprima con il Provvedimento del Direttore dell'Agenzia delle Entrate dell'8 marzo u.s. e, successivamente con la Circolare n. 17/E del 23 maggio u.s. dell'Agenzia delle Entrate.

PAROLE CHIAVE: legge di bilancio 2017 – flat tax – Euro 100.000 annui – durata 15 anni – Euro 25.000 per ciascuno di loro.

The Italian Government has introduced, through the 2017 budget law, the tax break addressed to contributors, natural persons just moved in Italy, who already starting from 2017, can decide on the payment of an Irpef substitute tax, which media named "flat tax for Paperoni", in the annual amount of € 100,000, on their incomes generated

* Dottore commercialista in Casale Monferrato.

** Dottore commercialista in Milano.

abroad. The option has a duration of 15 years and can also include incomes generated abroad by new Italian contributor, for who the annual amount of Irpef substitute tax is set at € 25,000 for each of them. Clarifications to exercise the option have been issue first with a misure of the Director of Revenue Agency of 08/03 and, subsequently, with the Circular n. 17/E of 23/05 u.s. of the Revenue Agency.

KEYWORDS: 2017 budget law – flat tax – annual amount of € 100.000 – duration of 15 years – at € 25.000 for each of them.

SOMMARIO:

1. Premessa. – 2. Campo d'applicazione dell'art. 24-*bis* TUIR. – 3. Modalità applicative. – 3.1. Tempistiche per l'esercizio dell'opzione. – 3.2. Imposta sostitutiva e ulteriori benefici del regime. – 3.3. Presentazione dell'istanza di interpello – 3.4. Esclusione di taluni paesi dal regime di tassazione sostitutiva. – 3.5. Elementi da far figurare nell'interpello. – 3.6. Estensione del regime forfetario ai familiari del contribuente. – 3.7. Mancato obbligo alla presentazione della dichiarazione dei redditi. – 4. Uscita dal regime forfetario. – 5. Conclusione.

1. Premessa

La Legge di Bilancio per l'anno 2017 [1], con i commi da 152 a 154 e da 157 a 159, ha introdotto nel Testo Unico delle Imposte sui Redditi [2] (TUIR) l'art. 24-*bis* titolato "*Opzione per l'imposta sostitutiva sui redditi prodotti all'estero realizzati da persone fisiche che trasferiscono la propria residenza in Italia*". Lo scopo della norma è quello di incentivare, attraverso il pagamento di un'imposta forfettaria, il trasferimento della residenza in Italia da parte di soggetti persone fisiche attualmente residenti all'estero, con l'obiettivo di vedere incrementati i consumi e gli investimenti in Italia effettuati da quest'ultimi, aiutando così la crescita economica e l'occupazione.

Il comma 157 dell'art. 1 della detta Legge demanda ad un Provvedimento del Direttore dell'Agenzia delle Entrate [3] l'individuazione delle modalità applicative per l'esercizio, la modifica o la revoca dell'opzione prevista al comma 1 dell'art. 24-*bis* del TUIR, opzione necessaria per accedere al beneficio del regime dell'imposta sostitutiva che verrà illustrato nel prosieguo, nonché per il versamento dell'imposta stessa dovuta ai sensi del comma 2 del medesimo articolo.

Questo Provvedimento, che, per quanto previsto dal comma 152, art. 1, della Legge di Bilancio, doveva essere adottato entro novanta giorni dall'entrata in vigore della detta legge, è stato emanato in data 8 marzo u.s., quindi ben prima del termine ultimo fissato dalla legge stessa. L'analisi della nuova disposizione normativa che ci proponiamo di fare è dunque svolta con riferi-

[1] Legge dell'11 dicembre 2016, n. 232, "*Bilancio di previsione dello Stato per l'anno finanziario 2017 e bilancio pluriennale per il triennio 2017-2019*".

[2] Decreto del Presidente della Repubblica (DPR) del 22 dicembre 1986, n. 917.

[3] "*Modalità applicative per l'esercizio, la modifica o la revoca dell'opzione di cui al comma 1 dell'articolo 24-bis del testo unico delle imposte sui redditi, di cui al decreto del Presidente della Repubblica 22 dicembre 1986, n. 917 (TUIR), e per il versamento dell'imposta sostitutiva di cui al comma 2 del medesimo articolo 24-bis*", dell'8 marzo 2017.

mento congiunto al contenuto del neo introdotto art. 24-*bis* del TUIR e di quello del citato Provvedimento del Direttore dell'Agenzia delle Entrate, nonché della Circolare dell'Agenzia delle Entrate n. 17/E del 23 maggio u.s., illustrativa e chiarificatrice delle disposizioni sul regime agevolato di cui sopra.

2. Campo di applicazione dell'art. 24-*bis* TUIR

Il comma 1 dell'art. 24-*bis* del TUIR acconsente alle persone fisiche attualmente residenti all'estero, che intendano trasferire la propria residenza in Italia, di optare, verificandosi determinate condizioni di cui si dirà, per l'assoggettamento ad un'imposta forfetaria sostitutiva dell'imposta sul reddito (IRPEF) per tutti i redditi prodotti all'estero, ovviamente percepiti dopo il trasferimento in Italia della loro residenza.

Innanzitutto, con riferimento all'ambito soggettivo di applicazione della nuova norma, è opportuno precisare che, stante l'espressa disposizione della medesima, i contribuenti interessati sono solo le persone fisiche, con esclusione pertanto di ogni altro soggetto rientrante nel panorama fiscale italiano, quali, ad esempio, le società di persone e di capitali, le associazioni, le fondazioni, i trusts, ecc. Esse, poi, non devono essere state residenti in Italia per un periodo di tempo di almeno nove dei dieci periodi d'imposta precedenti quello di inizio del periodo di validità dell'opzione. Poiché il testo letterale della nuova disposizione non lo richiede espressamente, si ritiene che, non necessariamente, i nove esercizi fiscali debbano essere continuativi, ben potendo, invece, essere spaccati da uno (il decimo) che ne ha interrotto la continuità. Così ad esempio: un soggetto estero che diventa residente in Italia dal 2017 (quindi, come si dirà, con opzione da esercitarsi in tale periodo entro il termine di presentazione della dichiarazione dei redditi, cioè entro il 30 settembre 2018) dovrà non essere stato residente in Italia in nove dei dieci esercizi precedenti (quindi quelli dal 2007 al 2016), non obbligatoriamente continuativi; pertanto egli potrà accedere al regime sostitutivo in esame se, per esempio, non è stato residente dal 2007 compreso sino al 2010 compreso, residente in Italia nel solo 2011 e nuovamente non residente dal 2012 al 2016 compreso.

Sul punto si rileva che la Circolare n. 17/E dell'Agenzia delle Entrate indica che "*l'opzione può essere validamente esercitata anche da coloro che sono già residenti in Italia per un periodo d'imposta*" e che, in tal caso, per la verifica del presupposto della residenza all'estero per i nove anni sui dieci precedenti, deve computarsi anche il periodo fiscale nel quale il soggetto ha avuto la residenza in Italia[4].

[4] A chiarimento di questo concetto la Circolare riporta l'esempio di un soggetto che sia sta-

La stessa Circolare n. 17/E dell'Agenzia delle Entrate (di seguito anche solo la "Circolare") precisa inoltre che "*la fruizione del beneficio implica l'effettivo trasferimento della persona fisica in Italia*" e che, a tale proposito, le autorità comunali effettuano accertamenti, opportunamente intervallati nel tempo, per verificare la presenza fisica o meno del soggetto il quale, nel caso di irreperibilità, verrà cancellato dall'anagrafe della popolazione residente con la conseguente perdita delle agevolazioni previste dal nuovo art. 24–*bis* del TUIR. "*Non ha alcun rilievo la nazionalità del soggetto che si trasferisce*", pertanto il regime agevolato è applicabile sia ad un cittadino straniero sia ad uno italiano, a condizione però che il medesimo abbia mantenuto la residenza all'estero per il periodo richiesto dalla norma cioè, come detto, per almeno nove dei dieci periodi d'imposta precedenti.

Riguardo, invece, all'ambito oggettivo è solo il caso di precisare che, stante l'applicabilità della medesima alle sole persone fisiche, l'imposta forfetaria è, ovviamente, sostitutiva dell'IRPEF nonché, pur non essendo espressamente previsto, delle relative addizionali comunali e regionali; non è infatti ammissibile che, in assenza dell'obbligo di versamento dell'imposta principale, cioè l'IRPEF, si debbano versare le addizionali [5].

Quanto ai redditi esteri per i quali è possibile avvalersi del nuovo regime, l'art. 24-*bis* del TUIR richiama l'art. 165, comma 2, dello stesso TUIR, il quale, come noto, fornisce una definizione cd. "a specchio" dei redditi di fonte estera, considerandoli identificabili in base a criteri reciproci a quelli previsti dall'art. 23 del TUIR per individuare quelli prodotti nel territorio italiano (dunque, a titolo esemplificativo, redditi fondiari, di capitale e di impresa). La Circolare sul punto evidenzia si devono considerare prodotti all'estero, e quindi suscettibili di rientrare nel regime agevolativo, anche "*gli interessi derivanti da conti correnti bancari corrisposti al neo residente da soggetti esteri o la plusvalenza che lo stesso realizza a seguito della cessione di partecipazioni non qualificate in società estere, negoziate in mercati regolamentati*", in deroga al principio di territorialità di cui al citato art. 23 del TUIR. I redditi, invece, prodotti in Italia dal neo residente saranno assoggettati alle ordinarie

---

to residente all'estero dal 2006 al 2015 (quindi per nove anni) e che si trasferisca in Italia nel 2016, acquisendo la residenza in Italia nello stesso anno, e conclude precisando che costui potrà optare per il regime agevolato a decorrere dal periodo d'imposta 2017, con il versamento dell'imposta sostitutiva, di cui si dirà, entro il 30 giugno 2018.

[5] In altre circostanze la legge ha espressamente confermato che l'imposta sostitutiva è assorbente anche delle eventuali addizionali, ad esempio: per la rivalutazione dei beni d'impresa (art. 1, comma 558, Legge 232/2016) e per la rivalutazione del costo dei terreni e delle partecipazioni (art. 1, comma 554, Legge 232/2016 che richiama l'art. 2, comma 2, Decreto Legge 282/2002).

regole previste dal TUIR; questi ultimi, come precisa la Circolare, sono composti "*1) dai redditi prodotti in Italia;2) dai redditi esteri non inclusi nell'opzione per volontà del neo contribuente; 3) da eventuali plusvalenze derivanti da cessioni di partecipazioni qualificate realizzate nei primi cinque periodi d'imposta di validità dell'opzione*", potendo beneficiare, solo su di essi, delle deduzioni e delle detrazioni previste rispettivamente dall'art. 10 e dagli artt. 12 – 13 – 15 – 16 e 16–*bis* del TUIR.

Sempre relativamente all'individuazione dei redditi prodotti all'estero rientranti nella tassazione sostitutiva di cui all'art. 24–*bis* del TUIR, la Circolare si sofferma, fornendo gli opportuni chiarimenti, sui redditi di lavoro dipendente, sul trattamento fiscale degli utili e delle plusvalenze realizzate su partecipazioni detenute in società ed enti aventi sede in Stati o territori a regime fiscale privilegiato, nonché sulla disciplina delle CFC.

Riguardo ai primi è espressamente detto che "*il reddito di lavoro dipendente prestato al di fuori del territorio italiano da un soggetto che ha esercitato l'opzione di cui all'art. 24–bis del TUIR, sarà considerato reddito prodotto all'estero*" e conseguentemente "*rientrerà nella tassazione sostitutiva forfetaria"*.

Con riferimento ai redditi prodotti negli Stati o territori a fiscalità privilegiata, la cui disciplina è contenuta rispettivamente negli artt. 47, comma 4, e 68, comma 4, del TUIR,[6] dalla lettura speculare dell'art. 23 del TUIR, si evince senza alcun dubbio che tra i redditi prodotti all'estero rientrano sia i redditi di capitale di ogni tipo (quindi anche quelli derivanti da distribuzione di utili) corrisposti da soggetti non residenti, sia le plusvalenze derivanti dalla cessione di partecipazioni in società non residenti. Ne consegue che queste tipologie di reddito, essendo considerate incluse tra quelle prodotte all'estero, devono ritenersi rientrati nel prelievo rappresentato dall'imposta sostitutiva, "*indipendentemente dallo Stato estero di provenienza e a prescindere dalla tassazione ivi scontata*".

Ad analoghe conclusioni la Circolare perviene con riferimento alla disciplina antielusiva delle *Controlled Foreign Companies* (CFC), prevista dall'art. 167 del TUIR,[7] "*la cui operatività risulta assorbita dallo speciale regime di tassazione dei redditi esteri scontato dal neo residente*".

---

[6] Secondo le norme del TUIR richiamate, gli utili e le plusvalenze derivanti da partecipazioni in società avente sede in Paesi *black list* sono soggette a tassazione per intero, senza distinzione tra natura qualificata o meno della partecipazione.

[7] La disciplina delle CFC prevede che sono tassati per trasparenza in capo al socio i redditi prodotti da una società controllata avente sede in un Paese *black list* o, anche se non avente la sede in detti Paesi, che sia soggetta ad una tassazione effettiva inferiore a più della metà di quella a cui sarebbe stata soggetta in Italia, con proventi derivanti prevalentemente da attività di gestione di partecipazioni o prestazioni di servizi infragruppo.

In entrambi i casi (quelli cioè degli utili/plusvalenze da Paesi privilegiati e delle CFC), la circolare chiarisce che il regime sostitutivo prevale sulla operatività delle disposizioni sopra richiamate e dunque, con riferimento ai Paesi esteri per cui si è deciso di estendere l'opzione, vi è solo l'obbligo per il neo residente di versare l'imposta sostitutiva di Euro 100'000 (o Euro 25'000 se è un familiare), con esclusione di ogni altro prelievo e adempimento (tra cui il monitoraggio fiscale – compilazione quadro RW della dichiarazione – di cui si dirà).

Rientrano inoltre nel regime sostitutivo anche i redditi esteri che il neo residente realizza per interposta persona e, in particolare, per il tramite di società o enti esteri. A titolo esemplificativo un soggetto che possiede un immobile in Germania per il tramite di una società delle Isole Cayman può optare per la tassazione sostitutiva dei redditi connessi all'immobile.

In tema di società estere interposte, la circolare fornisce importanti precisazioni circa la presunzione di cui all'art. 73, del TUIR, particolarmente interessante per la disposizione contenuta nel comma 5-bis del detto articolo [8].

Per espressa disposizione della nuova norma, l'imposta sostitutiva non si applica alle plusvalenze realizzate, nei primi cinque anni di validità dell'opzione, mediante la cessione a titolo oneroso di partecipazioni qualificate di cui all'art. 67, comma 1, lett. c) del TUIR.

La Circolare chiarisce che lo scopo di questa esclusione è dovuto a finalità antielusive, e precisamente "*per evitare che la persona fisica che detiene una partecipazione qualificata in un'entità estera, suscettibile di produrre una considerevole plusvalenza, trasferisca la sua residenza in Italia al solo fine di godere della tassazione agevolata*". A questo proposito la stessa Circolare precisa che per il calcolo del quinquennio suddetto si deve computare anche il primo anno di residenza fiscale in Italia e fornisce l'esempio di un soggetto che ha ottenuto la residenza in Italia nel 2020, ma che opta per il regime forfetario a decorrere dal 2021, concludendo che il quinquennio per il quale le plusvalenze di cui sopra sarebbero tassabili in Italia è quello decorrente dal 2020 sino al periodo d'imposta 2024.

Un ulteriore problema che si pone è quello della determinazione del valore di "*ingresso*", ai fini fiscali italiani, delle partecipazioni detenute in enti esteri, in quanto il periodo d'imposta in cui il soggetto acquisisce la residenza in Italia, rappresenta il primo periodo di accesso al nostro ordinamento tributario. Anche a questo riguardo viene in supporto la Circolare la quale precisa che "*in osservanza di una disciplina specifica riguardante i redditi diversi, tale valore*

[8] Secondo l'art. 73, comma 5-bis, del TUIR,

va determinato facendo riferimento ai chiarimenti forniti dall'Agenzia delle Entrate con risoluzione 30 marzo 2007, n. 67/E". Il criterio generale da utilizzare per attribuire il valore alla partecipazione proveniente per la prima volta dall'estero è quindi quello del costo di acquisto sostenuto dal neo contribuente italiano, ferma restando la riconoscibilità di un valore maggiore se lo Stato estero di provenienza assicura un adeguato scambio di informazioni con l'Italia e assoggetta "*ad una forma di tassazione in uscita (c.d. exit tax) in via ordinaria, le persone fisiche che si trasferiscono nel nostro paese*".

La Circolare precisa anche che il maggior valore riconosciuto alla partecipazione ai fini fiscali dal nostro ordinamento tributario non può mai superare il valore nominale determinato secondo i criteri previsti dall'art. 9 del TUIR e che è onere del contribuente conservare tutta la documentazione attestante le modalità di determinazione del detto valore.

Infine, riguardo al problema della tassazione delle plusvalenze realizzate nel quinquennio a partire dal primo esercizio di validità dell'opzione per il regime agevolato, la Circolare conferma che, per la determinazione del relativo importo tassabile, si applicano le disposizioni di cui ai commi 3 e 4 dell'art. 68 del TUIR, in base ai quali "*le plusvalenze derivanti dalla cessione di partecipazioni qualificate sono sommate algebricamente alla corrispondente quota delle relative minusvalenze*" e che se queste ultime sono superiori alle prime l'eccedenza è riportata in deduzione, fino a concorrenza del 49,72% dell'ammontare delle plusvalenze in periodi d'imposta successivi, ma non oltre il quarto, a condizione che siano indicate nella dichiarazione dei redditi relative al periodo d'imposta in cui le minusvalenze sono realizzate. In tal caso le dette plusvalenze rimangono soggette al regime impositivo ordinario previsto dall'art. 68, comma 3, del TUIR e cioè concorrono alla formazione del reddito imponibile per un importo determinato al netto delle correlative minusvalenze, nella misura del 49,72% per quanto disposto dal Decreto ministeriale del 2 aprile 2008, ovvero in misura piena se la partecipazione ceduta è soggetta ad uno dei regimi fiscali privilegiati disciplinati dall'art. 167, comma 4, del TUIR.[9] Se, invece, le plusvalenze sono realizzate dopo il decorso di cinque periodi d'imposta di validità dell'opzione, la loro tassazione resta assorbita nell'ammontare dell'imposta sostitutiva prevista dal comma 2 dell'art. 24-*bis* e null'altro è dovuto per l'IRPEF dal soggetto estero diventato, ormai, contribuente italiano. Tuttavia, le eventuali eccedenze di minusvalenze realizzate nei periodi di imposta precedenti non potranno assumere rilevanza nella de-

[9] L'art. 167, comma 4, del TUIR testualmente recita: "*i regimi fiscali, anche speciali,di Stati o territori si considerano privilegiati laddove il livello nominale di tassazione risulti inferiore al 50% di quello applicabile in Italia*".

terminazione della base imponibile. Analogamente, chiarisce la circolare, in caso di plusvalenze realizzate successivamente alla revoca dell'opzione (dopo i primi cinque anni) o alla cessazione per decorso dei termini (e dunque da assoggettare ad IRPEF e non più ad imposta sostitutiva), le eventuali eccedenze di minusvalenze realizzate nei periodi di imposta di vigenza dell'opzione non potranno essere dedotte.

Il nuovo art. 24-*bis* del TUIR pone come vincolo per esercitare l'opzione al regime agevolativo che il trasferimento della residenza in Italia da parte del soggetto estero avvenga ai sensi di quanto stabilito dall'art. 2, comma 2, del TUIR, [10] in base al quale sono considerati residenti ai fini fiscali i soggetti che per la maggior parte del periodo d'imposta, alternativamente: [11]

- risultano iscritti nelle anagrafi della popolazione residente;
- hanno nel territorio italiano il domicilio ai sensi del Codice civile (c.c.);
- hanno nel territorio italiano la residenza ai sensi del c.c..

Per quanto riguarda il periodo di tempo per il quale è richiesta la presenza nel territorio dello Stato per acquisire la residenza fiscale, la norma lo definisce nella "*maggior parte del periodo d'imposta*", il che non lascia dubbi che lo stesso debba essere inteso come la presenza fisica in Italia per almeno 183 giorni (184 per gli anni bisestili), anche non continuativi.

Circa il primo requisito richiesto per individuare la residenza o meno in Italia del soggetto persona fisica – e cioè l'iscrizione nelle anagrafi della popolazione residente – occorre fare riferimento alla disciplina stabilita dalla Legge 1228/1954 [12] e al relativo regolamento di attuazione, [13] in base ai quali è previsto che, per ottenere l'iscrizione all'anagrafe, è necessario avere la propria dimora abituale in un Comune del territorio italiano ovvero di avere stabilito nel detto Comune il proprio domicilio.

Se quindi la mera iscrizione nell'anagrafe della popolazione residente attribuisce alla persona fisica lo *status* di soggetto all'IRPEF, in assenza di questo

---

[10] L'art. 2, comma 2, del TUIR, testualmente recita: "*Ai fini delle imposte sui redditi si considerano residenti le persone che per la maggior parte del periodo d'imposta sono iscritte nelle anagrafi della popolazione residente o hanno nel territorio dello Stato il domicilio o la residenza ai sensi del codice civile*".

[11] La conclusione che le ipotesi di cui all'art. 2, comma 2, del TUIR, siano da considerarsi alla stregua di ipotesi alternative e non concorrenti, si desume dall'utilizzo della congiunzione "*o*" fatta dal legislatore nel testo normativo.

[12] Legge del 24 dicembre 1954, n. 1228, Ordinamento delle anagrafi della popolazione residente.

[13] DPR del 30 maggio 1989, n. 223.

presupposto, le altre condizioni che conferiscono lo *status* sono, sempre alternativamente, l'avere stabilito il proprio domicilio o la propria residenza in Italia per la maggior parte dell'anno. Posto che la norma (art. 2, comma 2, del TUIR) fa riferimento ai detti concetti di domicilio e di residenza al c.c., è pertanto all'art. 43 del detto codice che occorre ricollegarsi per comprenderne il significato e la portata [14].

Stante il richiamo all'art. 2 del TUIR, il nuovo regime agevolativo pone come condizione per l'accesso il solo requisito della residenza fiscale stabilita dalle norme nazionali, senza prendere in considerazione il concetto di residenza fiscale prescritto dalle norme convenzionali in tema di contrasto alle doppie imposizioni. Potrebbe dunque ricorrere la fattispecie in cui il soggetto che intende trasferire la residenza fiscale in Italia continui a mantenere alcuni collegamenti economici e personali nel Paese estero di provenienza tali per cui il detto Paese reclami la residenza fiscale del contribuente (conflitto poi risolvibile con l'applicazione delle cd. *tie breaker rules*); in questa situazione, secondo un'interpretazione letterale della norma, sembrerebbe che il soddisfacimento delle condizioni previste dall'art. 2, comma 2, del TUIR (e quindi anche la sola iscrizione nell'anagrafe della popolazione residente per la maggior parte del periodo di imposta) sia l'elemento necessario per poter accedere al regime agevolativo dei neo residenti.

Nel caso di contribuenti che trasferiscono la residenza in Italia con provenienza da Paesi a regime fiscale privilegiato compresi nell'elenco di cui al dm. 4 maggio 1999, ai sensi dell'art. 2, comma 2-*bis*, del TUIR, in capo agli stessi incombe l'onere di dimostrare l'effettiva residenza in detti Paesi esteri per il periodo richiesto dalla norma (almeno nove dei dieci periodi di imposta precedenti). Come noto, il citato comma 2-*bis* dell'art. 2, stabilisce che si presumono in ogni caso residenti in Italia, salvo prova contraria, i contribuenti cancellatisi dall'anagrafe della popolazione residente e trasferitisi all'estero in Paesi a fiscalità privilegiata. Dunque, la persona fisica che intende trasferire la residenza in Italia per godere del regime agevolativo di cui al nuovo art. 24-*bis* del TUIR, se proviene da Paesi compresi nell'elenco di sui al dm. 4 maggio 1999, deve essere sicuro di poter superare la presunzione di residenza italiana stabilita dal TUIR.

---

[14] L'art. 43 del c.c. recita:

il domicilio di una persona è nel luogo in cui essa ha stabilito la sede principale dei suoi affari e interessi;

la residenza è nel luogo in cui la persona ha la dimora abituale.

La dimostrazione dell'effettiva residenza estera [15] dovrà essere fatta valere in sede di presentazione dell'istanza di interpello, di cui si tratterà nel prosieguo, oppure in sede di presentazione della dichiarazione dei redditi.

3. Modalità applicative

3.1. Tempistiche per l'esercizio dell'opzione

L'art. 24-*bis,* comma 3, stabilisce che l'opzione per l'accesso al regime agevolato deve essere esercitata dopo aver ottenuto risposta favorevole ad una specifica istanza di interpello probatorio, presentata all'Agenzia delle Entrate ai sensi dell'art. 11, comma 1, lett. b) della legge 212/2000.

Tuttavia, il Provvedimento deroga questa norma, precisando questi due aspetti importanti:

• il primo che l'istanza di interpello di cui si parlerà più avanti può essere presentata anche se non sono ancora trascorsi i termini (183 giorni) per considerare perfezionato l'iter richiesto dal citato art. 2, comma 2, del TUIR per il trasferimento della residenza in Italia;

• il secondo che non è necessario attendere la risposta dell'Agenzia delle Entrate (120 giorni) nel caso di presentazione dell'istanza di interpello, purché l'opzione sia esercitata entro i termini sopra illustrati di presentazione delle dichiarazioni dei redditi da parte del soggetto estero.

Si deduce, quindi, che le persone fisiche estere possono optare per il nuovo regime già a decorrere dal 2016, a condizione che esercitino l'opzione del Modello Redditi 2017 e che per nove su dieci anni antecedenti il 2016 abbiano mantenuto la residenza fuori dal territorio italiano oltre, ovviamente, ad effettuare il versamento dell'imposta sostitutiva richiesta dalla norma in un'unica soluzione entro il termine previsto per il versamento del saldo delle imposte sui redditi (30 giugno 2017, per quanto stabilito dall'art. 7-*quater*, comma 19, D.L. 193/2016) [16].

3.2. Imposta sostitutiva e ulteriori benefici del regime

Per potere usufruire del regime sostitutivo previsto dall'art. 24-*bis* del TUIR, le persone fisiche estere che abbiano trasferito la propria residenza in Italia nel rispetto delle condizioni previste dall'art. 2, comma 2, del TUIR de-

[15] Per approfondimenti sulle modalità di superamento della presunzione si veda la circolare AE n. 140 del 24/06/1999.

[16] Decreto Legge del 22 ottobre 2016, n. 193, Disposizioni urgenti in materia fiscale e per il finanziamento di esigenze indifferibili.

vono versare, relativamente ai redditi di fonte estera da qualunque Stato provengano, un'imposta sostitutiva dell'IRPEF (e, per quanto già sopra detto, delle relative addizionali comunali e regionali), determinata in via forfetaria nella misura di euro 100'000 per ciascun anno fiscale di validità dell'opzione. Il versamento dell'imposta deve avvenire in un'unica soluzione entro la data prevista per il versamento del saldo delle imposte sui redditi. [17] Il Provvedimento chiarisce che l'imposta è versata con le modalità di cui agli artt. 17 ss. del D. Lgs. 241/1997 e che, con successiva risoluzione, verrà istituito il codice tributo da utilizzare per il versamento stesso, nonché saranno impartite le istruzioni per la compilazione del relativo modello F24.

Da quanto sopra esposto è possibile trarre le seguenti conclusioni:

• l'imposta forfetaria di euro 100'000 deve intendersi sostitutiva dell'IRPEF dovuta esclusivamente su tutti i redditi prodotti all'estero (con la precisazione di cui *infra*), mentre per i redditi prodotti in Italia dall'*ex* soggetto estero saranno dovute le normali imposte stabilite dal TUIR per le singole categorie di reddito;

• i redditi prodotti all'estero per i quali è valida la copertura fornita dal versamento dell'imposta sostitutiva sono quelli facenti capo al soggetto inteso come persona fisica, cioè quelli che, se dichiarati in Italia, sconterebbero l'IRPEF; dunque sono da escludere dal regime forfetario i redditi che il soggetto neo residente in Italia produce all'estero per il tramite di società o enti, mentre vi rientrano i dividendi percepiti su tali redditi;

• essendo previsto che il versamento dell'imposta sostitutiva avviene in unica soluzione, non sono dovuti versamenti in acconto riguardo la detta imposta;

• il Provvedimento precisa che l'imposta sostitutiva è versata con le modalità di cui agli artt. 17 ss. del d.lgs. 241/1997, [18] tuttavia, la Circolare che l'imposta sostitutiva non può essere compensata in alcun modo con altre imposte, neppure se riguardanti i medesimi flussi reddituali.

Sempre la Circolare prende in esame il caso in cui il soggetto estero trasferisca la residenza in Italia e prima ancora di poter optare per il regime agevolativo (o, se nello stesso anno, prima ancora del termine di versamento dell'imposta sostitutiva) subisca ritenute IRPEF in Italia per i redditi esteri che percepisce. Viene precisato che in sede di versamento dell'imposta sostitutiva, a se-

[17] La circolare dell'Agenzia delle Entrate precisa che al versamento dell'imposta sostitutiva non si applica la disciplina del ravvedimento operoso *ex* art. 13, d.lgs. 472/1997.

[18] Norme recanti le disposizioni in materia di versamento unitario e di compensazioni dei crediti tributari e previdenziali.

guito dell'accesso al regime, è possibile utilizzare in compensazione le anzidette ritenute IRPEF.

La Legge di Bilancio 2017, al comma 153 dell'art. 1, stabilisce inoltre i seguenti ulteriori benefici a coloro che optano per il regime agevolativo (e con riferimento alle sole giurisdizioni comprese nell'opzione):

- esonero dagli obblighi di monitoraggio fiscale (compilazione del quadro RW della dichiarazione dei redditi) di cui all'art. 4, d.l. 201/2011;
- esenzione dall'imposta sul valore degli immobili detenuti all'estero (IVIE) e dall'imposta sulle attività finanziarie detenute all'estero (IVAFE) di cui all'art. 19, dl. 201/2011;
- esenzione dall'imposta sulle successioni e donazioni di cui al d.lgs. 346/1990, per i beni e i diritti esistenti all'estero al momento della successione o della donazione.

3.3. Presentazione dell'istanza di interpello

Una precisazione importantissima rilevabile dal Provvedimento, richiamata dalla Circolare, è che, contrariamente a quanto risulta dal testo normativo (art. 24-*bis*, comma 3, TUIR), secondo il quale l'opzione per il regime dell'imposta sostitutiva "*deve essere esercitata dopo avere ottenuto risposta favorevole a specifica istanza di interpello presentata ai sensi dell'art. 11, comma 1, lettera b) della legge 212/2000*" (statuto del contribuente), la presentazione della detta istanza è meramente facoltativa, essendo sufficiente, come già detto, che l'opzione per il regime forfetario sia perfezionata con la presentazione della dichiarazione dei redditi, da parte dei soggetti (persone fisiche) che hanno trasferito la residenza in Italia relativa ai periodi d'imposta sopra indicati (cioè quello del trasferimento della residenza o quello immediatamente successivo).

Nel caso di opzione direttamente nella dichiarazione dei redditi, la Circolare precisa che il termine di presentazione della dichiarazione è quello ordinario stabilito dal d.p.r. 322/1998 (30 settembre), "*a nulla rilevando il periodo di tolleranza di 90 giorni previsto dall'articolo 2, comma 4, del medesimo decreto secondo cui sono considerate valide le dichiarazioni presentate entro novanta giorni dalla scadenza del termine, salva restando l'applicazione delle sanzioni amministrative per il ritardo"*. Nel caso in cui, continua la Circolare, *"il contribuente abbia versato l'imposta sostitutiva entro il termine del 30 giugno e non abbia, però, poi perfezionato l'opzione in sede dichiarativa, in virtù dell'applicazione del decreto legge 2 marzo 2012, n. 16, può operare la remissione* in bonis *a favore del medesimo contribuente*", esercitando l'opzio-

ne entro il termine di presentazione della dichiarazione dei redditi relativa all'anno di imposta successivo e versando la sanzione di Euro 250,00 (ai sensi dell'art. 11, comma 1, d.lgs. 241/1997).

Viene dunque precisato che non è un obbligo, ma una facoltà quella di presentare l'istanza di interpello e ottenere il parere favorevole dell'Agenzia delle Entrate con riguardo alla sussistenza o meno, in capo al soggetto estero che intende trasferire la propria residenza in Italia, delle condizioni e dei requisiti necessari per accedere all'opzione.

La Circolare, nel precisare che lo "*specifico"* interpello di cui all'art. 24–*bis* del TUIR è finalizzato al riscontro degli elementi che, di fatto, determinano (o meno) la residenza fiscale in Italia, chiarisce altresì che l'istanza di interpello è considerata inammissibile "*sia nel caso in cui è in corso un'attività di verifica, sia in corso di accertamento definitivo che attesti la residenza fiscale in Italia del contribuente che pretende di essere trasferito da un altro Stato.*".

In sostanza, l'interpello è finalizzato a verificare che il soggetto estero non abbia avuto la residenza in Italia in almeno nove dei dieci periodi d'imposta precedenti l'inizio della validità dell'opzione. Appare immediatamente ovvio che la presentazione dell'istanza di interpello, prima di manifestare l'opzione per il regime forfetario, è quanto meno utile ed opportuna, proprio per ottenere, in maniera inequivoca, la risposta favorevole da parte dell'Amministrazione finanziaria circa la sussistenza dei requisiti richiesti per potere accedere al regime sostitutivo. In caso contrario, il soggetto che ritiene di trovarsi nelle condizioni di cui all'art. 24-*bis*, comma 1, del TUIR eserciterà l'opzione a suo rischio e pericolo, cioè con l'alea che il fisco, in caso di accertamento e controllo, possa avere strumenti validi per disconoscere gli effetti dell'opzione esercitata e pretendere conseguentemente il pagamento dell'IRPEF sui redditi prodotti all'estero dal soggetto medesimo secondo le regole ordinarie stabilite dal TUIR.

Il Provvedimento, inoltre, al paragrafo 1, punto 1.9, precisa che, anche qualora la risposta all'interpello non pervenga entro il termine di presentazione della dichiarazione dei redditi, il soggetto neo residente che ha già versato l'imposta sostitutiva può in ogni caso esercitare l'opzione al momento della presentazione della dichiarazione. "*L'eventuale risposta negativa non pregiudica la fruizione del regime per il contribuente che, ritenendo integrati tutti i presupposti dell'art. 24-bis del Tuir, decida di dimostrarne la ricorrenza in altra sede. In altri termini, la risposta all'interpello non è vincolante e non è neppure impugnabile*" [19].

[19] In tal senso la Circolare a pag. 65.

In tal caso, pur nel silenzio della norma e del Provvedimento, è da ritenersi che l'imposta sostitutiva versata dall'interessato debba detrarsi dall'IRPEF determinata annualmente secondo il regime di tassazione ordinaria. Non solo, ma nell'ipotesi in cui l'importo dell'imposta sostitutiva (euro 100'000) fosse superiore all'IRPEF dovuta in base alla tassazione ordinaria, la differenza si accumulerà nei conteggi degli anni successivi, potendo altresì verificarsi che, alla fine dei periodi fiscali interessati dall'opzione, risulti un credito a favore del contribuente che ne terrà conto per gli esercizi seguenti o ne potrà chiedere il rimborso.

3.4. Esclusione di taluni paesi dal regime di tassazione sostitutiva

Si è detto che il versamento dell'imposta sostitutiva fornisce la copertura ai fini IRPEF di tutti i redditi tassabili in Italia prodotti in qualunque paese estero, anche quelli rientranti nella *black list* di cui all'art. 167, comma 4 del TUIR, individuati dal dm. 4 maggio 1999. Tuttavia, il comma 5 dell'art. 24-*bis* del TUIR concede espressamente alle persone fisiche interessate la facoltà di escludere taluni paesi dal regime di tassazione sostitutiva, indicandoli specificatamente insieme all'esercizio dell'opzione, oppure anche in qualunque degli esercizi successivi. A questo proposito, sia il Provvedimento che la Circolare precisano che in una delle dichiarazioni dei redditi dei periodi successivi a quello di esercizio dell'opzione, l'interessato può integrare l'elencazione degli Stati esteri che, da quello stesso periodo d'imposta, saranno esclusi dalla tassazione forfetaria. In tali casi i redditi conseguiti negli Stati esclusi saranno tassati secondo le ordinarie disposizioni previste dal TUIR, con attribuzione del credito d'imposta per i redditi prodotti all'estero di cui all'art. 165 del TUIR. Tale credito di imposta, precisa la Circolare, non è compensabile con l'imposta sostitutiva dovuta per i redditi esteri rientranti nel regime agevolativo.

È ovvio che la facoltà di esclusione o meno di taluni Stati esteri dal regime sostitutivo dipende da valutazioni fatte dal contribuente, il quale dovrà decidere se gli conviene mantenere la tassazione ordinaria in funzione dei redditi previsti e del relativo credito d'imposta, posto che l'importo dell'imposta sostitutiva è sempre uguale indipendentemente dal numero degli Stati esclusi. La Circolare ha chiarito quanto già desumibile dall'interpretazione tenore letterale della norma (comma 5, art. 24-*bis*) e dalla precisazione fornita dal Provvedimento (punto 1.11), e cioè che l'elenco degli Stati esclusi può solo essere integrato con l'indicazione di ulteriori Stati, mentre non può essere modificato espungendo gli Stati che, in sede di esercizio dell'opzione o nelle dichiarazioni dei redditi dei periodi successivi, erano stati indicati fra quelli espressamente esclusi. Il che significa che, una volta fatta la scelta di escludere taluno degli Stati esteri, questa è vincolante per tutti i periodi d'imposta successivi.

3.5. Elementi da far figurare nell'interpello

Nel caso in cui il contribuente intenda presentare l'istanza di interpello prevista dalla norma, la stessa deve indicare gli elementi elencati nel Provvedimento e nella Circolare, e precisamente:

a) i dati anagrafici e, se già attribuito, il codice fiscale nonché, se già residente, il relativo indirizzo di residenza in Italia;
b) lo *status* di non residente in Italia per un tempo almeno pari a nove periodi di imposta nel corso dei dieci precedenti l'inizio di validità dell'opzione;
c) la giurisdizione o le giurisdizioni in cui ha avuto l'ultima residenza fiscale prima dell'esercizio di validità dell'opzione;
d) gli Stati o territoti esteri per i quali intende esercitare la facoltà di non avvalersi dell'applicazione dell'imposta sostitutiva ai sensi del comma 5 dell'articolo 24-*bis* del TUIR.

Inoltre, unitamente all'istanza di interpello, il soggetto deve compilare una apposita *check list*, secondo le indicazioni richieste dall'allegato al Provvedimento, corredata, ove ritenuta rilevante dal contribuente, dalla documentazione di supporto, al fine di consentire una valutazione da parte dell'Amministrazione finanziaria sulla sussistenza o meno delle già illustrate condizioni per l'accesso al regime sostitutivo previste dall'art. 24-*bis*, comma 1, del TUIR; con la precisazione che le mancate indicazioni dei requisiti di cui alle lett. a) e b) sopra riportate, così come la mancata o incompleta compilazione della *check list* o dei documenti di supporto, rendono inammissibile l'interpello, mentre la mancata indicazione del requisito di cui alla lett. c) è regolarizzabile ai sensi dell'art. 3, comma 3, del d.lgs. 156/2015 [20]. La mancata indicazione prevista dalla lett. d), significa solo che il contribuente non intende escludere alcun Stato estero dal regime sostitutivo.

La Circolare precisa che l'onere probatorio a carico del contribuente che presenta l'interpello varia a seconda "*dell'intensità dei legami personali ed economici dell'istante con il territorio italiano nel periodo di osservazione emersi in sede di compilazione della check list*"; pertanto, maggiori sono i detti legami maggiori saranno anche gli elementi probatori da corredare a supporto della richiesta di poter avvalersi del regime agevolativo. Per ipotesi, nel caso in cui sussistano le condizioni per l'applicazione della presunzione ex art. 2, comma 2-bis, del TUIR (soggetto proveniente da Paese *black list*), l'interpello dovrà essere necessariamente corredato di documentazione idonea a pro-

[20] Ai sensi del quale l'Amministrazione finanziaria invita il contribuente alla regolarizzazione entro il termine di trenta giorni.

vare l'effettiva residenza estera nel periodo di osservazione (almeno nove dei dieci anni precedenti), tra i quali "*certificati di iscrizione all'anagrafe della popolazione residente del Paese estero; i contratti di locazione di immobili ad uso abitativo o per l'esercizio di un'attività; i contratti di lavoro; la documentazione relativa ai consumi ed utenze estere*".

Invece, qualora il neo contribuente italiano non presenti l'istanza di interpello, dovrà indicare tutti gli elementi suddetti nella dichiarazione dei redditi nella quale intende perfezionare l'esercizio dell'opzione per il regime dell'imposta sostitutiva.

3.6. Estensione del regime forfetario ai familiari del contribuente

L'art. 24-*bis*, comma 6, del TUIR disciplina l'estensione del regime forfetario ai familiari della persona fisica che, in possesso dei requisiti di legge, esercita l'opzione per tale regime, prevedendo espressamente la possibilità, per quest'ultimo, di estendere, per tutto il periodo di validità consentito dalla legge (quindi 15 anni), l'opzione stessa a uno o più dei familiari di cui all'art. 433 del c.c. [21], sempre che anche per costoro sussistano le condizioni di cui al comma 1 dell'art. 24-*bis*, cioè la non residenza in Italia per nove dei dieci anni precedenti l'inizio del periodo di validità dell'opzione stessa [22].

La Circolare chiarisce che l'estensione dell'opzione ai familiari può avvenire anche in un momento successivo rispetto a quello in cui il neo residente ha esercitato l'opzione e anche in momenti differenti per ciascun membro della famiglia che si intende ricomprendere. La stessa Circolare illustra l'esempio di un soggetto estero che trasferisce la residenza in Italia durante il 2019 e che per il medesimo anno esercita l'opzione per l'accesso al regime sostitutivo. Nel 2020 si trasferiscono moglie e figli per i quali il contribuente principale decide, dal medesimo anno, di estendere il regime sostitutivo e, infine, nel 2022 si trasferisce la madre per cui anche per lei viene richiesta l'estensione. Importante precisazione fatta dall'Agenzia è quella per cui il conteggio del termine di quindici anni di durata dell'opzione deve decorrere, anche per i familiari, dall'anno in cui l'opzione è stata esercitata dal contribuente principale (quindi 2019 con termine regime opzionale dal 2034).

---

[21] I familiari indicati nell'art. 433 c.c. sono: il coniuge, i figli legittimi o legittimati o naturali o adottivi, i genitori, i generi e le nuore, il suocero e la suocera, i fratelli e le sorelle germani o unilaterali.

[22] Sul punto, l'Agenzia delle Entrate ha precisato che ai fini del ricalcolo a ritroso del periodo dei dieci anni precedenti, rileva, come momento iniziale, "*l'anno di estensione dell'opzione per il singolo familiare e non quello in cui è stata esercitata per la prima volta l'opzione da parte del beneficiario principale*".

Anche per i suoi familiari, individuati dal citato art. 433 c.c., il neo contribuente italiano può presentare o meno l'istanza di interpello di cui al comma 3 dell'art. 24-*bis,* con gli stessi effetti prodotti a suo carico dall'analoga istanza presentata personalmente. Poiché la norma non vincola la presentazione dell'interpello dei familiari a quello presentato dal contribuente per suo conto, è da ritenersi che sia possibile, per quest'ultimo, presentare l'istanza per se stesso e non per i familiari, o solo per taluni di essi, e viceversa, con le conseguenze che si illustreranno nel caso di revoca dell'opzione o di decadenza del regime sostitutivo.

Nell'ipotesi in cui il contribuente non presenti l'istanza di interpello, sia il Provvedimento che la Circolare precisano che l'opzione per il detto regime si perfeziona con l'indicazione dei familiari estesi nella dichiarazione dei redditi del contribuente medesimo riferita all'anno fiscale nel quale il familiare trasferisce la propria residenza in Italia ai sensi dell'art. 2, comma 2, del TUIR, ovvero in quella riferita al periodo d'imposta immediatamente successivo. In questa dichiarazione dei redditi, il contribuente deve indicare tutti i dati richiesti rispettivamente dal punto 1.4 del Provvedimento e dal punto 4.2 della Circolare – già sopra illustrati – per ciascuno dei familiari estesi. La manifestazione dell'intenzione di avvalersi del regime opzionale deve anche essere espressa, dal familiare interessato, nella dichiarazione dei redditi di quest'ultimo riferita al primo periodo d'imposta di efficacia dell'estensione stessa (non anche, quindi, nel periodo immediatamente successivo, come invece è concesso al contribuente diretto). Il Provvedimento e la Circolare stabiliscono anche che, nella suddetta dichiarazione dei redditi presentata dai familiari, questi devono indicare tutti gli elementi identificativi, compreso il codice fiscale, del soggetto – persona fisica che ha esercitato l'opzione per conto dei familiari medesimi – nonché gli elementi indicati ai punti 1.4 e 1.5 del Provvedimento e 4.2 della Circolare.

Qualora invece il neo contribuente italiano presenti l'istanza di interpello, nella medesima dovrà indicare, per ciascun familiare esteso, gli elementi indicati al punto 1.4 del Provvedimento e 4.2 della Circolare. L'istanza deve essere sottoscritta sia dal contribuente che dai familiari, i quali devono indicare nell'istanza stessa gli elementi richiesti dai punti 1.4 e 1.5, con il che dovranno considerarsi esonerati dall'indicazione dei detti elementi nella propria dichiarazione dei redditi.

Analogamente a quanto previsto per il contribuente, il Provvedimento e la Circolare chiariscono che quest'ultimo può, anche per conto dei suoi familiari estesi, integrare in una delle dichiarazioni dei redditi relative ai periodi d'imposta successivi a quello su cui è stata esercitata la facoltà, l'elenco degli Stati esteri per i quali ha esercitato la facoltà di non avvalersi del regime sostitutivo.

Sia per il diretto interessato che per i suoi familiari – per cui lo stesso ne ha chiesto l'estensione –, l'opzione è tacitamente rinnovata di anno in anno sino al verificarsi eventuale di una delle cause, illustrate nel prosieguo, di cessazione, di revoca o di decadenza dal regime forfetario dell'imposta sostitutiva.

3.7. Mancato obbligo alla presentazione della dichiarazione dei redditi

Prima di proseguire è opportuno porsi una domanda: che succede nel caso in cui il neo contribuente italiano, o i suoi familiari per i quali è stata chiesta l'estensione del regime opzionale sostitutivo, non sono obbligati a presentare, per taluno dei periodi d'imposta di validità dell'opzione, la dichiarazione dei redditi? Se questa evenienza è disciplinata per l'ipotesi di revoca dell'opzione, nel qual caso il Provvedimento espressamente prevede che il soggetto interessato (contribuente o suoi familiari) effettui apposita comunicazione di revoca indirizzata alla Direzione Centrale Accertamento entro la data di scadenza della presentazione della dichiarazione dei redditi con le modalità indicate nel punto 1.7 [23], analoga disposizione non è prevista qualora la suddetta ipotesi (non obbligatorietà dell'invio della dichiarazione dei redditi) si verifichi durante il periodo di validità dell'opzione (ad esempio perché gli interessati sono titolari in Italia di soli redditi da dividendi societari che non sono stati distribuiti quindi non percepiti in misura alcuna).

Nulla quaestio se l'ipotesi suddetta si verifica in uno dei periodi d'imposta successivi a quelli nei quali gli interessati (contribuente o suoi familiari) devono esprimere l'opzione in quanto, il versamento dell'imposta sostitutiva non è vincolato alla presentazione della dichiarazione dei redditi, ma soltanto deve avvenire entro il termine di presentazione della stessa.

Qualora invece l'ipotesi (cioè il non obbligo di presentazione della dichiarazione dei redditi) si verifichi negli esercizi in cui è obbligatorio, tanto per il contribuente quanto per i suoi familiari, esercitare l'opzione per il regime so-

[23] Il testo al punto 1.7 del Provvedimento testualmente precisa: "*L'istanza di interpello è presentata dal contribuente alla Direzione Centrale Accertamento mediante consegna a mano, spedizione a mezzo plico raccomandato con avviso di ricevimento ovvero presentazione per via telematica attraverso l'impiego della casella di posta elettronica certificata di cui al decreto del Presidente della Repubblica 11 febbraio 2005, n. 68. In tale ultimo caso l'istanza è inviata alla casella di posta elettronica certificata dc.acc.nuoviresidenti@pec.agenziaentrate.it. Per i soggetti non residenti senza domiciliatario nel territorio dello Stato, l'istanza di interpello di cui al punto 1.3 può essere trasmessa alla casella di posta elettronica ordinaria dc.acc.upacc@agenziaentrate.it. L'istanza deve essere sottoscritta con firma autografa, ovvero, nei casi in cui il documento è trasmesso via posta elettronica certificata, con firma digitale o con le modalità di cui all'art. 38, comma 3, del decreto del Presidente della Repubblica 28 dicembre 2000, n. 445*".

stitutivo e per i quali costoro non intendono presentare istanza di interpello (come già detto meramente facoltativa), si ritiene, nel silenzio della Circolare, che la soluzione più logica sia quella di comportarsi come nel caso della revoca, e cioè che ciascuno degli interessati comunichi, con le modalità indicate al punto 1.7 del Provvedimento e 4.2 della Circolare, alla Direzione Centrale Accertamento, ed entro la data di scadenza della presentazione della dichiarazione, tutte le informazioni richieste dalla nuova normativa e dal Provvedimento dell'Agenzia delle Entrate.

4. Uscita dal regime forfetario

L'ammontare dell'imposta sostitutiva è pari ad euro 100'000, per ogni anno, a carico del contribuente e di euro 25'000, sempre per ogni anno, a carico dei suoi familiari estesi. Se il periodo di quindici anni è quello massimo di durata del regime sostitutivo (nel senso che, decorso tale termine, non è più ripetibile), sia il contribuente che i familiari per i quali è stata estesa l'opzione possono revocarla a decorrere da qualunque degli esercizi successivi a quello in cui è stata esercitata con apposita manifestazione nella relativa dichiarazione dei redditi; la revoca può avvenire anche disgiuntamente tra il contribuente e taluno dei familiari.

Si è già detto che, nel caso in cui per tale periodo d'imposta il contribuente o i suoi familiari, che intendano revocare l'opzione, non sono tenuti a presentare la dichiarazione dei redditi, il Provvedimento e la Circolare prevedono che il soggetto interessato deve inoltrare apposita comunicazione alla Direzione Centrale Accertamento, entro il termine di presentazione della dichiarazione, in genere, quindi, entro il 30 settembre dell'anno successivo a quello a decorrere dal quale si intende revocare l'opzione. Il comma 6 dell'art. 24-*bis* del TUIR stabilisce, e di ciò se ne rileva conferma sia nel Provvedimento che nella Circolare, che il soggetto che ha esteso l'opzione per taluno dei suoi familiari può revocarla manifestando tale intenzione nella dichiarazione dei redditi riferita all'anno fiscale dal quale si vuole dare efficacia alla revoca stessa oppure, nel caso in cui egli non sia tenuto, per tale anno, a presentare la dichiarazione, con la detta comunicazione da inoltrare alla Direzione Centrale Accertamento.

Se la revoca è dunque una possibilità, riservata al contribuente e ai suoi familiari, da esercitare, la decadenza dal regime forfetario si manifesta, tanto per il contribuente quanto per i familiari estesi, al verificarsi delle seguenti ipotesi precisate dal Provvedimento:

a) omesso o parziale versamento dell'imposta sostitutiva entro la data pre-

vista per il pagamento del saldo delle imposte sui redditi, con effetto dal periodo d'imposta rispetto al quale doveva essere eseguito il versamento;

b) trasferimento della residenza fiscale in altro Stato o territorio, con effetto dal periodo d'imposta in cui perdono la residenza in Italia ai fini fiscali.

Tanto la nuova norma (art. 24-*bis* del TUIR, comma 4) quanto il Provvedimento (punto 3.5) e la Circolare (punto 6.3) espressamente prevedono che, per il contribuente, la revoca e la decadenza dal regime precludono la possibilità di esercitare una nuova opzione, quindi, per il detto soggetto, la comunicazione di revocare l'opzione, così come l'intervenuta causa di decadenza della stessa, comportano che il medesimo non potrà proseguire nel regime dell'imposta sostitutiva per i redditi prodotti all'estero a decorrere dal periodo d'imposta in cui i detti eventi si verificano e, quindi, da tale esercizio dovrà sottoporre i redditi esteri alla tassazione ordinaria, evidentemente beneficiando del relativo credito d'imposta.

La norma suddetta stabilisce anche che la decadenza dal regime forfetario di taluno dei familiari per omesso o insufficiente versamento dell'imposta sostitutiva non costituisce causa automatica di decadenza dal regime per il contribuente, il quale può invece continuare a beneficiare del regime opzionale fino alla scadenza o fino a quando egli stesso non intenderà revocarlo o ne decadrà secondo le disposizioni sopra illustrate. Quindi, ad esempio, si ipotizzi il caso di un contribuente neo italiano che abbia in corso il regime sostitutivo per sé e per un suo familiare dal 2017 e dal quale il familiare decada a decorrere dal 2022. Ciò non provoca la decadenza anche per il *dominus*, il quale, invece, può continuare, senza alcun adempimento ulteriore, a permanere nel regime forfetario per i restanti nove anni e quindi sino al 2031; salvo verificarsi di cause di revoca o di decadenza per egli stesso che gli facciano interrompere prima il rimanente periodo utile per il regime sostitutivo.

Per contro, la norma stessa stabilisce poi che "*la revoca dell'opzione o la decadenza dal regime del soggetto che esercita l'opzione si estendano anche ai familiari*", ma, a questo proposito, il Provvedimento e la Circolare chiariscono che, nelle dette ipotesi, i familiari così esclusi possono esercitare autonoma opzione per il regime sostitutivo che avrà efficacia per i residui successivi periodi d'imposta sino al totale di quindici,[24] conglobando nel conteggio degli esercizi residui anche il numero di quelli in cui costoro hanno goduto del regime sostitutivo come familiari del contribuente principale. Ad esempio, contribuente neo italiano dal 2016 che nel 2020 comunica la revoca dal regime

[24] Numero massimo previsto dall'art. 24-*bis*, comma 4, del TUIR per beneficiare del regime sostitutivo.

sostitutivo e che tale regime sia in corso anche per un suo familiare dal 2016: per il contribuente il regime forfetario cessa, senza possibilità di rinnovo, a decorrere dal 2020, mentre il familiare può esercitare, sempre dal 2020, l'opzione per la continuazione nel regime sostitutivo, che durerà per i residui undici periodi d'imposta (dal 2020 sino al 2030 compresi), avendone già beneficiato per quattro (dal 2016 al 2019 compresi).

Il Provvedimento non precisa quale sia il periodo d'imposta nel quale i familiari devono esercitare la loro eventuale autonoma opzione, tuttavia la Circolare precisa che la stessa deve avvenire nello stesso anno in cui ha efficacia la revoca comunicata dal contribuente principale. Pertanto, il familiare è tenuto, nello stesso anno, a comunicare la revoca operata nei suoi confronti del contribuente principale e, contestualmente, l'opzione per l'applicazione del regime agevolato in qualità di contribuente principale per la durata residua rispetto al periodo massimo di fruizione del beneficio (quindi anni). L'opzione, come anche la revoca, dovrà essere comunicata nella dichiarazione dei redditi relativa a tale periodo o, in assenza dell'obbligo di presentazione della medesima, con apposita comunicazione inoltrata alla Direzione Centrale Accertamento, entro il termine di presentazione della dichiarazione.

Sempre in tema di nuova opzione autonoma ad opera del familiare, il Provvedimento e la Circolare precisano che egli può chiedere a sua volta l'estensione ai propri familiari, sempre individuati secondo le indicazioni di cui all'art. 433 c.c.[25]. Tuttavia, costoro potranno usufruire del regime forfetario al massimo per quindici anni complessivi, computando, anche in tale ipotesi, i periodi d'imposta per i quali hanno già goduto del regime a seguito dell'estensione fatta per loro da altro soggetto. Sul punto la Circolare spiega anche che il familiare a cui era stata estesa l'opzione dal contribuente principale decaduto, che ha revocato l'opzione o che ha cessato il regime per raggiungimento dei quindici anni di durata senza rinnovarla, può diventare familiare di un altro contribuente principale, sempre nel limite del periodo di durata residua al completamento del quindicennio dall'estensione originaria.

5. Conclusione

L'obiettivo della disposizione introdotta dal nuovo art. 24-*bis* del TUIR è evidentemente quello di ottenere interessanti risultati, in termini di gettito, dal regime dell'imposta forfetaria ivi previsto, tanto che, per promuovere i conte-

[25] E tra i sui familiari può includere coloro che a cui l'opzione originaria era già stata estesa dal contribuente principale decaduto o che ha revocato l'opzione.

nuti del regime medesimo, il Ministero dell'economia e delle finanze ha programmato una serie di incontri nelle principali capitali europee con l'obiettivo di illustrare i vantaggi per le persone fisiche straniere di trasferire la residenza in Italia. Il primo di questi incontri si è tenuto presso l'Ambasciata Italiana a Londra in occasione del seminario annuale di aggiornamento in materia fiscale, durante il quale il Direttore Generale del Dipartimento delle Finanze Fabrizia Lapecorella ha sottolineato che "*il regime attuativo è molto semplice, anche in tema di funzionamento amministrativo*" e che l'imposta "*è competitiva anche rispetto ad altre esperienze straniere*", e arriva in un momento in cui nel paese ci sono le condizioni per investire grazie a "*riforme fiscali che aiutano anche la crescita e l'occupazione*". Non vi è che restare in attesa degli eventi per fare un bilancio dell'iniziativa nel suo complesso.

Certo è che non solo il regime disciplinato dal nuovo art. 24-*bis* del TUIR è allettante per i super – ricchi che dispongono all'estero di ingenti redditi finanziari o patrimoniali, ma, visto dalla parte dell'Erario italiano, il regime porterà nuovi investimenti, quindi nuove opportunità di lavoro e consumi nonché iniziative imprenditoriali che, in Italia, saranno soggette all'ordinario sistema di tassazione.

Segnalazioni *

* Nella rubrica confluiscono le segnalazioni pubblicate sul sito della Rivista *www.nuovo dirittodellesocieta.it* ove sono disponibili anche i *link* ai documenti integrali relativi alle notizie riportate.

Segnalazioni di diritto commerciale

a cura di Giulia Garesio

NORMATIVA

Operazioni straordinarie delle associazioni e delle fondazioni – Il Codice del Terzo settore, di cui al d.lgs. 3 luglio 2017, n. 117, entrato in vigore il 3 agosto 2017, prevede, tra l'altro, alcune modificazioni della disciplina codicistica in tema di associazioni e fondazioni. In particolare l'art. 42 *bis* c.c., inserito dall'art. 98 del d. lgs. n. 117 nell'ambito della disciplina dedicata alle associazioni non riconosciute e ai comitati, regola le operazioni straordinarie poste in essere dalle associazioni e dalle fondazioni. Come è noto, la riforma societaria ha previsto la trasformazione eterogenea ed in particolare quella da società di capitali in associazioni o fondazioni e da queste ultime nelle prime. Uno dei profili centrali nella ricostruzione di tale disciplina concerne il carattere aperto o chiuso del sistema delineato dal legislatore. Nell'ambito di tale problematica uno dei profili oggetto di indagine era costituito appunto dall'ammissibilità (e, in caso positivo, dalle modalità) delle trasformazioni interne ai vari modelli extrasocietari previsti nella disciplina delle trasformazioni eterogenee. In particolare se le associazioni e le fondazioni potessero trasformarsi le une nelle altre. La disciplina delle persone giuridiche contenuta nel libro primo del codice civile prevede, all'art. 28, la trasformazione delle fondazioni, che però veniva collocata in una prospettiva diversa da quella dell'operazione straordinaria. La trasformazione eterogenea, si ritiene, consente anche una fusione o una scissione a cui partecipano, oltre alle società, gli enti previsti dal legislatore come punti di arrivo o di partenza delle trasformazioni eterogenee e quindi, tra gli altri, le associazioni e le fondazioni. Come si è già osservato, il nuovo articolo 42 *bis* c.c. disciplina le operazioni di trasformazione, fusione e scissione a cui partecipino associazioni riconosciute o non riconosciute e fondazioni previste nel titolo secondo del libro primo del codice civile. Infatti, ai sensi del primo comma dell'art. 42 *bis* c.c., tali enti possono operare reciproche trasformazioni, fusioni o scissioni purché non sussista un'espressa esclusione contenuta nell'atto costitutivo o nello statuto. Il secondo comma disciplina la trasformazione, attraverso una serie di rinvii a regole proprie di quella delle società. L'operazione produce gli effetti di cui all'art. 2498 c.c. e quindi con essa l'ente trasformato conserva i diritti e gli obblighi e prosegue in tutti i rapporti anche processuali dell'ente che ha effettuato la trasformazione. Il legislatore poi stabilisce che l'organo di amministrazione deve predisporre una re-

lazione relativa alla situazione patrimoniale dell'ente in via di trasformazione contenente l'elenco dei creditori, aggiornato a non più di 120 giorni precedenti la delibera di trasformazione, nonché la relazione che illustri le motivazioni e gli effetti della trasformazione (al proposito viene richiamato il secondo comma dell'art. 2500 *sexies* c.c.). Si applicano, in quanto compatibili, le regole in tema di limiti alla trasformazione (art. 2499 c.c.), contenuto, pubblicità ed efficacia dell'atto di trasformazione (art. 2500 c.c.), invalidità della trasformazione (art. 2500 *bis* c.c.), relazione di stima (secondo comma art. 2500 *ter* c.c.), responsabilità dei soci (art. 2500 *quinquies* c.c.) e opposizione dei creditori (art. 2500 *novies* c.c.). Per quanto concerne la disciplina delle fusioni e delle scissioni l'art. 42 *bis*, al terzo comma, c.c. richiama le relative norme in materia societaria, in quanto compatibili. L'ultimo comma della norma in commento dispone che gli atti relativi alle operazioni straordinarie per i quali la disciplina societaria prevede l'iscrizione nel Registro delle imprese sono iscritti nel Registro delle persone giuridiche ovvero, nel caso di enti del Terzo settore, nel Registro Unico Nazionale del Terzo settore. *(O. Cagnasso)*

D.Lgs. 3 agosto 2017, n. 129 – È stato pubblicato in Gazzetta Ufficiale del 25 agosto 2017, n. 198, il D.Lgs. 3 agosto 2017, n. 129, di «*Attuazione della Direttiva 2014/65/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 15 maggio 2014, relativa ai mercati degli strumenti finanziari e che modifica la Direttiva 2002/92/CE e la Direttiva 2011/61/UE, cosi come modificata dalla Direttiva 2016/1034/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 23 giugno 2016, e di adeguamento della normativa nazionale alle disposizioni del Regolamento (UE) n. 648/2012, così come modificato dal Regolamento (UE) 2016/1033 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 23 giugno 2016*».

L. 4 agosto 2017, n. 124 – È stata pubblicata in *Gazzetta Ufficiale* del 14 agosto 2017, n. 189, la L. 4 agosto 2017, n. 124, recante la prima *Legge annuale per il mercato e la concorrenza*.

INDICAZIONI INTERPRETATIVE E APPLICATIVE

Assirevi

Revisione contabile di imprese operanti in particolari settori – L'Assirevi ha diffuso il Documento di ricerca n. 207, avente ad oggetto «*La revisione contabile dei conti annuali separati redatti dalle società del settore dell'energia elettrica, del gas e dai gestori del sistema idrico integrato*», con il quale sono forniti alcuni chiarimenti «*sulla natura e sulla portata della revisione contabile e sul contenuto delle relazioni di revisione*».

L'approfondimento prende le mosse dalla delibera n. 137 del 24 marzo 2016 dell'Autorità per l'Energia Elettrica, il Gas e il Sistema Idrico, con la quale è stato approvato il «*Testo integrato delle disposizioni in merito agli obblighi di separazione contabile (*unbundling *contabile)*» per le imprese operanti nei suddetti settori (T.I.U.C.).
Il *Documento di ricerca n. 207* – che aggiorna e sostituisce il *Documento di ricerca n. 192* (v. segnalazioni di diritto commerciale sul n. 14/2015 di questa *Rivista*) – è reperibile sul sito *www.assirevi.com*.

Assonime

Bilancio d'esercizio – L'Assonime ha divulgato, in forma di *Guida*, la *Circolare n. 14/2017*, sulle modifiche apportate dal D.Lgs. n. 139/2015 alle disposizioni codicistiche in materia di bilancio d'esercizio (v. segnalazioni di diritto commerciale sul n. 6/2017 di questa *Rivista*).
La prima parte del testo, dedicata ai profili civilistici, verte, in particolare, su «*le novità in tema di struttura del bilancio e di postulati generali*» e su «*le novità in tema di criteri di valutazione*», concludendo con alcune considerazioni su «*il regime transitorio delle nuove regole contabili*».
Lo studio, reso noto il 27 luglio 2017, è integralmente consultabile sul sito *www.assonime.it*.

Bilancio d'esercizio in forma abbreviata – Nel *Caso n. 9*, l'Assonime ha analizzato uno dei requisiti previsti dall'art. 2435 *bis* c.c. al fine della redazione del bilancio d'esercizio in forma abbreviata, verificando l'ampiezza della nozione di «*dipendenti occupati*» in relazione ai rapporti di lavoro etero-organizzati regolati dal D.Lgs. 15 giugno 2015, n. 81.
Il *Caso n. 9/2017*, pubblicato il 1° agosto 2017, è disponibile sul sito dell'Assonime: *www.assonime.it.*

Rappresentazione sostanziale e principi contabili – Nel documento *Note e Studi n. 11/2017*, l'Assonime ha affrontato la questione del principio di prevalenza della sostanza sulla forma, alla luce della novella formulazione apportata dal D.Lgs. n. 139/2015 alle previsioni dell'art. 2423 *bis* c.c. Inoltre, sono stati richiesti chiarimenti all'Organismo Italiano di Contabilità su alcuni paragrafi dei principi contabili emanati il 22 dicembre 2016 (v. segnalazioni di diritto commerciale sul n. 1/2017 di questa *Rivista*).
Le note, dal titolo «*Principio di rappresentazione sostanziale e chiarimenti sui principi contabili pubblicati il 22 dicembre 2016*», sono state diffuse il 3 agosto 2017 e sono reperibili sul sito dell'Assonime: *www.assonime.it.*

Banca d'Italia

Antiriciclaggio – L'Unità di informazione finanziaria ha predisposto il *Rapporto Annuale* sull'attività svolta nel corso del 2016, nel quale sono parimenti illustrate le modifiche intervenute nel quadro normativo ed esposti i dati relativi alle segnalazioni di operazioni sospette pervenute.
Inoltre, è stato elaborato un ulteriore contributo della collana *Analisi e studi nella serie Quaderni dell'antiriciclaggio*, sul tema «*Il riciclaggio nella prospettiva penale ed in quella amministrativa. Definizioni di riciclaggio*», nel quale si «*esamina l'evoluzione storica registrata dalle definizioni giuridiche delle diverse manifestazioni del riciclaggio quale fenomeno normativo ed economico-finanziario, confrontandosi con le nozioni originarie e quelle da ultimo consolidatesi, in ambito repressivo e preventivo*».
Il *Rapporto annuale* ed il *Quaderno dell'antiriciclaggio n. 8*, entrambi divulgati nel mese di luglio 2017, sono consultabili sul sito *www.uif.bancaditalia.it.*

Arbitro Bancario Finanziario – La Banca d'Italia ha diffuso la «*Relazione sull'attività svolta dall'Arbitro Bancario Finanziario*» (ABF) nel corso del 2016, nella quale sono riportati i dati statistici relativi ai ricorsi proposti, dando conto dell'oggetto delle controversie e del loro esito, cui si aggiunge una rassegna delle decisioni assunte dal Collegio di coordinamento.
Il documento, pubblicato in data 20 luglio 2017, è disponibile sul sito *www.bancaditalia.it.*

Cndcec

Provvedimenti disciplinari e prescrizione – Il Consiglio nazionale dei dottori commercialisti e degli esperti contabili ha reso note le *Massime* del Consiglio di disciplina nazionale relative a decisioni assunte negli anni 2015 e 2016.
In argomento, con il Pronto ordini n. 157/2017, si è precisato che, «*in materia di prescrizione dell'azione disciplinare, occorre distinguere il caso in cui il procedimento disciplinare tragga origine da fatti punibili solo in tale sede*», da quello in cui esso «*abbia luogo per fatti costituenti anche reato e per i quali sia stata iniziata l'azione penale*».
Nella prima ipotesi, la prescrizione decorre dalla commissione del fatto, mentre nella seconda «*l'azione disciplinare è collegata al fatto storico di una pronuncia penale che non sia di proscioglimento perché il fatto non sussiste o perché l'imputato non lo ha commesso, ha come oggetto lo stesso fatto oggetto dell'imputazione penale e la prescrizione decorre dal passaggio in giudicato della sentenza penale*», applicandosi il medesimo principio anche qualora il procedimento penale sia definito «*per estinzione del reato per prescrizione*».
I massimari, divulgati il 5 luglio 2017, ed il Pronto ordini n. 157, datato 3 agosto 2017, sono reperibili sul sito ufficiale del Cndcec, *www.cndcec.it*.

Sistemi di allerta interna – L'Ordine dei Dottori Commercialisti e degli Esperti Contabili di Milano ha pubblicato il Quaderno n. 71 della Commissione Controllo Societario intitolato *"Il monitoraggio continuativo del presupposto di continuità aziendale e la segnalazione tempestiva dello stato di crisi da parte degli organi di vigilanza e controllo societario. Guida in materia di sistemi di allerta preventiva"* il cui contenuto verrà esposto e commentato da G. A. Policaro nel prossimo numero della Rivista. Il Quaderno è reperibile sul sito ufficiale del Cndcec, *www.cndcec.it*.

Valutazione delle partecipazioni al *fair value* nei bilanci *IAS/IFRS* – Il Consiglio nazionale dei dottori commercialisti e degli esperti contabili ha elaborato un documento sugli «*Aspetti metodologici della valutazione delle partecipazioni (al* fair value*) nel bilancio separato redatto in conformità agli* IAS/IFRS», che costituisce un primo contributo «*dedicato alla materia degli strumenti finanziari negli* IAS/IFRS», al quale – come si legge nella *Presentazione* – si intende dar seguito con ulteriori approfondimenti su tematiche più specifiche.
Il testo, diffuso nel mese di agosto 2017, è consultabile sul sito ufficiale del Cndcec, *www.cndcec.it*.

Consiglio Nazionale del Notariato

Alienazione dei beni pubblici dello Stato – Il Consiglio Nazionale del Notariato ha approvato lo Studio n. 17-2017/C, sulla «*Alienazione dei beni pubblici dello Stato*», nel quale, «*dopo una breve esposizione dei modi di acquisto della demanialità e della indisponibilità, ci si sofferma sulla perdita di tali qualità, e, quindi, sulla "sclassificazione", la quale, coincidendo con la cessazione della destinazione pubblicistica, determina il passaggio dei beni in parola al regime della disponibilità*».
Sono presentati, altresì, «*un prospetto di riferimento delle principali procedure di alienazione dei beni immobili di proprietà dello Stato», unitamente alle «principali regole che presiedono alla fase della stipulazione» e ad «una tavola normativa contenente i principali interventi legislativi in materia di dismissione e valorizzazione dei beni pubblici*».
Lo Studio n. 17-2017/C è disponibile dal 19 luglio 2017 sul sito *www.notariato.it*.

Consob

Informazioni non finanziarie – La Consob ha avviato una pubblica consultazione sulle «*Disposizioni attuative del Decreto legislativo 30 dicembre 2016, n. 254, relativo alla comunicazione di informazioni di carattere non finanziario*», con termine il 22 settembre 2017.

Descritto il quadro normativo europeo di riferimento (Direttiva 2014/95/UE) e quello nazionale (D.Lgs. 30 dicembre 2016, n. 254), si sofferma l'attenzione sulle principali esperienze europee (segnatamente, Francia, Regno Unito e Germania), per poi fornire una «*descrizione e analisi di impatto preliminare delle disposizioni regolamentari poste in consultazione*». Queste ultime, costituite da sei articoli, concludono il documento, il quale è reperibile sul sito *www.consob.it*.

MiFID II – La Consob ha dato avvio a tre pubbliche consultazioni sulle prospettate modifiche da apportare al Regolamento Intermediari ed al Regolamento Mercati a seguito del recepimento della Direttiva 2014/65/UE (MiFID II). Trattasi, in particolare, delle:

• «Modifiche al libro VIII del Regolamento Intermediari in materia di consulenti finanziari»;
• «Modifiche al Regolamento Mercati», in forza del «recepimento della Direttiva 2014/65/UE (MiFID II) e attuazione del Regolamento (UE) 600/2014 (MiFIR)»;
• «Modifiche al Regolamento Intermediari concernenti le procedure di autorizzazione delle SIM e l'ingresso in Italia delle imprese di investimento UE e la disciplina applicabile ai gestori in recepimento della Direttiva 2014/65/UE (MiFID II)».

I testi – in consultazione sino al 30 settembre 2017 – sono pubblicati sul sito *www.consob.it.*

OIC-ESMA

Determinazione del *fair value* – L'Organismo Italiano di Contabilità ha stilato un questionario – compilabile sino all'8 settembre 2017 e disponibile sul sito *www.fondazioneoic.eu* – sulle eventuali criticità riscontrate dagli operatori nell'applicazione dell'*IFRS 13*, dedicato alla «*Valutazione del* fair value», al fine di segnalarle a *IASB* ed *EFRAG*, nell'ambito della *post-implementation review* in corso per tale principio contabile internazionale.
Inoltre, in argomento, l'*ESMA* (*European Securities and Markets Authority*) ha reso noto un *report* concernente la «*Review of Fair Value Measurement in the IFRS financial statements*», consultabile sul sito *www.esma.europa.eu*.

Ragioneria generale dello Stato

Principi di revisione – Con la determina del Ragioniere generale dello Stato del 31 luglio 2017, n. 157387, sono state adottate le nuove versioni di alcuni principi di revisione, nonché della *Introduzione* ai principi e del *Glossario* dei termini di maggior utilizzo, che integrano e sostituiscono quelle precedentemente emanate con la determina del 23 dicembre 2014 (v. segnalazioni di diritto commerciale sul n. 2/2015 di questa *Rivista*).

Trattasi, segnatamente, dei principi ISA Italia 260 («*Comunicazione con i responsabili delle attività di governance*»), ISA Italia 570 («*Continuità aziendale»), ISA Italia 700 («Formazione del giudizio e relazione sul bilancio*»), ISA Italia 705 («*Modifiche al giudizio nella relazione del revisore indipendente*»), ISA Italia 706 («*Richiami di informativa e paragrafi relativi ad altri aspetti nella relazione del revisore indipendente*»), ISA Italia 710 («*Informazioni comparative - Dati corrispondenti e bilancio comparativo*»), cui si aggiunge il novello principio di revisione ISA Italia 701 («*Comunicazione degli aspetti chiave della revisione contabile nella relazione del revisore indipendente*»).
La determina n. 157387 ed i principi di revisione sono reperibili sul sito *www.revisionelegale.mef.gov.it*.

GIURISPRUDENZA

La s.r.l. a tempo indeterminato – Come è noto, la durata della s.r.l. può essere a tempo determinato o indeterminato: in questo secondo caso, ai sensi del secondo comma dell'art. 2473 c.c., compete al socio il diritto di recesso in ogni momento, che può essere esercitato con un preavviso di almeno centottanta giorni. Fin dall'entrata in vigore della riforma societaria si è discussa in dottrina ed è stata oggetto di contrastanti prese di posizione in giurisprudenza la questione relativa all'individuazione della fattispecie società a tempo indeterminato: è tale solo quella espressamente qualificata in questo modo o senza indicazioni di un termine di durata oppure rientra nella categoria anche la società contratta "per tutta la vita di uno dei soci" o comunque per una durata molto lunga? Al proposito la disciplina del recesso del socio nell'ambito della società di persone prevede appunto l'equiparazione tra società a tempo indeterminato e per tutta la vita di uno dei soci (art. 2285, primo comma, c.c.). La Cassazione, con la sentenza n. 9662 del 22 aprile 2013, aveva accolto un'interpretazione in senso lato della fattispecie ritenendo che l'indicazione di una data lontana nel tempo equivale alla mancata determinazione della durata della società. Nella medesima prospettiva si è espresso il Tribunale di Torino, con la sentenza 5 maggio 2017, n. 2363, con riferimento ad una società la cui durata complessiva era prevista in 102 anni, affermando la sussistenza in tal caso del diritto del socio a recedere. Un ulteriore profilo che si pone al proposito è quello relativo al socio persona giuridica o soggetto di diritti ed al criterio applicabile in tal caso al fine di stabilire se e in quale senso possa valere il criterio relativo al «periodo di tempo superiore alla normale vita umana» *(O. Cagnasso).*

Responsabilità dei sindaci - La Cassazione, con la recente pronuncia n. 20437, depositata in data 28 agosto 2017, si è espressa sul tema della responsabilità del

collegio sindacale, respingendo il ricorso presentato da un professionista coinvolto nell'istruttoria della Consob sul caso UnipolSai Assicurazioni. La Suprema Corte ha ribadito come la vigilanza dei sindaci imponga l'esercizio di un controllo sull'azione gestoria nel suo complesso, anche quando la complessa e articolata organizzazione aziendale preveda l'istituzione di specifiche funzioni di controllo e contabile interna e come debba essere ancora più accentuata sulle operazioni con parti correlate, dove spesso emergono indici di elevata rischiosità.

Pignoramento di quote di s.r.l. – La Cassazione ha stabilito che, «*in tema di pignoramento della partecipazione in una società a responsabilità limitata, il conflitto tra creditore pignorante ed acquirente della partecipazione va risolto applicando l'art. 2914, n. 1, c.c., con la conseguenza che non hanno effetto in pregiudizio del primo le alienazioni che siano state iscritte nel Registro delle imprese successivamente all'iscrizione del pignoramento, senza che rilevi lo stato soggettivo di buona fede, non essendo applicabile il 3° co. dell'art. 2470 c.c.*».
In applicazione del suddetto principio di diritto, la Corte ha confermato l'opponibilità, nei confronti della s.r.l. ricorrente, dell'atto di cessione dell'usufrutto della partecipazione sociale iscritto nel Registro delle imprese anteriormente all'atto di pignoramento della stessa partecipazione, essendo irrilevante la circostanza che «*creditore pignorante nel caso di specie sia la società e che nei suoi confronti il trasferimento dell'usufrutto avrebbe avuto effetto solo al momento dell'iscrizione nel libro soci (ai sensi del 1° co. dell'art. 2470 c.c. applicabile* ratione temporis*)*», in quanto, anche nel vigore dei precedenti artt. 2470 e 2471 c.c., «*l'annotazione dell'atto di trasferimento della partecipazione sociale e del pignoramento nel libro dei soci non aveva rilevanza alcuna ai fini della soluzione del conflitto tra l'acquirente ed il creditore pignorante*».
Corte di Cassazione, 18 agosto 2017, n. 20170.

Impedito controllo e liquidazione della quota dell'accomandante – Il reato di cui all'art. 2625 c.c., come rammentato dal Supremo Collegio, «*non riguarda la partecipazione del socio e l'esercizio dei relativi diritti in riferimento a tutti gli aspetti della vita societaria, comprese le deliberazioni della società, ma intende garantire soltanto le funzioni di controllo esercitabili sulla gestione ed amministrazione della società*». Oltre a ciò, si richiede «*il compimento di una condotta necessariamente attiva dell'amministratore della società, attuata mediante la distrazione, la distruzione dei documenti sociali, ovvero mediante l'impiego di particolari espedienti volti a trarre in inganno, quali la simulazione, la falsificazione materiale, la rappresentazione tanto carente da risultare artificiosa, l'infedele verbalizzazione o la tenuta delle scritture contabili in modo così disordinato da impedire la possibilità di una corretta rappresentazione del dato di gestione o di patrimonio*».

Ragion per cui la condotta meramente omissiva dell'accomandatario che abbia fornito soltanto parte della documentazione societaria richiesta dal socio accomandante non integra la fattispecie punita dalla disposizione codicistica.
Inoltre, «*il mancato conseguimento dell'importo monetario corrispondente all'effettivo valore della quota societaria* – lamentato dall'accomandante receduto – *non sarebbe stato evitato dalla completa e tempestiva conoscenza dei dati societari, perché frutto del rifiuto dell'amministratore di procedere ad una più tempestiva liquidazione e di una valutazione della quota unilateralmente condotta, non conforme alle aspettative della controparte*», che non si configura come «*evento di danno patrimoniale in senso naturalistico e giuridico, derivato causalmente dall'azione materiale di impedito controllo, come delineato dalla norma incriminatrice*».
Corte di Cassazione penale, 28 agosto 2017, n. 39443.

Segnalazioni di diritto tributario

a cura di Leonardo Nesa

NORMATIVA

In vigore il nuovo codice del terzo settore – A seguito della pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale del 2 agosto del D.lgs n. 117/2017, viene adottato in via definitiva il Codice del terzo settore. La novellata normativa si inserisce nel quadro della riforma complessiva del comparto *non profit*, attuata dal Governo in base a quanto previsto dalla legge delega 106/2016 che ha previsto il riordino e la revisione della disciplina relativa agli enti del terzo settore, compresa la disciplina tributaria a essi applicabile, mediante la redazione di un apposito codice (articolo 1, comma 2, lettera b).
In sintesi, il codice prevede:

• la revisione della definizione di enti non commerciali ai fini fiscali e l'introduzione di un nuovo regime forfettario riservato agli enti del terzo settore non commerciali;
• l'introduzione di un credito d'imposta connesso alle erogazioni liberali in denaro effettuate, da persone fisiche e da soggetti Ires, a favore degli enti del terzo settore non commerciali, che hanno presentato un progetto per sostenere il recupero degli immobili pubblici inutilizzati e dei beni mobili e immobili confiscati alla criminalità organizzata a loro assegnati (*social bonus);*
• una serie di agevolazioni in materia di imposte indirette (imposta sulle successioni e donazioni, imposte di registro, ipotecaria e catastale), nonché in materia di tributi locali;
• una disciplina unitaria delle deduzioni e detrazioni previste per coloro che effettuano erogazioni liberali a favore degli enti del terzo settore non commerciali e delle cooperative sociali;
• agevolazioni fiscali per le cessioni di derrate alimentari, prodotti farmaceutici e beni "difettati" a favore degli enti del terzo settore aventi natura non commerciale;
• specifiche disposizioni in ordine al regime fiscale delle organizzazioni di volontariato e delle associazioni di promozione sociale.

INDICAZIONI INTERPRETATIVE E APPLICATIVE

Agenzia delle Entrate

Sono "ravvedibli" le comunicazioni dati fatture e liquidazioni Iva – La Agenzia delle entrate con la risoluzione n. 104/E del 28 luglio 2017 chiarisce che si applica l'istituto del ravvedimento operoso alle violazioni commesse in riferimento alla comunicazione trimestrale dei dati delle fatture emesse, di quelle ricevute e registrate, e delle relative note di variazione e alla comunicazione dei dati di sintesi delle liquidazioni periodiche Iva.
Per tali irregolarità, è disposta l'applicazione delle sanzioni previste dall'articolo 11 del D.lgs. 471/1997, rispettivamente comma 2-*bis* e comma 2-*ter*. Si tratta, pertanto, di violazioni di natura amministrativo-tributaria, di conseguenza sanabili attraverso l'istituto del ravvedimento operoso (articolo 13, D. lgs. 472/1997).

L'assegnazione agevolata ai soci è applicabile anche per i soggetti in contabilità semplificata – L'Agenzia delle entrate nella risoluzione n. 100/E del 27 luglio 2017, adottata a seguito di un'istanza di interpello chiarisce che le società in contabilità semplificata possono beneficiare della disciplina agevolativa di assegnazione dei beni ai soci anche se, in sede contabile, non annullano le riserve di bilancio.

GIURISPRUDENZA

In caso di fattura emessa e non conservata c'è occultamento della contabilità – La Corte di cassazione, terza sezione penale, con la sentenza n. 35173 del 18 luglio 2017 statuisce che in tema di reati tributari anche la sola condotta di non stampare la documentazione costituisce occultamento della stessa. Tale delitto, che tutela il bene giuridico della trasparenza fiscale, sussiste in tutti i casi in cui la distruzione o l'occultamento dei documenti contabili dell'impresa non consenta o renda difficoltosa la ricostruzione delle operazioni.

La scheda carburante non può essere sostituita da altri documenti – La Corte di cassazione con la sentenza n. 16809 del 7 luglio 2017 stabilisce che, ai sensi del regolamento approvato con D.p.r. 444/1997, per la deducibilità dei costi carburante è necessaria l'apposizione della firma sulla scheda da parte del gestore dell'impianto di distribuzione carburanti e l'indicazione del numero dei chilometri percorsi. Gli adempimenti prescritti non ammettono equipollenti né possono essere sostituiti dalla mera contabilizzazione delle operazioni nelle scritture dell'impresa.

Il prossimo numero

P. MONTALENTI, *Corporate governance*: *cooperative compliance*, modello 231, sistemi di controllo interno tra diritto vivente e ipotesi di riforma

O. CAGNASSO, Profili di diritto societario della crisi nell'ambito della riforma fallimentare

K. MARTUCCI, Nomina e revoca diretta degli amministratori dopo il T.U. sulle società partecipate (prime riflessioni)

F. SUDIERO, Responsabilità dei sindaci per omesso esercizio dell'azione di responsabilità contro gli amministratori: principi e problemi

G.A. POLICARO, "Sistemi di allerta interna": il quaderno n. 71 della Commissione Controllo Societario dell'ODCEC di Milano