

Anno 15

IL NUOVO DIRITTO DELLE SOCIETÀ

diretto da Oreste Cagnasso e Maurizio Irrera

coordinato da Gilberto Gelosa

5-2017

In questo numero:

**Il controllo sulla gestione e il tempo
Pegno non possessorio e patto marciano
Crediti tributari e crisi d'impresa
Rivalutazione dei beni d'impresa**



G. Giappichelli Editore

IL NUOVO DIRITTO DELLE SOCIETÀ

diretto da Oreste Cagnasso e Maurizio Irrera

coordinato da Gilberto Gelosa

5-2017



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.

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 Reviglione, 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 Riva-ro, 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: info@cagnasso-associati.it; maurizioirrer@studioirrer.it; g.gelosa@interconsulting.mi.it

IL NUOVO DIRITTO DELLE SOCIETÀ

In questo numero:

Il controllo sulla gestione e il tempo
Pegno non possessorio e patto marciano
Crediti tributari e crisi d'impresa
Rivalutazione dei beni d'impresa



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



VÍA CRISIS
Revista Electrónica de Derecho Concursal

Publicato on-line nel mese di maggio 2017
presso la G. Giappichelli Editore – Torino

Indice

<i>Editoriale</i> (O. Cagnasso-M. Irrera-G. Gelosa)	345
---	-----

Diritto dell'impresa

O. CAGNASSO, Il controllo sulla gestione e "il tempo"	349
---	-----

Relazioni a convegni

L. D'ORAZIO, Le garanzie; pegno non possessorio e patto marciano	375
G. LONGOBARDI, Risanamento dell'impresa e tutela dei crediti tributari: obiettivi in conflitto?	415

Commenti a sentenza

G. MILLEPEZZI, Atto di conferimento di beni immobili in <i>trust</i> effettuato dal fideiussore e azione revocatoria ex art. 2901 c.c. (nota a Trib. Torino, 3 luglio 2014 e a Trib. Bergamo, 15 novembre 2016)	427
---	-----

Diritto tributario

C. PESSINA-A. PESSINA, La rivalutazione dei beni d'impresa	449
--	-----

Segnalazioni

Segnalazioni di diritto commerciale (a cura di Giulia Garesio)	485
Segnalazioni di diritto tributario (a cura di Leonardo Nesa)	491

Contents

EDITORIAL, <i>O. Cagnasso, M. Irrera and G. Gelosa</i>	345
--	-----

Company Law

O. CAGNASSO, The check on management and “the time”	349
---	-----

Reports on Conferences

L. D’ORAZIO, Warranties; Pledge without Dispossession and the Agreement Called “Patto Marciano”	375
G. LONGOBARDI, Company Recovery and Protection of Tax Claims: Conflicting Aims?	415

Comments on Judgments

G. MILLEPEZZI, Real Estate Bound in a Trust by the Guarantor and the “Paulain Action” under Ordinary Law	427
--	-----

Tax Law

C. PESSINA-A PESSINA, The Revaluation of a Firm’s Assets	449
--	-----

News

Corporate Law (ed. Giulia Garesio)	485
Tax Law (ed. Leonardo Nesa)	491

Editoriale

Siamo lieti di poter comunicare che la Rivista sarà a breve arricchita dalla presenza di tre nuove Sezioni: *Crisi internazionale d'impresa*, a cura di Luciano Panzani, Presidente della Corte d'Appello di Roma, e Antonio Leandro, professore associato di Diritto internazionale nell'Università degli Studi di Bari "Aldo Moro"; *Diritto processuale delle società*, a cura di Francesco De Santis, professore ordinario di Diritto processuale civile nell'Università di Salerno; *Diritto penale dell'impresa*, a cura di Ciro Santoriello, Sostituto Procuratore presso la Procura di Torino.

Oreste Cagnasso
Maurizio Irrera
Gilberto Gelosa

*Gentile lettore,
questo numero del Nuovo diritto delle Società oltre che essere inviato – come di consueto – all'indirizzo e-mail, da Lei indicato, all'atto di sottoscrizione dell'abbonamento, si accompagna ad una novità che speriamo possa risultrarLe gradita.*

Nell'ottica di aumentare la fruibilità dei contenuti e di poterLa aggiornare con immediatezza e puntualità abbiamo creato un sito Internet, www.nuovodiritto.dellesocieta.it, al quale Le sarà consentito accedere con password personale.

Il nuovo sito permetterà la consultazione di news e segnalazioni relative ai temi affrontati nella rivista, pubblicate con cadenza periodica. Le sarà inoltre possibile consultare i contenuti dei fascicoli, ricercare gli articoli e accedere a tutti i fascicoli pregressi in formato PDF.

La nostra intenzione è quella di fornire ai nostri lettori sempre più servizi utili e ci auguriamo, in tal senso, di divenire presto un insostituibile e indispensabile strumento quotidiano di aggiornamento e formazione.

l'Editore

Diritto dell'impresa

a cura di Oreste Cagnasso e Maurizio Irrera

Il controllo sulla gestione e “il tempo” *

The check on management and “the time”

Oreste Cagnasso **

ABSTRACT

Il controllo sulla gestione da parte dei sindaci può avere per oggetto atti o circostanze anteriori alla loro nomina o, più spesso, circostanze future. Tale controllo incontra i limiti, rispettivamente, della conoscibilità dei fatti del passato e della prevedibilità di quelli futuri. In particolare sono oggetto di esame le modalità di quest'ultima valutazione.

PAROLE CHIAVE: società – controllo sulla gestione – prevedibilità.

The check on management carried on by the company internal auditors can either concern single managerial conducts or circumstances happened before the moment when they were appointed to their institutional role within the company or, more often, can concern future circumstances. Such a check meets limits, both on the knowability of the facts belonging to the past and on the foreseeability of future facts. In particular, the report deals with the modalities of this second type of evaluation.

KEYWORDS: company – check on management – foreseeability.

* Relazione tenuta a Roma il 17 febbraio 2017 in occasione dell'VIII Convegno dell'Associazione “Orizzonti del Diritto Commerciale” sul tema “Il diritto commerciale verso il 2020: i grandi dibattiti in corso, i grandi cantieri aperti”.

** Professore ordinario di Diritto commerciale presso il Dipartimento di Management dell'Università degli Studi di Torino.

SOMMARIO

1. Premessa. – I. “Il passato”. – 2. Controllo dei sindaci e fatti del passato. – 3. Il fondamento del limite della conoscibilità. – 4. I criteri adottabili per la valutazione di conoscibilità. – II. “Il futuro”. – 5. Controllo dei sindaci e fatti futuri. – 6. Il fondamento del limite della prevedibilità. – 7. I criteri adottabili per la valutazione di prevedibilità. – 7.1. L’utilità della loro adozione. – 7.2. I limiti alle valutazioni discrezionali. Un esempio. – 7.3. L’elaborazione dei dati normativi che richiamano il criterio della prevedibilità. – 7.4. Il riferimento al caso concreto. – 7.5. Un possibile percorso nella valutazione di prevedibilità. – 8. Qualche riflessione conclusiva.

1. Premessa

Il titolo è sicuramente ermetico e richiede una spiegazione. Come è noto, i “tipi” di controllo sulla gestione sono numerosi ed eterogenei: così, ad esempio, in relazione all’oggetto, possono concernere atti o procedure; in relazione alle modalità, configurarsi come diretti o indiretti; con riguardo ai parametri, avere come punto di riferimento norme di legge, regole statutarie, principi di corretta amministrazione. Un’ulteriore classificazione, forse un poco in ombra, potrebbe essere operata in funzione del “tempo” in cui si colloca l’oggetto del controllo che, oltre a concernere atti o circostanze contestuali, potrebbe riguardare atti o circostanze del passato, anteriori al momento dell’entrata in carica dei sindaci, o anche (spesso) circostanze future.

Quale il comportamento richiesto in tali casi? Quale la diligenza dovuta? E, in particolare, quale il limite della stessa? Tutte domande che ovviamente assumono rilievo nell’ottica del giudizio di responsabilità a carico dei componenti dell’organo di controllo.

È pacifico che i sindaci possono essere responsabili (come gli amministratori) per non aver posto in essere opportuni rimedi rispetto ad atti o fatti del passato, anteriori al momento in cui hanno assunto la carica. Come è pacifico che la loro vigilanza debba tener conto molto spesso di circostanze future. Nell’un caso il limite alla loro responsabilità (e prima ancora al loro dovere di controllo) è da individuare nella conoscibilità del fatto o dell’atto, nell’altro caso nella loro prevedibilità. Le pagine seguenti sono dedicate ad offrire qualche spunto su tali limiti nella concreta declinazione con riferimento ai compiti affidati ai sindaci.

I. "IL PASSATO"

2. Controllo dei sindaci e fatti del passato

Il controllo sulla gestione operato dal collegio sindacale (o dal sindaco unico nella s.r.l.) può essere contestuale agli atti oggetto di esame. Si pensi al caso evidente delle scelte gestionali adottate dal consiglio di amministrazione in presenza dei componenti del collegio sindacale. Naturalmente l'attività di controllo comporterà necessariamente l'esame di circostanze del passato che rappresentino i presupposti su cui si inserisce la scelta gestionale e dovrà tener conto anche dei suoi probabili effetti futuri. Ma in ogni caso si tratta di un atto, si ripete, posto in essere contestualmente al controllo operato dai sindaci.

Il discorso mi sembra differente quando vengano in considerazione decisioni collocate nel passato ed in particolare prima della nomina dei sindaci. Ovviamente questi ultimi non possono essere responsabili per tali atti: tuttavia il loro obbligo di controllo verrà in considerazione (con la conseguente responsabilità), qualora non intervenissero per contrastare effetti di atti pur posti in essere nel passato.

L'ipotesi più immediata è quella, a cui facevo cenno, di atti collocati in un periodo antecedente alla nomina dei componenti del collegio sindacale in carica. Ma i casi configurabili potrebbero essere più complessi. Mi pare particolarmente rilevante quello in cui vi sia il passaggio da una fase della società (o di un ente) priva di un organo di controllo ad una dotata di esso. Gli esempi sono numerosi. Si pensi ad una s.r.l. sotto soglia che in due esercizi superi due dei limiti dimensionali previsti dal legislatore e quindi sia tenuta alla nomina del collegio sindacale o del sindaco unico. Si pensi altresì al caso, meno frequente, ma configurabile, di una s.r.l. non dotata di organo di controllo che, per scelta sopravvenuta dei soci, provveda alla nomina volontaria di un collegio sindacale o di un sindaco unico. Oppure alla trasformazione di una società di persone in società per azioni o di una s.r.l. sotto soglia in una s.p.a.

Ancora più complesso il caso della trasformazione eterogenea, dove non solo è configurabile un passaggio da un ente non dotato di un controllo istituzionale ad una società di capitali obbligata alla nomina dei sindaci, ma anche da un ente soggetto a regole contabili del tutto differenti da quelle previste per le società di capitali o addirittura non dotato di alcuna contabilità. La prima ipotesi potrebbe verificarsi in presenza della trasformazione di un'associazione o fondazione in società di capitali, la seconda in presenza della trasformazione di una comunione d'azienda in società di capitali. Ov-

viamente i casi sopra richiamati potrebbero verificarsi anche in occasione di operazioni di fusione o di scissione che coinvolgano società prive di organi di controllo.

Un esempio significativo può altresì essere offerto, nella successione di collegi sindacali, dalla mancata rilevazione, da parte del collegio sindacale in carica, delle erronee appostazioni in bilancio poste in essere dagli amministratori nel periodo in cui erano in carica i precedenti sindaci. Come ampiamente illustrato in dottrina¹, in presenza di erronee appostazioni dirette a mascherare il perdurante stato di *deficit* patrimoniale della società non rilevate dal collegio sindacale che l'assisteva da molti anni e poi dimissionario, risulta *“anche più grave la posizione del secondo collegio, subentrato al primo. I suoi componenti hanno eccepito che non sarebbe stato possibile neppure ad un sindaco diligente, almeno nell'immediatezza, rendersi conto del perdurante deficit patrimoniale. Affermazione del tutto infondata, ad avviso del Tribunale², che ha indicato gli specifici indici di allarme che avrebbero dovuto imporre ai sindaci un atteggiamento ed un comportamento assai più incisivo di quello posto in essere”*. *“La sentenza è stata pronunciata in relazione ad una fattispecie caratterizzata, come si è visto, dalla successione di due collegi sindacali, vicenda che non può di per sé comportare una cesura nelle responsabilità riferite ai rispettivi periodi di esercizio delle funzioni. Dunque la circostanza che taluni sindaci abbiano assunto la carica solo in occasione dell'approvazione di un bilancio illecito (per essere stato formato in violazione dei principi di redazione e dei criteri di valutazione imposti dalla legge) non basta da sola ad escludere in loro capo l'obbligo di valutarne le risultanze e di agire in conseguenza”*. Infatti *“i componenti del collegio sindacale i quali subentrino ad altri nella carica hanno il dovere di controllare la pregressa gestione e di attivarsi, con tutti gli strumenti consentiti dalla legge, per eliminare, o quantomeno attenuare, le eventuali irregolarità e le conseguenze negative”*³.

¹ BERTOLOTTI, *Società per azioni. Collegio sindacale. Revisori. Denuncia al tribunale* a cura di G. Cottino, Torino, 2015, p. 165 ss.

² Trib. Milano, 3 febbraio 2010, in *Giur. it.*, 2010, 2352 con nota di AIELLO.

³ V. Cass., 8 febbraio 2005, n. 2538, in *Giur. it.*, 2005, 1637 con nota di IOZZO; Trib. Cagliari, 6 febbraio 1996, in *Riv. giur. sarda*, 1996, 63 con nota di FEZZA.

3. Il fondamento del limite della conoscibilità

Com'è stato sottolineato efficacemente dalla dottrina⁴, i controlli operati dal collegio sindacale (e non solo quelli) sono per la gran parte controlli indiretti e quindi hanno per oggetto non gli atti o i fatti, ma la rappresentazione di questi ultimi così come comunicata dai soggetti obbligati in tal senso.

Paradigmatico al proposito è il caso della valutazione operata dal consiglio di amministrazione della gestione delegata: com'è noto, i delegati debbono fornire un'informazione costante al consiglio ed i deleganti sono responsabili nei limiti delle informazioni ricevute, fermo restando che debbono agire in modo informato e quindi acquisire le informazioni non in maniera passiva ed acritica, ma attivarsi per avere ulteriori informazioni nel caso in cui quelle ricevute risultino inadeguate o contraddittorie.

Una regola analoga mi pare applicabile anche nel caso dei controlli indiretti operati dal collegio sindacale. Anche quest'ultimo non può che avvalersi dei *report* trasmessi, ma deve utilizzarli agendo appunto in modo informato e quindi integrando le informazioni, ove necessario, con l'ausilio degli ampi poteri istruttori previsti dal legislatore.

Un discorso simile mi sembra estensibile agli atti del passato ed in particolare alla gestione posta in essere prima della nomina dei sindaci stessi o addirittura in una fase in cui non sussisteva alcun organo di controllo. La vigilanza operata dal collegio sindacale non può quindi che incontrare il limite della conoscibilità dell'atto o del fatto. D'altra parte in caso contrario verrebbero addirittura meno i caratteri della responsabilità prevista a carico di amministratori e sindaci e sarebbe configurabile una sorta di responsabilità oggettiva.

4. I criteri adottabili per la valutazione di conoscibilità

Non è particolarmente agevole individuare i criteri da utilizzare nella valutazione di conoscibilità.

In primo luogo, come appare evidente, quest'ultima deve essere effettuata non in astratto, ma in concreto. Richiamando la giurisprudenza sopra citata ap-

⁴ V., per tutti, MONTALENTI, *Amministrazione e controllo nella società per azioni tra codice civile e ordinamento bancario*, in *Banca, borsa, titoli di credito*, 2015, p. 707 ss., ivi p. 716 s., l'A, osserva come si tratti di "una distinzione che non trova un riferimento normativo specifico ma che ha una rilevanza cruciale nella realtà operativa dei controlli": "una bipartizione che incrocia trasversalmente organi e funzioni e che vede però, nella tipologia economica – sociale, la netta prevalenza dei controlli indiretti sui controlli diretti".

pare significativo che i giudici abbiano ritenuto responsabili i nuovi sindaci per la violazione dei principi di rappresentazione veritiera e corretta da parte del bilancio approvato in precedenza, dal momento che gli indici di bilancio rilevabili dagli stessi avrebbero dovuto indurli ad una particolare attenzione allo “stato di salute” della società e quindi nel caso di specie sussistevano circostanze idonee a rendere conoscibile una situazione pregressa.

Si tratta quindi di una conoscibilità, si ripete, da valutare in concreto in funzione delle singole circostanze e della stessa posizione dei sindaci. Pertanto non possono venire in considerazione criteri utilizzabili nel caso in cui la valutazione di conoscibilità abbia un carattere oggettivo e si riferisca a un numero indeterminato di soggetti, pur caratterizzati da una particolare posizione. L'esempio al proposito potrebbe essere fornito dall'individuazione del termine di decorrenza della prescrizione dell'azione di responsabilità contro gli amministratori e sindaci a cui sono legittimati i creditori sociali quando esperita dal curatore. Tale termine, com'è noto, decorre dal momento in cui l'insufficienza del patrimonio risulti ai creditori: è chiaro che in questa ipotesi il giudizio di conoscibilità è operato in astratto sulla base di circostanze oggettive⁵.

Ancora: nel nostro caso, viene in considerazione la conoscibilità e non rileva la conoscenza effettiva, come nell'ipotesi dell'azione revocatoria.

Ovviamente la valutazione di conoscibilità, effettuata caso per caso, deve essere rapportata al parametro della diligenza richiesta ai sindaci, tenuto conto del loro ruolo e delle loro competenze. Nel caso in cui non sussista una documentazione contabile oppure gli “strumenti contabili” siano del tutto differenti rispetto a quelli propri delle società di capitali (come nell'ipotesi della trasformazione eterogenea) tale circostanza dovrà essere tenuta in debito conto nella valutazione della conoscibilità.

Occorre poi distinguere, a mio avviso, tra l'atto e gli effetti dell'atto: infatti, un atto del passato può avere effetti presenti ben individuabili, da cui è possibile risalire alla loro causa e quindi poterla esaminare e valutare.

⁵ DE CRESCIENZO, *Le azioni di responsabilità nelle procedure di fallimento delle società di capitali*, ex art. 146 l. fall., in *Crisi d'impresa e procedure concorsuali*, diretto da O. Cagnasso e L. Panzani, II, Torino, 2016, p. 2688, che osserva: “è escluso che il termine di prescrizione dell'azione ex art. 2394 c.c. cominci a decorrere dal momento in cui il patrimonio della società è divenuto oggettivamente insufficiente”, “il testo della norma induce a ritenere che è necessario che l'insufficienza patrimoniale si manifesti (il legislatore adopera il termine “risulta”) ai terzi creditori, cioè assuma carattere esteriore rispetto alla società e perciò percepibile da parte dei creditori”, “pertanto la questione va spostata sull'individuazione dei caratteri esteriori del fenomeno dell'insufficienza patrimoniale”.

II. "IL FUTURO"

5. Controllo dei sindaci e fatti futuri

5.1. Il profilo in esame è sicuramente di gran lunga di maggior rilievo rispetto a quello illustrato nelle pagine precedenti. In primo luogo, è evidente come, nel porre in essere qualsiasi atto gestorio, gli amministratori debbano tra l'altro valutarne gli effetti futuri e quindi ciò costituisca oggetto del controllo da parte dei sindaci. Analogamente lo stesso discorso vale, nella prospettiva della gestione nel suo complesso e nell'individuazione dei *budget*.

A parte questo rilievo, molto numerosi sono i casi in cui implicitamente o esplicitamente i gestori debbono porre in essere valutazioni prospettiche.

La predisposizione di assetti organizzativi, amministrativi e contabili adeguati, che costituisce il fulcro dei principi di corretta amministrazione ed uno degli elementi di maggior rilievo nell'ambito dell'attività posta in essere dagli amministratori, presuppone necessariamente un'attenzione alla situazione presente della società ed anche alla sua futura evoluzione⁶. Come è noto, lo schema di riforma fallimentare Rordorf e il disegno di legge delega hanno dato particolare rilievo a tale obbligo, prevedendo espressamente il dovere della creazione di assetti adeguati per la rilevazione tempestiva della crisi ed imponendolo non solo agli organi societari, senza ulteriori specificazioni, ma anche all'imprenditore individuale⁷.

Lo stesso discorso, e forse a maggior ragione, vale per l'adozione dei modelli organizzativi previsti dal decreto legislativo 231 del 2001: l'individuazione di presidi idonei a evitare i reati presupposto non può non tener conto delle prospettive dell'attività societaria. Invero il *risk management*, quale fondamentale momento dell'attività d'impresa, necessariamente comporta una va-

⁶ V. IRRERA, *Assetti organizzativi adeguati e governo delle società di capitali*, Milano, 2015; AMATUCCI, *Adeguatezza degli assetti, responsabilità degli amministratori e business judgement rule*, in *Assetti adeguati e modelli organizzativi*. Opera diretta da M. Irrera, Bologna, 2016, p. 999 ss., ivi p.1004, che osserva: "contribuendo tali assetti, in misura decisiva, alla prevenzione di errori, illeciti, disfunzioni gestionali, assunzione di rischi eccessivi, ecc., essi presentano un ruolo di "spiccata strumentalità", per cui il danno derivante alla società, ai creditori, ai soci e ai terzi, per la loro mancanza o inadeguatezza, espone gli amministratori ad un ulteriore titolo di responsabilità".

⁷ AMBROSINI, *Il nuovo diritto della crisi d'impresa: l. 132/15 e prossima riforma organica*, Bologna, 2016, p. 139 ss.; ARATO, *La riforma organica delle procedure concorsuali nel disegno di legge delega elaborato dalla Commissione Rordorf*, in *Crisi d'impresa e procedure concorsuali*, cit., III, p. 4536 ss.. Sulla riforma fallimentare v., da ultimo, *Le proposte per una riforma della legge fallimentare* a cura di M. Arato e G. Domenichini, Milano, 2017.

lutazione ed un monitoraggio di rischi non solo presenti, ma anche futuri⁸.

Il bilancio, oltre a rappresentare la situazione patrimoniale, economica e finanziaria dell'esercizio chiuso, deve necessariamente tener conto dell'evoluzione prospettica e quindi "guardare al futuro". I criteri di valutazione adottati e l'impianto dello stato patrimoniale e del conto economico hanno come presupposto la continuità aziendale⁹, che ovviamente costituisce una valutazione che proietta la situazione della società nel futuro, verificando la sostenibilità dei debiti. Espressamente poi il legislatore dispone che la relazione sulla gestione, oltre a dar conto di fatti del passato, descriva la prevedibile evoluzione futura¹⁰.

Particolarmente significative inoltre sono le indicazioni che il legislatore prevede nel descrivere il contenuto della relazione periodica che i delegati debbono redigere trasmettendola al consiglio ed all'organo di controllo. Quest'ultima concerne non solo la gestione delegata passata, ma anche la sua evoluzione futura¹¹.

Sotto altro profilo può venire in considerazione la regola dei vantaggi compensativi, quale esimente nel caso di esercizio del potere di direzione e coordinamento in violazione dei doveri di corretta gestione imprenditoriale e societaria e con pregiudizio per i soci di minoranza e i creditori. Invero si ritiene, secondo un orientamento, che siano rilevanti non solo i vantaggi già conseguiti, ma anche quelli futuri fondatamente prevedibili¹².

L'attenzione alle prospettive future è poi alla base della disciplina delle varie fasi della crisi. In primo luogo gli amministratori hanno l'obbligo di un costante monitoraggio non solo dell'equilibrio patrimoniale, ma anche di quello economico-finanziario. Il che significa una valutazione del presente, ma anche della sua evoluzione. Il disegno di legge delega relativo alla riforma fallimentare prevede le procedure di prevenzione e di allerta introducendo un preciso obbligo (con una serie di conseguenze premiali in caso di adempimento e di sanzioni in caso di inadempimento) di adottare tali strumenti in presenza di

⁸ IRRERA-FREGONARA, *I modelli di organizzazione e gestione e gli assetti organizzativi, amministrativi e contabili*, in *Assetti adeguati e modelli organizzativi*, cit., p. 889 ss.

⁹ V. BOCCHINI, *Diritto della contabilità delle imprese*, 2, *Bilancio di esercizio*, 4° ediz., Torino, 2016, p. 109 ss.

¹⁰ STRAMPELLI, *Sub art. 2428*, in *Le società per azioni*, diretto da P. Abbadessa e G. B. Portale, Milano, 2016, p. 2347 ss.

¹¹ ZAMPERETTI, *Il dovere di informazione degli amministratori nella governance della società per azioni*, Milano, 2005, p. 177 ss.

¹² *Infra* paragrafo 7.3.4.

fondati indizi di crisi. Ancora una volta si tratta, ovviamente tenendo conto della situazione presente, di proiettarla nel futuro¹³.

La redazione del piano nell'ambito delle procedure di concordato o degli accordi di ristrutturazione dei debiti contiene necessariamente una valutazione di fattibilità sulla base di eventi e di circostanze future¹⁴.

5.2. Come da questi rapidi cenni risulta chiaramente e come d'altronde è pacifico, la gestione della società non può che essere attuata con lo sguardo proiettato in avanti. Conseguentemente anche la vigilanza da parte del collegio sindacale o del sindaco unico implica un controllo su tale giudizio prospettico.

Ma i sindaci hanno anche obblighi specifici che comportano valutazioni relative ad eventi futuri. In particolare, nel caso in cui debbano, in presenza di un organo amministrativo "inerte", stimolarlo ad adottare determinate decisioni, sostituirsi allo stesso convocando l'assemblea o utilizzando altri strumenti previsti dal legislatore. Un esempio, ancora una volta tratto dalla disciplina contenuta nel disegno di legge delega sulla riforma fallimentare, è quello relativo all'obbligo, imposto all'organo di controllo e al revisore, di attivare le procedure di prevenzione e di allerta in caso di fondati indizi della crisi¹⁵.

6. Il fondamento del limite della prevedibilità

L'obbligo dei sindaci di tener conto di circostanze future e quindi la relativa responsabilità non possono non incontrare il limite della prevedibilità. La stessa configurazione della responsabilità dell'organo gestorio come colposa presuppone ovviamente che sussista l'imputabilità della condotta tenuta e

¹³ ARATO, *op. cit.*, p. 4539 ss.

¹⁴ M. SANDULLI, Sub art. 160, in *Il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione dei debiti* a cura di A. Nigro, M. Sandulli, V. Santoro, Torino, 2014, p. 4 ss.; FABIANI, *Concordato preventivo*, in *Commentario del Codice Civile e codici collegati Scialoja – Branca – Galgano* a cura di G. De Nova, Bologna, 2014, p. 162 ss.; AMBROSINI, *Il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Trattato di diritto commerciale* diretto da G. Cottino, Padova, 2008, p. 33 ss.; Id. *Il concordato preventivo*, in *Le altre procedure concorsuali*, in *Trattato di diritto fallimentare e delle altre procedure concorsuali* diretto da F. Vassalli, F. P. Luiso, E. Gabrielli, IV, Torino, 2014, p. 97 ss.

¹⁵ Più precisamente, ai sensi dell'art. 4 del disegno di legge, "debbono essere introdotte procedure di allerta e composizione assistita della crisi ... ponendo a carico degli organi di controllo societari e del revisore legale l'obbligo di avvisare immediatamente l'organo amministrativo della società dell'esistenza di fondati indizi della crisi e, in caso di omessa o inadeguata risposta, di informare direttamente il competente organismo di composizione della crisi".

quindi una violazione del dovere di diligenza che non può certo estendersi alla valutazione di circostanze imprevedibili. Lo stesso legislatore nel definire la nozione di colpa fa riferimento ad eventi prevedibili ed evitabili,

Significative poi sono le regole specifiche dettate con riferimento ad alcuni peculiari obblighi degli amministratori. La relazione sulla gestione, come si è già osservato, deve dar conto della prevedibile evoluzione futura della situazione della società. La relazione dei delegati deve illustrare anche l'evoluzione prevedibile della gestione delegata. È quindi ribadito dallo stesso legislatore la presenza del limite della prevedibilità.

7. I criteri adottabili per la valutazione di prevedibilità

7.1. L'utilità della loro adozione

Se non è particolarmente complesso il discorso relativo al fondamento del limite della prevedibilità, non pare agevole quello concernente gli eventuali criteri che consentano di effettuare tale valutazione.

In effetti potrebbe porsi il dubbio sulla stessa possibilità di individuarli o sull'opportunità di cercare in via interpretativa di determinarli. Si tratta poi di verificare se sia possibile indicare criteri di portata generale in ordine alla responsabilità di amministratori e sindaci per non aver tenuto conto di circostanze future prevedibili.

Come è noto, l'attività amministrativa comporta lo svolgimento di una fase preparatoria ed istruttoria idonea a consentire scelte gestionali ponderate in conformità, almeno sicuramente per quanto concerne la s.p.a., ma, credo, anche per la s.r.l.¹⁶, a procedure qualificabili come assetti organizzativi adeguati.

Come è stato efficacemente sottolineato, la responsabilità degli amministratori sorge non in relazione a ciò che hanno deciso, ma a come l'hanno deciso¹⁷. Gli amministratori inoltre debbono svolgere i loro compiti adempiendo ad una complessa serie di obblighi specifici, ricollegabili, tra l'altro, alla situazione della società ed in particolare allo stato di crisi o di insolvenza. A loro volta, anche ciò è ovvio, è compito dei sindaci vigilare sull'attività degli amministratori ed anche in questo caso sono previsti obblighi specifici. Richiamando ancora una volta la riforma Rordorf, si pensi ai doveri imposti in una situazione di fondati indizi di crisi che comporti l'attivazione delle procedure

¹⁶ Mi sia consentito di rinviare a CAGNASSO, *Gli assetti adeguati nella s.r.l.*, in *Assetti adeguati e modelli organizzativi*, cit., p. 573 ss.

¹⁷ ZAMPERETTI, *op. cit.*, p. 40 ss.

di prevenzione e di allerta. Si tratta di attività gestoria che, come appare evidente e come ho cercato di illustrare nelle pagine precedenti, non può che “guardare anche e forse soprattutto al futuro”. Pertanto il criterio della prevedibilità rappresenta un fondamentale indice dell’estensione e nello stesso tempo un limite di tale obbligo. Lo stesso discorso vale ovviamente per la vigilanza e il controllo operato dai sindaci. Si proietta poi, dal momento dello svolgimento dell’attività gestoria e del controllo “interno” sulla stessa, a quello della valutazione della responsabilità dei componenti dell’organo amministrativo e di controllo da parte del giudice.

In altre parole, ove possibile, delineare criteri idonei in qualche modo a consentire di formulare il giudizio di prevedibilità può giocare un ruolo di rilievo nell’individuazione degli obblighi degli amministratori e, conseguentemente, dei sindaci, nonché nella ricostruzione dei presupposti e dell’ambito della responsabilità dei componenti degli organi sociali.

7.2. I limiti alle valutazioni discrezionali. Un esempio

Mi sembra che sull’opportunità di cercare di individuare criteri che consentano di effettuare una valutazione di prevedibilità non possano esserci particolari dubbi. Semmai, come si è già osservato, i dubbi possono riguardare la possibilità stessa di determinarli.

In una prospettiva di carattere generale, in presenza di regole di condotta “aperte” e quindi, in caso di azioni giudiziarie, di valutazioni da parte del giudice aventi per oggetto tali regole, è possibile l’appello alle caratteristiche ed alle peculiarità del singolo caso, senza la possibilità dell’adozione di criteri *a priori*, oppure è configurabile l’ipotesi in cui la giurisprudenza si doti di criteri che siano idonei a delimitarne la discrezionalità.

Un esempio che mi pare particolarmente significativo al proposito può essere tratto da una recente, importante sentenza della Cassazione a Sezioni Unite in tema di ricostruzione dei presupposti del reato di false comunicazioni sociali. Naturalmente occorre tener conto delle peculiarità del settore penale e quindi del principio di certezza. Le Sezioni Unite, con sentenza in data 31 marzo 2016, n. 22474¹⁸, hanno sancito come sussista il delitto in esame, con riferimento all’esposizione o all’omissione di fatti oggetto di valutazione, se, in presenza di criteri di valutazione normativamente fissati o di criteri tecnici generalmente accettati, l’agente si discosti da essi consapevolmente e senza darne adeguata informazione, in modo concretamente idoneo ad indurre in errore i destinatari dell’informazione.

¹⁸ Cass. pen., Sez. Un., 31 marzo 2016, n. 22474.

Più precisamente, secondo la Cassazione, il bilancio – così si legge nella motivazione – “è un documento dal contenuto essenzialmente valutativo in cui confluiscono dati certi, stimati e congetturali”. “Il redattore di tale documento, a sua volta, non può non operare valutazioni”. Si tratta peraltro, come sottolinea la Suprema Corte, di valutazioni “guidate” da criteri legali e tecnici. In conclusione, “l’atto valutativo comporta necessariamente un apprezzamento discrezionale del valutatore, ma si tratta – nel caso dei bilanci, non meno che in quello della materia urbanistica – della discrezionalità tecnica. Ebbene, le scienze contabilistiche appartengono senz’altro al novero delle scienze a ridotto margine di opinabilità; pertanto la valutazione dei fatti oggetto di falso investe la loro materialità. Ciò senza trascurare il fatto che gran parte dei parametri valutativi sono stabiliti per legge. Ne consegue che la redazione del bilancio è certamente attività sindacabile anche con riferimento al suo momento valutativo; e ciò appunto in quanto tali valutazioni non sono libere, ma vincolate normativamente e/o tecnicamente”.

In conclusione l’attività dei gestori nella redazione del bilancio (con riflessi ovviamente sul controllo dei sindaci e dei revisori) ha carattere discrezionale, ma si tratta comunque di una discrezionalità che deve tener conto di criteri previsti dallo stesso legislatore o dalla tecnica contabile. L’utilizzo non corretto di tale discrezionalità e quindi la non applicazione dei criteri ora richiamati può costituire l’elemento oggettivo del reato di false comunicazioni sociali. In dottrina invero sono state espresse “forti perplessità sotto il profilo della determinatezza concettuale e della prevedibilità delle conseguenze sanzionatorie”¹⁹.

Ciò posto, con riferimento al nostro problema, sia pure tenuto conto della prospettiva totalmente diversa, è possibile fissare qualche criterio che delimiti l’ambito della prevedibilità e quindi in qualche misura possa orientare gli organi sociali nella valutazione di essa e così il giudice in sede di accertamento di eventuali responsabilità?

¹⁹ AMATI, *Il nuovo falso in bilancio quale "eccezionale" veicolo di diritto penale giurisprudenziale*, in *Giur. comm.*, 2016, II, p. 472 ss., ivi p. 482; STRAMPELLI, *Le valutazioni di bilancio tra non veridicità (civile) e falsità (penale): spunti sulla punibilità dei falsi valutativi*, in *Riv. soc.*, 2016, p. 133 ss.; DELL’OSSO, *Rien ne va plus: le S.U. confermano la perdurante rilevanza delle valutazioni nei delitti di false comunicazioni sociali*, in *Giur. comm.*, 2016, II, p. 1204 ss.; CINCOTTI, *La rilevanza penale del falso valutativo tra contabilità, valutazioni e stime*, *ibid.*, p. 1215 ss. che osserva come vi siano “delle ipotesi in cui la valutazione è conseguenza della previsione di eventi futuri. Si pensi in primo luogo al giudizio circa la sussistenza della continuità aziendale”; “anche le previsioni si fondano su dati fattuali (le assumptions) la cui eventuale falsità si riflette necessariamente sull’esito delle stesse” (p. 1220 s.).

È sufficiente una valutazione caso per caso, parametrata al generico criterio della diligenza, sia pure qualificata?

7.3. L'elaborazione dei dati normativi che richiamano il criterio della prevedibilità

Al proposito potrebbero venire in considerazione i dati normativi e soprattutto le elaborazioni giurisprudenziali e dottrinali adottate con riferimento alle norme che si riferiscono ad eventi futuri prevedibili.

In tal senso appaiono significative la regola sulla risarcibilità del danno prevedibile, quella concernente la rilevanza della sopravvenienza imprevedibile, quella specifica relativa al contratto d'appalto sull'onerosità e difficoltà di esecuzione per circostanze imprevedibili, le elaborazioni effettuate in tema di vantaggi compensativi prevedibili e di fattibilità del piano.

7.3.1. Come è noto, nell'ambito della responsabilità contrattuale, ai sensi dell'art. 1225 c.c., il risarcimento dei danni, in assenza di dolo del debitore, è limitato a quelli prevedibili nel momento in cui è sorta l'obbligazione. In qualche misura analogamente il risarcimento non è dovuto per i danni evitabili dal creditore con l'ordinaria diligenza (art. 1227, secondo comma, c.c.).

Si tratta di una norma che viene in considerazione in caso di inadempimento o inesatto adempimento di un'obbligazione e che quindi ha un ambito di applicazione molto ampio.

La giurisprudenza, nel ricostruire il presupposto della prevedibilità del danno, dopo aver sottolineato che la disposizione è diretta a fissare un limite al danno risarcibile così da creare una proporzione tra la sanzione risarcitoria e la lesione dei vantaggi connessi alla prestazione, collega la valutazione di prevedibilità ad un accadimento futuro come conseguenza probabile dell'inadempimento. In tale valutazione occorre tener conto delle circostanze del singolo rapporto. Il riferimento è alla diligenza del buon padre di famiglia parametrata ad un principio di normalità.

Il giudizio di prevedibilità non deve essere ricondotto allo specifico debitore, ma deve essere effettuato in astratto, sia pure, e la circostanza mi sembra rilevante, in relazione ad una determinata categoria di rapporti²⁰.

7.3.2. La risoluzione del contratto per eccessiva onerosità presuppone il verificarsi di avvenimenti straordinari e imprevedibili (art. 1467 c.c.). Nella ricostruzione di tale requisito la giurisprudenza ha dedicato particolare attenzione

²⁰ Cass., 15 maggio 2007, n. 11189; Cass., 29 luglio 2011, n. 16763.

al fenomeno dell'inflazione, ritenendo rilevante anche la non prevedibilità della misura della stessa.

Anche con riferimento a tale norma il giudizio di prevedibilità deve tener conto di tutte le circostanze del caso concreto e deve essere effettuato con l'utilizzo della diligenza ordinaria. Come è stato sottolineato in dottrina²¹, il grado di certezza richiesto è riferito alla probabilità dell'evento secondo normali criteri di evoluzione delle circostanze, anche se ovviamente mancano criteri che possano fornire elementi certi.

7.3.3. Nell'ambito del contratto di appalto la sopravvenienza è oggetto di una disciplina peculiare che si applica al caso di aumenti o diminuzioni nei costi oppure a quello delle difficoltà di esecuzione. Nella prima ipotesi il legislatore fa riferimento espressamente a variazioni nei costi determinate da circostanze imprevedibili (v. il primo comma dell'art. 1664 c.c.); nella seconda le difficoltà di esecuzione debbono derivare da cause geologiche, idriche e simili non previste dalle parti (v. il secondo comma dell'art. 1664 c.c.); tuttavia la dottrina e la giurisprudenza tendono a superare il dato letterale e a far riferimento all'imprevedibilità.

Anche in questo caso la dottrina utilizza i criteri della normalità nei rapporti causa – effetto e della ragionevolezza in ordine alle relative valutazioni. Occorre però osservare come l'appaltatore sia un soggetto qualificato, trattandosi necessariamente di un imprenditore ordinario e pertanto nel giudizio di prevedibilità occorre tener conto sia della diligenza professionale, sia della perizia. Come è stato osservato, l'evento futuro non prevedibile non deve essere imputabile ad un comportamento dell'appaltatore che venga ad influenzare il normale rapporto causa – effetto²².

7.3.4. Nell'ambito della disciplina societaria un esempio molto interessante può essere offerto dall'elaborazione dottrinale e giurisprudenziale relativa ai vantaggi compensativi, quale elemento che esclude la responsabilità da eterodirezione. Secondo un orientamento dottrinale e giurisprudenziale sono rilevanti non solo quelli presenti, ma anche quelli futuri fondatamente prevedibili²³. In una nota sentenza la Suprema Corte²⁴ ha affermato che il danno può

²¹ RICCIO, *Dell'eccessiva onerosità*, in *Commentario del Cod. civ. Scialoja – Branca* a cura di F. Galgano, Bologna – Roma, 2010, 179 ss.

²² RUBINO – IUDICA, *Appalto*, 4° ediz., in *Commentario del Cod. civ. Scialoja – Branca* a cura di F. Galgano, Bologna – Roma, 2007, p. 326 ss.

²³ MONTALENTI, *Conflitto di interesse nei gruppi e teorie dei vantaggi compensativi*, in *Gruppi di società*, Milano, 1996, p. 1627 ss.; nel senso invece della rilevanza dei soli vantaggi

essere eliminato pure in presenza di vantaggi compensativi futuri di carattere probabile. La dottrina si è soffermata sulla possibilità che il bilanciamento tra pregiudizi attuali e il risultato complessivo delle operazioni economiche poste in essere all'interno del gruppo e concernenti la società eterodiretta sia appunto effettuabile con una valutazione prognostica *ex ante* o con una valutazione *ex post* degli effetti derivanti da operazioni già compiute. Nel primo caso vengono in considerazione pertanto accadimenti ed in particolare operazioni infragruppo che non sono ancora poste in essere, ma sono qualificabili come fondatamente prevedibili.

In un recente saggio è stata dedicata particolare attenzione agli elementi ai quali fare riferimento nel giudizio prognostico, individuati nel fondamento, nella probabilità e nel tempo. Il primo si riferisce alla vincolatività giuridica dell'impegno della capogruppo al risarcimento; il secondo alla *“probabilità del buon esito della compensazione sia essa o meno già oggetto di un diritto dell'ente pregiudicato”*: *“nessun evento che si colloca nel futuro è caratterizzato da un'assoluta certezza. Come trattare, allora, vantaggi fondatamente prevedibili, ma non certi? Ciò pone quesiti affascinanti, che chiamano in causa, accanto a prospettive giuridiche, aziendali e finanziarie, la statistica e il calcolo delle probabilità”*. Il terzo profilo riguarda il tempo entro il quale si dovrebbero manifestare i vantaggi futuri: *“se astrattamente è vero che, dando adeguato peso al valore finanziario del tempo, anche una compensazione lontana nel futuro può annullare il pregiudizio sofferto, benefici eccessivamente remoti incidono sul possibile recupero di quanto perso, sia per la maggiore difficoltà di effettuare stime attendibili, sia per la possibilità che mutino i rapporti societari o creditizi”*²⁵.

7.3.5. Infine nell'ambito del diritto fallimentare un ulteriore significativo esempio può essere offerto dalla disciplina della relazione del professionista allegata alla domanda di ammissione al concordato preventivo. Come è noto, essa deve contenere, ai sensi del terzo comma dell'art. 161 l.f., l'attestazione relativa, oltre che alla veridicità dei dati aziendali, alla fattibilità del piano. Si tratta ovviamente di una valutazione che deve fondarsi su di un giudizio di prevedibilità di circostanze future. In particolare si tratta di verificare se la

realizzati v. SACCHI, *Sulla responsabilità da direzione e coordinamento nella riforma delle società di capitali*, in *Giur. comm.*, 2003, I, p. 663 ss.; SCOGNAMIGLIO, *Clausole generali, principi di diritto e gruppi di società*, in *Riv. dir. priv.*, 2011, p. 540 ss.

²⁴ Cass., 24 agosto 2004, n. 16707.

²⁵ VENTORUZZO, *Responsabilità da direzione e coordinamento e vantaggi compensativi futuri*, in *Riv. Soc.*, 2016, p. 363 ss., *ivi* p. 385 ss.

proposta e quindi la conseguente disponibilità di somme sia realizzabile: il piano prevede ovviamente comportamenti che dovranno essere tenuti, ma presuppone altresì che si verifichino circostanze future.

Il giudizio di fattibilità presenta caratteri molto diversi a seconda che si tratti di un concordato liquidatorio o in continuità. Nel primo caso occorre in sostanza valutare se il mercato sarà in grado di “assorbire” i beni dell’imprenditore e quali potranno essere i prezzi di vendita. Molto più complessa è l’ipotesi di concordato in continuità, in particolare di quello in continuità diretta, che presuppone un giudizio prospettico sulla possibilità di continuare l’esercizio dell’impresa e sui prevedibili utili futuri, e quindi sui costi, sui ricavi, sui flussi finanziari.

Come è stato osservato recentemente²⁶, *“la valutazione della fattibilità di un piano in continuità non è un esercizio divinatorio di un apprendista stregone, ma un processo scandito da fasi ordinate e ben definite”*.

Il piano nel caso in esame comporta una valutazione della sostenibilità dei debiti pregressi, naturalmente con la falciatura e con i tempi previsti nella proposta, nonché dei debiti in prededuzione contratti per l’esecuzione del concordato stesso. Si tratta quindi di verificare se la continuazione dell’attività di impresa possa consentire un ritorno all’equilibrio economico – finanziario ed alla continuità aziendale con l’eliminazione delle cause della crisi.

Come è stato rilevato²⁷, nella predisposizione del piano, occorre in primo luogo prendere le mosse dalla *“separata evidenza della parte inerziale del piano rispetto alle azioni dallo stesso previste”*. La seconda fase è rappresentata da momenti di discontinuità: *“essi sono costituiti dalle azioni pianificate ed alle intenzioni strategiche che le hanno ispirate, che, nell’insieme e singolarmente, debbono essere caratterizzate da oggettiva idoneità a rimuovere le cause della crisi”*. *“Conclude il percorso di formazione di un piano fattibile la misurazione e la gestione del rischio inerente. Gli elementi predittivi presentano, per propria natura, incertezza nel loro avveramento. Il rischio può essere misurato e gestito, non può però mai essere soppresso. Misurare il rischio equivale a dare evidenza delle sue conseguenze nel caso in cui esso si manifesti”*²⁸.

In particolare gli eventi futuri, la cui probabilità di accadere deve essere valutata con il piano, concernano l’andamento del mercato, idoneo ad assorbire i

²⁶ RANALLI, *La fattibilità del piano: luci, ombre e prospettive*, in *Le procedure concorsuali verso la riforma tra diritto italiano e diritto europeo* (Courmayeur, 23 – 24 settembre 2016), p. 1 (l’evidenziazione è stata inserita nel testo).

²⁷ RANALLI, *op. cit.*, p. 3.

²⁸ RANALLI, *op. cit.*, p. 4.

prodotti o gli *asset* posti in vendita a determinati prezzi, i costi dei fattori produttivi, i flussi finanziari.

Nel caso di interventi nel processo produttivo idonei alla creazione di nuovi prodotti o all'innalzamento del livello tecnologico di quelli esistenti evidentemente dovranno essere valutati i costi di ricerca e di sviluppo, la stessa fattibilità tecnica delle innovazioni, la concorrenza di altri imprenditori, l'assorbimento del mercato, i prezzi praticabili, i quantitativi da produrre e da collocare sul mercato idonei a consentire un utile.

Naturalmente occorre verificare quali siano le condizioni che debbono rimanere invariate ed, in particolare, gli scenari macro economici che debbono risultare costanti per consentire l'attuazione del piano; quali possano essere i rischi di variazione degli stessi; se e in che misura possano essere contrastati dall'imprenditore o quanto meno limitati nel loro impatto negativo.

7.4. Il riferimento al caso concreto

La valutazione di prevedibilità, come quella di conoscibilità, non può che tener conto di tutte le circostanze del caso concreto. Si tratta di un rilievo che vale ovviamente in caso di applicazione di qualsiasi clausola generale e di valutazione fondata su un margine più o meno ampio di discrezionalità. In particolare nel giudizio di prevedibilità dovranno venire in considerazione sia profili "interni", quali le dimensioni e l'oggetto dell'impresa, sia "esterni" e quindi fatti rilevanti.

Ed è altresì ovvio che, come con riferimento a qualsiasi attività gestoria o di controllo sulla stessa, la diligenza richiesta sarà quella qualificata prevista dall'art. 2392 c.c.

Ma al di là di tali considerazioni di carattere generale pare difficile sia individuare criteri che valgano con riferimento alle varie ipotesi in cui il legislatore richiama il connotato della prevedibilità, sia soprattutto estrapolare dagli stessi quelli che abbiano una portata di carattere generale. Le peculiarità di ciascun contesto normativo e quindi della ragione per cui il legislatore ritiene di far riferimento a tale requisito, nonché le caratteristiche del soggetto a cui è attribuito l'obbligo o l'onere di questa valutazione, a parte le difficoltà nell'elaborare criteri relativi a ciascun contesto, rendono molto difficile per non dire impossibile individuarne di portata generale.

E pertanto il riferimento alla prevedibilità, quale elemento che individua un contenuto e un limite alla gestione e al controllo nell'ambito del diritto societario, pur trovando applicazione diffusa e praticamente riferibile ad ogni atto gestorio e quindi alle operazioni più varie, può ugualmente consentire all'interprete di tentare di offrire qualche criterio utile, per orientare sia lo svolgi-

mento dell'attività gestoria, sia il suo controllo e la sua valutazione da parte del giudice?

7.5. Un possibile percorso nella valutazione di prevedibilità

Nelle pagine precedenti si è richiamata la sentenza della Cassazione che ha ritenuto rilevanti penalmente non solo l'indicazione nei bilanci di dati non veri, ma anche l'effettuazione di valutazioni non corrette. Al fine di dare un contenuto a tale fattispecie penale la Suprema Corte, come si è visto, fa riferimento ai criteri posti dal legislatore o accolti dalla prassi consolidata. In ordine al giudizio di prevedibilità, tenuto anche conto dei vari contesti e delle varie circostanze a cui può essere riferito, non sembra possibile individuare criteri che consentano di delimitare l'ambito dello stesso, se non quelli generici che concernono la diligenza richiesta e il necessario riferimento alle circostanze del caso concreto. Tuttavia, se non pare possibile individuare parametri maggiormente specifici, penso che possa essere tracciato un **percorso** nell'effettuazione di tale valutazione, che, pur dovendosi adattare ai singoli ambiti ed ai caratteri del caso concreto, potrebbe essere ricostruito nelle sue linee generali in modo sostanzialmente omogeneo.

In altre parole, con riferimento a clausole generali o a norme di contenuto aperto, potrebbe ritenersi che quantomeno l'operatore e il giudice possano, e direi debbano, adottare nella valutazione un metodo, percorrere un certo "cammino", seguire un determinato *iter* logico, un procedimento. Quest'ultimo potrebbe essere delineato con riferimento in genere alle scelte gestionali ed adattato alle singole operazioni o a specifiche categorie di atti gestori.

7.5.1. Occorre, come appena osservato, verificare se sia possibile individuare un *iter* che consenta di effettuare una valutazione di prevedibilità. Tenuto conto del tema oggetto della presente indagine, quest'ultima concerne la gestione della società, in particolare di capitali, nell'ottica dei doveri a carico dell'organo amministrativo e quindi della vigilanza da parte dell'organo di controllo, nonché delle conseguenti responsabilità.

Mi pare opportuno tener conto che, in alcuni casi, si tratta di verificare se un determinato fatto, che si è realizzato in un certo momento, fosse prevedibile in un tempo anteriore. In altre ipotesi occorre valutare, da parte degli amministratori e in sede di controllo operato dai sindaci, se un determinato fatto futuro sia prevedibile.

Ovviamente ogni proiezione nel futuro non può che prendere le mosse da dati ricavati dal presente e in particolare dai normali rapporti di causa ed effetto o da serie storico – statistiche che colleghino determinati fatti a determinati

effetti. La prima operazione pare dover consistere appunto nell'individuazione di tali rapporti o di tali serie.

Ciò posto, si tratta, alla luce degli stessi, di selezionare le circostanze presenti da ritenere rilevanti. Come si è già più volte sottolineato, la valutazione di prevedibilità non può che essere effettuata in concreto e quindi tenuto conto di tutte le circostanze del singolo caso, naturalmente di quelle che vengono individuate come rilevanti a tal fine.

In questa prospettiva possono assumere particolare importanza la sussistenza di atti sintomatici di una determinata situazione o di indicatori idonei a rilevarne la presenza.

Si pensi agli indici di bilancio che possono consentire “la diagnosi” di una determinata situazione patrimoniale, economica e finanziaria della società, rivelatrice di una possibile evoluzione futura. Oppure si pensi agli indizi di crisi che vengono considerati come rilevanti ai fini dell'obbligo degli amministratori e dei sindaci di attivare le procedure di prevenzione e di allerta previste dalla riforma fallimentare Rordorf: si tratta di cogliere una situazione presente, ma che è sintomatica di una prevedibile evoluzione futura verso la crisi²⁹.

Naturalmente ciò comporta una valutazione di carattere tecnico sulla significatività di determinati indicatori e in particolare di determinati indici sia in astratto sia con riferimento ai singoli casi concreti.

7.5.2. Prendendo le mosse dai normali rapporti di causa ed effetto o dalle serie storico – statistiche e dalle circostanze presenti in tal modo individuate come rilevanti risulta possibile la verifica se un determinato evento sia prevedibile.

Ovviamente un conto è la prevedibilità, un conto è l'effettiva previsione da parte di un soggetto. Ciò che rileva è la prima, anche se la seconda potrebbe ugualmente in certi casi venire in considerazione.

Come si è osservato, illustrando alcune regole ove il legislatore fa riferimento alla prevedibilità, occorre tener conto del contesto in cui la valutazione deve essere effettuata e dei soggetti a cui tale compito è attribuito.

Per gli amministratori di società di capitali il parametro di riferimento non può che essere la diligenza richiesta, e quindi quella qualificata parametrata

²⁹ Nel testo del disegno di legge delega della riforma fallimentare trasmesso al Senato il 3 febbraio 2017 si prevede, con riferimento alle procedure di allerta e di composizione assistita della crisi, che l'esistenza di fondati indizi della crisi sia da individuare secondo indici di natura finanziaria da costruire considerando, in particolare, il rapporto tra mezzi propri e mezzi di terzi, l'indice di rotazione dei crediti, l'indice di rotazione del magazzino e l'indice di liquidità (art. 4 lett. c) e h)).

alla natura dell'incarico ed alle loro specifiche competenze (cfr. il primo comma dell'art. 2392 c.c.). In tale prospettiva assumono rilevanza la regola che impone agli amministratori di agire in modo informato, nonché l'obbligo di creare assetti adeguati e conseguentemente di porre in essere un'attività istruttoria e preparatoria delle scelte gestionali coerente con gli stessi.

Con riferimento ai sindaci viene in considerazione la disposizione per cui debbono adempiere ai loro doveri con la professionalità e la diligenza richieste dalla natura dell'incarico, così come previsto dal primo comma dell'art. 2407 c.c.

Nella valutazione del grado di diligenza richiesto per "scrutare il futuro" sono poi significativi sia i caratteri della società e quindi le dimensioni e l'oggetto della medesima, sia la situazione in cui si trova e quindi se si tratti di *start up*, di società *in bonis*, di società in crisi.

Particolarmente delicato è il problema relativo all'individuazione del grado di probabilità rilevante. In questa prospettiva, seguendo l'orientamento della giurisprudenza nell'interpretare le varie norme che richiamano il parametro della prevedibilità, si deve tener conto della normale evoluzione della concatenazione di cause ed effetti e del rischio che possano verificarsi circostanze ostative ad essa o venire meno presupposti necessari affinché tale evoluzione abbia corso. Quanto poi alla misurazione del "grado" della probabilità, si tratta certamente di una valutazione complessa che potrebbe richiedere il ricorso al calcolo delle probabilità e comunque a profili propri della scienza statistica.

Evidentemente in tale valutazione occorre tener conto del fattore tempo e quindi dell'intervallo tra le circostanze presenti e quelle future, rilevante ai fini della valutazione di probabilità, tenuto conto del rischio che sopravvengano circostanze che modifichino la normale evoluzione degli eventi. Nella formulazione dei giudizi in esame non può che farsi riferimento al parametro della ragionevolezza.

7.5.3. I normali rapporti di causa ed effetto possono risultare alterati per la sopravvenienza di eventi che ostacolano o impediscono tale processo. Inoltre quest'ultimo non può che presupporre un determinato "scenario" e quindi la presenza di circostanze che rimangano invariate.

I fatti sopravvenienti di carattere ostativo possono essere costituiti da eventi esterni o collegati alle vicende della società. È evidente che il grado di prevedibilità degli uni e degli altri può essere molto differente. In ogni caso mi pare che occorra tener conto non solo della loro prevedibilità, ma anche della possibilità di intervenire sugli stessi, contrastandone o riducendone gli effetti negativi. È chiaro poi che, se si tratta di circostanze imputabili alla condotta degli amministratori, il discorso muta radicalmente e si fuoriesce dall'area delle imprevedibilità.

Inoltre ogni giudizio di prevedibilità deve essere formulato sulla base di una serie di presupposti, espliciti o impliciti, che si ritengono costanti.

Nel prendere in considerazione la possibilità che circostanze sopravvenute alterino lo scenario ritenuto costante ai fini del giudizio di prevedibilità ed introducano fattori che modificano la normale evoluzione degli eventi, occorre in primo luogo verificare se sussistano elementi che possano far ritenere probabile il verificarsi di tali circostanze. È evidente come un evento collocato a breve distanza prima del *referendum* sulla *Brexit* o di un eventuale, ma noto, possibile inizio o allargamento di un conflitto debba necessariamente tener conto di tutte le conseguenze derivanti da tali eventi. Infatti occorre prendere in considerazione eventi futuri che possano mutare gli scenari o modificare i normali rapporti di causalità.

7.5.4. Nell'ottica della valutazione di prevedibilità effettuata *ex post* deve tenersi conto delle peculiarità dell'evento futuro. In altre parole dovrà essere coerente con la natura della circostanza futura. Un conto è il giudizio di prevedibilità relativo ad un fatto naturale, un conto quello concernente un evento economico, un conto ancora quello afferente al *factum principis*. Infatti è evidente che le circostanze presenti e la concatenazione di cause ed effetti mutano in funzione della natura dell'evento futuro preso in considerazione.

Infine la valutazione di prevedibilità riferita ad un fatto futuro può essere fondata su criteri differenti rispetto ad una valutazione riferita all'evoluzione futura di una situazione presente.

8. Qualche riflessione conclusiva

Allargando lo sguardo ad un profilo di più ampia portata, in presenza di clausole generali o di fattispecie “aperte” mi sembrano possibili varie declinazioni sia da parte dell'operatore (di colui che deve applicare la regola), sia da parte dell'interprete, sia da parte dello stesso legislatore in relazione ai contesti in cui le prime sono collocate.

Una soluzione è quella di rinunciare alla possibilità di individuare criteri che permettano in qualche misura di declinare la clausola generale o la fattispecie aperta: in tal caso il destinatario della regola dovrà comportarsi “secondo coscienza” ed il giudice applicarla secondo le proprie valutazioni.

Può verificarsi uno scenario sostanzialmente opposto. La clausola generale o la fattispecie aperta vengono individuate attraverso criteri di carattere specifico, così da assumere una valenza sostanzialmente residuale. In tal senso si possono richiamare i principi di rappresentazione chiara, veritiera e corretta

che rappresentano le regole fondamentali relative al bilancio d'esercizio redatto secondo le norme codicistiche, a cui il legislatore fa seguire una fitta rete di regole che disciplinano la struttura dei documenti contabili nonché i criteri di valutazione. I principi generali assumono pertanto una funzione integrativa nell'ipotesi in cui, con riferimento al caso concreto, le regole di struttura non siano sufficienti a raggiungere gli obiettivi posti dai primi. Assumono altresì una funzione correttiva, in particolare con riferimento ai criteri di valutazione, sia pure in casi eccezionali. Un analogo discorso può estendersi al sistema costituito dai principi contabili internazionali.

Come si è già osservato, la Cassazione, nella pronuncia richiamata, ritenendo rilevante ai fini della configurazione del reato di false comunicazioni sociali anche la presenza di valutazioni non corrette, riferisce espressamente tale ipotesi dai contorni apparentemente indefiniti alla violazione dei criteri di valutazione posti dal legislatore o accolti dalla miglior prassi.

Può essere altresì significativo, quale ulteriore esemplificazione, il richiamo alla disciplina dei procedimenti di prevenzione e di allerta risultante dal testo della riforma fallimentare trasmesso il 3 febbraio 2017 al Senato. Nel delineare la fattispecie degli indizi della crisi il legislatore delegante si riferisce ad indici di natura finanziaria che vengono specificamente individuati.

Al di là delle valutazioni sull'effettiva rilevanza degli stessi è interessante la constatazione come il legislatore intenda fornire all'operatore ed all'interprete "metri di misura" diretti ad individuare la fattispecie "aperta" costituita dagli indizi della crisi.

In altri casi clausole generali e fattispecie aperte sono declinate con riferimento a criteri a loro volta "aperti". Un esempio è fornito dall'elaborazione sopra richiamata della prevedibilità – imprevedibilità dei danni derivanti dall'inadempimento, delle cause dell'eccessiva onerosità sopravvenuta, delle onerosità o della difficoltà nell'esecuzione del contratto di appalto. In tutte queste ipotesi la dottrina e la giurisprudenza fanno riferimento ad una valutazione che tenga conto di tutte le circostanze del caso concreto e che venga effettuata in conformità ad un parametro di diligenza ordinaria nel caso del debitore o del contraente in generale, qualificata nel caso dell'appaltatore – imprenditore.

Un'ulteriore possibile declinazione mi pare appunto possa essere quella illustrata nelle pagine precedenti con riferimento alla prevedibilità – imprevedibilità riferita alla gestione della società e quindi quale fattispecie rilevante in ordine alla condotta degli amministratori ed alla vigilanza dei sindaci nonché alle loro rispettive responsabilità. In tal caso, come ho cercato di dimostrare, non mi sembra sia possibile individuare criteri che consentano di specificare la fattispecie. Mi pare per contro possibile, ed anzi necessario, individuare un metodo (o meglio metodi idonei ai singoli casi) che permetta di effettuare una

valutazione ragionevole ed affidabile. In altre parole, il giudizio di prevedibilità potrebbe essere declinato attraverso un procedimento. L'individuazione di tale procedimento, la sua giustificazione e la sua applicazione rappresentano lo strumento che consente agli amministratori di effettuare una scelta ponderata, nonché al collegio sindacale di controllare l'operato dei primi, ed ancora ai giudici di valutarne la responsabilità.

Tale conclusione, a mio avviso, può trovare conferma in una regola posta dallo stesso legislatore, che assume, secondo l'opinione consolidata, un valore fondamentale all'interno della *governance* delle società per azioni e che potrebbe acquisire sempre maggior valore ed essere estesa a tutte le società ed all'imprenditore individuale, diventando una norma di diritto dell'impresa, qualora venisse approvato il disegno di legge di riforma della legge fallimentare. Il legislatore, come è noto, all'art. 2381 c.c., pone l'obbligo a carico dei gestori di svolgere la loro attività in conformità a corretti principi di amministrazione. Questi ultimi non vengono specificati attraverso l'indicazione di criteri. Tuttavia il legislatore sostanzialmente declina gli stessi con il richiamo alla creazione di assetti organizzativi adeguati: il che significa che i principi di corretta amministrazione trovano la loro specificazione in procedimenti che i gestori debbono porre in essere adeguati alle caratteristiche delle singole società.

Un chiaro esempio mi sembra di declinazione dei principi generali attraverso il richiamo ad un procedimento. Un esempio si ripete fornito dallo stesso legislatore in una norma fondamentale nell'ambito della disciplina delle società di capitali.

Relazioni a convegni

Le garanzie; pegno non possessorio e patto marciano^{*}

Warranties; Pledge without Dispossession and the Agreement Called “Patto Marciano”

Luigi D’Orazio ^{**}

ABSTRACT

L’Autore offre un’illustrazione delle innovazioni introdotte dalla legge 30 giugno 2016, n. 119, soffermandosi in particolare sul divieto di patto commissorio e sull’istituto del patto marciano, descrivendone origini e caratteristiche principali.

PAROLE CHIAVE: garanzie – pegno non possessorio – patto marciano.

The Author illustrates the innovations introduced by the Act no. 119, 30th June 2016, focusing on the rule of the unlawfulness of the so called “patto commissorio” as well as on the interpretative evolution and jurisprudence adaptations. The paper also analyses the institution called “patto marciano”, describing its origins and main features.

KEYWORDS: warranties – pledge without dispossession – patto marciano.

^{*} Relazione tenuta ad Alba, il 19 novembre 2016, al XXIII Convegno di Studi “*Il difficile cammino del risanamento dell’impresa: procedure concorsuali, limiti dell’accesso al credito e rigidità dello stato esattore*”.

^{**} Magistrato presso la Corte d’Appello dell’Aquila.

SOMMARIO

1. La genesi. – 2. Il patto commissorio. – 3. Trasferimento del bene per soddisfare un credito insoluto. – 4. Il crepuscolo del divieto del patto commissorio. – 5. Il patto Marciano di matrice giurisprudenziale. – 6. Il patto marciano “giurisprudenziale” e quello di cui all’art. 48 *bis* del TUB. – 7. Il “nuovo” patto Marciano: la forma, i soggetti e l’oggetto. – 8. L’abitazione principale. – 9. La clausola di restituzione dell’eccedenza. – 10. L’aggiunta del patto ai contratti in corso. – 11. Il rapporto con le prelazioni legali. – 12. La trascrizione del patto marciano e gli adempimenti pubblicitari preliminari. – 13. L’inadempimento e l’autotutela contrattuale. – 14. Il già avvenuto rimborso dell’85 per cento del finanziamento. – 15. La stima dell’immobile o del diritto reale. – 16. L’avveramento della condizione sospensiva. – 17. Se il valore dell’immobile è superiore al debito. – 18. Se il valore dell’immobile è inferiore al debito. – 19. Il patto marciano dei “consumatori” ex art. 120 *quinquiesdecies* d.lgs. 1 settembre 1993, n. 385 (TUB). – 20. Le pubblicità al termine dell’operazione commerciale. – 21. Le interferenze con il processo esecutivo. – 22. Il patto marciano ed il fallimento. – 23. La revocatoria fallimentare del patto marciano. – 24. La verifica del passivo del patto marciano. – 25. Il patto marciano ed il concordato preventivo. – 26. Il patto marciano ed il concordato fallimentare. – 27. Il patto marciano e l’accordo di ristrutturazione con le banche ai sensi dell’art. 182 *septies*. – 28. Il patto marciano e la composizione da sovraindebitamento ex art. 10 legge n. 3 del 2012. – 29. Il piano del consumatore ed il patto marciano. – 30. Profili di incostituzionalità della norma.

1. La genesi

La *penuria* di *finanziamenti* concessi dalle banche pare aver sollecitato il legislatore della riforma del d.l. 3 maggio 2016, n. 59, convertito in legge 30 giugno 2016, n. 119, ad inserire l’art. 2, che ha aggiunto al TUB (d.lgs. 1 settembre 1993, n. 385) l’art. 48 *bis* (Finanziamento alle imprese garantito da trasferimento di bene immobile sospensivamente condizionato).

Vani sino ad ora tutti gli interventi del legislatore (artt. 182 *quater*, 182 *quinquies* l.f.), tanto che si è prevista persino una ipotesi di finanziamento “prededucibile” ai sensi dell’art. 111 l.f., non più finalizzato al miglior soddisfacimento dei creditori, ma ad evitare il “pregiudizio imminente ed irreparabile all’azienda” (art. 182 *quinquies*, comma 3, l.f.).

L’altra spinta è giunta dalla necessità per gli istituti di credito di rientrare il più presto possibile dagli investimenti effettuati e non andati a buon fine (cfr. rubrica del d.l. n. 59/2016 “Misure a sostegno delle imprese e di *accelerazione del recupero crediti*”).

È evidente che la prededucazione è divenuta insufficiente a garantire il ceto bancario; troppe le prededuzioni inserite dal legislatore “balneare” (atti urgenti di straordinaria amministrazione se autorizzati, atti di ordinaria amministrazione successivi alla pubblicazione della domanda con riserva ex art. 161, comma 6, l.f.).

Gli istituti di credito cercano ora garanzie reali, anche innovative come il pegno non possessorio¹.

Fa, quindi, la sua apparizione il “Patto Marciano” con cui la Banca si “*appropria*” del bene *stragiudizialmente*, senza lo strumento giudiziario. L’istituto pare rientrare tra i *mezzi di autotutela del creditore*, come la diffida ad adempiere, la clausola risolutiva espressa, il termine essenziale e l’eccezione di inadempimento.

Anzi la norma pare costruita appositamente per evitare di bussare alla porta del Giudice, come *strumento deflattivo* rispetto alle esecuzioni immobiliari². Eppure forse, come spesso accade, il Giudice, che sta dietro le quinte, all’improvviso appare, svegliato dal suo torpore.

In verità, la norma stessa prevede la chiamata del giudice, o meglio scomoda il Presidente del Tribunale che deve nominare il perito stimatore.

Tutta la struttura dell’art. 2 pare costruire una zona d’ombra, al riparo da tutti, e soprattutto dagli altri creditori dell’imprenditore. Tuttavia, come accade nell’art. 124 l.f. per la falciida dei creditori privilegiati (concordato fallimentare), ecco che viene invocata la presenza giurisdizionale.

Un po’ in controtendenza con la “privatizzazione” della crisi di impresa, anche l’art. 182 *septies* prevede che il tribunale nomini l’esperto per valutare se le trattative con le banche e gli intermediari ai quali il debitore chiede di estendere gli effetti dell’accordo si siano svolte in buona fede.

Il procedimento della stima per le finalità del patto marciano pare avere punti di contatto con la stima dei conferimento di beni in natura e di crediti *ex art. 2343 c.c.*, con la presentazione della relazione giurata di un esperto designato dal tribunale.

Non v’è dubbio che la norma sia in linea con l’*attenuazione* del principio della *par condicio creditorum* e con l’aumento delle deroghe alla garanzia generica *ex art. 2740 c.c.*, sottolineato dall’avvento delle classi dei creditori, dall’aumento dei privilegi, dai numerosi casi di esonero dall’azione revocatoria fallimentare *ex art. 67, comma 3, l.f.*³

Di sicuro in linea con l’art. 11 lettera d dello schema di disegno di legge della Commissione Rordorf (“consentire al creditore di escutere stragiudizialmente la garanzia anche in deroga al divieto del patto commissorio, a condi-

¹ SICLARI, *European Capital Markets Union e ordinamento nazionale, Banca borsa titoli di credito*, fasc. 4, 2016, 481.

² Il patto marciano nel decreto legge n. 59/2016. A prima lettura, 2016, *mercantidario.it/dialoghi/Patto_marciano*, 2016.

³ AMBROSINI, *La rafforzata tutela dei creditori privilegiati nella L. n. 119 del 2016: il c.d. Patto Marciano*, disponibile su *www.giustiziacivile.com*, 2016.

zione che il valore dei beni sia determinato in maniera oggettiva, e salvo l'obbligo di restituire immediatamente al debitore, o ad altri creditori, l'eventuale eccedenza tra il valore di realizzo e l'importo del credito"; lettera e "prevedere forme di pubblicità e controllo giurisdizionale dell'esecuzione stragiudiziale di cui alla lettera d, regolare i rapporti tra la stessa e le procedure esecutive forzate e concorsuali").

2. Il patto commissorio

La questione che sta già agitando la dottrina è incentrata sulla *tenuta costituzionale* dell'art. 48 *bis* e, comunque, sulla validità del patto marciano, nonostante le recenti aperture giurisprudenziali.

La sentenza che ha, in qualche misura, sintetizzato la storia dell'approccio giurisprudenziale al patto commissorio ed al divieto sancito dall'art. 2744 c.c., è la n. 1273 del 21 gennaio 2005.

La norma prevede che "è *nullo* il patto col quale si conviene che, in mancanza del pagamento del credito nel termine fissato, la proprietà della cosa ipotecata o data in pegno passi al creditore (patto *in continenti*). Il patto è nullo anche se posteriore alla costituzione dell'ipoteca o del pegno" (patto *ex intervallo*).

Sostanzialmente il debitore inadempiente perde la proprietà del bene ipotecato o dato in pegno non appena scade il termine per l'adempimento.

Nessuno si è mai sognato, allora, di scagliarsi apertamente contro tale disposizione, ma si è tentato di aggirarne la portata con l'utilizzo di altri contratti, pure tipici, ma collegati tra loro, con un'unica direzione programmatica (causa in concreto).

Naturalmente, il divieto fulmina anche il *patto commissorio autonomo*, del tutto sganciato da pegno o ipoteca, costituito da una alienazione in funzione di garanzia. Come *pure* il patto commissorio *meramente obbligatorio* (Cass. Civ., 23 ottobre 1999, n. 11924)⁴.

⁴ Il divieto di patto commissorio, sancito dall'art. 2744 cod. civ., s'estende a qualsiasi negozio, quale ne sia il contenuto, che venga impiegato per conseguire il risultato concreto, vietato dall'ordinamento, dell'illecita coercizione del debitore a sottostare alla volontà del creditore. Anche, quindi, un *contratto preliminare* di compravendita può *dissimulare un mutuo con patto commissorio*, ancorché non sia previsto il passaggio immediato del possesso del bene promesso in vendita, qualora la promessa di vendita garantisca la restituzione, entro un certo termine, della somma precedentemente o contemporaneamente mutuata dal promittente compratore, sempre che risulti provato il nesso di strumentalità tra i due negozi; anche Cass. Civ., 21 maggio 2013, n. 12462.

Il divieto di patto commissorio, sancito dall'art. 2744 c.c., s'estende a *qualsiasi negozio*, quale ne sia il contenuto, che venga impiegato per conseguire il *risultato concreto, vietato dall'ordinamento*, dell'illecita coercizione del debitore a sottostare alla volontà del creditore. Anche, quindi, un *contratto preliminare di compravendita* può *dissimulare un mutuo con patto commissorio*, ancorché non sia previsto il passaggio immediato del possesso del bene promesso in vendita, qualora la promessa di vendita garantisca la restituzione, entro un certo termine, della somma *precedentemente o coevamente mutuata* dal promittente compratore, sempre che risulti provato il nesso di strumentalità tra i due negozi (Cass. Civ., 23 ottobre 1999, n. 11924).

Anche la procura a vendere un immobile conferita dal mutuatario al mutuante contestualmente alla stipulazione del mutuo, integra la violazione di cui all'art. 2744 c.c., ove si accerti un nesso funzionale tra il mutuo e la procura, anche se il bene viene intestato ad un prossimo congiunto del creditore (Cass. Civ., 8 luglio 2014, n. 15486).

La *ratio* della norma è stata scandagliata abbondantemente, sì da essere rinvenuta alternativamente o nella tutela dei *debitori*, posti *naturaliter* in posizione di debolezza e quindi passibili di *approfittamento* da parte dei creditori, o nella tutela della *par condicio creditorum*, o nella tutela di entrambe le categorie, o sottolineando il contrasto del potere di *autosoddisfacimento* del *creditore* con l'esclusiva statale della funzione esecutiva, o ancora l'esigenza di evitare che il patto, quale clausola di stile, incoraggi la costituzione di un sistema di garanzia con un assoggettamento del patrimonio del debitore *sproporzionato* alle esigenze della garanzia.

Inizialmente, la giurisprudenza di legittimità ha ritenuto che l'unica forma di violazione del divieto del patto commissorio consistesse nella ipotesi classica in cui il debitore perdeva la proprietà del bene a seguito dell'inadempimento dell'obbligazione (*vendita sottoposta alla condizione sospensiva dell'inadempimento* del debitore).

In questo caso l'apparente acquirente è, in realtà, il finanziatore, mentre il venditore è il mutuatario, ed il prezzo della compravendita non costituisce il pagamento del prezzo, ma rappresenta proprio il finanziamento. Le parti, pur dichiarando formalmente di voler vendere ed acquistare, in realtà concordano, con una *controdi chiarazione*, che il creditore acquirente diventerà proprietario soltanto se il debitore ed alienante non estinguerà il debito nel termine pattuito, attuando così una vendita sottoposta a condizione sospensiva.

Pertanto, il venditore-debitore, il quale agisce in giudizio deducendo che la vendita conclusa, avente scopo di garanzia, è simulata, *dissimulando un mutuo con patto commissorio*, ha l'onere di provare che la vendita era sottoposta a condizione sospensiva e tale prova deve essere precisa ed univoca, special-

mente quando la vendita con trasferimento immediato della proprietà sulla cosa sia consacrata in un documento (Cass. Civ., 26 gennaio 1980, n. 642).

Restava fuori portata l'ipotesi del *trasferimento immediato* della proprietà con l'aggiunta di un patto fiduciario (*pactum fiduciae*) di ritrasferimento, in base al quale la proprietà "*si consolidava*" in capo al creditore in caso di mancato adempimento della obbligazione (vendita sottoposta a *condizione risolutiva* in caso di adempimento del debitore).

Restava sotto gli strali della Cassazione solo l'ipotesi in cui la vendita in realtà dissimulava un mutuo con patto commissorio, quando le parti pur dichiarando di vendere e di acquistare, concordavano in sostanza che il creditore acquirente sarebbe divenuto proprietario del bene solo se il debitore non avesse estinto il debito nel termine pattuito.

Le Sezioni Unite⁵, poi, hanno chiarito che la *vendita con patto di riscatto* o di retrovendita, stipulata fra il debitore ed il creditore, la quale risponda all'intento delle parti di costituire una garanzia, con l'*attribuzione irrevocabile del bene al creditore solo in caso di inadempienza del debitore*, è nulla anche quando implichi un trasferimento effettivo della proprietà (con *condizione risolutiva*), atteso che, pur non integrando direttamente il patto commissorio, previsto e vietato dall'art. 2744 c.c., configura mezzo per eludere tale norma imperativa, e, quindi, esprime una causa illecita, che rende applicabile la sanzione dell'art. 1344 c.c.

Il versamento del denaro, allora, non costituisce pagamento del prezzo, ma l'esecuzione di un mutuo, mentre il trasferimento del bene non integra l'attribuzione al compratore, ma l'atto costitutivo di una posizione di garanzia solo "*provvisoria*", in quanto "*suscettibile di evolversi, a seconda che il debitore adempia o non restituisca la somma ricevuta*". La "*provvisorietà*" costituisce l'indice rivelatore della causa di garanzia. È del tutto assente la funzione di scambio tipica della compravendita, trattandosi di causa di garanzia.

L'insegnamento della Suprema Corte chiarisce che la finalità dell'art. 2744 c.c. non è solo quella di impedire al creditore l'esercizio di una coazione morale sul debitore, spesso spinto alla ricerca di un mutuo da ristrettezze finanziarie, ma anche di ostacolare la facoltà del creditore "di far proprio il bene oggetto di pegno, ipoteca o dato in anticresi, attraverso un *meccanismo che gli permetta di sottrarsi alla fondamentale regola della par condicio creditorum*"⁶.

⁵ Cass. Civ., Sez. Un., 3 aprile 1989, n. 1611.

⁶ V. PAPPÀ MONTEFORTE, *Il patto marciano, i rapporti controversi con il divieto del patto commissorio e le figure negoziali potenzialmente a rischio, tra diritto tradizionale e novità le-*

Precisa la Corte che “naturalmente la *sproporzione* fra il valore del bene dato in garanzia e l’importo del bene assume *scarso rilievo*, in quanto il divieto prescinde da tale circostanza”.

3. Trasferimento del bene per soddisfare un credito insoluto

In tale ipotesi la Suprema Corte (Cass. Civ., 21 gennaio 2016, n. 1075) ha escluso l’esistenza del patto commissorio.

Si è stabilito, infatti, che l’art. 2744 c.c., sancendo il divieto del patto commissorio, postula che il trasferimento della proprietà della cosa sia sospensivamente condizionato al verificarsi dell’evento futuro ed incerto del mancato pagamento del debito, sicché detto patto non è configurabile qualora il trasferimento avvenga, invece, allo scopo di *soddisfare un precedente credito rimasto insoluto*. Nella specie, la S.C. ha ritenuto congruamente motivata la decisione impugnata che aveva escluso che l’operazione fosse finalizzata ad uno scopo di garanzia in quanto parte del prezzo della compravendita era stato utilizzato per ripianare debiti scaduti verso l’amministratore della società acquirente e nei confronti di terzi, mentre per i debiti non ancora esigibili nei confronti di terze società, la rateizzazione mensile del prezzo residuo poteva considerarsi una delegazione di pagamento di tali preesistenti obbligazioni da parte del “*debitor debitoris*”.

4. Il crepuscolo del divieto del patto commissorio

La giurisprudenza inizia ad imbattersi in peculiari fattispecie negoziali atipiche, che poggiano sulla *meritevolezza* degli interessi delle parti di cui all’art. 1322 c.c., e sul *collegamento negoziale* in grado di far emerge la costruzione unitaria del rapporto verso una determinata direzione, con il venire alla luce della causa in concreto.

In particolare, la Suprema Corte (Cass., 21 gennaio 2005, n. 1273) si traccia il perimetro del contratto di vendita con leasing di ritorno (*sale and lease back*), in base al quale l’imprenditore che ha necessità di utilizzare un proprio macchinario di impresa (tra l’altro privo di mercato all’esterno dell’azienda) ma necessita anche di liquidità, vende il macchinario alla società di leasing,

gislative (vendita con riserva della proprietà, sale and lease back, fino al rent to buy),
www.iurisprudenzia.it, 2016.

che glielo riconsegna in leasing, con pagamento dei canoni di locazione da parte dell'imprenditore e con possibilità di riacquisto pagando un predeterminato prezzo di opzione finale.

Tale forma contrattuale è in realtà "neutra" e non impatta contro il divieto del patto commissorio se resta, appunto, nei confini di un contratto di impresa.

L'imprenditore acquisisce liquidità e non si priva del bene necessario alla produzione industriale (soprattutto in ipotesi di riconversione o di acquisizione di nuovi impianti tecnologici), con fruizione anche di benefici fiscali, e la società di leasing effettua un finanziamento che va a recuperare tranquillamente con la concessione del bene in *leasing*.

La vendita del bene non è piegata allo scopo di garanzia, ma costituisce il naturale presupposto per la concessione del bene in leasing (vendita a scopo di *leasing*).

Il contratto è bilaterale e non trilaterale come nel leasing, in quanto l'imprenditore è sia venditore (fornitore) sia utilizzatore del bene, mentre la società di leasing mantiene il ruolo di concedente il bene in uso.

Se, però, si è in presenza di determinati *elementi indiziari peculiari*, la dinamica contrattuale è ben diversa e tende proprio ad eludere il divieto del patto commissorio, con la sanzione della nullità dell'accordo perché stipulato in frode alla legge *ex art. 1344 c.c.*

Se, infatti, mancano gli *elementi soggettivi* (imprenditore e società di leasing) ed *oggettivi* (bene inserito nell'assetto produttivo e di difficile collocazione sul mercato), e al momento della stipulazione del negozio vi è già *preesistente un rapporto debito credito* e se il valore del bene è di gran lunga superiore all'importo del finanziamento, ecco che la costruzione scricchiola, perché si torna nelle sabbie mobili del divieto del patto commissorio. La vendita si colora dello scopo di garanzia.

Le difficoltà economiche dell'impresa tradiscono il sospetto di un approfittamento da parte della società di leasing della sua condizione di debolezza e di una sproporzione tra le prestazioni. La sproporzione sospettata si ricava da indici sintomatici costituiti dai criteri adottati in concreto per la stima del prezzo di vendita, per la determinazione dei canoni del leasing e per la quantificazione del prezzo di opzione.

In questo caso, non vi è la clausola che impone alla società di leasing di far stimare il bene da un terzo indipendente con restituzione dell'eventuale eccedenza del valore del bene rispetto all'ammontare del credito (patto marciano).

L'art. 6 della l. 21 maggio 2004, n. 164, quale legge di attuazione della direttiva 2002/47/CE in materia di contratti di garanzia finanziaria, prevede che *"ai contratti di garanzia finanziaria che prevedono il trasferimento della pro-*

prietà con funzione di garanzia, compresi i contratti di pronto contro termine, non si applica l'articolo 2744 del codice civile”.

In realtà, però, l'art. 4 della stessa legge limita ogni pericolo prevedendo una stima finale del bene e la restituzione dell'eccedenza del valore (“fino a concorrenza del valore della obbligazione finanziaria garantita”).

La normativa in tema di *prestito vitalizio ipotecario* (legge 2 aprile 2015, n. 44), prevede finanziamenti riservati a persone fisiche con età superiore a sessanta anni compiuti. I finanziamenti sono garantiti da ipoteca di primo grado su immobili residenziali. Se il finanziamento non è integralmente rimborsato entro dodici mesi dal verificarsi degli eventi di cui al comma 12 (morte del finanziato, trasferimento dei beni, costituzione di diritti reali in favore di terzi), il finanziatore può “vendere” l'immobile, e l'eccedenza va restituita al finanziato o ai suoi aventi causa. L'importo del debito residuo non può superare il ricavato della vendita dell'immobile (effetto esdebitativo integrale).

5. Il patto Marciano di matrice giurisprudenziale

La Suprema Corte pian piano allarga gli ormeggi sdoganando, a precise condizioni, la conclusione di negozi giuridici che consentono l'apprensione immediata del bene da parte del creditore, in caso di inadempimento del debitore, procedendo ad una *successiva stima* dell'*immobile* da parte di un *terzo stimatore indipendente*, con *modalità* di valutazione già *ab origine predeterminate*, garantendo in tal modo la “*proporzionalità*” tra debito ed immobile ceduto in garanzia. Ovviamente il creditore che introita l'immobile deve restituire al debitore l'*eccedenza* del valore del bene rispetto al debito contratto (Cass. Civ., 21 gennaio 2005, n. 1273; Cass. Civ., 9 maggio 2013, n. 10986). In alcune ipotesi è consentita l'apprensione immediata del bene dato in garanzia, aggiunge, la Corte, come nei casi di *pegno irregolare*, *riporto finanziario* e *patto Marciano*.

Il patto Marciano, però sboccia, lo scorso anno, quando la giurisprudenza di legittimità gli spalanca le porte con la sentenza n. 1625 del 28 gennaio 2015.

Ogni volta che il collegamento negoziale conduce a ravvisare il tentativo di elusione del divieto del patto commissorio, se però le parti accompagnano il negozio con la previsione di una vendita finale del bene al giusto prezzo, si perde ogni traccia della natura illecita del negozio.

Il patto marciano, appunto, “*purifica*” e conferisce natura “*catartica*” al patto illecito di apprensione del bene in caso di inadempimento (la Corte menziona un “*effetto salvifico*”). Il vaticinio di uno stimatore terzo, ancorato a cri-

teri di stima meccanici o oggettivi, con analitica procedimentalizzazione delle modalità di stima in termini certi esclude che il prezzo di vendita o di acquisizione del bene sia “ingiusto” e “non proporzionato”.

In tal modo l'utilizzatore-venditore gode del vantaggio della monetizzazione del valore del bene, senza perderne il godimento e senza che se ne privi definitivamente.

Al termine del rapporto contrattuale la stima del bene oggetto di garanzia diventa il presupposto del “*consolidarsi*” dell'effetto traslativo iniziale, se il valore del bene è equiparabile all'importo del credito rimasto inadempito (oltre al danno da inadempimento), mentre se l'importo del debito è inferiore al valore del bene, deve essere quantificata la differenza con pagamento di un prezzo aggiuntivo al debitore, quale condizione del consolidamento dell'effetto traslativo.

Precisa la Corte che la stima imparziale del valore del bene da parte del terzo e l'obbligo, da parte del creditore, di restituire l'eccedenza al debitore “escludono l'abuso” e l'operatività del divieto del patto commissorio.

Il fondamento dell'effetto “*salvifico*” si rinviene, da un lato, nell'idoneità della clausola a ristabilire l'equilibrio sinallagmatico tra le prestazioni nel contratto di *lease back* (sicché si ribadisce che l'ordinamento *presume detta sproporzione nel meccanismo vietato*) e dall'altro, la capacità della clausola di scongiurare che l'attuazione coattiva del credito avvenga senza alcun controllo dei valori patrimoniali in gioco.

Pertanto, è la stessa Corte ad accorgersi che se ci si mantenesse nella rotta della Sezioni Unite del 1989, in materia di illiceità del patto commissorio, con attenzione alla violazione della *par condicio creditorum*, declassando l'interesse sulla sproporzione, sarebbe difficile superare il divieto *ex art. 2744 c.c.*

Del resto, in motivazione si indicano tutti gli istituti codicistici in cui una parte contrattuale può acquisire il bene altrui in proprietà, previo esborso in favore dell'altro contraente dell'eccedenza del valore del bene rispetto al debito.

La clausola apposta al contratto di *lease back* prevedeva che in caso di risoluzione per inadempimento il concedente avrebbe potuto pretendere che l'utilizzatore pagasse i canoni scaduti, gli interessi moratori, le spese ed un importo pari all'ammontare ai canoni non scaduti, dovendosi da ciò detrarre quanto conseguito dal concedente in seguito alla vendita del bene.

In caso di pegno irregolare *ex art. 1851 c.c.* ove si prevede che “la banca deve restituire solo la somma o la parte delle merci o dei titoli che eccedono l'ammontare dei crediti garantiti”.

Nella *cessio bonorum* l'*art. 1982 c.c.* stabilisce che “i creditori devono ripartire tra loro le somme ricavate in proporzione dei rispettivi crediti...il residuo spetta al debitore”.

L'assegnazione al creditore della cosa data in pegno *ex art. 2798 c.c.* solo previa "*stima da farsi con perizia ...*".

La riscossione da parte del terzo del credito dato in pegno *ex art. 2803 c.c.*, sicché il creditore può ritenere del denaro ricevuto quanto basta per il soddisfacimento delle sue ragioni e restituire il residuo al costituente.

L'*art. 2804 c.c.* prevede anche la facoltà del creditore di farsi assegnare il credito ricevuto in pegno, ma solo "*fino a concorrenza del suo credito*".

L'*art. 496 c.p.c.* prevede la riduzione del pignoramento "quando il valore dei beni pignorati è superiore all'importo delle spese e dei crediti".

In sede di distribuzione della somma ricavata dalla vendita dei beni l'*art. 510 c.p.c.* dispone che "il residuo della somma ricavata...è assegnato al debitore o al terzo che ha subito l'espropriazione".

Anche nel fallimento il "residuo attivo" è riconsegnato al fallito tornato *in bonis* dopo la chiusura della procedura.

Il curatore può sospendere la vendita *ex art. 107 l.f.* ove pervenga offerta irrevocabile di acquisto migliorativa per un importo non inferiore al dieci per cento del prezzo offerto.

Il giudice può impedire il perfezionamento della vendita quando il prezzo offerto risulti notevolmente inferiore a quello giusto *ex art. 108 l.f.*

Lo stesso principio è stato applicato dalla Suprema Corte in tema di offerte del terzo assuntore nel concordato fallimentare, con ingente patrimonio attivo e scarso passivo (Cass., 22 marzo 2010, n. 6904).

Nel concordato preventivo si può prevedere nella proposta di restituire al debitore quanto residua dopo il soddisfacimento della percentuale indicata ai creditori (Cass. 17 novembre 2014, n. 8966).

A questo punto la Corte traccia la figura del patto marciano, sicché: sin dalla conclusione del contratto di *lease back* devono essere stati previsti meccanismi oggettivi e procedimentalizzati che consentano la verifica di congruenza tra il valore del bene concesso in garanzia (acquisito in via definitiva dal creditore) ed entità del credito; il procedimento di stima deve avere tempi certi e modalità definite, con valutazione ancorata a parametri oggettivi automatici oppure affidata a persona indipendente ed esperta *ex art. 1349 c.c.*; il valore va determinato al momento dell'inadempimento; il *surplus* va restituito al debitore che perde la proprietà del bene al prezzo "giusto".

Pertanto, il patto Marciano opera sia quando il passaggio della proprietà avviene al verificarsi della condizione sospensiva dell'inadempimento del debitore sia quando si verifica il consolidamento dell'effetto traslativo già realizzato (sempre per inadempimento del debitore con il mancato avveramento della condizione risolutiva), ma solo – nel primo caso – con la corresponsione effettiva della eventuale differenza.

6. Il patto marciano “giurisprudenziale” e quello di cui all’art. 48 *bis* del TUB

Il legislatore ha disegnato una peculiare figura di patto Marciano nell’art. 48 *bis* del Testo Unico Bancario, sicché deve prevedersi, per le differenze tra questo patto Marciano codificato e quello generico disegnato dalla Suprema Corte, una sorta di “doppio binario” (anzi “triplo” se si guarda al patto Marciano del consumatore).

Chi stipula il patto Marciano di matrice “giurisprudenziale” potrà essere anche un professionista non imprenditore *ex art.* 2238, senza svolgimento di attività organizzata in forma di impresa.

I consumatori potranno accedere al “proprio” patto Marciano, pur legislativamente previsto (art. 120 *quinquiesdecies* del TUB).

Il patto potrà essere stipulato con soggetti privati che non sono banche o altri soggetti autorizzati a concedere finanziamenti nei confronti del pubblico ai sensi dell’art. 106.

Il patto potrà colorare anche il trasferimento immediato del bene sottoposto alla condizione risolutiva della restituzione del finanziamento, con il consolidarsi dell’effetto traslativo già avvenuto.

Si potrà convenire il patto anche se il trasferimento riguarda immobili destinati ad abitazione principale del proprietario, del coniuge o di suoi parenti e affini entro il terzo grado.

Si potrebbe ipotizzare che non possa essere stipulato il patto Marciano per i contratti già in corso, in assenza di espressa previsione come nell’art. 48 *bis*, ma la piena autonomia contrattuale *ex art.* 1322 c.c. pare consentire una patto Marciano aggiunto “in corsa”.

La nozione di inadempimento potrà essere diversa da quella di cui al comma 5 dell’art. 48 *bis*.

La stima può essere effettuata da un terzo indipendente nominato su accordo delle parti, senza l’intervento giurisdizionale.

Il trasferimento della proprietà in caso di apposizione della condizione sospensiva avverrà già al momento della valutazione del terzo, senza necessità di comunicazione della stessa al creditore.

In caso di avvenuto fallimento della società il patto marciano non può essere equiparato ai fini concorsuali all’ipoteca.

Il curatore del fallimento, se la proprietà del bene non è passata, e si è in presenza di un contratto ad effetti obbligatori (sottoposto alla condizione sospensiva dell’inadempimento), non può, però, sciogliersi dal contratto *ex art.* 72 l.f., vendendo il bene all’interno della procedura concorsuale, senza che la banca possa vantare un privilegio. Infatti, la banca con l’erogazione del finan-

ziamento ha già eseguito interamente la propria obbligazione. Certo è che se il patto Marciano non è stato trascritto o è privo di data certa non può essere op-
posto al fallimento ai sensi dell'art. 45 l.f. In tal caso, poi, il credito della banca non è parificato ad un credito prelazionario ipotecario, non essendovi es-
pressa previsione normativa, come accade invece nell'art. 48 *bis*.

Il professionista ovviamente non può fallire, tranne il caso di cui all'art. 2238 c.c.

In sede esecutiva non vi può essere la “bonifica” delle iscrizioni e trascrizioni successive all'ipoteca giudiziale, ma anteriori alla trascrizione del patto Marciano.

7. Il “nuovo” patto Marciano: la forma, i soggetti e l'oggetto

La stipulazione del contratto di finanziamento con annesso il patto Marciano può avvenire solo tra *le banche* o *altro soggetto autorizzato* a concedere finanziamenti nei confronti del pubblico ai sensi dell'art. 106 ed un *imprenditore*.

Il contratto deve essere stipulato per *atto pubblico* o *scrittura privata* a pena di nullità, trattandosi di contratti bancari, anche se la norma tace sul punto.

Del resto il contratto di *anticresi* ex art. 1960 c.c. deve essere stipulato *ad substantiam*, a pena di nullità, con atto pubblico o scrittura privata ex art. 1350 comma 1 n. 7.

Peraltro, la necessità della trascrizione del patto impone l'atto pubblico oppure la *scrittura privata autenticata* ex art. 2835 c.c., nonché ai sensi degli artt. 2643, 2644 c.c. (obbligo ed effetti della trascrizione) e 2657 c.c. (scrittura privata autenticata necessaria per la trascrizione).

Il contratto di *pegno non possessorio*, ai sensi dell'art. 1 della legge 119 del 2016, deve essere stipulato con la forma scritta *ad substantiam* a pena di nullità.

La nozione asettica di *imprenditore* ex art. 2082 c.c., quindi senza menzionare la natura commerciale ex art. 2195 c.c., pare sussumere la possibilità che anche l'imprenditore commerciale possa concludere tale contratto. Il dubbio è dissipato dalla possibilità di interferenza tra il patto Marciano ed il fallimento ai sensi del comma 12.

Anzi, vi è da verificare se solo gli imprenditori commerciali, fallibili, quindi sopra soglia ex art. 1 l.f., possano stipulare il patto Marciano. Alcuni elementi potrebbero indurre ad adagiarsi su tale interpretazione: il riferimento espresso al fallimento di cui al comma 12, la menzione delle scritture contabili obbligatorie ex art. 2214.

Tuttavia, appare più persuasiva la tesi della *nozione ampia* di imprenditore, quindi, anche gli imprenditori commerciali sotto soglia e gli imprenditori non commerciali. Il comma 12 rappresenta solo una ipotesi possibile, ma non necessaria; il riferimento alle scritture contabili obbligatorie attiene alla banca e non all'imprenditore; la notificazione anche eventualmente a mezzo pec della stima, implica che anche soggetti non muniti di pec possano stipulare il patto Marciano.

Resta il dubbio se soggetto attivo possa essere l'*imprenditore irregolare*, che non è iscritto nel registro delle imprese, o l'*imprenditore truffaldino*.

L'art. 1 della legge 119 del 2016, in tema di pegno non possessorio, però ha limitato il requisito soggettivo solo gli "imprenditori iscritti nel registro delle imprese", sicché deve desumersi che, al contrario, il patto marciano sia aperto anche agli imprenditori non iscritti nel registro e, quindi, irregolari.

Certo che l'art. 48 *bis* al comma 9, quando indica le modalità di cancellazione della condizione sospensiva in caso di avveramento della stessa per l'avvenuto inadempimento del debitore, prevede che il creditore renda nell'atto notarile una dichiarazione con cui attesta l'inadempimento del debitore, producendo altresì l'*estratto autentico delle scritture contabili* di cui all'art. 2214 c.c.. Non si comprende se tali scritture contabili siano del debitore o del creditore e la ragione di tale produzione. Probabilmente dalle scritture contabili della banca emerge l'inadempimento del debitore che ha saltato alcuni pagamenti.

La nozione di imprenditore pare ricomprendere, dunque, per la sua portata generale *anche l'imprenditore agricolo* ex art. 2135 c.c. (ma tale imprenditore non fallisce, contrariamente a quanto previsto al comma 12) ed anche le *società commerciali*, anche dovendosi tenere conto della possibile dichiarazione di fallimento e della disciplina del rapporto tra patto marciano e fallimento.

Del resto, sia nell'art. 1 l.f. che nell'art. 10 l.f. le società commerciali sono menzionate come "imprenditori collettivi".

Pure l'*imprenditore artigiano* può concludere un patto marciano, ma per l'individuazione dell'artigiano occorre fare riferimento all'art. 2083 c.c. e non ai requisiti dimensionali di cui all'art. 1 l.f.

Le società *in house*, che attualmente dopo il T.U. 19 agosto 2016 n. 175, entrato in vigore il 23 settembre 2016, sono assoggettabili al fallimento ex art. 14, e quindi possono stipulare il patto Marciano.

Parte del contratto può essere anche un *terzo* che concede un proprio immobile in caso di inadempimento del debitore, come accade per il terzo datore di ipoteca. Tale terzo non deve essere imprenditore, in quanto tale qualifica attiene esclusivamente alla stipulazione del contratto di finanziamento. Nel patto non possessorio, invece, si ritiene che solo gli imprenditori regolari, iscritti nel registro delle imprese, possano costituire pegni non possessori,

quindi non solo il debitore, ma anche il terzo datore di pegno non possessorio⁷.

La figura del terzo compare in tutti i momenti cruciali della procedura, e quindi al momento della stipulazione del contratto di finanziamento, garantito dal trasferimento della proprietà di un immobile o di altro diritto immobiliare non solo dell'imprenditore, ma anche di un "terzo", oppure quando il creditore notifica al "titolare del diritto reale immobiliare" la dichiarazione di volersi avvalere degli effetti del patto, oppure quando lo stimatore comunica la relazione giurata al debitore e, se diverso, al titolare del diritto reale immobiliare.

L'oggetto del contratto riguarda contratti di finanziamento, ma non riguarda esclusivamente finanziamenti "inerenti all'esercizio dell'impresa", come per il pegno non possessorio, ma potrebbe anche attenersi a prestiti per pagare debiti personali dell'imprenditore.

Si pone la questione della possibile *cessione del contratto* ai sensi dell'art. 1406 c.c.

Se si guarda al contenuto della norma, la quale prevede che la cessione del contratto possa avere luogo solo se le prestazioni corrispettive non sono state ancora eseguite, requisito ritenuto insussistente *se una delle parti ha adempiuto alla propria obbligazione* (Cass. Civ., 29 novembre 1993, n. 11847), allora la già avvenuta erogazione del finanziamento da parte dell'istituto di credito precluderebbe ogni cessione.

Se, invece, si aderisce alla tesi che persino un contratto ad effetti reali, nei quali già con il consenso si è trasferita la proprietà, possa essere oggetto di cessione (Cass. Civ., 2 giugno 2000, n. 7319), allora il contratto avvinto da patto marciano può essere ceduto⁸ ma, trattandosi di contratto plurilaterale previo consenso del contraente ceduto.

L'esistenza di un patto Marciano giurisprudenziale pare condurre alla ammissibilità della cessione del contratto avvinto da patto Marciano *ex art. 48 bis*.

La *cessione del credito*, del pari, non pone questioni, in quanto non occorre, per il perfezionamento del contratto di cessione l'accettazione del debitore ceduto (contratto ad effetti reali), stante il principio della libera cedibilità dei crediti.

⁷ LAMANNA, *Decreto banche: iper-tutela del credito e ritocchi telematici alla legge fallimentare*, 2016, 31.

⁸ Di contrario avviso seppure in forma dubitativa AMBROSINI, *La rafforzata tutela dei creditori privilegiati nella L. n. 119 del 2016: il c.d. Patto Marciano*, www.giustiziacivile.com, 2016.

L'esistenza di un patto marciano di matrice giurisprudenziale (con profili soggettivi ed oggettivi diversi), anche qui, pare eliminare ogni dubbio al riguardo.

Né pare configurarsi una nullità "virtuale" di tali contratti di cessione, per *contrarietà a norme imperative* in difetto di espressa previsione in tal senso. Trovare conferma la tradizionale impostazione secondo la quale, ove non altrimenti stabilito dalla legge, unicamente la violazione di norme inderogabili concernenti la validità del contratto è suscettibile di determinarne la nullità e non già la violazione di norme, anch'esse imperative, riguardanti il comportamento dei contraenti la quale può essere fonte di responsabilità (Cass. Sez. Un., 19 dicembre 2007, n. 26724).

Il contratto di finanziamento ricomprende tutte le categoria di contratti di impresa (mutuo, anticipazione bancaria), compresi quelli atipici, come il *sale and lease back*.

Si dubita che il patto marciano possa essere applicato in caso di "*collegamento negoziale*". La norma fa riferimento al "contratto di finanziamento" utilizzando il singolare, mentre la causa concreta di una unitaria operazione economica può comporsi di più negozi tra loro collegati diretti ad un determinato risultato voluto dalle parti contrattuali.

Il contratto di finanziamento prevede poi dal lato soggettivo (creditore) la partecipazione soltanto di una *banca* o di "*altro soggetto autorizzato a concedere finanziamenti nei confronti del pubblico ai sensi dell'art. 106*".

Diversamente il contratto di pegno non possessorio può essere stipulato con qualsiasi creditore.

Ci si chiede, poi, cosa accada se il contratto *ex art. 48 bis* venga stipulato non da una banca oppure da un soggetto non autorizzato ai sensi dell'art. 106. Probabilmente troverà applicazione la disciplina giurisprudenziale del patto marciano e non quella delineata dall'art. 48 *bis*.

Se, poi, l'accordo prevede che il bene sia trasferito non in favore del creditore o di una società dallo stesso *controllata* o *collegata* ("ai sensi delle vigenti disposizioni di legge", quindi *ex art. 2359 c.c.*), ma ad una società che controlla la banca, può ipotizzarsi che la norma ricomprenda con interpretazione estensiva anche il trasferimento del bene alla *controllante*, non essendovi ragioni ostative a tale passaggio.

Dovrebbero rientrare nel perimetro della norma anche le società che esercitano attività di direzione e coordinamento sulla banca *ex art. 2497 c.c.*

Resta da chiarire se il collegamento societario sia solo quello dell'art. 2359, comma 3, c.c. (influenza "rilevante"), oppure se ricomprenda anche il collegamento sostanziale, di mero fatto.

Pertanto, in tal modo gli immobili oggetto del patto marciano non andranno a “pesare” sugli istituti di credito, anche per le spese di manutenzione, ma possono essere indirizzati verso società specializzate nel recupero di crediti deteriorati⁹.

Nell'area della norma, però, è ricompresa solo l'ipotesi del trasferimento della proprietà di un immobile o di un altro diritto immobiliare dell'imprenditore o di un terzo, per l'avveramento della condizione sospensiva dell'inadempimento, ma non quella speculare del già avvenuto trasferimento sottoposto alla condizione risolutiva dell'avvenuto pagamento da parte dell'imprenditore.

Tra i diritti immobiliari dell'imprenditore o del terzo può ipotizzarsi la cessione di una servitù o del diritto di usufrutto o di superficie.

La condizione del passaggio della proprietà in caso di mancata restituzione del finanziamento nei termini concordati *non è meramente potestativa ex art. 1355 c.c.*, in quanto l'effetto traslativo non dipende dalla mera volontà dell'alienante, che deve valutare il proprio assetto di interessi economici¹⁰.

8. L'abitazione principale

È esclusa la possibilità di prevedere il trasferimento di immobili adibiti ad abitazione principale del *proprietario*, del coniuge o di suoi parenti e affini entro il terzo grado¹¹.

Non può non venire in mente la peculiare disciplina dell'art. 72 comma 8 l.f., per la tutela rafforzata della casa di abitazione, laddove il curatore non può sciogliersi dai contratti preliminari trascritti aventi ad oggetto immobili abitativi destinati a costituire l'abitazione principale dell'acquirente o di suoi parenti ed affini entro il terzo grado ovvero immobili ad uso non abitativo destinati a costituire la sede principale dell'attività di impresa dell'acquirente.

La circostanza che l'art 48 *bis* non richiami il profilo di tutela per l'immobile che costituisce la sede principale dell'attività di impresa, potrebbe indurre allora a ritenere che sia ben possibile cedere l'immobile adibito a sede principale dell'attività di impresa.

Tra l'altro, l'art. 67, comma 3, lett. c) l.f. prevede un esonero da revocatoria in caso di vendite e preliminari trascritti conclusi a giusto prezzo aventi ad oggetto immobili ad uso abitativo, destinati a costituire l'abitazione principale,

⁹ LAMANNA, *op. cit.*, 2016, 32.

¹⁰ Cass. Civ., 24 novembre 2003, n. 17859.

¹¹ ORLANDO, *Prime riflessioni sul dl 59/2016 (cd decreto banche)*, in www.ilfallimentarista.it.

ovvero immobili ad uso non abitativo destinati a costituire la sede principale dell'attività di impresa.

La nozione di “abitazione principale” appare poi vacua e dai difficili contorni, ben potendo peraltro accadere che l'immobile “si trasformi” in abitazione principale al momento dell'inadempimento, proprio per evitare l'apprensione del bene ad opera della banca¹².

Pertanto, alla stregua della norma anche il terzo datore di immobile in virtù di patto marciano può destinare l'immobile ad abitazione principale, sicché la banca non potrà concludere il contratto di finanziamento avente ad oggetto tale immobile.

La norma non menziona il divieto per l'immobile su cui l'imprenditore o il terzo datore abbiano l'usufrutto. Ma pare che anche tale diritto reale sia escluso dal patto marciano, essendo identica la finalità da tutelare, e cioè il libero godimento dell'immobile ad uso di abitazione.

La *ratio* dovrebbe essere quello del rispetto dell'ordine pubblico sociale connesso alla tutela del diritto di abitazione¹³.

9. La clausola di restituzione dell'eccedenza

L'art. 48 comma 2 rappresenta il “cuore” della norma, quella pattuizione che “purifica” l'accordo da ogni frammento di possibile illiceità.

Al proprietario deve essere corrisposta la differenza tra il valore di stima del diritto e l'ammontare del debito inadempito e delle spese di trasferimento.

Se si prevede il passaggio di proprietà di un immobile destinato sin dall'inizio ad abitazione principale, si può ipotizzare: o che il contratto possa essere dichiarato nullo per illiceità dell'oggetto, o che il patto marciano *ex art. 48 bis* è inefficace, oppure che trova applicazione il patto marciano di origine giurisprudenziale.

10. L'aggiunta del patto ai contratti in corso

Qui vi è una differenza con il patto marciano “giurisprudenziale”, ove si prevede tassativamente che il patto debba essere contestuale alla stipulazione del negozio di finanziamento.

¹² ORLANDO, *op.cit.*, 2016.

¹³ GRAZIANO, *Beni immobili ceduti dalle aziende a tutela dei prestiti*, in *Guida al dir.*, 23, 2016, 38.

Non vi può essere alcuna modifica unilaterale da parte della Banca.

Il patto successivo può essere stipulato solo per *atto pubblico notarile*.

Se il patto è stipulato *quando si è già verificato l'inadempimento* e, quindi, il mancato pagamento di tre rate anche non consecutive (o magari di un numero rilevantissimo di rate), tale contratto perde la funzione di garanzia, in quanto non si tratterebbe più di un contratto ad effetti obbligatori (vendita sottoposta a condizione sospensiva), proprio perché la condizione sospensiva si è sostanzialmente già avverata, mentre ciò che residua è solo la stima del bene e la successiva acquisizione dello stesso da parte della banca dopo la stima.

È vero che l'art. 48 *bis* comma 8 prevede che l'avveramento della condizione sospensiva non si ha già con l'inadempimento, ma solo "*al momento della comunicazione al creditore del valore di stima di cui al comma 6 ovvero al momento dell'avvenuto versamento all'imprenditore della differenza di cui al comma 2*", ma in realtà, in tal modo il negozio assume natura solutoria e di estinzione della obbligazione, piuttosto che di garanzia dell'inadempimento.

Si rientra allora in una ipotesi di *datio in solutum*, quale modalità di estinzione della obbligazione, al di fuori del patto marciano e della disciplina di cui all'art. 48 *bis*.

Trova applicazione l'art. 1197 c.c. (prestazione in luogo dell'adempimento), per cui il debitore non può liberarsi eseguendo una prestazione diversa da quella dovuta, anche se di valore uguale o maggiore, salvo che il creditore consenta. In questo caso l'obbligazione si estingue quando la diversa prestazione è eseguita.

Tuttavia, si potrebbe "ricadenzare" il mutuo, con accordo ovviamente bilaterale, non potendo la banca agire unilateralmente, spalmando l'ammontare delle rate non pagate su un numero maggiore di rate oppure con un aumento del finanziamento o con una riduzione del tasso di interesse, ed inserendo il patto marciano, in tal modo potrebbe realizzarsi una novazione dell'obbligazione, con estinzione di quella precedente e creazione della nuova obbligazione. In tal caso si estinguerebbero privilegi, pegni e ipoteche del credito originario ai sensi dell'art. 1230 c.c.

In effetti, non pare che l'inserimento del patto marciano e, quindi, della condizione sospensiva all'avveramento della quale scatta la traslazione della proprietà dell'immobile, possa essere ricondotta solo ad una modalità accessoria della obbligazione che non produce novazione. Paiono sussistere sia l'*aliquid novi* (mutamento sostanziale dell'oggetto della prestazione) che l'*animus novandi* (inequivoca intenzione delle parti di estinguere la precedente obbligazione e di sostituirla con una nuova).

Ve però, detto che per la Suprema Corte¹⁴ l'allungamento dei tempi di adempimento della obbligazione non origina alcuna novazione e che il comma 4 dell'art. 2 prevede proprio l'ipotesi del mantenimento dell'ipoteca iscritta prima della trascrizione del patto marciano, anche se tale norma potrebbe riferirsi alla sola ipotesi della stipulazione del patto marciano contestualmente al contratto di finanziamento.

Se, invece, il patto marciano è aggiunto quando il *finanziato è in regola con i pagamenti rateali*, non vi dovrebbero essere ragioni ostative all'inserimento della clausola.

11. Il rapporto con le prelazioni legali

Alcune norme del codice di rito prevedono che l'alienazione di un immobile a terzi debba essere preceduto dalla *denuntiatio* a determinati soggetti, che hanno diritto di prelazione (retrato agrario per i confinanti coltivatori diretti, o retratto per i coeredi ex art. 732 c.c. o vendita dell'azienda familiare ex art. 230 c.c.).

Non v'è dubbio che, in assenza di deroghe espresse, anche il trasferimento "stragiudiziale" del bene in virtù di patto marciano debba sottostare all'efficacia delle prelazioni legali.

Pertanto, l'imprenditore deve comunicare ai soggetti interessati all'acquisizione "legale" il prezzo di stima determinato dall'esperto nominato dal presidente del Tribunale.

In tali ipotesi, il debitore inadempiente *riceverà il denaro* proveniente dal soggetto che ha inteso avvalersi della prelazione legale (con acquisto del bene) e lo dovrà versare alla banca creditrice, nei limiti del debito inadempito.

In queste ipotesi, però, la banca rischierà di perdere il denaro se il debitore non provvederà spontaneamente al pagamento del debito.

Si potrebbe ipotizzare la richiesta di un sequestro conservativo sul denaro ex art. 670 c.p.c. da parte dell'istituto di credito.

Tuttavia, se il patrimonio del debitore era già insufficiente in relazione alla pretesa fatta valere, già al momento della stipulazione del contratto di finanziamento, il sequestro conservativo non può essere concesso (Trib. 20 marzo 1997, in *Giur. it.*, 1998, I, 2, 108; Cass. Civ., 98/4542). Né può essere concesso se le cattive condizioni del debitore sussistevano ed erano note al creditore al momento del sorgere del credito (Cass. Civ., 98/5886).

¹⁴ Cass. Civ., 6 luglio 2010, n. 15980; Cass. Civ., 21 gennaio 2008, n. 1218.

12. La trascrizione del patto marciano e gli adempimenti pubblicitari preliminari

Numerose disposizioni vengono richiamate a tale proposito dall'art. 48 *bis*. Il comma 1 dispone che “la *nota di trascrizione* del trasferimento sospensivamente condizionato...deve indicare gli elementi di cui all'art. 2839, comma 2, numeri 4 (l'importo della somma per la quale l'iscrizione è presa), 5 (gli interessi e le annualità che il credito produce) e 6 (il tempo della esigibilità) del codice civile”.

Il conservatore dei registri immobiliari potrebbe anche rifiutare l'iscrizione *ex art. 745 c.p.c.* e art. 2674, comma 1, c.c., sia nel caso che le note ed i titoli non sono in caratteri intellegibili, sia quando la nota non contiene l'indicazione di cui all'art. 2839 n. 4 c.c.

Il conservatore può anche eseguire la *formalità con riserva* ai sensi dell'art. 2674 *bis* se emergono *gravi e fondati dubbi* sulla trascrivibilità di un atto o sulla iscrivibilità di una ipoteca. Per esempio se il conservatore reputa che l'immobile è adibito ad abitazione principale del proprietario o se si tratta di una vendita con condizione risolutiva legata all'adempimento del debitore.

Resta il dubbio se il patto marciano giurisprudenziale debba essere trascritto.

Di grande impatto è il comma 4 dell'art. 48 *bis* ai sensi del quale “*qualora il finanziamento sia già garantito da ipoteca, il trasferimento sospensivamente condizionato all'inadempimento, una volta trascritto, prevale sulle trascrizioni ed iscrizioni eseguite successivamente all'iscrizione ipotecaria*”.

La ragione per la quale la banca, già *titolare di ipoteca*, e quindi di *ius distraendi* (da esercitare in sede esecutiva), preferisca stipulare e trascrivere, comunque (con il medesimo debitore non inadempiente), un patto marciano, emerge dalla possibilità di evitare i lunghi tempi della vendita dell'immobile in sede esecutiva, con la prelazione ipotecaria. In più la banca potrebbe programmare anche un allungamento dei tempi di adempimento con il debitore o una riduzione del tasso di interesse praticato.

È evidente che per la banca è più semplice acquisire “stragiudizialmente” e direttamente l'immobile senza passare attraverso le forche caudine dell'esecuzione immobiliare da attivare *ex art. 2808, comma 1, c.c.*

L'esistenza dell'ipoteca (volontaria o giudiziale o legale) costituisce una sorte di “*barriera protettiva*” o di “*frangiflutti*” da successive trascrizione di pignoramenti o altre iscrizioni ipotecarie, anche se il patto marciano è trascritto dopo di essi.

In tal modo, è sempre possibile l'appropriazione stragiudiziale dell'immobile senza dover attendere la procedura esecutiva che, altrimenti, potrebbe essere iniziata da altri titolari di ipoteca iscritta prima del patto (con lo *ius di-*

strahendi ex art. 2808, comma 1) e da altri pignoramenti anteriori al patto marciano.

Insomma, una volta trascritto il patto marciano vi è la “*bonifica*” sotto il profilo della “azionabilità” di ipoteche iscritte prima dello stesso e di pignoramenti trascritti anch’essi prima del patto, purché vi sia già una ipoteca iscritta in favore della banca anteriore alle suddette iscrizioni e trascrizioni.

Il patto Marciano opera, per certi versi, come il blocco delle azioni esecutive di derivazione fallimentare o concordataria (artt. 51 e 168 l.f.).

Solo che il vantaggio non è per la massa dei creditori, ma per un singolo speciale creditore.

Con all’avveramento della condizione sospensiva (definitivo inadempimento del debitore), dunque, gli effetti *ex tunc* non operano solo rispetto alla trascrizione del patto marciano, ma retroagiscono sino alla data della anteriore iscrizione ipotecaria del medesimo creditore, realizzando una sorta di efficacia “ultraretroattiva”¹⁵.

Ciò desta seri dubbi di legittimità costituzionale sotto il profilo dell’art. 3 Cost. in relazione alla diverse facoltà concesse a tutti gli altri creditori, che subiscono una sorta di *cram down* “esecutivo”.

In questa ipotesi, dunque, non è ancora iniziata la procedura esecutiva.

Ma cosa accade se la *procedura esecutiva* è già iniziata con il pignoramento ex art. 491 c.p.c.?

Anche in questo caso *l’ipoteca della banca è stata iscritta prima del pignoramento*, ma l’esecuzione forzata è iniziata prima del patto marciano, in quanto il pignoramento di altro creditore è stato trascritto prima del patto marciano. Di nuovo prevale l’assegnazione stragiudiziale del bene alla banca. Tuttavia, se vi è stata aggiudicazione provvisoria del bene, non seguita quindi da decreto di trasferimento, o assegnazione dello stesso, questi acquisti a titolo derivativo in sede esecutiva restano “stabili” e prevalgono sulla assegnazione stragiudiziale alla banca.

Si applica il comma 10 dell’art. 48 *bis*, sicché sarà il giudice dell’esecuzione a valutare la sussistenza dell’inadempimento.

L’art. 48 *bis* comma 10 chiarisce che il patto marciano, con la connessa assegnazione stragiudiziale del bene alla banca, prevale anche se è iniziata l’esecuzione forzata per espropriazione, purché l’ipoteca iscritta in favore della banca sia anteriore alla trascrizione del pignoramento dell’altro creditore. In tal caso, come detto, l’accertamento dell’inadempimento è compiuto, su istanza del creditore, dal giudice dell’esecuzione e il valore di stima è determinato dall’esperto nominato dallo stesso giudice.

¹⁵ LAMANNA, *op. cit.*, 2016, 39.

La medesima disciplina di cui al comma 10, pare allora applicarsi a due ipotesi diverse. La prima è quella del pignoramento di altro creditore trascritto dopo l'iscrizione dell'ipoteca della banca, ma prima della trascrizione del patto marciano.

La seconda è quella del *pignoramento di altro creditore trascritto prima sia della iscrizione ipotecaria della banca sia della trascrizione del patto marciano*. Ciò spiegherebbe la ragione per cui al momento del versamento del prezzo alla procedura, dovuta come “eccedenza”, deve tenersi conto dei crediti prelazionari *potiori* (comma 10 “il creditore deve versare una somma non inferiore ... ai crediti aventi diritto di prelazione anteriore a quello dell'istante”).

13. L'inadempimento e l'autotutela contrattuale

Qui è il punto di frattura. La quiete del rapporto debito credito viene interrotta dal mancato pagamento di rate di debito, ma la soluzione adottata dal legislatore appare troppo semplicistica.

Apparentemente è tutto chiaro. Si ha inadempimento quando il mancato pagamento si protrae per oltre nove mesi dalla scadenza di almeno tre rate, anche non consecutive, nel caso di obbligo di rimborso a rate mensili; o per oltre nove mesi dalla scadenza anche di una sola rata, quando il debitore è tenuto al rimborso rateale secondo termini di scadenza superiori al periodo mensile, oppure per oltre nove mesi, quando non è prevista la restituzione mediante pagamenti da effettuarsi in via rateale, dalla scadenza del rimborso previsto nel contratto di finanziamento.

Non si chiarisce se l'inadempimento può consistere anche nel pagamento delle rate non in misura integrale ma ridotta. L'art. 120 *quinqüesdecies*, invece, al comma 3, lett. c, prevede non solo che costituisce inadempimento il mancato pagamento di un ammontare a 18 rate mensili, ma chiarisce espressamente che “*non costituiscono inadempimento i ritardati pagamenti ...*”.

Inoltre, potrebbe prospettarsi il caso che il debitore, dopo aver “saltato” il pagamento di tre rate anche non consecutive, prima dello scadere dei nove mesi, procede al pagamento di un'altra rata. Si ritiene¹⁶ che il termine sia a favore del debitore sicché inizia a decorrere un ulteriore periodo di nove mesi e, in caso di pagamento, nel frattempo di una ulteriore rata, vi è altra interruzione del periodo, con slittamento di altri nove mesi. Insomma, per verificarsi l'inadempimento, non solo il debitore non deve pagare almeno tre rate anche

¹⁶ LAMANNA, *op. cit.*, 2016, 34.

non consecutive, ma deve poi restare “inerte” per i successivi nove mesi, non pagando la rata relativa al decimo mese.

Solo nel caso in cui il pagamento non è rateale, ma è previsto in un'unica soluzione ad una data fissa, il termine di grazia dei nove mesi non può subire prolungamenti ed interruzioni, con un versamento parziale.

Tuttavia, appare evidente la vicinanza dell'istituto con la clausola risolutiva espressa, come pure con gli altri strumenti di autotutela contrattuale (diffida ad adempiere, termine essenziale, eccezione di inadempimento *ex art. 1460 c.c.* e mutamento delle condizioni patrimoniali dei contraenti *ex art. 1461 c.c.*).

Con la clausola risolutiva espressa i contraenti possono convenire espressamente che il contratto si risolva nel caso che una determinata obbligazione non sia adempiuta secondo le modalità stabilite. In questo caso, la risoluzione si verifica di diritto quando la parte interessata dichiara all'altra che intende valersi della clausola risolutiva.

È un po' il meccanismo della patto marciano di cui all'art. 48 *bis*, perché al verificarsi dell'inadempimento il creditore è tenuto a notificare al debitore e, se diverso, al titolare del diritto reale immobiliare, nonché a coloro che hanno diritto derivanti da titolo iscritto o trascritto sull'immobile, una dichiarazione di volersi avvalere degli effetti del patto, precisando l'ammontare del credito per cui si procede.

Non ci si illuda che il giudice possa essere mantenuto fuori dal perimetro di gioco. Se il debitore contesta l'inadempimento perché in realtà v'è stato un pagamento, anche solo parziale, di tre rate, o perché la banca ha errato nel computo del termine di scadenza del pagamento, o ancora magari, a torto o a ragione, ritenga che solo il *grave inadempimento* possa legittimare l'efficacia del patto marciano, potrà evidentemente rivolgersi al giudice civile.

Lo stesso accadrà se, come detto, l'imprenditore effettua un altro versamento nel corso dei nove mesi dalla scadenza di almeno tre rate o se il debitore, il terzo datore di immobile o i creditori iscritti (che vantano diritti derivanti da titolo iscritto o trascritto sull'immobile) contestano il credito vantato dalla banca, magari per l'illegittima capitalizzazione degli interessi o per l'applicazione di tassi usurari.

Del resto, anche quando la parte interessata si avvale della clausola risolutiva espressa o del termine essenziale o della diffida ad adempiere, se vi è contestazione della controparte, non resta che affidare le proprie pretese al controllo giurisdizionale, per la tutela giudiziale dei diritti di credito.

Nel caso in cui la parte interessata abbia ragione la sentenza del giudice sarà meramente dichiarativa con efficacia *ex tunc*. Diversamente il diritto esercitato dal creditore non potrebbe avere tutela.

Non può ipotizzarsi, allora che, dinanzi ad una contestazione, la banca possa tranquillamente chiedere al Presidente del Tribunale la nomina dello stimatore e lo stesso Presidente dinanzi al perpetuarsi della contestazione anche dinanzi a lui, non potrà procedere alla nomina dello stimatore.

E se pure la banca continuasse la procedura per la stima del bene il debitore potrebbe adire il giudice ordinario e chiedere disporsi *sequestro giudiziario* dell'immobile *ex art.* 670 c.p.c., con nomina del custode, trattandosi di bene immobile del quale è controversa la proprietà, proprio in relazione all'avvenimento della condizione sospensiva dell'inadempimento, che qui è contestato.

Il debitore potrebbe anche, ove la richiesta non fosse accolta, chiedere la tutela innominata di cui all'art. 700 c.p.c., se il bene immobile è un cespite essenziale per la sua produzione industriale, con il rischio di insolvenza in caso di fuoriuscita dello stesso dagli *asset* aziendali. Si tratterebbe di un diritto di credito (quello da eventuale eccedenza) collegato ad un diritto assoluto.

Per ridurre i tempi del contenzioso l'imprenditore potrebbe agire con il processo sommario di cognizione *ex art.* 702 *bis* c.p.c., se la causa è essenzialmente documentale.

Del resto, proprio con riferimento all'applicazione del patto marciano nella disciplina del pegno non possessorio si prevede espressamente all'art. 1, comma 7, lett. *d*) che il creditore ha facoltà di procedere "ove previsto nel contratto di pegno e iscritto nel registro di cui al comma 4, all'appropriazione dei beni oggetto del pegno fino a concorrenza della somma garantita, a condizione che il contratto preveda anticipatamente i criteri e le modalità di valutazione del valore del bene oggetto di pegno e dell'obbligazione garantita"; sicché il debitore e l'eventuale terzo concedente il pegno hanno diritto di proporre opposizione entro cinque giorni dall'intimazione di cui al comma 7 ai sensi dell'art. 702 *bis* c.p.c.

Nella disciplina del pegno non possessorio, peraltro, non si chiarisce neppure quale sia l'inadempimento grave (per legge) tale da determinare la vendita o l'apprensione del bene (art. 1, comma 7 "*al verificarsi di un evento che determina l'escussione del pegno*").

La notifica del verificarsi dell'evento viene notificata al debitore ed all'eventuale terzo concedente a mezzo di posta elettronica certificata, a differenza della disciplina del patto marciano, proprio perché l'imprenditore del patto marciano può anche non essere titolare di pec, quale imprenditore non commerciale.

Il legislatore ha lasciato al creditore il termine di "*riflessione*" di sessanta giorni dalla notificazione della dichiarazione di volersi avvalere degli effetti del patto¹⁷. Solo decorso tale termine è possibile presentare al presidente del tribunale istanza per la nomina del perito.

¹⁷ LAMANNA, *op. cit.*, 2016, 36.

Tale termine consente all'istituto di credito di scegliere la strada più semplice per il recupero del credito: se non vi sono contestazioni giudiziali del debitore, del terzo datore o dei creditori iscritti, allora può proseguire il suo cammino spedito verso la nomina del perito; se vi sono contestazioni giudiziali, allora potrebbe scegliere la strada consueta della esecuzione immobiliare, lasciando inutilizzato il patto marciano.

Resta il dubbio se la banca possa chiedere la nomina "immediata" del perito senza attendere i 60 giorni. Se la norma è tesa a garantire un periodo di riflessione alla banca, allora è ben possibile uno inizio sprint della procedura.

14. Il già avvenuto rimborso dell'85 per cento del finanziamento

Venendo incontro alle critiche, in sede di conversione del decreto legge, si è previsto che se il debitore ha rimborsato almeno l'85 % del finanziamento si allungano i tempi per valutare l'inadempimento. Pertanto, in tal caso, qualora alla data di scadenza della prima delle rate, anche non mensili, non pagate il debitore abbia già rimborsato il finanziamento ricevuto in misura almeno pari all'85 % della quota capitale, il periodo di inadempimento è elevato da nove a dodici mesi.

Forse troppo poco per chi chiedeva che, in tali circostanze, l'istituto di credito non potesse utilizzare il patto marciano ed acquisire l'immobile in sede stragiudiziale.

Tra l'altro, trovandoci al di fuori di una procedura concorsuale, è anche difficile comprendere come si accerta il credito della banca, tenendo conto della rilevanza dello stesso al fine di determinare se, dopo l'acquisizione del bene, la stessa debba rimborsare al debitore l'eccedenza del valore dell'immobile rispetto al credito della banca.

Anche in tale caso la norma tace e non può non pensarsi ad una contestazione giudiziale del credito da parte del debitore.

Dubbi di costituzionalità possono sorgere se il patto marciano spiega la sua efficacia anche nel caso in cui il debitore abbia già versato gran parte del suo debito (magari il 90 % o il 99 %).

15. La stima dell'immobile o del diritto reale

Tempi rapidi e decisione (apparentemente) irretrattabile. Decorsi sessanta giorni dalla comunicazione del creditore di volersi avvalere degli effetti del patto marciano, il creditore chiede al Presidente del tribunale del luogo in cui

si trova l'immobile la nomina di un perito per la stima, con relazione giurata, del diritto reale immobiliare oggetto del patto.

Certo non si comprende la ragione per la quale all'interno di un procedimento negoziale entri la figura del giudice.

Gli ultimi anni di legislazione concorsuale ci hanno insegnato che è sempre il debitore a nominare il professionista che lo coadiuva nella redazione del piano e che procede alla attestazione di fattibilità del piano e di veridicità dei dati aziendali.

Uniche eccezioni la nomina del professionista al fine della falcidia dei prelazionari nel concordato fallimentare *ex art. 124 l.f.* e la nomina dell'esperto nell'accordo di ristrutturazione con le banche *ex art. 182 septies* e nella convenzione di moratoria.

In caso di *pegno non possessorio*, il creditore può procedere alla “*appropriazione*” del bene (art. 1 comma 7 lettera d), purché il contratto indichi i criteri e le modalità di valutazione del bene oggetto di pegno, ma non specifica in alcun modo tali criteri, restando nel vago. Inoltre, non si prevede neppure che la stima debba essere effettuata da un esperto indipendente.

Una similitudine si può tracciare con il potere di valutazione dei conferimenti in natura societari assegnato al giudice per le società di persone.

La natura giurisdizionale del procedimento emerge dalla figura del giudice, dal richiamo alle cause di astensione di cui all'art. 51 c.p.c., come richiamate non solo dall'art. 48 *bis* ma anche dall'art. 64 c.p.c. (responsabilità del consulente tecnico d'ufficio) e dal richiamo alla stima di cui all'art. 568 c.p.c., che si riferisce al valore di mercato del bene.

Si potrebbe tentare un avvicinamento all'accertamento tecnico preventivo *ex art. 696 c.p.c.* oppure alla consulenza tecnica preventiva ai fini della composizione della lite *ex art. 696 bis c.p.c.*

Non a caso l'art. 696, comma 3, c.p.c. è richiamato espressamente nel patto marciano dei consumatori *ex art. 120 quinquiesdecies* del d.lgs. 1 settembre 1993, n. 385.

L'art. 696 *bis* c.p.c., infatti, prevede l'espletamento di una consulenza tecnica, in via preventiva, al di fuori delle condizioni di cui all'art. 696 c.p.c., ai fini dell'accertamento e della relativa determinazione dei crediti derivanti dalla mancata o inesatta esecuzione di obbligazioni contrattuali o da fatto illecito.

Poco chiaro è, invece, il richiamo all'articolo 1349 comma primo c.c.. Infatti, tale norma, pure richiamata dalla Suprema Corte nella individuazione delle caratteristiche essenziali del patto marciano di matrice giurisprudenziale, si riferisce, non tanto alla stima di un bene immobile, quanto alla determinazione dell'oggetto del contratto di cui all'art. 1346 c.c., quando entrambe le parti sono d'accordo nel lasciare al terzo arbitratore la determinazione del-

l'oggetto della prestazione. In questo caso, invece, è solo il creditore ad avanzare l'istanza dinanzi al presidente del tribunale.

Viene in luce, dunque, la figura dell'arbitratore, e non quella dello stimatore di un bene. Tuttavia, a prescindere da tale rilievo, ciò che conta è che il comma 1 dell'art. 1349 fa riferimento alla determinazione della prestazione dedotta in contratto deferita ad un terzo che vi deve procedere con "*equo apprezzamento*". Pertanto, se manca la determinazione del terzo o se questa è manifestamente iniqua o erronea, la determinazione è fatta dal giudice.

Ciò che si vuole sicuramente escludere è che la determinazione sia rimessa al mero arbitrio del terzo *ex art. 1349*, comma 2, c.c., la quale non si può impugnare se non provando la sua mala fede. In più se manca la determinazione del terzo e le parti non si accordano per sostituirlo, il contratto è nullo.

Si nota un contrasto tra la stima del perito *ex art. 568 c.p.c.* a *valori di mercato* e la determinazione della prestazione del contratto da parte dell'arbitratore che si fonda sull'*equo apprezzamento*, che pare sganciato in qualche misura dal valore di mercato.

In caso di procedura esecutiva già iniziata, poi, è probabile che il giudice abbia già nominato lo stimatore ai sensi dell'art. 568 c.c., che ha anche effettuato la stima a valori di mercato.

Se, poi, per qualsiasi ragione lo stimatore non deposita la relazione scritta nei tempi stabiliti, ci si pone la questione se lo stesso possa essere sostituito con altro professionista oppure se debba provvedere il giudice ai sensi dell'art. 1349, comma 1, c.c.

Non pare condivisibile la possibile interpretazione della norma, nel senso che la banca potrebbe scegliere di ricorrere ad un arbitratore in alternativa secca alla richiesta di nomina del perito da parte del tribunale. Non si può pensare che la banca possa inserire nel patto marciano la possibilità di nominare un arbitratore di sua fiducia, senza rivolgersi al presidente del tribunale.

La norma prevede un meccanismo di deposito della relazione scritta molto simile a quello del deposito della consulenza tecnica d'ufficio, con un *doppio deposito* prima della versione provvisoria della relazione, e poi, dopo le osservazioni degli interessati, della versione definitiva *ex art. 195*, comma 3, c.p.c.

Ciò significa che le parti possono rappresentare allo stimatore l'esistenza di errori, inesattezza, incongruenze, sì da indurre il professionista a mutare le sue conclusioni ed a riconoscere un maggiore o minore valore dell'immobile.

Analogamente il comma 6 dell'art. 48 *bis* dispone che entro sessanta giorni dalla nomina il perito comunica, ove possibile, a mezzo di posta elettronica certificata, la relazione giurata di stima al debitore e, se diverso, al titolare del diritto reale immobiliare nonché a coloro che hanno diritti derivanti da titolo iscritto o trascritto sull'immobile. I destinatari della comunicazione possono,

entro dieci giorni dalla comunicazione, inviare note al perito; in tal caso il perito entro i successivi dieci giorni, effettua una nuova comunicazione della relazione rendendo gli eventuali chiarimenti.

Se il *debitore contesta* la stima, si prevede che il creditore ha comunque il diritto di avvalersi degli effetti del patto e l'eventuale infondatezza della contestazione incide sulla differenza da versare al titolare del diritto reale immobiliare.

Non si comprende perché analoga contestazione della stima non possa essere effettuata anche dal terzo datore o dai titolari di diritti derivanti da titoli iscritti o trascritti sull'immobile.

Questa norma appare fondamentale per evitare i lunghi tempi di definizione della controversia insorta in ordine alla determinazione della stima e per consentire al creditore l'acquisizione stragiudiziale dell'immobile.

La vicenda giurisdizionale in ordine alla valutazione del bene potrebbe continuare dinanzi al Presidente del tribunale che dovrebbe chiamare, ove necessario, lo stimatore a *chiarimenti* oppure potrebbe dare inizio ad un ordinario giudizio di cognizione, prima del quale il debitore potrebbe chiedere un sequestro giudiziario dell'immobile, al fine di impedire il passaggio della proprietà del bene, oppure anche una tutela in via d'urgenza ai sensi dell'art. 700 c.p.c. se il bene è necessario per la prosecuzione del ciclo produttivo o se la somma in eccedenza da versare dalla banca deve essere di molto maggiore e potrebbe incidere sulla esistenza stessa della vita della impresa.

16. L'avveramento della condizione sospensiva

Il comma 8 traccia le modalità del trasferimento della proprietà immobiliare. Si particolare interesse è l'avveramento della condizione sospensiva, che comporta il passaggio della proprietà del bene alla banca, trattandosi di contratto ad effetti obbligatori o ad effetti reali differiti.

Il trasferimento non avviene con il deposito della relazione scritta dello stimatore oppure dopo che sono state risolte possibili controversie insorte tra le parti, ma la norma detta con precisione due momenti distinti, a seconda che il valore dell'immobile sia uguale (o inferiore) oppure superiore al debito.

Pertanto, la condizione si considera avverata "verificatisi i presupposti di cui al comma 5" (inadempimento), al momento della comunicazione al creditore del valore di stima di cui al comma 6 ovvero al momento dell'avvenuto versamento all'imprenditore della differenza di cui al comma 2, qualora il valore di stima sia superiore all'ammontare del debito inadempito, comprensivo di tutte le spese e dei costi del trasferimento.

Resta da comprendere la ragione per cui il legislatore abbia nuovamente inserito al comma 8, la “*verifica in ordine alla sussistenza dell’inadempimento*”, che pare invece il requisito minimo per poter accedere alla richiesta di nomina dello stimatore al Presidente del tribunale.

Potrebbe trattarsi di una inutile ripetizione, oppure di una nuova (o prima) valutazione del Presidente del Tribunale, che potrebbe decidere sulla stessa con rito camerale *ex art. 737 e ss. c.p.c.*

Si prevede, inoltre, che il contratto di finanziamento o la sua modificazione a norma del comma 4 contiene l’espressa previsione di un apposito conto corrente bancario senza spese, intestato al titolare del diritto reale immobiliare, sul quale il creditore deve accreditare l’importo pari alla differenza tra il valore di stima e l’ammontare del debito inadempito.

17. Se il valore dell’immobile è superiore al debito

In questo caso la norma con grande chiarezza prevede al comma 2 che la banca deve corrispondere al proprietario l’eventuale differenza tra il valore di stima e l’ammontare del debito inadempito e delle spese di trasferimento.

Il meccanismo si avvicina molto a quello previsto per il contratto di leasing in caso di scioglimento del rapporto sia in corso di fallimento *ex art. 72 quater l.f.* sia in caso di concordato preventivo *ex art. 169 bis l.f.*

La differenza si rinviene che, mentre nel fallimento e nel concordato preventivo, il bene viene restituito alla società di leasing che deve procedere alla allocazione dello stesso a valori di mercato, nel patto marciano, la banca acquisisce il bene in via “stragiudiziale”, senza doverlo ricollocare sul mercato.

Nel caso del leasing fallimentare o concordatario, quindi, vi è una sorta di prededuzione in favore delle società di leasing, soprattutto in caso di equivalenza del valore del bene rispetto al credito vantato, mentre nel patto marciano vi è una “superprededuzione” consistente nell’acquisizione a titolo definitivo del bene.

Nell’ipotesi di leasing fallimentare o concordatario, poi, la società di leasing può, dopo essere stata ammessa al passivo con riserva e se il valore del bene è inferiore al proprio credito, insinuarsi al passivo per la differenza.

18. Se il valore dell’immobile è inferiore al debito

La questione non è affrontata in modo espresso dalla norma, mentre è risolta dal diritto positivo per il patto marciano dei consumatori.

Si ritiene, da parte di alcuni, che se il valore dell'immobile concesso in garanzia, con contratto di vendita condizionato sospensivamente all'inadempimento del debitore all'obbligazione di restituzione, è di valore inferiore al debito residuo, la banca potrebbe, da un lato, acquisire il bene in via stragiudiziale, e dall'altro, pretendere dal debitore la parte residua del credito.

A me pare che una tale ricostruzione non sia consentita dalla norma. L'imprenditore, infatti, ottiene il finanziamento e concede alla banca la garanzia su un determinato immobile, prevedendone espressamente il passaggio della proprietà alla banca, previa stima, al momento del verificarsi di un inadempimento considerato grave per legge.

Il divieto del patto commissorio, che tutela come detto non solo la sproporzione tra le prestazioni, l'approfittamento dello stato di bisogno di una parte, ma anche la *par condicio creditorum*, viene "epurato" di ogni negativa considerazione dal patto marciano, *posto evidentemente a tutela del contraente debole*.

Verificatosi l'inadempimento grave per legge ed effettuata la stima, il bene passa nelle mani della banca stragiudizialmente e la stessa non può che accontentarsi del valore del bene, proprio perché su quel bene si incentrava la garanzia fornita dall'imprenditore.

La banca, insomma, al momento della stipulazione del contratto con patto marciano, pur non avendo stimato l'immobile in modo accurato con le modalità successive di cui al comma 6 con la nomina dello stimatore da parte del presidente del tribunale, ha però ritenuto che il valore di quel bene fosse sufficiente a consentirle il recupero delle rate impagate del finanziamento.

Il patto marciano è volto a favorire l'imprenditore che chiede il finanziamento contro la possibilità che il suo stato di bisogno consenta alla banca di acquisire un immobile di enorme valore e "purifica" in tal modo il patto commissorio.

Non v'è dubbio allora che una volta appreso il bene, se il valore è inferiore al residuo debito da restituzione, la banca non potrà agire in giudizio per ottenere il credito residuo. Il debitore è quindi esdebitato per la differenza¹⁸.

Tra l'altro, tale condotta (di richiesta del residuo) esulerebbe dalla stessa costruzione della norma sul patto marciano, tutta tesa ad evitare le perigliose vie dell'azione giudiziaria sia in sede esecutiva che in sede ordinaria.

La banca con la stipulazione del patto marciano si accolla il *rischio* che il bene possa avere anche un valore inferiore a quello prevedibile. Tale rischio è pienamente compensato dalla possibilità di acquisizione del bene in via stragiudiziale, senza l'intervento del giudice.

¹⁸ RUBERTELLI, *www.ferenotizie.it*, 1° settembre 2016.

Se la banca reputa che il bene non è capiente, può non avvalersi del piano e seguire la via della esecuzione immobiliare¹⁹.

19. Il patto marciano dei “consumatori” ex art. 120 *quinqüesdecies* d.lgs. 1 settembre 1993, n. 385 (TUB)

L'art. 120 *quinqüesdecies* (inadempimento del consumatore) prevede che *“fermo quanto previsto dall'art. 2744 del codice civile, le parti possono convenire, con clausola espressa, al momento della conclusione del contratto di credito, che in caso di inadempimento del consumatore la restituzione o il trasferimento del bene immobile oggetto di garanzia reale o dei proventi della vendita del bene medesimo comporta l'estinzione dell'intero debito a carico del consumatore derivante dal contratto di credito anche se il valore del bene immobile restituito o trasferito ovvero l'ammontare dei proventi della vendita è inferiore al debito residuo. Se il valore dell'immobile come stimato dal perito ... è superiore al debito residuo, il consumatore ha diritto all'eccedenza. In ogni caso il finanziatore si adopera con ogni diligenza per conseguire dalla vendita il miglior prezzo di realizzo”*.

Il requisito soggettivo è rappresentato dall'inadempimento del consumatore. Tale nozione si ricava dalla “qualità” dell'indebitamento. Il consumatore è colui che assume obbligazione esclusivamente per scopi estranei alla propria attività professionale o imprenditoriale eventualmente svolta (art. 6 della legge n. 3 del 2012).

Il tempo di inadempimento è stabilito nel mancato pagamento di 18 rate.

Il patto non può essere successivo alla stipulazione del contratto.

Il trasferimento del bene, anche se di valore inferiore al debito residuo, comporta l'estinzione dell'intero debito.

Il patto può avere ad oggetto anche l'immobile adibito a residenza principale del consumatore.

19. Le pubblicità al termine dell'operazione commerciale

Se si avvera la condizione, con la verifica dell'inadempimento, la comunicazione al creditore della stima del bene o l'avvenuto versamento del residuo da parte della banca, ed il conseguente passaggio della proprietà del bene, il

¹⁹AMBROSINI, *op. cit.*, 2016, 10.

creditore *ex* comma 9, ai fini pubblicitari connessi alla annotazione della cancellazione della condizione sospensiva, ai sensi dell'art. 2668, terzo comma c.c., anche unilateralmente, rende nell'atto notarile di avveramento della condizione una dichiarazione con cui attesta l'inadempimento del debitore a norma del comma 5, producendo altresì estratto autentico delle scritture contabili di cui all'art. 2214 c.c.

Certo è che se l'imprenditore ha chiesto in giudizio l'accertamento in ordine al suo regolare pagamento del finanziamento, non pare possibile che la banca possa rilasciare tale attestazione.

L'art. 57 del d.p.r. n. 445/2000 prevede che si possa rendere l'attestazione su "fatti", ma si dubita che l'inadempimento, ove pure contestato, sia un fatto, vertendosi in realtà su un giudizio.

Inoltre, la falsa attestazione potrebbe recare responsabilità penali del funzionario che rilascia la dichiarazione.

Il comma 13 prevede, poi, che nel caso in cui il debitore sia riuscito a restituire il finanziamento nel termine pattuito, entro trenta giorni dall'estinzione della obbligazione garantita il creditore provvede, mediante atto notarile, a dare pubblicità nei registri immobiliari del mancato definitivo avveramento della condizione sospensiva.

Deve valutarsi che la banca, nonostante la tempestiva restituzione del finanziamento, si attardi e non procede subito entro trenta giorni alla prescritta cancellazione, potendo derivarne un'azione di risarcimento danni se l'esistenza della formalità impedisca od ostacoli la vendita a terzi del bene.

21. Le interferenze con il processo esecutivo

Il comma 10 traccia i punti di contratto del patto marciano con un processo esecutivo già iniziato.

Qui pare esaminato un caso diverso da quello del comma 4, ma con identica disciplina. In quella ipotesi il patto marciano prevale anche sul pignoramento trascritto prima, ma solo se la banca è già titolare di una ipoteca iscritta prima del pignoramento.

In questa ipotesi, invece, la banca non ha una ipoteca iscritta "prima" sul bene, ma ha solo stipulato e trascritto il patto marciano, ma il pignoramento è stato trascritto (o altra ipoteca di 1° grado è stata iscritta) prima del patto ed eventualmente anche prima della ipoteca giudiziale (che diviene di 2° grado).

In tal caso, le contestazioni sull'inadempimento sono risolte dal giudice dell'esecuzione e il valore di stima è determinato dall'esperto nominato dal giudice dell'esecuzione. Questi provvede all'accertamento dell'inadempimento con

ordinanza, fissando il termine entro il quale il creditore deve versare una somma non inferiore alle spese di esecuzione e, ove vi siano, ai crediti aventi diritto di prelazione anteriore a quello dell'istante ovvero pari all'eventuale differenza tra il valore di stima del bene e l'ammontare del debito inadempito.

Il debitore in questo caso può presentare opposizione sia alla esecuzione che agli atti esecutivi, chiedendo l'eventuale sospensiva *ex art* 617 c.p.c.

Nulla rischia, però, il creditore bancario, in quanto se il bene è stato stimato 100, il debito inadempito è di 60, tratterrà il bene "stragiudizialmente" e verserà il residuo di 40 alla procedura esecutiva. Se, però, vi sono spese in prededuzione (pagamento stimatore o delegato alla vendita), al massimo il creditore bancario potrà loro versare parte del residuo di 40, e su quel residuo saranno pagate tali spese *ex art.* 2770 c.c. (*ex art.* 95 c.p.c.), con restituzione di quanto resta al debitore.

Se però c'è ipoteca di primo grado iscritta prima della banca, che ha quindi una ipoteca di secondo grado, magari con successiva trascrizione del patto marciano, penso che non sia possibile utilizzare l'appropriazione "stragiudiziale".

Oppure trova attuazione il patto Marciano, la banca deve versare la somma prima alla banca con diritto ipotecario precedente (di primo grado) e poi soddisfarsi, con restituzione di quello che eventualmente "ecceda".

Una volta avvenuto il versamento, il giudice dell'esecuzione, con decreto, dà atto dell'avveramento della condizione ed il decreto è annotato ai fini della cancellazione della condizione a norma dell'art. 2668 c.c. La distribuzione della somma avviene con le modalità dell'art. 596 c.p.c. che richiama l'art. 510, comma 1, c.p.c.

22. Il patto marciano ed il fallimento

Il comma 12 in modo stringato sancisce che quando, dopo la trascrizione del patto marciano, sopravviene il fallimento del titolare del diritto reale immobiliare, il creditore, se è stato ammesso al passivo, può fare istanza al giudice delegato perché, sentiti il curatore ed il comitato dei creditori, provveda a norma del comma 10, in quanto compatibile.

È chiaro che il patto marciano *trascritto dopo* la pubblicazione della sentenza di fallimento rende lo stesso inopponibile al fallimento ed alla massa dei creditori ai sensi dell'art. 45 l.f.

Per l'inopponibilità non è necessaria l'iscrizione della sentenza di fallimento nel registro delle imprese *ex art.* 16 l.f., ma è sufficiente la pubblicazione della sentenza dichiarativa di fallimento.

La prima questione attiene alla possibilità per il curatore del fallimento

dell'imprenditore di sciogliersi dal contratto ai sensi dell'art. 72 l.f., trattandosi di contratto ad effetti obbligatori.

In realtà, però l'istituto di credito ha già completamente adempiuto alla propria obbligazione con la concessione del mutuo, sicché non dovrebbe residuare alcuna possibilità di scioglimento per il curatore.

Del resto la norma si sofferma unicamente sui profili di compatibilità tra disciplina del patto marciano e procedura fallimentare.

Non v'è dubbio che l'istituto di credito debba essere ammesso al passivo, sicché è completamente rispettato il *concorso formale* tra i creditori, mentre su quello sostanziale pare prevalere il patto marciano.

Il procedimento, quindi, consiste nella istanza del creditore rivolta al giudice delegato di provvedere a norma del comma 10, in quanto compatibile.

Deve stabilirsi se la cessione del bene alla banca vada inserita o meno nel *programma di liquidazione* predisposto dal curatore ai sensi dell'art. 104 ter l.f. Probabilmente non vi dovrà essere inserito perché l'acquisizione del bene avviene con le modalità peculiari di cui al comma 10, richiamato in quanto compatibile dal comma 12.

I pareri del curatore e del comitato dei creditori, pure se obbligatori ("sentiti") non sono vincolanti, sicché il giudice delegato può discostarsene.

Il giudice delegato, quindi, come il collega delle esecuzioni, deve accertare la sussistenza dell'inadempimento, ma in tal caso l'inadempimento è *in re ipsa*, proprio per la decozione già accertata dal tribunale fallimentare.

Tale accertamento, quindi, deve inserirsi all'interno della verifica del passivo, sia tempestiva che tardiva, ai sensi dell'art. 101 l.f.

A meno che non si ritenga che l'efficacia del patto marciano si abbia solo nel caso in cui prima del fallimento il debitore è rimasto inadempiente per oltre nove mesi. Se l'inadempimento "qualificato" non v'è stato oltre 9 mesi prima del fallimento (e probabilmente proprio per tale accertamento sono necessari i pareri del curatore e del comitato dei creditori, altrimenti incomprensibili), il patto Marciano perde efficacia e non può operare, non essendo opponibile alla massa dei creditori.

Se il provvedimento del giudice delegato è emesso in sede di verifica del passivo, anche tardiva, l'impugnazione è rappresentata dagli strumenti dell'art. 98 l.f.

Si è ritenuto²⁰, invece, che il provvedimento del giudice possa essere impugnato ai sensi dell'art. 26 l.f.

La procedura di ammissione sembra avvicinarsi a quanto previsto dall'art.

²⁰ AMBROSINI, *op. cit.*, 15, 2016.

72 *quater* per il contratto di leasing (il contratto di leasing però può essere sciolto perché la società concedente continuare a mantenere il bene nella disponibilità dell'utilizzatore che paga le rate).

Se, però, si ritiene che il provvedimento del giudice delegato avvenga fuori della verifica del passivo, allora si pone la questione della impugnazione di tale provvedimento.

In tal caso il provvedimento del giudice delegato può essere impugnato dinanzi al tribunale ai sensi dell'art. 26 l.f.

In caso di fallimento, la somma da versare da parte della banca deve comprendere anche le somme in prededuzione sopportate dal fallimento per la conservazione del bene ed una quota parte, sempre in prededuzione del compenso del curatore (Cass. 12 maggio 2010, n. 11500).

Certo vi è una deroga espressa all'art. 51 l.f., che prevede il blocco delle azioni esecutive e cautelari, come una sorta di "superprededuzione" in favore della banca.

La trascrizione del patto marciano deve avvenire prima della dichiarazione di fallimento, ma l'inadempimento "qualificato" deve essersi verificato prima della sentenza di decozione.

23. La revocatoria fallimentare del patto marciano

Il comma 13 *bis* prevede che, ai fini del concorso tra i creditori, il patto a scopo di garanzia è equiparato all'ipoteca.

Non v'è dubbio che la stipulazione del patto marciano avvenuta nel periodo sospetto possa ledere la *par condicio creditorum*, in quanto la banca, che magari non ha neppure la prelazione ipotecaria, può attingere il bene in via stragiudiziale anche dopo la dichiarazione di fallimento, con le modalità di cui ai commi 12 e 10.

È chiaro che il patto marciano per essere opponibile al fallimento deve essere trascritto prima del deposito della sentenza di fallimento.

Il patto Marciano dovrebbe costituire un atto ordinario di quelli di cui all'art. 67, comma 2, l.f., in quanto tale patto – parificato all'ipoteca – è contestuale al sorgere del debito.

24. La verifica del passivo del patto marciano

In caso di ammissione al passivo della banca del credito con annesso patto marciano si pone la questione se il credito, in qualche modo "antergato" della

banca, parificato alla ipoteca, richieda la rinnovazione dello stesso prima del decorso dei venti anni.

Inoltre, il comma 13 *bis* prevede che la trascrizione del patto produce gli effetti di cui all'art. 2855 c.c., avendo riguardo, in luogo del pignoramento, alla notificazione della dichiarazione di cui al comma 5.

Ciò rileva per il riconoscimento del triennio in privilegio.

Il terzo datore del bene immobile avvinto da patto marciano, ove fallisca, non impone alla banca di presentare domanda di ammissione al passivo, in quanto il fallito (terzo datore) non è debitore verso la banca, ma solo responsabile nei suoi confronti per via dell'immobile avviluppato dal patto marciano.

Pertanto, il giudice delegato deve fissare un termine entro il quale l'istituto di credito deve versare l'eventuale differenza tra il valore di stima e l'ammontare del debito inadempito, e dare atto dell'avveramento della condizione.

25. Il patto marciano ed il concordato preventivo

Anche in questo caso non è possibile che il debitore possa sciogliersi dal contratto in quanto la banca ha già eseguito la propria prestazione, ed il campo di applicazione dell'art. 169 *bis* è analogo a quello dell'art. 72 l.f. (*“sciogliersi dai contratti ancora ineseguiti o non compiutamente eseguiti”*).

Ciò significa che il credito della banca è garantito dal patto marciano e che il patto può essere attivato per il trasferimento stragiudiziale del bene, come una sorta di “superprededuazione”.

Se vi è contestazione sull'inadempimento non v'è dubbio che l'unica sede deputata a tale decisione sia quella del giudizio ordinario di cognizione.

La banca non può esercitare il diritto di voto per eccesso di interesse, come accade per i creditori con diritto di prelazione.

Tale credito può essere falcidiato ai sensi dell'art. 160, comma 2, essendo parificato all'ipoteca ai fini del concorso tra i creditori. Ciò nel caso in cui il valore del bene sia inferiore al credito vantato dalla banca.

Se, invece, si ritiene che il trasferimento “stragiudiziale” del bene comporti l'estinzione dell'obbligazione, non v'è ragione di operare la falcidia perché il credito della banca risulta interamente pagato o soddisfatto.

Si potrebbero intravedere anche delle convergenze con il mandato all'incasso con patto di compensazione. Anche in questo caso vi è una sorta di compensazione del debito nei confronti della banca per la concessione del finanziamento con il credito della banca che acquisisce la proprietà del bene.

Pertanto, il bene immobile va, in ogni caso, riconsegnato alla banca, senza poter andare a beneficio degli altri creditori.

26. Il patto marciano ed il concordato fallimentare

In questa ipotesi, se il patto marciano è stato trascritto prima del fallimento, è allo stesso opponibile.

Pertanto, il terzo assuntore del concordato si accolla i debiti ed ottiene il trasferimento dell'attivo, ma non dell'immobile oggetto del patto marciano che viene restituito alla banca, ma solo della somma versata dalla banca in eccedenza rispetto al valore del bene.

27. Il patto marciano e l'accordo di ristrutturazione con le banche ai sensi dell'art. 182 septies

In questo caso l'esistenza di crediti bancari garantiti dalla esistenza del patto marciano può essere utile per la suddivisione delle banche in categorie, all'interno delle quali quelle in minoranza possono essere costrette ad accettare la maggioranza del 75 % dei crediti della categoria.

28. Il patto marciano e la composizione da sovraindebitamento ex art. 10, l. n. 3/2012

Dovrebbero valere le medesime considerazioni del concordato preventivo in quanto gli artt. 6 e ss. della l. n. 3/2012 non prevedono l'applicazione delle norme sui rapporti giuridici pendenti.

29. Il piano del consumatore ed il patto marciano

In realtà, il patto marciano di cui all'art. 48 bis non trova applicazione ai consumatori (cfr. art. 6 l. n. 3/2012), ma solo agli imprenditori, anche commerciali, ed ai professionisti.

30. Profili di incostituzionalità della norma

Non pare che si possano adombrare dubbi di costituzionalità sulla norma, solo nel caso in cui si aderisca alla tesi per cui il divieto del patto commissorio tutela solo il pericolo di "sproporzione" tra debito e valore del bene, in quanto

la perdita della proprietà avviene attraverso la previa stima del bene, con versamento del valore eccedente al debitore da parte dell'istituto di credito.

Se, però, come ritenuto dalle Sezioni Unite del 1989, la ratio del divieto del patto commissorio è quella di tutelare la *par condicio creditorum* e l'approfittamento dello stato di bisogno, ecco che i dubbi di costituzionalità della norma con l'art. 3 della Costituzione emergono.

Una questione potrebbe aprirsi anche se si ritenesse che, in caso di valore del bene inferiore al debito, la banca potrebbe non solo accaparrarsi il bene in via stragiudiziale, ma anche chiedere al debitore il pagamento del residuo.

Ciò in contrasto con quanto espressamente previsto per i consumatori, che si liberano di ogni obbligazione con il trasferimento del bene (anche qui violazione dell'art. 3 Cost.).

Il rischio del patto marciano, non può che ricadere sull'istituto di credito, il quale se da un lato sfugge alla *par condicio creditorum* riuscendo ad acquisire in via stragiudiziale l'immobile, tuttavia non può chiedere più del valore reale della garanzia immobiliare.

Non si può sostenere che la stima dell'immobile debba essere effettuata già al momento della stipulazione del contratto²¹, in quanto il valore dell'immobile potrebbe anche mutare nel corso del tempo ed essere addirittura superiore, con un vantaggio per l'imprenditore.

Pare corretto che la valutazione avvenga al momento dell'inadempimento, in modo da tenere conto di tutti i sopravvenuti mutamenti del valore del bene fino al tempo dell'inadempimento (si pensi ad una modifica della destinazione urbanistica con passaggio del terreno da agricolo ad edificabile).

Se, poi, il debitore ha già pagato gran parte del debito, l'applicabilità del patto marciano potrebbe violare l'art. 3 Cost. (o forse anche l'art. 42 Cost. – espropriazione per motivi di interesse generale salvo indennizzo –), trattandosi di situazione differente che non possono essere trattate allo stesso modo, sotto il profilo del difetto di ragionevolezza²².

²¹ RICCIO, *Speciale decreto banche. I dubbi di costituzionalità dell'articolo 2*, 7 luglio 2016.

²² AMBROSINI, *op.cit.*, 2016, 9.

Risanamento dell'impresa e tutela dei crediti tributari: obiettivi in conflitto? *

Company Recovery and Protection of Tax Claims: Conflicting Aims?

Gerardo Longobardi **

ABSTRACT

L'Autore affronta il tema del rapporto tra due interessi in conflitto: quello al risanamento dell'impresa e alla soddisfazione dei crediti tributari. L'articolo illustra le innovazioni introdotte sull'argomento dal D.L. n. 193/2016 e termina prestando particolare attenzione alle implicazioni fiscali dell'ipotesi di chiusura anticipata del fallimento ai sensi dell'art. 118 l.f.

PAROLE CHIAVE: risanamento d'impresa – crediti tributari – conflitto.

The Author addresses the issue of the relation between two conflicting interests: the interest related to the company recover and that related to the fulfillment of tax claims. The paper illustrates the innovations introduced by the Legislative Decree no. 193/2016 and finally deals with the fiscal implications of the hypothesis of anticipated closure of the insolvency proceeding.

KEYWORDS: company recovery – tax claims – conflict.

* Relazione tenuta ad Alba, il 19 novembre 2016, al XXIII Convegno di Studi “*Il difficile cammino del risanamento dell'impresa: procedure concorsuali, limiti dell'accesso al credito e rigidità dello stato esattore.*”

** Già Presidente del Consiglio Nazionale dei Dottori Commercialisti e degli Esperti Contabili.

SOMMARIO

1. Premessa – 2. Il tema del risanamento dell'impresa e della tutela dei crediti tributari è tornato recentemente all'attualità – 3. Il necessario intervento in sede di primi indizi di crisi – 4. Falcidiabilità IVE e CGE – 5. Art. 118 l.f.: chiusura anticipata fallimento e ricadute fiscali.

1. Premessa

Le ricadute fiscali delle procedure concorsuali oltre ad essere di grande importanza, sono oggi di grande attualità. Prima di effettuare un “riesame” della normativa esistente o delle proposte di modifiche legislative su tali tematiche, vorrei mettere in evidenza alcuni dati – estratti da un campione rappresentato dai rapporti redatti dai curatori ai sensi dell'art. 33 l.f. in 4.827 procedure pendenti – relativi alla Sezione Fallimentare del Tribunale di Milano. Dall'indagine è emerso che nel primo semestre del 2015 il 40% dei debiti ammessi al passivo era rappresentato da crediti verso l'Erario ed Enti previdenziali (del totale di € 24,9 mio, questi vantavano ben € 9.7 mio).

Si tratta di una situazione emergenziale, dove è necessario intervenire, sia con misure improntate a velocizzare il recupero del gettito laddove l'insolvenza sia conclamata sia con un monitoraggio preventivo nei casi in cui l'impresa versi in situazione di crisi o di (pre-crisi), così da evitare che si accumulino ingenti debiti, soprattutto verso la P.A.

Pur non credendo alla generalizzazione della formula “imprenditore fallito, onesto ma sfortunato”, occorrerebbe comprendere se il nostro sistema fiscale sia adeguato e sostenibile da parte di quanti siano disposti a fare impresa in modo onesto e se forse non sia il caso di rivedere l'impianto giuridico su cui tale sistema si basa.

Perché, se è vero l'assunto che le procedure concorsuali devono avere ad oggetto la realizzazione dei diritti dei creditori nell'osservanza della (oramai obsoleta) regola della *par condicio*, dai dati di Milano mi pare di capire che la massa fallimentare sia oggi destinata alla soddisfazione dei creditori privilegiati e precipuamente del creditore Erario. Insomma una revisione del sistema non si attua con modifiche estemporanee, bensì in un'ottica di interventi collegati da un obiettivo (macro economico) comune. Che qualcosa non funzioni è chiaro anche alla CGE che con argomentazioni ragionevoli e condivisibili ha previsto la possibilità di falcidia dell'IVA.

Su questo aspetto ritorno in seguito.

2. Il tema del risanamento dell'impresa e della tutela dei crediti tributari è tornato recentemente di attualità

Seppure indirettamente, con il decreto collegato alla legge di bilancio 2017 (d.l. n. 193/2016) che ha previsto, come noto, la c.d. rottamazione delle cartelle, ossia la definizione agevolata dei carichi affidati agli agenti della riscossione negli anni dal 2000 al 2016.

Nell'ambito della disciplina è stata prevista una specifica disposizione (comma 13 dell'art. 6) che qualifica come crediti prededucibili le somme occorrenti per aderire alla definizione agevolata, che sono oggetto di procedura concorsuale o delle procedure di composizione negoziale della crisi d'impresa previste dalla legge fallimentare (r.d. n. 267/1942).

Si prevede dunque che le somme ricavate dalla liquidazione dell'attivo siano destinate, con priorità, alla definizione agevolata, conseguentemente modificando l'ordine di ripartizione dell'attivo.

La norma, a ben guardare, rappresenta un esempio emblematico di come il legislatore abbia ben presente il conflitto esistente tra gli obiettivi del risanamento dell'impresa e della tutela dei crediti tributari e di come cerchi di risolverlo consentendo di accedere ai benefici della definizione anche in presenza di crediti aventi un grado di privilegio superiore a quello delle somme che con la rottamazione risultano soddisfatte.

Ma, come si suol dire, di buone intenzioni sono lastricate le vie dell'inferno e quindi potrebbe succedere che, per effetto della norma in oggetto, l'aggio di riscossione e quindi il compenso per l'Agente di riscossione trovi soddisfazione in danno di altri creditori, normalmente preferiti, come i dipendenti, per le retribuzioni loro spettanti.

Un sacrificio ingiusto che potrebbe mettere in dubbio la legittimità costituzionale della norma.

Per chiudere sul punto, segnalo che, per effetto degli emendamenti approvati dalla Camera, è stato espressamente previsto che nella definizione agevolata sono altresì inclusi i carichi affidati agli Agenti della riscossione che rientrano nei procedimenti di composizione della crisi da sovraindebitamento.

In particolare i debitori possono estinguere il debito senza corrispondere sanzioni, interessi di mora e somme aggiuntive, provvedendo al pagamento del debito, anche falcidiato, nelle modalità e nei tempi eventualmente previsti nel decreto di omologa dell'accordo o del piano del consumatore (commi 9 *bis* e 9 *ter* dell'art. 6).

Al di là del giudizio che si voglia dare dell'istituto della rottamazione, il modo migliore per conciliare il risanamento dell'impresa e la tutela dei crediti

tributari sarebbe stato quello di prevedere una rateazione del pagamento più lunga e con più rate rispetto alle cinque attualmente previste. La perdita temporanea di gettito avrebbe potuto essere più che compensata da una maggiore percentuale di adesione da parte dei contribuenti, con un saldo finale plausibilmente positivo per il gettito erariale e per le possibilità di risanamento delle imprese.

Ma al di là di tali specifiche misure, il dato di fondo che emerge dal decreto collegato è la necessità di un ripensamento generale del sistema di riscossione, la cui soluzione non passa tuttavia “semplicemente”, come fa il decreto, per l’annunciata soppressione di Equitalia.

I tributi devono essere riscossi; semmai si tratta di non oberare chi se ne deve occupare, caricandolo di pretese prive di fondamento o rivolte a debitori palesemente insolventi o irreperibili.

I dati relativi all’attività di Equitalia impressionano per la bassissima percentuale della massa riscuotibile rispetto ai carichi ad essa affidati: nel periodo che va dal 2000 al 2015 Equitalia è stata incaricata di riscuotere più di mille miliardi di euro (1.058), dei quali solo il 15% presenta un potenziale di riscossione.

L’85% dei crediti affidati ad Equitalia quindi non sarà mai riscosso: il 20,5% è stato annullato dagli enti creditori a seguito di autotutela o per sentenze favorevoli ai contribuenti – sembrano dunque giustificabili le richieste avanzate dal CNDCEC per rivedere le norme in materia di riscossione provvisoria in pendenza di giudizio e quelle sull’immediata esecutività degli avvisi di accertamento. Il problema dei debiti con il fisco però non si ferma alle sole cartelle “errate”.

Il rimanente 64,5% (650 miliardi di euro) si riferisce a debitori che, per vari motivi, non riusciranno ad onorare i loro impegni, suddivisi tra: crediti nei confronti di soggetti falliti (138 miliardi pari al 16,4%), di persone decedute e imprese cessate, di nullatenenti (almeno in base ai dati dell’Anagrafe tributaria) e di soggetti per cui si sono tentate invano azioni esecutive.

Ne consegue che quanto effettivamente riscosso o riscuotibile da Equitalia è pari al 15% del carico totale lordo iniziale (81,4 riscosso, 25,4 rate a scadere e 51,1 lavorabile come magazzino: 157,8 miliardi su 1058,1).

Sono dati che impongono una seria riflessione su come riorganizzare la macchina della riscossione nel nostro Paese.

Tuttavia, il problema principale non è ‘chi’, ma ‘come’ si procede.

La soppressione di Equitalia può infatti avere senso soltanto se rappresenta il primo passo per una decisa riduzione dei costi della riscossione e per rivedere le regole di ingaggio nei confronti dei debitori.

Il modello che si è sviluppato negli ultimi anni è stato invero basato sulla eccessiva rigidità delle procedure, sovente assistite da onerose ed ingiustificate misure cautelari provvisoriamente adottate senza un preventivo vaglio giurisprudenziale, nonché sull'eccessiva onerosità dell'aggio di riscossione, tramutatosi troppo spesso in una sanzione aggiuntiva impropria. Apprezziamo dunque quanto annunciato dal Governo di voler superare l'attuale modello inutilmente polemico nei confronti dei cittadini ed in alcuni casi vessatorio, per sostituirlo con uno basato sul dialogo preventivo e sulla *compliance*.

Al più presto bisogna però tradurre gli annunci in fatti concreti.

3. Il necessario intervento in sede di primi indizi di crisi

Il DDL delega della riforma del diritto fallimentare, prevede delle procedure di allerta per individuare lo stato di crisi dell'azienda evitando il fallimento della stessa:

- la prima, definibile “allerta interna” che impone al Collegio Sindacale e all'incaricato della revisione legale di avvisare immediatamente gli amministratori della società dell'esistenza di fondati indizi di crisi e, in caso di sua omessa o inadeguata risposta, di informare l'OCC;

- la seconda, definibile “allerta esterna” in cui i creditori qualificati, come Agenzia delle Entrate, Agenti della riscossione e Enti previdenziali, sono obbligati a pena di inefficacia dei privilegi accordati ai crediti di cui sono titolari di segnalare immediatamente agli organi di controllo della società, o in mancanza all'OCC, il perdurare di inadempimenti di importo rilevante.

Ciò posto sono dell'avviso che il sistema delle banche dati attualmente presenti in Italia possa rilevare immediatamente ed automaticamente gli inadempimenti di obblighi fiscali o previdenziali.

In tal senso, abbiamo proposto una disposizione normativa che impone ai creditori istituzionali di segnalare quei fatti ad “automatica rilevabilità”, connessi a reiterati inadempimenti di importo rilevante da parte delle imprese di obblighi fiscali e previdenziali (si pensi all'omesso versamento per lungo tempo di IVA e ritenute).

A tal fine le banche dati in possesso dell'AdE o dell'INPS potrebbero avere un ruolo fondamentale nel segnalare un'allerta agli organi di controllo della società o all'O.C.C. nel momento in cui rilevassero tali omissioni.

In questo modo potrebbero adottarsi tutte le procedure idonee a risolvere un stato temporaneo di crisi, evitando il fallimento dell'impresa e risanare la stessa oppure attestarne l'effettiva insolvenza, con maggiore tempestività, evi-

tando in questo modo che si accumulino ulteriori ingenti debiti soprattutto nei confronti della P.A., che difficilmente troverebbero soddisfazione.

4. Falcidiabilità IVA e CGE

Restando in tema di crisi e fisco, occorre fare un cenno alla transazione fiscale.

Come è noto, ai sensi dell'art. 182 *ter* la transazione fiscale, nell'ambito della proposta di un concordato preventivo, può prevedere il pagamento parziale o anche dilazionato dei tributi amministrati dalle agenzie fiscali nonché dei contributi amministrati agli enti gestori di forme di previdenza e assistenza obbligatorie.

La stessa norma prevede che la proposta possa contenere solamente il pagamento dilazionato – e dunque per l'intero – dell'IVA e delle ritenute operate e non versate. La questione inerente al versamento dilazionato dell'IVA e delle ritenute operate e non versate è stato oggetto di numerose pronunce da parte della giurisprudenza tese ad elaborare la sostenibilità della falcidiabilità del tributo. Come accennavo, la seconda sezione della Corte di Giustizia UE del 7 aprile 2016 ha affermato, pur nel rispetto della specificità della disciplina recata dalla legge, l'ammissione di un pagamento parziale di un credito IVA, da parte dell'imprenditore che ha presentato domanda di ammissione a concordato preventivo (liquidatorio).

Secondo la Corte ne dovrebbe discendere un'interpretazione che non sia ostativa ad ammettere che l'imprenditore possa presentare domanda per l'ammissione al concordato preventivo liquidatorio connotata dalla proposta di pagare solo parzialmente un debito IVA, laddove un professionista indipendente abbia attestato, in forza di specifiche disposizioni della disciplina di riferimento, che il credito non riceverebbe trattamento migliore in sede fallimentare (quel professionista è per noi il professionista indipendente ai sensi dell'art. 67, comma 3, lett. *d*), l.f.).

È una pronuncia importante, in considerazione della quale sono attese anche indicazioni delle SS.UU..

Ad ogni buon conto l'urgenza di un intervento diretto sulla normativa si avvertiva da anni e da più parti.

In questi giorni è in discussione il progetto di bilancio di previsione dello Stato per l'anno finanziario 2017 e bilancio pluriennale per il triennio 2017-2019 – che contiene la modifica della disciplina della transazione fiscale di cui all'art. 182 *ter* l.f.

Si tratta di modifiche tese a consentire che tutti i crediti erariali possano essere soddisfatti anche parzialmente e in funzione della capienza del patrimonio dell'imprenditore assoggettato a concordato preventivo sulla base di una relazione di un professionista indipendente ai sensi dell'art. 67, comma 3, lett. d), l.f. (nominato dal debitore e senza relazione giurata) pur sempre nel rispetto dell'ordine delle cause di prelazione.

Il trattamento parziale e/o dilazionato dei crediti erariali è stato subordinato alla presentazione di un'apposita domanda agli enti creditori (si apre un *sub* procedimento di natura amministrativa all'interno di quello concordatario). In linea con i meccanismi già previsti nella legge fallimentare, con riferimento ai crediti erariali privilegiati per i quali sia proposto un soddisfacimento parziale, è stato specificato che l'importo residuo stralciato, degradato al rango chirografario, dovrà essere incluso in un'apposita classe ai fini del voto.

L'emendamento, infine, si occupa anche della proposta presentata nell'ambito degli accordi di ristrutturazione di cui all'art. 182 *bis* l.f.

In tale ambito è stato specificato che l'attestazione che il professionista indipendente nominato ai sensi dell'art. 67, comma 3, lett. d), l.f., avente già ad oggetto la fattibilità dell'accordo avuto riguardo alla soddisfazione integrale dei creditori estranei, sia rilasciata anche con riferimento alla convenienza del trattamento proposto rispetto alle alternative concretamente praticabili. Tale attestazione sarà oggetto di valutazione da parte del tribunale. Un'ultima osservazione si impone.

Ho parlato degli importanti aspetti collegati alle proposte di modifica apportate in punto di falcidiabilità dell'IVA.

Bisognerà tornarci perché nell'ambito della legge n. 3/2012 sulla crisi da sovraindebitamento il legislatore continua a prevedere che: *“in ogni caso, con riguardo ai tributi costituenti risorse proprie dell'UE, all'IVA e alle ritenute operate e non versate, il piano può prevedere esclusivamente la dilazione del pagamento”* (art. 7 e art. 12 *bis*).

Occorrerà modificare anche questa previsione, che tra l'altro è trasversale alle c.d. procedure di composizione della crisi quali sono il piano del consumatore e l'accordo di ristrutturazione. Occorrerà, in altri termini, rivedere le disposizioni per formulare regole giuridiche omogenee applicabili in situazioni simili, tramite le quali sia consentita (finalmente) l'insorgenza di prassi univoche.

5. Art. 118 l.f.: chiusura anticipata fallimento e ricadute fiscali

In conclusione, sempre in tema della problematica del coordinamento, anzi del mancato coordinamento, tra fisco e procedure concorsuali, è necessario

spendere qualche cenno alla chiusura anticipata del fallimento in pendenza di giudizi, *ex art. 118, comma 2, l.f.*

La possibilità di addivenire alla chiusura di un fallimento in pendenza di un giudizio rappresenta senza dubbio una delle modifiche più rilevanti fra quelle introdotte dal Legislatore del 2015 non fosse altro che per il numero di procedure potenzialmente coinvolte.

Testualmente, il comma 2 dell'art.118 l.f. dispone che la chiusura della procedura di fallimento nel caso di cui al n. 3) – vale a dire quando è compiuta la ripartizione dell'attivo, – e nei casi di cui al n. 4) – vale a dire quando la continuazione della procedura non consente di soddisfare neppure in parte i creditori – ove si tratti di fallimento di società, comporta la cancellazione della stessa dal registro delle imprese.

La stessa norma aggiunge che nel caso di ripartizione dell'attivo, la chiusura del fallimento non è impedita dalla pendenza di giudizi. Il curatore, in questo caso, mantiene la legittimazione processuale nei successivi gradi e stadi del giudizio, fino alla definitiva conclusione della lite.

Qualora si tratti di fallimento di società, il curatore, sempre in virtù di quanto precisato dall'art. 118 l.f., è tenuto a chiedere la cancellazione dal registro delle imprese della società dichiarata fallita.

Come è noto dalla cancellazione dal registro consegue l'estinzione della società. E il curatore si troverebbe legittimato processuale di un ente estinto fino alla definizione dei giudizi pendenti.

È di immediata percezione la ricaduta in ambito civilistico e fiscale delle previsioni di cui all'art. 118 l.f.

Si badi bene che la società è estinta a seguito della cancellazione in quanto, stando all'interpretazione letterale della disposizione, non è consentito al curatore né al registro delle imprese di esprimersi circa l'opportunità della cancellazione all'atto di compilazione della domanda, essendo quest'ultima un atto dovuto.

Inoltre, in caso di giudizi pendenti, il curatore dovrebbe agire e resistere in giudizio non in nome e per conto della società che è fallita, bensì, forse, in nome e per conto della massa.

Il fallimento, poi, è stato dichiarato chiuso e non si riapre neppure qualora si originino sopravvenienze attive a seguito della conclusione dei giudizi pendenti.

Con i corollari che:

– una volta divenuto efficace il decreto di chiusura emesso dal Tribunale ai sensi dell'art. 119 l.f., il curatore è tenuto a chiedere la cancellazione da cui discenderà la successiva estinzione della società in base alla regola generale

contenuta nell'art. 2495 c.c. (principio operante secondo le SS.UU. anche nella disciplina delle società di persone);

- applicando le regole declinate con riferimento all'estinzione della società cancellata dal registro, andrà del pari applicato il rigoroso principio per cui le eventuali sopravvenienze attive dovranno essere oggetto di riparto tra i creditori e, l'eventuale residuo attivo, restituito ai soci (attività di cui dovrà occuparsi il curatore);

- il curatore resta in carica e porta avanti questa residuale attività che può comportare dispiego di tempo e risorse. Ci si interroga, allora, anche in merito al diritto del curatore a vedersi riconosciuto un ulteriore compenso per un'attività che, al di là delle mera terminologia, non è strettamente attinente alla gestione dei beni del fallimento, bensì alla gestione delle liti pendenti.

Non è tutto.

Alla luce del vigente art. 118 l.f. e di quanto sopra messo in luce, la cancellazione della società fallita dal registro delle imprese a seguito della chiusura del fallimento determina non pochi dubbi anche di carattere fiscale relativamente a:

a) II DD E TASSAZIONE DEL RESIDUO ATTIVO – Seppure a distanza di tempo rispetto alla chiusura della procedura, potrebbero conseguirsi delle sopravvenienze attive. Occorre chiarire le modalità e i termini con cui le stesse debbano esser oggetto di dichiarazione dopo quella presentata alla chiusura del fallimento (primo maxi periodo).

b) TASSAZIONE AI FINI IVA – In funzione delle situazioni che si originano nell'ambito dei giudizi pendenti conseguono differenti fattispecie imponibili ai fini IVA.

c) RITENUTE – Qualora sia chiuso il codice fiscale del soggetto fallito, il curatore non dovrà dar corso all'applicazione delle ritenute, mentre dovrà effettuarle nel caso in cui la società sia solo cancellata dal registro delle imprese.

Se dovessi schematizzare, la questione può riassumersi nel modo che segue (tesi CNDCEC):

- il decreto di chiusura del fallimento emesso ai sensi dell'art. 118 l.f. obbliga il curatore a chiedere la cancellazione dal registro delle imprese;

- in caso di società, alla cancellazione dal registro delle imprese segue l'estinzione della società;

- l'estinzione della società porta alla cancellazione della partita IVA e del codice fiscale (ferma restando la possibilità tecnica che lo stesso venga mantenuto ai soli fini degli adempimenti dichiarativi nella logica della sopravvivenza del curatore quale soggetto agli obblighi tributari, compresa la sostituzione);

– nel caso di sopravvenienze attive che possano comportare l’insorgenza di operazioni rilevanti ai fini IVA (così come in caso di operazioni che diano diritto alla sola detrazione dell’IVA), si renderà necessario riaprire la partita IVA.

Le problematiche a cui ho accennato sembrano essere destinate a trovare soluzione.

Il progetto di bilancio di previsione dello Stato per l’anno finanziario 2017 e bilancio pluriennale per il triennio 2017-2019, tuttavia, modifica anche l’art. 118 l.f.

L’intervento di revisione della norma prevede che:

– sotto un profilo civilistico: nonostante la chiusura del fallimento, il curatore non è tenuto a chiedere la cancellazione della società dal registro delle imprese (con conseguente inoperatività dell’estinzione della società) fino alla definizione dei giudizi in corso e all’effettuazione dei riparti supplementari anche all’esito delle eventuali ulteriori attività di liquidazione che si siano rese necessarie;

– sotto un profilo fiscale: conseguentemente: i) il curatore mantiene la posizione di sostituto d’imposta fino al compimento del riparto supplementare rispetto alle sopravvenienze da esito favorevole dalla chiusura dei giudizi e/o degli accantonamenti effettuati;

– vengono previsti termini per la presentazione delle dichiarazioni relative al risultato finale stabilendo che esse sono rese entro l’ultimo giorno del nono mese successivo al decreto che rende esecutivo il riparto finale;

– viene specificato il trattamento quale reddito di impresa delle componenti conseguite successivamente all’esito dei giudizi pendenti.

Commenti a sentenza

Atto di conferimento di beni immobili in *trust* effettuato dal fideiussore e azione revocatoria ex art. 2901 c.c.

(nota a Trib. Torino, 3 luglio 2014, sent.,
Giudice: dott.ssa Ratti e a Trib. Bergamo, 15 novembre 2016,
sent., Giudice: dott. Panzeri)

Real Estate Bound in a Trust by the Guarantor and the Paulain Action under Ordinary Law

Gloria Millepezzi **

ABSTRACT

In data 3 luglio 2014 e 15 novembre 2016 il Tribunale di Torino e il Tribunale di Bergamo – ciascuno dei quali adito da un istituto di credito – hanno accolto l'azione revocatoria di cui all'art. 2901 c.c., relativa ad un atto di conferimento di beni immobili effettuato nell'ambito di un *trust*. Tra le peculiarità delle fattispecie portate all'esame dei Tribunali vi era il rapporto che legava i disponenti (convenuti) alle banche (attrici): i primi avevano prestato fideiussione a garanzia delle obbligazioni (anche future) di un altro soggetto, diverso dalla banca, ma che sarebbe poi divenuto debitore di questa.

PAROLE CHIAVE: *trust* – fideiussione – azione revocatoria ordinaria – art. 2901 c.c. – requisiti azione – elemento soggettivo – gratuità atto dispositivo.

Two banks issued a legal action pursuant article 2901 of the Italian civil code and the Tribunal they went before (Tribunal of Turin on the 3rd of July 2014 and Tribunal of Bergamo on the 15th of November 2015) accepted the plaintiffs' requests. In particular, the actions brought before the Tribunals were Paulain actions under ordinary law, taken against the deed binding real estate to a trust made by the guarantor of the bank's debtor. Among the peculiarities of these cases there is the relation linking the guaran-

** Dottoressa in Giurisprudenza.

tors (defendants) to the banks (plaintiffs): the former had guaranteed a subject that later became a bank's debtor.

KEYWORDS: trust – personal guarantee – Paulain action under ordinary law – article 2901 civil code – requirements of the action – subjective element – free deed.

1. Ai sensi dell'art. 2901 c.c., i presupposti necessari all'esperimento dell'azione revocatoria sono:

a) l'esistenza di un rapporto obbligatorio tra il creditore che agisce in revocatoria e il debitore disponente;

b) l'atto di disposizione posto in essere dal debitore di quel credito;

c) il pregiudizio arrecato dall'atto alle ragioni del creditore e in particolare alla garanzia patrimoniale che assiste il credito (c.d. *eventus damni*);

d) il presupposto soggettivo in capo al debitore, cioè la conoscenza che il debitore aveva di detto pregiudizio (e, nel caso di atto anteriore al sorgere del credito, la dolosa preordinazione al fine di pregiudicare il soddisfacimento del creditore (c.d. *consilium fraudis*);

e) il presupposto soggettivo richiesto in capo al terzo, e cioè – quando si tratta di atto a titolo oneroso – la consapevolezza del pregiudizio o la partecipazione alla dolosa preordinazione da parte del terzo acquirente (c.d. *scientia damni* o *consilium fraudis* a seconda che l'atto dispositivo sia posteriore o anteriore al sorgere del credito).

2. Le motivazioni delle sentenze in commento assumono carattere particolarmente dirimente nelle parti in cui riconoscono:

I) che gli atti impugnati con la revocatoria sono successivi al sorgere del credito, nonché

II) la natura gratuita o onerosa degli atti di disposizione dei quali è stata chiesta la revoca.

Le classificazioni di cui ai punti I) e II) appena richiamate consistono in stadi di valutazione imprescindibili: senza il loro esame non sarebbe stato possibile procedere alla qualificazione dell'elemento soggettivo richiesto in ognuno dei casi di specie.

2.1. La circostanza che il credito sia sorto prima che venisse posto in essere l'atto di disposizione e non viceversa non è indifferente. Da ciò deriva – come hanno potuto evincere entrambi i Tribunali – un'importante conseguenza legata all'oggetto dell'onere della prova gravante sull'attore: quest'ultimo non sarà tenuto a provare la dolosa preordinazione di arrecare pregiudizio alle ragioni del creditore con l'atto di disposizione posto in essere dal debitore convenuto.

La giurisprudenza qui annotata (chiamata a pronunciarsi sull'istanza di revoca dell'atto di disposizione compiuto dal garante del debitore principale dell'attore ai danni di quest'ultimo) ha individuato il momento del rilascio della garanzia quale riferimento temporale in relazione al quale valutare l'an-

teriorità o meno dell'atto di disposizione rispetto al sorgere del rapporto obbligatorio.

2.2. L'identificazione della gratuità o dell'onerosità degli atti di disposizione oggetto dell'azione revocatoria è stato altresì riconosciuta quale fattore “*rilevante ai fini dell'elemento soggettivo del terzo*” (Trib. Torino, § 7).

In altri termini, anche questo carattere è stato preso in considerazione dai Giudici al fine di delineare i confini dell'onere probatorio della parte agente in revocatoria.

SOMMARIO

1. Premessa – 2. I fatti sui quali si è pronunciato il Tribunale di Torino – 3. I fatti sui quali si è pronunciato il Tribunale di Bergamo – 4. I presupposti dell'azione revocatoria ordinaria – 5. L'esistenza di un rapporto obbligatorio tra creditore che agisce in revocatoria e debitore disponente, nonché del carattere pregiudizievole delle ragioni del creditore dell'atto dispositivo – 6. La valutazione dell'anteriorità del credito – 7. La natura (non onerosa) degli atti di disposizione impugnati – 8. L'*eventus damni* (l'elemento oggettivo) – 9. Osservazioni conclusive.

1. Premessa

1.1. Con le sentenze di seguito annotate – rese rispettivamente in data 3 luglio 2014 e 15 novembre 2016 – il Tribunale di Torino e il Tribunale di Bergamo si sono pronunciati su vicende analoghe, accogliendo l'azione revocatoria ordinaria, di cui agli artt. 2901 e 2902 c.c., esperita da parte di un istituto di credito. In ciascuno dei due procedimenti la Banca (Gamma nell'uno, Omega nell'altro e quest'ultima, più precisamente, per mezzo di una società che agiva quale sua procuratrice) ha chiesto al Tribunale la dichiarazione di inefficacia di un atto di disposizione patrimoniale – compiuto nell'ambito di un *trust*¹ – pregiudizievole della propria posizione creditoria.

1.2. Le parti attrici hanno dunque optato per l'azione revocatoria al fine di tutelare le proprie ragioni creditorie e non per la domanda di dissimulazione.

¹ Per maggiori approfondimenti sugli aspetti istituzionali e operativi dei *trust*, cfr. GALLARATI, *Il trust come organizzazione complessa*, Milano, 2010; LUOPI, *Istituzioni del diritto dei trust e degli affidamenti fiduciari*, Padova, 2008; GALLARATI, *Trust e società*, Torino, 2008; NERI, *Il trust e la tutela del beneficiario*, Padova, 2005 e AA.VV., *I Trust interni e le loro clausole*, 2007 (volume a cura del Consiglio Nazionale del Notariato).

Giurisprudenza di merito e di legittimità, oltre a riconoscere pacificamente la netta diversità di forma e di contenuto tra azione revocatoria e azione di simulazione, ammettono, tuttavia, che dette azioni vengano esercitate nell'ambito del medesimo procedimento, in via alternativa e/o subordinata l'una rispetto all'altra².

In una vicenda analoga ai casi di specie, il Tribunale di Milano era stato chiamato a pronunciarsi – appunto – sull'efficacia del conferimento di beni immobili in un *trust* familiare posto in essere da un disponente fideiussore: l'attore, che aveva proposto sia una domanda diretta ad ottenere una sentenza dichiarativa dell'avvenuta simulazione, sia un'azione revocatoria, si era visto rigettare la prima e accogliere la seconda³.

1.3. Le banche Gamma e Omega hanno invece agito affinché venisse pronunciata l'inefficacia di un negozio giuridico compiuto nell'ambito di un *trust* da parte di un soggetto che era altresì fideiussore rispetto all'istituto di credito: entrambe le vicende vedevano un disponente che garantiva alcuni debitori della banca in forza di una fideiussione sottoscritta in epoca anteriore alla costituzione del *trust*.

² Cfr., *ex multis*, Cass., 24 marzo 2000, n. 3539, in *Dir. e prat. soc.*, 2000, 10, 86. Per un commento della dottrina e una rassegna delle corti di merito che hanno successivamente accolto detto orientamento, consolidandolo, si vedano i precedenti citati da QUATRARO-GIORGETTI-FUMAGALLI, *L'azione revocatoria ordinaria*, in QUATRARO-GIORGETTI-FUMAGALLI, *Revocatoria ordinaria e fallimentare – azione surrogatoria*, tomo I, Milano, 2009, 530 ss.).

³ In particolare, il Tribunale di Milano si è espresso nel modo seguente: “*Non può ritenersi simulato l'atto di conferimento di beni in trust qualora, pur essendo il disponente ricompreso tra i beneficiari, il trust è stato istituito per soddisfare le esigenze dei beneficiari, i quali coincidono con i familiari del disponente stesso e tra i quali solo i di lui discendenti sono beneficiari finali, e, pur non essendo stato formalmente istituito un guardiano, sono individuati i soggetti legittimati a procedere in via congiunta alla revoca o sostituzione del trustee, tra i quali non figura il disponente. Né è indizio dell'intenzione di un'intestazione fittizia dei beni oggetto di conferimento in trust la consapevolezza dell'esposizione debitoria da parte del disponente.*” (Milano, 20 maggio 2015, *Trust*, 2016, 7, 380). Con la stessa pronuncia è stato invece riconosciuto che “*È revocabile ex art. 2901 c.c. l'atto di conferimento di beni immobili in un trust familiare posto in essere dal disponente, fideiussore di due distinte società verso le rispettive banche creditrici, successivamente al sorgere del credito, in quanto l'eventus damni si ravvisa nell'aver conferito in trust numerosi beni immobili, in tal modo aggravando il recupero forzoso dei crediti delle banche, e la scientia damni, requisito soggettivo richiesto in considerazione della natura gratuita del suddetto trust, si desume dalla circostanza che il conferimento si poneva in stretta connessione cronologica, in un caso, con la revoca degli affidamenti alla società debitrice principale (della quale il disponente garante era peraltro presidente del consiglio di amministrazione) e, nell'altro, con l'insorgenza della situazione di difficoltà finanziaria della società debitore principale.*”.

Da quest'ultimo elemento di fatto (accomunante i due soggetti disponenti il cui atto di segregazione in *trust* è stato revocato dai Tribunali) si evince che il rapporto fideiussorio e la conseguente assunzione di un obbligo da parte di ciascuno dei disponenti nei confronti della banca è da considerarsi cronologicamente precedente rispetto al compimento degli atti di disposizione dei quali veniva chiesta la dichiarazione di inefficacia relativa.

1.4. Entrambe le pronunce, di accoglimento delle domande attoree, illustrano esaustivamente i requisiti per cui un atto dispositivo possa essere revocato ex art. 2901 ss. c.c., soffermandosi in particolare sulla diversità dei presupposti richiesti per la revoca, a seconda che l'atto contestato sia gratuito o oneroso, precedente o successivo rispetto al sorgere del credito. Malgrado la complessità delle vicende in esame che, in entrambi i casi, hanno visto la contemporanea presenza degli istituti del *trust* e della garanzia fideiussoria, i Tribunali hanno scomposto analiticamente la fattispecie concreta e individuato gli estremi per l'accoglimento dell'azione revocatoria sulla base di principi consolidatisi nella copiosa giurisprudenza citata in motivazione.

1.5. Pare inoltre il caso di sottolineare che, in virtù del suddetto intreccio di istituti, le pronunce in commento costituiscono casi di revoca di un atto dispositivo compiuto nell'ambito di un *trust* e non configurano la diversa ipotesi di revoca del *trust*⁴, rispetto alla quale gli studiosi si sono pronunciati diffusamente⁵: laddove nel contesto dei *trust* in questione gli atti di disposizione non avessero diminuito il patrimonio del disponente (fideiussore del debitore della banca e, di conseguenza, soggetto esposto all'escussione di quest'ultima) gli stessi non sarebbero stati revocati. Tuttavia, il fatto che gli atti di segregazione poi revocati coincidessero, in entrambi i casi, con la totalità di quanto compiuto nell'ambito dei *trust* non significa che la revoca

⁴ La differenza tra revocatoria avente ad oggetto il *trust* e revocatoria del singolo atto effettuato nell'ambito del *trust* è stata sottolineata da una pronuncia di legittimità, la quale ha specificato che *“In riferimento al trust, l'azione revocatoria può essere promossa non in relazione al negozio di costituzione del trust, quanto piuttosto in relazione al negozio di trasferimento dei beni al trustee. Qualora venga, dunque, dichiarato revocato l'atto di trasferimento, si otterrà una sentenza costitutiva che priva di efficacia quella disposizione oggetto di revoca, mentre lascerà intatto e valido il resto del trust ed, in particolare, l'atto costitutivo dello stesso”* (Trib. Monza, 3 gennaio 2013, in www.leggiditalia.it).

⁵ Sulla revoca del *trust*, si veda la pronuncia del Tribunale di Milano del 6 novembre 2015 (reperibile in *Trust*, 2016, 5, 3028), con la quale è stato affermato che *“L'azione giudiziale di nullità dell'atto istitutivo del trust auto-dichiarato ovvero di revoca ex art. 2901 c.c. di tale atto deve essere esercitata nei confronti dei beneficiari, oltre che del trustee”*.

degli stessi abbia comportato la revoca del *trust*: quest'ultima può verificarsi solo in caso di vizi propri del *trust*, che prescindono da un rapporto debitorio tra il disponente e un terzo.

La diversa figura della revoca del *trust* riguarda, invece, i casi in cui tale istituto è stato posto in essere in assenza dei requisiti formali di validità o di altri tipi di vizi: a titolo esemplificativo, in data 13 marzo 2013 al Tribunale di Napoli è stata chiesta la revoca di un *trust* (e non dei soli atti di disposizione compiuti in adempimento degli obblighi da esso derivanti), in ragione del fatto che al momento della costituzione dello stesso i beneficiari non erano stati – a parere dell'attore – adeguatamente informati: laddove il Tribunale avesse ritenuto che tale omissione fosse condizione indispensabile alla valida costituzione del *trust*, tale negozio sarebbe stato oggetto di revoca nella sua interezza⁶.

2. I fatti sui quali si è pronunciato il Tribunale di Torino

2.1. I fatti oggetto di causa possono essere schematicamente sintetizzati nel modo seguente: parte attrice (la banca Gamma) chiedeva al Giudice di accertare e dichiarare l'inefficacia nei propri confronti, ai sensi e per gli effetti degli artt. 2901 e 2902 c.c., di due atti di disposizione patrimoniale, entrambi posti in essere nell'ambito di *trust* istituiti in data 24 aprile 2009 e trascritti il 19 maggio 2009, con i quali, rispettivamente, il sig. Tizio aveva trasferito a titolo gratuito alla società Alfa s.r.l. tutti i beni immobili di sua proprietà, indicando se stesso quale terzo beneficiario, mentre il sig. Caio aveva trasferito, sempre a titolo gratuito alla Alfa s.r.l. tutti i beni immobili di sua proprietà, indicando quale beneficiaria la sorella sig.ra Caia.

2.2. I signori Tizio e Caio, autori degli atti di trasferimento immobiliare sopracitati, in data 10 aprile 1998 avevano prestato fideiussione per le obbligazioni presenti e future della società Beta s.r.l., per un importo pari a lire 520.000.000,00, successivamente (18 novembre 1998) elevato alla maggior somma di lire 690.000.000,00 e sino ad euro 453.000,00 in data 6 maggio 2003.

⁶“Il ricorso mirante alla revoca del trustee, che non avrebbe fornito informazioni ai beneficiari, deve essere respinto; in quanto secondo le regole elaborate dalla giurisprudenza straniera – applicabili al caso di specie – sull'esercizio dei poteri discrezionali non esiste alcun diritto incondizionato dei beneficiari ad ottenere dal trustee informazioni relative al trust” (Napoli, 13 marzo 2013, in *Trust*, 2012, 5, 502).

2.3. La società garantita (Beta) era altresì debitrice della banca Gamma, per l'importo complessivo di euro 138.558,13, oltre interessi, a partire dal 18 febbraio 2011.

Successivamente, in forza del rapporto di garanzia fideiussoria di cui si è detto, con decreto provvisoriamente esecutivo datato 4 aprile 2012 il Tribunale di Torino aveva ingiunto ai sig.ri Tizio e Caio il pagamento immediato di euro 138.558,13, oltre accessori e spese, e tale decreto era passato in giudicato per mancata opposizione degli ingiunti.

2.4. Mentre la società Alfa s.r.l. (alla quale venivano trasferiti i beni costituiti in *trust*) e un altro soggetto fideiussore non si costituivano in giudizio, venendo pertanto dichiarati contumaci, Tizio e Caio chiedevano il rigetto della domanda attorea per difetto dei presupposti oggettivi e soggettivi dell'azione revocatoria, nonché per difetto di prova. Più precisamente, i convenuti deducevano tre circostanze: l'assenza di *scientia damni* in capo al terzo beneficiario (elemento soggettivo indispensabile per revocare atti di disposizione compiuti nell'ambito di *trust* costituiti a titolo oneroso, quale – secondo i conveni – doveva ritenersi il *trust* in questione); il fatto che il credito della banca fosse sorto successivamente all'istituzione del *trust* e, infine, il difetto di prova dell'*eventus damni* (atteso che vi era un altro creditore in solido e che il credito attoreo era assistito da una garanzia ***).

3. I fatti sui quali si è pronunciato il Tribunale di Bergamo

3.1. Il Tribunale di Bergamo, con sentenza n. 3354, in data 15 novembre 2016, ha espresso un orientamento conforme a quello del Giudice torinese.

3.2. La vicenda sottoposta al suo esame ha visto quale parte attrice una società che agiva in qualità di procuratrice della Banca Omega s.p.a. e chiedeva di revocare, ai sensi dell'art. 2901 c.c., l'atto di conferimento di beni in *trust* datato 19 gennaio 2012 e trascritto presso il competente Ufficio dei Registri Immobiliari di Bergamo in data 25 gennaio 2012, effettuato dalla sig.ra Tizia.

3.3. Quest'ultima, in data 12 gennaio 2007, aveva ricevuto in donazione dal marito Tizio l'immobile "Y" e, con lettera in pari data, costituiva fideiussione con la quale garantiva tutte le obbligazioni del marito nei confronti della banca Omega s.p.a.

3.4. Sempre in data 12 gennaio 2007 Tizio stipulava con la banca Omega un contratto di mutuo fondiario, per un importo pari ad euro 520.000,00. Al momento della costituzione del rapporto fideiussorio, Tizia aveva la piena ed esclusiva proprietà dell'immobile "Y", donatogli dal marito.

3.5. Alla data del 6 marzo 2012 l'esposizione debitoria di Tizio ammontava ad euro 457.420,43.

3.6. Successivamente all'insorgenza di tale debito, in data 19 gennaio 2012, Tizia segregava gli immobili "X e Y", conferendoli nel *trust* costituito al fine di *"garantire la miglior gestione ed amministrazione del patrimonio mobiliare ed immobiliare che [sarebbe stato] conferito in trust da parte dei disponenti o di soggetti di riconosciuta capacità e di piena fiducia dei disponenti medesimi, affinché, al termine della durata del trust, i beni in trust [venissero] devoluti ai beneficiari finali"*.

Più precisamente, l'atto veniva trascritto presso l'ufficio dei registri immobiliari di Bergamo in data 25 gennaio 2012 con due distinte note: la prima recava la descrizione *"costituzione in trust di beni immobili"* e designava quale acquirente l'avv. Ovidio (in qualità di *trustee*); la seconda consisteva in una nota contro l'avv. Ovidio e a favore del *trust*, recando la descrizione *"costituzione di vincolo in trust"*.

4. I presupposti dell'azione revocatoria ordinaria

4.1. Il Tribunale di Torino, prima di calarsi nel merito della causa, ha elencato con schematica chiarezza i presupposti necessari all'esperimento dell'azione revocatoria, ovvero:

a) l'esistenza di un rapporto obbligatorio tra il creditore che agisce in revocatoria e il debitore disponente;

b) l'atto di disposizione posto in essere dal debitore di quel credito;

c) il pregiudizio arrecato dall'atto alle ragioni del creditore e in particolare alla garanzia patrimoniale che assiste il credito (c.d. *eventus damni*);

d) il presupposto soggettivo in capo al debitore, cioè la conoscenza che il debitore aveva di detto pregiudizio (e, nel caso di atto anteriore al sorgere del credito, la dolosa preordinazione al fine di pregiudicare il soddisfacimento del creditore (c.d. *consilium fraudis*);

e) il presupposto soggettivo richiesto in capo al terzo, e cioè – quando si tratta di atto a titolo oneroso – la consapevolezza del pregiudizio o la parteci-

pazione alla dolosa preordinazione da parte del terzo acquirente (c.d. *scientia damni* o *consilium fraudis* a seconda che l'atto dispositivo sia posteriore o anteriore al sorgere del credito).

4.2. Le motivazioni di entrambe le sentenze assumono carattere particolarmente dirimente nelle parti in cui riconoscono:

I) che gli atti impugnati con la revocatoria sono successivi al sorgere del credito, nonché

II) la natura gratuita o onerosa degli atti di disposizione dei quali è stata chiesta la revoca.

Le classificazioni di cui ai punti I) e II) appena richiamate consistono in stadi di valutazione imprescindibili: senza il loro esame non sarebbe stato possibile procedere alla qualificazione dell'elemento soggettivo richiesto in ognuno dei casi di specie.

4.2.1. Più precisamente, per quanto attiene alla scansione temporale degli eventi giuridicamente rilevanti per la soluzione del quesito, occorre sottolineare che il Tribunale di Torino ha ritenuto che il credito fosse sorto prima dell'atto dispositivo, affermando che *“le ragioni di credito attoree [...] risalgono a data anteriore al compimento degli atti dispositivi del 24.4.2009 [n.d.r.: ovvero degli atti di trasferimento immobiliare compiuti nell'ambito dei trust istituiti in pari data]”* (Trib. Torino, § 6).

Per quanto riguarda invece la successione dei fatti rispetto ai quali è stato chiamato a pronunciarsi il Tribunale di Bergamo (donazione – da parte di Tizia a Tizio – dell'immobile poi conferito in trust, costituzione – da parte di Tizia – del rapporto fideiussorio a favore della Banca e stipulazione del contratto di mutuo fondiario tra la Banca e Tizio in data 12 gennaio 2007; segregazione dell'immobile (mediante conferimento nel trust in data 19 gennaio 2012) non poteva esserci alcun dubbio in merito al fatto che la disposizione patrimoniale si era verificata successivamente rispetto al sorgere dell'obbligazione.

La circostanza che il credito sia sorto prima che venisse posto in essere l'atto di disposizione e non viceversa non è indifferente. Da ciò deriva – come hanno potuto evincere entrambi i Tribunali – un'importante conseguenza legata all'oggetto dell'onere della prova gravante sull'attore: quest'ultimo non sarà tenuto a provare la dolosa preordinazione di arrecare pregiudizio alle ragioni del creditore con l'atto di disposizione posto in essere dal debitore convenuto.

4.2.2. La gratuità o l'onerosità degli atti di disposizione oggetto dell'azione revocatoria è stato invece riconosciuto quale fattore “*rilevante ai fini dell'elemento soggettivo del terzo*” (Trib. Torino, § 7).

In altri termini, anche questo carattere è stato preso in considerazione dai Giudici al fine di delineare i confini dell'onere probatorio della parte agente in revocatoria.

4.3. In conclusione, entrambe le azioni revocatorie sono state accolte sulla base della ritenuta integrazione di tutti i presupposti, *sub a-e*, sopraelencati, come si cercherà di illustrare nei paragrafi che seguono.

5. L'esistenza di un rapporto obbligatorio tra creditore che agisce in revocatoria e debitore disponente, nonché del carattere pregiudizievole delle ragioni del creditore dell'atto dispositivo

5.1. Pare appena il caso di rilevare che entrambi i Tribunali hanno ravvisato la sussistenza di un credito vantato dalle banche attrici nei confronti dei convenuti (fideiussori disponenti): il credito della banca Gamma risultava infatti provato documentalmente dal decreto ingiuntivo emesso dal Tribunale di Torino e passato in giudicato per mancata opposizione dei debitori, nonché dalle fideiussioni prestate dai signori Tizio e Caio, come illustrato *supra* al paragrafo 2); la prova del rapporto creditorio fatto valere di fronte al Tribunale di Bergamo emergeva invece dalla lettera in data 12 gennaio 2007 (con la quale Tizia aveva costituito fideiussione a garanzia di tutte le obbligazioni che il marito avrebbe assunto nei confronti della Banca Omega s.p.a.).

5.2. Il Giudice bergamasco ha precisato che l'esperibilità dell'azione revocatoria ordinaria presuppone l'esistenza di un rapporto debitorio e non altresì la concreta esigibilità di tale debito, “*potendo essere esperita l'azione anche per crediti condizionali, non scaduti o soltanto eventuali*” (Trib. Bergamo, p. 11).

5.3. Nessuna difficoltà hanno inoltre riscontrato entrambi i Tribunali nell'accertare la costituzione dei vincoli patrimoniali e dei relativi atti di disposizione, in ragione della forma di atto pubblico e dell'obbligo di registrazione presso il registro immobiliare di cui tali regimi patrimoniali necessitano⁷.

⁷ Sulla forma del *trust* v. LUOPI, *op. cit.*, 27.

In merito al diverso profilo della prova (e conseguente accertamento) del pregiudizio (“*eventus damni*”) arrecato alle ragioni del creditore dall’atto di disposizione patrimoniale effettuato nell’ambito del *trust* e alla necessità o meno della sussistenza dell’elemento soggettivo ai fini dell’accoglimento della revocatoria, i Tribunali hanno dovuto intraprendere percorsi valutativi più articolati, come si cercherà di sintetizzare ai paragrafi successivi.

6. La valutazione dell’anteriorità del credito

6.1. Affermando l’anteriorità del sorgere del credito rispetto al perfezionamento dell’atto dispositivo, il Tribunale di Torino pare essersi discostato dall’orientamento secondo il quale “*il momento storico in cui deve essere verificata la sussistenza dell’eventus damni, inteso come pregiudizio alle ragioni del creditore [...] è quello in cui viene compiuto l’atto di disposizione dedotto in giudizio e può apprezzarsi se il patrimonio residuo del debitore sia tale da soddisfare le ragioni del creditore, restando, invece, assolutamente irrilevanti le successive vicende patrimoniali del debitore, non collegate direttamente a quell’atto di disposizione*” (Cass., 14 novembre 2011, n. 23743, in *CED Casazione*, 2011).

In altri termini, il momento nel quale è stato posto in essere l’atto di disposizione di conferimento immobiliare nel *trust* coincide con quello in cui si è verificato l’*eventus damni*.

6.2. Ciononostante, è possibile che nel caso di specie non fosse agevole (o che risultasse del tutto impossibile) individuare se il patrimonio del debitore che residuava dall’atto di disposizione fosse sufficiente per soddisfare le ragioni del creditore. Il credito della Banca verso il soggetto garantito non era infatti ancora sorto al momento del conferimento in *trust*, ma il disponente si era già obbligato nei confronti della Banca (garantendo Beta per tutte le obbligazioni che quest’ultima avrebbe assunto nei confronti della Banca). Di conseguenza, il credito che a noi interessa al fine di comprendere la corretta configurazione dell’azione revocatoria non è quello che la Banca vantava nei confronti del proprio debitore principale (Beta), ma il credito della Banca nei confronti del fideiussore: il primo è, evidentemente, successivo rispetto all’atto di disposizione patrimoniale, il secondo anteriore.

6.3. Occorre quindi considerare la natura complessa della fattispecie concreta, in cui il credito garantito, afferente al rapporto obbligatorio intercorrente tra la società Beta s.r.l. e la Banca attrice, è sorto in data 18 febbraio 2011 (per

l'importo di euro 138.558,12, oltre interessi) e l'atto di disposizione immobiliare pare solo *prima facie* anteriore, in quanto datato 24 aprile 2009. Infatti il trasferimento del 2009 si è verificato successivamente all'instaurarsi del rapporto di garanzia fideiussoria tra la società Beta s.r.l. e i convenuti debitori disponenti (rapporto risalente, infatti, al 10 aprile 1998).

Il Tribunale di Torino ha affermato l'anteriorità del credito della Banca, inferendo quindi che le ragioni creditizie rilevanti ai fini dell'azione revocatoria proposta erano quelle derivanti dal rapporto di garanzia: l'atto di disposizione del debitore qui convenuto risaliva al 2009 e risultava pertanto successivo al sorgere del rapporto di garanzia di cui al negozio del 10 aprile 1998.

6.4. La sentenza si allinea a un orientamento già emerso nella giurisprudenza di merito: recentemente, il Tribunale di Modena ha statuito che “*Con riferimento all'onere probatorio del creditore che agisce in revocatoria ai sensi dell'articolo 2901 c.c. di atto posto in essere dal fideiussore, ai fini della determinazione dell'anteriorità ovvero della posteriorità del credito rispetto all'atto dispositivo del fideiussore, occorre fare riferimento al momento dell'accreditamento dell'importo garantito*” (Trib. Modena, 16 giugno 2015, in www.ilcaso.it).

6.5. Nello stesso ordine di idee, il Tribunale di Torino, ha revocato l'atto di conferimento di beni in *trust* effettuato dal fideiussore di un correntista poco dopo l'apertura di credito bancario in conto corrente (concesso contestualmente alla prestazione di tale garanzia personale), in quanto riteneva sussistessero “*i presupposti per addivenire alla revocatoria del trust costituito dal fideiussore del correntista dopo l'insorgenza del credito della banca, dovendosi considerare il momento dell'accreditamento [ndr: coincidente con il momento in cui la fideiussione veniva prestata] e non quello dell'effettivo prelievo da parte del correntista*” (Trib. Torino, 29 maggio 2015, in www.ilcaso.it).

In altre parole, il momento del rilascio della garanzia è stato individuato quale riferimento temporale in relazione al quale valutare l'anteriorità o posteriorità dell'atto di disposizione rispetto al sorgere del rapporto obbligatorio. La giurisprudenza ha osservato che ciò deriva direttamente dalla *ratio* dell'azione revocatoria: essa è diretta a “*ricostituire la garanzia generica fornita dal patrimonio del debitore*” (Trib. Torino, p. 9, che richiama il principio affermato dalla Cassazione in data 17 gennaio 2007, con la sentenza n. 966, reperibile in *Obbl. e contr.*, 2007, 3, 196, con nota di RUBINO), costituendo “*rimedio funzionale alla ricostituzione della garanzia generica assicurata al creditore dal patrimonio del debitore*” (Trib. Bergamo, p. 11) e, pertanto, il creditore che agisce per ottenere la revoca dell'atto di conferimento in *trust* effettuato dal

fideiussore non si discosta dall'uso fisiologico dell'azione *ex art. 2901 c.c.*. È stato infatti notato che *“La disposizione del trust [...] comporta senz'altro pregiudizio alle ragioni della banca, dal momento che la sua creazione [rende] impossidente il debitore-fideiussore”* e che *“la consapevolezza di tale pregiudizio da parte del debitore disponente emerge dalla coscienza dell'assunzione della fideiussione in data anteriore alla costituzione del trust”* (Trib. Torino, 29 maggio 2015, cit.).

Con la sentenza qui annotata, il Tribunale torinese riconosce quindi che la Banca attrice, nel momento in cui concedeva credito, aveva a disposizione per il soddisfacimento delle proprie ragioni il patrimonio della società Beta s.r.l. nonché del soggetto garante.

Di conseguenza, il Tribunale ha accolto l'azione revocatoria ravvisando la meritevolezza dell'interesse che la Banca aveva correttamente perseguito con l'azione revocatoria: l'interesse al mantenimento della consistenza della garanzia patrimoniale a tutela del proprio credito.

6.6. La vicenda sottoposta all'esame del Tribunale di Bergamo si presta invece a un'agevole valutazione dell'antiorità del credito, in virtù della più semplice ricostruzione temporale dei fatti: fideiussione (datata 12 gennaio 2007) con la quale la signora Tizia si è impegnata a garantire l'adempimento di tutte le obbligazioni del marito Alfio nei confronti della banca Omega; sottoscrizione, ancora in data 12 gennaio 2007, di un contratto di mutuo fondiario per l'importo di euro 520.000,00 tra Alfio e la banca Omega; costituzione da parte dei signori Tizia e Alfio, in data 19 gennaio 2012, di un *trust*. In quest'altra vicenda, dalla maggior linearità dei rapporti obbligatori non sono sorti dubbi in merito alla posteriorità dell'atto dispositivo rispetto al sorgere del credito, essendo l'obbligazione fideiussoria nata contestualmente all'obbligazione derivante dal contratto di mutuo fondiario.

6.7. Ciononostante, anche il Tribunale di Bergamo ha dedicato alcuni paragrafi alla questione della corretta individuazione del *“momento dell'insorgenza dell'obbligazione”* (sent. Trib. Bergamo, p. 12) a tutela del cui adempimento era stata esperita l'azione revocatoria.

Nello specifico, il Giudice ha confermato la tesi accolta dal Tribunale di Torino, osservando che il debitore acquista nei confronti del creditore una posizione pari a quella del debitore principale al momento della nascita stessa del credito e non a quello della scadenza dell'obbligazione del debitore principale. Essendo inoltre gli atti di disposizione del fideiussore assoggettabili al rimedio della revocatoria ordinaria al pari di quelli del debitore principale, il Tribunale ha inferito che al fine di stabilire se l'atto impugnato fosse anteriore o succes-

sivo al sorgere del credito era necessario far riferimento al momento in cui il rapporto di garanzia aveva avuto inizio.

6.8. Inoltre, statuendo che il credito era sorto anteriormente rispetto all'atto di disposizione impugnato, i Tribunali hanno ribadito la regola per cui l'onere probatorio richiesto al revocante non necessita altresì della prova del *consilium fraudis*, essendo sufficiente provare la *scientia damni* (in capo al solo debitore se l'atto di disposizione è a titolo gratuito, in capo anche al terzo beneficiario laddove l'atto impugnato sia a titolo oneroso).

Dalla giurisprudenza qui annotata – che non si è discostata dagli insegnamenti pressoché unanimi della dottrina⁸ – si evince quindi come l'oggetto dell'onere della prova gravante su chi agisce con la revocatoria ordinaria muti a seconda della reciproca posizione temporale tra assunzione dell'obbligazione e atto di disposizione pregiudizievole: se l'obbligazione sorge successivamente all'atto di disposizione che si intende revocare, il gravame probatorio sarà più marcato.

7. La natura (non onerosa) degli atti di disposizione impugnati

7.1. Le due pronunce si soffermano altresì sull'ulteriore aggravamento dell'onere della prova derivante dall'eventuale gratuità⁹ dell'atto revocando: laddove il terzo risulti beneficiario per l'effetto di un atto di liberalità del debitore (convenuto nell'ambito del giudizio instaurato con l'azione revocatoria) l'ordinamento ha ritenuto di subordinare l'accertamento della revocabilità di tale negozio a nessun altro elemento soggettivo aggiuntivo rispetto alla *scientia damni* del disponente.

7.2. In particolare, per quanto concerne la vicenda dedotta di fronte al Tribunale di Bergamo, il Giudice ha riconosciuto la gratuità dell'atto di disposizione, affermando che *“per quanto riguarda la natura dei trust è pacifico che alcuna obbligazione o corrispettivo sia stata prevista a carico dei beneficiari”*

⁸ Cfr., *ex multis*, QUATRARO, GIORGETTI e FUMAGALLI, *op. cit.*, 474 e, tra le pronunce giurisprudenziali che hanno sottolineato il diverso valore assunto dall'elemento psicologico dell'*animus nocendi* a seconda della collocazione temporale del credito e dell'atto di disposizione, v. Cass., 27 ottobre 2004, n. 20813, in *Guida al Diritto*, 2005, 2, 76.

⁹ Per la trattazione delle caratteristiche degli atti “gratuiti”, si veda, tra gli altri, GIANOLA, *Atto gratuito, atto liberale*, Milano, 2002 (per gli atti gratuiti all'interno della famiglia, v. in particolare p. 355 ss.).

e che, di conseguenza, *“poiché l’atto di conferimento di beni immobili in trust in discussione non prevede alcun corrispettivo, lo stesso deve essere considerato come atto a titolo gratuito”* (Trib. Bergamo, 11) e inferendo che *“quindi non è necessario dimostrare il consilium fraudis del terzo beneficiario, essendo sufficiente, sotto il profilo dell’elemento soggettivo, la mera consapevolezza del disponente di arrecare pregiudizio agli interessi del creditore (scienza danni) la cui prova può essere fornita anche per presunzioni”* (Trib. Bergamo, 11).

7.3. Analogamente, in ragione della gratuità dell’atto di disposizione del quale è stata chiesta la revoca dinnanzi al Tribunale di Torino, quest’ultimo ha ritenuto che fosse *“del tutto irrilevante lo stato soggettivo del beneficiario”* e *“sufficiente la sola scienza danni del disponente/debitore di arrecare pregiudizio alle ragioni del creditore”* (Trib. Torino, p. 9).

In altre parole, una volta accertata la natura gratuita dell’atto di disposizione, l’attore ex art. 2901 c.c. dovrà esclusivamente dar prova del fatto che il debitore disponente aveva generica conoscenza del pregiudizio che, diminuendo la propria garanzia patrimoniale, arrecava alle ragioni del creditore.

Le pronunce annotate hanno quindi recepito un orientamento già emerso in sede di legittimità, dove è stato statuito che *“ai fini dell’azione revocatoria ordinaria, la consapevolezza dell’evento dannoso da parte del terzo contraente, prevista quale condizione dell’azione dall’art. 2901 c.c., consiste nella generica conoscenza del pregiudizio che l’atto di disposizione posto in essere dal debitore, diminuendo la garanzia patrimoniale, può arrecare alle ragioni dei creditori, e la relativa prova può essere fornita anche mediante presunzioni”* (Cass., 27 gennaio 2006, n. 1759, in *Obbl. e contr.*, 2007, 1, 27, con nota di MARTELLA).

7.4. L’orientamento giurisprudenziale oramai consolidato è nel senso che il contenuto del gravame probatorio in capo all’attore dell’azione revocatoria ordinaria debba essere attenuato ogniqualvolta l’atto di disposizione del debitore sia stato effettuato a titolo gratuito. È stato altresì riconosciuto che *“L’azione revocatoria ordinaria può essere esercitata anche nei confronti dell’atto di costituzione del fondo patrimoniale. Essendo questo un atto a titolo gratuito, il creditore è tenuto a provare l’esistenza di un rapporto di credito (nel caso di specie, derivante da fideiussione), la lesione generica della garanzia patrimoniale, consistente nella maggiore incertezza o difficoltà di giungere alla realizzazione del credito, e la consapevolezza, nel senso della conoscenza o conoscibilità, in capo al debitore di arrecare un pregiudizio agli interessi del creditore”* (Cass., 17 gennaio 2007, n. 966, in *Obbl. e contr.*,

2007, 3, 196, con nota di RUBINO e, in *Obbl. e contr.*, 2007, 5, 454, con nota di GENNARI, *Azione revocatoria*. Nello stesso ordine di idee, v. anche Cass., 30 marzo 2006, n. 7507, in *www.leggiditalia.it*).

7.5. In ragione della diversa consistenza dell'onere probatorio, a seconda che l'atto di disposizione oggetto dell'azione revocatoria sia consistita in una mera liberalità o in un atto oneroso, le parti – come si è verificato nei casi di specie – tenderanno di dimostrare la tesi della gratuità o dell'onerosità dell'atto di disposizione controverso.

8. L'*eventus damni* (l'elemento oggettivo)

8.1. Infine, relativamente all'*eventus damni* (consistente nel pregiudizio che l'atto di disposizione del patrimonio ha provocato)¹⁰, entrambi gli organi giudicanti si sono allineati all'orientamento espresso dalla Suprema Corte con sentenza in data 17 gennaio 2007, n. 966 già citata: per determinare la sussistenza di detto requisito necessario per l'accoglimento dell'azione revocatoria è sufficiente anche la sola variazione qualitativa del patrimonio del debitore e/o la maggior difficoltà o incertezza nell'esazione coattiva del credito conseguente all'atto che si chiede di revocare.

È stato a tal proposito osservato che ciò dipende dalla stessa *ratio* dell'azione revocatoria, la quale, infatti, “*ha la funzione di ricostituire la garanzia generica fornita dal patrimonio del debitore*” (§ 9 della sentenza del Tribunale di Torino qui annotata) e consiste in un “*rimedio funzionale alla ricostituzione della garanzia generica assicurata al creditore dal patrimonio del debitore*” (Trib. Bergamo, p. 11).

8.2. Inoltre, le pronunce hanno precisato che è onere del debitore (nei casi di specie non assolto) provare l'insussistenza del rischio rappresentato dall'*eventus damni*, ovvero di dimostrare la capacità del proprio patrimonio residuo di soddisfare gli interessi del creditore. Chi agisce in revocatoria è quindi sgravato dall'incombente di dimostrare che il mutamento quantitativo o qualitativo del patrimonio del debitore non è concretamente in grado di

¹⁰ Per una definizione di *eventus damni*, cfr. – tra gli altri – PETRONE, *Revocatoria ordinaria, atti di disposizione, costituzione di ipoteca*, in *Obbl. e contr.*, 2006, 8, 694 e D'AGNOLO, *L'azione revocatoria ordinaria nella recente evoluzione giurisprudenziale*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2001, IV, 330. In giurisprudenza, cfr. Cass., 6 agosto 2004, n. 15257, in *Fall.*, 2005, 748, con nota di MAIENZA.

compromettere la garanzia patrimoniale del creditore, rappresentata dal patrimonio del debitore: l'ordinamento presume che il rischio sussista in presenza di *eventus damni*.

Tale presunzione è *iuris tantum* e sarà in ogni caso onere del debitore convenuto nel procedimento avviato ai fini della revocatoria dedurre gli elementi idonei a farla venir meno.

8.3. Problema ulteriore riguarda la rilevanza probatoria dei fatti dedotti dal convenuto per superare la suddetta presunzione: nel caso di specie è stato ritenuta inconferente a dimostrare l'assenza di *eventus damni* la circostanza che il credito della banca potesse trovare soddisfacimento nel patrimonio di un altro coobligato solidale e che il finanziamento concesso dalla banca alla società Beta s.r.l. fosse assistito dalla garanzia prestata dalla *** s.p.a. per il corretto rimborso del credito erogato.

Risulta quindi evidente il diverso grado di difficoltà dell'onere probatorio che l'ordinamento richiede rispettivamente al creditore attore e al debitore convenuto.

Infatti, sempre con riferimento all'*eventus damni*, la parte attrice dell'azione revocatoria si trova ad assolvere un onere probatorio più lieve rispetto al convenuto, come è stato osservato in giurisprudenza, secondo la quale *“in tema di azione revocatoria ordinaria, ai fini dell'integrazione del profilo oggettivo dell'eventus damni, non è necessario che l'atto abbia determinato maggior difficoltà od incertezza nell'esecuzione coattiva del credito medesimo”* (Cass., 17 ottobre 2001, n. 12678, in *Mass. giur. it.*, 2001 nonché, analogamente, Cass., 9 marzo 2006, n. 5105, in *CED Cassazione*; Cass., 290 ottobre 1999, n. 12144, in *Contratti*, 2000, 1, 37; Cass., 17 luglio 2007, n. 15880, in *CED Cassazione* e Cass., 1° agosto 2007, n. 16986, in *Fallimento*, 2007, 12, 1480, tutte citate dal Tribunale di Bergamo del 15 novembre 2016).

In altri termini, il danno suscettibile di giustificare la revocatoria e la perdita di efficacia dell'atto rispetto al creditore agente non si limita al solo danno attuale, ma ricomprende anche il *“danno potenziale, il quale ultimo ricorre ogni qualvolta il risultato della successiva esecuzione forzata rischi semplicemente di essere messo in forse”* (Trib. Bergamo, 13).

8.4. Pertanto, a differenza dell'onere probatorio che l'attore si trova a dover assolvere in caso di atto dispositivo pregiudizievole precedente all'obbligazione di cui è creditore, nonché di quello attinente all'elemento psicologico del terzo in caso di atto non gratuito, la prova del pregiudizio – in capo al medesimo creditore agente in revocatoria – non presenta particolari difficoltà.

Occorre tuttavia specificare che, indipendentemente dalla sopraccennata semplificazione dell'onere della prova richiesta all'attore dell'azione revocatoria, la giurisprudenza che si è pronunciata su domande di revoca di atti di conferimento di beni in *trust* non ha completamente esonerato l'attore dall'espletamento dell'onere della prova¹¹.

9. Osservazioni conclusive

In conclusione, le sentenze qui annotate si inseriscono nel solco di un orientamento giurisprudenziale consolidatosi anche in sede di legittimità, esprimendo un indirizzo interpretativo di favore per l'attore della revocatoria: in entrambi i casi la banca ha dovuto sopportare un onere probatorio più lieve rispetto al debitore convenuto nell'azione revocatoria, esperita con successo sia dalla banca Gamma sia dalla banca Omega.

I Tribunali hanno inoltre offerto una dettagliata disamina dei requisiti necessari all'accoglimento dell'azione revocatoria ordinaria dedicando, in particolare, ampio spazio alla diversa consistenza dell'onere della prova: è stata ribadita la regola cardine per cui la diversa modulazione dell'onere della prova dipende dal carattere gratuito o meno dell'atto contestato, nonché dalla collocazione temporale dell'atto medesimo rispetto al momento in cui il credito è sorto.

Le decisioni hanno proceduto alle qualificazioni dirette a inquadrare l'atto come oneroso o gratuito, così come alla corretta individuazione del momento in cui è sorto il rapporto creditorio rilevante ai fini della revocatoria in ragione della peculiarità dei fatti nel cui ambito si sono sviluppate le due controversie. L'intrecciarsi, nella medesima fattispecie concreta, degli istituti del *trust* e della fideiussione ha infatti dato origine a diversi piani fattuali, che sono poi venuti a correlarsi tra loro: il piano dell'obbligazione del fideiussore nei confronti della banca, quello del rapporto obbligatorio della banca che aveva concesso credito al soggetto garantito dalla fideiussione, nonché quello dell'atto di disposizione compiuto da fideiussore nell'ambito del *trust*. Dal combinarsi di

¹¹ È stato infatti affermato che “Non è revocabile ex art. 2901 c.c. l'atto di conferimento di beni immobili in *trust* qualora il creditore agente in revocatoria non produca in giudizio tale atto, poiché il suo esame è indispensabile ai fini dell'individuazione della struttura del *trust*, con particolare riguardo alla natura gratuita o onerosa, dell'identificazione puntuale degli immobili della cui disposizione si chiede la revoca e dell'accertamento di eventuali beneficiari, i quali, se determinati, devono essere convenuti in giudizio” (Trib. Bologna, 3 novembre 2015, in *Trust*, 2016, 7, 379).

questi due piani emerge che i Giudici hanno risolto la controversia concentrando sul rapporto creatosi tra banca e fideiussore, anche se sorto prima che il soggetto garantito accedesse al mutuo bancario: in sede di revocatoria dinanzi al Tribunale di Torino, la banca Gamma ha infatti potuto scegliere di far valere la propria posizione creditoria nei confronti del fideiussore e non del mutuatario, collocando così il momento in cui l'obbligazione è sorta alla data della prestazione della fideiussione e assicurandosi in tal modo uno sgravio probatorio. Laddove, infatti, il momento rilevante ai fini dell'azione *ex art.* 2901 c.c. avesse dovuto risalire alla data del sorgere del credito garantito, l'atto di disposizione patrimoniale di cui veniva chiesta la revoca sarebbe risultato precedente rispetto al sorgere del credito della banca attrice, importando a carico di quest'ultima il gravoso onere di provare l'elemento soggettivo della dolosa preordinazione del terzo beneficiario.

Diritto tributario

La rivalutazione dei beni d'impresa

The Revaluation of a Firm's Assets

Carlo Pessina e Andrea Pessina **

ABSTRACT

La Legge n. 232 dell'11.12.2016 (cd. legge di bilancio 2017), all'art. 1, commi da 556 a 563, concede nuovamente la facoltà di rivalutare i beni di impresa materiali ed immateriali e le partecipazioni in società controllate e collegate ai sensi dell'art. 2359, c.c., iscritti nell'attivo immobilizzato dei bilanci dell'esercizio in corso al 31.12.2015 e in quello dell'esercizio successivo (31.12.2016 per i soggetti con esercizio coincidente con l'anno solare), con obbligo di riconoscimento fiscale mediante versamento di imposta sostitutiva. A chiarire le modalità operative è intervenuta l'Agenzia delle entrate fornendo ampie illustrazioni con la Circolare n. 14/E del 27 aprile 2017.

PAROLE CHIAVE: legge di bilancio 2017 – facoltà di rivalutare i beni d'impresa – riconoscimento fiscale mediante versamento d'imposta sostitutiva.

Law n. 252 of December 11th, 2016 (cd. Budget Act 2017), at art. 1, paragraphs 556 to 563, again it grants the right to revalue the materials and intangibles assets and equity investments in subsidiaries and associated companies in accordance with art. 2359, c.c., recorded as fixed assets on the balance sheet for the current year to December 31st, 2015 and the following year (31.12.2016 for subjects with year coincides with the calendar year), with the obligation of tax recognition through payment of substitute tax. To explain operatives processes participated Income Revenue Authority by supplying expansive illustrations with the newsletter n. 14/E of april 27th.

KEYWORDS: budget law 2017 – Authority to reevaluate assets – fiscal recognition by substitute tax.

** Dottori commercialisti in Casale Monferrato e Milano.

SOMMARIO

1. Premessa – 2. Chi può rivalutare – 3. Cosa si può rivalutare – 4. Vincoli della rivalutazione – 4.1. Obbligo di riconoscimento fiscale dei maggiori valori – 4.2. Obbligo di rivalutazione per categorie omogenee – 5. Limite economico – 6. Metodi di rivalutazione – 7. Effetti della rivalutazione e imposta sostitutiva – 8. Il saldo attivo di rivalutazione – 9. Riallineamento dei valori civili e fiscali dei beni.

1. Premessa

Ancora una volta il Legislatore offre ai soggetti titolari di reddito di impresa indicati alle lett. *a)* e *b)*, comma 1, art. 73 del Tuir, la facoltà già concessa da ultimo dalla legge n. 208 del 28 dicembre 2015 (c.d. legge di stabilità 2016) di iscrivere in bilancio i maggiori valori attribuibili ai beni di impresa classificati tra le immobilizzazioni, materiali e immateriali, diversi da quelli alla cui produzione o scambio è diretta l'attività dell'impresa (c.d. beni merce), determinati secondo criteri valutativi in grado di fornire la rappresentazione a valori economici correnti dei beni oggetto di rivalutazione. Con riguardo alla metodologia ed ai requisiti di rivalutazione la legge di bilancio 2017 richiama, al comma 562, in quanto compatibili, le disposizioni contenute nella l. n. 342 del 21 novembre 2000, nel Regolamento attuativo di cui al d.m. n. 86/2002 (e d.m. n. 162/2001 ivi richiamato) e nella l. n. 311 del 30 dicembre 2004¹.

L'Organo amministrativo e, ove presente, l'Organo di controllo, sono dunque nuovamente chiamati in causa, in sede di predisposizione e controllo del bilancio dell'esercizio in cui avviene la rivalutazione, a "motivare" il criterio di rivalutazione adottato e ad "attestare" l'economicità del valore del bene post-rivalutazione; ciò in forza dell'espresso richiamo all'art. 11 della l. n. 342/2000 operato, come detto, dalla legge di bilancio 2017 (art. 1, comma 562, l. n. 232/2016).² Posto che la norma stabilisce che i maggiori valori devono essere iscritti nel bilancio dell'esercizio successivo a quello in corso al 31.12.2015, per i soggetti avente esercizio coincidente con l'anno solare il bi-

¹ E dunque, in quanto compatibili, è possibile fare riferimento ai documenti di prassi emanati dall'Agenzia delle Entrate in commento alle leggi di rivalutazioni ivi richiamate.

² Il comma 3, art. 11 della l. n. 342/2000 richiede che *"Gli amministratori e il collegio sindacale devono indicare e motivare nelle loro relazioni i criteri seguiti nella rivalutazione delle varie categorie di beni e attestare che la rivalutazione non eccede il limite di valore di cui al comma 2"*.

lancio interessato dalla rivalutazione è quello chiuso al 31 dicembre 2016. La legge di rivalutazione non impone in capo all'Organo amministrativo alcun obbligo di perizia che supporti e motivi la determinazione dei nuovi valori rivalutati, tuttavia individua un limite massimo oltre il quale non è possibile rivalutare, rappresentato dal valore di mercato del bene o alternativamente dal valore ad esso attribuibile in base alla sua potenzialità economica all'interno del processo produttivo dell'impresa³. È tuttavia fuori dubbio che la valutazione economica svolta da un esperto indipendente funge da strumento di tutela nei confronti degli Organi sociali, i quali, tra l'altro, devono attestare che l'iscrizione in bilancio dei maggiori valori non violi il principio cardine della rappresentazione veritiera e corretta della situazione patrimoniale sancito dall'art. 2423 c.c.

Alle considerazioni fin ora svolte se ne devono aggiungere altre di carattere fiscale che si rendono indispensabili ai fini della valutazione globale sull'opportunità o meno di avvalersi della facoltà concessa dal Legislatore, cioè se valga la pena "anticipare" un carico fiscale sostitutivo delle imposte sui redditi rispetto al sostenimento nei termini e nei modi ordinari delle imposte stabilite dal Tuir.

2. Chi può rivalutare

L'art. 1, comma 556, della legge di bilancio 2017 stabilisce che possono effettuare la rivalutazione i soggetti indicati nell'art. 73, comma 1, lett. a) e b), del Tuir, dunque le società di capitali, le società cooperative e quelle di mutua assicurazione, le società di cui ai Regolamenti CE n. 2157/2001 e n. 1435/2001, gli enti commerciali compresi i *trust* residenti nel territorio dello Stato e i soggetti equiparati, con espressa esclusione, tra essi, di quelli che per la redazione del bilancio adottano i principi contabili internazionali. Per questi ultimi, in luogo della rivalutazione, viene concessa la sola possibilità di "riallineare" il (minore) valore fiscale dei beni a quello (maggiore) civilistico già iscritto contabilmente, senza pertanto modificare la rappresentazione in bilancio dei beni stessi; tale facoltà, come vedremo, può essere esercitata, oltretutto dai soggetti *las adopter*, anche dai soggetti *Ita gaap*, come opzione alternativa alla rivalutazione (o congiunta alla rivalutazione con riferimento a distinti beni).

³ In tal senso l'art. 6 del d.m. 162/2001 – Regolamento attuativo delle disposizioni contenute nella l. n. 342/2000 – richiamato dall'art. 1 del d.m. 86/2002.

L'ambito soggettivo della rivalutazione è poi esteso anche ai seguenti soggetti:⁴

- le persone fisiche che esercitano attività produttive di reddito d'impresa ai sensi dell'art. 55 del Tuir, per i beni relativi all'attività commerciale esercitata;
- le società in nome collettivo, in accomandita semplice ed equiparate;
- gli enti non commerciali, compresi i *trust*, per i beni relativi all'attività commerciale eventualmente esercitata;
- i soggetti non residenti (persone fisiche, società ed enti, compresi i *trust*), relativamente ai beni appartenenti alle loro stabili organizzazioni in Italia;
- le imprese individuali e le società di persone in contabilità semplificata.

Sono invece escluse dalla possibilità di rivalutare i beni le società semplici⁵.

Particolari modalità di rivalutazione sono previste per quei soggetti appena elencati che si trovano in determinate situazioni soggettive.

Per coloro che si avvalgono di regimi contabili semplificati, l'individuazione dei beni rivalutabili, in luogo del bilancio di esercizio la cui redazione non è prevista, è desumibile dal registro dei beni ammortizzabili, se istituito, o dal registro degli acquisti tenuto ai fini Iva (ivi riportati al 31 dicembre 2015 e 31 dicembre 2016); ai fini dell'individuazione della tipologia di beni da rivalutare (se trattasi, in particolare, di beni ammortizzabili o non ammortizzabili o per provare che tali beni non sono beni-merce), la circolare dell'Agenzia delle Entrate n. 11/E/2009 ha precisato che, proprio per l'assenza del bilancio, si deve far riferimento a “*situazioni di fatto*” o a “*elementi desumibili dalle modalità di effettivo impiego dei beni*”. Questo obbligo è confermato anche dalla nuova Circolare 14/E. Inoltre, per quanto precisato dalla detta Circolare tali soggetti devono redigere un apposito prospetto bollato e vidimato dal quale risultino il costo dei beni ed i maggiori valori iscritti a seguito della rivalutazione⁶.

Accortezze devono essere rispettate anche da parte di quei soggetti esercenti attività di impresa che si avvalgono di regimi fiscali agevolati (ad esempio quello previsto dall'art. 27 del d.l. n. 78/2011)⁷, il cui riconoscimento del-

⁴ In forza del richiamo all'art. 15 della l. n. 342/2000 operato dalla legge di bilancio 2017.

⁵ In tal senso la circolare AE n. 5/E/2001.

⁶ Si segnala che la bollatura e vidimazione del prospetto, prescritta dall'art. 15 della l. n. 342/2000, non era più richiesta, ai sensi della risoluzione AE n. 14/E/2010, mentre il relativo obbligo è stato reintrodotta dalla Circolare 14/E.

⁷ Mentre sarebbero esclusi i soggetti che determinano il reddito in base a criteri forfetari, in tal senso circolare AE n. 207/E/2000.

la rivalutazione avverrà in sede di dichiarazione dei redditi mediante indicazione dei maggiori valori rivalutati e dell'imposta sostitutiva da versare. Inoltre, in considerazione del fatto che tali soggetti non deducono gli ammortamenti, i maggiori valori di rivalutazione assumeranno rilevanza fiscale solo ai fini della determinazione dell'eventuale plusvalenza o minusvalenza da cessione a partire dal quarto esercizio successivo a quello in cui la rivalutazione è stata eseguita (dunque dal 1° gennaio 2020 in caso di soggetti solari).

La rivalutazione può, ancora, essere eseguita anche da imprese che si trovano in stato di liquidazione volontaria, mentre non è ammessa per imprese dichiarate fallite o sottoposte a liquidazione coatta amministrativa.⁸ Discorso diverso, a nostro avviso, va fatto per le imprese in concordato preventivo, sia liquidatorio che in continuità, per le quali non ravvisiamo impedimenti nel rivalutare i beni di impresa, anche per la mancata espressa previsione di esclusione degli stessi.

Pare piuttosto utile soffermarsi sulla casistica di quelle imprese che chiudono il bilancio oggetto di rivalutazione (31 dicembre 2016 per i soggetti solari) in perdita civilistica, le quali, tra l'altro, dalla rivalutazione potrebbero trarne il beneficio di sottrarsi agli obblighi codicistici di ricostituzione del capitale (artt. 2446 e 2447 per le società per azioni e artt. 2482 *bis* e 2482 *ter* per le società a responsabilità limitata) mediante la rilevazione a patrimonio netto della riserva di rivalutazione. Se da un lato nessuna preclusione alla rivalutazione è posta dalla legge, dall'altro, particolare attenzione va prestata con riguardo alle cause generatrici della perdita di esercizio; in sostanza, la rivalutazione potrebbe avere una portata totalmente differente se i risultati negativi aziendali abbiano o meno carattere durevole. Vedremo, al riguardo, come amministratori e collegio sindacale sono direttamente coinvolti in questa fase.

Con riferimento, infine, a quei soggetti che hanno partecipato ad operazioni straordinarie (conferimento, fusione e scissione, in qualità di beneficiaria), la Circolare 14/E chiarisce che la rivalutazione da parte della beneficiaria è ammessa anche per quei beni iscritti nell'attivo immobilizzato del bilancio della società dante causa, in applicazione del principio di continuità del possesso aziendale tra soggetto dante causa e avente causa (ovviamente tali beni dovevano essere presenti nel bilancio dell'esercizio in corso al 31 dicembre 2015)⁹.

⁸ Tale esclusione non è desumibile dalla legge di bilancio 2017 e nemmeno dalle precedenti leggi di rivalutazioni in essa richiamate. Tuttavia, come anche sostenuto da ASSONIME nella circolare n. 13/2001, espressa previsione di esclusione era disposta dall'art. 1 del d.m. 13 febbraio 1992 (Regolamento attuativo della legge di rivalutazione obbligatoria n. 413 del 30 dicembre 1991), e i motivi sistematici ispiratrici devono ritenersi validi tutt'ora.

⁹ In tal senso si era pronunciata anche la circolare AE n. 11/E/2009.

Sempre in tema di requisiti soggettivi, una conferma da parte dell'Agenzia delle Entrate con la citata Circolare 14/E è stata fornita anche con riguardo al caso di affitto o usufrutto di azienda, precisando che il soggetto che può rivalutare i beni aziendali è quello che mantiene l'obbligo di conservazione dell'efficienza dei beni e che (per quelli ammortizzabili) calcola e deduce le quote di ammortamento; qualora, dunque, le parti non abbiano previsto contrattualmente la deroga alle disposizioni dell'art. 2561 c.c., la facoltà di rivalutare spetta all'affittuario o usufruttuario. Al termine dell'affitto o dell'usufrutto l'azienda è restituita al concedente comprensiva dei beni rivalutati e della relativa riserva di rivalutazione, sempre che quest'ultima non sia stata nel frattempo distribuita o utilizzata per copertura perdite, e l'imposta sostitutiva (versata dall'affittuario o usufruttuario) costituirà un credito di imposta collegato alla riserva di rivalutazione trasferita al concedente. Nell'ipotesi in cui, invece, le parti, in deroga all'art. 2561 c.c., si siano accordate prevedendo che sia il concedente a calcolare gli ammortamenti, la rivalutazione potrà essere effettuata solo da quest'ultimo¹⁰.

3. Cosa si può rivalutare

L'art. 1, comma 556 della Legge di bilancio 2017 stabilisce che sono rivalutabili (i) i beni materiali e immateriali, mobili e immobili, ammortizzabili e non, compresi quelli in corso¹¹ e quelli già completamente ammortizzati e (ii) le partecipazioni detenute in società controllate o collegate ai sensi dell'art. 2359 del c.c., iscritti nell'attivo immobilizzato dei bilanci degli esercizi in corso al 31 dicembre 2015 e al 31 dicembre 2016. La rivalutazione spetta anche per quei beni detenuti in forza di altro diritto reale di godimento diverso dalla proprietà.¹²

Sono, dall'altro lato, esclusi (i) i beni alla cui produzione o al cui scambio è diretta l'attività di impresa (beni-merce)¹³, (ii) i beni materiali, immateriali e le

¹⁰ In tal senso anche le Circolari AE n. 57/E/2001 e n. 11/E/2009.

¹¹ Per la parte rilevata nell'attivo immobilizzato entro il termine dell'esercizio in corso al 31 dicembre 2015, in tal senso la circolare AE n. 13/E/2014.

¹² Al riguardo, si segnala che l'Agenzia delle Entrate, nella circolare n. 22/E/2009, ha precisato che *“nel caso di acquisizione di un diritto reale su un immobile diverso dalla proprietà, come ad esempio diritto di superficie, la rivalutazione potrà essere eseguita a condizione che tale diritto risulti correttamente contabilizzato nella predetta voce di bilancio unitamente all'immobile ivi realizzato”*.

¹³ Si precisa che, nonostante il dato letterale della norma, art. 1, comma 556 della legge di bi-

partecipazioni (di controllo e collegamento) acquistate successivamente all'esercizio in corso al 31 dicembre 2015, (iii) le partecipazioni non iscritte tra le immobilizzazioni finanziarie e quelle ivi iscritte ma non costituenti partecipazioni di controllo o collegamento ai sensi dell'art. 2359 del c.c., (iv) le immobilizzazioni immateriali non costituenti beni (avviamento e spese pluriennali capitalizzate), (v) i beni monetari quali denaro, crediti, obbligazioni comprese quelle convertibili in azioni, ecc. (vi) i beni detenuti in leasing (a meno che non siano stati riscattati entro il termine dell'esercizio in corso al 31 dicembre 2015)¹⁴.

Possono essere rivalutati i beni aventi costo unitario non superiore ad € 516,46, anche se interamente spesi nell'esercizio di acquisizione (purché, come chiarito dalla Circolare 14/E, risultino iscritti nell'attivo dello stato patrimoniale del bilancio relativo all'esercizio in corso al 31 dicembre 2015) e il maggiore valore rivalutato, tuttavia, non potrà essere speso per intero nell'esercizio ma dovrà essere ammortizzato con i coefficienti stabiliti dal d.m. 31 dicembre 1988; questo in quanto, ai sensi dell'art. 102, comma 5 del Tuir, i costi relativi a tali beni possono essere dedotti integralmente nell'esercizio in cui sono stati sostenuti.

Relativamente alla rivalutazione dei beni materiali ed immateriali che risultano integralmente ammortizzati, l'art. 2, comma 2, del d.m. 162/2001 prescrive che *“Ai fini della rivalutazione, i beni completamente ammortizzati si intendono posseduti se risultanti dal bilancio o rendiconto ovvero [...] relativamente ai beni immateriali completamente ammortizzati, se gli stessi siano tuttora tutelati ai sensi delle vigenti disposizioni in materia”*.

Ai fini del rispetto del requisito dell'iscrizione in bilancio richiesto dalla legge, qualora i beni interamente ammortizzati non siano più esposti nello stato patrimoniale del bilancio, la loro collocazione tra le immobilizzazioni deve essere desumibile dalla nota integrativa, nella quale, ai sensi dell'art. 2427 del c.c., devono essere indicati i valori lordi e i relativi ammortamenti effettuati. Con specifico riferimento ai beni immateriali (ad esempio marchi, brevetti e licenze), invece, indipendentemente dalle risultanze contabili, la rivalutazione può avere luogo solo se gli stessi risultano ancora tutelati giuridicamente dalla legge vigenti in materia. In definitiva, per i beni interamente ammortizzati pos-

lancio 2017, reciti che sono esclusi dalla rivalutazione gli *“immobili alla cui produzione o al cui scambio è diretta l'attività di impresa”*, l'Agenzia delle Entrate ha precisato, sia nella Circolare n. 13/E/2014 in commento alla legge di rivalutazione 147/2013, che, nella recente Circolare 14/E, *“per ragioni di ordine logico sistematico e in coerenza con quanto previsto nelle precedenti leggi di rivalutazione l'esclusione dalla disciplina riguarda tutti i beni merce, nonostante la norma si limiti a prevedere l'esclusione solo con riferimento alla categoria degli immobili merce”*.

¹⁴ In tal senso circolari AE n. 57/E/2001 e n. 18/E/2006.

seduti nell'esercizio in corso al 31 dicembre 2015 (e 31 dicembre 2016) si presentano questi scenari possibili:

– beni materiali interamente ammortizzati: rivalutazione possibile se risultano ancora iscritti nello stato patrimoniale del bilancio o, in alternativa, nella nota integrativa e, per i soggetti “semplificati” se risultanti dal libro cespiti ammortizzabili (o registro acquisti Iva);

– beni immateriali interamente ammortizzati: indipendentemente dall'iscrizione in bilancio (stato patrimoniale o nota integrativa) la rivalutazione è possibile solo se i beni stessi sono giuridicamente tutelati;

La rivalutazione può interessare anche beni in relazione ai quali si è già usufruito di precedenti normative di rivalutazione¹⁵.

Situazione, inoltre, che si può verificare, è quella della rivalutazione di beni per cui sono state precedentemente effettuate svalutazioni non rilevanti ai fini fiscali. Ipotesi oggetto di trattazione da parte dell'Agenzia delle Entrate nella circolare n. 57/E/2001, nella quale ha precisato che il calcolo dell'imposta sostitutiva deve essere commisurato sulla differenza tra il valore rivalutato e il valore netto contabile, non essendo, invece, possibile, escludere dall'ammontare imponibile la differenza tra il maggiore valore fiscale del bene e il minore valore iscritto in bilancio.

ESEMPIO 1

Costo storico	€ 12.000
Svalutazione indeducibile	<u>€ 2.000</u>
Valore netto contabile	€ 10.000
Valore di rivalutazione	€ 16.000

L'Agenzia delle Entrate, nella citata Circolare 57 E/2001, ammette due soluzioni alternative:

a) la base imponibile per il calcolo dell'imposta sostitutiva è € 6.000 (€ 16.000 – € 10.000), dunque senza considerare che ai fini fiscali il valore del bene (ante rivalutazione) è di € 10.000 (e quindi la base imponibile dell'imposta sostitutiva potrebbe essere minore, € 16.000 – € 12.000 = € 4.000);

b) facoltà di ripristinare in bilancio il valore del bene ante svalutazione e operare in dichiarazione dei redditi una variazione in diminuzione pari alla

¹⁵ In questo caso, a nostro parere, dal versamento dell'imposta sostitutiva dovuta non è possibile scomputare in diminuzione l'imposta sostitutiva versata in occasione di precedenti rivalutazioni.

svalutazione ripristinata (€ 2.000). Così facendo, la base imponibile dell'imposta sostitutiva è di € 4.000.

Quanto alle partecipazioni di controllo e collegamento, infine, l'art. 3 del d.m. n. 162/2001 prescrive che le azioni o quote possedute possono essere rivalutate soltanto se il rapporto di controllo o collegamento di cui all'art. 2359 del c.c. sussiste ininterrottamente almeno dall'esercizio chiuso entro il 31 dicembre 2015¹⁶.

Per ultimo la Circolare 14/E, precisa, con riferimento ai beni in leasing, quanto segue:

- per l'utilizzatore la rivalutazione è ammessa a condizione che lo stesso abbia esercitato il diritto di riscatto entro l'esercizio in corso al 31 dicembre 2015, per il fatto che possono essere rivalutati solo i beni di cui si è titolari della proprietà ai sensi di quanto previsto dall'art. 2, comma 3, del d.m. 13 aprile 2001 n. 162;

- per il concedente, invece, la rivalutazione non è ammessa in quanto i beni devono essere iscritti tra i crediti immobilizzati, cioè in una voce di bilancio per la quale non è prevista la possibilità di rivalutarli.

4. Vincoli della rivalutazione

4.1 Obbligo di riconoscimento fiscale dei maggiori valori

Il primo, e sicuramente il più determinante, vincolo imposto a coloro che intendono rivalutare i beni di impresa, è quello dell'obbligo di versamento di un'imposta sostitutiva (16% per i beni ammortizzabili e 12% per quelli non ammortizzabili) ai fini del riconoscimento fiscale dei maggiori valori attribuiti a detti beni. Come nelle precedenti leggi di rivalutazione volontaria (tranne quella prevista dal d.l. 185/2008 dedicata ai soli beni immobili), il soggetto che ridetermina il valore civilistico dei beni deve allineare tale nuovo valore anche ai fini fiscali, perfezionando la procedura mediante indicazione in dichiarazione dei maggiori valori rivalutati e della relativa imposta sostitutiva.¹⁷ Questo vincolo è confermato anche dalla Circolare 14/E, nella quale viene espressamente precisato che *“non è consentito effettuare una rivalutazione con rilevanza solo civilistica, vale a dire senza il versamento dell'imposta sostitutiva”*.

¹⁶ Data aggiornata in base alla disciplina applicabile ad oggi.

¹⁷ Si segnala, circa il momento di perfezionamento della rivalutazione, che la circolare AE n. 13/E/2014 ha precisato che esso coincide con l'indicazione in dichiarazione dei redditi.

4.2 Obbligo di rivalutazione per categorie omogenee

Altro vincolo imposto dalla legge, però solo riferito ai beni materiali, è l'obbligo di rivalutazione di tutti i beni appartenenti ad una medesima "categoria omogenea" (mentre i beni immateriali possono essere rivalutati anche singolarmente). I criteri di identificazione delle categorie omogenee sono stabiliti dall'art. 4 del d.m. n.162/2001, istruzioni valide ancora oggi in forza, come detto in precedenza, del richiamo a tale decreto operato dalla legge di bilancio 2017 (più precisamente, il comma 562, art. 1 della l. n. 232/2016 richiama il d.m. n. 86/2002 che a sua volta richiama il d.m. n.162/2001) e il momento di verifica dell'appartenenza del bene ad una categoria piuttosto che ad un'altra va effettuato alla data di chiusura del bilancio in cui la rivalutazione è eseguita (dunque 31 dicembre 2016 per i soggetti solari).

La prima macro-categoria omogenea è la seguente:

– **beni immobili:** le sottocategorie omogenee che la compongono sono (i) aree fabbricabili aventi la stessa destinazione urbanistica, (ii) aree non fabbricabili, (iii) fabbricati non strumentali, (iv) fabbricati strumentali per destinazione, (v) fabbricati strumentali per natura.¹⁸

Il soggetto che intende rivalutare i beni immobili dovrà prestare attenzione alle varie categorie presenti all'interno della macro-categoria immobili, potendo poi decidere di rivalutare tutte le categorie omogenee che la compongono oppure solo talune di esse; per ipotesi, la rivalutazione potrà interessare solo i fabbricati strumentali per natura e non anche i fabbricati strumentali per destinazione. Tuttavia, qualora taluni fabbricati avessero i requisiti per essere considerati strumentali sia per natura che per destinazione, gli stessi andranno compresi nella categoria dei fabbricati strumentali per destinazione, in quanto la strumentalità per destinazione è una specifica qualità di tali beni.¹⁹

L'Agenzia delle Entrate, nelle circolari n. 11/E/2009, n. 22/E/2009 e n. 13/E/2014, in riferimento alle precedenti leggi di rivalutazione, ha fatto alcune precisazioni circa la corretta individuazione dei differenti beni all'interno della categoria omogenea degli immobili:

– un'area si considera edificabile se entro la data di chiusura dell'esercizio in corso al 31 dicembre 2016 (anno in cui si rivaluta)²⁰ è qualificata come tale dallo strumento urbanistico adottato dal Comune, sempreché alla stessa data

¹⁸ Gli impianti e i macchinari infissi al suolo non rientrano in questa macro-categoria bensì in quella dei beni diversi dagli immobili.

¹⁹ In tal senso circolare AE n. 13/E/2014.

²⁰ Data aggiornata in base alla disciplina applicabile al momento in cui si scrive.

non sia stata riqualificata come non edificabile dallo strumento urbanistico Regionale;

– un’area si considera edificata se nell’esercizio in corso al 31 dicembre 2015 (anno antecedente a quello di rivalutazione)²¹ esiste un edificio significativo dal punto di vista urbanistico, ossia un edificio nel quale è stato eseguito il rustico comprensivo delle mura perimetrali delle singole unità ed è stata completata la copertura a norma dell’art. 2645-*bis*, comma 6, c.c.

Con riferimento all’area edificata (area sottostante ad un fabbricato), si segnala che, ai fini rivalutativi, essa non costituisce un’autonoma sottocategoria omogenea e dunque la rivalutazione della medesima è collegata alla sottocategoria del fabbricato sovrastante, con la conseguenza che qualora si decida di rivalutare l’area sottostante sarà necessario procedere alla rivalutazione di tutti i beni rientranti nella sottocategoria di cui l’area fa parte. Cioè, fabbricati strumentali per destinazione, strumentali per natura o non strumentali (immobili patrimonio).²²

Altre macro-categorie oltre gli immobili sono le seguenti:

– **beni mobili registrati:** le sottocategorie omogenee che la compongono sono (i) gli aeromobili, (ii) i veicoli, (iii) le navi e imbarcazioni iscritte nel registro internazionale, (iv) le navi e imbarcazioni non iscritte nel registro internazionale;

– **beni materiali ammortizzabili (diversi dai precedenti):** le sottocategorie omogenee che la compongono devono essere formate mediante raggruppamenti distinti per anno di acquisizione e coefficienti di ammortamento indicati nella tabella di cui al d.m. 31 dicembre 1988;

– **partecipazioni societarie:** le sottocategorie omogenee che la compongono devono essere formate mediante raggruppamenti distinti per natura, in conformità ai criteri di cui all’art. 94 del Tuir. Ai sensi del comma 3 di tale articolo di legge, “*Ai fini del raggruppamento in categorie omogenee non si tiene conto del valore e si considerano della stessa natura i titoli emessi dallo stesso soggetto ed aventi uguali caratteristiche*”.

Ciò significa che in caso di detenzione di più partecipazioni di controllo e collegamento in differenti società, il soggetto può, per ipotesi, decidere di rivalutare solo le partecipazioni detenute in un determinato soggetto emittente.

Il d.m. n. 162/2001, inoltre, prevede la possibilità di escludere dalla catego-

²¹ Data aggiornata in base alla disciplina applicabile al momento in cui si scrive.

²² In tal senso si veda MENEGHETTI, *Fabbricati e aree sottostanti con trattamento differenziato*, in *Il sole 24 ore*, 8.01.2014, p. 16.

ria omogenea di appartenenza i beni a deducibilità fiscale limitata (ad esempio telefonia ed autovetture) e quelli utilizzati promiscuamente. L'Agenzia delle Entrate, al riguardo, ha precisato che in caso di rivalutazione dei detti beni vi-ge l'obbligo di versamento dell'imposta sostitutiva sull'intero saldo attivo di rivalutazione, indipendentemente dalla rilevanza fiscale del conseguente incremento.²³

L'individuazione dei beni materiali da comprendere nelle varie categorie omogenee sopra elencate riveste particolare importanza ai fini del perfezionamento della rivalutazione, in primo luogo per il rispetto dell'ulteriore vincolo richiesto dalle norme che regolamentano la rivalutazione (art. 4, comma 8 del citato d.m. n.162/2001) che, come vedremo in seguito, consiste nell'utilizzo, all'interno di una stessa categoria appunto, di un unico criterio di rivalutazione per tutti i beni che ne fanno parte; in secondo luogo, l'errata classificazione di un bene all'interno di una categoria rispetto ad un'altra potrebbe causare il disconoscimento degli effetti della rivalutazione su tutti i beni appartenenti alla categoria "incompleta". Più che l'ipotesi di erroneo inserimento di un bene in una categoria omogenea rispetto ad un'altra, ma entrambe interessate dalla rivalutazione, la situazione più rilevante, in termini di conseguenze, è quella che si verifica nell'ipotesi in cui in una categoria omogenea rivalutata non sia stato compreso un bene erroneamente inserito, invece, in un'altra categoria non sottoposta a rivalutazione. Tale casistica è stata oggetto di analisi da parte della prassi Ministeriale, dapprima con la circolare n. 57/E/2001 in cui è stato affermato che, *"Nel caso ipotizzato in cui alcuni beni siano illegittimamente esclusi dalla rivalutazione, la conseguenza sarà il disconoscimento degli effetti fiscali della rivalutazione per tutti gli altri beni appartenenti alla medesima categoria omogenea; seguirà il recupero a tassazione dei maggiori ammortamenti effettuati o delle minori plusvalenze o maggiori minusvalenze dichiarate, con applicazione delle ordinarie sanzioni previste nell'ipotesi di infedele dichiarazione. In tale caso, venendo meno il presupposto per la sua applicazione, la corrispondente imposta sostitutiva, versata o compensata a norma dell'art. 12 della L. n. 342 del 2000, verrà considerata in diminuzione dagli importi dovuti."*, successivamente nella circolare n. 13/E/2014, dove l'Agenzia delle Entrate ha concesso al contribuente la facoltà di evitare le conseguenze sopra menzionate a patto che esegua il versamento dell'imposta sostitutiva originariamente dovuta sul bene erroneamente non inserito nella categoria omogenea maggiorata di sanzioni ed interessi, previsti per legge, anche in sede di accertamento.

²³ Circolare AE n. 13/E/2014.

Questa facoltà, ribadita nella recente Circolare 14/E, pur non riconoscendo i maggiori valori dei beni originariamente esclusi, evita, tuttavia, l'irrogazione delle sanzioni per infedele dichiarazione ed il recupero a tassazione di ammortamenti indebitamente dedotti e delle plusvalenze non tassate, prevedendo esclusivamente, a carico del contribuente, la debenza delle sanzioni e interessi per ritardato versamento.

In proposito si segnala che la giurisprudenza, in particolare la sentenza della Corte di Cassazione n. 21349 del 21 ottobre 2015, non propende per la stessa soluzione sostenuta dall'Agenzia delle Entrate ma stabilisce che l'inosservanza dell'obbligo di inclusione di tutti i beni all'interno di una categoria omogenea comporta la perdita di efficacia della rivalutazione per tutti i beni della medesima categoria.

Per quanto riguarda i beni immateriali la rivalutazione può avvenire, come detto, anche per singoli beni e non per categorie omogenee (dunque, per ipotesi, anche relativamente ad un determinato brevetto industriale posseduto, escludendone altri).

5. Limite economico

Come già anticipato, le norme che regolano la rivalutazione non prevedono l'obbligo in capo all'imprenditore di munirsi di valutazioni peritali che attestino i maggiori valori attribuibili ai beni, piuttosto stabiliscono un limite massimo oltre il quale non è possibile rivalutare, rappresentato dal valore economico del bene, come stabilito dall'art. 11 della l. n. 342/2000.

La Circolare 14/E conferma questo concetto ove chiarisce che il citato art. 11 ribadisce che il valore rivalutato di ciascun bene non può superare il suo "valore corrente", determinato alternativamente, *(i)* secondo consistenza, capacità produttiva ed effettivo utilizzo del bene all'interno dell'impresa, oppure *(ii)* secondo valutazioni desumibili direttamente dal mercato di riferimento. Il primo criterio si fonda su valutazioni aziendali legate alla quantificazione dello sfruttamento economico futuro del bene nel processo produttivo aziendale, consistente nella capacità del bene stesso di concorrere al conseguimento di ricavi e risultati positivi per l'azienda²⁴, mentre il

²⁴ ASSIREVI, con il documento n. 71/2001, in commento alla legge di rivalutazione n. 342/2000, sostiene che i maggiori valori attribuiti ai beni non possono in alcun modo superare i valori recuperabili tramite l'ammortamento, ossia tramite i ricavi che l'impresa consegue durante la propria vita, e che devono essere tali da poter coprire tutti i costi e le spese oltre gli ammortamenti.

secondo prende come punto di riferimento valutazioni estranee al processo produttivo e ricavabili in linea di principio da listini e transazioni commerciali concluse nei mercati di riferimento. Circa le partecipazioni, mentre per le azioni o quote regolamentate sui mercati nazionali e internazionali il limite economico è facilmente determinabile, per quelle non regolamentate l'art. 6 del d.m. 162/2001 stabilisce che esse *“possono essere rivalutate nel limite del valore ad esse attribuibile in proporzione al valore effettivo del patrimonio netto della società partecipata”*. Non è quindi il valore contabile del patrimonio netto della partecipata cui ci si dovrà attenere, bensì quello che rappresenta il cosiddetto valore economico, come inteso nel suo concetto aziendalistico.

I criteri di determinazione del limite economico sono tra loro alternativi ma la scelta di adottare l'uno o l'altro deve essere uniforme all'interno della stessa categoria omogenea (tranne per i beni immateriali per i quali, non essendo necessaria la rivalutazione per categorie omogenee, i criteri possono essere differenti tra un bene e l'altro) e, una volta individuato, il bene rivalutato non dovrà avere valore superiore ma, nel contempo, potrà avere pari o minore valore, come precisato anche dalla Circolare 14/E. Per ipotesi, qualora si decidesse di utilizzare il criterio del valore di mercato e di attestarsi ad un valore pari al 70% del limite economico, tale valutazione dovrà essere utilizzata per tutti i beni materiali all'interno della stessa categoria omogenea, mentre per un'altra categoria di beni potrà essere adottato il criterio della capacità produttiva. Se taluni beni risultano già iscritti al valore rivalutato che si è prescelto, gli stessi non subiranno incrementi di valore e la rivalutazione interesserà solo quelli con valori inferiori.

Il limite economico della rivalutazione assume rilevanza sia ai fini civili-stici che a quelli fiscali, con la conseguenza che l'iscrizione di beni rivalutati al di sopra di tale limite comporta una violazione del principio di verità e corretta rappresentazione della situazione patrimoniale prescritta dall'art. 2423 c.c. e, fiscalmente, non costituisce base imponibile per l'imposta di rivalutazione, con conseguente impossibilità di riconoscimento dei maggiori valori ai fini delle quote di ammortamento e della determinazione delle plusvalenze/minusvalenze. Al riguardo, tuttavia, si segnala che l'Agenzia delle Entrate, nella circolare n. 57/E/2001, ha precisato che *“fermo restando l'obbligo di effettuare rivalutazioni con criteri omogenei nell'ambito della stessa categoria, è da ritenersi che differenze non sostanziali derivanti da difetti di stima non comportino il venir meno degli effetti fiscali della rivalutazione”*.

Il valore di riferimento a cui confrontare il limite economico determinato

con i citati criteri è, come precisato dall'art. 6 del più volte citato d.m. n. 162/2001, il valore netto del bene (immateriale o materiale) alla data del bilancio nel quale la rivalutazione è operata, maggiorato della quota di ammortamento calcolata sul valore rivalutato. Pertanto, si ipotizzi questa situazione:

ESEMPIO 2 – Macchinario industriale

Bilancio precedente la rivalutazione - 31.12.2015 -

Costo storico	€ 50.000
Fondo ammortamento	<u>(€ 20.000)</u>
Valore netto	€ 30.000

Bilancio oggetto di rivalutazione - 31.12.2016 -

Limite economico (valore di mercato)	€ 40.000
Costo storico	€ 50.000
Fondo ammortamento	<u>(€ 20.000)</u>
Amm.to 2016	(€ 7.500)
Valore netto	<u>€ 22.500</u>
Limite massimo rivalutazione	€ 17.500

In analogia a quanto esemplificato nella Circolare 14/E si precisa che, per acquisire la rivalutazione nella detta misura massima, l'impresa può, ad esempio, ridurre contabilmente il fondo ammortamento per € 7.500 e aumentare il costo storico del bene di € 10.000. In tal modo risulta rispettato il limite economico imposto dalla legge perché sia il costo di acquisto rivalutato che il valore residuo del bene sono in linea con il loro valore di mercato.

Per effetto dell'espresso richiamo all'art. 11 della l. n. 342/2000, la corretta quantificazione del limite economico assume notevole importanza anche per l'Organo amministrativo e per l'Organo di controllo (in caso di rivalutazione operata da società), i quali, nelle loro relazioni al bilancio (quello chiuso al 31 dicembre.2016 in caso di soggetti solari), devono redigere un apposito paragrafo che, (i) per l'Organo amministrativo, illustri e motivi i criteri adottati per la rivalutazione delle varie categorie di beni e attesti che il valore dei beni rivalutati non eccede il limite consentito dalla legge e, (ii) per l'Organo di controllo, attesti la correttezza del procedimento di rivalutazione, la congruità del

valore rivalutato rispetto al valore di riferimento (mercato o capacità produttiva) e la recuperabilità futura mediante gli utili di impresa. Particolare attenzione va poi posta, come già anticipato, per quelle imprese che chiudono il bilancio di esercizio in perdita civilistica; se la perdita è considerata “non durevole”, il concetto di recuperabilità futura dei maggiori valori attribuiti ai beni non viene intaccato, se, invece, la perdita è “durevole”, l’impresa potrebbe trovarsi nella situazione di dover svalutare il valore dei beni immobilizzati (e non rivalutare), così come previsto dall’art. 2426, comma 1, n. 3, c.c. (e considerando anche le istruzioni fornite dai nuovi principi contabili Oic 9, Oic 16 e Oic 24).

6. Metodi di rivalutazione

Se, da un lato, la rappresentazione in bilancio dei maggiori valori attribuiti ai beni non ammortizzabili avviene mediante adeguamento del costo iscritto in bilancio (contrapponendo ad esso il saldo di rivalutazione ridotto dell’imposta sostitutiva), dall’altro, la rivalutazione dei beni ammortizzabili vede tre differenti modalità tecniche tra loro alternative previste dall’art. 5 del d.m. 162/2001, confermate dalla Circolare 14/E, fermo restando che, qualunque sia il metodo adottato, il limite della rivalutazione è rappresentato dal valore economico del bene determinato secondo i criteri illustrati nei paragrafi precedenti. Le tre modalità prevedono:

- a) la rivalutazione del costo storico;
- b) la riduzione del fondo di ammortamento;
- c) la rivalutazione del costo storico e del relativo fondo di ammortamento.

La stessa Circolare precisa che, sebbene l’adozione di ognuna delle suddette tecniche di rivalutazione porti allo stesso risultato in termini di valorizzazione del bene post-rivalutazione, la scelta dell’uno rispetto agli altri comporta ripercussioni civilistiche e fiscali tra loro differenti.

Con il primo metodo, il costo storico deve essere incrementato in misura di adeguarlo al valore economico del bene stesso alla data di chiusura del bilancio (31.12.2016 per i soggetti solari).

Valga l’ipotesi di un macchinario acquistato ad inizio 2011, iscritto al costo storico di € 50.000 ed ammortizzato con aliquota del 15% (ridotta alla metà per il primo esercizio).

Il limite economico della rivalutazione è di € 40.000.

ESEMPIO 3 – Metodo di rivalutazione del costo storico

Situazione ante rivalutazione

Piano ammortamento

Anno	Costo storico	Amm.to	F.do amm.to	Valore netto
2011	50.000	3.750	3.750	46.250
2012	50.000	7.500	11.250	38.750
2013	50.000	7.500	18.750	31.250
2014	50.000	7.500	26.250	23.750
2015	50.000	7.500	33.750	16.250
2016	50.000	7.500	41.250	8.750
2017	50.000	7.500	48.750	1.250
2018	50.000	1.250	50.000	-

Situazione post rivalutazione

Limite economico rivalutazione	40.000
Valore netto al 31.12.2016	(8.750)
Incremento costo storico	31.250

Piano ammortamento

Anno	Costo storico	Amm.to	F.do amm.to	Valore netto
2011	50.000	3.750	3.750	46.250
2012	50.000	7.500	11.250	38.750
2013	50.000	7.500	18.750	31.250
2014	50.000	7.500	26.250	23.750
2015	50.000	7.500	33.750	16.250
2016	81.250	7.500	41.250	40.000
2017	81.250	12.188	53.438	27.813
2018	81.250	12.188	65.625	15.625
2019	81.250	12.188	77.813	3.438
2020	81.250	3.438	81.250	-

Limite economico

Scritture contabili al 31.12.2016

Macchinari	a	Saldo attivo di rivalutazione	31.250
Saldo attivo di rivalutazione	a	Debiti per imposta sostitutiva	5.000

Con il secondo metodo, invece, il costo storico del bene resta invariato mentre si interviene sul fondo di ammortamento iscritto in bilancio all'inizio dell'esercizio in cui si effettua la rivalutazione (in sostanza il fondo ammortamento al 31.12.2015 in caso di soggetti solari).

ESEMPIO 4 – Metodo di riduzione del fondo ammortamento

Situazione ante rivalutazione

Piano ammortamento

Anno	Costo storico	Amm.to	F.do amm.to	Valore netto
2011	50.000	3.750	3.750	46.250
2012	50.000	7.500	11.250	38.750
2013	50.000	7.500	18.750	31.250
2014	50.000	7.500	26.250	23.750
2015	50.000	7.500	33.750	16.250
2016	50.000	7.500	41.250	8.750
2017	50.000	7.500	48.750	1.250
2018	50.000	1.250	50.000	-

Situazione post rivalutazione

Limite economico rivalutazione 40.000

Valore netto contabile 31.12.2016 (8.750)

Saldo attivo di rivalutazione 31.250

Riduzione del f.do amm.to 31.12.2015 31.250

Piano ammortamento

Anno	Costo storico	Amm.to	F.do amm.to	Valore netto
2011	50.000	3.750	3.750	46.250
2012	50.000	7.500	11.250	38.750
2013	50.000	7.500	18.750	31.250
2014	50.000	7.500	26.250	23.750
2015	50.000	7.500	33.750	16.250
2016	50.000	7.500	10.000	40.000
2017	50.000	7.500	17.500	32.500
2018	50.000	7.500	25.000	25.000
2019	50.000	7.500	32.500	17.500
2020	50.000	7.500	40.000	10.000
2021	50.000	7.500	47.500	2.500
2022	50.000	2.500	50.000	-

Limite economico

Scritture contabili al 31.12.2016

F.do amm.to Macchinari	a	Saldo attivo di rivalutazione	31.250
Saldo attivo di rivalutazione	a	Debiti per imposta sostitutiva	5.000

Come detto, l'adozione dei due metodi sopra illustrati, come si evince dagli esempi appena proposti, comporta, in entrambi i casi, l'allungamento della vite utile del bene, a meno che non si decida di modificare il coefficiente di ammortamento in modo da stanziare quote annuali maggiori rispetto alle precedenti e, quindi, mantenere inalterata la vita utile residua. Tuttavia, se il nuovo coefficiente risulta essere più elevato rispetto a quello ammesso fiscalmen-

te ai sensi del d.m. 31 dicembre 1988, si renderà opportuno operare una variazione fiscale in aumento del reddito di impresa.

In proposito, si evidenzia che secondo quanto previsto dal principio contabile Oic 16 (Immobilizzazioni materiali) al paragrafo 77, *“La rivalutazione di un’immobilizzazione materiale non modifica la stimata residua vita utile del bene, che prescinde dal valore economico del bene. L’ammortamento dell’immobilizzazione materiale rivalutata continua ad essere determinato coerentemente con i criteri applicati precedentemente, senza modificare la vita utile”*.

Dunque, qualora si optasse per l’adozione dei due metodi esposti, ammessi dall’art. 5 del d.m. 162/2001, senza modifica alcuna del coefficiente di ammortamento, il mutamento della vita utile del bene non può considerarsi conseguenza diretta dell’intervenuta rivalutazione ma è da qualificarsi come variazione vera e propria della stima della vita utile inizialmente effettuata; lo stesso Oic 16, al paragrafo 72, prescrive appunto che *“Il cambiamento della vita utile dei cespiti per avvenuti mutamenti nelle condizioni originarie di stima è un cambiamento di stime contabili (cfr. Oic 29)”*, che richiede, inoltre, motivazione in Nota integrativa²⁵.

Passando al terzo metodo di rivalutazione, consistente nella contemporanea rivalutazione del costo storico e del fondo ammortamento, la differenza rispetto ai precedenti metodi è illustrata nell’esempio che segue.

ESEMPIO 5 – Metodo di rivalutazione del costo storico e del fondo di ammortamento

Situazione ante rivalutazione

Piano ammortamento

Anno	Costo storico	Amm.to	F.do amm.to	Valore netto
2011	50.000	3.750	3.750	46.250
2012	50.000	7.500	11.250	38.750
2013	50.000	7.500	18.750	31.250
2014	50.000	7.500	26.250	23.750
2015	50.000	7.500	33.750	16.250
2016	50.000	7.500	41.250	8.750
2017	50.000	7.500	48.750	1.250
2018	50.000	1.250	50.000	-

²⁵ Sul punto di segnala che autorevole dottrina ha sostenuto, con riferimento alla rivalutazione ex d.l. 185/2008, che la modifica della vita utile *“deve derivare da una nuova valutazione da parte degli amministratori, non deve, cioè essere la conseguenza automatica dell’applicazione di una metodologia contabile di rivalutazione”*, PISONI, BAVA, BUSSO, DE-VALLE, *Bilancio 2008 e rivalutazione degli immobili. Aspetti operativi e contabili*, in *Il Fisco*, n. 2, 2009.

Situazione post rivalutazione

Limite economico rivalutazione	40.000	
Valore netto contabile 31.12.2016	(8.750)	
Saldo attivo di rivalutazione	31.250	
Limite rivalutazione	31.250	% = 357,14%
Valore netto contabile 31.12.2016	8.750	

Incremento costo storico 31.12.2016 $50.000 \times 357,14\% = 178.571$

Incremento f.do amm.to 31.12.2016 $41.250 \times 357,14\% = 147.321$

Dove $(178.571 - 147.321) = 31.250$ (saldo attivo di rivalutazione)

Nuovo costo storico 31.12.2016 $(50.000 + 178.571) = 228.571$

Nuovo f.do amm.to 31.12.2016 $(41.250 + 147.321) = 188.571$

Dove $(228.571 - 188.571) = 40.000$ (limite economico)

Piano ammortamento

Anno	Costo storico	Amm.to	F.do amm.to	Valore netto	
2011	50.000	3.750	3.750	46.250	
2012	50.000	7.500	11.250	38.750	
2013	50.000	7.500	18.750	31.250	
2014	50.000	7.500	26.250	23.750	
2015	50.000	7.500	33.750	16.250	
2016 ante rivalut.	50.000	7.500	41.250	8.750	
rettifiche	178.571		147.321	31.250	
2016 post rivalut.	228.571		188.571	40.000	limite economico
2017	228.571	34.286	222.857	5.714	
2018	228.571	5.714	228.571	0	

Scritture contabili al 31.12.2016

Macchinari	a	Diversi	178.571
		F.do amm.to	
		macchinari	147.321
		Saldo attivo di	
		rivalutazione	31.250
Saldo attivo di	a	Debiti per imposta	5.000
rivalutazione		sostitutiva	

Come si evince dall'esempio appena proposto, il terzo metodo di rivalutazione non comporta l'allungamento della vita utile del bene rivalutato²⁶.

²⁶ In tal senso si veda il documento interpretativo n. 3/2009 emanato dall'Oic in occasione della legge di rivalutazione ex d.l.n. 185/2008, anche se riferita ai soli beni immobili.

Si segnala, tuttavia, che l'Agenzia delle Entrate con la circolare n. 11/E/2009, seppur sempre a commento della rivalutazione ex d.l. n. 185/2008, aveva sostenuto che tale metodo di rivalutazione (e anche quello del solo incremento del costo storico sub a)) non può mai *“portare il costo rivalutato del bene ad un valore superiore a quello di sostituzione. Per valore di sostituzione si intende il costo di acquisto di un bene nuovo della medesima tipologia, oppure il valore attuale del bene incrementato dei costi di ripristino della sua originaria funzionalità”*. Sul punto, è intervenuto anche l'Oic con il documento interpretativo n. 3/2009 (sempre in tema di rivalutazione d.l. n. 185/2008), precisando, invece, che, *“L'esposizione in bilancio di valori contabili dei beni che, visti separatamente dai relativi fondi, potrebbero apparentemente essere superiori a quelli di sostituzione è una circostanza che, sul piano sostanziale, trova soluzione nell'esposizione nello schema di stato patrimoniale del valore netto dei beni”*.

I tre criteri appena citati, previsti, come detto, dal d.m. 162/2001, sono tra loro alternativi ma è ammesso il loro utilizzo combinato all'interno della stessa categoria omogenea (a differenza del criterio di individuazione del limite economico che deve, invece, essere unico per tutti i beni appartenenti alla medesima categoria). Si può dunque tranquillamente procedere a rivalutare due macchinari facenti parte di una stessa categoria l'uno con il metodo sub a) e l'altro con il metodo sub b)²⁷.

Infine, è da rilevare che tra tutti e tre i metodi sopra rappresentati, il meno conveniente ai fini fiscali risulta essere quello sub b), in quanto a conto economico continuano ad essere imputate quote di ammortamento calcolate sul valore ante-rivalutazione (a differenza degli altri due metodi).

7. Effetti della rivalutazione e imposta sostitutiva

Il comma 559 dell'art. 1 della l. n. 232/2016, stabilisce che, ai fini fiscali, (tanto per le imposte sui redditi quanto per l'IRAP) i maggiori valori attribuiti ai beni trovano riconoscimento a decorrere dal terzo esercizio successivo a quello nel quale è stata eseguita la rivalutazione: in genere, quindi, dal periodo d'imposta 2019 (in caso di coincidenza dall'anno fiscale con quello solare). Ciò significa, come affermato nella Circolare 14/E che:

²⁷ Si segnala che l'Agenzia delle Entrate, nella circolare n. 2/E/2009, ha affermato che è inoltre possibile per lo stesso bene utilizzare due metodi di rivalutazione, per esempio contemporaneamente il metodo della rivalutazione del costo storico e il metodo della riduzione del fondo ammortamento.

– le quote di ammortamento calcolate sul valore rivalutato dei cespiti saranno deducibili, ai fini delle imposte sul reddito e dell'Irap, solo a decorrere dal terzo esercizio successivo a quello con riferimento al quale la rivalutazione è avvenuta, ferma restando la deducibilità delle quote di ammortamento calcolate sui valori originari dei beni durante il biennio 2017-2018;

– la quota dei maggiori ammortamenti stanziati nel conto economico e calcolata sul valore rivalutato rispetto a quella calcolata sul valore ante – rivalutazione deve essere recuperata in tassazione con una variazione in aumento del reddito d'impresa imponibile.

Una prima conseguenza di tale differimento è la rilevazione della fiscalità differita sulle quote di ammortamento annualmente indeducibili negli esercizi 2017-2018, come sopra determinata.

ESEMPIO 6

Si ipotizzi il caso di un'impresa che rivaluti, nel bilancio 2016, un bene ammortizzabile (*rectius*: una categoria omogenea di beni) iscritto in bilancio al costo storico di € 200.000, ammortizzato per € 80.000 e che decida di effettuare la rivalutazione con il metodo illustrato sub a) nel precedente paragrafo, ipotizzando che il valore corrente di mercato del bene stesso sia di € 180.000. Conseguentemente, i valori che assumerà il detto bene nelle scritture contabili dell'impresa post-rivalutazione saranno i seguenti:

Valore rivalutato	€ 260.000
Fondo ammortamento	€ 80.000

Nei bilanci degli esercizi 2017-2018 l'impresa stanzierà contabilmente una quota di ammortamento, ipotizzando un'aliquota del 10%, pari ad € 26.000, calcolata sul valore rivalutato del bene, mentre fiscalmente tale quota sarà annualmente deducibile, per i due esercizi suddetti nella misura di € 20.000, calcolata cioè sul costo del bene ante-rivalutazione. Le conseguenze fiscali di tale situazione sono le seguenti:

– innanzitutto, per i due esercizi 2017–2018 l'impresa dovrà operare, nella propria dichiarazione dei redditi, una variazione in aumento del reddito imponibile pari ad € 6.000 per ciascuno dei detti periodi d'imposta;

– secondariamente, dovrà stanziare, in ciascuno dei periodi medesimi, imposte anticipate pari ad € 1.440 (6.000 x 24%);

– dal 2019, esercizio dal quale inizieranno ad avere riconoscimento fiscale i maggiori ammortamenti, l'impresa avrà iscritto nella propria contabilità im-

poste anticipate per complessivi € 2.880. Questo stanziamento permarrà sino ad esaurimento dell'ammortamento civilistico, che terminerà nel 2022 (stante l'aliquota ipotizzata del 10%), a meno che il cespite non venga ceduto prima;

– a decorrere dal 2023 (o prima se il bene viene ceduto) sarà possibile dedurre, con apposita variazione in diminuzione del reddito, l'importo degli ammortamenti non dedotti nel biennio 2017-2018, pari ad € 6.000 per ognuno dei periodi 2023-2024, con riduzione del credito per imposte anticipate nella misura di € 1.440 all'anno e conseguente aumento di pari importo delle imposte sul reddito di competenza.

La differenza fra il valore civilistico rivalutato e il valore fiscale del bene ante-rivalutazione deve, inoltre, essere monitorata per gli esercizi dal 2017 al 2024 nella dichiarazione dei redditi dell'impresa.

Il citato comma 559 dell'art. 1 della legge di bilancio 2017 prevede inoltre che, per poter ottenere il riconoscimento (differito come visto) dei maggiori valori rivalutati, l'impresa deve versare un'imposta sostitutiva dell'Ires, dell'Irpef, dell'Irap e delle eventuali addizionali, nella misura del 16% per i beni ammortizzabili e del 12% per quelli non ammortizzabili. L'imposta sostitutiva va calcolata sul maggior valore di iscrizione dei beni in bilancio rispetto a quello originario. Per effetto di quanto previsto dall'art. 4 del d.m. 86/2002 (richiamato espressamente dall'art. 1, comma 562 della l. n. 232/2016), l'imposta sostitutiva deve essere contabilizzata in diminuzione del saldo attivo di rivalutazione di cui si tratterà *infra*, così come confermato dalla Circolare 14/E.

L'imposta sostitutiva va versata in un'unica soluzione entro il termine di versamento del saldo delle imposte sui redditi dovute per l'esercizio nel quale la rivalutazione è eseguita (nella generalità dei casi, quindi, in base alle novità introdotte dal dl. 193/2016, entro il 30 giugno 2017 oppure 31 luglio 2017 con la maggiorazione dello 0,40%) utilizzando, come precisato nella Circolare suddetta, il codice tributo "1811" istituito nella risoluzione n. 30/E del 26 aprile 2016. L'importo da versare può anche essere compensato secondo le disposizioni del d.lgs. n. 241/1997.

Riguardo al versamento dell'imposta la Circolare 14/E ribadisce, in coerenza con quanto era già stato affermato nelle Circolari 13/E/2014 e 11/E/2009, nonché nella risoluzione n. 362/E/2008 riferentesi alle precedenti leggi di rivalutazione, che l'opzione per quest'ultima deve considerarsi perfezionata con la pura e semplice indicazione nella dichiarazione dei redditi relativa all'anno 2016 (per i contribuenti che hanno coincidenza con l'esercizio fiscale per l'anno solare) dei maggiori valori rivalutati e della relativa imposta sostitutiva con la conseguenza che l'omesso, insufficiente o tardivo versamento dell'imposta stessa non comporta il venire meno della rivalutazione, ma solo il

fatto che l'importo dell'imposta non versata (o versata in ritardo) *“viene iscritto a ruolo ai sensi degli artt. 10 e seguenti del D.P.R. 602/73, ferma restando la possibilità per il contribuente di avvalersi delle disposizioni contenute nell'art. 13 del D. Lgs. n. 472/1977(c.d. “ravvedimento operoso)”*.

Se, come detto, gli ammortamenti calcolati sui maggiori valori rivalutati hanno riconoscimento fiscale a decorrere dal terzo esercizio successivo a quello nel quale la rivalutazione è stata eseguita (quindi in genere dal 1° gennaio 2019), il comma 560 dell'art. 1 della legge di bilancio 2017, nonché i chiarimenti forniti dalla Circolare 14/E prevedono, invece, che le plusvalenze e le minusvalenze realizzate in caso di cessione a titolo oneroso, assegnazione ai soci, destinazione a finalità estranee all'esercizio dell'impresa ovvero al consumo personale o familiare dell'imprenditore, si possono determinare avendo riferimento ai valori dei beni rivalutati se i detti eventi si verificano successivamente all'inizio del quarto periodo d'imposta successivo a quello nel quale la rivalutazione è eseguita (quindi dal 1° gennaio 2020 per i soggetti solari), mentre nel caso in cui gli eventi stessi accadano anteriormente a tale data, le plusvalenze e minusvalenze devono essere fiscalmente calcolate con riferimento al costo originario del bene. In tali ultime ipotesi, la rivalutazione è priva di ogni effetto fiscale e, al soggetto che l'ha effettuata, ai sensi dell'art. 3, comma 3, del d.m. n. 86/2002, è attribuito un credito d'imposta (Irpef o Ires e non Irap) corrispondente all'importo dell'imposta sostitutiva riferibile (e versata) al bene dismesso prima della suddetta data del 1° gennaio 2020. L'ammontare del credito è facilmente determinabile in quanto è il risultato della moltiplicazione tra il maggior valore attribuito al bene stesso e l'aliquota applicata per il pagamento dell'imposta sostitutiva (16% o 12%)²⁸.

Altre ripercussioni fiscali in caso di dismissione anticipata del bene rivalutato si generano, come si vedrà nel successivo paragrafo, sul saldo attivo di rivalutazione.

Si deve, infine, tenere conto che a decorrere dall'esercizio di riconoscimento fiscale dei maggiori valori attribuiti ai beni (come più volte detto dal 1° gennaio 2019), gli stessi dovranno essere presi in considerazione anche ai fini

²⁸ La circolare 14/E (richiamando le precedenti n. 13/E/2014, 11/E/2009 e 18/E/2006), trattando di operazioni straordinarie concluse durante periodo di sospensione fiscale, ha affermato che *“gli effetti della rivalutazione non vengono meno nell'ipotesi di conferimento di azienda che contiene beni rivalutati, effettuata in neutralità ai sensi dell'art. 176 del Tuir, nel periodo di sospensione degli effetti della rivalutazione. Di conseguenza, il disallineamento temporaneo sul valore dei beni dell'azienda conferita si trasferisce in capo al conferitario, mentre il saldo attivo rimane in capo al conferente”*. Inoltre, con riferimento alle operazioni straordinarie di fusione e scissione, anche in questo caso Assonime, nella circolare n. 23/2006, ha ritenuto che gli effetti della rivalutazione non vengono meno.

del calcolo rilevante per la determinazione dei ricavi minimi per il superamento del test di operatività delle società di comodo.

In conclusione, per quanto fin ora illustrato, è facile intuire che, per i soggetti Ires, la rivalutazione risulta conveniente nelle ipotesi in cui sia prevista la dismissione dei beni rivalutati in tempi relativamente brevi, ma non prima del 1° gennaio 2019, cioè dall'inizio dell'esercizio nel quale sono riconosciuti i valori rivalutati e ciò per potere beneficiare, anche fiscalmente, delle minori plusvalenze contabilmente realizzate. Tuttavia questa opportunità va comparata con l'obbligo di rivalutare tutti i beni appartenenti alla stessa categoria, non solo quelli per cui si prevede l'alienazione, per cui la convenienza deve essere valutata tenendo conto del valore dei cespiti da dismettere rispetto a tutti quelli per i quali vi è l'obbligo di rivalutazione, nonché del peso delle relative imposte sostitutive.

È altresì facile comprendere come la rivalutazione sia pressoché inutile per le partecipazioni che godono del regime della cd. "*Participation Exemption*" di cui all'art. 87 del Tuir, considerato che la plusvalenza realizzata in occasione della loro dismissione da parte dell'impresa è tassata solo per il 5% del relativo ammontare, essendone espressamente prevista l'esclusione per il 95%.

8. Il saldo attivo di rivalutazione

La legge di bilancio 2017 si limita a regolamentare la possibilità di affrancamento fiscale del saldo attivo di rivalutazione (art. 1, comma 558), ma non le modalità operative della relativa iscrizione in bilancio (nonché per le vicende connesse al suo utilizzo o distribuzione), per le quali occorre fare riferimento alle disposizioni contenute nella l. n. 342/2000 e nel d.m. n. 86/2002 richiamati, come più volte detto, dal comma 562 dell'art. 1 della legge in esame. Queste norme stabiliscono, innanzitutto, che il saldo attivo di rivalutazione è costituito dal maggior importo attribuito ai beni rivalutati, al netto dell'imposta sostitutiva dovuta e contabilmente iscritto ad incremento del capitale sociale o in apposita riserva di patrimonio netto (A.III del passivo dello Stato Patrimoniale) designata con riferimento alla legge di rivalutazione (l. n. 232/2016).

Il saldo attivo così rilevato (capitale sociale o riserva) deve sottostare a vincoli sia civilistici che fiscali.

Sul piano civilistico, in caso di imputazione del saldo attivo direttamente a capitale sociale risulta, come ovvio, necessario che l'assemblea dei soci deliberi, in adunanza straordinaria, l'aumento del capitale per il corrispondente importo mentre, in caso di iscrizione del saldo in apposita riserva, nessuna delibera straordinaria è richiesta (l'iscrizione della specifica riserva di rivaluta-

zione sarà deliberata dall'assemblea in adunanza ordinaria in sede di approvazione del bilancio dell'esercizio in cui la rivalutazione è operata).

Formalità sono anche richieste, dall'art. 13, comma 2, della l. n. 342/2000, in caso di successiva distribuzione del saldo attivo, che, sia nell'ipotesi di iniziale rilevazione a capitale sociale sia in quella di allocazione a riserva, deve avvenire nel rispetto delle disposizioni contenute nell'art. 2445, commi 2 e 3, c.c.²⁹. Ciò significa che, comunque, anche la riduzione della riserva deve avvenire con deliberazione assembleare³⁰, il cui avviso di convocazione deve indicare esplicitamente le ragioni e le modalità della riduzione e l'esecuzione della delibera, cioè il materiale rimborso del capitale ridotto ai soci, può avvenire soltanto dopo novanta giorni dal giorno dell'iscrizione nel Registro delle Imprese, purché entro questo termine nessun creditore sociale anteriore all'iscrizione abbia fatto opposizione.

L'art. 13 della l. n. 342/2000 precisa, inoltre, che in caso di utilizzo della riserva di rivalutazione per la copertura di perdite d'esercizio, è impedita la distribuzione di utili fino a quando la riserva stessa non venga reintegrata oppure ridotta in misura corrispondente. Ciò significa che:

- o con gli utili futuri viene dapprima ricostituita la riserva nel suo importo originario e, solo successivamente, gli altri utili potranno essere distribuiti liberamente;

- oppure, nel caso in cui non si voglia procedere alla reintegrazione della riserva nel suo ammontare originario utilizzando utili degli esercizi successivi, la stessa deve essere ridotta, per la parte attinta a copertura delle perdite, con deliberazione dell'assemblea straordinaria. In tale caso gli utili futuri potranno essere liberamente distribuibili senza l'obbligo di ricostituzione della riserva.

Oltre ai descritti vincoli civilistici, la l. n. 342/2000 e il d.m. n.86/2002 attribuiscono al saldo di rivalutazione anche vincoli di carattere fiscale, con particolare riferimento agli effetti della distribuzione della riserva di rivalutazione oppure del rimborso del capitale sociale senza l'affrancamento, prevedendo che, in tali casi, le somme attribuite ai soci, incrementate dell'importo dell'im-

²⁹ Anche se le disposizioni di legge richiamate si riferiscono all'art. 2445 c.c. *ante* riforma del diritto societario, le stesse devono ritenersi validamente richiamate anche nell'attuale testo del detto articolo il quale si riferisce ormai alle riduzioni di capitale per qualsiasi motivo, non solo per esuberanza.

³⁰ A nostro parere la detta assemblea non deve necessariamente riunirsi in forma straordinaria. Il richiamo all'art. 2445, c.c. da parte dell'art. 13 della l. n. 342/2000 è a nostro avviso riferito al solo aspetto procedurale che deve rispettare la delibera (iscrizione al Registro Imprese) e non anche alla natura straordinaria della delibera, che deve essere tale solo in caso di modifica dello statuto ai sensi dell'art. 2365 c.c.

posta sostitutiva corrispondente alla parte distribuita³¹, concorrono a formare, nell'esercizio in cui avviene la distribuzione, il reddito imponibile sia della società che dei soci, ai soli fini delle imposte sul reddito, quindi con esclusione dell'Irap per espressa previsione dell'art. 4 del d.m. n. 86/2002 (in sostanza, il saldo attivo di rivalutazione soggiace ad un regime di sospensione di imposta). Pertanto, nel periodo d'imposta in cui avviene la distribuzione, in tutto o in parte, del saldo di rivalutazione la società dovrà incrementare, ai soli fini della propria Ires o Irpef (come detto con esclusione quindi dall'Irap), la propria base imponibile per un importo pari alla sommatoria del saldo distribuito e dell'imposta sostitutiva corrispondente (questa operazione avviene con una variazione in aumento di pari importo del reddito imponibile della società o dell'impresa). Alla stessa verrà riconosciuto, ai sensi dell'art. 13, comma 5, della legge n. 342/2000, un credito d'imposta pari all'imposta sostitutiva pagata nei precedenti esercizi ai sensi della legge in esame, e precisamente nel 2017, essendo questo è l'esercizio in cui deve avvenire in un'unica soluzione il versamento dell'imposta sostitutiva.

La Circolare 14/E precisa poi che per il versamento dell'imposta sostitutiva dovrà utilizzarsi il codice tributo "1813" istituito nella risoluzione n. 30/E del 26 aprile 2016 e che il pagamento dell'imposta medesima deve avvenire in un'unica soluzione *"entro il termine di versamento del saldo delle imposte sui redditi dovute per il periodo d'imposta con riferimento al quale la rivalutazione è eseguita"*.

Riguardo ai soci beneficiari della distribuzione del saldo senza affrancamento, l'importo percepito come sopra determinato è considerato reddito di capitale se i soci sono persone fisiche mentre, in caso di soci imprenditori, concorre a formare il reddito di impresa con una variazione in aumento espressa nella dichiarazione dei redditi. In tali casi la Circolare 14/E precisa che, in applicazione per quanto previsto dall'art. 13, comma 13, della l. n. 342/2000, l'utile in capo ai soci percettori è costituito dall'intero importo del saldo attivo distribuito, anziché limitatamente al 49,72% come avviene nel caso di distribuzione della riserva post – affrancamento.

L'art. 13, comma 4, della l. n. 342/2000 stabilisce, inoltre, che nel caso attribuzione a capitale sociale del saldo di rivalutazione e successiva riduzione di quest'ultimo, totale o parziale, la riduzione così deliberata deve avere per oggetto prima di tutto la parte del capitale formata dalle dette riserve, fino al

³¹ La Circolare 14/E precisa infatti che *"il (...) Saldo attivo di rivalutazione deve essere assunto ai fini dell'affrancamento al lordo dell'imposta sostitutiva versata per il riconoscimento fiscale degli effetti della rivalutazione, senza tenere conto, pertanto, della circostanza che il saldo attivo viene esposto in bilancio al netto dell'imposta sostitutiva"*.

corrispondente ammontare, e ciò indipendentemente da quanto deciso nella deliberazione assembleare; in sostanza, per effetto di quanto previsto dall'art. 47, comma 1, del Tuir si presumono prioritariamente distribuite le riserve di rivalutazione (ivi comprese quelle iscritte in bilancio in base a precedenti leggi di rivalutazione) per la quota di esse ricompresa nell'importo della riduzione del capitale deliberata. Le riduzioni di capitale, sempre ai fini fiscali, devono intendersi imputate proporzionalmente alle riserve di rivalutazione iscritte ai sensi della legge in esame (cioè quella della l. n. 232/2016) e a quelle iscritte in bilancio ai sensi di precedenti leggi di rivalutazione.

Questo concetto merita tuttavia una precisazione, attentamente rilevata da Assonime la quale, nella circolare n. 32/2004, paragrafo 5.2, ha osservato che la presunzione di cui al citato art. 47, comma 1, del Tuir *“non si applica in presenza di riserve di utili sulle quali grava un vincolo di sospensione d'imposta. Le finalità di tale previsione appaiono chiare: s'intende evitare che, per realizzare l'imposizione del dividendo presso il socio, venga ad essere penalizzata anche la società, con la perdita del beneficio della sospensione d'imposta.”* Se così è, si può dedurre che, qualora nel patrimonio netto della società che ha effettuato la rivalutazione dei beni esistono solo riserve di capitale (oltre eventualmente alla riserva legale che, seppure formata con utili d'esercizio, è per legge indisponibile), la deliberazione dell'assemblea può prevedere la distribuzione delle dette riserve di capitale senza che sia presunta invece la prioritaria distribuzione del saldo da rivalutazione, con la conseguenza che le somme percepite a tale titolo dai soci non sono considerate utili tassabili ad alcun titolo³².

Nel precedente paragrafo abbiamo visto quali sono le conseguenze che si verificano in caso di dismissione dei cespiti rivalutati prima del riconoscimento degli effetti fiscali della rivalutazione (in sostanza prima del 1° gennaio 2019). A ciò si aggiunga che gli effetti di tale accadimento si ripercuotono anche sul saldo attivo di rivalutazione (sia esso iscritto a capitale o a riserva), stabiliti dall'art. 3, comma 4, del d.m. n. 86/2002, che dispone che dalla data in cui la dismissione del bene ha luogo *“i saldi attivi di rivalutazione, fino a concorrenza del maggior valore attribuito ai beni ivi considerati non sono soggetti alla disciplina di cui ai commi 1, 2, 3 e 4 dell'art. 13 della legge n. 342/2000”*, in sostanza tutti i vincoli civilistici e fiscali finora esaminati. Ma anche la distribuzione del saldo attivo di rivalutazione deliberata anteriormente al 1° gennaio 2019 provoca ripercussioni sul riconoscimento dei valori fi-

³² In tal senso, ODETTO, *La rivalutazione dei beni d'impresa nel bilancio 2003-2004*, in *Schede di aggiornamento Eutekne* 11/2004, p. 1742.

scali dei beni rivalutati. In tale ipotesi è l'art. 4, comma 3, del d.m. n. 86/2002, che ne disciplina le conseguenze, prevedendo che i maggiori valori assegnati ai beni si considerano fiscalmente riconosciuti a decorrere dalla data in cui si verifica l'evento e fino a concorrenza dell'importo distribuito ai soci, dunque senza dover più attendere il 1° gennaio 2019. Pertanto, già a decorrere dal periodo d'imposta in cui avviene la distribuzione della riserva, se anteriore al 2019, le plusvalenze e le minusvalenze realizzate successivamente alla data di distribuzione della riserva si calcolano avendo riferimento al valore rivalutato, così come gli ammortamenti del detto esercizio.

In virtù della citata natura di sospensione di imposta del saldo attivo di rivalutazione, il valore civilistico del detto saldo diverge dal valore riconosciuto fiscalmente. Tale differenza è da considerarsi di tipo temporaneo e, pertanto, richiede la rilevazione delle imposte differite nel bilancio in cui la rivalutazione di effettua. Sul punto, tuttavia, si segnala che l'Oic 25 consente di non precedere all'iscrizione della fiscalità differita qualora vi siano scarse probabilità di distribuire riserve ai soci. In particolare, tale probabilità di distribuzione deve essere valutata caso per caso, tenendo conto anche dei seguenti aspetti:

- andamento storico di distribuzione dei dividendi e presenza nel bilancio di altre riserve di entità tale da non richiedere l'utilizzo di riserve in sospensione di imposta ai fini della distribuzione;
- composizione del patrimonio netto con particolare riguardo alla presenza di altre riserve di entità rilevante, le quali abbiano già scontato l'imposta.

In questi casi, dunque, secondo l'Oic, è possibile non rilevare le imposte differite sul saldo di rivalutazione.

La legge di bilancio 2017, come anche le precedenti leggi di rivalutazione, consente tuttavia al soggetto rivalutante di liberare (in tutto o in parte) il saldo attivo di rivalutazione dal vincolo fiscale della sospensione di imposta mediante il cd. affrancamento del saldo medesimo. È il comma 558 dell'art. 1 della citata legge a disciplinarne le modalità, prevedendo il pagamento di una ulteriore imposta a carico della società, sostitutiva dell'Ires o Irpef e dell'Irap, nella misura del 10% del saldo stesso, che deve essere corrisposta anch'essa in un'unica soluzione entro il termine di versamento del saldo delle imposte sui redditi dovute per l'esercizio fiscale nel quale la rivalutazione è eseguita, cioè nel 2016³³. Dal chiaro tenore della norma si evince che l'ammontare su cui va applicata l'ulteriore imposta sostitutiva di affrancamento è costituito dall'im-

³³ Quindi, per effetto dei nuovi termini stabiliti dal d.l. n. 193/2016 entro il 30 giugno 2017 (o 31 luglio 2017 con la maggiorazione dello 0,40%).

porto del saldo di rivalutazione al lordo dell'imposta sostitutiva dovuta per la rivalutazione³⁴.

L'affrancamento, quindi, può avvenire soltanto nell'esercizio in cui è effettuata la rivalutazione, non essendo consentito all'impresa di effettuarlo in esercizi successivi, stante il termine perentorio previsto dal citato art 1, comma 558, legge n. 232/2016 per il versamento della relativa imposta sostitutiva.

Con l'affrancamento il saldo di rivalutazione risulta assimilato a riserva di utili la cui successiva distribuzione non genera ulteriore materia imponibile per la società, mentre costituisce:

- per i soci persone fisiche di società di capitali un dividendo tassabile secondo le disposizioni di cui all'art. 47 del Tuir, quindi nella misura del 49,72% dell'importo percepito dal socio, dal momento che l'affrancamento avviene con riferimento al periodo d'imposta 2016, per il quale l'aliquota Ires è ancora del 27,5%;

- per i soci di società di capitali che rivestono la veste di imprenditori individuali o società di persone un dividendo che concorre alla formazione del reddito complessivo nella misura del 49,72% del relativo ammontare nell'esercizio in cui è percepito, come componente di reddito d'impresa (art. 59 del Tuir);

- per i soci di società di capitali che ricoprono a loro volta identica veste giuridica un dividendo che concorre a formare il reddito, come componente del reddito d'impresa, nell'esercizio in cui è percepito (quindi con il criterio di cassa e non di competenza) nella misura del 5% essendo espressamente escluso da tassazione per il 95% del suo ammontare (art. 89 del Tuir);

- per le società di persone e per quelle di capitali che hanno optato per il regime di trasparenza di cui agli artt. 115 e seguenti del Tuir, la riserva di rivalutazione affrancata è liberamente distribuibile ai propri soci senza ulteriori oneri a carico dei medesimi³⁵.

Valga la pena precisare, inoltre, che, come puntualizzato dalla Circolare 14/E se la distribuzione delle riserve affrancate non costituisce reddito di alcun genere per la società, questa non ha più il diritto di scomputare l'imposta sostitutiva assolta in precedenza³⁶, diritto che avrebbe invece nel caso di distribuzione senza affrancamento.

La Circolare 14/E fornisce un'ulteriore importante chiarimento circa gli ef-

³⁴ In tal senso anche circolare Agenzia delle Entrate n. 14/E/2017.

³⁵ In tal senso, GAIANI, *Rivalutazione dei beni di impresa nel bilancio 2015*, in *Il fisco*, n. 4, 2016, par. 8.

³⁶ In tal senso, CEPPELLINI-LUGANO, *Affrancamento post rivalutazioni*, in *Il Sole 24 Ore*, 1.10.2004, 24.

fetti conseguenti all'affrancamento del saldo attivo di rivalutazione tramite l'assoggettamento del medesimo all'imposta sostitutiva del 10%, precisando che tale operazione comporta *“soltanto l'effetto di rendere libera la riserva del regime di sospensione a partire dal 2017”*, ma non anche quello sul differimento del riconoscimento fiscale dei valori rivalutati, in quanto le disposizioni normative sulla rivalutazione non prevedono espressamente deroghe in tal senso; pertanto, anche se l'impresa decide di affrancare la riserva da rivalutazione con il pagamento dell'imposta sostitutiva del 10%, i maggiori valori assegnati ai beni troveranno riconoscimento fiscale a decorrere dal terzo esercizio successivo a quello nel quale la rivalutazione è eseguita (quindi dal 2020) oppure dal quarto (quindi dal 2021) in caso di realizzo dei beni.

Da ultimo, si ritiene di dover illustrare, seppur brevemente, il trattamento del saldo di rivalutazione ai fini ACE. L'incremento di patrimonio netto (capitale o riserva) registrato a fronte dell'iscrizione del saldo attivo di rivalutazione non assume rilevanza ai fini del calcolo, non essendo equiparabile né ad una riserva formata con utili non distribuiti né ad una riserva costituita con apporti dei soci. Nel caso, però, in cui la riserva diventi disponibile a seguito della cessione dei beni rivalutati, o assegnazione dei medesimi ai soci, o di destinazione al consumo personale o familiare dell'imprenditore entro il 1° gennaio 2019 (data di decorrenza degli effetti fiscali della rivalutazione in caso di soggetti solari), l'ammontare della medesima assumerà rilevanza anche per l'ACE in quanto, dopo il verificarsi degli eventi suddetti, la riserva deve considerarsi equiparata, a tutti gli effetti, ad una riserva di utili tassati e quindi disponibile.³⁷ Per le società di persone, invece, il saldo attivo di rivalutazione rileva ai fini ACE sin dal periodo d'imposta della sua creazione, quindi dal 2016³⁸.

Infine, è opportuno precisare che le considerazioni sin qui svolte devono riferirsi alle imprese in contabilità ordinaria che possono evidenziare il saldo attivo di rivalutazione in apposita voce di patrimonio netto (capitale o riserva) del bilancio di esercizio. Per le imprese in contabilità semplificata, invece, che non sono tenute a predisporre il bilancio di esercizio e quindi non hanno patrimonio netto contabile, le disposizioni civilistiche e fiscali che regolano il saldo attivo di rivalutazione non sono applicabili³⁹. La circolare n. 57/E/2001 dell'Agenzia delle Entrate, al riguardo, ha affermato che la mancanza di una contabilità generale (e, in senso lato, del bilancio) non consente ai soggetti in contabilità semplificata di effettuare accantonamenti a riserva e, pertanto, non

³⁷ Circolare Agenzia delle Entrate n. 21/E 2015 par. 3.13.

³⁸ In tal senso GAIANI, *op. cit.*, par. 7.

³⁹ In tal senso, circolare AE n. 18/E/2006.

è configurabile in nessun caso la distribuzione di una riserva di utili; dunque, l'unico onere per tali imprese derivante dalla rivalutazione è quello del versamento dell'imposta sostitutiva⁴⁰.

9. Riallineamento dei valori civili e fiscali dei beni

L'art. 1, comma 562, della legge di stabilità 2017 richiama l'articolo 14 della legge n. 342/2000 che prevede la possibilità di riallineare ai fini fiscali il maggiore valore civile dei beni di impresa già iscritto nel bilancio al 31 dicembre 2016. Si tratta di un istituto autonomo rispetto alla rivalutazione che può essere utilizzato per dare riconoscimento fiscale a quei beni di impresa che per vari motivi (per ipotesi, rivalutazioni pregresse aventi rilevanza solo civilistica⁴¹, trasformazioni o conferimenti in regime di neutralità) sono iscritti in bilancio ad un valore più alto rispetto a quello rilevante ai fini della determinazione del reddito di impresa. Ben può accadere, dunque, che un soggetto decida contemporaneamente di avvalersi per taluni beni della rivalutazione e per altri del riallineamento così come invece, il riallineamento può essere utilizzato congiuntamente alla rivalutazione. A questo riguardo la Circolare 14/E precisa che *“con il riallineamento, infatti, si ottiene il riconoscimento fiscale del maggior valore del bene risultante in bilancio mentre, con la rivalutazione, si realizza l'ulteriore incremento di detto valore – nel rispetto del limite economico – con effetti sia civili che fiscali”*.

A differenza della rivalutazione, inoltre, il riallineamento può essere utilizzato anche dai soggetti *Ias adopter*, seppure con qualche distinguo.

I beni interessati dal riallineamento sono gli stessi per cui è ammessa la rivalutazione, devono essere già iscritti nel bilancio dell'esercizio in corso al 31 dicembre 2015 e, a differenza di quanto previsto nella rivalutazione, il riconoscimento del maggior valore (solo fiscale in questo caso) può essere attribuito anche ai singoli beni di impresa, senza quindi il vincolo di dover riallineare tutti i beni appartenenti alla medesima categoria omogenea⁴², tuttavia con l'obbligo, come chiarito dalla Circolare 14/E, *“di colmare per intero il divario tra costo fiscale e civile dei beni – non essendo consentito il riallineamento solo parziale delle differenze di valore”*.

Sui maggiori valori fiscali da riallineamento dovrà essere corrisposta l'im-

⁴⁰ In tal senso, ASSONIME, *Circolare n. 30/2009*, paragrafo 2.

⁴¹ Ad esempio quella fatta in applicazione dell'art. 15 del d.l. n. 185/2008.

⁴² Art. 10, comma 2, d.m. 162/2001.

posta sostitutiva secondo le stesse aliquote previste per la rivalutazione e il riconoscimento dei valori riallineati decorrerà dall'esercizio 2019 per quanto riguarda gli ammortamenti e dall'esercizio 2020 per quanto riguarda la determinazione delle plusvalenze in caso di cessione dei beni, eccetto che per i beni immobili, per i quali l'effetto fiscale, ai sensi del comma 563 della legge di bilancio 2017, è anticipato all'esercizio in corso al 1° dicembre 2018 tanto per la determinazione degli ammortamenti, quanto per la determinazione delle plusvalenze.

Per poter beneficiare delle agevolazioni conseguenti al riallineamento, l'articolo 14, comma 2, della l. n. n. 342/2000 dispone che, nel patrimonio netto della società, sia accantonata un'apposita riserva in sospensione d'imposta per un importo corrispondente al valore del riallineamento. Il d.l. n. 162/2001, all'art. 10, precisa che l'accantonamento della riserva deve essere pari ai maggiori valori riallineati al netto dell'imposta sostitutiva. Siccome la procedura di riallineamento non comporta alcun incremento patrimoniale del valore di bilancio dei beni (in quanto già iscritti), l'istituzione di tale riserva dovrà essere effettuata attingendo da riserve disponibili già esistenti nel patrimonio netto, assumendo la decisione in sede di formazione ed approvazione del bilancio relativo all'esercizio in cui il riallineamento è operato⁴³.

Qualora non vi fossero riserve utilizzabili, sia la Circolare 14/E che il dm. 162/2001 stabiliscono che si può vincolare a tale scopo una corrispondente quota di capitale sociale.

Per converso si desume che, atteso che il ricorso alla procedura di riallineamento è condizionato al vincolo di apposita voce di patrimonio netto, in presenza di riserve e capitale sociale di importo inferiori rispetto ai maggiori valori riallineabili non è possibile avvalersi dell'istituto⁴⁴.

La Circolare 14/E, nel precisare che, anche con riscontro di quanto previsto dall'art. 10 del d.m. n. 162/2001 il riconoscimento fiscale dei valori riallineati va richiesto nella dichiarazione dei redditi, ricorda che le società le quali, volendo effettuare il riallineamento per cui il pagamento dell'imposta sostitutiva scade dopo l'approvazione del bilancio dell'esercizio 2016, possono beneficiarne anche se nel detto bilancio non è stanziata la riserva che, invece, dovrà essere iscritta nel bilancio dell'esercizio successivo (2017). In tale ipotesi, tuttavia, la Circolare, conformemente a quanto chiarito sull'argomento anche dalle Circolari n. 13/E/2014 e n. 18/E/2006, puntualizza giustamente che *“la riserva da vincolare deve essere presente e utilizzabile nel bilancio con rife-*

⁴³ In tal senso circolare AE n. 13/E/2014.

⁴⁴ In tal senso sia la Circolare 14/E che le Circolari 13/E/2014 e 18/E/2006.

rimento al quale è stato effettuato il riallineamento dei maggiori valori”.

L'eventuale distribuzione della voce di patrimonio netto vincolata a fronte del riallineamento (quindi riserve o capitale sociale), deliberata successivamente (quindi in qualunque esercizio futuro), seguirà le regole già illustrate nel capitolo relativo alle vicende del saldo attivo di rivalutazione.

Segnalazioni

Segnalazioni di diritto commerciale

a cura di Giulia Garesio

NORMATIVA

D.L. 24 aprile 2017, n. 50 – È stato pubblicato in *Gazzetta Ufficiale* del 24 aprile 2017, n. 95, suppl. ord. n. 20, il D.L. 24 aprile 2017, n. 50, recante «*Disposizioni urgenti in materia finanziaria, iniziative a favore degli enti territoriali, ulteriori interventi per le zone colpite da eventi sismici e misure per lo sviluppo*», entrato in vigore in pari data.

L'art. 57 del Decreto, rubricato «*Attrazione per gli investimenti*», ha apportato alcune modifiche alla disciplina delle *start-up* innovative, intervenendo sul dettato degli artt. 26 e 28 del D.L. n. 179/2012, convertito con modificazioni dalla L. n. 221/2012.

In particolare, alcune deroghe in precedenza previste per le *start-up* innovative sono ora applicabili alle PMI costituite in forma di s.r.l., che possono ora, ai sensi dell'art. 26:

- creare «*categorie di quote fornite di diritti diversi*», individuandone il contenuto anche in deroga alle disposizioni dell'art. 2468, 2° e 3° co., c.c. (così l'art. 26, 2° co.), nonché non attribuire a determinate categorie di quote diritti di voto oppure assegnarli in misura non proporzionale alla partecipazione o limitarli a specifici argomenti o, ancora, subordinarli al verificarsi di condizioni non solamente potestative (art. 26, 3° co.);
- offrire le quote di partecipazione al pubblico, anche mediante portali per la raccolta di capitali di cui all'art. 30 del Decreto, derogando all'art. 2468, 1° co., c.c. (art. 26, 5° co.);
- disapplicare il divieto di operazioni sulle proprie partecipazioni di cui all'art. 2474 c.c., qualora ciò avvenga in attuazione di piani di incentivazione «*che prevedano l'assegnazione di quote di partecipazione a dipendenti, collaboratori o componenti dell'organo amministrativo, prestatori di opera e servizi anche professionali*» (art. 26, 6° co.).

Atto costitutivo *start-up* innovative – Il Ministero dello Sviluppo Economico ha adottato il D.M. 4 maggio 2017, avente ad oggetto le «*Specifiche tecniche per la*

struttura del modello informatico di atto modificativo degli atti costitutivi e degli statuti delle società a responsabilità limitata start-up innovative» (così la rubrica dell'art. 1).

Le disposizioni del Decreto, pubblicato sul sito www.sviluppoeconomico.gov.it, entreranno in vigore il 22 giugno 2017, «*al fine di consentire alle software house di adeguare i propri programmi*» (come prevede l'art. 6).

INDICAZIONI INTERPRETATIVE E APPLICATIVE

Cndcec

Società cooperative – Il Consiglio nazionale dei dottori commercialisti e degli esperti contabili ha predisposto un documento sul tema «*Società cooperative: i bilanci dopo il D.Lgs. 139/2015*», nel quale sono illustrati «*gli effetti derivanti dalla prima applicazione delle riformate previsioni sulle società cooperative*», al fine di «*rendere disponibile agli operatori un sistema di comportamento consolidato che possa tenere conto, oltre che del dettato codicistico in materia di bilancio, anche degli interventi del Ministero [dello Sviluppo Economico] e delle previsioni dei principi contabili nazionali dell'Organismo Italiano di Contabilità*».

Tra i diversi profili esaminati, figurano l'impatto delle modifiche sulle riserve e le conseguenze derivanti dall'eliminazione della sezione straordinaria del conto economico, nonché i criteri di valutazione da applicare ai prestiti sociali cooperativi. L'approfondimento, diffuso il 3 maggio 2017, è disponibile sul sito ufficiale del Cndcec, www.cndcec.it.

Commissione europea

Digitalizzazione e operazioni transfrontaliere – La Commissione europea ha dato avvio ad una pubblica consultazione mediante questionario concernente «*EU Company law upgraded: Rules on digital solutions and efficient cross-border operations*».

La consultazione, articolata in quattro parti, verte sulle motivazioni sottese all'intervento regolatore, sull'utilizzo di strumenti digitali nel corso della vita delle società, sulla mobilità transfrontaliera attuata mediante fusioni, scissioni e trasformazioni, nonché sui conflitti di competenza in ambito societario.

Il testo del questionario della consultazione – aperta dal 10 maggio al 6 agosto 2017 – è accessibile al link http://ec.europa.eu/newsroom/just/item-detail.cfm?item_id=58190.

Consob

Operazioni di fusione e rappresentazione in bilancio – Con la Raccomandazione del 4 maggio 2017, n. 0062667, la Consob è intervenuta *«in materia di rappresentazione nel bilancio separato o d'esercizio degli effetti delle operazioni di fusione per incorporazione di società operative non quotate in società non operative quotate nei mercati regolamentati, con effetti contabili infrannuali»*.

Nello specifico, sono richieste alcune informazioni integrative, trattandosi di operazioni che *«coinvolgono nella fusione società non operative quotate con l'obiettivo, nella generalità dei casi, di consentire la quotazione della società operativa senza effettuare un'offerta al pubblico delle proprie azioni»*.

Il testo della Raccomandazione è consultabile sul sito www.consob.it.

International Accounting Standards Board

IFRS 17 – L'International Accounting Standards Board (IASB) ha pubblicato l'*IFRS 17* dedicato ai *«Contratti assicurativi»*, il quale sostituisce il precedente *IFRS 4*, emanato nel 2004 come *interim standard*.

Il novello principio contabile internazionale – come precisato nel comunicato stampa del 18 maggio 2017 – è volto a migliorare la comprensione dell'esposizione ai rischi, della redditività e della situazione finanziaria degli assicuratori da parte degli investitori, al fine di raffrontarne più agevolmente le *financial performances*.

L'applicazione dell'*IFRS 17* è prevista a decorrere dal 1° gennaio 2021 e ne è consentita l'adozione in via anticipata.

OIC

Principi contabili nazionali – L'Organismo Italiano di Contabilità, conformemente con quanto previsto dal proprio statuto e sulla scorta delle disposizioni della L. n. 116/2014, ha elaborato un modulo che consente agli operatori di sottoporre allo *standard setter* nazionale le problematiche emerse nell'applicazione dei principi contabili recentemente emanati (v. segnalazioni di diritto commerciale sul n. 1/2017 di questa *Rivista*).

Il *«Modulo per la segnalazione di questioni applicative sui principi contabili nazionali da parte di singoli operatori»* è reperibile sul sito www.fondazioneoic.eu.

Copertura delle perdite da parte dei soci – Il Tribunale di Roma ha statuito che *«l'assemblea dei soci non ha alcun potere di imporre ai soci il ripianamento dell'esposizione debitoria della società, potendo esclusivamente deliberare una riduzione del capitale ed il suo contestuale aumento»*, che *«poi verrà offerto in opzione ai soci, i quali saranno liberi di decidere se sottoscriverlo o meno»*. Un potere di tal fatta, inoltre, non potrebbe neppure derivare da eventuali patti parasociali, che *«possono produrre esclusivamente effetti obbligatori nei confronti dei soci che li hanno sottoscritti, ma non nei confronti della società»*.

Di conseguenza, per il Tribunale, deve essere dichiarata invalida – per *«impossibilità giuridica dell'oggetto»* – la delibera assembleare di una s.p.a. nella parte in cui stabilisce di porre a carico dei soci le perdite risultanti dal bilancio d'esercizio. La sentenza del Tribunale di Roma del 4 aprile 2017 è disponibile sul sito www.giurisprudenzadelleimprese.it.

Scissione e sopravvenienze attive – In caso di scissione, *«la società beneficiaria, tanto se costituita ex novo quanto se preesistente, succede nei rapporti giuridici ricompresi nel patrimonio oggetto del trasferimento ed originariamente facenti capo alla società scissa»*.

Muovendo da tali premesse, il Tribunale di Roma ha ritenuto che la società beneficiaria – costituita all'esito di una scissione parziale di un ramo d'azienda alberghiero e divenuta parimenti *«proprietaria dell'immobile in cui veniva esercitata l'attività aziendale»* – sia *«titolare del diritto di ottenere il risarcimento dei danni, così come accertati e liquidati»* in via giudiziale, *«a prescindere da chi possa aver originariamente [...] sostenuto le relative spese»* (ovverosia, nel caso di specie, la società scissa, trattandosi di evento dannoso verificatosi anteriormente alla predisposizione del progetto di scissione).

La pronuncia del Tribunale di Roma del 4 aprile 2017 è consultabile sul sito www.giurisprudenzadelleimprese.it.

Responsabilità del liquidatore – Per il Tribunale di Milano, il liquidatore di una s.r.l. è responsabile nei confronti del creditore sociale soddisfatto in misura palesemente esigua in raffronto alla complessiva riduzione dell'esposizione debitoria della società, così come risultante dal bilancio finale di liquidazione.

La violazione della *par condicio creditorum* – priva, nello specifico, di una qualche giustificazione – determina il riconoscimento di un pregiudizio subito dal creditore, ai sensi degli artt. 2043 e 2476, 6° co., c.c., cui consegue la condanna del liquidatore al pagamento dell'ulteriore importo che l'attore avrebbe percepito

qualora egli avesse correttamente rispettato il principio di parità di trattamento dei creditori di pari grado.

La decisione del Tribunale di Milano del 21 aprile 2017 è reperibile sul sito www.giurisprudenzadelleimprese.it.

Diritto dei soci ex art. 2476, 2° co., c.c. – Il Tribunale di Milano ha rigettato il ricorso promosso ai sensi degli artt. 669 *ter* e 700 c.p.c. da due soci-consiglieri di una s.r.l. sul riflesso che il diritto di cui all'art. 2476, 2° co., c.c., «*di avere dagli amministratori informazioni sullo svolgimento degli affari e di consultare i libri sociali e i documenti afferenti all'amministrazione spetta ai "soci che non partecipano all'amministrazione", laddove i due ricorrenti [...] sono appunto consiglieri di amministrazione sin dall'atto costitutivo*».

L'ordinanza del Tribunale di Milano del 4 maggio 2017 è disponibile sul sito www.giurisprudenzadelleimprese.it.

Ricorso abusivo al credito – Accogliendo il ricorso della curatela di una s.r.l. avverso una decisione della Corte d'Appello di Milano, e richiamandosi ad una propria precedente pronuncia (Cass. n. 13413/2010), la Suprema Corte ha stabilito che il «*curatore fallimentare è legittimato ai sensi dell'art. 146 L.F., in correlazione con l'art. 2393 c.c., nei confronti della banca ove la posizione a questa ascritta sia di terzo responsabile solidale del danno cagionato alla società fallita per effetto dell'abusivo ricorso al credito da parte dell'amministratore della predetta società*».

Per la Cassazione, stanti le disposizioni dell'art. 218 L.F., «*devesi considerare indubbio che se il ricorso abusivo al credito va oltre i confini dell'accorta gestione imprenditoriale quanto all'amministratore della società finanziata, la stessa erogazione del credito, ove (come dedotto nella specie) sia stata accertata la perdita del capitale di quella società, integra un concorrente illecito della banca; la quale deve seguire i principi di sana e prudente gestione valutando (art. 5 T.U.B.) il merito di credito in base a informazioni adeguate*».

Sicché, prosegue la Corte, «*dinanzi a una avventata richiesta di credito da parte degli amministratori della società che ha perduto interamente il capitale, e dinanzi a una altrettanto avventata o comunque imprudente concessione di credito da parte della banca, il comportamento illecito è concorrente ed è dotato di intrinseca efficacia causale, posto che il fatto dannoso si identifica nel ritardo nell'emersione del dissesto e nel conseguente suo aggravamento prima dell'apertura della procedura concorsuale*», che integra un danno per la società in sé e per i creditori anteriori.

Si origina così un'obbligazione risarcitoria solidale ai sensi dell'art. 2055 c.c., dal momento che *«gli elementi costitutivi della fattispecie di responsabilità sono correlabili alla mala gestione degli amministratori di cui le banche si sono rese compari-
tecipi per il tramite dell'erogazione di quei medesimi finanziamenti, nonostante una condizione economica tale da non giustificarli».*

(Corte di Cassazione, 20 aprile 2017, n. 9983)

Stato di insolvenza – La Corte di Cassazione, ribadendo che *«il convincimento espresso dal giudice di merito circa la sussistenza dello stato di insolvenza costituisce apprezzamento di fatto, incensurabile in cassazione, ove sorretto da motivazione esauriente e giuridicamente corretta»*, ha rilevato che la Corte distrettuale ha correttamente ritenuto che *«lo stato di insolvenza richiesto ai fini della pronuncia dichiarativa del fallimento dell'imprenditore non è escluso dalla circostanza che l'attivo superi il passivo di bilancio, giacché esso si identifica con uno stato di impotenza funzionale non transitoria a soddisfare le obbligazioni inerenti all'impresa e si esprime, secondo una tipicità desumibile dai dati dell'esperienza economica, nell'incapacità di produrre beni con margine di redditività da destinare alla copertura delle esigenze di impresa (prima fra tutte l'estinzione dei debiti), nonché nell'impossibilità di ricorrere al credito a condizioni normali, senza rovinose decurtazioni del patrimonio».*

(Corte di Cassazione, ord., 24 maggio 2017, n. 12984)

Segnalazioni di diritto tributario

a cura di Leonardo Nesa

NORMATIVA

Novità sullo *Split payment* – A seguito della pubblicazione in Gazzetta Ufficiale del decreto-legge 50/2017 viene esteso l'ambito di applicazione del meccanismo della scissione dei pagamenti alle cessioni di beni e le prestazioni di servizi effettuate nei confronti della pubblica amministrazione in generale, come definita dalla legislazione in materia di finanza pubblica.

La disciplina si applica anche alle operazioni effettuate nei confronti delle:

- società controllate direttamente dalla presidenza del Consiglio dei ministri e dai ministeri;
- società controllate direttamente dalle regioni, province, città metropolitane, comuni e unioni di comuni;
- società a loro volta controllate, direttamente o indirettamente, dalle società indicate nei due punti precedenti;
- società quotate inserite nell'indice Ftse Mib della Borsa italiana.

Viene eliminata la norma secondo cui lo split payment non si applica ai compensi per prestazioni di servizi assoggettati a ritenute alla fonte a titolo di imposta sul reddito.

Le nuove disposizioni si applicano alle operazioni per le quali è emessa fattura a partire dal 1° luglio 2017.

(Art. 1, Decreto-legge 50/2017, Gazzetta Ufficiale del 24 aprile 2017)

Nuove regole per la detrazione Iva – Il Decreto legge 50/2017 modifica gli articoli 19, comma 1 e articolo 25, comma 1, Dpr 633/1972 variando il termine di decadenza per l'esercizio della detrazione dell'Iva relativa ai beni e ai servizi acquistati o importati. Infatti, per effetto delle modifiche in esame la detrazione IVA può essere operata, al più tardi, con la dichiarazione relativa all'anno in cui il relativo diritto è sorto.

Alla luce delle nuove disposizioni, infatti, le fatture di acquisto devono essere annotate nell'apposito registro anteriormente alla liquidazione periodica nella quale è esercitato il diritto alla detrazione della relativa imposta e, comunque,

entro il termine di presentazione della dichiarazione annuale relativa all'anno di ricezione della fattura e con riferimento al medesimo anno.

(Art. 2, Decreto-legge 50/2017, Gazzetta Ufficiale del 24 aprile 2017)

Contrasto alle indebite compensazioni – Passa da 15mila a 5mila euro annui il limite al di sopra del quale i crediti relativi alle imposte sui redditi e alle relative addizionali, alle ritenute alla fonte, alle imposte sostitutive e all'Irap possono essere usati in compensazione solo previa apposizione del visto di conformità sulla dichiarazione da cui emergono. Questa una importante novità in vigore già dal 24/04/2017 a seguito della pubblicazione in Gazzetta Ufficiale del DL 50/2017.

Si prevede, inoltre, che nelle ipotesi di compensazioni eseguite in mancanza di visto di conformità o di sottoscrizione alternativa, ovvero con visto o sottoscrizione apposti da soggetti non abilitati, l'amministrazione finanziaria procede al recupero dell'ammontare dei crediti indebitamente utilizzati, oltre che degli interessi e delle sanzioni.

(Art. 3, Decreto-legge 50/2017, Gazzetta Ufficiale del 24 aprile 2017)

Novità fiscali per le locazioni brevi – A seguito della pubblicazione in Gazzetta Ufficiale del DL 50/2017 è introdotta una disciplina ad hoc per le locazioni brevi (con durata non superiore a 30 giorni) per cui viene prevista l'applicazione delle norme relative alla cedolare secca, con aliquota del 21% in caso di opzione.

In capo ai soggetti che esercitano attività di intermediazione immobiliare, anche attraverso la gestione di portali online, mettendo in contatto persone in ricerca di un immobile con persone che dispongono di unità immobiliari da locare, è previsto l'obbligo di trasmettere all'Agenzia delle Entrate i dati relativi ai contratti conclusi con il loro intervento. Gli stessi soggetti, inoltre, qualora incassino i canoni o i corrispettivi relativi ai contratti di locazione in esame, operano, in qualità di sostituti d'imposta, una ritenuta del 21% sull'ammontare dei canoni e corrispettivi all'atto dell'accredito e provvedono al relativo versamento e alla relativa certificazione.

(Art. 4, Decreto-legge 50/2017, Gazzetta Ufficiale del 24 aprile 2017)

Modifiche alla disciplina ACE – A decorrere dal 01 gennaio 2017 entrano in vigore importanti variazioni nel calcolo dell'agevolazione fiscale ACE. Dal periodo d'imposta 2017, infatti, il rendimento nozionale del nuovo capitale proprio sarà valutato avendo riguardo alla relativa variazione in aumento rispetto a quello esistente alla chiusura del quinto esercizio precedente (e non più dell'esercizio in corso al 31 dicembre 2010).

Per le imprese individuali e le società di persone rileva, come incremento di capitale proprio la differenza tra il patrimonio netto al 31 dicembre 2015 e il patrimonio netto al 31 dicembre del quinto periodo d'imposta precedente a quello per il quale si applica l'Ace.

(Art. 7, Decreto-legge 50/2017, Gazzetta Ufficiale del 24 aprile 2017)

Nuova modalità per definire le controversie tributarie – Con l'entrata in vigore del Decreto legge 50/2017 viene introdotta nell'ordinamento tributario italiano una nuova modalità di definizione delle pendenze tributarie. Nello specifico la novità riguarda le controversie attribuite alla giurisdizione tributaria, in cui è parte l'Agenzia delle Entrate pendenti in ogni stato e grado del giudizio (compreso quello in cassazione e anche a seguito di rinvio), possono essere definite mediante il pagamento di tutti gli importi richiesti dall'atto impugnato (che hanno formato oggetto di contestazione in primo grado) e degli interessi da ritardata iscrizione a ruolo (calcolati fino al sessantesimo giorno successivo alla notifica dell'atto) con esclusione delle sanzioni collegate al tributo e degli interessi di mora.

(Art. 11, Decreto-legge 50/2017, *Gazzetta Ufficiale del 24 aprile 2017*)

Rivista la disciplina del *Transfer pricing* – Con il nuovo comma 7, articolo 110 del Tuir vengono introdotte importanti novità in ordine alla determinazione degli importi rilevanti per il *transfer pricing*. Si prevede che i componenti del reddito derivanti da operazioni con società non residenti in Italia, che direttamente o indirettamente controllano l'impresa, ne sono controllate o sono controllate dalla stessa società che controlla l'impresa, sono determinati con riferimento alle condizioni e ai prezzi che sarebbero stati pattuiti tra soggetti indipendenti operanti in condizioni di libera concorrenza e in circostanze comparabili, se ne deriva un aumento del reddito. La stessa regola si applica anche se ne deriva una diminuzione del reddito.

(Art. 59, Decreto-legge 50/2017, *Gazzetta Ufficiale del 24 aprile 2017*)

Nuove deducibilità per i professionisti – A seguito dell'approvazione del disegno di legge contenente "Misure per la tutela del lavoro autonomo non imprenditoriale e misure volte a favorire l'articolazione flessibile nei tempi e nei luoghi del lavoro subordinato" sono state introdotte una serie di tutele a favore dei lavoratori autonomi che, ai sensi del codice civile (articolo 2222), sono coloro che si obbligano "a compiere verso un corrispettivo un'opera o un servizio, con lavoro prevalentemente proprio e senza vincolo di subordinazione nei confronti del committente".

Dal punto di vista tributario, sono rilevanti gli articoli 8 e 9 della legge (contenuti nel Capo I) che prevedono significative novità in materia di redditi di lavoro autonomo, modificando l'articolo 54 del Tuir (Dpr 917/1986).

Di seguito le modifiche più rilevanti:

– spese per prestazioni alberghiere e somministrazione di alimenti e bevande: le regole ordinarie di deducibilità (misura del 75% per un importo complessivamente non superiore al 2% dell'ammontare dei compensi percepiti) non si applicano alle spese relative a prestazioni alberghiere e di somministrazione di ali-

menti e bevande sostenute dall'esercente arte o professione per l'esecuzione di un incarico e addebitate analiticamente in capo al committente.

– Spese sostenute dal committente: in virtù della nuova formulazione della norma tutte le spese relative all'incarico professionale, sostenute direttamente dal committente, non si configurano come compensi (in natura) per il professionista.

– Spese di formazione: viene stabilita l'integrale deducibilità delle spese di formazione (nel limite annuo, comunque, di 10mila euro).

– Nuove tipologie di spese deducibili: sono integralmente deducibili, entro il limite annuo di 5mila euro, le spese sostenute per i servizi personalizzati di certificazione delle competenze, orientamento, ricerca e sostegno all'auto-imprenditorialità, mirate a sbocchi occupazionali effettivamente esistenti e appropriati in relazione alle condizioni del mercato del lavoro, erogati dagli organismi accreditati; sono integralmente deducibili gli oneri sostenuti per la garanzia contro il mancato pagamento delle prestazioni di lavoro autonomo fornita da forme assicurative o di solidarietà.

Le nuove disposizioni si applicano “a decorrere dal periodo d'imposta in corso al 31 dicembre 2017”, quindi saranno operative con riguardo alle spese sostenute nel corso del 2017 da considerare per la predisposizione della dichiarazione dei redditi del prossimo anno.

(Disegno di legge N. 2233-B in attesa di pubblicazione in Gazzetta Ufficiale)

INDICAZIONI INTERPRETATIVE E APPLICATIVE

Agenzia delle Entrate

Reverse Charge, chiarimenti sulle sanzioni – L'Agenzia delle entrate fornisce chiarimenti sulle sanzioni previste in caso di errata applicazione del reverse charge. Con la circolare n. 16/E infatti, le Entrate chiariscono il trattamento sanzionatorio previsto per ogni tipo di violazione in materia di reverse charge, alla luce delle modifiche apportate dal decreto legislativo n. 158/2015. Secondo un criterio di proporzionalità, ad essere colpite più duramente sono le violazioni commesse con un intento di evasione o di frode oppure che comportano l'occultamento dell'operazione o un debito d'imposta, mentre vengono punite in modo più mite le fattispecie irregolari per le quali l'imposta risulta comunque assolta. Quando l'operazione rientra nell'inversione contabile ma per errore il cedente o prestatore ha emesso fattura con addebito di Iva come per un'operazione ordinaria, se l'imposta è stata assolta seppur in modo irregolare (cioè se la fattura è stata registrata dal cedente e l'imposta è confluita nella liquidazione periodica) si applica una sanzione fissa da 250 euro a 10mila euro. In un'ottica di semplificazione, non occorre che il cessionario o committente regolarizzi l'operazione ed è

fatto salvo il diritto alla detrazione. Sanzione nella stessa misura anche nel caso opposto, cioè quando l'Iva, anziché essere assolta in via ordinaria, è stata sottoposta a reverse charge da parte del cessionario o committente.

Anche in questo caso, se l'imposta è stata comunque assolta nonostante l'errore, il diritto di detrazione per il cessionario è salvo e il cedente o prestatore non è obbligato a versare l'Iva. Non deve trattarsi, però, di ipotesi palesemente estranee al regime dell'inversione contabile. In entrambi i casi la sanzione si applica in via solidale a cedente e cessionario e non scatta per singola fattura errata, ma una sola volta per ogni liquidazione periodica con riferimento a ciascun fornitore. Quando il reverse charge viene applicato a operazioni che sono invece esenti, non imponibili, non soggette ad imposta o inesistenti, il debito d'imposta e la relativa detrazione si annullano. In sede di accertamento, infatti, vengono espunti sia il debito sia il credito d'imposta confluiti nella liquidazione periodica. In caso di operazioni inesistenti, però, si applica anche una specifica sanzione, compresa tra il 5 e il 10% dell'imponibile, con un minimo di 1.000 euro.

(Agenzia delle Entrate, Circolare n. 16/E dell'11 maggio 2017)

GIURISPRUDENZA

Lecita la confisca al liquidatore che mette in secondo piano l'erario – La Corte di cassazione, con provvedimento, statuisce che “La responsabilità dei liquidatori scatta se e nella misura in cui essi, nel procedere ai pagamenti entro la data fissata per la dichiarazione annuale del sostituto d'imposta, abbiano soddisfatto crediti considerati di ordine inferiore dalla legge”.

Per non incorrere nel reato di evasione fiscale, le ritenute devono essere versate entro la data di scadenza per la presentazione della relativa dichiarazione dei sostituti d'imposta

(Corte di Cassazione, ordinanza n. 23161 del 27 aprile 2017)

Punito il consulente che diserta l'invito al contraddittorio – Il consulente fiscale deve risarcire il proprio cliente quando, sebbene munito d'incarico e della documentazione necessaria, non si presenta all'invito al contraddittorio dell'Agenzia delle Entrate, pur in mancanza di una prova positiva che la presenza all'incontro con l'ufficio avrebbe sortito effetti più favorevoli per il contribuente.

(Corte di Cassazione, sentenza n. 11213 del 9 maggio 2017)

Il prossimo numero

- G.E. TRIMARCHI**, A proposito di società cooperative: appunti su *“an”* e *“quantum”* della *“devoluzione”* ai Fondi mutualistici
- U. BOCCHINO**, I rischi specifici o particolari d'impresa. Gli errori arbitrari come rischio specifico per le Società di Calcio professionistiche; la soluzione per eliminare gli effetti economici negativi conseguenti
- E. RATTI**, Il superamento del principio *“un'azione-un voto”*: azioni a voto plurimo e azioni a voto maggiorato
- C. PESSINA-A. PESSINA**, Legge di stabilità 2017, le agevolazioni per gli stranieri che intendono risiedere in Italia

