

**Fondazione
Nazionale dei
Commercialisti**

Newsletter **FNC**

Newsletter #27

29 febbraio 2016

[Scarica la versione pdf](#)
[Vedi tutte le newsletter](#)

1. In primo piano
2. Ricerca
3. Osservatori
4. Strumenti di lavoro
5. Formazione
6. Newsletter precedente



IN PRIMO PIANO

Portale "La Rete delle Conoscenze"

Siamo lieti di segnalarTi che il Portale delle Conoscenze FNC, presentato lo scorso dicembre in occasione del Forum dedicato, è da questo mese ormai operativo.

Nel Portale confluiscono e sono resi pubblici tutti i documenti, gli approfondimenti, gli elaborati e le ricerche prodotte dalla FNC, dal CNDCEC e dagli Ordini locali.

I documenti sono organizzati secondo un albero materie e per autore.

Il sistema è interamente in tecnologia web, pertanto non sono richiesti specifici prerequisiti tecnologici né l'installazione di software.

Il sistema prevede:

- un'interfaccia redazionale web (**portale redazionale**) dedicata ai responsabili dei contenuti e fruibile sia dalla FNC che dagli Ordini Locali a ciò preventivamente autorizzati.
- un portale web dedicato (**portale pubblico**) attraverso il quale gli utenti finali potranno consultarne i contenuti. Tale Portale svolge la funzione di una vera e propria banca dati. L'utente avrà a disposizione i contenuti documentali con funzionalità di ricerca e consultazione, potrà inoltre accedere alle funzionalità di ricerca del sistema Euroconference Dottryna.

Giorgio Sganga - 29 febbraio 2016.

Convenzione FNC-Università Cattolica del Sacro Cuore

La Fondazione Nazionale dei Commercialisti ha sottoscritto con l'Università Cattolica del Sacro Cuore una convenzione di tirocinio, di formazione e di orientamento con il fine di agevolare le scelte professionali degli studenti mediante la conoscenza diretta del mondo del lavoro realizzando momenti di alternanza tra studio e lavoro nell'ambito dei processi formativi.

L'iniziativa si colloca all'interno della sempre più stretta collaborazione scientifico-professionale instaurata dalla FNC con il mondo accademico.

Giovanni Castellani - 29 febbraio 2016

[Vedi il Protocollo FNC/Università Cattolica Sacro Cuore](#)

seguimi su twitter [@gcastellani54](#)

RICERCA

Documenti

Il comodato d'uso: profili civilistici e analisi della disciplina fiscale prevista dalla legge di stabilità 2016

La Legge di Stabilità 2016, nell'ambito di una più generale riforma della tassazione immobiliare, ha introdotto un *bonus* fiscale per gli immobili (non di lusso) concessi in comodato a parenti in linea retta di primo grado, prevedendo una riduzione del 50% sul versamento delle imposte comunali IMU e TASI per l'anno 2016.

La nuova misura agevolativa, oggetto di dettagliata analisi anche statistica nella parte conclusiva del documento, è di spunto per approfondire la disciplina giuridica del contratto di comodato (artt. 1803 - 1812 cod. civ.), con particolare riguardo agli aspetti civilistici maggiormente significativi.

Debora Pompilio, Laura Pascarella, Tommaso Di Nardo, Antonio Gigliotti, Gianluca Scardocci - 29 febbraio 2016. [Leggi il documento](#)

La tutela dei terzi nella legislazione antimafia

Pur registrandosi un'ampia convergenza sull'opportunità di prevedere una forma di tutela in favore dei terzi titolari dei diritti di credito sorti prima del sequestro, è mancata per lungo tempo una puntuale regolamentazione della materia anche a causa delle difficoltà di conciliare le esigenze dei creditori con quelle derivanti dalla funzione e dalla natura del procedimento di confisca. Il tentativo del legislatore di disciplinare la materia – dapprima nella legge n. 575/65, poi con il Codice Antimafia e con la Legge di Stabilità 2013 – non ha superato le molte lacune ed i numerosi problemi interpretativi ancora presenti che incidono sull'effettiva tutela dei diritti dei terzi. La principale critica è quella

di aver fatto transitare nella normativa antimafia logiche eminentemente fallimentari antitetiche ai principi cardine del Codice e che di fatto sviliscono la figura del giudice delegato e dell'amministratore giudiziario i quali vengono accostati rispettivamente al giudice delegato al fallimento ed al curatore fallimentare.

Luca D'Amore - 29 febbraio 2016. [Leggi il documento](#)

Le ulteriori proposte dei commercialisti in materia di "crisi d'impresa"

Come per l'istituto della transazione, commentato nel nostro documento del 31 gennaio u.s., anche per il sistema dei privilegi tributari deve rilevarsi come l'obiettivo del legislatore di ricondurre l'Erario sullo stesso piano degli altri creditori concorsuali, o comunque quello di contemperare l'interesse della procedura con l'interesse fiscale, sia rimasto frustrato a favore di un ingiustificato "favor fisci" a tutto danno dei creditori comuni.

Paola Rossi - 29 febbraio 2016. [Leggi il documento](#)

La società a responsabilità limitata semplificata

Con questo lavoro si dà avvio ad una serie di iniziative editoriali che vedranno collaborare Consiglio Nazionale e Fondazione Nazionale dei Commercialisti.

Il documento sulla srls si sviluppa lungo tre direttrici: la prima, di natura giuridica, affronta argomenti come la costituzione e lo statuto, l'amministrazione e le modifiche costitutive; la seconda, di tipo aziendalistico, tratta i temi della sottocapitalizzazione e la problematica relativa alla copertura delle perdite; la terza, di valenza statistica, illustra l'evoluzione del fenomeno sin dalla sua introduzione nell'ordinamento giuridico.

CNDCEC/FNC - 29 febbraio 2016. [Leggi il documento](#)

OSSERVATORI

Osservatorio Enti locali - Febbraio 2016

L'imposta di soggiorno è stata (re)introdotta dal legislatore italiano con l'articolo 14, comma 16, lettera b), del D.L. n. 78/2010, il quale ha previsto, per il solo comune di Roma, la possibilità di introdurre un contributo a carico dei turisti riprendendo un concetto già applicato nel secolo scorso per le stazioni termali, climatiche, balneari e turistiche.

Successivamente, con l'approvazione del D.Lgs. n. 23/2011, in materia di federalismo fiscale municipale, la facoltà di introdurre una tassa sul turismo è stata allargata a tutti i capoluoghi di provincia, alle unioni di comuni, nonché alle località turistiche e alle città d'arte.

In tal modo, il legislatore ha, così risposto all'esigenza di attuare una forma di partecipazione alla copertura delle spese per i servizi pubblici locali sostenute dai comuni, da parte dei turisti che alloggiano in strutture ricettive, di fatto beneficiando dei medesimi servizi.

STRUMENTI DI LAVORO

Dichiarazione IVA 2016: visto di conformità. [Scarica](#)

FORMAZIONE

Corsi e convegni

L'obiettivo dei corsi di formazione realizzati dalla Fondazione è quello di offrire ai partecipanti le più aggiornate conoscenze sia sulle tematiche tipiche dell'attività del Commercialista, sia su quelle più innovative per un ampliamento delle opportunità professionali.

[Offerte formative](#)

I corsi frontali possono essere richiesti dal singolo Ordine locale e, se inseriti nel relativo programma formativo, consentono l'acquisizione dei crediti formativi. Ciascun lettore può, dunque, sensibilizzare il proprio Ordine locale, cui basterà semplicemente contattare i seguenti recapiti: formazione@fncommercialisti.it oppure tel. 06/47829026.

Nella Newsletter Precedente

Ricerca

Breve nota sui motivi di appello - A margine dell'ordinanza della Cassazione n. 246/2016?

Mario Cicala - 15 febbraio 2016. [Leggi il documento](#)

La rinuncia ai crediti dei soci verso la società e sua rilevanza tributaria alla luce del "Decreto internazionalizzazione"

Irene Giusti - 15 febbraio 2016. [Leggi il documento](#)

Il controllo giudiziario sulla gestione societaria ex art. 2409 c.c. nell'ambito delle s.r.l.

Michela Rosmino - 15 febbraio 2016. [Leggi il documento](#)

La mappatura informatica dei beni sequestrati nell'Unione Europea

Luca D'Amore - 15 febbraio 2016. [Leggi il documento](#)

I liberi professionisti potranno accedere ai finanziamenti europei

Giulia Caminiti - 15 febbraio 2016. [Leggi il documento](#)

Osservatori

Osservatorio Economico - Gennaio 2016

Gianluca Scardocci - 15 febbraio 2016. [Leggi l'osservatorio](#)

La Fondazione Nazionale dei Commercialisti, Fondazione di Partecipazione, il cui "Partecipante Istituzionale" è il Consiglio Nazionale dei Dottori Commercialisti e degli Esperti Contabili (CNDCEC), ha come scopo la valorizzazione della professione di Commercialista. La Fondazione ha sede in Roma, Piazza della Repubblica, 68.

Orario di apertura degli uffici: Lunedì-Venerdì 9.00 - 17.00;

Tel. 06/4782901; Fax: 06/4874756; Email: info@fncommercialisti.it (per informazioni generali) e formazione@fncommercialisti.it (per eventi formativi).

Sito web: www.fondazioneNazionalecommercialisti.it

Questa email è stata inviata a [\[\[EMAIL_TO\]\]](#), [clicca qui per cancellarti](#).



IL COMODATO D'USO: PROFILI CIVILISTICI E ANALISI DELLA DISCIPLINA FISCALE PREVISTA DALLA LEGGE DI STABILITÀ 2016

*Debora Pompilio, Laura Pascarella, Tommaso Di Nardo,
Antonio Gigliotti, Gianluca Scardocci*

ABSTRACT

L'art. 1, comma 10, lettera b) della Legge di Stabilità per il 2016 (L. n. 208/2015) ha introdotto un bonus fiscale per gli immobili concessi in comodato d'uso a genitori e figli, subordinando il beneficio al rispetto di condizioni particolarmente stringenti.

La nuova misura agevolativa ha riportato all'attenzione della Categoria l'istituto del comodato che, pertanto, è oggetto di analisi del presente documento in relazione a diversi profili.

Dopo una ricognizione normativa e giurisprudenziale degli aspetti maggiormente significativi del contratto in esame, con particolare riguardo alle problematiche inerenti "l'essenziale gratuità" e la durata del comodato, viene esaminata, nel dettaglio, la nuova normativa fiscale, anche attraverso una analisi statistica.

In particolare, il raffronto tra la precedente disciplina fiscale e le novità introdotte dalla Legge di Stabilità per il 2016, permette di fornire stime per l'osservazione dell'impatto della nuova normativa sui contribuenti e sulle finanze pubbliche.

Sommario: 1. Premessa – 2. Essenziale gratuità del comodato e comodato modale – 3. Obbligazioni del comodatario – 4. Durata del comodato: il comodato a termine implicito e il comodato c.d. precario – 4.1 Ipotesi applicative: comodato di immobile destinato a soddisfare esigenze abitative familiari – 4.2 Comodato immobiliare c.d. vita natural durante – 5. Comodato scritto e comodato verbale: perché preferire la forma scritta. – 6. Le novità IMU e TASI 2016 per le abitazioni concesse in comodato d'uso – 7. La disciplina vigente sino al 31 dicembre 2015 – 8. Le modifiche introdotte dalla Legge di Stabilità 2016 – 8.1 La definizione di abitazione principale – 8.2 Gli immobili di lusso – 8.3 La registrazione del contratto di comodato – 8.4 Il possesso di ulteriori immobili – 8.5 La dichiarazione IMU – 9. Il comodato in numeri: analisi statistica delle novità contenute nella Legge di Stabilità 2016.

1. Premessa

La Legge di Stabilità 2016, nell'ambito di una più generale riforma della tassazione immobiliare, ha introdotto un *bonus* fiscale per gli immobili (non di lusso) concessi in comodato a parenti in linea retta di primo grado, prevedendo una riduzione del 50% sul versamento delle imposte comunali IMU e TASI per l'anno 2016 al ricorrere di determinati (stringenti) requisiti che interessano in particolar modo la persona del comodante-contribuente.

La manovra, infatti, limita la possibilità di godere dell'agevolazione fiscale al proprietario-comodante che risieda anagraficamente, nonché dimori, nello stesso comune ove è situato l'immobile concesso in comodato e che non abbia altri immobili in Italia oltre l'abitazione principale.

La portata applicativa della norma, già fortemente limitata (basti pensare che rimangono escluse dal beneficio tutte le case acquistate in un comune diverso da quello in cui il comodante abbia la residenza e quindi, ad esempio, le seconde case al mare o in montagna e quelle acquistate in altre città per motivi di studio/lavoro) rischia di ridursi ancor più laddove

si consideri che, per poter beneficiare della riduzione IMU e TASI, è altresì necessario registrare il contratto di comodato, con i conseguenti oneri connessi alla registrazione e posti a carico del comodante-contribuente.

La nuova misura agevolativa, che sarà oggetto di dettagliata analisi, anche statistica, nella parte conclusiva del documento, è di spunto per approfondire la disciplina giuridica del contratto di comodato (artt. 1803- 1812 cod. civ.), con particolare riguardo agli aspetti civilistici maggiormente significativi.

Giova in tal senso premettere che il Codice Civile riserva a tale tipologia contrattuale una normativa meno rigida rispetto a quella prevista per altre figure, come si evince dall'assenza di vincoli di forma per la validità del contratto (che, dunque, può essere concluso in forma verbale pur se avente ad oggetto un bene immobile) e dallo stesso tenore letterale dell'art. 1803 cod. civ. che definisce il comodato "*il contratto col quale una parte consegna all'altra una cosa mobile o immobile, affinché se ne serva per un tempo o per un uso determinato, con l'obbligo di restituire la stessa cosa ricevuta. Il comodato è essenzialmente gratuito*".

I tratti essenziali del contratto in esame sono individuati dalla dottrina maggioritaria nella realtà, nella unilateralità e nella (sostanziale) gratuità¹.

Trattasi dunque di un contratto che si perfeziona con la *traditio*², ossia con la consegna del bene³ e da cui discendono obbligazioni poste a carico di una sola parte che, alcuni autori identificano nel comodatario (obbligo di restituire la cosa)⁴, altri nel comodante (obbligo di

¹ Per tutti, F. CARRESI, *Il comodato, Il mutuo*, in *Tratt. Vassalli*, Torino, 1950, 6 e G. TAMBURRINO, voce *Comodato*, in *Enc. Dir.*, VII, Milano, 1960, 997.

² Al riguardo è pacifico ritenere che la *traditio* non debba necessariamente avvenire con particolari formalità, essendo unicamente sufficiente che il comodatario sia messo nelle condizioni di potersi servire della cosa, come, ad esempio, attraverso la *traditio* simbolica (consegna delle chiavi dell'immobile oggetto del comodato) ovvero attraverso la *traditio brevi manu* (quando cioè la cosa sia già detenuta, in forza di altro titolo, dal comodatario) in cui il mutamento del titolo dell'antecedente detenzione si sostituisce alla consegna. In tal senso, Cass. civ., 3 maggio 1980, n. 2916, Cass. civ., 6 maggio 2003, n. 6881, Cass. civ., 29 gennaio 2003, n. 1293.<

³ Tale caratteristica si evince innanzitutto dal tenore letterale dell'art. 1803 cod. civ. che parla di consegna della cosa e non di obbligo di consegnare. E' pacifico ritenere che la consegna supplisca alla debolezza causale che caratterizza i contratti gratuiti: così R. SACCO, *Il contratto*, in *Tratt. Sacco*, I, Torino, 1993, 712, Id., *Causa e consegna nella conclusione del mutuo, del deposito e del comodato*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, I, 1971, 541 e ss. e O.T. SCOZZAFAVA, *Il comodato*, in *Tratt. Dir. Priv.*, diretto da P. Rescigno, vol. XII, Torino, 1985, 616. Per F. CARRESI, *Il Comodato, Il mutuo*, in *Tratt. Vassalli*, Torino, 1957, 13 e ss. non sarebbe possibile considerare giuridicamente vincolante la promessa di concludere un contratto gratuito poiché sarebbe solo la *traditio* della cosa ad attribuire rilevanza giuridica ad un rapporto che rimane, altrimenti, di pura cortesia. In una posizione parzialmente diversa si collocano M. FRAGALI, *Del comodato*, in *Comm. Cod. Civ.*, a cura di Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 1966, 172, G. TAMBURRINO, *op. cit.*, 996, P. FORCHIELLI, *I contratti reali*, Milano, 1952, 152, che, nel confermare la natura reale del contratto di comodato, ammettono anche la possibilità per le parti di concludere un contratto preliminare (quindi consensuale) di comodato; nel senso dell'irrinunciabilità della consegna per le fattispecie caratterizzate dalla gratuità dell'attribuzione, A. LUMINOSO, *I contratti tipici e atipici*, in *Tratt. Dir. Priv.* a cura di Iudica e Zatti, I, Milano, 1995, 644 e ss.. Altra parte della dottrina, invece, qualifica la consegna come un requisito di forma del contratto, essenziale per la validità dello stesso e non derogabile dalle parti. Così P. FORCHIELLI, *op. cit.*, 93 e ss. e R. TETI, *Comodato*, in *Dig. disc. priv.*, vol. IV, 1988, 38, che paragona la consegna che caratterizza i contratti reali alla forma pubblica prevista per la donazione. Per completezza, si segnala altresì l'opinione di quella parte di dottrina che muove delle criticità alla più generale categoria dei contratti reali, evidenziandone la poca armonia con il principio generale dell'autonomia privata. In particolar modo A. Di Majo, *L'esecuzione del contratto*, Milano, 1967, 340, che individua nella consegna un momento meramente esecutivo del contratto, e non perfezionativo.

⁴ Per tutti, G. TAMBURRINO, *op. cit.*, 997. Per A. TORRENTE, P. SCHLESINGER, *Manuale di diritto privato*, Milano, 2013, 765, il comodato è un contratto bilaterale imperfetto da cui nasce sicuramente

consentire il godimento della cosa al comodatario e di non pretenderne arbitrariamente la restituzione anticipata)⁵.

Per quanto attiene all'oggetto, la citata norma vi include, in termini generici, cose mobili e immobili; se nessun dubbio sorge in relazione all'ammissibilità del comodato di beni mobili registrati e a quello di universalità di beni⁶, più controversa appare la questione relativa alla configurabilità di un contratto di comodato che abbia ad oggetto beni immateriali, ovvero una prestazione di servizi⁷.

In ogni caso, va sottolineato che, in considerazione dell'obbligo del comodatario di restituire la stessa cosa ricevuta, i beni devono necessariamente essere infungibili⁸ ed inconsumabili; tuttavia, si ritiene legittimo il c.d. comodato *ad pompam* o *ad ostentationem*, che, pur avendo ad oggetto un bene consumabile, ne garantisce la restituzione poiché il bene non viene utilizzato secondo l'uso che ne è proprio (un esempio classico, è il prestito di una torta per una rappresentazione teatrale).

Da quanto esposto, ben può comprendersi come la particolare adattabilità a qualunque tipo di bene abbia permesso un'ampia diffusione del comodato in diversi settori, pur se con alcune difficoltà interpretative su cui la giurisprudenza di legittimità è stata ripetutamente chiamata a pronunciarsi.

l'obbligazione a carico del comodatario di restituire la cosa, ma che non esclude, in via eventuale, un'obbligazione anche a carico del comodatario, come quella di tenere indenne il comodatario dai vizi occulti della cosa e risarcire i danni conseguenti, ai sensi dell'art. 1812 cod. civ.. Si veda anche F. MASTROPAOLO, *Il comodato*, in *Tratt. Sacco*, Torino, 1999, 652 e 679 secondo cui dal contratto validamente concluso nascono diritti ed obblighi a carico di entrambe le parti (nello stesso senso G. GIAMPICCOLO, *Comodato e mutuo*, in *Tratt. Dir. Civ.* diretto da Grosso e Santoro -Passarelli, Milano, 1972). In ogni caso, si tratterebbe di un contratto bilaterale *sui generis*, data l'assenza di corrispettività tra diritti e obblighi delle parti contrattuali. Ecco perché la dottrina maggioritaria tende ad ascrivere il comodato nell'ambito dei contratti unilaterali, salvo poi dividersi, con riferimento all'identificazione della parte obbligata. Cfr. V. VACIRCA, *Il contratto di comodato, le questioni relative al termine di durata dello stesso ed i suoi rapporti con le liberalità* (nota a sent. Cass. Civ. 3 aprile 2008 n. 8548) in *Riv. Not.*, 2008, 1105.

⁵ In tal senso F. CARRESI, *op. cit.*, 13 e F. GAZZONI, *Manuale di Diritto Privato*, Napoli, 2000, 1121 per i quali l'obbligo di restituzione sarebbe nient'altro che un effetto naturale del contratto.

⁶ È ammissibile il comodato di azienda, in quanto complesso di beni organizzati per l'esercizio di impresa; il contratto di comodato soggiace alla stessa disciplina prevista per l'affitto di azienda, eccezion fatta per le norme che attengono alla corrispettività del contratto di locazione. Cfr. Cass. civ., 14 luglio 1956, n. 2673.

⁷ L'obiezione mossa alla configurabilità di un contratto di comodato avente ad oggetto beni immateriali, fondata sulla impossibilità di consegnare materialmente tali beni, nonché di goderne in via diretta (in tal senso, si veda G. GIAMPICCOLO, *op. cit.* 20) è stata superata da quella parte di dottrina che ritiene possibile la consegna simbolica (come, ad esempio, la trasmissione del progetto d'invenzione) purché tale da consentire al comodatario di beneficiarne. Così R.TETI, *op. cit.*, 43, O.T. SCOZZAFAVA, *op. cit.*, 626, M. FRAGALI, *op. cit.*, 225, F. CARRESI, *op. cit.*, 38. G. TAMBURRINO, *op. cit.*, 1000.

In relazione al comodato che abbia ad oggetto la prestazione di servizi, si sono pronunciati in senso favorevole O.T. SCOZZAFAVA, *op. cit.*, 628, R. TETI, *op. cit.*, 43, F. MASTROPAOLO, *op. cit.*, 715, secondo i quali il riferimento al termine generico "cose" di cui all'art. 1803, cod. civ., è da intendersi in via estensiva e, dunque, tale da includervi ogni tipo di bene che possa essere oggetto di una prestazione giuridica. In senso contrario, si veda A. LUMINOSO, *op. cit.*, 632 ed E. BRUNORI, *Del comodato*, in *Comm. cod. civ.*, diretto da M. D'Amelio e E. Finzi, Firenze, 1949, 14. Per G. TAMBURRINO, *op. cit.*, 1001, si tratterebbe di un rapporto atipico, cui applicare la normativa prevista per il comodato tipico, con i necessari adeguamenti in virtù della particolarità dell'oggetto.

⁸ Laddove il bene fosse fungibile, infatti, verrebbe a configurarsi un contratto di mutuo, che si caratterizza proprio per l'obbligo, in capo al mutuatario, di restituire la stessa quantità di cose generiche (art. 1813 cod. civ.). Da qui, la contrapposizione terminologica tra il comodato, altresì designato come prestito d'uso ed il mutuo, nominato anche prestito di consumo.

Gli utilizzi più frequenti si rinvengono innanzitutto nella prassi industriale e commerciale: a titolo esemplificativo, possono menzionarsi il comodato di macchinari, attrezzature, o addirittura di interi impianti di produzione e distribuzione⁹.

Inoltre, basti pensare ai vari settori dell'attività professionale in cui è situazione abbastanza usuale ricorrere allo schema legale del comodato per concedere l'utilizzo di una stanza del proprio studio ad un altro professionista, oppure ai *decoder* forniti molto spesso in comodato dalle compagnie telefoniche o dalle piattaforme televisive, nonché ai libri concessi in prestito dalle biblioteche. Così come, nell'ambito dei rapporti tra privati, accade frequentemente che un soggetto, spinto da legami parentali e sentimenti di amicizia e cortesia, consenta a terzi di abitare un proprio immobile senza pretendere in cambio alcun corrispettivo, in forza del c.d. contratto di comodato di immobile ad uso abitativo.

Ed è soprattutto in relazione a quest'ultima tipologia di comodato che sono sorte le principali problematiche interpretative, in particolar modo per quanto concerne gli elementi della gratuità e della durata del contratto.

Per quanto attiene a quest'ultimo profilo, l'*impasse* nasce dal fatto che il Codice Civile non individua dei limiti alla durata del comodato, attribuendo dunque alle parti la facoltà di determinarla liberamente, ivi inclusa quella di non prevedere la fissazione di alcun termine finale del contratto.

In tal caso, se il termine finale, oltre a non essere stato convenuto, non è nemmeno ricavabile implicitamente dall'uso particolare cui la cosa è destinata (termine implicito), il comodatario, ai sensi dell'art. 1810 cod. civ. è tenuto a restituire la cosa a semplice richiesta del comodante (*ad nutum*) diversamente da quanto accade nell'ipotesi di comodato a termine (esplicito o implicito) ove, ai sensi dell'art. 1809 cod. civ., il comodante può richiedere il bene solo alla scadenza del termine stabilito, salvo l'ipotesi di sopravvenuto bisogno, urgente ed imprevedibile, nel qual caso può esigerne l'immediata restituzione.

Il problema, come si vedrà, si è posto in relazione all'individuazione di un criterio da utilizzarsi per desumere un termine finale del contratto dalla destinazione d'uso impressa alla *res*, specialmente con riguardo al comodato di immobile concesso ai coniugi e adibito a casa familiare e ancor più nel caso di successiva separazione ed assegnazione dell'immobile ad uno solo di essi.

Ed invero, in questa peculiare ipotesi (e sempre laddove manchi l'indicazione espressa del termine finale), la giurisprudenza, dando vita ad orientamenti contrastanti sul tema¹⁰, si è

⁹Sull'utilizzo dei beni concessi in comodato nell'ambito dei rapporti produttivi e commerciali, con specifico riguardo alle problematiche inerenti la redazione del bilancio d'esercizio dell'impresa comodante e di quella comodataria si rinvia a N. DI SANTE, M. SEBASTIANELLI, *Il comodato di beni strumentali*, in *Amm. & Fin.*, 2013, Vol. 28, Fasc. 6, 33.

¹⁰ Secondo l'orientamento giurisprudenziale maggioritario, affermato da Cass. civ., Sez. Un., 21 luglio 2004, n.13603 la specificità della destinazione a casa familiare consente di ritenere implicitamente apposto al contratto un termine pari al protrarsi delle esigenze familiari. Nello stesso senso, Cass., civ., 6 giugno 2006, n. 13260, Cass. civ., 7 luglio 2010, n. 15986, Cass. civ., 2 ottobre 2012, n. 16796, Cass. civ., 4 febbraio 2012, n. 2103. In senso contrario, Cass. civ., 7 luglio 2010, n. 15986 secondo cui la fattispecie in commento integra un ipotesi di comodato precario, onde la possibilità, per il comodante, di richiedere *ad nutum* la restituzione del bene. Il contrasto giurisprudenziale venutosi a creare è stato nuovamente portato al vaglio delle Sez. Un. che, con sent. del 29 settembre 2014, n. 20448, hanno riaffermato, pur se con qualche precisazione, i principi già statuiti dalle Sez. Un. del 2004.

ripetutamente chiesta se si rientrasse nella fattispecie del comodato c.d. precario o, viceversa, se la specificità della destinazione del bene (svolgimento della vita familiare) fosse tale da individuare una durata implicita del comodato, tale dunque da non legittimare un'eventuale richiesta *ad nutum* dell'immobile da parte del comodante.

Su tali aspetti più dibattuti, pertanto, si soffermerà la presente trattazione.

2. Essenziale gratuità del comodato e comodato modale

Ai sensi dell'art. 1803, II comma, cod. civ. una delle caratteristiche essenziali del comodato è la gratuità, che risulta insita nella struttura causale del contratto, tradizionalmente individuata nell'attribuzione gratuita e senza corrispettivo del godimento temporaneo di un bene, il più delle volte giustificata da un rapporto di cortesia e fiducia che lega le parti, ovvero dalla volontà di soddisfare un bisogno del comodatario.

Da qui la qualificazione del comodato come contratto *intuitus personae*¹¹, poiché fondato su un elemento di fiducia personale che, del resto, giustifica sia la previsione di cui all'art. 1804 cod. civ., ossia il divieto, per il comodatario, di concedere il godimento della cosa ad un terzo senza il consenso del comodante, nonché, in caso di morte del comodatario, la possibilità per il comodante di esigere dagli eredi l'immediata restituzione della cosa (art. 1811 cod. civ.)¹².

Trattandosi di un contratto essenzialmente gratuito, la previsione di un corrispettivo per il godimento del bene si rende incompatibile con l'elemento causale del comodato che, infatti, a differenza di altri contratti reali come il mutuo ed il deposito, non prevede la possibilità di una variante onerosa¹³; d'altronde, laddove fosse pattuita una controprestazione, ricorrerebbero gli estremi per inquadrare il contratto nel differente schema legale della locazione (art. 1571 cod. civ.).

¹¹ *Ex multis*, Cass. civ., 19 giugno 2008, n. 16616 per cui "è evidente che ai fini dell'instaurazione del rapporto, diventano rilevanti essenzialmente le qualità personali, in particolare del comodatario, quale affidatario, a titolo sostanzialmente gratuito, del bene, e non tanto quelle del comodante che si limita a spogliarsi del bene stesso, giacché è soprattutto il primo che deve ispirare nel secondo un sentimento di fiducia per indurlo alla formazione del negozio".

¹² Laddove il comodante non eserciti il diritto di recesso dal contratto, il rapporto prosegue rispetto agli eredi con le caratteristiche e gli obblighi assunti dalle parti contrattuali originarie. Cfr. Cass. civ., 19 agosto 1990, n. 8409. Si veda anche Cass. civ., 23 settembre 2014 n. 20001 la quale ha escluso che dall'art. 1811 cod. civ. derivi un effetto restitutorio automatico: per esercitare la facoltà di restituzione, dunque, sarà necessaria una espressa richiesta in tal senso nei confronti degli eredi del comodatario defunto. Nell'ipotesi di morte del comodante, si vedano Cass. civ., 24 settembre 1979, n. 4920 e Cass. civ., 28 maggio 1996, n. 4921, secondo cui la morte del comodante dovrebbe determinare la risoluzione del contratto poiché non sarebbe ammissibile una successione degli eredi in un rapporto caratterizzato dall'elemento fiduciario. Tuttavia, l'orientamento prevalente esclude un'applicazione analogica dell'art. 1811, cod. civ. sull'assunto che l'elemento dell'*intuitus personae* è da valutarsi in relazione alla persona del comodatario e, pertanto, gli eredi del comodante sono tenuti a rispettare le pattuizioni assunte dal dante causa. Ne consegue che, nel caso in cui sia stato previsto un termine di durata del contratto, gli stessi possono determinare la cessazione del vincolo solo al ricorrere delle cause estintive previste dal cod. civ. (artt. 1804 III comma, 1809, II comma, 1811); nell'ipotesi, invece, di comodato precario, gli eredi subentrano nel diritto del comodante di richiedere *ad nutum* il bene. Al riguardo, si segnalano Cass. civ., 17 giugno 1980, n. 3834, Cass. civ., 6 ottobre 1998, n. 9909, Cass. civ., 3 novembre 2004, n. 21059.

¹³ Cfr. F. MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, vol. V, Milano, 1972, 116.

Eppure, occorre meglio soffermarsi sul concetto di “essenziale gratuità” poiché, come si vedrà, esso non esclude a priori che dal contratto di comodato possa derivare un vantaggio, anche di ordine patrimoniale, in capo al comodante.

Se infatti è vero che, il più delle volte, l’attribuzione gratuita è mossa da un intento liberale del disponente, ciò non porta ad escludere il contrario, ben potendo un negozio a titolo gratuito mirare a realizzare un interesse proprio del disponente, anziché un arricchimento disinteressato altrui, per puro spirito di benevolenza, che invece è causa tipica dei soli atti di liberalità¹⁴.

Si pensi, ad esempio, alla concessione in comodato di un terreno incolto o di un appartamento incustodito: in tali ipotesi il comodante può trarre dalla stipulazione del contratto una propria utilità e, più precisamente, quella di assicurarsi la coltivazione e la cura di un terreno, ovvero la manutenzione di un proprio immobile da parte di una persona di fiducia, pur senza snaturare la funzione tipica del contratto di comodato.

Pertanto, la circostanza che il comodante persegua un proprio vantaggio nell’effettuare l’attribuzione, laddove il vantaggio sia indiretto, mediato e tale da non sovrastare quello del comodatario, non vale ad escludere l’essenziale gratuità del contratto, difettando all’uopo il presupposto fondamentale della corrispettività delle prestazioni¹⁵.

Tuttavia, nelle ipotesi in cui, in un contratto di comodato di immobile siano previste delle pattuizioni accessorie, come il pagamento di un compenso modesto o degli oneri condominiali, occorre valutare se le stesse siano idonee a trasformare il contratto di comodato in un contratto oneroso e, quindi, in un contratto di locazione.

Sul punto si registra un orientamento giurisprudenziale costante secondo cui la causa del contratto di comodato non verrebbe snaturata dalla previsione di un beneficio, anche patrimoniale, per il comodante, purché lo stesso si mantenga nei limiti di un *modus* tale, dunque, da non assumere la natura di corrispettivo del godimento del bene. In altre parole, per non modificare la gratuità strutturale del comodato, è necessario che i vantaggi e i sacrifici che dal negozio derivano per entrambe le parti non siano inquadrabili in un rapporto sinallagmatico e, dunque, che le prestazioni accessorie poste a carico del comodatario rimangano confinate nell’ambito di mere prestazioni modali¹⁶.

¹⁴ Sulla distinzione tra i negozi gratuiti ed atti di liberalità, si rinvia ad A. TORRENTE, P. SCHLESINGER, *op. cit.*, 203, secondo cui la gratuità costituisce una categoria più ampia della liberalità poiché “*comprende tutti i casi di attribuzioni patrimoniali o di prestazioni a fronte delle quali non si ponga una specifica controprestazione da parte del destinatario, che però possono essere sorrette da un intento non liberale del disponente*”. Se quindi può affermarsi che tutti gli atti di liberalità sono gratuiti, non può sostenersi il contrario, ben potendo gli atti a titolo gratuito non presentare l’intento di compiere una liberalità. Sul punto si segnala il contributo di C. CARBONE, *Gratuità e liberalità: interferenze ed apparenti similitudini*, in *Riv. Not.*, 2009, fasc. 4, 1048 e ss.

¹⁵ Cfr. D.P. TRIOLO, *I singoli contratti*, Milano, 2015, 66 e G. TAMBURRINO, *op. cit.*, 998.

¹⁶ Il modo (od onere) è infatti una clausola accessoria apponibile ai solo negozi a titolo gratuito che limita gli effetti dell’attribuzione gratuita (senza costituire un corrispettivo) prevedendo, a carico del beneficiario, un obbligo di dare, di fare o di non fare. Sull’apponibilità del *modus* al contratto di comodato si vedano da ultimo Cass. civ., 18 marzo 2014, n. 6203. Cass. civ., 28 giugno 2005, n.13920, Cass. civ., 4 giugno 1997 n. 4976 con nota di B. STANCHI, *Comodato, comodato modale e locazione*, in *G. It.*, 1998, VI, 1128 e ss, cui si rinvia per una rassegna delle pronunce sul tema. In dottrina si segnalano A. MARINI, *Il modus come elemento accidentale del negozio gratuito*, Milano, 1976, 192 e G. MUSOLINO, *Il contratto di comodato e le conseguenze dell’apposizione di un onere a carico del comodatario*, in *Riv. Notar.*, 2002, 4, 1013.

Da qui la definizione di comodato modale, figura non tipicizzata dal Codice Civile, ma ritenuta comunque ammissibile nel nostro ordinamento giuridico pur se con le dovute cautele, specialmente per quanto attiene ai tratti distintivi con il contratto di locazione.

Ed invero, se in linea teorica è pacifico ritenere inammissibile il comodato oneroso ma consentita l'apposizione di un *modus*, in concreto può risultare non sempre agevole distinguere tra un onere e una vera e propria controprestazione, di talché si rende necessario individuare dei criteri di differenziazione per evitare che le pattuizioni accessorie siano in realtà tali da mascherare un contratto di locazione, cui la legge ricollega obblighi e spese maggiormente gravosi.

In ordine alla questione segnalata, la giurisprudenza ha individuato il principale tratto distintivo nell'entità del canone corrisposto dal comodatario¹⁷ e, in alcune pronunce, anche nella durata del rapporto¹⁸ e nell'intento comune delle parti¹⁹.

Così, ad esempio, se le parti convengono, a carico del comodatario, la corresponsione di un compenso per il godimento di un immobile, solo nell'ipotesi in cui la somma sia di entità modesta e in alcun modo proporzionata con l'utilizzo del bene, (tale dunque da escludere la dissimulazione di un sottostante contratto di locazione), potrà configurarsi un contratto di comodato modale²⁰.

Analogamente nel caso in cui il comodante subordini il godimento di un fabbricato a prestazioni di custodia o al pagamento delle utenze o delle spese occorrenti all'utilizzo del bene²¹.

In buona sostanza, giova ribadirlo, la previsione di pattuizioni accessorie a carico del comodatario saranno considerate contrastanti con lo schema causale del comodato (e quindi tali da integrare un contratto di locazione o un differente contratto a titolo oneroso) ogniquale volta si concretino in un corrispettivo, di qualsiasi forma e natura, legato da un vincolo sinallagmatico alla prestazione del comodante.

¹⁷ Così Cass. civ., 21 gennaio 1986, n. 392 e Cass. civ., 18 marzo 1983 n. 1935.

¹⁸ Così Cass. civ., 5 agosto 1959, n. 2469.

¹⁹ Così Cass. civ., 29 ottobre 1963 n. 2856. Trib. Bologna, 24 novembre 1993 n. 1977. Si veda anche App. Napoli, 20 dicembre 1996, con commento di B. STANCHI, *op cit.*, 1129 e ss. secondo cui il criterio dell'intenzione delle parti è il criterio più affidabile per risolvere il problema delle qualificazioni contrattuali. In particolar modo, si avrà una locazione nel caso in cui il godimento del bene "*sia conferito al solo fine esclusivo dello sfruttamento economico, da conseguirsi a cura ed a rischio del concessionario*". Diversamente, si configurerà un comodato qualora "*la concessione in godimento è attribuita al fine di venire incontro ad una contingente necessità altrui*".

²⁰ Così Cass. civ. 4 giugno 1997 n. 4976. Per una disamina più approfondita delle differenze tra il comodato e figure affini si segnala M. DE TILLA, *Sulla differenza tra locazione e comodato (nota a Cass. civ., sez. lav., 7 novembre 2000 n. 14472 in Riv. giur. Edil.* 2001, 3, 323, secondo cui, per stabilire la sussistenza di un rapporto di comodato o di locazione, la verifica del carattere oneroso o gratuito del contratto, deve essere condotta in relazione alla funzione economico sociale che lo stesso assolve, "*quella di rendere gratuitamente un beneficio ovvero di conseguirne l'equivalente*", fermo restando la necessaria comparazione tra i vantaggi e i sacrifici delle parti, "*così da poter giudicare se esse si trovino sullo stesso piano con carattere di equivalenza, oppure se tale equilibrio manchi*".

²¹ Così Cass. civ. 24 marzo 1981 n. 1693, Cass. civ., 25 settembre 1990 n. 9718. Si veda anche Cass. civ., 24 marzo 2003 n. 485 con nota di IMPERATO, *Il comodato gratuito con l'obbligo di pagare le tasse sul bene*, in *Rass. Loc.* 2003, 243, dove l'essenziale gratuità del comodato non è stata esclusa dall'onere, assunto dal figlio-comodatario, di provvedere al pagamento delle imposte dell'immobile concesso in comodato.

3. Obbligazioni del comodatario

Il contratto di comodato è definito ad efficacia obbligatoria poiché non trasferisce un diritto reale, ma attribuisce al comodatario un diritto personale di godimento del bene che si specifica nel diritto di servirsi della cosa per l'uso determinato dal contratto o dalla natura della cosa stessa, cui corrispondono specifici obblighi inerenti la conservazione, la custodia, l'utilizzo del bene (con la diligenza del buon padre di famiglia, art. 1804, I comma, cod. civ.), la corresponsione delle spese ordinarie e la restituzione della stessa *res* ricevuta.

In quanto diritto personale di godimento, è bene puntualizzare che esso non è opponibile al terzo acquirente della cosa comodata poiché, diversamente dai diritti reali, non attribuisce al comodatario il c.d. diritto di sequela, ossia il diritto di perseguire il bene presso qualunque soggetto si trovi²².

Ne consegue che, nell'ipotesi di alienazione di un bene immobile, il terzo acquirente non può subire alcun pregiudizio dall'esistenza di un precedente contratto di comodato, acquistando *ipso iure*, per effetto del trasferimento in suo favore, il diritto di ottenere la piena disponibilità del bene e, quindi, di far cessare il godimento da parte del comodatario²³.

Tuttavia, laddove a seguito dell'alienazione del bene il comodatario si trovi costretto a rilasciare l'immobile prima del termine convenuto, la giurisprudenza si è mostrata costante

²² I diritti reali, infatti, si caratterizzano tradizionalmente per l'immediatezza, intesa come la possibilità di esercitare il potere sulla cosa, senza la cooperazione di soggetti terzi, per l'assolutezza, ossia l'efficacia *erga omnes* del diritto, (cui consegue un dovere di astensione dei consociati per non impedire l'esercizio del diritto al suo titolare) e per l'inerenza, cioè l'opponibilità del diritto a chiunque possieda o vanti diritti sulla cosa e che attribuisce al titolare il c.d. diritto di sequela in quanto il diritto è collegato alla *res* e non alla persona del titolare. Diversamente, si parla di diritti personali di godimento per indicare una categoria di diritti (intermedia tra i diritti reali di godimento ed i diritti di credito) che, anziché attribuire una diretta potestà sul bene (come accade nei diritti reali), conferiscono al creditore un potere di godimento sul bene c.d. mediato poiché subordinato all'adempimento, da parte del debitore, dell'obbligo di concedere il godimento del bene. Trattasi, inoltre, di diritti relativi, in quanto esercitabili nei confronti del solo soggetto obbligato. Cfr. A. TORRENTE, P. SCHLESINGER, *op. cit.*, 362. Secondo la definizione fornita da U. NATOLI, *Il conflitto dei diritti e l'art. 1380 del codice civile*, Milano, 1950, 65 e ss. "il contenuto dei diritti personali di godimento si risolve in una facoltà di godimento condizionata alla preventiva realizzazione di una pretesa. Ciò significa che tale contenuto ha una struttura complessa, in cui si possono distinguere da una parte le caratteristiche essenziali del diritto di credito (pretesa), dall'altro, invece, quelle che sono proprie, in genere, dei diritti di godimento (facoltà di godimento) e, tra questi, dei diritti reali".

²³ Il principio è stato recentemente riconfermato da Cass. civ., 18 gennaio 2016, n. 664, secondo cui "l'acquirente a titolo particolare della cosa data in precedenza dal venditore in comodato non può risentire alcun pregiudizio dall'esistenza di tale comodato e ha, pertanto, il diritto di far cessare, in qualsiasi momento, a suo libito, il godimento del bene da parte del comodatario e di ottenere la piena disponibilità della cosa". La Suprema Corte, conformemente ad un indirizzo giurisprudenziale e dottrinale già consolidato (*ex multis* Cass. civ., 7 settembre 1966 n. 2343 Cass. civ., 13 settembre 1963, n. 2502, in dottrina, per tutti, G. GIAMPICCOLO, *op. cit.*, 26), ha escluso il richiamo all'art. 1599 cod. civ. (che, in determinate circostanze, rende opponibile al terzo acquirente il contratto di locazione stipulato dall'alienante in epoca anteriore al trasferimento), stante il carattere eccezionale della norma che non ne permette l'applicabilità a rapporti diversi dalla locazione. Laddove dunque il comodatario non provveda al rilascio dell'immobile, il terzo acquirente potrà richiedere il risarcimento del danno derivante dall'illegittima occupazione del bene ma, come precisano i Giudici di legittimità, solo dopo aver manifestato al comodatario la volontà di disporre pienamente del bene acquistato.

nel ritenere ammissibile un'eventuale richiesta di risarcimento nei confronti del comodante per i danni cagionati dall'anticipata restituzione del bene²⁴.

Un'azione risarcitoria nei confronti del comodante può essere altresì promossa nell'ipotesi di vizi della cosa tali da arrecare un danno a chi la utilizza e che siano noti al comodante e taciuti al comodatario (art. 1812 cod. civ.)²⁵.

Con riferimento alla ripartizione delle spese tra le parti contrattuali, il Codice Civile distingue tra spese per l'utilizzo della cosa e spese straordinarie, accollando unicamente le prime al comodatario come diretta conseguenza dell'obbligo di conservare la *res* ricevuta, salvo il naturale deterioramento dipendente esclusivamente dall'uso della cosa, per cui non è tenuto a risponderne²⁶.

La *ratio* di tale distribuzione è dunque rinvenibile nell'obbligo per il comodatario di preservare il bene e mantenerlo nell'originario stato di consistenza, mentre, per converso, il comodante sarà tenuto a corrispondere tutte quelle spese relative ad opere non preventivabili al momento della conclusione del contratto²⁷; tali spese straordinarie, se eventualmente sostenute dal comodatario in quanto necessarie ed urgenti per la conservazione del bene, dovranno essere rimborsate dal comodante, *ex art.* 1808, II comma, cod. civ..

Dal riferimento normativo di cui all'art. 1809, I comma, cod. civ., si evince che l'obbligazione principale facente capo al comodatario è quella di restituire il bene alla scadenza del termine convenuto o, in mancanza di un termine, quando se ne è servito in conformità del contratto.

Tuttavia, vi sono delle ipotesi in cui il comodante può esigere l'immediata restituzione del bene e che si giustificano in relazione al carattere gratuito del contratto di comodato: ed invero, sarebbe del tutto irragionevole supporre che chi effettua un'attribuzione a titolo gratuito non possa, al verificarsi di determinate circostanze, riappropriarsi del proprio bene.

Più nello specifico, il comodante può recedere immediatamente dal contratto di comodato nell'ipotesi di inadempimento degli obblighi di custodia, conservazione e utilizzo del bene secondo l'uso convenuto o la natura della cosa (art. 1804, III comma, cod. civ.), nel caso di un bisogno urgente e impreveduto (art. 1809, II comma, cod. civ.) e in tutti quei casi in cui un termine non sia stato convenuto ovvero non sia ricavabile, nemmeno implicitamente, dall'uso

²⁴ Per una rassegna sulle più significative pronunce giurisprudenziali sul tema si rimanda a B. AGOSTINELLI, *Comodato "vita natural durante" ed opponibilità del contratto ai terzi acquirenti del bene*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2008, 53, VI, 734 e ss..

²⁵ Trattandosi di un rapporto a titolo gratuito, in ipotesi di vizi della cosa non è possibile invocare l'art. 1492 cod. civ. che consente al compratore di agire per la risoluzione del contratto ovvero per la riduzione del prezzo. Al comodatario, dunque, non rimane che un'azione risarcitoria per i danni provocati dai vizi della cosa, sempre se questi erano conosciuti al comodante al momento della consegna o successivamente. Cfr. F. GAZZONI, *op. cit.*, 1123.

²⁶ Ai sensi dell'art. 1807 cod. civ., infatti, il comodatario non risponde del deterioramento della cosa dovuto dall'uso per cui è stata consegnata, sempre che egli sia senza colpa. Egli, peraltro, è responsabile del perimento della cosa se la stessa perisce per un caso fortuito che il comodatario poteva evitare sostituendo la cosa comodata con una propria ovvero se, potendo salvare una delle due, preferisce la propria, *ex art.* 1805 cod. civ..

²⁷ Così M. D'AURIA, *Concessione gratuita di bene inagibile e comodato: profili problematici*, in *Giur. it.*, 2014, 3, 556, cui si rimanda per un commento critico a Cass. civ., 24 luglio 2013 n. 17941 in relazione alla compatibilità, con il requisito dell'essenziale gratuità del comodato, delle spese sostenute per rendere agibile l'immobile.

cui la cosa è destinata, rientrandosi nella fattispecie del c.d. comodato precario (art. 1810 cod. civ.)²⁸.

Da ciò si evince che l'obbligo di restituzione si atteggia in maniera differente a seconda della possibilità di determinare la durata del contratto, in relazione alla quale, pertanto, si rende necessaria un'analisi maggiormente dettagliata.

4. Durata del comodato: comodato a termine implicito e comodato c.d. precario.

Il contratto di comodato è tendenzialmente inquadrato nei c.d. contratti di durata la cui esecuzione è destinata a protrarsi in un arco temporale più o meno lungo; peraltro, sarebbe proprio la durata del contratto a giustificare, da un lato, la previsione in capo al comodatario degli obblighi di cui sopra (in particolar modo la conservazione e la custodia della cosa) dall'altro, la distinzione tra il contratto di comodato e una mera prestazione di cortesia, in cui l'utilizzo della cosa "*tende a risolversi entro una trascurabile parentesi temporanea*"²⁹.

Se, dunque, il contratto in esame dà origine ad un rapporto di durata, la successiva indagine va necessariamente svolta con riferimento all'individuazione di un indice temporale o, come si vedrà, alla delimitazione dell'uso consentito della cosa, cui ancorare la restituzione della *res*³⁰.

Come anticipato il legislatore rimette all'autonomia contrattuale delle parti la facoltà di determinare la durata del comodato, ivi inclusa quella di non prevedere la fissazione di alcun termine finale del contratto.

Orbene, nell'ipotesi di un termine espressamente pattuito tra le parti, è pacifica l'applicazione dell'art. 1809 cod. civ.: il comodante non può richiedere il bene prima della scadenza convenuta, salva l'ipotesi, come già rilevato, di un sopravvenuto bisogno connotato dai caratteri di urgenza ed imprevedibilità.

²⁸ Per completezza si riportano di seguito le ulteriori ipotesi che legittimano la richiesta immediata di restituzione del bene e già specificate nel corso della trattazione: concessione in godimento del bene senza il consenso del comodante (art. 1804, II comma, cod. civ.), morte del comodatario, nel qual caso il diritto alla restituzione può essere esercitato dal comodante nei confronti degli eredi del comodatario (art. 1811 cod. civ.), alienazione del bene, per inapplicabilità, al comodato, del principio *emptio non tollit locatum*.

²⁹ Così C. BRUNI, *L'indeterminatezza temporale che rende il comodato un "precario"* (nota a sent. Cass. Sez. Un., 9 febbraio 2011, n. 3168), in *Obbl. e Contr.*, 2012, vol. 8, fasc. 7, 518 che riprende il pensiero di P. MONTELEONE, *Comodato immobiliare, clausola di restituzione in caso di necessità e atipicità del contratto, commento a Cass. civ., 12 marzo 2008, n. 6678*, in *Obbl. e Contr.*, 2009, 5, 3, 232, per il quale la durata del rapporto deve considerarsi elemento costitutivo del contratto in esame a cui "*sono collegati effetti giuridici di rilievo, tra i quali in primo luogo l'esercizio del potere di recesso, e ancora il regime delle sopravvenienze [...] cosicché, nell'ipotesi di un'esecuzione uno actu, deve escludersi la configurazione del comodato (nella maggioranza dei casi ci si troverà di fronte ad una prestazione di cortesia: si pensi alla concessione in uso per qualche minuto di un telefono cellulare)*". Il requisito della durata sarebbe in tal senso necessario per distinguere un contratto di comodato ed un atto di cortesia, cui l'ordinamento non attribuisce rilevanza giuridica. Nello stesso senso, GALASSO, *Il comodato*, Milano, 2004, 27 e ss.

³⁰ Al riguardo Cass. civ., 8 marzo 1995, n. 2719 con nota di M. DE TILLA, op. cit., 1774 secondo cui "l'estremo della temporaneità dell'uso, che caratterizza il contratto di comodato, viene dal legislatore considerato (art. 1803 c.c.) sotto il duplice aspetto della fissazione di un termine contrattuale o della delimitazione dell'uso in vista della quale la res è stata comodata, con la conseguenza che, raggiunta la data di scadenza od esaurito il godimento concesso, l'obbligazione di restituzione al comodante diviene naturale conseguenza della scadenza del contratto".

Al riguardo, si specifica che il bisogno deve essere imprevisto, ossia sopravvenuto rispetto al momento della stipula del contratto di comodato e che può derivare non solo dalla necessità del comodante di utilizzare direttamente il bene, ma anche dall'improvviso deterioramento della propria condizione economica (che, ad esempio, giustifichi la restituzione del bene ai fini della vendita o della locazione del bene) fermo restando la necessità, specialmente nelle ipotesi di comodati di immobili adibiti ad abitazione familiare, di bilanciare le opposte esigenze delle parti contrattuali³¹.

In mancanza di un accordo tra le parti sulla durata del contratto possono determinarsi due differenti ipotesi.

Nella prima, il termine, pur se non espressamente convenuto tra le parti, può ricavarsi dall'uso cui la cosa è destinata (c.d. termine implicito) e dal quale è possibile stabilire la scadenza contrattuale: in tal caso, troverà ugualmente applicazione l'art. 1809, cod. civ. ed il comodatario sarà tenuto a restituire il bene solo quando ne sarà servito in conformità dell'uso impresso al bene (sempre fatto salvo il bisogno urgente del comodante).

Nella seconda, invece, il termine non solo non è individuato, ma non è neppure indirettamente determinabile dall'utilizzo consentito della cosa: in tale circostanza l'art. 1810 cod. civ. prevede la restituzione immediata del bene³² a semplice richiesta del comodante (c.d. *ad nutum*) e la provvisorietà della condizione in cui viene a trovarsi il comodatario fa sì che questa forma di comodato sia definita precaria.

Da quanto esposto, emerge con chiarezza che non tutti i contratti di comodato in cui le parti non abbiano individuato una durata debbano necessariamente essere definiti come precari, essendo tale qualifica attribuibile solo a quei contratti dai quali non risulti che la consegna del bene sia finalizzata al suo utilizzo per un determinato uso³³.

³¹ Così, da ultimo, Cass. Civ. 3 dicembre 2015 n. 24618 e, nello stesso senso, Cass., sez. un., sent. 29 settembre 2014 n. 20448 che, in relazione agli immobili destinati ad abitazione familiare, evidenziano “*la necessità che il giudice eserciti con massima attenzione il controllo di proporzionalità e adeguatezza nel comparare particolari esigenze di tutela della prole e il contrapposto bisogno del comodante*”. Si veda anche Cass. civ., ordinanza 3 settembre 2013 n. 20183 secondo la quale deve aversi riguardo alla necessità del comodante di soddisfare delle improrogabili esigenze personali, e non a quella di procurarsi un utile, tramite un impiego differente del bene, specialmente nelle ipotesi in cui il comodatario, in considerazione della lunga durata del godimento del bene comodato, abbia sostenuto ingenti spese per la sua manutenzione. Tra le pronunce di merito si segnalano App. Napoli, 26 agosto 2015, n. 3526 e Trib. Bari, sez. dist. di Modugno, 29 gennaio 2008 n. 6, secondo cui, in virtù di un sopravvenuto, urgente ed impreveduto bisogno del comodante, “*il giudicante, nel pronunciarsi per il rilascio, deve considerare le specifiche necessità del comodatario e le ragioni per cui il rapporto è sorto tra le parti*”. Nel caso di specie, a fronte della richiesta immediata dell'immobile avanzata dai ricorrenti in considerazione delle proprie difficoltà economiche e dei pignoramenti subiti, il giudice, ravvisando la necessità di contemperare le esigenze dei comodanti con quelle abitative del nucleo familiare della convenuta (in particolar modo per quanto attiene alla ricerca di una nuova sistemazione abitativa), ha previsto una congrua dilazione per il rilascio dell'immobile.

³² In giurisprudenza è pacifico che la previsione di cui all'art. 1810 cod. civ. costituisca un'ipotesi specifica della regola generale prevista dall'art. 1183 cod. civ. e secondo cui, se non è determinato il tempo in cui la prestazione deve essere eseguita, il creditore può esigerla immediatamente. Pertanto, in mancanza di un accordo delle parti, il Giudice, in applicazione della suddetta norma, può stabilire un termine per la restituzione della *res* comodata, specialmente nelle ipotesi in cui il comodatario di un immobile ad uso abitativo necessiti di una congrua dilazione per reperire un altro alloggio. Al riguardo, si veda Cass. civ., 17 ottobre 2001, n. 12655, Cass. civ., 19 agosto 1988, n. 4291.

³³ Cfr. R. FERORELLI, *Sulla durata del rapporto di godimento derivante da un contratto di comodato. Comodato “vita natural durante” e “comodato atipico”*, in *Giur. it.*, fasc. 11, 2008, 2459.

Ciò implica che (in mancanza di un accordo espresso delle parti sulla durata del comodato), l'elemento determinante per l'applicazione dell'una o dell'altra disciplina è dato dalla possibilità di desumere dall'uso specifico cui il bene è destinato (o da altri indici, come, ad esempio, dalla professione del comodatario, ovvero dalle specifiche utilità perseguite dai contraenti) una durata implicita del comodato, tale da escludere la facoltà, per il comodante, di richiedere la restituzione *ad nutum* dell'immobile.

Non è dunque un caso che il concetto di termine implicito sia stato oggetto di numerose pronunce giurisprudenziali, non solo a causa della difficoltà, in concreto, di individuare la sottile linea di confine che separa le due ipotesi, ma altresì per arginare il rischio (senza dubbio vantaggioso per il comodatario, ancor più nell'ipotesi di comodato di immobile) di veder trasformata la gran parte dei contratti di comodato *sine die* in contratti con termine implicito.

Il criterio avallato dalla giurisprudenza per desumere implicitamente la durata del contratto dalla destinazione d'uso del bene è che tale destinazione sia specifica (sostanziosamente, parimenti, in uso indeterminato e continuativo del bene idoneo a individuare un termine finale) e che abbia in sé connaturata una durata predeterminata nel tempo, cosicché un termine, pur se non espresso, possa ugualmente essere individuato³⁴.

D'altronde, il più delle volte, nel concedere il bene, il comodante conosce l'utilizzo che il comodatario intende farne; ma ciò non basta per ritenere apposto un termine al contratto, essendo dunque necessario che lo stesso sia prevedibile nel suo verificarsi come *"nel caso di comodato di un immobile destinato ad ammassare prodotti agricoli all'epoca del raccolto: in una simile ipotesi è innegabile che, terminata l'epoca del raccolto, il comodato cessa"*³⁵.

Sulla base di queste considerazioni, la giurisprudenza di legittimità ha escluso l'apposizione di un termine implicito nell'ipotesi di comodato di immobile destinato all'esercizio di attività commerciale in considerazione della durata indeterminabile della stessa che non rende, neanche indirettamente, individuabile un termine finale del contratto.

In altre parole, poiché l'attività di tipo commerciale non rientra tra quelle soggette ad un termine di durata (a differenza, ad esempio, delle occupazioni stagionali), non è possibile ritenere il comodato soggetto ad un termine implicito *"derivante dall'uso"* poiché, altrimenti, si rischierebbe di rimetterebbe all'esclusiva volontà del comodatario la cessazione del godimento e, in definitiva, di espropriare il comodante del proprio bene³⁶.

³⁴ In tal senso Cass., Sez. Un., 9 febbraio 2011 n. 3168. Nel caso di specie, i giudici di legittimità hanno ritenuto che la destinazione d'uso impressa ad un immobile concesso in comodato allo scopo di installare una cabina di trasformazione per l'esercizio di alcune linee elettriche non consentisse di dedurre una scadenza determinata del contratto, confermando pertanto la sentenza di appello in relazione alla natura precaria del comodato *de quo*.

³⁵ Cass. Civ. 18 novembre 2014 n. 24468.

³⁶ Sulla base di queste motivazioni, la Cass. Civ., 18 novembre 2014 n. 24468, ha accolto la domanda di restituzione di un marito nei confronti della *ex* coniuge relativa ad un immobile, concesso a suo tempo in comodato dal ricorrente per lo svolgimento dell'attività di estetista. Più nello specifico, secondo i giudici di legittimità, la Corte d'Appello, nel pronunciarsi in senso contrario alla restituzione del bene, *"ha confuso il termine del comodato col termine dell'attività che si svolge nell'immobile dato in comodato, ritenendo che il fatto stesso che nell'immobile si svolga un'attività commerciale àncora la durata del comodato alla cessazione di quell'attività. Tale conclusione [...] condurrebbe a conclusioni aberranti, ed in particolare a) il comodato di immobili destinato ad attività che vi si svolgono sine die, sarebbe pur esso sine die; b) poiché la destinazione d'uso dipende dalla volontà del comodatario, e poiché non può concepirsi che un immobile non abbia una*

Tuttavia, le questioni maggiormente controverse sono riferibili alla durata del comodato di immobile destinato ad uso abitativo e in relazione al quale si ravvisa una maggiore necessità di temperare adeguatamente gli interessi di entrambe le parti contrattuali: da un lato, l'interesse del comodante a non subire una limitazione eccessiva dell'utilizzo del proprio bene, dall'altro, quello del comodatario a non patire, in maniera impreveduta, le conseguenze derivanti dalla richiesta dell'immobile dove, il più delle volte, si trovi a fissare la propria dimora³⁷.

Sul punto, la giurisprudenza ritiene che in mancanza di una espressa pattuizione sulla durata, la circostanza che un immobile sia concesso in comodato per soddisfare le esigenze abitative del comodatario non deve condurre a ritenere automaticamente apposto allo stesso un termine finale che, conformemente al principio pocanzi esposto, non può essere desunto dal generico uso abitativo dell'immobile.

Eppure, la realtà applicativa ha portato ad individuare delle peculiari ipotesi in cui, un'indagine particolarmente dettagliata sull'uso del bene e la necessità di soddisfare interessi del comodatario particolarmente meritevoli di tutela, hanno permesso di ricondurre alcune fattispecie di comodato di immobile ad uno abitativo nell'ambito della disciplina di cui all'1809 cod. civ.³⁸, come nell'ipotesi di destinazione a casa familiare dell'immobile.

4.1 Ipotesi applicative: comodato di immobile destinato a soddisfare esigenze abitative familiari

Un frequente utilizzo del contratto di comodato di immobile si rinviene nell'ambito dei rapporti familiari, dove genitori e parenti ricorrono spesso a tale soluzione per garantire una sistemazione abitativa alla prole, in particolar modo laddove figli e nipoti siano in procinto di contrarre matrimonio.

Trattasi di una tipica applicazione in concreto dell'art. 1803 cod. civ.: un genitore o un terzo (comodante), spinto da sentimenti di affetto nei confronti del proprio figlio (comodatario), decide di concedere a lui, ed eventualmente alla sua costituenda famiglia, il godimento di un immobile da adibire a casa familiare (oggetto), senza pretendere in cambio nessun corrispettivo (causa del contratto), per un periodo di tempo definito (comodato a termine espresso), ovvero senza determinarne la durata: comodato precario o comodato a termine implicito, in quanto desumibile dalla destinazione "a casa familiare" dell'immobile?

E' ancora una volta questo il nodo problematico e di certo non trascurabile poiché, come rilevato, la scelta tra le due alternative determina notevoli ricadute in termini di restituzione dell'immobile.

Sulla qualificazione giuridica del comodato di immobile destinato a soddisfare esigenze abitative di un nucleo familiare si sono succeduti nel tempo due opposti indirizzi interpretativi.

destinazione d'uso (sia pure solo di svago), a seguire il ragionamento della Corte d'appello la durata di ogni comodato finirebbe per essere rimessa alla mera volontà del comodatario".

³⁷ Così C. BRUNI, *op. cit.*, 519.

³⁸ Cfr. N. CIPRIANI, *Il comodato "senza determinazione di tempo": un tertium genus?*, in *Rass. Dir. Civ.*, 2008, vol. 29, fasc. 4, 1161.

Il primo c.d. familiarista, secondo cui la specifica destinazione dell'immobile a "casa familiare" consente di ritenere implicitamente apposto al contratto un termine pari alla sussistenza delle esigenze familiari, con conseguente applicazione dell'art. 1809 cod. civ.³⁹.

Un altro, in senso opposto, secondo cui la circostanza che l'immobile sia stato concesso ad uso familiare non è idonea a far sorgere un termine finale del contratto: il comodato, pertanto, dovrebbe qualificarsi come precario, con la possibilità per il comodante di richiedere in ogni momento la restituzione del bene⁴⁰.

L'orientamento giurisprudenziale ad oggi prevalente e di recente confermato dalle Sez. Un., 29 settembre 2014 n. 20448 è quello ispirato alla salvaguardia della solidarietà familiare e secondo cui l'uso espressamente pattuito come casa familiare, in quanto incompatibile con un godimento del bene provvisorio ed incerto, vale di per sé a determinare un termine implicito di durata, cosicché il comodatario è tenuto alla restituzione dell'immobile solo dopo che se ne sia servito in conformità del contratto; nella fattispecie in commento, infatti, il contratto nasce con un preciso scopo che permette di determinarne, *per relationem*, il termine finale (e a prescindere dall'insorgenza di una eventuale crisi coniugale) e fa sì che il diritto personale di godimento del comodatario si estenda per tutto il tempo in cui si protraggono le esigenze familiari⁴¹.

Da ciò tuttavia è errato desumere che ogni volta in cui un immobile venga concesso ad uso abitativo, la durata del contratto debba essere automaticamente ancorata alle esigenze della famiglia del comodatario.

Un termine implicito in tal senso può desumersi unicamente da "*una scrupolosa verifica delle intenzioni delle parti che tenga conto delle loro condizioni personali e sociali, della natura dei loro rapporti, degli interessi perseguiti*" e dalla quale deve emergere la volontà del comodante, specie laddove sia un terzo e non il genitore del beneficiario, di assoggettare il bene a un vincolo d'uso così gravoso, fermo restando che il relativo onere probatorio grava sul comodatario che si opponga alla richiesta di rilascio⁴².

Se dunque la destinazione a casa familiare impressa al bene consente di determinare una durata del contratto pari a quella delle esigenze familiari, vi è da chiedersi quale sia la sorte dell'immobile nell'ipotesi di un successivo giudizio di separazione dei coniugi in cui la casa

³⁹ Tra tutte Cass. , Sez. Un., 21 luglio 2004, n. 13603. Per una rassegna delle pronunce conformi si rinvia alla nota 10.

⁴⁰ Cass. civ. 7 luglio 2010 n. 15986. Nello stesso senso, l'ordinanza interlocutoria del 17 giugno 2013 n. 15113 con cui viene nuovamente rimessa alle Sezioni Unite la questione relativa alla qualificazione del comodato avente ad oggetto un immobile destinato a casa familiare, specialmente nell'ipotesi di separazione dei coniugi. Con la successiva pronuncia del 29 settembre 2014 n. 20448, le Sezioni Unite confermano l'indirizzo già espresso nel 2004 (ritenendo, dunque, di dover qualificare la fattispecie come comodato a termine implicito desumibile dalla particolare destinazione ad abitazione familiare del bene), pur precisandone meglio la portata in relazione alle modalità con cui insorge il vincolo di destinazione e al momento di cessazione dello stesso.

⁴¹ Da ciò consegue che una volta cessata la convivenza ed in mancanza di un provvedimento giudiziale di assegnazione del bene, questo deve essere restituito al comodante, essendo venuto meno lo scopo cui il contratto era finalizzato. Così Cass. civ., 14 febbraio 2012, n. 2103.

⁴² L'assolvimento di tale onere probatorio potrebbe essere particolarmente gravoso nell'ipotesi in cui la concessione dell'immobile sia avvenuta a favore di un comodatario né coniugato, né prossimo alle nozze. In tal caso, sarà necessario provare "*che dopo l'insorgere della nuova situazione familiare il comodato sia stato confermato e mantenuto per soddisfare gli accresciuti bisogni connessi all'uso familiare e non solo personale*" Così Cass. civ., Sez. Un., 29 settembre 2014 n. 20448.

coniugale venga affidata al coniuge affidatario dei figli che, nella maggior parte dei casi è la *ex* moglie del comodatario.

In tal caso, infatti, è lecito interrogarsi sul permanere delle esigenze familiari e, dunque, della specifica destinazione d'uso impressa all'immobile.

Anche qui, le Sez. Un., 29 settembre 2014 n. 20448 hanno confermato i principi già espressi dall'orientamento c.d. familiarista ispirati alla tutela della prole e della conservazione dell'ambiente domestico e secondo cui il vincolo di destinazione del bene è tale da non potersi considerare automaticamente estinto per il sopravvenire di una crisi coniugale.

In particolar modo, il provvedimento di assegnazione della casa familiare in favore del coniuge affidatario dei figli (laddove il coniuge assegnatario non fosse, *ab origine*, parte del contratto) va a determinare la concentrazione, in capo allo stesso, del godimento dell'immobile: da ciò consegue che la natura ed il contenuto del diritto di godimento e, quindi, l'utilizzo dell'immobile, continua a soggiacere alla stessa disciplina del comodato che regolava la concessione iniziale del bene. E se la volontà delle parti era quella di imprimere al comodato un vincolo di destinazione alle esigenze familiari “*e perciò, non solo e non tanto a titolo personale del comodatario*⁴³”, la durata del contratto è ancorata al venir meno delle stesse che, in tal caso, in favore di superiori esigenze di tutela della prole, si concretano nella necessità di conferire stabilità ai figli coinvolti nella crisi matrimoniale.

Ne consegue che il comodante è tenuto a consentire la continuazione del godimento dell'immobile anche nei confronti del coniuge assegnatario e affidatario della prole, fino a quando l'ultimo dei figli non abbia raggiunto una propria autosufficienza economica⁴⁴.

In buona sostanza, la tutela dei valori costituzionali della famiglia e dei figli viene considerata come prevalente rispetto alla tutela del diritto di proprietà del comodante che, seppur parimenti garantito, si comprime in favore di superiori esigenze di tutela della prole⁴⁵; si comprime, ma senza che ciò determinare uno squilibrio della posizione contrattuale del comodante il quale, in forza dell'art. 1809, II comma, cod. civ., potrà sempre agire per la restituzione del bene nel caso di un sopravvenuto ed urgente bisogno.

In conclusione, può dunque affermarsi che il comodato di casa familiare è ritenuto estraneo allo schema legale del precario ed è ricondotto, invece, nell'ambito del comodato tipico, disciplinato dall'art. 1809 cod. civ., di talché il comodante che, al sorgere del contratto, abbia manifestato la volontà di imprimere siffatta destinazione specifica al bene, sarà tenuto a

⁴³ Così Cass. civ., 2 ottobre 2012. n. 16796.

⁴⁴ Al riguardo, le Sez. Un., 29 settembre 2014 n. 20448 richiamano i principi espressi da Cass. civ., 20 agosto 2014 n. 18076 in relazione ai limiti dell'obbligo di mantenimento del figlio maggiorenne, precisando che siffatto obbligo non debba protrarsi oltre ragionevoli limiti di tempo e di misura, anche in forza dei doveri di autoresponsabilità che su di lui incombono.

⁴⁵ Sul punto, tuttavia, non mancano opinioni contrarie. In particolar modo, L. PELLEGRINI, *Comodato di immobile ad uso di casa familiare (nota a Cass. civ., sez. un., 29 settembre 2014 n. 20448)* in *Nuova giur. civ. comm.*, vol. 31, fasc. 2, 2015, 133 condivide le criticità evidenziate dall'ordinanza di rimessione alle Sezioni Unite del 17 giugno 2013 n. 15113, evidenziando che “*mentre la compressione del diritto reale del coniuge proprietario trova il suo fondamento costituzionale nella tutela della famiglia e dei figli e nella funzionalizzazione della proprietà a salvaguardia della solidarietà coniugale e postconiugale, tale tutela non può essere invocata nei confronti di un terzo estraneo quale è il comodante*” fatta salva l'ipotesi in cui il comodante sia il genitore di uno dei coniugi, in cui ci si potrebbe eccezionalmente appellare all'art. 316 bis, cod. civ. (concorso degli ascendenti affinché i genitori possano adempiere i loro doveri nei confronti dei figli).

consentire la continuazione del godimento dell'immobile per l'uso previsto nel contratto, indipendentemente dall'insorgere di una crisi coniugale.

4.2 Comodato immobiliare c.d. vita natural durante

Il contratto di comodato, specialmente se avente ad oggetto un immobile da destinare ad abitazione, coinvolge interessi che il più delle volte esulano da considerazioni di carattere prettamente economico e che coinvolgono, piuttosto, sentimenti di solidarietà, amicizia e cortesia. Tuttavia, in particolari ipotesi, vi è da chiedersi se tali sentimenti possano giustificare un sacrificio eccessivo per il comodante (in termini di compressione del diritto di utilizzo del proprio bene) o comunque sproporzionato rispetto ai vantaggi derivanti al comodatario dal godimento del bene.

Ci si riferisce, in particolar modo, all'ipotesi di concessione gratuita di un immobile per tutta la vita del comodatario, c.d. comodato vita natural durante, in relazione al quale si pongono i seguenti interrogativi:

- a) se si possa ritenere compatibile con lo schema causale del contratto di comodato il godimento di un immobile destinato a protrarsi finché viva il beneficiario;
- b) laddove ammissibile, se il comodato *de quo* debba considerarsi senza determinazione di durata, e quindi, precario, ovvero a termine, seppur implicito.

In relazione al primo profilo si è evidenziato che una concessione perpetua del godimento contrasterebbe con il carattere di gratuità del comodato, dovendosi piuttosto rinvenire in tale ipotesi la donazione di un diritto reale di abitazione in favore del comodatario⁴⁶.

Occorre innanzitutto rilevare che l'autonomia contrattuale riconosciuta alle parti, in mancanza di una norma che individui un limite assoluto alla durata del comodato, permette alle stesse di concedere il godimento di un bene anche per una durata pari alla vita del beneficiario.

Quanto alla eventuale configurabilità di una donazione del diritto di abitazione, l'indagine deve necessariamente essere svolta in relazione alla sussistenza o meno, in capo al comodante, dell'*animus donandi* poiché, come già evidenziato, il comodato, in quanto atto gratuito, non nasconde necessariamente un atto di liberalità e né tantomeno una lunga durata del comodato può costituirne un indice⁴⁷.

Dunque, se in capo al comodante, non è possibile rinvenire l'intento benefico che caratterizza gli atti di liberalità, il contratto con il quale si convenga la concessione gratuita di un'abitazione per lungo tempo o per tutta la vita del beneficiario non può essere qualificato in termini di donazione.

⁴⁶ In dottrina, si veda in particolar modo M. FRAGALI, *op. cit.*, 316 e ss. secondo cui un negozio a titolo gratuito, quale appunto il comodato, può assurgere a donazione indiretta ogni qual volta si registri l'arricchimento di chi riceve l'attribuzione, come, ad esempio, nell'ipotesi di comodato immobiliare di lunga durata (l'Autore propende in particolare per la tesi della donazione del corrispettivo del godimento della cosa); nell'ipotesi specifica di comodato pari alla durata della vita del beneficiario, lo stesso sostiene la configurazione di un diritto d'abitazione. Sui criteri distintivi tra il comodato immobiliare vita natural durante e la donazione del diritto di abitazione si segnala C. CARBONE, *op. cit.*, 1048 e ss..

⁴⁷ In tal senso A. NATALE, *I contratti*, 1999, 253, che non manca di evidenziare come anche un contratto di comodato di breve durata potrebbe comportare un notevole vantaggio in capo al comodatario.

Peraltro, come noto, molto spesso dal contratto deriva un interesse anche per il comodante e ricollegato, ad esempio, all'esigenza di custodire il bene e di mantenerlo in un buono stato di manutenzione.

Ed allora, mal si comprende la ragione per cui alle parti dovrebbe essere negata la possibilità di stipulare un contratto immobiliare vita natural durante del comodatario nel momento in cui, tra le stesse, sussistano rapporti tali da giustificare un siffatto tipo di contratto e i cui interessi reciproci (quindi anche quelli del comodante) possano in tal modo essere soddisfatti⁴⁸.

Sul punto, anche la giurisprudenza di legittimità ha ritenuto configurabile *il comodato di una casa per consentire al comodatario di alloggiarvi per tutta la vita, senza che perciò debba ravvisarsi un contratto costitutivo di abitazione, tale da richiedere la forma scritta ad substantiam*⁴⁹.

In relazione alla qualificazione della fattispecie in esame, in termini di comodato precario o a termine implicito, è stato evidenziato che la morte del comodatario, pur costituendo un evento incerto sul quando, rappresenta un evento certo nel suo verificarsi (termine *certus an, incertus quando*). Da ciò consegue che la disciplina applicabile in tal caso sarà quella di cui all'art. 1809 cod. civ., non potendosi definire il comodato vita natural durante come precario proprio perché una durata del contratto c'è e per volontà delle parti risulta ancorata a tutto l'arco della vita del beneficiario⁵⁰.

Lo stesso non può affermarsi con riferimento all'ipotesi in cui, nel contratto, vengano inserite delle clausole sulla durata del comodato, prevedendone la scadenza *“quando il comodatario non abbia reperito un altro alloggio”*, ovvero *“al conseguimento di migliori condizioni economiche”*⁵¹.

⁴⁸ Così F. FORTINGUERRA, *Rapporti tra comodato per un uso determinato e comodato “vita natural durante”*, (nota a App Lecce, 26 febbraio 2002 n. 104), in *Giur. It.*, 2004, fasc. V, 996, che puntualizza la necessità di accertare, caso per caso, se la comune intenzione delle parti, valutata anche in funzione del rapporto esistente tra le stesse, sia quella di assicurare una sistemazione definitiva al comodatario.

⁴⁹ Cass. civ., 6 ottobre 1998, n. 9909, Cass. civ., 3 aprile 2008, n. 8548, Cass. civ., 18 marzo 2014, 6203.

⁵⁰ Così Cass. civ., 18 marzo 2014, secondo cui *“con l’inserimento di un elemento accidentale per l’individuazione della precisa durata (nella specie, la massima possibile, ossia per tutta la vita del beneficiario), il comodante ha limitato la possibilità di recuperare, quando voglia, la disponibilità materiale dell’immobile, rafforzando, al contempo, la posizione del comodatario, a cui viene garantito il godimento per tutto il tempo individuato”*. Nello stesso senso Cass. civ., 3 aprile 2008, n. 8548 secondo cui, stante la natura obbligatoria del rapporto, laddove in pendenza dello stesso si sia verificata la morte del comodante, i suoi eredi sono tenuti a rispettare il termine di durata contratto, potendo chiedere la restituzione dell’immobile solo nelle ipotesi di cui agli artt. 1804, terzo comma, 1809 e 1811 cod. civ..

⁵¹ Nell’ipotesi, invece, in cui le parti inseriscano nel contratto una clausola che prevede la restituzione immediata dell’immobile *“nel caso che il comodante abbia necessità del bene”*, la giurisprudenza (Cass. civ., 12 marzo 2008, n. 6678) ha ravvisato un *tertium genus* di comodato, non riconducibile né al modello legale del comodato a termine, né a quello del comodato senza determinazione di durata. In particolar modo, il comodato non sarebbe a termine perché l’evento cui è subordinata la restituzione è da considerarsi incerto nel suo verificarsi, ma non potrebbe neanche definirsi precario, dal momento che il comodante non può recedere *ad nutum* dal contratto ma deve, invece, dimostrare, soprattutto in caso di contestazione, la presenza di una necessità che sia incompatibile con il protrarsi del godimento del comodatario e che può sostanziarsi in differenti ipotesi, con il solo limite che deve trattarsi di un bisogno di riavere la disponibilità del bene per goderne in uno dei modi consentiti dalla legge (non sarebbe pertanto legittimo un riacquisto del bene per il non esercizio delle facoltà di godimento). Sul punto, tuttavia, si registrano in dottrina opinioni contrarie alla pronuncia in commento. Si veda, in particolar modo, M. MIGLIARDI, *Il tertium genus di comodato elaborato dalla S.C. Considerazioni sull’atipicità della clausola di necessità*, in *Notariato*, 2008, n. 5, 495 e P. MONTELEONE, *op. cit.*, 235.

Ed invero, in tal caso, l'uso verrebbe concesso sino al verificarsi di un evento che, a differenza della morte del comodatario, è incerto proprio nell'*an*, ossia nel suo avverarsi, il che renderebbe la durata del comodato indefinita, in netto contrasto con il carattere temporaneo che caratterizza l'istituto.

In altre parole, dato che l'evento al cui verificarsi è subordinata la durata del comodato, ben potrebbe in concreto mai determinarsi, il contratto assumerebbe una durata di fatto pari alla vita del comodatario e, per quanto su esposto, in mancanza di una volontà manifesta del comodante in tal senso, ciò non può ritenersi ammissibile.

Tali fattispecie rimangono dunque disciplinate dall'art. 1810 cod. civ., con tutte le conseguenze in termini di richiesta di restituzione *ad nutum* da parte del comodante.

In conclusione può, dunque, sostenersi che, in mancanza di una espressa pattuizione sulla durata, la circostanza che un immobile sia concesso in comodato per soddisfare le esigenze abitative del comodatario non deve condurre a ritenere automaticamente apposto allo stesso un termine finale che, giova ribadirlo, non può essere desunto dal generico uso abitativo dell'immobile; ciò potrà invece affermarsi in relazione a tutti quei casi in cui il comodante abbia espressamente inteso di concedere un beneficio vitalizio o abbia subordinato la restituzione al verificarsi di elementi certi e oggettivi che permettano, *ab initio*, di individuare la durata del contratto.

5. Comodato scritto e comodato verbale: perché preferire la forma scritta

Il codice civile, in relazione alla figura del comodato, non prescrive nessun vincolo di forma né sostanziale, né probatoria: da qui, la possibilità di stipulare un contratto sia per iscritto (sotto forma di atto pubblico, scrittura privata autentica o non autenticata) sia in forma verbale (in virtù di un semplice accordo tra le parti) e di provarlo per mezzo di testimoni e per presunzioni, anche quando abbia ad oggetto il godimento di un bene immobile di durata ultranovennale⁵².

⁵² Ed invero, l'art. 1350 cod. civ., nell'individuare gli atti che debbono necessariamente farsi per iscritto a pena di nullità, menziona, tra gli altri, i contratti di locazione di beni immobili aventi una durata superiore a nove anni ed i contratti di società e di associazione con i quali si conferisce il godimento di beni immobili o di altri diritti reali immobiliari per un tempo eccedente i nove anni o per un tempo indeterminato, escludendo dunque il contratto di comodato. Sul punto, tuttavia, è stato evidenziato che *“la specifica indicazione nell'art. 1350 cod. civ. di determinati tipi di contratto soggetti all'obbligo di forma scritta non esclude, di per sé, che la norma si applichi ai contratti misti e atipici, e ad altri tipi di contratti, o atti negoziali, aventi il medesimo oggetto, ossia il trasferimento, la costituzione, la modifica o la rinuncia di diritti reali immobiliari o la concessione ultranovennale (o a tempo indeterminato) di diritti personali di godimento”*. Così M. SALA, *La forma del comodato immobiliare*, in *Contratti*, 2000, fasc. 12, 2 cui si rinvia per un'attenta analisi dei motivi a sostegno della necessità di adottare la forma scritta anche per il contratto di comodato immobiliare che, come rileva l'Autore, è l'unico contratto tipico che si sottrae alla regola della forma scritta in relazione alla natura degli effetti giuridici che può produrre, ossia la concessione del diritto personale di godimento di un immobile per una durata superiore ai nove anni o indeterminata. Nello stesso senso P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Qualificazione giuridica e forma richiesta nel comodato a vita di un bene immobile (nota a Cass. 6 ottobre 1998, n. 9909) in Corr. Giur.*, 1999, 332, secondo il quale è indubbio che *“un identico regime formale per negozi aventi il medesimo principale effetto giuridico, attributivo di un diritto (personale) di godimento ultranovennale, condurrebbe ad una maggiore razionalità il sistema”*.

Tuttavia, pur in assenza di disposizioni normative in tal senso, dal punto di vista pratico non può sottacersi una valutazione in merito all'opportunità di preferire la forma scritta, specialmente nelle ipotesi di comodato avente ad oggetto un bene immobile.

Innanzitutto, con riguardo ai contratti di comodato conclusi in ambito familiare, la forma scritta si rende opportuna in quanto permette di consacrare in un atto scritto la volontà delle parti di imprimere all'immobile la specifica destinazione a casa familiare e da cui discendono tutte le conseguenze, già esaminate, in termini di individuazione di un termine cui ancorare la restituzione del bene⁵³.

In secondo luogo, pur se il contratto concluso verbalmente acquista efficacia, la forma scritta rileva perché permette di attribuire data certa al contratto e dunque, di risolvere eventuali conflitti tra più aventi causa dello stesso soggetto, secondo quanto previsto dall'art. 1380 cod. civ.⁵⁴ permettendo, ad esempio, al comodatario Tizio di prevalere, in forza di un contratto scritto che abbia data certa, sul conduttore Caio che abbia stipulato un successivo contratto di locazione avente ad oggetto il godimento dello stesso immobile.

Ed ancora, solo la forma scritta può validamente dimostrare il titolo in forza del quale il comodatario abbia acquisito la disponibilità del bene; circostanza, questa, non affatto trascurabile, specialmente nelle ipotesi di comodato senza determinazione di durata, per tutelare il comodante da una eventuale richiesta di usucapione del bene da parte del comodatario che, anziché qualificarsi come detentore, avanzi la pretesa di vantare sul bene il possesso continuato utile ai fini dell'usucapione.

Giova al riguardo evidenziare che la presunzione del possesso in colui che esercita un potere di fatto sulla cosa non opera quando la relazione con il bene non consegua ad un atto volontario di apprensione, ma derivi da un iniziale atto o fatto del proprietario-possessore⁵⁵; dunque le pattuizioni consacrate in un contratto scritto possono *sine dubio* dimostrare più agevolmente rispetto ad un semplice accordo verbale che un soggetto abbia ceduto volontariamente il bene con lo scopo di concederne l'utilizzo ad un terzo (in relazione al quale, dunque, se è possibile ravvisare il potere di fatto sulla cosa, lo stesso non può dirsi in relazione all'*animus* necessario all'acquisto del bene per usucapione).

⁵³ Al riguardo si segnala P. MOROZZO DELLA ROCCA, *op.cit.*, 333, per il quale la necessità di consacrare le intenzioni delle parti in un atto scritto è ancor più avvertita nell'ambito dei rapporti familiari e caratterizzati da una più intensa socialità ed affettività dove *"le promesse di fedeltà e di perpetuità delle reciproche devozioni e servizi costituiscono parte di un gioco nel quale sia le iperboli, sia i fingimenti o nascondimenti utilizzano volentieri lo strumento rassicurante, ma leggero della parola; mentre i gesti, compreso quello della consegna del bene, vedono sminuita la loro inequivocabilità nei riguardi di soggetti che vantano una particolare familiarità o frequentazione della persona e dei suoi beni"*.

⁵⁴ Ai sensi dell'art. 1380 cod. civ., infatti, nel disciplinare il conflitto tra più diritti personali di godimento, prevede che *"se, con successivi contratti, una persona concede a diversi contraenti un diritto personale di godimento relativo alla stessa cosa, il godimento spetta al contraente che per primo lo ha conseguito. Se nessuno dei contraenti ha conseguito il godimento, è preferito quello di data certa anteriore"*. Sul punto, si segnala R. Teti, *Comodato (diritto civile)*, in *D. Disc. Priv.*, sez. civ., III, Torino, 1988, 37 e ss..

⁵⁵ Così Cass. civ., 15 marzo 2005, n. 5551. Si segnala anche Cass. civ., 25 giugno 2013, n. 15877 secondo cui *"deve ritenersi che l'intenzione, manifestata da chi eserciti un potere di fatto su di un bene, di stipulare per iscritto un contratto di comodato con il proprietario del bene stesso sia incompatibile con la sussistenza del possesso utile ai fini dell'usucapione, in quanto contiene, ad un tempo, l'esplicito riconoscimento del diritto altrui e l'esclusione dell'intenzione di possedere per conto e in nome proprio"*.

Da ciò consegue che laddove il comodatario intenda opporsi alla richiesta di restituzione del bene adducendo l'intervenuta usucapione dello stesso, dovrà necessariamente (in quanto detentore del bene), provare di aver mutato, la sua detenzione in possesso mediante una *interversio possessionis* (art. 1141, II comma, cod. civ.), essendo all'uopo necessario che il mutamento del titolo derivi da causa proveniente da un terzo o in forza di opposizione rivolta contro il possessore⁵⁶.

Infine è opportuno sottolineare che il contratto in forma scritta è da preferire anche ai fini fiscali, perché permette di provare al fisco che non si tratta di una cessione o di un acquisto a titolo oneroso e, dunque, di vincere la presunzione che la dazione del bene non fosse gratuita (specialmente per appurare che il comodato non nasconda, in realtà, una locazione).

Per quanto attiene, invece, alla registrazione del contratto di comodato, si premette che il contratto di comodato verbale, a differenza di quello scritto, non è sottoposto all'obbligo di registrazione, a meno che non venga enunciato in altri atti, come previsto dall'art. 3 del testo unico concernente l'imposta di registro (DPR 131/1986)⁵⁷.

Tuttavia, come si vedrà, onde beneficiare dell'agevolazione fiscale prevista dalla Legge di stabilità 2016 in relazione agli immobili in comodato gratuito ai familiari, è necessario procedere alla registrazione anche dei contratti conclusi in forma verbale secondo le modalità che verranno illustrate nel prosieguo della trattazione e avente ad oggetto l'analisi, anche statistica, delle nuove disposizioni fiscali.

6. Le novità IMU e TASI 2016 per le abitazioni concesse in comodato d'uso

L'art. 1, comma 10, lettera b) della legge di stabilità per il 2016 (L. n. 208/2015) ha completamente innovato la disciplina in materia di IMU e TASI per gli immobili concessi in comodato d'uso, a decorrere dal 1 gennaio 2016. La nuova disciplina stabilisce, in particolare, la riduzione del 50% della base imponibile ai fini dell'imposta municipale propria (IMU), oltre che - in virtù dell'art. 1, comma 675, della legge n. 147/2013 - ai fini del tributo per i servizi indivisibili (TASI), degli immobili, non di lusso, concessi in comodato d'uso a figli e genitori. Il beneficio si applica a condizione che il contratto sia registrato e il comodante risieda anagraficamente nonché dimori abitualmente nello stesso comune ove è situato

⁵⁶ Più precisamente, tale opposizione dovrà manifestarsi attraverso il compimento di atti idonei ad escludere che il persistente godimento del bene trovi il consenso, sia pur implicito, del comodante e che siano tali da dimostrare allo stesso l'intenzione di sostituire "*al preesistente proposito di subordinare il proprio potere a quello altrui, l'animus di vantare per sé il diritto esercitato*". Così Cass. civ., 11 aprile 2013, n. 8900 che, in relazione alla *interversio possessionis* nelle ipotesi di locazione e comodato, ha altresì specificato che "*il protrarsi, anche a lungo, del godimento del bene nonostante la scadenza del termine di durata del rapporto contrattuale attributivo della detenzione stessa, l'inerzia dei proprietari nel richiedere la restituzione della cosa, la mera esternazione, fatta a persone diverse dal possessore, del considerarsi proprietario del bene, sono circostanze inidonee tanto ad escludere tanto l'operatività della norma dell'art. 1141, 2 comma, c.c. [...] quanto a configurare un'opposizione al possessore*".

⁵⁷ L'art. 3, II comma, del citato testo unico stabilisce che "*se in un atto sono enunciate disposizioni contenute in atti scritti o contratti verbali non registrati e posti in essere fra le stesse parti intervenute nell'atto che contiene la enunciazione, l'imposta si applica anche alle disposizioni enunciate. Se l'atto enunciato era soggetto a registrazione in termine fisso è dovuta anche la pena pecuniaria di cui all'art. 69*". Sul punto si vedano anche la Risoluzione dell'Agenzia delle Entrate del 6 febbraio 2001, n. 14/E e del 25 maggio 2006, n. 71.

l'immobile concesso in comodato. Ai fini del riconoscimento dell'agevolazione è, altresì, necessario che il comodante possieda in Italia, oltre all'immobile dato in comodato d'uso, non più di un altro immobile ad uso abitativo, non di lusso, e che lo stesso sia ubicato nel medesimo comune e adibito dal comodante a propria abitazione principale.

Contestualmente, l'art. 1, comma 14, della stessa legge di stabilità ha stabilito l'abolizione della TASI per il possessore o il detentore che adibisce l'immobile, non di lusso, ad abitazione principale. A seguito della modifica in commento, dunque, sugli immobili concessi in comodato d'uso a parenti in linea retta entro il primo grado, e che rispondano agli ulteriori requisiti soprarichiamati, la TASI sarà dovuta esclusivamente dal comodante-possessore, nella misura stabilita dal comune in cui è situato l'immobile per l'anno 2015, ovvero, in mancanza, nella misura del 90% dell'ammontare complessivamente dovuto del tributo, calcolato, in entrambi i casi, su una base imponibile decurtata del 50%.

7. La disciplina vigente sino al 31 dicembre 2015

L'art. 13, comma 2, del decreto legge n. 201/2011, prima delle modifiche apportate dalla legge di stabilità per il 2016, stabiliva che *“i comuni possono considerare direttamente adibita ad abitazione principale ... l'unità immobiliare concessa in comodato dal soggetto passivo ai parenti in linea retta entro il primo grado che la utilizzano come abitazione principale, prevedendo che l'agevolazione operi o limitatamente alla quota di rendita risultante in catasto non eccedente il valore di euro 500 oppure nel solo caso in cui il comodatario appartenga a un nucleo familiare con ISEE non superiore a 15.000 euro annui. In caso di più unità immobiliari, la predetta agevolazione può essere applicata ad una sola unità immobiliare.”*

La norma, dunque, rimetteva all'autonomia degli enti locali la possibilità di assimilare ad abitazione principale (non soggetta a IMU, nel caso di abitazione non di lusso, ai sensi del medesimo art. 13, comma 2, D.L. n. 201/2011), un (solo) immobile concesso in comodato d'uso a genitori e/o figli, e dai medesimi utilizzato come abitazione principale. In tale ipotesi, la delibera doveva prevedere che l'agevolazione operasse o sulla rendita catastale fino a concorrenza del valore massimo di 500 euro (per la parte eccedente l'IMU e la TASI andavano pertanto pagate secondo le aliquote ordinarie), ovvero, in alternativa, nel solo caso in cui il valore ISEE del nucleo familiare del comodatario non fosse superiore a 15 mila euro (in tale fattispecie l'agevolazione operava sull'intero valore dell'immobile).

In pratica, in caso di concessione in comodato d'uso a parenti in linea retta di un'unità immobiliare non classificata nelle categorie catastali di lusso (A/1, A/8 e A/9), potevano verificarsi le seguenti situazioni:

1. Comodato assimilato all'abitazione principale per nuclei familiari con ISEE inferiore a 15 mila euro

IMU: non dovuta

TASI: aliquota stabilita per le abitazioni principali dovuta per intero secondo le diverse percentuali deliberate dal comune per il titolare del diritto reale sull'immobile e per l'occupante

2. Comodato assimilato all'abitazione principale limitatamente alla quota di rendita risultante in catasto non eccedente il valore di euro 500

IMU: dovuta, ad aliquota ordinaria, solo sulla quota di rendita eccedente il valore di 500 euro

TASI: aliquota stabilita per le abitazioni principali dovuta sulla rendita catastale fino a 500 euro, e aliquota ordinaria sulla quota eccedente, in entrambi i casi ripartita secondo le diverse percentuali deliberate dal comune per il titolare del diritto reale sull'immobile e per l'occupante.

8. Le modifiche introdotte dalla legge di stabilità per il 2016

L'art. 13, comma 3, del D.L. 6 dicembre 2011, n. 201, convertito con modificazioni dalla L. 22 dicembre 2011, n. 214, come modificato dal citato art. 1, comma 10, lettera b), della legge 28 dicembre 2015, n. 208, stabilisce che, ai fini del calcolo dell'imposta municipale propria, la base imponibile è ridotta del 50 per cento *“per le unità immobiliari, fatta eccezione per quelle classificate nelle categorie catastali A/1, A/8 e A/9, concesse in comodato dal soggetto passivo ai parenti in linea retta entro il primo grado che le utilizzano come abitazione principale, a condizione che il contratto sia registrato e che il comodante possieda un solo immobile in Italia e risieda anagraficamente nonché dimori abitualmente nello stesso comune in cui è situato l'immobile concesso in comodato; il beneficio si applica anche nel caso in cui il comodante oltre all'immobile concesso in comodato possieda nello stesso comune un altro immobile adibito a propria abitazione principale, ad eccezione delle unità abitative classificate nelle categorie catastali A/1, A/8 e A/9; ai fini dell'applicazione delle disposizioni della presente lettera, il soggetto passivo attesta il possesso dei suddetti requisiti nel modello di dichiarazione di cui all'articolo 9, comma 6, del decreto legislativo 14 marzo 2011, n. 23”*. La richiamata disposizione, non solo sottrae all'autonomia degli enti locali la possibilità di assimilare ad abitazione principale l'immobile concesso in comodato d'uso a genitori e figli, ma subordina il beneficio concesso, ossia la riduzione del 50 per cento della base imponibile, al rispetto di condizioni particolarmente stringenti.

8.1 La definizione di abitazione principale

Ai sensi dell'art. 13, comma 2, del D.L. n. 201/2011, *“per abitazione principale si intende l'immobile, iscritto o iscrivibile nel catasto edilizio urbano come unica unità immobiliare, nel quale il possessore e il suo nucleo familiare dimorano abitualmente e risiedono anagraficamente”*. Inoltre, *“nel caso in cui i componenti del nucleo familiare abbiano stabilito la dimora abituale e la residenza anagrafica in immobili diversi situati nel territorio comunale, le agevolazioni per l'abitazione principale e per le relative pertinenze in relazione al nucleo familiare si applicano per un solo immobile”*.

Innanzitutto, il legislatore chiarisce che l'abitazione principale può essere individuata in un'unica unità immobiliare, il che comporta che qualora siano adibite ad abitazione principale più unità, presumibilmente contigue, accatastate separatamente, una sola, a discrezione del

contribuente, potrà beneficiare delle agevolazioni previste sulla prima casa, salvo procedere preventivamente al riaccatastamento unitario degli immobili.

In secondo luogo, ai fini del riconoscimento del beneficio d'imposta, è necessario che il contribuente e il suo nucleo familiare⁵⁸ abbiano stabilito nell'immobile la residenza anagrafica, e vi risiedano abitualmente.

A tale proposito, la norma specifica che in relazione al nucleo familiare, le agevolazioni per l'abitazione principale si applicano per un solo immobile, anche nel caso in cui i componenti del nucleo abbiano stabilito la dimora abituale e la residenza anagrafica in immobili diversi situati nel territorio dello stesso comune.

Diverso è, invece, il caso in cui il componente del nucleo familiare abbia stabilito la propria residenza e dimora abituale in un comune differente. In tale ipotesi, infatti, sarà possibile usufruire delle agevolazioni prima casa su entrambi gli immobili, sempreché non si tratti di una mera operazione elusiva ma, al contrario, sia motivata da un'effettiva e reale necessità (ad esempio trasferimenti per motivi di lavoro)⁵⁹.

Ai sensi del medesimo art. 13, comma 2, del D.L. n. 201/2011, inoltre, *“l'imposta municipale propria non si applica al possesso dell'abitazione principale e delle pertinenze della stessa, ad eccezione di quelle classificate nelle categorie catastali A/1, A/8 e A/9 ... Per pertinenze dell'abitazione principale si intendono esclusivamente quelle classificate nelle categorie catastali C/2, C/6 e C/7, nella misura massima di un'unità pertinenziale per ciascuna delle categorie catastali indicate, anche se iscritte in catasto unitamente all'unità ad uso abitativo.”*

Pertanto, il contribuente può considerare come pertinenza dell'abitazione principale un'unità immobiliare per ciascuna delle seguenti categorie, fino ad un massimo di tre pertinenze:

- C/2: magazzini e locali di deposito; cantine e soffitte se non unite all'unità immobiliare abitativa;
- C/6: stalle, scuderie, rimesse, autorimesse;
- C/7: tettoie.

Nel caso in cui il contribuente possieda più di una pertinenza appartenente alla medesima categoria catastale, ha la facoltà di individuare a quale di esse applicare l'agevolazione.

Inoltre, poiché l'agevolazione compete al massimo su tre unità pertinenziali, qualora vi siano due pertinenze accatastate unitamente all'unità abitativa appartenenti alla medesima categoria catastale (ad esempio, la cantina e la soffitta), si ritiene che il contribuente possa usufruire

⁵⁸ Sebbene la disposizione in esame non dia alcuna definizione di nucleo familiare, si ritiene che la stessa debba essere individuata in quella stabilita ai fini ISEE, e ciò in considerazione del fatto che la precedente formulazione del medesimo comma 2, dell'art. 13 del D.L. n. 201/2011, in riferimento alla facoltà dei comuni di assimilare all'abitazione principale l'unità immobiliare concessa in comodato d'uso ai familiari in linea retta, stabiliva quale uno dei possibili requisiti, l'appartenenza del comodatario ad un *“nucleo familiare con ISEE non superiore a 15 mila euro annui”*. Ai sensi dell'art. 3 del DPCM n. 156/2013, in materia di ISEE, costituiscono nucleo familiare i soggetti componenti la famiglia anagrafica, intesa come insieme di persone legate da vincoli di matrimonio, parentela, affinità, adozione, tutela o da vincoli affettivi, coabitanti ed aventi dimora abituale nello stesso comune (art. 4 del DPR n. 223/89). Appartengono, altresì, al nucleo familiare i coniugi con diversa residenza anagrafica (salvo il caso di separazione o di provvedimenti giudiziari di allontanamento), e i figli maggiorenni non conviventi, a carico dei genitori ai fini Irpef, purché non coniugati e senza figli.

⁵⁹ In tal senso si è espresso il MEF nella Circolare n. 3/DF del 18 maggio 2012.

dell'agevolazione per l'abitazione principale solo per un'altra pertinenza classificata in una delle altre due diverse categorie⁶⁰.

Infine, appare opportuno precisare che, sebbene la disposizione contenuta nell'art. 13, comma 3, del D.L. n. 201/2011, come modificata dalla L. n. 208/2015, nel disporre l'abbattimento al 50% della base imponibile degli immobili dati in comodato d'uso ai parenti in linea retta entro il primo grado che le utilizzano come abitazione principale, non richiami espressamente le relative pertinenze, si ritiene che la medesima agevolazione si estenda anche a quest'ultime. Se così non fosse, infatti, si creerebbe una ingiustificata disparità di trattamento tra le pertinenze accatastate unitamente all'unità immobiliare ad uso abitativo, dagli altri immobili pertinenziali separatamente accatastati ma ugualmente asserviti all'unità principale.

8.2 Gli immobili di lusso

La disposizione in esame esclude espressamente dal beneficio gli immobili cosiddetti di lusso, ovvero le unità immobiliari appartenenti alle seguenti categorie catastali:

- A/1: abitazioni di tipo signorile;
- A/8: abitazioni in ville;
- A/9: castelli, palazzi di eminenti pregi artistici o storici.

Pertanto, i suddetti immobili, seppur concessi in comodato d'uso a parenti in linea retta entro il primo grado che l'adibiscono a propria abitazione principale, non possono mai beneficiare dell'abbattimento della base imponibile del 50 per cento.

L'agevolazione non è applicabile, altresì, nel caso in cui appartenga a una delle sopra elencate categorie di lusso l'eventuale seconda abitazione posseduta dal comodante nel medesimo comune in cui è situato l'immobile concesso in comodato.

A tale proposito, appare opportuno evidenziare che, ai sensi del combinato disposto dei commi 2, 7 e 10, dell'art. 13 del D.L. n. 201/2011, gli immobili di lusso adibiti ad abitazione principale dal soggetto passivo beneficiano di una aliquota IMU agevolata, oltre che dell'applicazione di una detrazione, nella misura di 200 euro, che i comuni possono disporre di elevare fino a concorrenza dell'imposta dovuta.

Prima della modifica normativa in esame, pertanto, i comuni con propria delibera potevano assimilare, ai fini IMU, all'abitazione principale, nei limiti stabiliti dalla norma (entro 500 euro di rendita, o per nuclei familiari con ISEE inferiore a 15 mila euro), anche gli immobili di lusso concessi in comodato d'uso a parenti in linea retta entro il primo grado, attribuendogli, in tal modo, i medesimi benefici (aliquota agevolata e detrazione) stabiliti dalla legge per le abitazioni di lusso adibite a prima casa dal possessore.

A seguito delle modifiche introdotte dalla legge di stabilità per il 2016, gli immobili di lusso concessi in comodato d'uso ai medesimi soggetti e adibiti ad abitazione principale del comodatario sono, invece, soggetti alle aliquote ordinarie IMU e TASI, salvo che il comune

⁶⁰ In tal senso cfr. Circolare MEF n. 3/DF/2012 cit.

stabilisca nell'ambito, e nei limiti, della propria autonomia regolamentare, ai sensi dell'art. 52 del DLgs n. 446/1997, un particolare regime di favore⁶¹.

8.3. La registrazione del contratto di comodato

Tra le novità introdotte dal legislatore ai fini del riconoscimento dell'agevolazione in commento, vi è la previsione della necessaria registrazione del contratto di comodato.

Preme sottolineare che il contratto di comodato di beni immobili, redatto in forma scritta, è sempre soggetto a registrazione in termine fisso (nella misura di euro 200), ai sensi dell'art. 5 della tariffa, parte I, del DPR n. 131/1986, e che il termine ultimo di registrazione, ai sensi dell'art. 13 del medesimo DPR n. 131/1986, è di 20 giorni dalla data dell'atto.

Ne consegue che potranno beneficiare dell'agevolazione per l'intero anno 2016, i soli contratti di comodato redatti in forma scritta al più tardi il 16 gennaio 2016, e registrati entro il successivo 5 febbraio, e ciò in quanto, ai sensi dell'art. 9, comma 2, del DLgs n. 23/2011, l'imposta municipale propria *“è dovuta per anni solari proporzionalmente alla quota ed ai mesi dell'anno nei quali si è protratto il possesso; a tal fine il mese durante il quale il possesso si è protratto per almeno quindici giorni è computato per intero.”*⁶².

Per i contratti redatti successivamente alla data del 16 gennaio 2016, la decorrenza degli effetti ai fini IMU andrà di volta in volta verificata sulla base della regola stabilita dall'enunciato art. 9, comma 2, del DLgs n. 23/2011.

Si precisa, altresì, che, ai sensi dell'art. 2, comma 1, della tariffa, parte I, del DPR n. 642/1972, il contratto di comodato è soggetto ad imposta di bollo in caso d'uso, ovvero in sede di registrazione, nella misura di euro 16 a foglio.

Diverso è il discorso per i contratti di comodato d'uso in forma verbale.

I contratti verbali soggetti a registrazione sono, infatti, solo quelli enunciati dall'art. 3 del DPR n. 131/1986, tra i quali non rientrano i comodati d'uso⁶³.

Tuttavia, la registrazione del contratto di comodato, anche in forma verbale, è una condizione necessaria per poter beneficiare della riduzione del 50 per cento della base imponibile

⁶¹ L'art. 13, comma 6, del D.L. n. 201 del 2011, stabilisce che *“l'aliquota di base dell'imposta è pari allo 0,76%. I comuni con deliberazione del consiglio comunale, adottata ai sensi dell'art. 52 del DLgs. n. 446 del 1997, possono modificare, in aumento o in diminuzione, l'aliquota di base sino a 0,3 punti percentuali.”* In particolare, il comma 1 dell'art. 52, citato, dispone che *“le province ed i comuni possono disciplinare con regolamento le proprie entrate, anche tributarie, salvo per quanto attiene alla individuazione e definizione delle fattispecie imponibili, dei soggetti passivi e della aliquota massima dei singoli tributi, nel rispetto delle esigenze di semplificazione degli adempimenti dei contribuenti. Per quanto non regolamentato si applicano le disposizioni di legge vigenti.”* A tal proposito, con la citata Circolare n. 3/DF del 18 maggio 2012, il MEF è intervenuto chiarendo, a proposito del disposto dell'art. 13, comma 6, del D.L. n. 201/2011, che *“sia il limite minimo sia quello massimo (dell'aliquota) costituiscono dei vincoli invalicabili da parte del comune, il quale, nell'esercizio della sua autonomia regolamentare, può esclusivamente manovrare le aliquote, differenziandole sia nell'ambito della stessa fattispecie impositiva, sia all'interno del gruppo catastale, con riferimento alle singole categorie. Si deve, comunque, sottolineare che la manovrabilità delle aliquote deve essere sempre esercitata nel rispetto dei criteri generali di ragionevolezza e non discriminazione.”*

⁶² In tal senso si è espresso il MEF nella nota n. 2472 del 29 gennaio 2016.

⁶³ Ai sensi dell'art. 3, comma 2, del DPR n. 131/1986, ai contratti verbali non soggetti a registrazione si applicano le disposizioni contenute nel successivo art. 22, secondo cui, *“se in un atto sono enunciate disposizioni contenute in atti scritti o contratti verbali non registrati e posti in essere fra le stesse parti intervenute nell'atto che contiene l'enunciazione, l'imposta si applica anche alle disposizioni enunciate.”*

introdotta dall'art. 1, comma 10, lettera b), della L. n. 208/2015, a decorrere dal 1 gennaio 2016.

A tal proposito, il MEF si è espresso con nota n. 2472 del 29 gennaio 2016, precisando che nel caso di specie si ritiene possa trovare applicazione l'art. 3, comma 2, della L. n. 212/2000, in base al quale *"le disposizioni tributarie non possono prevedere adempimenti a carico dei contribuenti la cui scadenza sia fissata anteriormente al sessantesimo giorno dalla data della loro entrata in vigore o dell'adozione dei provvedimenti di attuazione in esse espressamente previsti."*

Ne consegue che per i contratti di comodato d'uso in forma verbale già in essere al 1 gennaio 2016, la registrazione dovrà essere effettuata, al più tardi, entro il 1 marzo 2016.

8.4 Il possesso di ulteriori immobili

La disposizione in esame introduce un'ulteriore condizione al fine di poter beneficiare dell'agevolazione sui contratti di comodato d'uso concessi a figli e genitori.

Il comodante deve risiedere anagraficamente nonché dimorare abitualmente nello stesso comune in cui è situato l'immobile concesso in comodato. Inoltre, il comodante non può possedere ulteriori immobili in Italia se non, eventualmente, quello, non di lusso, dallo stesso adibito ad abitazione principale e necessariamente situato nel medesimo comune.

Sul punto è intervenuto il MEF in occasione di Telefisco 2016 precisando che il richiamo al possesso di altri immobili deve intendersi riferito ai soli immobili ad uso abitativo.

Ne consegue, che il possesso in Italia, anche in comproprietà, di immobili ad uso abitativo, oltre a quello non di lusso concesso in comodato ed, eventualmente, a quello, sempre non di lusso, adibito a propria abitazione dal comodante e situato nel medesimo comune, preclude la possibilità di accedere all'agevolazione in commento.

Al contrario, non preclude tale facoltà né il possesso di immobili di qualunque tipologia da parte del comodatario, né il possesso di immobili di tipologia diversa dall'uso abitativo da parte del comodante.

8.5 La dichiarazione IMU

Il contribuente che decida di beneficiare delle nuove disposizioni introdotte dall'art. 1, comma 10, lettera b), della L. n. 208/2015, in materia di comodato d'uso, deve attestare il possesso dei requisiti fissati dalla norma attraverso la presentazione della dichiarazione IMU, di cui all'art. 9, comma 6, del DLgs n. 23/2011.

Ai sensi dell'art. 13, comma 12-ter, del successivo D.L. n. 201/2011, la dichiarazione deve essere presentata *"entro il 30 giugno dell'anno successivo a quello in cui il possesso degli immobili ha avuto inizio o sono intervenute variazioni rilevanti ai fini della determinazione dell'imposta"*, e *"ha effetto anche per gli anni successivi sempre che non si verifichino modificazioni dei dati ed elementi dichiarati cui consegua un diverso ammontare dell'imposta dovuta."*

Pertanto, per i contratti di comodato d'uso già in essere al 1 gennaio 2016, e per quelli concessi nel corso dell'anno, la dichiarazione dovrà essere presentata entro il 30 giugno 2017.

9. Il comodato in numeri: analisi statistica delle novità contenute nella Legge di Stabilità 2016

L'abolizione della TASI sulla prima casa, introdotta dalla Legge di Stabilità 2016, è stata accompagnata da una nuova modifica al regime fiscale previsto per le abitazioni concesse in uso gratuito ai figli, che presenta, in molti casi, un notevole svantaggio fiscale rispetto al regime precedente ed introduce oneri amministrativi riducendo significativamente la platea dei beneficiari reali rispetto a quelli potenziali.

Stante la mancanza di dati puntuali sul fenomeno delle agevolazioni concesse per l'IMU sulle abitazioni date in uso gratuito ai figli, la Fondazione Nazionale dei Commercialisti ha elaborato alcune stime per osservare il possibile impatto della nuova normativa sui contribuenti e sulle finanze pubbliche.

Secondo la nuova norma, infatti, l'agevolazione è pari alla riduzione del 50% della base imponibile IMU degli immobili concessi in comodato a parenti in linea retta che la utilizzano come abitazione principale a condizione che il contratto sia registrato e che il proprietario (comodante) risieda anagraficamente nonché dimori nello stesso comune ove è situato l'immobile concesso in comodato e che non abbia altri immobili in Italia oltre l'abitazione principale. Il regime precedente, in vigore nell'anno 2015, prevedeva la facoltà per i comuni di assimilare all'abitazione principale le abitazioni non di lusso concesse in comodato a parenti in linea retta entro il primo grado, che le utilizzano come abitazione principale, definendo i criteri e le modalità di applicazione dell'agevolazione sulla base dei seguenti parametri: abitazioni con rendita catastale inferiore a 500 euro oppure ISEE inferiore a 15 mila euro.

Dalla lettura dei documenti parlamentari e delle relazioni tecniche che accompagnano i provvedimenti normativi in questione si evince chiaramente come la stima per il mancato gettito IMU, pari a 37 milioni su base annua per il 2014 e il 2015, si riduca a 20 milioni per il 2016 (cfr. tabella 1).

Tabella 1. Beneficiari e Minor gettito Agevolazione IMU Comodato Uso Gratuito

	2015	2016
Beneficiari	52.000	33.500
Minor gettito (RT L.S. 2016)	37.000.000 €	20.000.000 €
Minor gettito (Stime FNC)	37.000.000 €	15.000.000 €
Minor gettito medio	712 €	448 €

Fonte: Stime beneficiari FNC su dati di stime di gettito del Dipartimento delle Finanze (Nota di lettura Senato della Repubblica DL 102/2013, ottobre 2013, n. 18; Bollettino delle Giunte e delle Commissioni parlamentari, 11 settembre 2013, n. 79, pag. 38; Relazione Tecnica alla Legge di Stabilità 2016 – Legge 28.12.2015, n. 208)

Considerando le rendite catastali medie delle abitazioni desumibili dall'Osservatorio del mercato immobiliare dell'Agenzia delle Entrate, la Fondazione Nazionale dei Commercialisti stima un calo maggiore della platea di beneficiari nel 2016 nei confronti del 2015 con una riduzione di gettito per le finanze pubbliche di circa 15 milioni di euro anziché 20 milioni come previsto nella Relazione tecnica alla legge di Stabilità.

Per il singolo contribuente che accede all'agevolazione, il risparmio fiscale nel 2016 si riduce considerevolmente e, in alcuni casi, come accade per la gran parte delle abitazioni popolari, il risparmio fiscale si annulla del tutto fino a diventare negativo.

Ciò accade per effetto dell'onere derivante dall'obbligo della registrazione del contratto di comodato che qui è ipotizzato pari a 232 euro (200 euro per la registrazione e 32 euro per le marche da bollo ipotizzando due contratti da 4 facciate ciascuno).

Tabella 2. Calcolo della variazione del risparmio fiscale 2015 rispetto a 2015

Abitazione	IMU ORDINARIA 2015/2016	IMU 2015 AGEVOLATA	RISPARMIO FISCALE	IMU 2016 AGEVOLATA	RISPARMIO FISCALE
Popolare (A4)	385	0	-385	425	40,00
Economico (A3)	735	0	-735	600	-135,00
Civile (A2) con ISEE <15.000€	1.102	0	-1102	783	-319,00
Civile (A2) senza ISEE <15.000€	1.102	295	-807	783	-319,00

Fonte: Elaborazioni FNC (Ipotesi: Comune che nel 2015 ha deliberato l'agevolazione prevedendo l'utilizzo di entrambi i parametri, rendita inferiore a 500 euro e ISEE inferiore a 15.000 euro, con aliquota ordinaria pari a 9,6 per mille; le rendite catastali utilizzate sono quelle medie OMI – Popolare A4 239€, Economico A3 456€ e Civile A2 683€; l'IMU agevolata 2016 comprende l'onere derivante dalla registrazione del contratto pari a 232 euro).

Le simulazioni della Fondazione Nazionale dei Commercialisti sono state condotte ipotizzando la situazione di un contribuente residente in uno dei circa 1.700 comuni che nel 2015 avevano deliberato l'agevolazione in questione con i seguenti parametri: rendita catastale inferiore a 500 euro, ISEE inferiore a 15 mila euro e aliquota ordinaria pari al 9,6 per mille.

Le simulazioni hanno ad oggetto tre tipologie di abitazioni, popolare (A4), Economico (A3) e Civile (A2) ed utilizzano come rendita catastale la rendita media riportata dall'Osservatorio del Mercato Immobiliare dell'Agenzia delle Entrate.

Nell'intento di illustrare, per quanto possibile compiutamente, le novità in materia di IMU/TASI introdotte per il comodato gratuito di immobili a familiari dalla Legge di Stabilità 2016, si espone di seguito un confronto tra la normativa vigente per il biennio 2014-2015 e quella attualmente in vigore dal 1° gennaio 2016, evidenziandone i risvolti in termini di incidenza sugli oneri di spesa per le famiglie e sul gettito fiscale.

La disciplina precedente

Negli anni 2014 e 2015, il proprietario di immobile concesso in comodato gratuito ad un parente in linea retta entro il primo grado (genitore/figlio) poteva assimilare all'abitazione principale tale immobile, qualora i Comuni – in attuazione dell'autonomia loro riconosciuta –

avessero consentito tale facoltà mediante apposito Regolamento, alle seguenti alternative condizioni:

- A. **limitatamente alla quota di rendita risultante in catasto non eccedente il valore di euro 500;**
oppure:
- B. **nel solo caso in cui il comodatario appartenesse ad un nucleo familiare con ISEE non superiore a 15.000 euro annui.**
(decreto-legge 28 marzo 2014, n. 47 , coordinato con la legge di conversione 23 maggio 2014, n. 80, recante: "Misure urgenti per l'emergenza abitativa, per il mercato delle costruzioni e per Expo 2015.")

Ciò significa che l'abitazione concessa in comodato gratuito a parenti entro il primo grado in linea retta seguiva queste regole:

- Rendita inferiore ad euro 500: ASSIMILATA TUTTA ad abitazione principale (non era previsto alcun versamento essendo abolita IMU su abitazione principale);
- Rendita superiore ad euro 500: fino a 500 assimilata ad abitazione principale (non era previsto alcun versamento essendo abolita IMU su abitazione principale), mentre l'eccedenza da euro 500 fino al totale della rendita scontava l'aliquota ordinaria;
- Rendita di qualunque entità, sia inferiore che superiore a euro 500, qualora il comodatario avesse avuto ISEE<15.000: ASSIMILATA TUTTA ad abitazione principale (in tal caso, quindi, non era previsto alcun versamento IMU a valere sull'intero ammontare della rendita, seppur superiore ad euro 500)
- Rendita di qualunque entità, sia inferiore che superiore a euro 500, senza alcuna previsione di assimilazione: regolarmente assoggettata a tassazione come immobile a disposizione.

Le novità del 2016

Con decorrenza 1/1/2016, il proprietario di immobile concesso in comodato gratuito ad un parente in linea retta entro il primo grado (genitore/figlio) beneficia automaticamente dell'abbattimento del 50% della rendita catastale (SENZA ALCUNA PREVISIONE COMUNALE) ma solo se sono rispettate le seguenti condizioni:

- che il contratto sia registrato;
- che il comodante possieda un solo immobile in Italia (che, in base a quanto precisato nel punto successivo, può o meno essere coincidente con la propria vera abitazione principale), oltre all'immobile concesso in comodato;
- che il comodante risieda anagraficamente nonché dimori abitualmente nello stesso comune in cui è situato l'immobile concesso in comodato.

(All'art 13, co. 3, del DL 201/2011, dove vengono previste le riduzioni di base imponibile per gli immobili storici o inagibili, prima della lettera a) è inserita la seguente lettera:
[La base imponibile è ridotta del 50 per cento:]

«0a) per le unità immobiliari, fatta eccezione per quelle classificate nelle categorie catastali A/1, A/8 e A/9, concesse in comodato dal soggetto passivo ai parenti in linea retta entro il primo grado che le utilizzano come abitazione principale, a condizione che il contratto sia registrato e che il comodante possieda un solo immobile in Italia e risieda anagraficamente nonché dimori abitualmente nello stesso comune in cui è situato l'immobile concesso in comodato; il beneficio si applica anche nel caso in cui il comodante oltre all'immobile concesso in comodato possieda nello stesso comune un altro immobile adibito a propria abitazione principale, ad eccezione delle unità abitative classificate nelle categorie catastali A/1, A/8 e A/9; ai fini dell'applicazione delle disposizioni della presente lettera, il soggetto passivo attesta il possesso dei suddetti requisiti nel modello di dichiarazione di cui all'articolo 9, comma 6, del decreto legislativo 14 marzo 2011, n. 23»;

Se, dunque, nel 2014-2015 non era rilevante ne' il numero di immobili posseduti e nemmeno l'ubicazione degli stessi, nel 2016 al fine di potersi avvalere del beneficio è necessario che, oltre all'immobile concesso in comodato, il proprietario non possieda che un solo altro immobile su tutto il territorio italiano. Ed in tal caso, qualora i due immobili si trovino ubicati in comuni diversi, il proprietario dovrà comunque avere la propria residenza anagrafica o la dimora abituale nel comune dove si trova l'immobile concesso in comodato.

Volendo quindi formulare degli esempi con l'impiego di numeri, le ipotesi di confronto tra la precedente e l'attuale disciplina per il caso di immobili dati in uso gratuito a familiari sono le seguenti:

1. **Abitazione Popolare (A4)** - Rendita pari a **239 euro**, quindi inferiore a 500 euro:
 - a. Per gli anni **2014/2015** (con previsione comunale di assimilazione all'abitazione principale): **NESSUN IMPORTO** da pagare;
 - b. Per l'anno **2016**: da pagare (sulla metà della rendita, e dunque su 119,50 euro) **193 EURO**, più 232 euro per spese di registrazione del contratto di comodato.
2. **Abitazione Economico (A3)** - Rendita pari a **456 euro**, quindi inferiore a 500 euro:
 - a. Per gli anni **2014/2015** (con previsione comunale di assimilazione all'abitazione principale): **NESSUN IMPORTO** da pagare;
 - b. Per l'anno **2016**: da pagare **368 euro** (calcolati sulla metà della rendita, e dunque su 228 euro).
3. **Abitazione Civile (A2)** - Rendita pari a **683 euro**, quindi superiore a 500 euro:
 - a. Per gli anni **2014/2015** (con previsione comunale di assimilazione all'abitazione principale fino a limite di 500 euro di rendita): da pagare **295 euro** (calcolati sulla sola eccedenza della rendita oltre 500 euro, e dunque su 183 euro);
 - b. Per l'anno **2016**: da pagare **783 euro** (calcolati sulla metà della rendita, e dunque su 341,50 euro).
4. **Abitazione Civile (A2)** - Rendita pari a **683 euro**, quindi superiore a 500 euro:
 - a. Per gli anni **2014/2015** (con agevolazione ISEE <15.000 euro e con previsione comunale di assimilazione all'abitazione principale): **NESSUN IMPORTO DA PAGARE**;
 - b. Per l'anno **2016**: da pagare **783 euro** (calcolati sulla metà della rendita, e dunque su 341,50 euro).
5. **Abitazione Civile (A2)** - Rendita pari a **683 euro**, quindi superiore a 500 euro:

- a. Per gli anni **2014/2015** (SENZA NESSUNA PREVISIONE DI ASSIMILAZIONE): da pagare **1.102** euro (calcolati sull'intera rendita);
 b. Per l'anno **2016**: da pagare **783** euro (calcolati sulla metà della rendita, e dunque su 341, 50 euro).

CASI		ANNO 2014/2015	ANNO 2016 AMMONTARE IMU + SPESE DI REGISTRAZIONE	Differenza
1	POPOLARE (A4) Rendita 239 euro RENDITA INFERIORE A 500 EURO (e per il 2014 e 2015 assimilata ad abitazione principale)	Totale da pagare Euro 0,00	da pagare sul 50% della rendita: • 193 (IMU) • 232 (REGISTRAZIONE CONTRATTO) TOTALE EURO 425	Dal 2014/2015 al 2016= 425 in più
2	ECONOMICO (A3) Rendita 456 euro RENDITA INFERIORE A 500 EURO (e per il 2014 e 2015 assimilata ad abitazione principale)	Totale da pagare Euro 0,00	da pagare sul 50% della rendita: • 368 (IMU) • 232 (REGISTRAZIONE CONTRATTO) TOTALE 600	Dal 2014/2015 al 2016= 600 in più
3	CIVILE (A2) Rendita 683 euro RENDITA SUPERIORE A 500 EURO (e per il 2014-2015 senza ISEE > 15.000)	Totale da pagare (sulla parte eccedente 500 euro) Euro 295	da pagare sul 50% della rendita: • 551 (IMU) • 232 (REGISTRAZIONE CONTRATTO) TOTALE 783	Dal 2014/2015 al 2016= 488 in più
4	CIVILE (A2) Rendita 683 euro RENDITA SUPERIORE A 500 EURO (e per il 2014- 2015 con ISEE < 15.000)	Totale da pagare Euro 0,00	da pagare sul 50% della rendita: • 551 (IMU) • 232 (REGISTRAZIONE CONTRATTO) TOTALE 783	Dal 2014/2015 al 2016= 783 in più
5	CIVILE (A2) Rendita 683 euro RENDITA SUPERIORE A 500 EURO (e senza agevolazioni per il 2014- 2015)	Totale da pagare Euro 1.102	da pagare sul 50% della rendita: • 551 (IMU) • 232 (REGISTRAZIONE CONTRATTO) TOTALE 783	Dal 2014/2015 al 2016= 319 in meno

Pertanto, dal confronto appena operato, si evidenziano chiaramente due conseguenze:

- a. Mentre negli anni 2014-2016 era prevista per il proprietario dell'immobile l'esenzione totale dal pagamento IMU qualora i comodatari fossero stati poco abbienti (cioè avessero avuto un nucleo familiare con ISEE non superiore a 15.000 euro annui), oggi, in base alla nuova normativa, il proprietario è comunque sempre tenuto a detto pagamento benché calcolato sulla base del valore di metà della rendita catastale dell'immobile;
- b. A fronte dell'aggravio appena segnalato, tuttavia, il proprietario dell'immobile gode oggi, sempre e comunque, del beneficio dell'abbattimento della rendita al 50% purché registri il contratto di comodato, con la conseguenza che, ai fini del calcolo IMU, otterrà sempre un risparmio rispetto al quantum che avrebbe invece dovuto corrispondere in base alla precedente normativa qualora non fossero ricorse ipotesi agevolative.



LA TUTELA DEI TERZI NELLA LEGISLAZIONE ANTIMAFIA

Luca D'Amore

ABSTRACT

Pur registrandosi un'ampia convergenza sull'opportunità di prevedere una forma di tutela in favore dei terzi, titolari dei diritti di credito sorti prima del sequestro, è mancata per lungo tempo una puntuale regolamentazione della materia anche a causa delle difficoltà di conciliare le esigenze dei creditori con quelle derivanti dalla funzione e dalla natura del procedimento di confisca. Il tentativo del legislatore di disciplinare la materia – dapprima nella legge n. 575/65, poi con il Codice Antimafia e con la Legge di stabilità 2013 – non ha superato le molte lacune ed i numerosi problemi interpretativi ancora presenti che incidono sull'effettiva tutela dei diritti dei terzi. La principale critica è quella di aver fatto transitare nella normativa antimafia logiche eminentemente fallimentari antitetiche ai principi cardine del Codice e che di fatto sviliscono la figura del giudice delegato e dell'amministratore giudiziario che vengono accostati rispettivamente al giudice delegato al fallimento ed al curatore fallimentare.

Sommario: 1. Premessa. – 2. Le problematiche di diritto transitorio. – 3. La procedura applicativa. 4. Le azioni esecutive – 5. La sorte dei rapporti pendenti - 6. La tutela dei terzi negli altri sequestri.

1. Premessa

Il Codice Antimafia, in base alle previsioni della legge delega n. 136/2010¹ ed in attuazione dei principi sovranazionali², ha introdotto nel Libro I, Titolo IV, artt. 52 ss, un peculiare procedimento teso a

¹ Cfr. art. 1, comma 3 lettere f) e g) legge 13 agosto 2010, n. 136. “f) disciplinare la materia dei rapporti dei terzi con il procedimento di prevenzione, prevedendo: 1) la disciplina delle azioni esecutive intraprese dai terzi su beni sottoposti a sequestro di prevenzione, stabilendo tra l'altro il principio secondo cui esse non possono comunque essere iniziate o proseguite dopo l'esecuzione del sequestro, fatta salva la tutela dei creditori in buona fede; 2) la disciplina dei rapporti pendenti all'epoca dell'esecuzione del sequestro, stabilendo tra l'altro il principio che l'esecuzione dei relativi contratti rimane sospesa fino a quando, entro il termine stabilito dalla legge e, comunque, non oltre novanta giorni, l'amministratore giudiziario, previa autorizzazione del giudice delegato, dichiara di subentrare nel contratto in luogo del proposto, assumendo tutti i relativi obblighi, ovvero di risolvere il contratto; 3) una specifica tutela giurisdizionale dei diritti dei terzi sui beni oggetto di sequestro e confisca di prevenzione; e in particolare: 3.1) che i titolari di diritti di proprietà e di diritti reali o personali di godimento sui beni oggetto di sequestro di prevenzione siano chiamati nel procedimento di prevenzione entro trenta giorni dalla data di esecuzione del sequestro per svolgere le proprie deduzioni; che dopo la confisca, salvo il caso in cui dall'estinzione derivi un pregiudizio irreparabile, i diritti reali o personali di godimento sui beni confiscati si estinguano e che all'estinzione consegua il diritto alla corresponsione di un equo indennizzo; 3.2) che i titolari di diritti di credito aventi data certa anteriore al sequestro debbano, a pena di decadenza, insinuare il proprio credito nel procedimento entro un termine da stabilire, comunque non inferiore a sessanta giorni dalla data in cui la confisca è divenuta definitiva, salva la possibilità di insinuazioni tardive in caso di ritardo incolpevole; 3.3) il principio della previa escussione del patrimonio residuo del sottoposto, salvo che per i crediti assistiti da cause legittime di prelazione su beni confiscati, nonché il principio del limite della garanzia patrimoniale, costituito dal 70 per cento del valore dei beni sequestrati, al netto delle spese del procedimento; 3.4) che il credito non sia simulato o in altro modo strumentale all'attività illecita o a quella che ne costituisce il frutto o il reimpiego; 3.5) un procedimento di verifica dei crediti in contraddittorio, che preveda l'ammissione dei crediti regolarmente insinuati e la formazione di un progetto di pagamento degli stessi da parte dell'amministratore giudiziario; 3.6) la revocazione dell'ammissione del credito quando emerga che essa è stata determinata da falsità, dolo, errore essenziale di fatto o dalla mancata conoscenza di documenti decisivi; g) disciplinare i rapporti tra il procedimento di applicazione delle misure di prevenzione e le procedure concorsuali, al fine di garantire i creditori dalle possibili interferenze illecite nel procedimento di liquidazione dell'attivo fallimentare, prevedendo in particolare: 1) che i beni sequestrati o confiscati nel procedimento di prevenzione siano sottratti dalla massa attiva del fallimento e conseguentemente gestiti e destinati secondo le norme stabilite per il procedimento di prevenzione; 2) che, dopo la confisca definitiva, i creditori insoddisfatti sulla massa attiva del fallimento possano rivalersi sul valore dei beni confiscati, al netto delle spese sostenute per il procedimento di prevenzione; 3) che la verifica dei crediti relativi a beni oggetto di sequestro o di confisca di prevenzione possa essere effettuata in sede fallimentare secondo i principi stabiliti dal decreto legislativo di cui al comma 1; che se il sequestro o la confisca di prevenzione hanno per oggetto l'intero compendio aziendale dell'impresa dichiarata fallita, nonché, nel caso di società di persone, l'intero patrimonio personale dei soci falliti illimitatamente responsabili, alla verifica dei crediti si applichino anche le disposizioni previste per il procedimento di prevenzione; 4) che l'amministratore giudiziario possa proporre le azioni di revocatoria fallimentare con riferimento ai rapporti relativi ai beni oggetto di sequestro di prevenzione; che, ove l'azione sia già stata proposta, al curatore si sostituisca l'amministratore giudiziario; 5) che il pubblico ministero, anche su segnalazione dell'amministratore giudiziario, possa richiedere al tribunale competente la dichiarazione di fallimento dell'imprenditore o dell'ente nei cui confronti è disposto il procedimento di prevenzione patrimoniale e che versa in stato di insolvenza; 6) che, se il sequestro o la confisca sono revocati prima della chiusura del fallimento, i beni siano nuovamente attratti alla massa attiva; che, se il sequestro o la confisca sono revocati dopo la chiusura del fallimento, si provveda alla riapertura dello stesso; che, se il sequestro o la confisca intervengono dopo la vendita dei beni, essi si eseguano su quanto eventualmente residua dalla liquidazione”.

² L'ordinamento internazionale e comunitario, attraverso le Convenzioni e i diversi atti adottati, prende in considerazione la tutela dei terzi nel caso di provvedimenti di sequestro o di confisca nel tentativo di fissare principi generali diretti a conciliare le contrapposte esigenze, in particolare ammettendo il sequestro e la confisca nei confronti dei terzi, ma consentendo agli stessi terzi di difendersi e di dimostrare la buona fede. In proposito,

garantire la partecipazione dei terzi che vantano taluni diritti gravanti sui beni in sequestro, onde garantire l'effettivo contraddittorio tra le parti interessate di talché ogni criticità esistente sul singolo bene, viene (o dovrebbe essere) definita in costanza di procedura giudiziaria, agevolando così la

senza pretesa di esaustività, si passano in rassegna i principali provvedimenti normativi di rilevanza internazionale e europea. La Convenzione delle Nazioni Unite contro il traffico di stupefacenti adottata a Vienna del 1988 (art. 5, comma 8); la Convenzione di Strasburgo sul riciclaggio, la ricerca, il sequestro e la confisca dei proventi da reato del 1990, il cui art. 5 impone a ciascuno degli stati aderenti di adottare *"tutte le misure legislative o di altra natura eventualmente necessarie ad assicurare che coloro che siano interessati dalla confisca dispongano di effettivi mezzi giuridici a tutela dei propri diritti"*. Ancora la Convenzione delle Nazioni Unite contro la criminalità organizzata transnazionale, conclusa a Palermo il 12-15 dicembre 2000 (art. 12). Tra le norme comunitarie vanno citate la Convenzione Europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU), ed in particolare l'art. 1 del protocollo addizionale n. 1 adottato a Parigi il 20 marzo 1952 il quale, nel tutelare la proprietà privata e a disciplinare le limitazioni, oltre che per causa di pubblica utilità, sulla base di leggi *"ritenute necessarie per disciplinare l'uso dei beni in modo conforme all'interesse generale o per assicurare il pagamento delle imposte o di altri contributi o delle ammende"*. Ancora la Convenzione del Consiglio d'Europa sul riciclaggio, la ricerca, il sequestro e la confisca dei proventi di reato dell'8/11/1990 ratificata con legge n. 328/1993 che all'art. 21 stabilisce espressamente la possibilità per lo Stato membro di rifiutare il riconoscimento della decisione giudiziaria adottata da un altro Stato allorché i terzi non hanno avuto sufficiente possibilità di far valere i propri diritti. Va poi ricordata la Decisione Quadro 2005/212/GAI del Consiglio, del 24 febbraio 2005, relativa alla confisca di beni, strumenti e proventi di reato, che auspica un miglioramento e avvicinamento delle disposizioni nazionali sul sequestro e confisca dei proventi di reato *"tenendo conto di diritti di terzi in buona fede"*. Di particolare rilievo la Direttiva 2014/42/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 3 aprile 2014 relativa al congelamento e alla confisca dei beni strumentali e dei proventi da reato nell'Unione europea che dedica alla tematica dei diritti dei terzi l'art. 6.

Peraltro la legislazione nazionale va integrata inoltre con i principi della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo (CEDU) e con la giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo. Nonostante la CEDU non costituisca un organo dell'Unione, secondo il Trattato di Amsterdam *"i diritti fondamentali, garantiti dalla Convenzione Europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali"* (così l'attuale art. 6, comma 3, del Trattato di Lisbona). L'art. 1 del Protocollo n. 1 alla convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo stabilisce che *"ogni persona fisica o giuridica ha diritto al rispetto dei suoi beni. Nessuno può essere privato della sua proprietà, se non per causa d'utilità pubblica e alle condizioni previste dalla Legge e dai principi generali del diritto internazionale. Le disposizioni precedenti non precludono il diritto degli Stati di approvare le leggi reputate necessarie per regolamentare l'uso dei beni in conformità all'interesse generale, o per assicurare il pagamento delle imposte e di altri contributi o sanzioni"*. La giurisprudenza della Corte Europea dei diritti dell'uomo, chiamata più volte a pronunciarsi sulla compatibilità con tale previsione della confisca penale in generale, e della confisca "antimafia" in particolare, ha affermato tre principi: a) la confisca come misura di prevenzione, non solo non confligge con le norme della CEDU, ma anzi è una misura indispensabile per contrastare il crimine; b) la confisca deve essere, in ogni caso, conforme alle prescrizioni dell'art. 1, primo paragrafo, del Protocollo n. 1 alla Convenzione. Da ciò derivano due limiti: 1) deve essere irrogata sulla base di una espressa previsione di Legge; 2) deve realizzare il giusto equilibrio tra l'interesse generale e la salvaguardia dei diritti dell'individuo (Sentenza 20 gennaio 2009, Sud Fondi s.r.l. c. Italia, in causa 75909/01). Per la Corte inoltre non costituisce di per sé violazione né della CEDU, né del Protocollo n. 1, l'inversione dell'onere della prova, in base al quale è il prevenuto a dover dimostrare l'origine lecita dei beni di cui dispone (Decisione 5 luglio 2001, Arcuri c. Italia, in causa 52024/99 che ha affermato che "la presunzione d'innocenza non è assoluta"). Qualsiasi ordinamento giuridico contempla delle presunzioni di fatto o di diritto, e che queste ben possono essere utilizzate per ritenere di provenienza illecita i beni di cui il prevenuto non sappia spiegare l'acquisto: fermo restando, ovviamente, il diritto incoercibile del prevenuto a fornire con ogni mezzo la prova contraria (Sentenza 23 dicembre 2008, Grayson e Barnham c. Regno Unito, nelle cause riunite 19955/05 e 15085/06, pp. 40, 41 e 45 della motivazione). La Corte, con riferimento all'ipotesi di confisca ai danni di un terzo, diverso dal reo o dal prevenuto ha, in varie occasioni, affermato che il requisito del giusto equilibrio è rispettato quando al terzo proprietario dei beni confiscati sia data la possibilità di un ricorso giurisdizionale (Decisione 26 giugno 2001, C.M. c. Francia, in causa 28078/95).

successiva destinazione del cespite nella fase amministrativa di competenza dell’Agenzia e limitando, si auspica, eventuali successivi incidenti di esecuzione.

Il codice antimafia³ ha accordato tutela alle ragioni dei terzi, affidando la trattazione del procedimento di verifica al giudice della prevenzione.

Il congegno normativo elaborato, è consistito nel recepimento, pressoché integrale, della disciplina prevista dalla legge fallimentare per i rapporti in corso al momento del fallimento e per la formazione dello stato passivo.

A tal proposito, invero, non si è tenuto conto delle peculiarità dei due procedimenti atteso che:

1. Il fallimento nasce dall’insolvenza ed è permeato da una logica puramente liquidatoria;
2. Il procedimento di prevenzione, invece, coinvolge sovente imprese attive che, in quanto tali, dovrebbero proseguire la propria attività ma, in conseguenza del procedimento, possono incontrare seri ostacoli che ne minano la possibilità di rimanere sul mercato.

La problematica emersa da sempre in sede giurisprudenziale è legata alla necessaria esigenza di contemperare, da un lato, la tutela dei diritti dei terzi e dall’altro la finalità della misura ablativa, che potrebbe essere facilmente elusa dal concreto rischio derivante dalla precostituzione di posizioni creditorie di comodo, consentendo di aggirare gli esiti dell’azione di prevenzione, per come nella prassi constatato.

Il principio fondamentale del nuovo regime è costituito da uno spartiacque temporale: la data del sequestro.

Tale spartiacque è chiaramente desumibile dal sistema costruito dal legislatore, in base al quale i crediti di buona fede, con data certa anteriore all’esecuzione del sequestro, vanno accertati con lo speciale procedimento di verifica previsto dagli artt. 57, 58 e 59 del Codice Antimafia che, secondo lo schema tipico del diritto fallimentare, prevede la predisposizione di uno stato passivo, la liquidazione di parte del patrimonio e il riparto delle somme ricavate fra i creditori.

2. Le problematiche di diritto transitorio

L’approvazione di una nuova disciplina pone inevitabili problematiche di diritto transitorio vieppiù quando ci si trova al cospetto di varie fasi storiche e relative discipline che si intersecano tra loro.

In effetti, ad una fase storica (quella ante Codice Antimafia) basata eminentemente su orientamenti giurisprudenziali adottati in assenza di specifiche previsioni normative (e che debbono ritenersi attuali⁴ laddove non sia intervenuta una specifica regolamentazione), è sopraggiunta una specifica regolamentazione normativa (quella del Codice Antimafia) che

³Già prima del Codice Antimafia, il timido legislatore del 2010, nell’istituire l’Agenzia nazionale (D.L. 4 febbraio 2010, convertito con modificazioni in legge 31 marzo 2010, n. 50), aveva introdotto nel *corpus* della legge n. 575/1965 (art. 2-ter, comma 5) un ulteriore periodo nel quale si consentiva di intervenire in giudizio soltanto ai creditori muniti di diritto reale di garanzia i quali – in conseguenza del provvedimento di confisca – potevano vedersi riconoscere un indennizzo dallo Stato, ma laconicamente “*nei limiti delle risorse disponibili per tale finalità a legislazione vigente*” di fatto rendendo inattuabile la previsione normativa medesima.

⁴ Cass. S.U. 10532/2013; Cass. Civ., Sez. III, n. 20902/2013.

tuttavia trova applicazione solo ai procedimenti – sia di prevenzione che penali⁵ - instaurati alla data di entrata in vigore del Codice Antimafia (13 ottobre 2011).

Per questo motivo con la legge di stabilità del 2013 (art. 1, commi 194/205 della legge n. 228/2012) si è passati alla terza fase di normazione⁶ tesa a disciplinare i rapporti ed i conflitti

⁵I principi generali per l'accertamento della buona fede dei terzi creditori, contenuti nel D. Lgs. n. 159/2011, essendo l'espressa codificazione in norma di diritto di principi giurisprudenziali oramai consolidati, trovano applicazione per regolamentare la tutela dei terzi anche nelle confische disposte in ambito penale. Nel caso del sequestro preventivo di cui all'art. 12-*sexies* del D.L. n. 306/1992 cioè, secondo alcuni, sarebbe previsto anche dalla stessa Legge, atteso il particolare "rinvio" contenuto nel comma 4-*bis* al D.Lgs. n. 159/2011, per come modificato dalla stessa Legge 228/2012. Secondo il tenore letterale del citato articolo il rinvio è limitato alle disposizioni in "materia di amministrazione e destinazione dei beni sequestrati e confiscati". Tuttavia, per come anche di recente interpretato dalla stessa Corte di Cassazione (Cass. civ., sez. III, n. 22814/2013) in un'ipotesi di sequestro 12-*sexies*, D.L. n. 306/1992 nella disciplina sull'amministrazione e destinazione dei beni è compresa anche, all'art. 45, comma 1, la specifica norma per la quale "la tutela dei diritti dei terzi è garantita entro i limiti e nelle forme di cui al titolo IV". "Pertanto, può dirsi che il titolo IV del d.lgs. 159 del 2011 si applica anche alle confische quali misura di sicurezza patrimoniali ex art. 12-*sexies* l. 359/92: e, sia pure in forza di tale rinvio in duplice grado, è allora testuale la scelta legislativa per la prevalenza della normativa pubblicistica anche nei rapporti coi terzi e, così, in tema di sorte dei diritti reali di garanzia e risarcimento del creditore in buona fede". Secondo la citata Cassazione "costituisce principio generale dell'ordinamento la prevalenza delle esigenze pubblicistiche penali sulle ragioni del creditore del soggetto colpito dalle misure di sicurezza patrimoniali, anche se il primo sia assistito da garanzia reale sul bene; da ciò deriva che, in tema di confisca prevista dall'art. 12-*sexies* del D.L. 306/1992, il diritto del creditore, quand'anche assistito da garanzia reale sul bene confiscato iscritta in tempo anteriore ed escluso il caso in cui il trasferimento del bene pignorato sia intervenuto prima della confisca penale, non può più essere tutelato davanti al giudice civile". Il precedente intervento delle Sezioni Unite (Cass. 10532/2013) non era entrato nel merito dell'applicabilità dei principi enunciati anche alla confisca penale e nello specifico alla particolare ipotesi di confisca prevista dall'art. 12-*sexies* del D.L. 306/92. Nella citata sentenza i supremi giudici lasciavano, tuttavia, uno spunto interpretativo a favore del riconoscimento dei principi enunciati anche alla confisca allargata, evidenziando come la legge n. 228/2012 avesse modificato l'art. 12-*sexies*, comma 4-*bis*, del D.L. 306/1992 "unificando la disciplina dell'amministrazione e della destinazione per tutti i beni sequestrati e confiscati" e ciò nell'ottica di una complessiva razionalizzazione di tutti i procedimenti di sequestri patrimoniali, avviata con l'art. 30 del Codice Antimafia. La sentenza n. 22814/2013 dopo un breve *excursus* sull'evoluzione storica della cosiddetta confisca allargata, oggi applicata a un'ampia platea di reati, esprime alcuni principi. La confisca allargata costituisce una misura di sicurezza patrimoniale, atipica e con funzione dissuasiva. La funzione della confisca come mezzo di contrasto repressivo della condotta criminosa in reati particolarmente gravi è prevalente, per il carattere pubblico tutelato, rispetto ai diritti civilistici dei terzi erogatori di credito, fondati sul principio generale della garanzia patrimoniale del debitore ex art. 2740 c.c. e sulle normative in tema di garanzia specifica, anche reale, del credito. L'esigenza "di tutela del creditore, chirografario o meno, va configurata come recessiva, per la scelta di campo, tutt'altro che irrazionale se non altro nell'attuale contesto storico, del legislatore di rendere sempre più incisiva possibile l'azione di contrasto della criminalità in relazione almeno a particolari categorie di reati, intervenendo sul sostrato economico che la alimenta e ne costituisce, anzi, il principale obiettivo concreto". Risulta evidente, tuttavia, come una forma di tutela del diritto di credito deve pur essere riconosciuta al creditore rimasto totalmente estraneo ai fatti delittuosi, non potendosi, per esigenza pubblicistiche, ottenere un vero e proprio esproprio nei confronti di chi possa provare la buona fede del suo credito. Per cui, ove quella buona fede sussiste, non potrà che esserci comunque una tutela, anche se di tipo risarcitorio e per equivalente, e viceversa negando qualunque forma di ulteriore tutela nel caso di malafede: è, infatti, la condotta negligente del creditore a determinare l'invalidità del suo affidamento e la sostanziale perdita della garanzia patrimoniale di quei cespiti colpiti dalla confisca "allargata". La stessa Cassazione, pur non entrando nel merito della questione, appare particolarmente sensibile all'effettività di tutela del terzo creditore, che troppo spesso viene sacrificato di fronte al preminente interesse pubblico: "le sezioni penali di questa Corte pacificamente accordano la tutela risarcitoria al terzo creditore appunto in sede di incidente di esecuzione penale (da ultimo, v. Cass., sez. I pen., 17 luglio 2013, Costa); ed in quella sede andranno affrontate le problematiche dell'effettività di una tale tutela, al fine di evitare che la pure riconosciuta sempre maggiore preponderanza delle esigenze pubblicistiche non tramodi in un immotivato definitivo sacrificio dei diritti di matrice civilistica pur sempre riconosciuti nel patrimonio di ogni consociato". Nulla è detto nella sentenza in riferimento al procedimento per la verifica della tutela dei terzi. Resta il problema che le disposizioni non individuano il giudice che dovrà procedere all'accertamento dei diritti dei terzi, attesa la mancanza di un giudice delegato previsto invece nelle misure di prevenzione per tutti i gradi del procedimento e completamente assente nel processo penale. Da ciò emergerebbe un'inapplicabilità della norma sul procedimento di accertamento della buona fede di tutti i creditori, per evidente incompatibilità con la struttura del processo penale. Resta ai singoli creditori la possibilità di vedere riconosciuti i loro diritti attraverso l'incidente di esecuzione, salvo un ulteriore intervento normativo, da più parti richiesto, anche per uniformare, secondo principi costituzionali di uguaglianza, il trattamento dei terzi creditori.

⁶ Si arriverà, si auspica a breve, alla quarta fase di normazione. In effetti è importante evidenziare che nel mese di novembre 2015 la Camera dei Deputati ha definitivamente approvato la proposta di legge di iniziativa popolare recante "Misure per favorire l'emersione alla legalità e la tutela dei lavoratori delle aziende sequestrate e confiscate alla criminalità organizzata" (atto camera n. 1138 nel testo unificato con le altre proposte di legge e segnatamente atto camera GADDA n. 1039, atto camera GARAVINI n. 1189, atto camera VECCHIO n. 2580, atto Camera BINDI n. 2737, atto camera BINDI n. 2786, atto camera FORMISANO

tra la confisca di beni nella disponibilità della criminalità organizzata, da un lato, ed i creditori garantiti da ipoteca iscritta sui suddetti beni, i creditori pignoranti ed i creditori intervenuti nel giudizio di esecuzione forzata, dall'altra, regolando anche le fattispecie precedenti al Codice Antimafia⁷.

Per tutte le procedure di confische disposte sulla base del c.d. "vecchio rito" (legge n. 575/1965) e quindi sottoposte alla disciplina *ex lege* di stabilità 2013 è necessario effettuare la seguente distinzione:

- 1) provvedimento di confisca definitiva emesso prima del 1° gennaio 2013;
- 2) provvedimento di confisca definitiva emesso dopo il 1° gennaio 2013.

Se alla data del 1° gennaio 2013 è già stata disposta la confisca occorre verificare se il bene, oggetto di procedura esecutiva, è stato già aggiudicato o trasferito (anche in via provvisoria). Se è già avvenuto il trasferimento o l'aggiudicazione nell'ambito di un'esecuzione forzata (ovvero se il bene da confiscare consiste in una quota di proprietà indivisa già pignorata) restano fermi gli effetti dell'esecuzione o dell'aggiudicazione.

Diversamente se i beni non sono stati ancora aggiudicati o trasferiti la legge n. 228/2012 stabilisce che:

- 1) nessuna azione esecutiva può essere iniziata o proseguita sui beni suddetti (si deve però

n. 2956). Il testo licenziato dalla Camera dei Deputati è stato trasmesso al Senato della Repubblica in data 16 novembre 2015 e – nell'ambito del rituale iter legislativo – dal 20 novembre 2015 risulta assegnato alla 2ª Commissione permanente (Giustizia) in sede referente. In questi atti normativi, salvo modifiche, viene in molte parti riscritta la disciplina della tutela dei diritti dei terzi. Di particolare rilevanza l'articolo 54-bis in materia di pagamento di debiti anteriori al sequestro che consente all'amministratore giudiziario, previa autorizzazione del giudice delegato, di procedere al pagamento anche parziale o rateale dei crediti per prestazioni di beni o servizi, sorti anteriormente alla data del sequestro ritenuti strategici per la ripresa e la prosecuzione dell'attività di impresa. Si tratta di una previsione diretta a evitare che vengano interrotti quei singoli rapporti commerciali essenziali allo svolgimento dell'attività tipica dell'impresa da parte di alcuni creditori strategici in conseguenza del mancato adempimento delle obbligazioni già scadute alla data del sequestro, prevedendo per tale limitata categoria di crediti la possibilità di procedere a un pagamento immediato, attribuendogli così natura prededucibile, in assenza di verifica. Sempre nell'ottica di favorire la prosecuzione dell'attività, è stato altresì previsto, al comma 2 dell'articolo 54-bis, che, in sede di redazione del programma di prosecuzione o ripresa dell'attività di cui all'articolo 41, il tribunale può autorizzare l'amministratore giudiziario a rinegoziare le esposizioni debitorie dell'impresa e a provvedere ai conseguenti pagamenti, previa verifica sommaria della buona fede. Si interviene sulla disciplina dell'art. 56 (rapporti pendenti) ed al fine di garantire la certezza dei rapporti giuridici, l'amministratore è tenuto a sciogliere la riserva sulle sorti del contratto entro il termine previsto per il deposito della prima relazione di cui all'articolo 41, comma 1-bis, e comunque non oltre sei mesi dall'immissione in possesso. Lo scioglimento dal contratto da parte dell'amministratore non dà diritto al risarcimento del danno nei confronti della procedura. Il contraente conserva il diritto al risarcimento del danno nei soli confronti del proposto. Si introducono modifiche significative al procedimento di accertamento dei crediti e dei diritti dei terzi con particolare riferimento a quando si procede alla verifica (dalla confisca di primo grado – ex art. 57, comma 2), ai termini previsti, per il deposito delle istanze di accertamento del credito e per quello di fissazione dell'udienza di verifica. Si introduce la previsione (art. 57) che nell'elenco nominativo dei creditori anteriori al sequestro siano inseriti anche quelli ritenuti strategici per la ripresa e la prosecuzione dell'attività di impresa e per la conservazione del valore economico e sociale dell'azienda sequestrata, di cui all'articolo 54-bis. Tali ultimi crediti, pur esclusi dal procedimento di verifica di cui all'articolo 58, in quanto già soddisfatti, ove il giudice ne abbia autorizzato il pagamento in ragione della riscontrata essenziale strumentalità, devono essere comunque inseriti dall'amministratore nell'elenco dei creditori, per consentire a tutti gli altri creditori la verifica dei presupposti del trattamento preferenziale ricevuto e la conseguente possibilità di impugnare il provvedimento del giudice che ne ha autorizzato il pagamento, nei modi e nei termini previsti all'articolo 59, comma 6, per l'impugnazione dei crediti ammessi o esclusi dal passivo. Viene modificata anche la disciplina relativa all'attività di liquidazione dei beni e al progetto di pagamento. La fase della vendita e del riparto viene devoluta integralmente all'Agenzia, che vi provvede dopo che la confisca è divenuta irrevocabile. Viene ribadito il criterio di sussidiarietà della vendita dei beni solo nel caso in cui la liquidità di cui si dispone risulti insufficiente a garantire la soddisfazione dei creditori.

⁷ La disciplina contenuta nella legge di stabilità 2013, invero, aveva come obiettivo principale quello di andare ad abbattere lo "stock" di beni confiscati in via definitiva che l'Agenzia Nazionale, pur avendo in carico, non poteva destinare per l'esistenza di gravami ipotecari che ne impedivano la destinazione in conformità con quanto stabilito dall'art. 48 del Codice Antimafia.

trattare di provvedimento di confisca passato in giudicato e non di provvedimento di sequestro);

2) i pesi e gli oneri iscritti o trascritti prima della confisca si estinguono *ex lege*;

3) i creditori ipotecari, pignoranti o intervenuti⁸ nell'esecuzione possono far valere le proprie ragioni nei confronti dell'Agenzia alle seguenti condizioni:

a) l'iscrizione dell'ipoteca, la trascrizione del pignoramento o l'intervento nel processo esecutivo devono essere precedenti alla trascrizione del sequestro di prevenzione;

b) per ottenere il pagamento dei propri crediti tali creditori dovevano presentare un'istanza entro il termine di decadenza del 30 giugno 2013;

c) l'istanza doveva essere proposta al "*giudice dell'esecuzione presso il tribunale che ha disposto la confisca*", il quale provvede con provvedimento impugnabile *ex art. 666 c.p.p.*;

d) l'Agenzia forma il "piano di pagamento" dei creditori ammessi e procede ai pagamenti, che non potranno complessivamente eccedere la minor somma tra il ricavato della vendita e il 70% del valore del bene;

e) contro il piano di riparto dell'Agenzia è ammessa opposizione al giudice civile, nelle forme di cui all'art. 737 c.p.c.;

f) Il tribunale provvede in composizione monocratica con decreto non reclamabile.

Nel caso in cui alla data del 1° gennaio 2013, i beni ipotecati o sottoposti a esecuzione forzata non siano ancora stati confiscati, si applicheranno le stesse misure previste per quelli che alla data del 1° gennaio 2013 siano già stati confiscati, ma non ancora aggiudicati, con l'unica differenza che il termine di decadenza di 180 giorni, entro il quale i creditori devono presentare la domanda di ammissione del credito, decorrerà dal passaggio in giudicato del provvedimento che dispone la confisca.

Nei rapporti ipoteca-confisca la sentenza di confisca prevale con conseguente estinzione di diritto degli oneri e pesi iscritti o trascritti. L'Erario, a seguito dell'estinzione di diritto dei pesi e degli oneri iscritti o trascritti prima della misura di prevenzione della confisca, acquisisce un bene non più a titolo derivativo, ma libero dai pesi e dagli oneri, pur iscritti o trascritti anteriormente alla misura di prevenzione. Il terzo di buona fede, titolare di un diritto reale di godimento o di garanzia, è ammesso a una tutela di tipo risarcitorio, con la richiesta attraverso un apposito procedimento giudiziario/amministrativo che prevede, per il riconoscimento del credito, l'intervento del giudice dell'esecuzione penale e dell'Agenzia Nazionale per la liquidazione.

⁸ Nel giudizio di Giustizia di legittimità costituzionale in via incidentale avente ad oggetto "Tutela dei terzi creditori - Mancata inclusione dei titolari di crediti da lavoro subordinato tra i soggetti abilitati ad avvalersi della speciale procedura incidentale di verifica dei crediti. - Legge 24 dicembre 2012, n. 228", conclusosi con sentenza n. 94 dell'11 febbraio - 28 maggio 2015, la Corte Costituzionale ha dichiarato la illegittimità costituzionale dell'art. 1, comma 198, della legge 24 dicembre 2012, n. 228 nella parte in cui non include tra i creditori che sono soddisfatti nei limiti e con le modalità ivi indicati anche i titolari di crediti da lavoro subordinato. La questione posta dal Tribunale ordinario di Caltanissetta, sezione misure di prevenzione, investiva i commi da 198 a 206 della legge n. 228 del 2012, ma mirava semplicemente ad ottenere una pronuncia additiva che includesse, tra i soggetti legittimati ad avvalersi della procedura prevista dalla stessa legge, anche «*i creditori privilegiati (ed in particolare i lavoratori dipendenti)*». La Consulta ha operato, interpretando il complesso delle argomentazioni proposte, una sorta di riduzione del quesito, dal *genus* dei creditori privilegiati alla *species* dei lavoratori dipendenti, ed ha opportunamente limitato l'addizione richiesta al solo elenco dei creditori ammessi alla procedura regolata dai commi successivi al 198, l'unico attinto, di conseguenza, dalla dichiarazione di illegittimità. Per un commento della sentenza vedasi LEO G. in <http://www.penalecontemporaneo.it/area/3-17-1/3967->

la corte costituzionale estende ai crediti da lavoro dipendente le tutele per i casi di confisca di prevenzione sui beni del debitore/

3. La procedura applicativa

Il Codice Antimafia apre il Titolo IV del Libro I individuando (art. 52) le categorie di terzi⁹ che possono presentare istanza di ammissione e segnatamente:

- a) I titolari di diritti di credito, a prescindere dall'esistenza di un diritto reale di garanzia;
- b) I titolari di diritti reali o personali di godimento¹⁰;
- c) I partecipanti in comunione.

Tali categorie di “terzi” possono trovare tutela in seno al procedimento in esame, ma la garanzia patrimoniale, in deroga all'art. 2740 cod. civ., è limitata dal disposto di cui all'art. 53 a mente del quale *“i crediti per titolo anteriore al sequestro, verificati ai sensi delle disposizioni di cui al capo II, sono soddisfatti dallo Stato nel limite del 60¹¹ per cento del valore dei beni sequestrati o confiscati, risultante dalla stima redatta dall'amministratore o dalla minor somma eventualmente ricavata dalla vendita degli stessi”*. In conseguenza di tale previsione, lo Stato applica a ciascun creditore, peraltro in maniera differenziata¹², una sorta di “franchigia” per il solo fatto di aver negoziato, seppur in buona fede, con un mafioso, per l'effetto decurtando dal *quantum* dovuto il 40% del credito.

Ulteriore problema connesso alla limitazione della garanzia patrimoniale potrebbe sorgere relativamente alle spese del procedimento posto che la legge delega¹³, a differenza di quanto stabilito oggi dal Codice Antimafia, prevedeva espressamente la decurtazione delle spese del procedimento¹⁴. L'ulteriore effetto della limitazione della garanzia patrimoniale è che verosimilmente si assisterà ad un miglioramento della posizione dei creditori chirografari, ad un peggioramento della posizione dei creditori ipotecari, che ricevono il 60% e ad un azzeramento delle pretese per l'Erario. Ciò è di agevole comprensione esaminando l'art. 50¹⁵ del Codice Antimafia in tema di procedure esecutive dei concessionari di riscossione pubblica. Il mancato coordinamento tra la norma in parola e la formazione del riparto, comporterà effetti distorsivi nel riparto stesso, con grave nocimento per lo Stato, poiché non si tiene presente che i crediti dell'Erario e degli enti, che riscuotono a mezzo concessionario, rientrano nella categoria dei crediti privilegiati di talché lo Stato, con la loro estinzione per confusione, rinunzierà a riscuoterli, favorendo così i creditori chirografari che, in un riparto fra tutti i creditori, rimangono in genere incapienti.

⁹ Per una puntuale disamina della categoria dei “terzi” si veda: MENDITTO F., *Le confische di prevenzione e penali – la tutela dei terzi*, Giuffrè editore S.p.A., Milano, 2015, pag. 105 ss.

¹⁰ Ivi compresi i promotori di azioni giudiziarie afferenti a tali diritti (art. 55; comma 3, art 23 e art. 57);

¹¹ La legge 27 dicembre 2013, n. 147 ha disposto (con l'art. 1, comma 443, lettera b)) la modifica dell'art. 53, comma 1 riducendo la quota da riconoscere al terzo in buona fede dal 70% al 60%.

¹² È evidente la disparità di trattamento tra terzi sottoposti alla disciplina di cui alla legge di stabilità 2013 (che possono vedersi riconosciuto dal giudice il 70%) e terzi sottoposti alla disciplina antimafia (che invece al massimo vedono soddisfatto il 60% delle proprie pretese).

¹³ Cfr. art. 1 comma 3 lett. f n. 3.3.3) *“il principio della previa escussione del patrimonio residuo del sottoposto, salvo che per i crediti assistiti da cause legittime di prelazione su beni confiscati, nonché il principio del limite della garanzia patrimoniale, costituito dal 70 per cento del valore dei beni sequestrati, al netto delle spese del procedimento”*.

¹⁴ Al fine di evitare la violazione della legge delega, si può ritenere che il limite sia pari al 60%, al netto delle spese sostenute dall'Erario per la globalità del procedimento, compreso pertanto il sub-procedimento di verifica dei diritti dei terzi oltre ai compensi dell'amministratore giudiziario.

¹⁵ Art. 50 (procedure esecutive dei concessionari di riscossione pubblica) *“Le procedure esecutive, gli atti di pignoramento e i provvedimenti cautelari in corso da parte della società Equitalia Spa o di altri concessionari di riscossione pubblica sono sospesi nelle ipotesi di sequestro di aziende o partecipazioni societarie disposto ai sensi del presente decreto. E' conseguentemente sospeso il decorso dei relativi termini di prescrizione. Nelle ipotesi di confisca dei beni, aziende o partecipazioni societarie sequestrate, i crediti erariali si estinguono per confusione ai sensi dell'articolo 1253 del codice civile”*.

Propedeutico all'avvio del sub-procedimento di verifica è la predisposizione dell'elenco dei crediti a cura dell'amministratore giudiziario. L'elenco in parola è allegato alla prima relazione presentata al giudice oppure ad una delle relazioni periodiche presentate successivamente ed è composto da due sottogruppi di elenchi e segnatamente:

- a) L'elenco contenente i nominativi dei creditori con l'indicazione dei crediti e delle rispettive scadenze;
- b) L'elenco contenente i nominativi di coloro che vantano diritti reali, di garanzia o godimento o diritti personali di godimento sui beni, con l'indicazione dei beni interessati e del titolo da cui sorge il diritto.

L'elenco dei crediti¹⁶ deve evidenziare le fonti dell'obbligazione, comprendendo anche eventuali poste ritenute fittizie e le posizioni di creditori non indicati in contabilità, ma delle cui rivendicazioni è rinvenuta traccia nella corrispondenza.

L'inizio del procedimento avviene su impulso del giudice delegato che, ritenutane l'opportunità¹⁷, fissa l'udienza per la verifica dei crediti, assegnando due termini:

- a) un termine, non superiore a novanta giorni, per il deposito delle istanze di accertamento dei rispettivi diritti. Tale termine viene qualificato espressamente dal Codice Antimafia come perentorio, di talché le domande depositate successivamente vanno ritenute inammissibili; anche se la verifica non si concluda nell'udienza fissata e venga rinviata. La qualificazione è ribadita dall'ultimo comma dell'art. 58, che sanziona la tardiva presentazione con la decadenza. Il termine decorre evidentemente dalla notifica e non dall'emissione del decreto¹⁸;
- b) un termine per la fissazione dell'udienza di verifica dei crediti, entro i trenta giorni successivi allo scadere di quest'ultimo termine. Il termine per la fissazione dell'udienza è dilatorio ed il mancato rispetto non comporta sanzioni processuali.

¹⁶ Al momento del deposito in cancelleria della relazione contenente l'elenco dei creditori, sarà costituito un autonomo fascicolo del sub-procedimento, che si affianca a quello principale (in cui si deciderà sulla sorte del patrimonio) e a quello concernente l'amministrazione. A tal proposito, costituisce delicata questione il regime di conoscibilità degli atti contenuti in questo fascicolo. Come è noto, infatti, il fascicolo del procedimento di prevenzione è accessibile alle parti, mentre quello riguardante l'amministrazione è riservato. Secondo una prima interpretazione, prevarrebbe la riservatezza degli atti, salva apposita autorizzazione del giudice. Secondo un'altra interpretazione (GRILLO. P.), partendo dal presupposto che il modello procedimentale è quello previsto dagli art. 665 e ss. c.p.p., si ritiene che la decisione del giudice delegato presupponga un completo contraddittorio delle parti su tutti gli elementi su cui essa si fonda. È pertanto opportuno che il giudice delegato, nel preparare l'udienza di verifica, abbia cura di far transitare all'interno del fascicolo, tutti gli atti necessari ai fini della decisione, anche quelli acquisiti con l'esercizio dei poteri officiosi, ivi consentendo ai creditori di prendere visione del fascicolo principale (quello cioè relativo alla confisca).

¹⁷ Il giudice delegato ha un'ampia discrezionalità in ordine al momento in cui avviare il procedimento per la verifica dei crediti e si colloca fra il momento della ricezione dell'elenco dei creditori ed il termine di un anno successivo al passaggio in giudicato della confisca. Le norme, in effetti, stabiliscono, da un lato, che il decreto di fissazione dell'udienza può essere emesso dal giudice delegato "anche prima della confisca" (art. 57, comma 2 del Codice Antimafia) e, dall'altro, che "successivamente e comunque non oltre il termine di un anno dalla definitività del provvedimento di confisca, le domande relative ad ulteriori crediti sono ammesse..." (art. 58, comma 5 del Codice Antimafia). Nell'adottare le proprie determinazioni sul punto, il giudice delegato dovrà, comunque, prendere in considerazione numerose circostanze che possono indurlo ad accelerare o ritardare la fissazione. In linea generale, comunque, il giudice si muove fra l'eventualità del compimento di un atto inutile, comportante un notevole dispendio di energie e quello della determinazione di un notevole ritardo nella devoluzione dei beni. Peraltro il ritardo nella formazione del riparto incide negativamente sull'ammontare dei debiti e seguito della progressiva maturazione degli interessi. Il giudice dovrà dunque fissare il procedimento in un momento intermedio, che la maggior parte della prassi colloca subito dopo la pronuncia del decreto di confisca di primo grado. In modo tale da poter portare a termine l'accertamento prima del passaggio in giudicato. Questa soluzione ha il pregio di consentire a tutte le parti un'adeguata valutazione, passata ad un primo vaglio giudiziario, dei profili di illegalità che connotavano l'agire del proposto e la formazione del suo patrimonio, valutazione essenziale ai fini dell'ammissione del credito, ai sensi dell'art. 52, comma 1, lett. b) del Codice Antimafia.

¹⁸ Quest'ultima soluzione determinerebbe ingiustificate disparità di trattamento e potrebbe costituire un'indebita compromissione dei diritti del creditore cui il decreto sia stato notificato con ritardo.

La domanda tempestivamente presentata dal creditore nel termine perentorio fissato dal giudice, dovrà contenere gli elementi formali¹⁹ e sostanziali esplicitati nell'art. 58 del Codice Antimafia.

Con riferimento agli elementi sostanziali, di rilievo è la previsione del Codice ove si stabilisce che la domanda deve contenere *“l'esposizione dei fatti e degli elementi di diritto che costituiscono la ragione della domanda”*, locuzione questa che ricomprende anche tutti i presupposti della domanda esplicitati nell'art. 53 del medesimo Codice, che a breve analizzeremo.

Ciò costituisce lo snodo centrale della domanda e l'adempimento richiesto deve essere particolarmente puntuale posto che, a differenza di quanto accade in sede fallimentare²⁰, *“nel procedimento di riconoscimento dei crediti in sede di prevenzione l'accertamento degli elementi posti a fondamento del credito e la buona fede costituiscono i dati essenziali per evitare possibili elusioni alla finalità della confisca”*²¹.

Si ritiene che in caso di omissioni o incertezze in ordine alla descrizione dei fatti e degli elementi di diritto che costituiscono la ragione della domanda, si possa addivenire, pur in assenza di espressa previsione legislativa, alla declaratoria di inammissibilità della domanda.

La domanda dovrà altresì indicare le cause di prelazione che assistono il credito. In assenza l'ammissione del credito avverrà in chirografo.

La presentazione della domanda, diversamente da quanto accade in sede fallimentare, non interrompe la prescrizione, né impedisce la maturazione di termini di decadenza nei rapporti tra il creditore e l'indiziato o il terzo intestatario dei beni²².

Il Legislatore ha voluto imprimere al procedimento di verifica una maggiore concentrazione rispetto al procedimento fallimentare, di talché è consentita la proposizione di domande tardive, ma entro ristretti limiti.

Al riguardo il creditore deve fornire prova di non aver potuto presentare la domanda tempestivamente per causa a lui non imputabile il che, attese le esigenze di celerità del procedimento, dovrà essere rigorosamente valutata dal giudice²³.

Salvo che sussistano motivi di urgenza, è prevista una verifica semestrale delle domande tardive (art. 57, comma 3 Codice Antimafia) e, in ogni caso, si avrà decadenza quando la domanda tardiva, viene presentata oltre il termine di un anno dalla definitività del provvedimento di confisca (art. 58, comma 5 del Codice Antimafia).

¹⁹ Tra cui le generalità del creditore, la determinazione del credito di cui si chiede l'ammissione allo stato passivo ovvero la descrizione del bene su cui si vantano diritti, l'elezione di domicilio.

²⁰ In sede fallimentare è richiesta *“la succinta esposizione dei fatti e degli elementi di diritto che costituiscono la ragione della domanda”* (art. 93, comma 3, n. 3 della legge fallimentare).

²¹ Così testualmente MENDITTO F., *Le misure di prevenzione personali e patrimoniali. La confisca ex art. 12-sexies l. n. 356/92*, Giuffrè editore S.p.A., Milano, 2012, pag. 576 ss.

²² Tale previsione costituisce una conferma della profonda diversa natura tra i due procedimenti.

²³ Secondo Cass. Civ. Sez. 1, Sentenza n. 21596 del 03/12/2012 la prova della causa non imputabile della c.d. domanda ultra tardiva costituisce merito e, pertanto, non può esserne dichiarata *de plano* la inammissibilità per tardività.

In relazione poi ai requisiti per l'ammissione, l'art. 52 del Codice Antimafia richiede:

- a) L'anteriorità²⁴ del diritto²⁵ rispetto al sequestro;
- b) La prova della preventiva escussione del patrimonio del restante patrimonio del proposto e della sua insufficienza a soddisfare il credito²⁶, salvo per i crediti assistiti da cause legittime di prelazione su beni sequestrati;
- c) La non strumentalità del credito all'attività illecita²⁷ o a quella che ne costituisce il frutto o il reimpiego, a meno che il creditore dimostri di aver ignorato in buona fede²⁸ il nesso di strumentalità;

²⁴ Per il diritto di credito è dimostrabile tramite un atto avente data certa. In relazione alla prova della data certa, soccorre l'art. 2704 cod. civ., di talché la data della scrittura privata della quale non è autenticata la sottoscrizione non è certa e computabile riguardo ai terzi se non dal giorno in cui la scrittura è stata registrata o dal giorno della morte o della sopravvenuta impossibilità fisica di colui o di uno di coloro che l'hanno sottoscritta o dal giorno in cui il contenuto della scrittura è riprodotto in atti pubblici o, infine, dal giorno in cui si verifica un altro fatto che stabilisca in modo egualmente certo l'anteriorità della formazione del documento. La data della scrittura privata che contiene dichiarazioni unilaterali non destinate a persona determinata, può essere accertata con qualsiasi mezzo di prova. Per l'accertamento della data nelle quietanze il giudice, tenuto conto delle circostanze, può ammettere qualsiasi mezzo di prova. In questa verifica è fondamentale l'operato dell'amministratore giudiziario che dovrà verificare le allegazioni del creditore, tramite le scritture contabili, nel magazzino e con tutti gli altri mezzi disponibili.

²⁵ Nel caso di diritti reali di garanzia, l'anteriorità è dimostrabile facendo riferimento alla data di costituzione a norma del codice civile (artt. 2808 e ss per l'ipoteca; artt. 2784 ss per il pegno).

²⁶ In relazione alla prova della preventiva escussione del restante patrimonio del proposto e che esso risulti insufficiente al soddisfacimento del credito, salvo per i crediti assistiti da cause legittime di prelazione su beni sequestrati, il tema è quello del *Beneficium excussionis* previsto dall'art. 2304 c.c., che è stato sempre rigorosamente affrontato dalla giurisprudenza. Si veda sul punto Cass. sentenza del 3 marzo 2011, n. 5136 per la quale *"l'esito negativo del pignoramento presso terzi dei diritti di una società in nome collettivo è inidoneo a far ritenere certa l'incapienza del patrimonio societario, potendo la società disporre di altri beni sufficienti a garantire il soddisfacimento del credito, e non giustifica l'esecuzione nei confronti del socio che gode del "beneficium excussionis" ex art. 2304 cod. civ."*

²⁷ Per quanto riguarda la prova della non strumentalità del credito all'attività illecita, qui sarà cura del giudice fornire nel provvedimento di sequestro o di confisca chiari elementi volti a consentire all'amministratore giudiziario di procedere alla verifica. A tal proposito, per quanto concerne il profilo oggettivo, ad esempio sarà strumentale senza dubbio il credito per l'acquisto di armi o di sostanze per la produzione di stupefacenti, mentre sarà più complessa la verifica in ordine all'acquisto di materiale per la produzione del calcestruzzo, con la cui vendita viene imposto il pizzo.

²⁸ Il legislatore del Codice Antimafia è intervenuto per regolare i diritti dei terzi nel procedimento di prevenzione, codificando l'applicazione del principio di buona fede, affermato nella giurisprudenza di legittimità e della Corte Costituzionale (Corte Costituzionale, sentenza n. 487/1995) che l'ha qualificata come *«la base giustificativa della tutela del terzo di fronte al provvedimento autoritativo di confisca adottato dal giudice della prevenzione a norma della legislazione antimafia»*, principi codificati nell'art. 52, comma 1, D.Lgs. n. 159/2011. In via alternativa, la giurisprudenza di legittimità (Cass., 18 maggio 1994; Cass., 28 aprile 1999, Bacherotti ed altri) ha individuato l'affidamento incolpevole (che ricorre quando il nesso tra i due soggetti c'è, ma il terzo ne era inconsapevole, a causa della situazione di apparenza che rende scusabile l'ignoranza). Mentre il concetto di buona fede sembra essere stato ripreso dal nuovo testo normativo, nessun riferimento è presente invece in relazione al concetto, elaborato dalla giurisprudenza, del c.d. *"affidamento incolpevole"* che sembra essere stato sostituito dalla non strumentalità del credito *"all'attività illecita o a quella che ne costituisce il frutto o il reimpiego, a meno che il creditore dimostri di avere ignorato in buona fede il nesso di strumentalità"*. L'accertamento della buona fede da sempre è stato affermato dalla necessità, accanto a quella di tutelare il creditore incolpevole, di evitare che attraverso strumenti offerti dal legislatore civilistico (titoli di comodo, contratti simulati) le stesse misure potessero facilmente essere eluse. In passato lo strumento che veniva offerto per la tutela dei patrimoni mafiosi era proprio il frequente ricorso all'intervento, compiacente o meno, di banche che erogavano consistenti somme a soggetti "pericolosi", i quali in tal modo monetizzavano il valore dei propri beni, evitando così la misura ablatoria. La celebre sentenza Bacherotti ha affermato con chiarezza la salvezza dei diritti reali di garanzia gravanti sul bene oggetto di confisca quando i titolari si trovino in una situazione di buona fede e di affidamento incolpevole; nello stesso tempo però ha sovvertito il principio civilistico della buona fede, facendo ricadere sul terzo l'onere di provare non solo il diritto, ma anche la sua buona fede innanzi al giudice penale. Questa regola, affermata da pronunce successive (Cassazione, sezione Penale, sentenza 9 marzo 2005), trova il suo fondamento nel carattere pubblicistico della misura di prevenzione e nella relativa esigenza di giustificare un'inversione dell'onere probatorio della buona fede, come strumento necessario per combattere particolari forme di criminalità, anche di natura economica. La giurisprudenza (Cassazione, sentenza 11 febbraio 2005, n. 12317) ha successivamente affermato l'ulteriore principio che l'accertamento della buona fede, in considerazione di una approfondita ed estesa indagine non limitata al controllo del credito e alla data di iscrizione della formalità, può essere svolto solo dal giudice penale, titolare di particolari poteri d'indagine, nonché con le garanzie del contraddittorio in sede di procedimento di esecuzione o anche nel corso del procedimento di prevenzione, con ciò consacrando un *favor* del giudice penale, rispetto a quello civile. La giurisprudenza è poi arrivata a estendere l'ambito della buona fede soggettiva sino ad arrivare a un concetto di buona fede oggettiva, nel senso di qualificare l'estraneità del terzo come mancanza di ogni collegamento, diretto o indiretto, con la consumazione del fatto-reato, ossia nell'assenza di ogni contribuzione di partecipazione o di concorso, ancorché non punibile e, altre volte, nel senso che non può considerarsi estraneo al reato il

- d) La norma prevede poi l'analisi di alcune specifiche fattispecie, le quali, per le loro caratteristiche intrinseche, potrebbero far presumere l'utilizzo di strumenti elusivi della normativa di prevenzione patrimoniale. Nel caso di promessa di pagamento o di ricognizione di debito o di titoli di credito il creditore dovrà dar prova sempre del rapporto fondamentale e nel caso dei titoli di credito del rapporto che ne legittima il possesso.

Il comma 4 prevede, infine, che nella valutazione della buona fede il tribunale *“tiene conto delle condizioni delle parti, dei rapporti personali e patrimoniali tra le stesse e del tipo di attività svolta dal creditore, anche con riferimento al ramo di attività, alla sussistenza di particolari obblighi di diligenza nella fase precontrattuale nonché, in caso di enti, alle dimensioni degli stessi”*, al fine di imporre a soggetti di grande dimensioni (ad esempio le banche) una corretta gestione nell'erogazione del credito, soprattutto se a favore di determinati soggetti, sottoposti successivamente a misure di prevenzione. In questi casi la verifica del rispetto delle norme e prassi bancarie in materia, oltre che al disposto del D. Lgs. n. 231/2007 e della Legge n. 197/1991 (in materia di antiriciclaggio) potrebbe escludere il riconoscimento del credito nell'ambito del procedimento previsto dalla misura di prevenzione.

Nel caso di condotte fraudolente, l'unica sanzione prevista dal Codice Antimafia è quella contenuta nell'art. 61, comma 10 a mente del quale *“i creditori che hanno percepito pagamenti non dovuti, devono restituire le somme riscosse, oltre agli interessi legali dal momento del pagamento effettuato a loro favore. In caso di mancata restituzione, le somme sono pignorate secondo le forme stabilite per i beni mobili dal codice di procedura civile”*.

Alla data indicata nel decreto di fissazione del giudice delegato, viene celebrata l'udienza di verifica dei crediti relativamente alle istanze tempestive.

Quanto ai soggetti che vi partecipano, il Codice Antimafia prevede quali soggetti necessari il giudice delegato e l'amministratore giudiziario, mentre quali soggetti eventuali, il pubblico ministero, gli interessati assieme ai rispettivi difensori e l'Agenzia²⁹.

Nel corso dell'udienza il giudice delegato verifica le domande indicando distintamente i crediti che ritiene di ammettere con le eventuali cause di prelazione e quelli che di tiene di non ammettere, in tutto o in parte, esponendo sommariamente i motivi della esclusione³⁰.

soggetto che da esso abbia ricavato vantaggi o utilità. Alcuni recenti provvedimenti di merito hanno, inoltre, delineato in via giurisprudenziale i profili della malafede oggettiva, nonché la malafede soggettiva delle aziende di credito *«intesa come conoscenza o conoscibilità, con la diligenza richiesta dal caso concreto, del nesso di collegamento (funzionale e/o di derivazione) tra le proprie ragioni di credito e le attività illecite del prevenuto»*.

Per quanto riguarda il profilo soggettivo, qui si può fare riferimento a quanto disposto dal Codice Antimafia all'art. 52, comma 3 di talché *“nella valutazione della buona fede, il tribunale tiene conto delle condizioni delle parti, dei rapporti personali e patrimoniali tra le stesse e del tipo di attività svolta dal creditore, anche con riferimento al ramo di attività, alla sussistenza di particolari obblighi di diligenza nella fase precontrattuale nonché in caso di enti, alle dimensioni degli stessi”*. Per gli istituti bancari, la buona fede dovrà essere valutata, tra l'altro, nel rispetto delle norme e delle prassi bancarie oltre che per quanto espressamente previsto dalla disciplina antiriciclaggio.

²⁹ Naturalmente semprché il sub-procedimento sia attivato prima della confisca di primo grado. In caso diverso l'Agenzia, subentrando all'amministratore giudiziario, dovrà espletare tutte le attività descritte dal Codice Antimafia nell'ambito della procedura per la tutela dei diritti dei terzi.

³⁰ Mutuando il sistema dell'accertamento del passivo fallimentare, la motivazione è obbligatoria solamente per l'esclusione ex art. 59, comma 1 Codice Antimafia. Secondo GRILLO P., anche se la legge non lo impone, la motivazione è consigliata anche per il caso di ammissione al passivo in contrasto alla diversa opinione del pubblico ministero o di altri creditori.

Terminato l'esame di tutte le domande, il giudice delegato forma lo stato passivo³¹ e lo rende esecutivo con decreto depositato in cancelleria e comunicato all'Agenzia.

Del deposito l'amministratore giudiziario dà notizia agli interessati non presenti a mezzo di raccomandata con avviso di ricevimento. I provvedimenti di ammissione e di esclusione dei crediti producono effetti solo nei confronti dell'Erario.

Gli errori materiali contenuti nello stato passivo sono corretti con decreto del giudice delegato su istanza dell'amministratore giudiziario o del creditore, sentito il pubblico ministero, l'amministratore giudiziario e la parte interessata.

Corrispondentemente alle speculari norme della legge fallimentare, il Codice Antimafia detta un regime delle impugnazioni allo stato passivo che contempla le seguenti fasi procedurali:

- ✓ I creditori esclusi, entro trenta giorni dalla comunicazione di esecutività dello stato passivo, possono proporre opposizione mediante ricorso al tribunale che ha applicato la misura di prevenzione. Ciascun creditore può impugnare nello stesso termine e con le stesse modalità i crediti ammessi;
- ✓ Il tribunale, fissa un'apposita udienza in camera di consiglio, trattando in modo congiunto le opposizioni e le impugnazioni. Della fissazione dell'udienza l'amministratore giudiziario dà comunicazione agli interessati;
- ✓ All'udienza ciascuna parte può svolgere, con l'assistenza del difensore, le proprie deduzioni, chiedere l'acquisizione di ogni elemento utile e proporre mezzi di prova. Nel caso siano disposti d'ufficio accertamenti istruttori, ciascuna parte può dedurre, entro un termine perentorio fissato dal giudice, i mezzi di prova che si rendono necessari;
- ✓ Esaurita l'istruzione, il tribunale fissa un termine perentorio entro il quale le parti possono depositare memorie e, nei sessanta giorni successivi, decide con decreto ricorribile per cassazione nel termine di trenta giorni dalla sua notificazione;
- ✓ Anche dopo la confisca definitiva, se sono state presentate domande di ammissione del credito ai sensi dell'art. 57, il procedimento giurisdizionale per la verifica e il riparto dei crediti prosegue dinanzi al tribunale che ha applicato la misura di prevenzione.

Conclusa l'udienza di verifica, l'amministratore giudiziario, ai sensi dell'art. 60, effettua la liquidazione dei beni mobili, delle aziende o rami d'azienda e degli immobili ove le somme apprese, riscosse o comunque ricevute non siano sufficienti a soddisfare i creditori utilmente collocati al passivo. Le vendite sono effettuate³² dall'amministratore giudiziario, previa autorizzazione del giudice delegato, adottando procedure competitive, sulla base del valore di stima risultante dalla propria relazione o utilizzando stime effettuate da parte di esperti.

³¹ Emerge che sarà necessario predisporre tanti stati passivi per ogni soggetto giuridico dotato di autonomia patrimoniale e, per le società di persone, uno stato passivo plurimo che ripartisca i crediti tenendo conto della responsabilità illimitata dei soci.

³² Seri problemi possono nascere dall'applicazione delle norme del codice civile in combinato con le norme del Codice Antimafia. Si pensi al caso in cui, in seno al procedimento di tutela dei diritti dei terzi, viene alienata un'azienda o un ramo di essa di talché la peculiare disciplina antimafia dovrà essere coordinata con quanto disposto in ordine al regime di solidarietà tra cedente e cessionario ai sensi dell'art. 2560 cod. civ., cioè soprattutto nei casi di revoca del sequestro/confisca. Sul punto si ritiene consigliabile ottenere dal giudice una specifica manleva nei confronti del cessionario oppure una liberatoria in favore del cessionario, da parte dei creditori ammessi.

Con riferimento all'individuazione dell'acquirente, il Codice Antimafia richiede l'osservanza di adeguate forme di pubblicità, nonché l'acquisizione del parere e assunte le informazioni di cui all'art. 48, comma 5³³. L'amministratore giudiziario può sospendere la vendita non ancora conclusa ove pervenga offerta irrevocabile d'acquisto migliorativa per un importo non inferiore al dieci per cento del prezzo offerto.

L'amministratore giudiziario informa il giudice delegato dell'esito della vendita, depositando la relativa documentazione.

Per quanto concerne l'ordine in cui vendere, non essendo dettate specifiche regole sul punto, evidentemente si disporrà la vendita dei beni in funzione della soddisfazione dei creditori di talché si liquiderà un bene piuttosto che un altro in funzione del valore dei crediti da soddisfare.

Quel che residua (che non può mai essere inferiore al 40% della massa confiscata), ai sensi dell'art. 47, comma 2 sarà destinato dall'Agenzia in conformità con quanto disciplinato dal successivo art. 48.

4. Le azioni esecutive

La normativa precedente non prevedeva espressamente un'ipotesi di sospensione della procedura esecutiva già avviata su un bene successivamente sottoposto a sequestro di prevenzione. Sebbene l'intervento di cui al D.L. n. 4/2010 aveva riconosciuto, al titolare del diritto di garanzia, l'intervento in sede di incidente di esecuzione, nel procedimento di prevenzione, per dimostrare la buona fede e l'inconsapevole affidamento, anche prima della confisca, il legislatore non aveva disciplinato la sorte della procedura esecutiva iniziata in sede civile.

In passato, pur in assenza di una normativa espressa di sospensione della procedura, alcune considerazioni logiche e fattuali, facevano propendere per un riconoscimento legislativo della sospensione della procedura esecutiva, nello stesso interesse di chi l'aveva attivata. Non mancavano, tuttavia, alcune interpretazioni di giudici dell'esecuzione che, pur a conoscenza del sequestro, davano seguito alla procedura, sulla base dell'indipendenza della stessa da quella di prevenzione.

Secondo la Cassazione penale³⁴ la procedura esecutiva doveva essere sospesa, per la «*inderogabile ed esclusiva titolarità, in capo all'ufficio giudiziario, del potere di provvedere alla custodia del bene confiscato e di disporre la vendita, assicurando che, all'esito della procedura di liquidazione, sul ricavato il creditore stesso avesse lo "ius praelationis", conseguendo quanto spettantegli, con priorità rispetto ad ogni altra destinazione*». Ad analoghe conclusioni era pervenuta anche la Cassazione civile³⁵, ma redatta con una tecnica assertiva e solo apparentemente argomentata.

³³ In altri termini si rinvia alla disciplina in materia di vendita di beni immobili e, segnatamente, per quanto attiene al parere del Comitato provinciale per l'ordine e la sicurezza pubblica assieme alla c.d. certificazione antimafia onde scongiurare che i beni non siano acquistati, anche per interposta persona, dai soggetti ai quali furono confiscati, da soggetti altrimenti riconducibili alla criminalità organizzata ovvero utilizzando proventi di natura illecita.

³⁴ Cass. pen., sent. n. 9/1999.

³⁵ Cass., n. 12535/1999.

Da segnalare anche la giurisprudenza di merito³⁶ che precisava «*fino a quando non intervenga un eventuale provvedimento di revoca del sequestro, la procedura esecutiva è improseguibile, rimanendo tuttavia valido ed efficace il pignoramento eseguito, atteso che nulla impedisce che sugli stessi beni siano mantenuti differenti vincoli, anche tra loro eterogenei: occorre contemperare sia la possibilità dello Stato di incamerare i beni immobili, sia la possibilità di proseguire nell'esecuzione forzata per il caso in cui il processo penale si concluda con una sentenza, o comunque con un provvedimento che importi la revoca del sequestro*».

Al contrario, altre sentenze della Cassazione civile³⁷ avevano respinto l'opposizione all'esecuzione proposta dall'Amministrazione finanziaria, affermando il diritto del creditore ipotecario (che aveva iscritto ipoteca prima del sequestro) a procedere esecutivamente.

Il Codice Antimafia all'art. 55 ha dettato una compiuta disciplina delle azioni esecutive in linea con la giurisprudenza penale sopra citata, anche se limitata ai sequestri la cui proposta è successiva al Codice Antimafia. Nel caso di bene sottoposto a sequestro di prevenzione la norma in esame prevede una sorta di improcedibilità e improseguibilità della procedura esecutiva avviata in sede civile, che si caratterizza in un'interruzione provvisoria diversa da quella che si verifica nel caso di fallimento.

Si tratta sostanzialmente di una "sospensione" della procedura esecutiva con la possibilità di un'eventuale riassunzione dell'esecuzione nel caso di revoca definitiva del sequestro o della confisca. Diversamente, in caso di confisca definitiva, la procedura esecutiva si estingue³⁸.

Le problematiche e le questioni sollevate dalla giurisprudenza restavano comunque prive di ogni regolamentazione nell'ipotesi di azioni esecutive avviate su beni sottoposti a sequestro penale, per i quali non era possibile l'applicazione delle disposizioni dell'art. 55, tra cui vi rientravano:

- ✓ i sequestri la cui proposta di sequestro era precedente al Codice Antimafia che secondo la disposizione transitorie continuavano ad essere regolate dalla Legge 575/1965 priva di ogni disposizioni nel merito;
- ✓ i sequestri disposti ai sensi dell'art. 12-sexies D.L. 306/1992, sia *ante* che *post* Codice Antimafia, per i quali incerto era il rinvio alle norme in materia di tutela di terzi contenute nel Codice Antimafia;
- ✓ i sequestri penali obbligatori, privi di ogni regolamentazione in merito all'ipotesi di sovrapposizione di esecuzione civile e sequestro.

La legge di stabilità 2013 ha in parte colmato questo vuoto con un intervento legislativo che, come da più parti segnalato, appare del tutto insoddisfacente³⁹ avendo disposto (forse per una

³⁶ Trib. Bari, sez. II, 7 aprile 2008, n.981.

³⁷ Cass., n. 16227/2003 ma anche la più recente Cass., n. 20664/2010.

³⁸ L'art. 55 appare sordinata con la specifica disciplina delle procedure esecutive dei concessionari di riscossione pubblica di cui all'art. 50 del Codice Antimafia per le quali si prevede la sospensione delle azioni e del decorso del termine di prescrizione e, nel caso di confisca, l'estinzione per confusione dei crediti erariali. Siffatta disciplina, tuttavia, opera soltanto nelle ipotesi di sequestro di aziende o partecipazioni societarie con esclusione pertanto delle azioni in atto sui beni di proprietà del proposto o del terzo formale intestatario. Il mancato apparente coordinamento delle due norme potrebbe indurre a ritenere che le azioni esecutive promosse dai pubblici concessionari siano esperibili sui beni individuali sequestrati. Invero, essendo le due norme collocate nel medesimo testo normativo, sembra trovarsi al cospetto di un difetto di coordinamento e che pertanto emerga la prevalenza dell'art. 55 che non pone differenza alcuna tra creditori privati e concessionari di riscossione pubblica.

³⁹ Si consenta il rinvio "Amministratore giudiziario, Sequestro - Confisca - Gestione dei beni - Coadiutore dell'ANBSC", di P. FLORIO, G. BOSCO, L. D'AMORE, IPSOA, Milano, 2014. Vedasi anche MENDITTO F., Le Sezioni Unite civili sulla tutela dei

mera svista legislativa) una regolamentazione dei diritti dei terzi non perfettamente coincidente con quella contenute nel D. Lgs. n. 159/2011 e quindi in apparente violazione del principio di uguaglianza.

La Cassazione⁴⁰, che è intervenuta nell'interpretazione del testo di legge, ha comunque ritenuto valida l'opzione legislativa, che pare abbia voluto esprimere una diversa scelta a seconda che il bene risulti confiscato⁴¹ o sequestrato⁴². Nel primo caso il riferimento testuale è al bene confiscato, nel secondo caso è al bene sequestrato.

Secondo la Cassazione⁴³, dall'analisi letterale della norma *“si ricava che l'inibitoria delle azioni esecutive riguarda esclusivamente i beni confiscati; con la conseguenza che i pignoramenti sul patrimonio sequestrato non possono essere sospesi e proseguono sino all'eventuale misura ablatoria definitiva. Una tale interpretazione è avallata da argomenti di ordine letterale e sistematico. Il riferimento della norma al divieto di azioni esecutive per i soli "beni confiscati" esclude che l'inibitoria possa riguardare le procedure mobiliari e immobiliari pendenti durante la fase del sequestro e fino alla confisca definitiva. Inoltre, il legislatore, all'art. 55 del Codice Antimafia, ha espressamente richiamato il divieto di azioni esecutive sui beni sequestrati, cosa diversa quanto fatto dal legislatore con la Legge di stabilità che fa riferimento ai beni confiscati. Ne deriva che il riferimento operato dal citato comma 194, art. 1, della Legge di stabilità alla sola confisca rafforza la conclusione dell'impossibilità di bloccare, durante la fase del sequestro, tutte le azioni esecutive. La nuova disciplina, che si applica - come già detto - ai procedimenti di prevenzione ancora disciplinati dalla L. n. 575 del 1965, pone come spartiacque la data dell'1.1.2013, a seconda che il provvedimento di confisca sia stato emesso prima o dopo tale data. Per i beni confiscati prima di tale data, la normativa compie una selezione ulteriore, a seconda che a tale data il bene confiscato sia stato assoggettato a procedura esecutiva, ma non sia stato ancora aggiudicato o trasferito, ovvero sia avvenuto, invece, il trasferimento o l'aggiudicazione, anche in via provvisoria. E' con riferimento a questo dato temporale - che consente il permanere o meno degli effetti dell'esecuzione forzata (o dell'aggiudicazione) che assume rilevanza determinante la nuova disciplina andando a comporre i temi che la giurisprudenza aveva diversamente risolto, e che il giudice dell'esecuzione sarà tenuto ad esaminare. Infatti, sui beni oggetto della procedura di prevenzione che alla data del 1.1.2013 siano già stati confiscati, ma non ancora aggiudicati, "non possono essere iniziate o proseguite, a pena di nullità, azioni esecutive" (Legge n. 228 del 2012, comma 194) e "gli oneri e pesi iscritti o trascritti (sui beni di cui al comma 194) anteriormente alla confisca sono estinti di diritto" (L. n. 228 del 2012, comma 197)”.*

È evidente come, in questa interpretazione, la Cassazione effettua una interpretazione letterale della novella, senza valutare una possibile disparità di trattamento a fronte di uguali situazioni

terzi nella confisca di prevenzione dopo la legge n. 228/12: l'ambito di applicabilità della nuova disciplina, Nota a Cass. S. U. Civ., 26 febbraio 2013 (dep. 7 maggio 2013), n. 10532, su sito www.penalecontemporaneo.it, p. 26; TASSONE K., *Ancora sulla sentenza delle Sezioni unite civili a proposito del sequestro e della confisca di prevenzione (n. 10532 del 2013). Il non detto dice?*, Ancora a proposito di Cass., Sez. un civ., 7 maggio 2013, n. 10532, su sito www.penalecontemporaneo.it

⁴⁰ Cass. Pen., SS.UU., 10532/2013

⁴¹ L'art. 1, comma 194, della Legge 228/2012, in vigore dal 1.1.2013 prevede come *“sui beni confiscati all'esito dei procedimenti di prevenzione per i quali non si applica la disciplina dettata dal libro 1 del decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159, non possono essere iniziate o proseguite, a pena di nullità, azioni esecutive”* salvo il caso in cui il bene è stato già trasferito o aggiudicato, anche in via provvisoria, ovvero quando è costituito da una quota indivisa già pignorata.

⁴² L'art. 55, comma 1, del D. Lgs. 159/2011, con una diversa formulazione precisa, invece, che *“a seguito del sequestro non possono essere iniziate o proseguite azioni esecutive”*.

⁴³ Cass. Pen., SS.UU., sent. 10532/2013.

oltre all'effettiva utilità o anche inutilità di mantenere in essere due procedimenti (uno civile e uno penale) e affidando la soluzione a quello che si conclude prima (con l'aggiudicazione del bene in sede di esecuzione civile o con la confisca definitiva in ambito penale), con tutti i costi processuali inerenti che ne conseguono sia per la parte privata che per lo Stato nel caso dell'azione penale.

Con riferimento alla stessa questione, anche se riferita non al sequestro di prevenzione ma al sequestro *ex art. 12-sexies* D.L. 306/1992 è intervenuta altra sentenza⁴⁴ che non sembra cogliere la sottile differenza tra sequestro e confisca evidenziando come “*i procedimenti esecutivi su beni sequestrati non possono essere iniziati o proseguiti, a pena di nullità: de futuro, ai sensi del co. 1 dell’art. 55 del d.lgs. 159 del 2011; de praeteritu, ovverosia quando la proposta di misura si sia avuta prima del 13.10.11, ai sensi del co. 194 dell’art. 1 della detta L. 228 del 2012.*” e lasciando diversi spiragli, anche se non in modo espreso, per riconoscere un potere al giudice civile di sospendere l'esecuzione civile. Lo fa sia richiamando l'art. 623 c.p.c., norma di chiusura in tema di poteri sospensivi innominati del giudice dell'esecuzione civile, dettata ai fini di coerenza dell'ordinamento processuale e sia precisando come il rinvio operato dall'art. 12-sexies, comma 4-bis, del D.L. 306/1992 è privo di qualsiasi normativa transitoria, così da accordare prevalenza all'immediata applicabilità della normativa processuale. Pertanto è la normativa a regime del Codice Antimafia che trova immediata applicazione, col solo limite della definitività delle situazioni pregresse e cioè dell'intangibilità dei decreti di trasferimento.

Restano, invece, prive di regolamentazione le altre ipotesi residuali di sequestro penale obbligatorio disposto su beni per cui è in corso una procedura esecutiva: in tutti questi casi sarà la giurisprudenza, secondo gli orientamenti in precedenza richiamati, a stabilire la prosecuzione o meno della procedura.

5. La sorte dei rapporti pendenti

L'art. 56 del Codice Antimafia introduce, nei limiti della compatibilità, la speculare disciplina contenuta negli artt. 72 e ss della legge fallimentare, anche qui con una scelta opinabile attesa l'ontologica differenza tra i due procedimenti.

In particolare è previsto che i rapporti pendenti al momento del sequestro (rapporti giuridici con il proposto o con l'attività di impresa del proposto⁴⁵) rimangono sospesi *ipso iure*, essendo demandata all'amministratore giudiziario con l'autorizzazione⁴⁶ del giudice delegato, la scelta tra subentrare nel contratto in luogo del proposto assumendo tutti i relativi obblighi ovvero risolvere il contratto. In quest'ultimo caso il contraente ha diritto di far valere nel passivo, secondo le disposizioni della verifica dei crediti, il credito conseguente al mancato

⁴⁴ Cass., Sez. Civ. III, n. 22814/2013.

⁴⁵ Non si rinvencono particolari esclusioni per la tipologia di rapporti, ivi compresi quelli inerenti all'azienda sequestrata o confiscata, ad eccezione di quei contratti per i quali lo stesso Codice Antimafia detta una disciplina differenziata. Si pensi al contratto di comodato per il quale il Codice prevede espressamente una diversa regolamentazione (art. 21, art. 23, commi 2° e 4° e art. 52, commi 4° e 5°). In tali casi l'amministratore giudiziario può comunque sciogliere il contratto di comodato sulla base delle ordinarie norme esercitando il diritto di recesso. In ogni caso il sequestro, al pari della dichiarazione di fallimento per il curatore, consente all'amministratore giudiziario l'esercizio del recesso per urgente e impreveduto bisogno *ex art. 1809 c.c.* (cfr. Tribunale di Taranto, sentenza 23 gennaio 2015).

⁴⁶ Come evidenziato da attenta dottrina, l'espressa necessità dell'autorizzazione del Giudice delegato impedisce decisioni tacite o per fatti concludenti da parte dell'amministratore giudiziario. MENDITTO F., *op. cit.*

adempimento.

La norma in esame ricalca pedissequamente la legge fallimentare anche con riferimento all'esclusione della facoltà di sciogliere il contratto qualora, nei contratti ad effetti reali (art. 1376 c.c.) sia già avvenuto il trasferimento del diritto. Analogamente al fallimento è prevista la possibilità per il contraente di mettere in mora l'amministratore giudiziario, facendo assegnare dal giudice delegato un termine non superiore a sessanta giorni, decorso il quale il contratto si intende risolto. Ancora il diritto del promissario acquirente, nel caso di scioglimento del contratto preliminare di vendita immobiliare trascritto, di far valere il proprio credito con la procedura di verifica dei crediti, con il privilegio ex art. 2775-bis a condizione che gli effetti della trascrizione non siano cessati anteriormente dalla data del sequestro e senza poter chiedere alcun risarcimento o indennizzo.

L'art. 56 consente al Giudice delegato, qualora dalla sospensione possa derivare un danno grave al bene, di autorizzare entro trenta giorni dall'esecuzione del sequestro, la provvisoria esecuzione dei rapporti pendenti. Tale previsione assume particolare rilievo con specifico riferimento alla gestione delle aziende proprio per la dinamicità dell'attività di impresa. In proposito l'attuale previsione, a differenza del regime previgente (ove l'attività d'impresa proseguiva previa autorizzazione del giudice delegato), non tiene conto delle implicazioni negative che il regime automatico di sospensione può determinare per la gestione di un bene aziendale. Al riguardo nella prassi tribunitaria il Giudice delegato – all'atto dell'esecuzione del sequestro - autorizza l'esercizio provvisorio di talché l'amministratore giudiziario, una volta immesso nel possesso dell'azienda, può proseguire nell'immediatezza nei contratti in corso, salva la successiva decisione di sospenderli con autorizzazione del Giudice delegato. Nel momento in cui l'amministratore giudiziario subentra nel rapporto ritenendolo funzionale al procedimento, i relativi crediti, sempreché certi liquidi ed esigibili, saranno ontologicamente in buona fede e preveducibili⁴⁷.

⁴⁷ Per un'applicazione dell'art. 56 ai rapporti di lavoro relativi ad un'azienda sequestrata cfr. Cassazione, sezione Lavoro Sentenza 17 luglio 2015, n. 15041: *"Con il secondo motivo, denunciando violazione del Decreto Legislativo n. 159 del 2011, articoli 35 e 56 e della Legge n. 300 del 1970, articolo 18 la ricorrente, in sostanza, lamenta che la Corte territoriale ha violato la normativa del codice antimafia, in quanto, pur riconoscendo la natura speciale e di ordine pubblico della stessa ("stante la fonte iure imperii del fatto risolutivo occorso nella vicenda in esame") ha ritenuto nella specie violato la Legge n. 604 del 1966, articolo 2 e inapplicabile il Decreto Legislativo n. 159 del 2011, articolo 56. In particolare la ricorrente rileva che tale ultima norma trova applicazione anche ai rapporti di lavoro ed in specie a quei rapporti che in virtù della previsione di cui all'articolo 35 dello stesso Decreto Legislativo, non possono essere proseguiti, per cui l'amministratore giudiziario può risolverli, come è avvenuto nel caso in esame, su autorizzazione del Giudice. Tale motivo è fondato, come di seguito, e tanto basta per accogliere il ricorso. Il Decreto Legislativo n. 159 del 2011 (Codice antimafia) all'articolo 41, comma 4, stabilisce che "I rapporti giuridici connessi all'amministrazione dell'azienda sono regolati dalle norme del codice civile, ove non espressamente disposto" e all'articolo 56, ("Rapporti pendenti") dispone che "1. Se al momento dell'esecuzione del sequestro un contratto relativo al bene o all'azienda sequestrata è ancora ineseguito o non compiutamente eseguito da entrambe le parti, l'esecuzione del contratto rimane sospesa fino a quando l'amministratore giudiziario, previa autorizzazione del giudice delegato, dichiara di subentrare nel contratto in luogo del proposto, assumendo tutti i relativi obblighi, ovvero di risolvere il contratto, salvo che, nei contratti ad effetti reali, sia già avvenuto il trasferimento del diritto." Lo stesso Decreto Legislativo all'articolo 35, comma 3 stabilisce, poi, che "Non possono essere nominate le persone nei cui confronti il provvedimento è stato disposto, il coniuge, i parenti, gli affini e le persone con esse conviventi, né le persone condannate ad una pena che importi l'interdizione, anche temporanea, dai pubblici uffici o coloro cui sia stata irrogata una misura di prevenzione. Le stesse persone non possono, altresì, svolgere le funzioni di ausiliario o di collaboratore dell'amministratore giudiziario". Essendo evidente il carattere speciale della normativa e la finalità di ordine pubblico, che non può che comprendere tutti i contratti relativi al bene e all'azienda sequestrata, nonché tutti i rapporti di collaborazione con le persone indicate, deve affermarsi la applicabilità della normativa speciale anche ai rapporti di lavoro, per i quali, quindi (al di là di quanto previsto dalla normativa ordinaria, che resta applicabile "ove non espressamente disposto"), è prevista, tra l'altro, una risoluzione del rapporto con recesso da parte dell'amministratore giudiziario, autorizzato dal giudice, nei confronti dei soggetti indicati dall'articolo 35. In tal caso è la stessa legge speciale che, in ragione della finalità di ordine pubblico, prevede la giustificazione del licenziamento, che, del resto, non ha natura disciplinare".*

6. La tutela dei terzi negli altri sequestri

L'esigenza di tutelare l'ordine pubblico se è particolarmente avvertita nei sequestri di prevenzione e in quelli penali *ex art. 12-sexies*, D.L. n. 306/1992, potrebbe, invece, assumere un ruolo secondario, rispetto alla tutela dei diritti dei terzi nei sequestri diversi da quelli sopra citati e applicati in base ad altre disposizioni penali.

A titolo esemplificativo nella confisca penale per equivalente (artt. 322-*ter* c.p. e altre analoghe: reati tributari, truffa aggravata ai danni dello Stato o per conseguire erogazioni pubbliche, riciclaggio, ecc.) si dovrà tener conto, per come stabilito dall'art. 6, comma 4, Legge n. 97/2001 che, nel caso trattasi di immobili, si procederà all'acquisizione di diritto al patrimonio disponibile del Comune nel cui territorio si trovano.

Per la confisca penale di cui all'art. 240 c.p. diversa dalle fattispecie di cui sopra, la tutela dei diritti dei terzi dovrà essere più accentuata, in considerazione che la stessa non potrà estendersi oltre il limite di andare a sacrificare il diritto dei terzi, senza una giustificazione di un interesse costituzionale da tutelare. In tali casi si ritiene che la valutazione della buona fede dei terzi dovrà essere valutata con minore rigore rispetto alle ipotesi previste nei casi del procedimento di prevenzione o confisca penale *ex art. 12-sexies* del D.L. n. 306/1992, anche tenendo conto della fattispecie di reato penalmente accertato e del collegamento con il terzo⁴⁸.

⁴⁸ Nel presente lavoro volutamente non si è fatto riferimento ai rapporti tra procedura di prevenzione e procedura fallimentare oggetto di un imminente e distinto articolo.



LE ULTERIORI PROPOSTE DEI COMMERCIALISTI IN MATERIA DI “CRISI DI IMPRESA”

Paola Rossi

Sommario: 1. Premessa – 2. Il privilegio generale sui beni mobili del debitore – 2.1. Le modifiche proposte – 3. La fase esecutiva – 3.1. L’ipoteca esattoriale – 3.2. L’insinuazione al passivo dell’Agente della riscossione – 3.3. Sintesi delle modifiche proposte.

1. Premessa

Come anticipato nel nostro documento del 31 gennaio u.s.¹, “*Il contributo del CNDCEC alla riforma della crisi di impresa – Profili tributari*” che il Consiglio Nazionale ha recentemente presentato alla Commissione Rordorf², sono raccolti oltre che alcuni suggerimenti di modifica riguardanti l’istituto della transazione fiscale (art. 182-ter L.F.), anche altri interventi normativi aventi ad oggetto il sistema dei privilegi tributari (art. 2752 c.c.) e la disciplina dell’insinuazione al passivo dell’Agente della riscossione (art. 87 e ss. DPR n. 602/1973).

Come per l’istituto della transazione, anche per il sistema dei privilegi tributari deve rilevarsi come l’obiettivo del legislatore di ricondurre l’Erario sullo stesso piano degli altri creditori concorsuali, o comunque quello di contemperare l’interesse della procedura con l’interesse fiscale, sia rimasto frustrato a favore di un ingiustificato “*favor fisci*” a tutto danno dei creditori comuni.

2. Il privilegio generale sui beni mobili del debitore

Come noto, il privilegio generale sui beni mobili del debitore (art. 2752, comma 1), per lungo tempo escluso, è stato esteso oltre che alle imposte anche alle sanzioni amministrative tributarie dall’art. 23, comma 37 del D.L. 6 luglio 2011, n. 98, convertito in L. 15 luglio 2011, n. 111³.

La scelta di accordare un privilegio anche alle sanzioni amministrative tributarie ha fatto nuovamente prevalere l’interesse fiscale su quello della procedura, la cui massa debitoria pare così destinata al quasi totale soddisfacimento delle imposte e delle relative sanzioni, ossia, non di rado, delle due principali voci d’indebitamento, a tutto discapito degli altri creditori.

A ciò deve aggiungersi che la decisione di conferire un privilegio alle sanzioni mal si concilia anche con i principi del sistema sanzionatorio tributario, chiaramente ispirato al diritto punitivo penale ed ai principi di personalità e di colpevolezza. Il “peso” delle sanzioni, necessariamente riconducibile, per dolo o per colpa, alla persona del debitore, con tale

¹ “*Transazione fiscale: le proposte dei commercialisti “in linea” con la UE*” scaricabile dal sito www.fondazionenazionalecommercialisti.it sezione documenti.

² Commissione costituita con decreto del Ministro della Giustizia del 28 gennaio 2015.

³ Per una breve rassegna dei recenti sviluppi della disciplina codicistica dei privilegi relativi ai crediti erariali si v. E. STASI, *L’impatto delle modifiche in tema di crediti erariali privilegiati sulle procedure fallimentari in corso*, in *Corr. trib.*, 2012, 290; S. GHINASSI, *Privilegi [dir. trib.]*, in “*Diritto on line*” – Treccani. In giurisprudenza si v.: Corte Costituzionale, 4 luglio 2013, n. 170, con nota di M. MONTANARI, *Sulla (dubbia) incostituzionalità del regime retroattivo delle norme che hanno esteso la sfera applicativa del privilegio tributario ex art. 2752 c.c.*, in *GT – Riv. giur. trib.*, 2014, 21, e con nota di A. MARINELLO, *Incostituzionale l’applicazione retroattiva dei privilegi ai crediti tributari*, in *Dir. prat. trib.*, 2014, 121.

estensione finisce, infatti, per essere ingiustificatamente sostenuto da altri soggetti, totalmente estranei all'illecito tributario.

Sempre nell'ambito del sistema dei privilegi, un secondo aspetto di criticità riscontrabile sempre nel disposto dell'art. 2752 c.c., concerne la scelta del legislatore di accordare un titolo preferenziale sui beni mobili del debitore⁴ ad un tributo di natura immobiliare, quale l'IMU (ex ICI)⁵. Il profilo di contraddizione, in questo caso, discende dal fatto che l'art. 2752 c.c., ultimo comma, attribuisce il privilegio generale mobiliare ad un tributo di natura immobiliare⁶.

2.1. Le modifiche proposte

Tanto premesso, all'attuale testo dell'art. 2752 c.c., il CNDCEC ha proposto di apportare le seguenti modifiche:

- a) abrogazione della norma (art. 2752, comma 1) nella parte in cui ha esteso il privilegio mobiliare alle sanzioni tributarie;
- b) previsione di un privilegio immobiliare per il tributo immobiliare comunale (IMU, ex ICI). Nella prospettiva di un sistema logico e coordinato tra regime dei privilegi per i tributi erariali e regime dei privilegi per i tributi locali, l'IMU (e l'imposta che andrà a sostituirla) dovrà essere assistita dal privilegio immobiliare, ad esempio *ex art. 2772 c.c.*, così come previsto in passato per l'INVIM.

Tuttavia l'art. 2772 c.c. non offre alcun appiglio per interpretazioni estensive tali da portare al riconoscimento del privilegio immobiliare del credito IMU. Sarebbe pertanto necessario che il legislatore intervenisse o sull'art. 2772 c.c. (ancorché l'IMU oltre ad essere un tributo immobiliare si configura anche come un tributo diretto, mentre la norma fa riferimento a "*Crediti per tributi indiretti*") sostituendo alla cessata INVIM il nuovo tributo immobiliare locale, oppure "resuscitare" l'abrogato art. 2773 c.c.⁷, rubricato "*Crediti dei comuni e delle province per tributi*", a mente del quale i crediti dei comuni e delle province per i tributi previsti dalla legge per la finanza locale (in tal caso andrebbe semplicemente specificato "*per il tributo locale immobiliare*") hanno privilegio sopra gli immobili ai quali i tributi stessi si riferiscono.

⁴ L'ultimo comma dell'art. 2752 c.c. è stato oggetto di interpretazione autentica ad opera del D.L. n. 201/2011 per quanto riguarda il riconoscimento del privilegio generale a tutti i tributi comunali e provinciali, anche non espressamente indicati e/o istituiti in un momento successivo, in aggiunta a quelli esplicitamente previsti dalla legge per la finanza locale. L'art. 13, co. 3 del D.L. n. 201/2011 ha, infatti, precisato che ai fini del citato art. 2752, co. 4, il riferimento alla «*legge per la finanza locale*» deve intendersi effettuato a tutte le disposizioni che disciplinano i tributi comunali e provinciali, anche di nuova introduzione.

⁵ Sul punto si v. A. QUATTROCCHI, *L'art. 2752, 4° comma, c.c. e la natura del credito I.c.i. nel fallimento*, in *Dir. prat. trib.*, 2005, I, 1381; M. POLLIO, *Il privilegio ex art. 2752, ultimo comma, c.c., si applica a tutti i tributi locali*, in *Fall.*, 2006, 343.

⁶ L. DEL FEDERICO, *L'ICI ed il privilegio ex art. 2752 c.c.: equivoci in tema di tributo immobiliare e privilegio mobiliare*, in *Fall.*, 2007, 833.

⁷ Articolo abrogato dall'art. 9, L. 29 luglio 1975, n. 426, che modifica il c.c. in materia di privilegi.

3. La fase esecutiva

Le proposte di modifica del CNDCEC aventi ad oggetto la fase esecutiva hanno riguardato, in particolare, l'iscrizione ipotecaria esattoriale (art. 77 e ss. DPR n. 602/73), proponendo per quest'ultima una corretta collocazione sistematica nel novero delle ipoteche legali, volontarie e giudiziali, ai fini della sua revocabilità o meno *ex art. 67, comma 1, n. 4) L.F.*, nonché la razionalizzazione della disciplina dell'insinuazione nel passivo da parte dell'Agente della riscossione (art. 87 e ss. DPR n. 602/1973) nel tentativo di accordandola ai nuovi strumenti impositivi ed al parziale superamento del ruolo.

3.1. L'ipoteca esattoriale

Il CNDCEC ha deciso di intervenire sull'ipoteca esattoriale al fine di dare a quest'ultima una giusta collocazione sistematica proponendo di assimilarla ad una delle tre tipologie civilistiche oggi vigenti (*legale, volontaria, giudiziale*)⁸.

A questo proposito, la tematica è stata affrontata prendendo le mosse da alcune recenti pronunce giurisprudenziali. La Suprema Corte, infatti, nella sentenza 1 marzo 2012, n. 3232⁹, ha affrontato proprio il problema della **natura giuridica** dell'ipoteca iscritta *ex art. 77 DPR n. 602/73* e della sua revocabilità o meno *ex art. 67, comma 1, n. 4) L.F.*¹⁰. I giudici di legittimità, chiamati a comporre un risalente contrasto tra i giudici di merito (assimilazione all'ipoteca giudiziale e, quindi, revocabilità dell'ipoteca *vs* assimilazione all'ipoteca legale e, dunque, sua irrevocabilità)¹¹, pur avendo concluso per la non revocabilità dell'ipoteca "fiscale", hanno scelto di non aderire all'uno o all'altro dei due orientamenti, optando per una terza via argomentativa. La Corte, infatti, sembra aver individuato un regime derogatorio ed eccezionale, che si sostanzia in un *quartum genus* (c.d. *ipoteca esattoriale*) autonomo rispetto alle tre tipologie previste e regolate dal codice civile, in quanto non assimilabile, per natura e finalità, a quelle codicistiche.

A tal fine la Corte ha, dapprima, escluso l'assimilazione all'ipoteca volontaria (art. 2821 c.c.), in quanto quest'ultima presuppone l'adesione del debitore (quella esattoriale consiste, invece, in una dichiarazione unilaterale del creditore); successivamente ha escluso anche l'assimilazione a quella legale (art. 2817 c.c.), per la quale il legislatore ha individuato l'iscrizione automatica su specifici beni immobili oggetto di negoziazione in ragione dell'avvertita esigenza di rafforzare l'adempimento di specifiche obbligazioni (quella

⁸ Come è noto, il codice civile disciplina rispettivamente l'ipoteca legale all'art. 2817, quella giudiziale all'art. 2818, e quella volontaria all'art. 2821.

⁹ In banca dati *fisconline* con nota di M. DENARO, *Ipoteca esattoriale e revocatoria fallimentare*, in *Il fisco*, 2012, 586, ed anche in banca dati *Il fallimento*, con nota di C. TABELLINI, *Revocabilità o irrevocabilità dell'ipoteca fiscale*, in *Il Fallimento*, 2012, 651.

¹⁰ A mente del quale: *Sono revocati, salvo che l'altra parte provi che non conosceva lo stato d'insolvenza del debitore [omissis] le ipoteche giudiziali o volontarie costituite entro sei mesi anteriori alla dichiarazione di fallimento per debiti scaduti*.

¹¹ Per una disamina delle teorie opposte, anche in punto di revocabilità, si v. C. NOUVION, *L'ipoteca esattoriale tra interventi legislativi e nomofilattici. Nuove tutele per il contribuente in una disciplina marcatamente favor fiscis anche in sede fallimentare*, in *Dir. prat. trib.*, 2013, 819; F. GALLIO – F. TERRIN, *Esclusa la revocatoria fallimentare sulla ipoteca esattoriale: ma i problemi sono tutti risolti ?* in *Corr. trib.*, 2012, 1791; P. TURIS, *Ipoteca esattoriale e azione revocatoria in il fisco*, 2012, 2002.

esattoriale non è automatica, ma richiede l'attivazione del creditore), e, infine, con quella giudiziale (art. 2818 c.c.) che presuppone l'esistenza di un provvedimento giudiziale (quella esattoriale, invece, è basata su un provvedimento amministrativo).

Pur nella consapevolezza delle peculiarità che caratterizzano l'ipoteca *ex art. 77 DPR n. 602/73*, il CNDCEC ha ritenuto preferibile evitare la creazione di un *quartum genus*, e di procedere, al contrario, all'assimilazione ad una delle tre tipologie già previste dal codice civile.

Sul punto, la dottrina che ha affrontato il tema, è pressoché unanime nel ritenere applicabile all'ipoteca *ex art. 77 DPR n. 602/73* la disciplina dell'ipoteca legale¹².

Come per le altre ipoteche legali elencate nell'art. 2817 c.c. che trovano titolo in un fatto o atto qualificato dalla legge come presupposto per l'iscrizione della garanzia e si giustificano con la natura del credito cui accedono, infatti, l'ipoteca *ex art. 77* ricollega al credito iscritto a ruolo (o divenuto definitivo ed "affidato" all'agente della riscossione nel caso del nuovo accertamento esecutivo) il diritto ad ottenere la costituzione dell'ipoteca¹³.

Date queste premesse, e considerato che l'ipoteca "fiscale" partecipa maggiormente delle caratteristiche delle ipoteche legali derivando in modo diretto dalla legge, deve escludersi la sua revocabilità *ex art. 67, comma 1, n. 4) L.F.*, articolo che prevede la revocabilità delle sole ipoteche volontarie o giudiziali.

3.2. *L'insinuazione al passivo dell'Agente della riscossione*

Sempre per quanto attiene la fase esecutiva, si è ritenuto opportuno intervenire anche sulla disciplina dell'insinuazione al passivo da parte dell'Agente della riscossione (art. 87 e ss. DPR n. 602/1973) accordandola e coordinandola con i nuovi atti impositivi (accertamento esecutivo)¹⁴, essendo oramai non più procrastinabile il superamento dell'originaria formulazione delle disposizioni di cui al DPR n. 602/73 che ancora legano l'insinuazione al passivo dell'Agente alla sola trasmissione del ruolo da parte dell'Ente impositore.

A tal proposito, ed al fine di evitare pericoli arresti giurisprudenziali aventi l'obiettivo di privilegiare le pretese del Fisco consentendone un'anticipata ammissione al passivo in palese contrasto col dato normativo, il CNDCEC ha ritenuto opportuno individuare in modo tassativo gli atti in relazione ai quali l'Agente della riscossione (e non l'Agenzia delle entrate, nel rispetto delle rispettive funzioni ed evitando sovrapposizioni di competenze) possa insinuarsi nel passivo.

¹² Cfr. F. SORRENTINO, *Ipoteca esattoriale e difesa del contribuente*, in *il fisco*, 2010, 454; L. DEL FEDERICO, *Ipoteca e fermo nella riscossione: tra salvaguardia dell'interesse fiscale e tutela del contribuente*, in *Giust. trib.*, 2007 p. 427; M. CANTILLO, *Ipoteca iscritta dagli agenti della riscossione e tutela giudiziaria del contribuente*, in *Rass. trib.*, 2007, 11.

¹³ Tale conclusione, che poggia sull'assunto che l'ipoteca fiscale deriva in modo diretto dalla legge, era stata invero già anticipata dalla Suprema Corte in una risalente pronuncia (cfr. 9 aprile 1999, n. 3462), nella quale era stato osservato che l'ipoteca fiscale deve denominarsi legale in quanto prevista espressamente dalla legge da cui deriva in modo diretto, essendosi ritenuto il credito, alla cui garanzia assolve, degno di particolare tutela alla pari delle altre ipotesi di ipoteca legale previste dal codice civile (art. 2817) per le quali sussiste di regola contestualità fra la nascita del titolo per l'iscrizione e l'insorgenza del credito.

¹⁴ In tema di insinuazione al passivo dei crediti vantati dall'ente impositore, si v. A. GUIOTTO, *Vecchi orientamenti e nuove criticità nell'accertamento fallimentare dei crediti tributari*, in *Il Fallimento*, 2011, 1418.

Anche in questo caso, prima di soffermarsi sulle diverse soluzioni prospettabili, si è ritenuto opportuno ripercorrere la recente giurisprudenza formatasi sul tema¹⁵, al fine coordinarla sia con il dato normativo¹⁶, che con la riforma del sistema dell'accertamento e della riscossione intervenute nel 2010¹⁷.

Le Sezioni Unite, con sentenza del 15 marzo 2012, n. 4126, hanno confermato un *trend* evolutivo che negli anni ha sempre più svalutato l'importanza del ruolo ai fini dell'ammissione al passivo fallimentare dei crediti tributari, affermando che la domanda di ammissione al passivo avente ad oggetto un credito di natura tributaria non presuppone necessariamente la precedente iscrizione a ruolo del credito azionato, la notifica della cartella di pagamento e l'allegazione all'istanza della documentazione comprovante l'avvenuto espletamento di dette incombenze, potendo, al contrario, esser basata anche su un titolo diverso. Sempre in controtendenza rispetto al dato normativo, la stessa Corte ha, altresì, sostenuto che la legittimazione dell'Agente a far valere il credito tributario per l'ammissione al passivo nell'ambito della procedura fallimentare non esclude la legittimazione dell'Amministrazione finanziaria, che conserva, in ogni caso, la titolarità del credito azionato. Le conclusioni cui giunge la Corte alterano, snaturandolo, il sistema normativo vigente. Rimanendo fedeli al dato letterale dell'art. 87, 2 comma DPR n. 602/73, infatti, l'ammissione al passivo è attualmente consentita unicamente in base al ruolo, ovvero ad atti equipollenti. Risulta, pertanto, evidente che le aperture giurisprudenziali in merito all'idoneità di atti diversi dal ruolo ai fini dell'ammissione al passivo risultano foriere di incertezze e rischi per lo stesso Erario, in quanto scardinano la logica procedimentale su cui sono fondate la funzione impositiva e quella esattiva. Anticipare l'ammissione nel passivo fallimentare in una fase in cui la gestione del tributo è ancora nella sfera di competenza dell'Agenzia, vuol dire alterare il riparto normativo di competenze, creando una zona grigia e discrezionale in cui potrà essere l'ufficio ad attivarsi in luogo dell'Agente della riscossione, con conseguenti rischi di una duplicazione di funzioni, ruoli e competenze, nonché una disparità di trattamento tra ipotesi in cui all'Agente della riscossione compete l'aggio, rispetto a quelli in cui ad insinuarsi sia l'Agenzia cui l'aggio (per legge) non compete.

¹⁵ Cfr. Cass., SS.UU., n. 4126 del 15 marzo 2012, in banca dati *fisconline* con nota di P. TURIS, *Insinuazione al passivo ad opera dell'Agenzia delle Entrate*, in *il fisco*, 2012, 2145; pubblicata anche in banca dati *Il Fallimento*, con nota di L. DEL FEDERICO, *Le innovazioni delle Sezioni Unite in tema di ammissione al passivo fallimentare dei crediti tributari*, in *Il Fallimento*, 2013, 49. Sul punto si veda anche M. MONTANARI, *Il nuovo verbo delle Sezioni Unite in materia di titolo e legittimazione ad agire per l'ammissione al passivo dei crediti tributari*, in *GT - Riv. giur. trib.*, 2012, 562; F. RASI, *Ammissione al passivo e legittimazione dell'Agenzia delle Entrate: un'anticipazione di futuri sviluppi legislativi?*, in *Dir. prat. trib.*, 2013, 152.

¹⁶ Cfr. art. 87 DPR n. 602/73 a mente del quale il Concessionario può, per conto dell'Agenzia, insinuarsi al passivo fallimentare sulla base del ruolo.

¹⁷ Cfr. art. 29 D.L. n. 78 del 31 maggio 2010, convertito con L. 30 luglio 2010, n. 122, che ha parzialmente soppresso la riscossione a mezzo ruolo (per IRPEF, IRES, IVA e IRAP), e riconosciuto la natura di titolo esecutivo all'avviso di accertamento (c.d. accertamento esecutivo). Per quel che concerne le esigenze di coordinamento normativo, s'impone un richiamo al decreto del Direttore dell'Agenzia delle Entrate del 30 giugno 2011, in forza del quale “*i riferimenti contenuti in norme vigenti al ruolo ed alla cartella di pagamento si intendono effettuati all'avviso di accertamento ed al provvedimento di irrogazione delle sanzioni*” mentre “*i riferimenti alle somme iscritte a ruolo si intendono effettuati alle somme affidate agli agenti della riscossione*”.

3.3. Sintesi delle modifiche proposte

Alla luce delle considerazioni che precedono e cercando di rimanere “fedeli” al dato normativo, il CNDCEC ha escluso un’anticipata ammissione al passivo, ammissione che deve rimanere onere dell’Agente della riscossione, che la esercita sulla base del ruolo.

Allo stesso modo, però, il Consiglio ha ritenuto necessario implementare la normativa relativa al titolo legittimante l’iscrizione a ruolo alla luce della citata riforma operata dall’art. 29 D.L. n. 78/2010, che ha introdotto l’accertamento esecutivo (in parziale sostituzione del ruolo)¹⁸.

A seguito di tali modifiche sono stati identificati ulteriori titoli esecutivi, e precisamente:

- nel caso di tributi per i quali continua ad operare l’ordinaria riscossione a mezzo ruolo, che a norma dell’art. 17 D.Lgs. n. 46/99 costituisce l’unico titolo esecutivo che legittima la riscossione coattiva delle entrate dello Stato, dirette ed indirette, e degli altri enti pubblici anche previdenziali, l’Agente deve allegare alla domanda di ammissione al passivo il ruolo e la cartella di pagamento ritualmente notificata;
- nel caso di imposte sui redditi, IRAP ed IVA, dove trova applicazione il nuovo regime dell’accertamento esecutivo, l’Agente dovrà chiedere l’ammissione al passivo sulla base dell’accertamento esecutivo (o del provvedimento di irrogazione delle sanzioni) purché le somme divenute definitive siano già state a lui affidate attraverso la c.d. “presa in carico” ai sensi del decreto del Direttore dell’Agenzia delle Entrate del 30 giugno 2011. Alla domanda di ammissione al passivo andrà, dunque, allegato l’accertamento esecutivo ritualmente notificato e l’opportuna documentazione di comunicazione di presa in carico delle relative somme;
- per i tributi locali, o più in generale, per la riscossione di taluni tributi minori non statali, per i quali la riscossione avviene tramite ingiunzione fiscale (di cui al R.D. n. 639 del 1910), il titolo giustificativo del credito sarà costituito dall’ingiunzione ritualmente notificata, in quanto titolo del tutto analogo al ruolo.

Se, dunque, la *ratio* sottesa al *trend* evolutivo delle Sezioni Unite è quella di avvicinare la posizione dell’Erario a quella del creditore comune, il quale, se intende partecipare al concorso non deve necessariamente essere in possesso di un titolo esecutivo, non può, tuttavia, dimenticare il dato normativo volto a limitare, in ambito concorsuale, il potere autoritativo di cui gode, per sua natura, l’Amministrazione finanziaria.

Quest’ultima, infatti, avvalendosi dei suoi poteri, predispone unilateralmente gli atti impositivi e i titoli esecutivi, ma tale circostanza deve essere limitata e circoscritta garantendo l’ammissione al passivo dell’ufficio (per mezzo dell’Agente della riscossione) unicamente nei casi in cui la pretesa impositiva abbia quella ragionevole stabilità tale da legittimare l’esecuzione coattiva sulla base del *ruolo* (previa notifica della cartella di pagamento), ovvero sulla base dell’*accertamento esecutivo* (previa “presa in carico” delle somme), o, infine, dell’*ingiunzione fiscale*.

¹⁸ L. DEL FEDERICO, *Il trattamento dei crediti erariali e previdenziali*, in AA.VV., *Conservazione dell’impresa e tutela dei crediti nelle crisi aziendali*, (a cura di) M. Fabiani e A. Guiotto, Torino, 2015, 272; F. PAPARELLA, *L’ammissione al passivo fallimentare dei crediti fiscali a seguito della soppressione del ruolo*, in *Dir. prat. trib.*, 2011, 1209.



Consiglio Nazionale
dei Dottori Commercialisti
e degli Esperti Contabili

**Fondazione
Nazionale dei
Commercialisti**

DOCUMENTO

FEBBRAIO 2016

SOCIETÀ A RESPONSABILITÀ LIMITATA SEMPLIFICATA

Ricercatori FNC

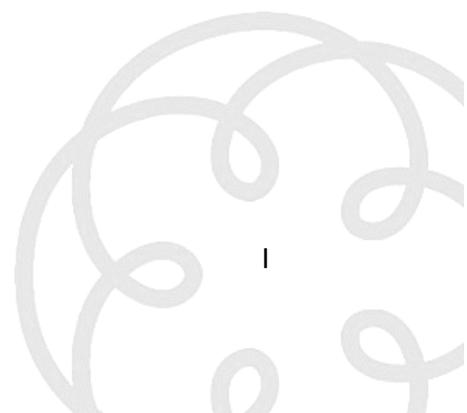
**Cristina Bauco
Tommaso Di Nardo
Nicola Lucido**





INDICE

PRESENTAZIONE DI GIORGIO SGANGA	II
PREFAZIONE DI RAFFAELE MARCELLO E ANDREA FOSCHI	III
LA SOCIETÀ A RESPONSABILITÀ LIMITATA SEMPLIFICATA	1
1. Premessa	1
2. L'ultima modifica del 2013	3
3. Da s.r.l. a capitale ridotto a s.r.l.s.	6
4. La costituzione della s.r.l.s.	7
5. Sul conferimento	12
6. Sull'amministrazione e controllo	13
7. Sul trasferimento di partecipazioni societarie e sulla costituzione di vincoli.....	15
8. Le operazioni sul capitale. La trasformazione: cenni.....	15
9. Il patrimonio della società e il fenomeno della sottocapitalizzazione	18
10. Le perdite di esercizio nelle s.r.l.s.....	30
11. Analisi statistica delle s.r.l.s.	36
12. Tabelle	39





PRESENTAZIONE

Con questo documento si dà avvio ad una serie di iniziative editoriali che vedranno la collaborazione proficua tra il Consiglio Nazionale dei Dottori Commercialisti e degli Esperti Contabili (CNDCEC) e la Fondazione Nazionale dei Commercialisti (FNC).

Si tratta di un progetto che si pone come precipuo obiettivo quello di realizzare lavori di tipo scientifico, ma nel contempo operativi, che possano essere di valido supporto per i Commercialisti.

In tal senso, le tematiche - partendo dalle più attuali - saranno affrontate con approfondimenti sia da un punto di vista giuridico che da un punto di vista aziendalistico, con particolare riguardo anche agli aspetti contabili e fiscali. A ciò si affiancheranno delle indagini statistiche che, all'occorrenza, verranno trattate per comprovare la scientificità dei documenti realizzati.

I documenti avranno, quindi, l'ambizione di essere chiari nel loro linguaggio, con l'intento di garantirne la fruibilità da parte del libero professionista che quotidianamente si trova a dover affrontare le richieste dei propri clienti.

Il progetto editoriale vuole, inoltre, porre l'attenzione su tematiche spesso sottovalutate dagli operatori del settore come, ad esempio, la pianificazione d'impresa, la redazione dei business plan, il controllo di gestione, ecc.

Il tutto a voler rimarcare la necessità di considerare la professione in tutte le sue accezioni sia di tipo "tradizionale" che "innovativo".

Il primo documento elaborato tratta delle "Società a responsabilità limitata semplificata", poiché argomento che tutt'oggi presenta alcune criticità.

Giorgio Sganga

Presidente Fondazione Nazionale dei
Commercialisti



PREFAZIONE

A seguito di reiterati interventi normativi, l'attuale disciplina della società a responsabilità limitata è fortemente mutata.

Il tipo societario appare destinato ad assumere nel tempo un ruolo fondamentale anche e soprattutto in vista degli obiettivi di politica legislativa volti a favorire l'accesso all'attività di impresa con mezzi minimi.

La riscrittura delle regole pone la s.r.l. in una prospettiva privilegiata rispetto agli altri tipi societari, sia di persone che di capitali.

Rispetto ai primi, infatti, la possibilità di costituire una società con capitale inferiore ai 10.000 euro colloca la s.r.l. in una fascia di mercato finora riservata alle società di persone, rendendola a seguito delle modifiche degli ultimi anni che hanno condotto all'elaborazione della disciplina della società a responsabilità limitata semplificata (di seguito s.r.l.s.), maggiormente allettante per via dei risparmi conseguiti in fase di costituzione. Il nuovo quadro normativo, enfatizza, allora, la ratio su cui è stata declinata la disciplina della s.r.l. a seguito della riforma del diritto societario che, in aderenza ai criteri direttivi della legge di delega n. 366/2001, ha fatto della s.r.l. un "autonomo ed organico complesso di norme, anche suppletivo, modellato sul principio della rilevanza centrale del socio e dei rapporti contrattuali tra soci".

Rispetto alla s.p.a., il generale assetto che è stato dato alla disciplina della s.r.l. consente di impiegare quest'ultima per le iniziative medio-grandi, fruendo all'occorrenza di modalità di raccolta del capitale di rischio e di accesso al credito tradizionalmente riservate alla s.p.a.

Volta a favorire l'ingresso dei giovani nel mondo del lavoro anche grazie alle agevolazioni concesse in occasione dell'avvio dell'iniziativa di impresa, è stata la novella del 2012, relativa all'introduzione della s.r.l.s., a cui ha fatto seguito la previsione della società a capitale ridotto (nel prosieguo s.r.l.c.r.).

Attualmente la disciplina della s.r.l. consente di costituire la società con capitale al di sotto dei 10.000 euro e pari almeno ad 1 euro e di fruire di agevolazioni anche fiscali in sede di costituzione optando per la s.r.l.s. ex art. 2463-bis c.c.

Il presente documento si propone l'obiettivo di fornire una disamina della attuale normativa e, in particolare, di mettere in luce gli aspetti caratterizzanti la disciplina della s.r.l.s. in quanto variante organizzativa prescelta in fase di start up dell'iniziativa economica.



A tal riguardo occorre precisare che non esistono previsioni di legge in cui tale destinazione della s.r.l.s. è specificata. A titolo di esempio, la legislazione belga, con riferimento all'omonima Société privée à responsabilité limitée starter, prevede che tale società perda il particolare statuto che la contraddistingue dopo 5 anni dall'inizio dell'attività.

L'inquadramento sistematico, in ogni caso induce a ritenere che questa sia l'effettiva vocazione della s.r.l.s. anche e soprattutto in considerazione della non trascurabile circostanza che attualmente il nostro ordinamento consente di costituire una s.r.l. ordinaria con capitale inferiore ai 10.000 euro per la quale non vengono previste, a differenza della s.r.l.s., particolari forme di agevolazioni o di esenzioni.

Alla luce di quanto precisato, il documento si propone, in particolare, di suggerire alcuni utili avvertimenti relativi all'applicazione o meno delle regole declinate per la s.r.l. ordinaria in punto di riduzione del capitale sociale per perdite, quando a seguito della sua ricostituzione non si producano modifiche dell'atto costitutivo.

Occorre, inoltre, segnalare, che è attualmente in discussione il disegno di legge sulla concorrenza (A.S. 2085) dove si consente di costituire una s.r.l.s., conformemente al modello standard tipizzato con decreto del Ministro della Giustizia di concerto con il Ministro dell'Economia e delle Finanze e con il Ministro dello Sviluppo Economico, anche per scrittura privata.

Per concludere, il presente documento si sviluppa lungo tre direttrici, di cui la prima di natura giuridica, che affronta argomenti quali la costituzione e lo statuto, l'amministrazione e le modifiche costitutive fino a giungere ad alcuni cenni sulla trasformazione. Una seconda, di tipo aziendalistico, in cui vengono trattati gli argomenti della sottocapitalizzazione nelle s.r.l.s. e la problematica relativa alla copertura delle perdite. Una terza, invece, che ha una valenza statistica per illustrare l'evoluzione del fenomeno delle s.r.l.s., sin dalla loro introduzione nel nostro ordinamento giuridico.

Raffaele Marcello

*Consigliere Nazionale con delega
ai Principi contabili, Principi di revisione
e Sistema dei controlli*

Andrea Foschi

*Consigliere Nazionale con delega
al Diritto Societario*



LA SOCIETÀ A RESPONSABILITÀ LIMITATA SEMPLIFICATA

1. Premessa

L'art. 3 del decreto legge n. 1 del 24 gennaio 2012, convertito con modificazioni dalla legge n. 27 del 24 marzo 2012, ha introdotto nel codice civile il nuovo art. 2463-*bis* c.c. rubricato "Società a responsabilità limitata semplificata". La s.r.l.s. aveva finalità di incentivare l'imprenditoria giovanile.

I soci dovevano essere in possesso di specifici requisiti soggettivi, vale a dire di requisiti anagrafici ricompresi tra i 18 e i 35 anni; il trasferimento delle partecipazioni a soggetti privi dei summenzionati requisiti anagrafici era sanzionato con la nullità e la scelta degli amministratori doveva ricadere tra i soci medesimi.

L'ammontare del capitale sociale della s.r.l.s. doveva essere pari almeno ad 1 euro ed inferiore all'importo di 10.000 euro previsto per la s.r.l. ordinaria, sottoscritto ed interamente versato alla data di costituzione all'organo di amministrativo.

Il legislatore, inoltre, prevedeva che l'atto costitutivo fosse redatto per atto pubblico ma in conformità al modello *standard* tipizzato dal Ministro della Giustizia, di concerto con il Ministro dell'Economia e delle Finanze e con il Ministro dello Sviluppo Economico. Si precisava, infine, per agevolare l'iniziativa dei più giovani, che l'atto costitutivo e l'iscrizione nel Registro delle imprese fossero esenti da diritto di bollo e di segreteria e che non fossero dovuti onorari notarili.

Il decreto legge n. 83 del 22 giugno 2012 convertito con modificazioni dalla legge n. 134 del 7 agosto 2012, introduceva la società a responsabilità limitata a capitale ridotto (di seguito, s.r.l.c.r.). Si trattava, in sintesi, di un'ulteriore variante della s.r.l. ordinaria fruibile per dettato normativo in fase di costituzione che, a differenza della s.r.l.s., poteva essere costituita da persone fisiche con età superiore ai 35 anni e nella quale, una previsione dell'atto costitutivo, consentiva di conferire l'incarico di amministrazione anche a persone fisiche diverse dai soci.

Non era previsto il ricorso al modello *standard* tipizzato né erano disposte esenzioni e agevolazioni in sede di costituzione.



Successivamente, in forza dell'art. 1 del decreto ministeriale n. 138 del 23 giugno 2012¹, veniva predisposto il modello *standard* tipizzato di atto costitutivo per la costituzione di s.r.l.s., allegato nella tabella A dello stesso decreto.

Il descritto quadro normativo era rivisitato nell'anno successivo, quando il decreto legge n. 76 del 28 giugno 2013², dopo aver previsto la soppressione della relativa disciplina, ha riqualificato, come s.r.l.s., le s.r.l.c.r., che alla data di entrata in vigore del decreto stesso, vale a dire alla data del 28 giugno 2013, risultavano iscritte al Registro delle imprese.

Per tramite dello stesso d.l. n. 76/2013 e per tramite anche delle modificazioni apportate in sede di sua conversione con la legge n. 99 del 9 agosto 2013, il legislatore tornava ad intervenire sulla disciplina della s.r.l.s. mutandone ulteriormente i tratti distintivi rispetto alla s.r.l. ordinaria. In quell'occasione, inoltre, venivano introdotti due nuovi commi nell'art. 2463 c.c. relativi alla possibilità di costituire una s.r.l. ordinaria con capitale inferiore a 10.000 euro, ma pari almeno ad 1 euro (quarto comma) e all'obbligo di formazione accelerata di una riserva nei casi in cui la società sia sottocapitalizzata (quinto comma).

A quest'ultimo proposito, il fenomeno della sottocapitalizzazione, e con esso le criticità di uno squilibrio finanziario, spesso trova una sua naturale conseguenza nei risultati negativi dell'esercizio amministrativo. Ne consegue la necessità di comprendere come possa essere trattata la perdita di esercizio nelle s.r.l.s. e se per le medesime debbano e possano essere applicati gli artt. 2482-*bis* e 2483-*ter* c.c., data la particolarità, per questa tipologia di società.

Questo documento presenta un'analisi statistica basata in parte su dati Movimprese e Unioncamere e in parte su dati estrapolati dalla Banca dati Bureau van Dijk. I dati elaborati mostrano, *in primis*, come l'introduzione della s.r.l.s. abbia avuto l'effetto di spingere ulteriormente l'espansione delle società di capitali, a partire dal 2013, a fronte dell'inesorabile declino delle società di persone che dal 2007 presentano un saldo tra iscrizioni e cessazioni costantemente negativo. Al 30 settembre 2015, le s.r.l.s. sfiorano le 80 mila unità a fronte di poco

¹ «Regolamento sul modello standard di atto costitutivo e statuto della società a responsabilità limitata semplificata e individuazione dei criteri di accertamento delle qualità soggettive dei soci in attuazione dell'articolo 2463-bis, secondo comma, del codice civile e dell'articolo 3, comma 2, del decreto-legge 24 gennaio 2012, n. 1, convertito, con modificazioni, dalla legge 24 marzo 2012, n. 27, recante «Disposizioni urgenti per la concorrenza, lo sviluppo delle infrastrutture e la competitività»». Il regolamento è entrato in vigore il 29 agosto 2012.

² Si tratta dell'art. 9, comma 14, del decreto legge n. 76 del 28 giugno 2013, convertito con modificazioni dalla legge n. 9 del 9 agosto 2013, e recante «Primi interventi urgenti per la promozione dell'occupazione, in particolare giovanile, della coesione sociale, nonché in materia di Imposta sul valore aggiunto (IVA) e altre misure finanziarie urgenti», pubblicato in G.U. n. 150 del 28 giugno 2013. Il provvedimento è entrato in vigore il 28 giugno 2013.



più di 1 milione e mezzo di società di capitali e 1 milione e 63 mila società di persone. Il numero di s.r.l.s. cresce costantemente, da 3.500 circa del 2012 e oltre 16 mila del 2013 a quasi 28 mila del 2014 e 40 mila del 2015. Dall'analisi dei dati di bilancio, emerge come il 42% delle s.r.l.s. presenti un bilancio in perdita e di queste il 64% presenta una perdita superiore al capitale sociale. Altro dato rilevante, che emerge dall'analisi statistica, è il numero di s.r.l.s. unipersonali che sfiora il 50%.

2. L'ultima modifica del 2013

Come accennato in precedenza, la novella del 2013 ha comportato la: i) riscrittura dell'art. 2463-*bis* c.c. nei termini che di qui a breve analizzeremo; ii) la modifica dell'art. 2463 c.c. relativo alla costituzione della s.r.l. inserendo nell'ambito di questa ultima disposizione due nuovi commi (il quarto e il quinto).

Tralasciando gli aspetti strettamente attinenti alla disciplina della s.r.l.s. su cui ci soffermeremo nel prosieguo, occorre sintetizzare quali siano le novità recate nei summenzionati quarto e quinto comma dell'art. 2463 c.c.

Con una manovra a dir poco originale, infatti, il legislatore del 2013 elimina la s.r.l. a capitale ridotto e ne sopprime la disciplina esterna rispetto al codice civile per inserirla, con i dovuti adattamenti, nel *corpus* dell'art. 2463, quarto e quinto comma, c.c. In tal modo vengono delineati i rari tratti di specialità, rispetto alla disciplina della s.r.l. ordinaria, di quella che è stata definita s.r.l. a *nummo uno*³ o a capitale minimo. Quest'ultima, infatti, è una s.r.l. tradizionale - come conferma la denominazione sociale che non deve contenere precipue indicazioni circa l'entità del capitale sociale - alla quale vengono applicate tutte le regole declinate negli artt. 2463 e ss. c.c. nei limiti di compatibilità in ragione della precipua disciplina descritta dal legislatore in considerazione dei criteri di formazione del capitale sociale, in sede di costituzione⁴.

Tale intervento legislativo, se non altera il generale regime di regole e disposizioni applicabili a questo (sotto)tipo societario, scardina definitivamente il concetto di capitale sociale minimo, per

³ Sull'aspetto, si vedano le riflessioni di N. ABRIANI, *La disciplina del capitale sociale nelle nuove s.r.l.*, in *Le nuove s.r.l. Aspetti sistematici e soluzioni operative*, a cura della Fondazione italiana del notariato, 2014, 134.

⁴ Troveranno applicazione, a titolo di esempio, le disposizioni relative al sovrapprezzo, alla amministrazione e al controllo, all'esclusione e al recesso del socio e alle modifiche statutarie. Diversamente non troverà applicazione l'art. 2464, quarto comma, c.c., relativo alla possibilità di sostituire il versamento con la stipula di una polizza di assicurazione o di una fideiussione bancaria e l'art. 2466 c.c. sul socio moroso.



come precedentemente inteso, andando piuttosto a rafforzare ulteriormente rispetto alla modifica del 2012 il concetto della valenza di un capitale massimo⁵.

L'art. 2463, quarto comma, c.c., prevede che la s.r.l. ordinaria e dunque soggetta alla disciplina di cui all'art. 2463, primo, secondo e terzo comma, c.c., possa costituirsi con un capitale inferiore a 10.000 euro e pari almeno ad 1 euro.

In considerazione di ciò e in linea con le esigenze di semplificazione che hanno altresì determinato la disciplina del conferimento nella s.r.l. semplificata, anche nella s.r.l. a capitale minimo il legislatore richiede che i conferimenti:

- siano effettuati da tutti i soci esclusivamente in denaro;
- siano versati per intero alle persone cui è affidata l'amministrazione della società.

Non solo.

Sempre strettamente collegata alle scelte effettuate in sede di costituzione - evidentemente meno garantiste per i creditori sociali rispetto all'utilizzo del modello della s.r.l. ordinaria, e finalizzata a consentire la successiva patrimonializzazione della società - sembra essere la previsione recata dall'art. 2463, quinto comma, c.c. che impone di formare una riserva legale⁶, con deroga alle previsioni di cui all'art. 2430 c.c., imputando a chiusura dell'esercizio un quinto degli utili netti fino a quando tale riserva non abbia raggiunto unitamente al capitale sociale, l'ammontare di 10.000 euro.

È solo il caso di precisare in questa sede, rimandando per ulteriori approfondimenti al paragrafo 9, che il rinvio effettuato dall'art. 2463-*bis*, quinto comma, c.c. all'applicazione delle norme contenute nel capo VII, vale a dire alla disciplina della s.r.l. in quanto compatibile con la specificità della s.r.l.s., consente di estendere la regola fissata con riguardo ai criteri di formazione della riserva, alle s.r.l.s. La soluzione, peraltro non unanimemente condivisa dalla dottrina, eviterebbe di giustificare, un'evidente disparità di trattamento tra società che costituendosi con capitale esiguo potrebbero perseguire obiettivi di successiva patrimonializzazione⁷.

⁵ Aspetto messo in evidenza da M. RESCIGNO, *La società a responsabilità limitata a capitale ridotto e semplificata*, in *Nuove leggi civili commentate*, 2013, 1, 72.

⁶ Sulla riserva di risparmio o di accumulo, C.A. BUSI, *La nuova srl semplificata*, in *Le nuove srl. Aspetti sistematici e soluzioni operative*, a cura della Fondazione nazionale del Notariato, 2014, 1, 82.

⁷ In tal senso, G. MARASÀ, *Considerazioni sulle nuove s.r.l.: s.r.l. semplificate, s.r.l. ordinarie e start up innovative prima e dopo la L. n. 99/2013 di conversione del D.L. n. 76/2013*, in *Soc.*, 10, 2013, 1092; G.A.M. TRIMARCHI, *Art. 2463*, in *Commentario al codice civile*, diretto da E. Gabrielli, a cura di D.U. Santosuoso, ***, Milano, 2015, 173; F. TASSINARI,



Anticipando quanto verrà messo in luce anche in occasione dell'analisi della disciplina della s.r.l.s., il raffronto tra le disposizioni di cui all'art. 2463, quarto e quinto comma, c.c. e all'art. 2463-*bis* c.c. consente di concludere che:

- la s.r.l. ordinaria a capitale minimo può essere costituita anche da soci non persone fisiche;
- la s.r.l. ordinaria a capitale minimo può avvalersi di uno statuto flessibile e non standardizzato che è attualmente imposto solo per la costituzione di s.r.l.s.

Trattandosi di varianti dell'unico tipo societario s.r.l., il passaggio dall'una all'altra non comporterà una trasformazione in senso stretto, bensì una semplice evoluzione del modello in termini di derogabilità di statuto o in termini di capitalizzazione, riconducibile pertanto ad una modifica dell'atto costitutivo, che comporterà la disapplicazione delle disposizioni e delle regole procedurali declinate negli artt. 2498 e ss. c.c.

Alla luce della normativa vigente le parti possono attualmente costituire una:

- s.r.l. ordinaria il cui capitale minimo sia pari a 10.000 euro. La regola legale, come è noto, stabilisce che il conferimento della s.r.l., salva diversa previsione dell'atto costitutivo⁸, deve essere fatto in denaro e che almeno il 25% di tali conferimenti (oltre al sovrapprezzo) deve essere versato in caso di costituzione;
- s.r.l. a capitale minimo o a capitale marginale o s.r.l. ad 1 euro, il cui capitale minimo non può essere inferiore ad 1 euro e il capitale massimo non superiore a 10.000 euro. In altri termini, il capitale verrà fissato tra 1 euro e 9.999 euro. I conferimenti devono essere esclusivamente in denaro e versati per intero al momento della costituzione⁹;
- s.r.l.s., il cui capitale minimo non può essere inferiore ad 1 euro e il capitale massimo non superiore a 10.000 euro. In altri termini, il capitale verrà fissato tra 1 euro e 9.999 euro. Come detto, i conferimenti devono essere esclusivamente in denaro e versati per intero al momento della costituzione. Le clausole del modello *standard* tipizzato elaborato dal Ministro della Giustizia di concerto con il Ministro dello Sviluppo Economico e con il Ministro dell'Economia e delle Finanze come si specificherà, sono inderogabili.

“Ne sexies in idem”: la ricerca del legislatore italiano di semplificare la costituzione delle s.r.l., in *Società e contratti, bilancio e revisione*, 9, 2013, 20. Di differente avviso, C.A. BUSI, *La nuova s.r.l. semplificata*, in *Società e contratti, bilancio e revisione*, 2013, 12, 16 e ss.

⁸ Con applicazione delle regole di cui all'art. 2464, quinto e sesto comma, c.c. a seconda si tratti di conferimento di beni in natura o di crediti o di conferimento di prestazione d'opera o di servizi a favore della società e relativi procedimenti di valutazione.

⁹ Ciò non impedisce l'apporto di beni in natura o di crediti o di prestazioni d'opera o servizi.



- Sono sempre ammesse le società costituite con atto unilaterale. In tali casi, la disciplina di riferimento andrà a coincidere nelle tre varianti di s.r.l.¹⁰ in relazione all'integrale versamento dei conferimenti in denaro¹¹.

Al riguardo, si reputa opportuno effettuare una precisazione. I dati statistici raccolti confermano la preferenza per la s.r.l.s. unipersonale. La circostanza non sorprende in quanto si tratta di procedimenti semplificati di costituzione condizionati dall'adozione di modelli *standard* tipizzati che, in dispregio alla libera espressione dell'autonomia negoziale dei soci fondatori, possono contribuire all'emersione di successive situazioni di conflittualità tra i soci medesimi. Il dato della preferenza accordata alla s.r.l.s. unipersonale non va sottovalutato in quanto potrebbe comprovare un uso distorto della fattispecie che in questi casi non appare utilizzata per conseguire risparmi di spesa, in fase di costituzione, proficui per agevolare l'imprenditoria (anche giovanile), bensì per poter fruire del privilegio della (quasi totale) irresponsabilità del socio per le obbligazioni sociali a fronte del versamento di un conferimento anche esiguo¹².

3. Da s.r.l. a capitale ridotto a s.r.l.s.

Come accennato, la riqualificazione della s.r.l.c.r. già costituite in termini di s.r.l.s. ha ricondotto nell'alveo di queste ultime un certo numero di società ben distinte da queste ultime. Esse, infatti, presentano uno statuto differente rispetto a quello delle s.r.l.s. già iscritte e connotato da una certa libertà che è espressione dell'autonomia negoziale dei soci fondatori. Solo con intenti meramente ricognitivi della accennata questione, occorre precisare che in considerazione della

¹⁰ Sull'esistenza delle tre varianti già prima dell'ultima novella del 2013 e con riferimento alla s.r.l. a capitale ridotto, M. CIAN, *S.r.l., s.r.l. semplificata, s.r.l. a capitale ridotto. Una nuova geometria del sistema o un sistema disarticolato?*, in *Riv. Soc.*, 2012, 1104 e ss. La questione come chiarito nel testo, si è posta con riferimento alla qualificazione delle s.r.l.s. e delle s.r.l.c.r. in termini di tipi autonomi o quali varianti della s.r.l. ordinaria e tradizionale. Tra le diverse ricostruzioni prospettate dai commentatori in relazione alla prima versione dell'art. 2463-*bis* c.c., si è anche sostenuto che la s.r.l.s. fosse un sottotipo della s.r.l.c.r. destinata a soci di età inferiore a 35 anni, in considerazione degli assetti di convergenza delle relative discipline (nella s.r.l.c.r., i soci potevano superare i 35 anni di età, gli amministratori potevano non essere persone fisiche, non era previsto un modello *standard* di atto costitutivo, non erano previste condizioni al trasferimento delle partecipazioni); in termini, ASSONIME, *La società a responsabilità limitata a capitale ridotto*, Circolare n. 29/2012, in *Riv. Soc.*, 2012, 1270. Tale ultima ricostruzione sembrerebbe essere stata sconfessata dal legislatore il quale, oltre ad aver riqualificato, in termini di s.r.l.s., le s.r.l.c.r. esistenti alla data di entrata in vigore del d.l. n. 76/2013 (vale a dire al 22 agosto 2013), ha ridisegnato la disciplina della s.r.l.s. rendendo a quest'ultima applicabile, nei limiti di compatibilità, e per quanto non previsto nell'art. 2463-*bis* c.c., quella della s.r.l. ordinaria. Sulla qualificazione della s.r.l.s. e della s.r.l.c.r., vigente l'art. 44 del d.l. n. 83/2012, convertito dalla l. n. 134/2012, come sottotipi o varianti tipologiche della s.r.l. ordinaria, anche G. FERRI JR, *Prime osservazioni in tema di società a responsabilità limitata semplificata e di società a responsabilità limitata a capitale ridotto*, Studio n. 221-2013/I, del Consiglio Nazionale del Notariato.

¹¹ Richiesto anche nella s.r.l. ordinaria unilaterale *ex* art. 2464, quarto comma, c.c.

¹² In passato, il socio unico, che doveva versare per intero il conferimento, soggiaceva all'osservanza delle regole sulla formazione del capitale descritte nell'art. 2463, secondo comma, n. 4, c.c. in sede di costituzione e replicate nell'art. 2481-*bis* c.c. per l'aumento di capitale.



totale assenza nei provvedimenti normativi summenzionati di disposizioni che imponessero l'adozione di modifiche statutarie per le s.r.l. a capitale ridotto in forza dell'effettività del passaggio a s.r.l.s., le prime, anche a seguito della data di entrata in vigore del d.l. n. 76/2013, continuano ad essere menzionate nella sezione ordinaria del Registro delle imprese come società aventi denominazione di s.r.l. a capitale ridotto.

4. La costituzione della s.r.l.s.

Passiamo, dunque, ad esaminare la disciplina recata dall'art. 2463-*bis* c.c. in punto di costituzione di s.r.l.s.

Come anticipato nella Prefazione del documento, le indicazioni di seguito fornite potrebbero essere di qualche utilità con riguardo alla disciplina della s.r.l.s. prevista nell'art. 44 del disegno di legge sulla concorrenza (A.S. 2085), vale a dire quelle s.r.l.s. costituite per scrittura privata.

In base ad una prima lettura della summenzionata disposizione, la disciplina della s.r.l.s. viene riformulata in modo che al secondo comma dell'art. 2463-*bis* c.c. si specifichi che l'atto costitutivo deve essere redatto per atto pubblico o per scrittura privata in conformità al modello *standard* tipizzato con decreto del Ministro della Giustizia, di concerto con il Ministro dell'Economia e delle Finanze e con il Ministro dello Sviluppo Economico¹³.

In base all'interpretazione letterale della disposizione, risulta che sia l'atto pubblico sia la scrittura privata contenenti l'atto costitutivo della s.r.l.s. devono essere redatti in conformità al modello *standard* tipizzato elaborato dal Ministero della Giustizia di concerto con il Ministero dell'Economia e delle Finanze e con il Ministero dello Sviluppo Economico.

Sempreché, successivamente alla definitiva approvazione della legge sulla concorrenza, non venga redatto un nuovo modello *standard* di atto costitutivo¹⁴, si tratta del modello *standard* di cui

¹³ L'art. 44 del menzionato A.S. 2085, recita testualmente:
(*Modifiche alla disciplina della società a responsabilità limitata semplificata*)

1. All'articolo 2463-*bis* del codice civile sono apportate le seguenti modificazioni:

a) al secondo comma, alinea, dopo le parole: «deve essere redatto per atto pubblico» sono inserite le seguenti: «o per scrittura privata»;

b) è aggiunto, infine, il seguente comma:

«Se l'atto costitutivo è redatto per scrittura privata, gli amministratori, entro venti giorni, devono depositarlo per la sua iscrizione presso l'ufficio del Registro delle imprese nella cui circoscrizione è stabilita la sede sociale, allegando i documenti comprovanti la sussistenza delle condizioni previste dall'articolo 2329, numero 3)».

2. Relativamente agli atti di iscrizione al Registro delle imprese di società a responsabilità limitata semplificata redatti per scrittura privata, l'adempimento degli obblighi di cui al titolo II del decreto legislativo 21 novembre 2007, n. 231, e successive modificazioni, spetta al conservatore del Registro delle imprese territorialmente competente.

¹⁴ L'elaborazione del quale sarebbe opportuna se non altro perché il modello *standard* risale al 29 agosto 2012, data di entrata in vigore del d.m. n. 138/2012 e non tiene in considerazione, pertanto, delle modifiche apportate al testo dell'art. 2463-*bis* c.c. in epoca successiva.



all'art. 1 del d.m. n. 138/2012 e allegato nella tabella A dello stesso decreto, opportunamente modificato in considerazione delle disposizioni di legge sopravvenute rispetto alla data di stesura.

Il primo problema relativo alla costituzione per scrittura privata, infatti, involge la problematica dell'incidenza delle modifiche apportate dal d.l. n. 76/2013 e, se del caso, di quelle che vorrà eventualmente recare la legge sulla concorrenza in *parte qua*, rispetto ai contenuti del modello *standard* tipizzato con decreto dal Ministero della Giustizia di concerto con il Ministro dell'Economia e delle Finanze e con il Ministro dello Sviluppo Economico.

Esaminando la tabella A allegata al citato d.m. n. 138/2012, emerge con evidenza che si tratti di un modello *standard* di atto costitutivo, recante anche le norme statutarie¹⁵, della s.r.l.s. introdotta nell'ordinamento a seguito del d.l. n. 1/2012, come modificato dalla legge di conversione n. 27/2012, ben differente dalla attuale s.r.l.s.

A titolo di esempio, il modello *standard* reca ancora l'indicazione dell'età anagrafica dei soci fondatori; esso prevede anche al punto 4) il divieto di trasferimento delle quote per atto *inter vivos* a persone che abbiano compiuto i 35 anni alla data della cessione e sanzionando con la nullità l'atto concluso in dispregio del divieto. Il modello *standard*, in ottemperanza alla vecchie prescrizioni, limita l'affidamento degli incarichi di amministrazione ai soli soci.

Su tali previsioni ha inciso l'intervento effettuato per mezzo del d.l. n. 76/2013 convertito dalla l. n. 99/2013, che agendo sulle disposizioni codicistiche ha eliminato il requisito anagrafico dei soci e la coincidenza con la persona dei soci degli amministratori, ha soppresso il vecchio quarto comma dell'art. 2463-*bis* c.c. inerente al trasferimento delle quote a soci privi dei requisiti anagrafici e alla conseguente nullità dell'atto redatto in dispregio e ha inserito il terzo comma in forza del quale le clausole del modello *standard* tipizzato sono inderogabili.

Conseguentemente, il Ministero della Giustizia, prima con Nota n. 118972 dell'11 settembre 2012 e successivamente del 13 settembre 2013¹⁶, ha affermato che a seguito delle intervenute modifiche legislative dovessero risultare abrogate sia le previsioni recate dalla clausola n. 4, sia le previsioni recate dalla clausola n. 5 del modello *standard*.

La fonte di rango superiore, infatti, abroga la fonte di rango inferiore (*lex superior inferiori derogat*) in caso di eventuali antinomie normative anche se la prima fosse di data anteriore rispetto alla

¹⁵ Come precisa l'art. 1 (Modello *standard* dell'atto costitutivo e dello statuto della società a responsabilità limitata semplificata) del d.m. n. 138/2012.

¹⁶ Su cui, C.A. BUSI, *La nuova s.r.l. semplificata*, cit., 11.



seconda: in ogni caso quel modello tipizzato in un regolamento ministeriale cede il passo alla disciplina novellata del codice civile.

Nella stesura dell'atto costitutivo, dunque, le previsioni contenute nel modello *standard* tipizzato, ancora in uso perché non modificato rispetto alle novità apportate alla disciplina dal d.l. n. 76/2013 convertito dalla l. n. 99/2013, dovranno essere opportunamente adeguate con quelle declinate nell'art. 2463-*bis* c.c.

Alla luce di tanto, in ottica meramente ricognitiva, risulta che la s.r.l.s. può essere costituita con contratto o atto unilaterale ma solo da persone fisiche che, come detto, non devono essere più in possesso di specifici requisiti anagrafici.

L'atto costitutivo deve indicare:

- cognome, nome, domicilio, cittadinanza di ciascun socio;
- la denominazione sociale che deve essere puntuale e contenere l'indicazione che si tratta di società a responsabilità limitata semplificata¹⁷;
- il comune dove è posta la sede della società e le eventuali sedi secondarie;
- l'ammontare del capitale sociale, che come precisato, deve essere pari almeno ad 1 euro e inferiore a 10.000 euro, deve essere sottoscritto e interamente versato alla data della costituzione all'organo di amministrazione. In proposito occorre dare atto che i soci dichiarino l'avvenuto versamento del conferimento in denaro all'organo di amministrazione precisando il mezzo utilizzato. L'organo di amministrazione, inoltre, deve rilasciare ampia e liberatoria quietanza, dichiarare di aver ricevuto la somma ed attestare che il capitale sociale è interamente versato¹⁸;
- l'attività che costituisce l'oggetto sociale;
- la quota di partecipazione di ciascun socio;
- le norme relative al funzionamento della società con indicazione di quelle concernenti l'amministrazione e la rappresentanza, specificando che all'organo di amministrazione spetta la rappresentanza generale della società¹⁹;

¹⁷ Considerato che la denominazione sociale deve essere indicata anche nello spazio elettronico destinato alla comunicazione e collegato con la rete telematica ad accesso pubblico, essa non assume altra valenza se non quella strettamente pubblicitaria.

¹⁸ Come impone la clausola n. 9 del modello *standard* tipizzato.

¹⁹ Come impone la clausola n. 7 del modello *standard* tipizzato.



- le persone a cui è affidata l'amministrazione. Gli amministratori nominati devono essere presenti in sede di costituzione e devono accettare l'incarico e contestualmente dichiarare che non sussistono a loro carico cause di decadenza o di ineleggibilità²⁰;
- la previsione che l'assemblea dei soci, ove sia richiesta la deliberazione assembleare per la decisione dei soci, è presieduta dall'amministratore unico o dal presidente del consiglio di amministrazione²¹;
- l'eventuale soggetto incaricato della revisione legale con le precisazioni che seguiranno;
- luogo e data di sottoscrizione.

L'art. 2463-*bis* c.c. prevede, infine, che alla s.r.l.s. si applicano le previsioni dettate per la s.r.l. tradizionale nei limiti di compatibilità, il che, oltre a costituire il contenuto della clausola di mero rinvio alle previsioni applicabili, renderà necessario procedere, nella ricostruzione dell'intera disciplina del sottotipo, con l'individuazione delle disposizioni all'occorrenza applicabili.

Come accennato, l'art. 2463-*bis*, terzo comma, c.c. dispone che le clausole del modello *standard* sono inderogabili. In virtù delle precisazioni effettuate relativamente al coordinamento delle disposizioni contenute nel vigente art. 2463-*bis* c.c. e i contenuti del modello *standard* tipizzato, resta da comprendere quale sia l'esatta incidenza del portato normativo in *parte qua*.

Occorre comprendere, in altri termini, se il modello *standard* tipizzato così come adeguato al testo vigente dell'art. 2463-*bis* c.c. non sia derogabile o piuttosto se solamente le clausole in esso previste non siano derogabili.

La formulazione letterale del summenzionato terzo comma fa propendere per questa ultima soluzione seppur con le opportune cautele. Sembrerebbe infatti, che fermo restando il contenuto tipizzato del modello *standard* così come adeguato alle nuove previsioni di cui all'art. 2463-*bis* c.c., possano essere apportate mere integrazioni, peraltro non incompatibili con il contenuto minimo dell'atto costitutivo espresso nel modello *standard*²², che si rendano necessarie in relazione all'esatta configurabilità dell'organizzazione della società qualora il modello *standard* taccia sul punto²³.

²⁰ Come impone la clausola n. 6 del modello *standard* tipizzato.

²¹ Come impone la clausola n. 8 del modello *standard* tipizzato.

²² Sembrerebbe orientato in tal senso anche il Ministero dello Sviluppo Economico, Parere prot. n. 6404 del 15 gennaio 2014.

²³ Non appare risolutiva della questione la circostanza che l'art. 1 del d.m. n. 138/2012 reca al secondo comma la previsione per cui: "Si applicano, per quanto non regolato dal modello *standard* di cui al comma 1, le disposizioni contenute nel libro V, titolo V, capo VII del codice civile, ove non derogate dalla volontà delle parti", per quanto sostenuto nel testo relativamente alla successione nel tempo delle fonti.



Si potrebbero prevedere, dunque, quelle clausole che completino l'atto costitutivo della s.r.l.s. almeno per consentire un adeguato funzionamento della medesima²⁴.

Come messo in evidenza²⁵, si tratterebbe di clausole integrative con valore organizzativo e che solitamente vengono inserite negli atti costitutivi, quali ad esempio la dichiarazione dei soci resa nell'atto costitutivo relativamente all'indirizzo della società ai fini dell'adempimento descritto nell'art. 111-*ter* disp. att. c.c.²⁶ o l'indicazione della durata dell'esercizio sociale²⁷. Del pari sembrano consentite clausole convenzionali aggiuntive concernenti la durata della società, rispetto alla quale, peraltro, anche l'atto costitutivo *ex art.* 2463 c.c. della s.r.l. ordinaria non è tenuto a contenere specifiche indicazioni²⁸.

È difficilmente confutabile che tali integrazioni al contenuto minimo dell'atto costitutivo recato nel modello *standard* consentono di tratteggiare con maggior precisione i lineamenti della società e che essi siano funzionali a consentirne il funzionamento anche nella fase iniziale, ovvero nella fase di *start up*.

Considerato quanto già precisato nel modello *standard* tipizzato in punto di sistema di amministrazione, si dubita se sia possibile apportare ulteriori integrazioni in ordine all'adozione del regime di amministrazione pluripersonale differente dal consiglio di amministrazione vero e proprio cui fa riferimento il modello *standard* tipizzato²⁹ così come se sia consentita l'indicazione di modalità extrassembleari per le decisioni dei soci.

²⁴ L'aspetto della inderogabilità delle clausole dello statuto è stato oggetto di particolare attenzione da parte degli interpreti e dei Ministeri competenti. Il Ministero della Giustizia si è espresso sulla tematica con nota prot. n. 43644 del 10 dicembre 2012 a cui ha fatto seguito il Ministero dello Sviluppo Economico con circolare n. 3657/C del 2 gennaio 2013. In quell'occasione i Ministeri si sono espressi non ritenendo corretta l'interpretazione e le argomentazioni fornite a sostegno della tesi dell'impossibilità di integrare lo statuto *standard* tipizzato, basandosi sulla considerazione che in un sistema normativo in cui la s.r.l. è disegnata in chiave di ampia derogabilità da parte dei soci sarebbe poco ragionevole ritenere che la norma primaria abbia voluto limitare l'autonomia negoziale per tramite di fonte secondaria. Il ragionamento effettuato nel 2012 appare ancora oggi valido partendo dall'assunto che le clausole del modello sono inderogabili relativamente a quelle clausole che rappresentano il contenuto minimo dell'atto costitutivo. Sul punto si veda, L. DE ANGELIS, *La s.r.l. semplificata ed a capitale ridotto*, in *Società e contratti, bilancio e revisione*, 2013, 3, 10 e ss.

²⁵ C.A. BUSI, *La nuova s.r.l. semplificata*, cit., 13; CONSIGLIO NOTARILE DI MILANO, *Limiti di ammissibilità di clausole convenzionali nella s.r.l. semplificata (art. 2463-bis c.c.)*, *Massima n. 127*, 5 marzo 2013.

²⁶ È il caso di precisare che in forza di quanto previsto nell'art. 44 del DDL concorrenza gli amministratori sono tenuti entro venti giorni dalla sottoscrizione della scrittura, a depositarla presso l'ufficio del Registro delle imprese con allegazione della documentazione comprovante la sussistenza delle condizioni previste dall'art. 2329, numero 3, c.c. vale a dire delle autorizzazioni e delle altre condizioni richieste dalle leggi speciali (art. 44, primo comma).

²⁷ L'assenza di una previsione relativa alla chiusura dell'esercizio sociale dovrebbe comportare l'applicabilità alla s.r.l.s. del generale principio declinato nell'art. 2478-*bis* c.c.

²⁸ Aderendo alla tesi della assoluta inderogabilità del modello *standard* tipizzato di atto costitutivo, la s.r.l.s. costituita attenendosi a quelle previsioni è una società a tempo indeterminato in cui ai soci è riconosciuto il diritto di recesso *ad nutum ex art.* 2473, secondo comma, c.c. in quanto compatibile.

²⁹ Si tratterebbe della previsione relativa all'amministrazione disgiuntiva o congiuntiva affidata ai componenti del consiglio di amministrazione. Occorre in proposito notare la differente formulazione della previsione di cui all'art.



5. Sul conferimento

Come precisato, nella s.r.l.s. il conferimento deve essere sottoscritto ed interamente versato alla data di costituzione. Ai sensi dell'art. 2463-*bis*, secondo comma, n. 3, c.c., il conferimento deve farsi in denaro e deve essere versato all'organo amministrativo (qui organo e non amministratori, come è invece nel n. 6).

Di qui sorgono alcuni aspetti da mettere in luce.

Il primo aspetto è quello relativo alla natura del conferimento. Come si esprime la legge, il conferimento deve essere sottoscritto e interamente versato alla data di costituzione, con deroga, pertanto, alla regola sancita nell'art. 2463, secondo comma, n. 4, c.c. e alla regola di cui all'art. 2464 c.c. Tali conferimenti devono essere esclusivamente in denaro³⁰.

La scelta di non consentire che il conferimento possa essere in natura o di crediti o di prestazioni d'opera o servizi è stata giustificata con la specifica vocazione di inizio attività della s.r.l.s.³¹.

Come messo in luce nel paragrafo precedente, infatti, il sottotipo della s.r.l.s. trova un utile impiego nella fase della costituzione della società e dunque le regole di semplificazione del procedimento manifestano concreti risvolti proprio in quella sede. Per tal motivo, la preferenza del legislatore si indirizza verso modalità di conferimento per cui non si richiedono specifici adempimenti - quali la relazione giurata del revisore o il rilascio della fideiussione bancaria o della polizza assicurativa - posti a garanzia della effettività del capitale sociale che potrebbero essere ostativi ad un procedimento snello e veloce di costituzione.

La legge prevede, inoltre, che il conferimento sia versato all'organo amministrativo.

In proposito il modello *standard* precisa al punto 9) che nell'atto costitutivo andrà resa una dichiarazione di parte, *rectius* dei soci, con cui si dia atto dell'avvenuto versamento all'organo amministrativo con precisa indicazione della somma versata e del mezzo di pagamento

2463, quarto comma, c.c. dove compare il riferimento alle persone a cui è affidata l'amministrazione della s.r.l. a capitale minimo. Tale previsione e quella contenuta nel modello *standard* tipizzato, per cui il presidente del consiglio di amministrazione è il presidente dell'assemblea, fa dubitare della validità di ulteriori clausole integrative rispetto alle indicazioni fornite dal modello *standard* tipizzato. Si vedano, sul punto anche le riflessioni di M. RESCIGNO, *La società a responsabilità limitata a capitale ridotto e semplificata*, cit., 77 e ss.

³⁰ Simmetricamente a quanto previsto in punto di costituzione della s.r.l. a capitale minimo per la quale il legislatore prevede l'obbligo dell'integrale versamento dei conferimenti in denaro alle persone cui è affidata l'amministrazione.

³¹ Critico al riguardo, M.S. SPOLIDORO, *Una società a responsabilità limitata da tre soldi (o da un euro?)*, in *Riv. Soc.*, 2013, 1100, che ritiene come proprio nella s.r.l.s. con soci volenterosi ma privi di mezzi, il conferimento d'opera o servizi si sarebbe rivelato particolarmente opportuno.



impiegato³² e con l'espressa menzione del rilascio della quietanza da parte dell'organo amministrativo.

La precisazione contenuta in questa parte dell'art. 2463-*bis* c.c. riconduce l'attenzione dell'interprete sulla responsabilità degli amministratori che insorge già prima dell'iscrizione della società nel Registro delle imprese per il sol fatto dell'accettazione della carica in virtù di quanto previsto nel modello *standard* che impone agli amministratori nominati di accettare³³ e di rendere la c.d. *disclosure* circa eventuali cause di incompatibilità e di decadenza. Sono gli amministratori, infatti, a ricevere la somma³⁴ e a dichiarare di averla ricevuta da parte dei soci e ad attestare che il capitale sociale è interamente versato per l'effetto.

6. Sull'amministrazione e controllo

Stando al modello *standard* tipizzato per come coordinato con la disciplina di cui all'art. 2463-*bis* c.c., la s.r.l.s. può dotarsi sicuramente di un amministratore unico ovvero di un consiglio di amministrazione. Scompare il riferimento alla necessità di affidare l'incarico di amministrazione a soci³⁵, il che ha fatto sorgere il dubbio se gli amministratori della s.r.l.s. possano essere anche soggetti differenti dalla società. Il dubbio in questione è alimentato dal generale rinvio alla disciplina della s.r.l. ordinaria contenuto nell'ultimo comma dell'art. 2463-*bis* c.c.

L'art. 2475, primo comma, c.c. prevede, infatti, che l'amministrazione della s.r.l. ordinaria è affidata ad uno o più soci, salvo diversa disposizione dell'atto costitutivo.

Come messo in luce, si ritiene che il contenuto dell'atto costitutivo della s.r.l.s., con le precisazioni effettuate in precedenza, sia inderogabile e, dunque, non dovrebbero essere ammesse clausole che consentano la nomina di amministratori estranei ai sensi dell'art. 2475 c.c.

³² La clausola n. 9 del modello *standard* tipizzato nella dichiarazione di parte rilasciata dai soci dispone l'indicazione della somma versata e del mezzo con cui essa è versata. Anche se nulla di simile è previsto nell'art. 2463-*bis* c.c. e se la formulazione letterale del modello *standard* tipizzato non è del tutto coincidente con quella di cui all'art. 2464, quarto comma, c.c. che richiede, nel caso di s.r.l. ordinaria, l'indicazione dei mezzi di pagamento in atto, un atteggiamento prudenziale dovrebbe condurre a ritenere necessaria l'indicazione del mezzo di pagamento anche nell'atto costitutivo della s.r.l.s.

Le prassi evidenziano che il versamento avvenga spesso in denaro nei limiti consentiti dalla normativa antiriciclaggio, e con assegno circolare che garantisca l'immediatezza del versamento. Va in questa sede precisato che l'art. 44 del DDL concorrenza prevede che al ricorrere di tale modalità di costituzione, gli adempimenti antiriciclaggio devono essere posti in essere dal Conservatore del Registro delle imprese, attribuendo peraltro a quest'ultimo funzioni e adempimenti che attualmente l'ordinamento non gli riconosce.

³³ Con evidente diversità rispetto alla regola prevista nella s.r.l. ordinaria dove gli amministratori non accettano la carica e sono tenuti ad iscrivere presso il Registro delle imprese la propria nomina entro trenta giorni dalla relativa notizia.

³⁴ Profilandosi, dunque, anche una possibile emersione di responsabilità ai sensi dell'art. 1768 c.c. per la conservazione delle somme destinate all'esercizio dell'attività.

³⁵ La soppressione della precisazione circa lo *status socii* degli amministratori è dovuta al d.l. n. 76/2013.



Per converso, però, si potrebbe sostenere che avendo il legislatore espunto dalla formulazione del novellato art. 2463-*bis*, secondo comma, n. 6, c.c. qualsiasi riferimento allo *status socii* degli amministratori, la nomina di estranei sia consentita in sede di atto costitutivo a prescindere da qualsiasi previsione di statuto in tal senso, ritenendosi l'art. 2475, primo comma, c.c. norma non compatibile con la disciplina della s.r.l.s. come novellata dal d.l. n. 76/2013³⁶.

Con riferimento ai controlli della s.r.l.s., come affermato in precedenza, l'art. 2463-*bis*, secondo comma, n. 4, c.c., rinviando all'art. 2463, secondo comma, n. 8, c.c., consente che l'atto costitutivo contenga l'indicazione dell'eventuale soggetto incaricato di effettuare la revisione legale, ancorché il modello *standard* tipizzato nulla preveda al riguardo.

Considerato quanto illustrato in relazione all'inderogabilità delle clausole del modello *standard* tipizzato e alla possibile integrazione del contenuto minimo del modello per renderlo funzionale all'avvio dell'attività della s.r.l.s., sorge qualche perplessità in relazione alla possibilità di inserire nell'atto costitutivo una eventuale clausola sulla nomina e sulle competenze e sui poteri dell'incaricato della revisione legale come consente l'art. 2477, primo comma, c.c.³⁷.

A differente soluzione si potrebbe pervenire nel caso in cui la s.r.l.s. si venga a trovare nella situazione descritta nell'art. 2477, terzo comma, lett. c), c.c. e superi per due esercizi consecutivi due dei limiti indicati nel primo comma dell'art. 2435-*bis* c.c.

L'ipotesi in cui al ricorrere del superamento dei summenzionati parametri la nomina dell'organo di controllo o del revisore diventa obbligatoria, non attiene alla fase della costituzione, ma ad una fase in cui la s.r.l.s. sia già in funzionamento e presumibilmente ad una fase in cui la s.r.l.s., per fruire della maggiore flessibilità organizzativa e statutaria, potrebbe essersi evoluta nella s.r.l. ordinaria anche a capitale minimo. Ad ogni buon conto, pur potendosi trattare di mera ipotesi di scuola, nel silenzio dell'atto costitutivo, partendo dall'assunto della compatibilità della disciplina recata dall'art. 2477, terzo comma c.c. che, come è noto, prescinde dall'individuazione di requisiti in termini di capitalizzazione della società³⁸, sembra possibile sostenere che la s.r.l.s. sia tenuta a nominare un organo di controllo che, in forza di quanto disposto nell'art. 2477, primo comma, ultimo periodo, c.c., sarà composto da un solo componente.

³⁶ C.A. BUSI, *La nuova s.r.l. semplificata*, cit., 11.

³⁷ Si tratterebbe dell'organo di controllo facoltativo con la puntualizzazione che, in assenza di ulteriori precisazioni circa la composizione, l'organo di controllo sarà (molto ragionevolmente) composto da un solo membro e tenuto ad effettuare la revisione legale.

³⁸ Sempre che non si voglia ritenere incompatibile la previsione recata dall'art. 2477, terzo comma, c.c. con la s.r.l.s. in quanto sottotipo destinato unicamente alla fase di costituzione. Aderendo a questa impostazione, al verificarsi del superamento dei parametri di cui all'art. 2477, terzo comma, c.c., per quanto espresso nel testo, la s.r.l.s. si evolverebbe in s.r.l. ordinaria a capitale minimo (qualora il capitale resti inferiore ai 10.000 euro) con conseguente necessità di procedere alla modifica del suo atto costitutivo.



7. Sul trasferimento di partecipazioni societarie e sulla costituzione di vincoli

A seguito delle modifiche apportate alla disciplina della s.r.l.s. e conseguentemente alle clausole del modello *standard* tipizzato, le partecipazioni societarie in s.r.l.s. sono trasferibili *inter vivos* a qualsiasi soggetto che risulti essere una persona fisica.

Troveranno applicazione, quanto a modalità di trasferimento, le disposizioni di cui all'art. 2470 c.c. e di cui all'art. 36, comma 1-*bis*, del d.l. n. 112 del 25 giugno 2008, convertito dalla l. n. 133 del 6 agosto 2008.

Per quanto concerne la costituzione di vincoli su quote (pegno ed usufrutto) la circostanza per cui sia il creditore pignoratorio che l'usufruttuario non sono soci porta a ritenere valida la costituzione dei diritti reali minori a favore di soggetti che non siano persone fisiche.

8. Le operazioni sul capitale. La trasformazione: cenni

Come accennato, esistono attualmente tre (sotto)tipi o tre varianti di s.r.l.

Il criterio in base al quale il legislatore ha distinto le tre varianti è ancorato alla misura del capitale e alla possibilità di fruire di maggiore elasticità nella costituzione e nella organizzazione della società.

Trattandosi di (sotto)tipi, il passaggio dall'uno all'altro, sia in fase evolutiva che in fase regressiva non comporta una vera e propria trasformazione bensì una semplice modifica dell'atto costitutivo nei casi in cui essa si renda necessaria.

Come corollario di queste considerazioni e partendo dal presupposto dell'esclusiva destinazione della s.r.l.s. alla fase di costituzione, occorre soffermarsi, ancorché con mero intento ricognitivo, sull'ipotesi della riduzione del capitale per perdite della s.r.l. ordinaria e sulle possibili ricadute in termini di riqualificazione della società come s.r.l. a capitale minimo ovvero come s.r.l.s.

Alla luce di quanto finora illustrato e in base ad una interpretazione sistematica, potrebbe sostenersi, che in caso di riduzione del capitale sociale della s.r.l. ordinaria sotto i 10.000 euro e viepiù in caso di perdite, la stessa transiti al (sotto)tipo di s.r.l. ordinaria a capitale minimo, potendo se del caso tale operazione venir annoverata come opportuno provvedimento da adottare ai sensi dell'art. 2482-*bis* c.c. Nel caso in cui la s.r.l. riporti perdite superiori ad un terzo e il capitale minimo si riduca al di sotto dei 10.000 euro, è discusso se debba trovare applicazione la previsione di cui all'art. 2482-*ter* c.c. che impone la ricapitalizzazione e in alternativa la trasformazione regressiva (in s.n.c.) o lo scioglimento.



È discussa l'esatta interpretazione dell'art. 2482-ter c.c. nel caso appena preso in esame, visto che le cautele menzionate scattano non appena il capitale si riduca al di sotto del minimo stabilito al n. 4 del secondo comma dell'art. 2463 c.c., vale a dire a 10.000 euro. Come più volte accennato, la previsione contenuta nel quarto comma della stessa disposizione consente di determinare l'ammontare del capitale in misura inferiore a 10.000 euro purché in misura superiore ad 1 euro.

Se come ritenuto dalla dottrina³⁹ si accede all'interpretazione che la s.r.l. a capitale minimo non è destinata esclusivamente alla fase di costituzione, si potrebbe sostenere l'ipotesi che a seguito delle perdite, anche rilevanti e tali da intaccare il minimo dei 10.000 euro, la s.r.l. continui ad operare con un capitale ridotto al di sotto dei 10.000 euro e fino a quando esso raggiunga 1 euro, con l'unico obbligo di sottoporsi alla formazione accelerata della riserva imposto dall'art. 2463, quinto comma, c.c., evitando in tal modo la necessaria ricapitalizzazione, la trasformazione o lo scioglimento.

Conclusioni simili potrebbero raggiungersi anche con riguardo all'evoluzione regressiva da s.r.l. ordinaria a s.r.l.s. in presenza di perdite rilevanti, superando la tesi per cui questo (sotto)tipo è destinato alla sola fase costitutiva, tesi che invece qui si lascia preferire. Ad ogni buon conto, va messo in luce che tale passaggio comporterebbe una modifica statutaria ben più incisiva del passaggio "neutro" alla s.r.l. ordinaria a capitale minimo, dovendo necessariamente adottarsi il modello *standard* tipizzato di atto costitutivo.

Con riferimento alla vera e propria operazione di trasformazione, occorre evidenziare in via preliminare quanto già precisato nel testo, vale a dire che la s.r.l.s. è un (sotto)tipo creato per un procedimento semplificato di costituzione. Muovendo da tale assunto, allora, una s.r.l.s. può trasformarsi in s.p.a. al ricorrere dei requisiti previsti dalla legge. In questo caso transitando nell'ambito di applicazione di disposizioni relative ad un tipo societario differente, la s.r.l.s. sarà oggetto di trasformazione omogenea (progressiva) secondo quanto disposto negli artt. 2498 e ss. c.c.

Aderendo alla tesi per cui la s.r.l.s. è (sotto)tipo destinato esclusivamente alla fase di *start up* dell'iniziativa d'impresa, maggiori perplessità sorgono nel caso inverso, vale a dire quando la trasformazione ancorché omogenea sia regressiva (da s.p.a.). Le molteplici possibilità offerte attualmente dal legislatore e quanto detto in considerazione della adozione di un modello *standard* tipizzato di atto costitutivo, consentono di differenziare la "vocazione" dei (sotto)tipi e

³⁹ G. MARASÀ, *Considerazioni sulle nuove s.r.l.: s.r.l. semplificate, s.r.l. ordinarie e start up innovative prima e dopo la L. n. 99/2013 di conversione del D.L. n. 76/2013*, cit., 1092 e ss.; N. ABRIANI, *La disciplina del capitale sociale nelle nuove s.r.l.*, in *Le nuove s.r.l. Aspetti sistematici e soluzioni operative*, cit., 136.



di ritenere maggiormente appropriata, rispetto al fine dell'operazione, la s.r.l. ordinaria a capitale minimo con le precisazioni effettuate in punto di obbligo di formazione accelerata della riserva.

In altri termini la s.r.l.s. potrebbe essere sempre e solo un (sotto)tipo di partenza e di evoluzione e mai di arrivo. Del pari, allora, sembra esclusa la trasformazione omogenea progressiva da società di persone a s.r.l.s.

Per quanto concerne le operazioni sul capitale della s.r.l.s., rinviando al paragrafo 10 l'esame delle questioni di maggior interesse relativamente alla riduzione, ci si sofferma sugli aumenti del capitale sociale.

In proposito, occorre analizzare il regime degli aumenti del capitale, e chiarire se anche in sede di aumento vadano rispettate le specifiche regole disposte dal legislatore in sede di costituzione.

Come si è più volte accennato, infatti, nella s.r.l.s. e nella s.r.l. ordinaria a capitale minimo esistono rigidi schematismi a cui occorre attenersi all'atto della costituzione circa il conferimento (tutto in denaro, interamente sottoscritto e versato) e, per quanto concerne la s.r.l.s. nello specifico, rigide previsioni in punto di composizione della compagine societaria (tutte persone fisiche).

Occorre allora tentare di coordinare le previsioni di cui agli artt. 2481-*bis* e 2481-*ter* c.c. sugli aumenti del capitale con la disciplina della s.r.l.s.

Con riferimento all'aumento gratuito di cui all'art. 2481-*ter* c.c. non dovrebbero emergere particolari problematiche nell'imputare a capitale la riserva accantonata ai sensi dell'art. 2463, quinto comma, c.c. con la conseguenza che, nei casi in cui a seguito dell'aumento il capitale superi i 10.000 euro, la s.r.l.s. si evolverà necessariamente in s.r.l. ordinaria e il regime di accantonamento tornerà ad essere quello tradizionale, vale a dire quello della riserva legale di cui all'art. 2430 c.c.

Differentemente, nei casi di aumento a pagamento *ex art.* 2481-*bis* c.c., tre sono gli aspetti di maggiore interesse.

Va messo in luce, infatti, che l'art. 2481-*bis*, quarto comma, c.c., consente di aumentare il capitale sociale con conferimenti anche in natura o con conferimenti di crediti, rinviando quanto a modalità all'art. 2464 c.c. La stessa disposizione, in modo simmetrico a quanto avviene nella fase di costituzione, precisa che in caso di aumento in denaro, i sottoscrittori devono versare alla società almeno il 25% del capitale sottoscritto.



Infine, sempre l'art. 2481-*bis*, primo comma, c.c. consente che, previa disposizione di statuto, l'aumento possa essere effettuato anche per tramite dell'offerta di quote di nuova emissione a terzi, riconoscendo in tali casi il diritto di recesso ai soci dissenzienti.

Partendo dall'assunto che le regole valide per il procedimento di costituzione valgono anche per la fase in cui il capitale viene aumentato, si preferisce la tesi di quanti abbiano escluso la possibilità di ammettere una disciplina differente in sede di aumento, distinguendo le ipotesi effettivamente praticabili in occasione del passaggio da un sottotipo all'altro che potrebbe conseguire a seguito dell'aumento medesimo.

Si ritiene, in altri termini, che qualora l'aumento del capitale della s.r.l.s. resti al di sotto dei 10.000 euro, troveranno applicazione le regole, già fissate per la costituzione del (sotto)tipo di riferimento, sull'obbligo di conferire esclusivamente in denaro, e di versare integralmente. Per quanto sopra detto con riferimento alla inderogabilità delle clausole del modello *standard* tipizzato e in relazione alla rigidità della composizione della compagine societaria, non può ricorrere la possibilità dell'offerta a terzi di nuove quote declinata nell'artt. 2481-*bis* c.c. L'eventuale passaggio da s.r.l.s. a s.r.l. a capitale minimo comporterà, come segnalato, una modifica dell'atto costitutivo.

Nei casi in cui, in forza dell'aumento il capitale sociale risulti pari o superiori i 10.000 euro l'evoluzione della s.r.l.s. in s.r.l. ordinaria comporta l'applicabilità della disciplina generale descritta nell'art. 2481-*bis* c.c., con la possibilità del versamento non integrale ma limitato al 25% della parte sottoscritta, con possibilità dell'offerta di nuove quote a terzi previa modifica dell'atto costitutivo in tal senso.

Del pari, sempre nel caso in cui il capitale risulti pari o superiore a 10.000 euro l'aumento può essere realizzato in natura previa modifica dell'atto costitutivo come impone l'art. 2464, terzo comma, c.c.⁴⁰.

9. Il patrimonio della società e il fenomeno della sottocapitalizzazione

Sulla scorta di quanto affermato precedentemente è evidente che, in fase di costituzione, la s.r.l.s. può rappresentare un valido strumento per avviare un percorso imprenditoriale, per usufruire di una serie di benefici sostanzialmente riconducibili alle agevolazioni economiche alla costituzione

⁴⁰ L'art. 2464, terzo comma, c.c. stabilisce che “*se l'atto costitutivo non prevede diversamente il conferimento deve farsi in denaro*”.



e a vantaggi di natura fiscale. A ciò si aggiunga la possibilità di avviare una società con un capitale sociale che può oscillare tra 1 e 9.999 euro.

È naturale che, sin dalla sua costituzione, la s.r.l.s., dato l'esiguo capitale, potrebbe trovarsi a fronteggiare le criticità proprie del disequilibrio tra le fonti di finanziamento esterno e quelle di finanziamento interno, da cui il fenomeno della scarsa patrimonializzazione ovvero sottocapitalizzazione.

Per comprendere meglio quanto affermato in merito al fenomeno della sottocapitalizzazione si richiamano brevemente i concetti di capitale sociale e di patrimonio netto della società.

Da un punto di vista economico-aziendale il capitale può essere inteso come un insieme di mezzi finanziari e di beni, a disposizione di diritto e di fatto del soggetto aziendale, utilizzati per la realizzazione di un processo produttivo⁴¹, nel rispetto di una complementarità e di una sinergia in grado di garantire l'economicità⁴² dell'impresa.

La dotazione di fattori produttivi, materiali ed immateriali, può richiedere interventi di terzi finanziatori (creditori) qualora il soggetto aziendale non disponga di mezzi monetari tali da poter garantire l'acquisizione dell'intero patrimonio societario.

Pertanto, seppur il complesso di beni, identificabile come capitale di funzionamento, rappresenti la dotazione economica di cui può servirsi il soggetto imprenditore (compagine societaria), solo una parte di esso è configurabile quale capitale di proprietà dell'impresa, ovvero quale patrimonio netto.

Secondo questa accezione, nella fase istitutiva, il capitale d'impresa è dato dal valore dei conferimenti, in denaro o in natura⁴³.

In tal senso, il capitale, che definiamo patrimonio proprio, può essere espresso dall'uguaglianza

$$A = N$$

⁴¹ Al riguardo A. AMADUZZI, *L'azienda nel suo sistema e nei suoi principi*, Torino, 1987, 93, scriveva "L'insieme dei beni economici - rappresentante, fin che l'impresa è atta al funzionamento, una coordinazione di fattori complementari del processo tecnico-economico reddituale - a disposizione di diritto e di fatto del soggetto aziendale, in un dato momento di tempo, costituisce il capitale lordo dell'azienda".

⁴² "L'economicità dell'impresa si giudica in relazione alle condizioni economiche cui l'impresa deve soddisfare perché possa avere durevole esistenza, ed ai risultati economici cui essa perviene": così si esprimeva P. ONIDA, *Economia d'azienda*, Torino, 1998, 56. Volendo sintetizzare, il concetto di economicità si racchiude in termini quali: autosufficienza economica, efficacia, efficienza ed equilibrio finanziario e monetario.

⁴³ In tal senso, si rinvia tra gli altri a, P. ONIDA, *Economia d'azienda*, cit., 625 e ss; U. DE DOMINICIS, *Lezioni di ragioneria generale*, Bologna, Vol. 3, 1969, 55 e ss.



dove la componente A è formata dai soli mezzi finanziari (denaro) e economici (altri beni apportati) e la componente N costituisce la fonte ed è rappresentata esclusivamente dai mezzi apportati dall'imprenditore. In questo caso si parla di patrimonio lordo.

Differente è la fase di funzionamento, o comunque poco dopo l'avvio dell'attività della impresa, in cui il ricorso ad altre forme di finanziamento per l'acquisizione prima, e l'impiego successivo, dei fattori produttivi dell'impresa, determina una modifica della precedente equazione che possiamo indicare come

$$A = P + N$$

In quest'ultima circostanza si passa da un concetto di capitale proprio o lordo, ad un concetto di capitale netto o patrimonio netto, di cui una parte è costituita dal capitale sociale, la restante parte dalle riserve e dal risultato di esercizio.

$$A = P + CS + Ru + Rc + Risultato di esercizio$$

Ru = riserve di utili

Rc = riserve di capitali

Secondo quanto indicato dall'OIC 28 *“Il patrimonio netto è la differenza tra le attività e le passività di bilancio. [...] esprime la capacità della società di soddisfare i creditori e le obbligazioni [...] individua il “capitale di pieno rischio” [...]”*. Concetto ancor più stringente è quello di capitale sociale che rappresenta *“[...] l'importo nominale dei conferimenti in denaro e in natura che i soci hanno effettuato a tale titolo [...]”*.

Al fine di *“soddisfare i creditori e le obbligazioni”* l'ordinamento giuridico detta, in un'ottica garantista⁴⁴, per le società di capitali il limite minimo del capitale sociale, che nel caso delle s.r.l. ordinarie è di 10.000 euro.

Con riferimento alle s.r.l.s., la scelta del legislatore di voler caratterizzare una tipologia di società con un capitale più basso rispetto a quanto richiesto dall'art. 2463, secondo comma, n. 4), c.c., molto presumibilmente non voleva avere come fine ultimo quello di indebolire da un punto di vista patrimoniale l'impresa nascente, ma bensì di offrire al potenziale imprenditore una forma societaria più snella e meno costosa in fase di *start up*.

⁴⁴ Per un'attenta disamina sul concetto di capitale e sulla funzione di garanzia del medesimo, si veda, tra gli altri, G.B. PORTALE, *Capitale sociale e società per azioni sottocapitalizzata*, in *Trattato delle società per azioni*, a cura di G.E. Colombo - G.B. Portale, Vol. I, Parte I, Milano, 2014, 6 e ss.



Tralasciando le cause oggettive relative alla possibilità di costituire le s.r.l.s. con un capitale esiguo, la problematica più evidente è che il fenomeno della sottocapitalizzazione non viene trattato in modo preventivo attraverso un'accurata analisi del relativo fabbisogno finanziario della neo impresa⁴⁵.

L'analisi del fabbisogno finanziario è correlata a fattori mutevoli nel tempo, ed è possibile tradurre nell'andamento dei flussi di entrate monetarie, principalmente per ricavi di vendita, o di uscite, per costi di gestione.

A partire da queste prime considerazioni sul fabbisogno finanziario, è opportuno che la società, specie se in fase di *start up*, cerchi di trovare risoluzione al *trade off* tra l'attesa di realizzo degli investimenti, sia di breve che di medio e lungo termine, e la disponibilità di mezzi liquidi, cassa e banca, che bisognerebbe preservare in ogni momento. Questo perché, un possibile allungamento dei tempi di liquidabilità degli investimenti, da cui una insufficienza di mezzi monetari disponibili, determinerebbe inevitabilmente il ricorso a nuove fonti di finanziamento molto spesso di terzi.

Nell'ottica di questa sincronizzazione tra investimenti e finanziamenti, si sintetizzano di seguito gli elementi che caratterizzano la determinazione del fabbisogno⁴⁶:

- Investimenti in scorte liquide
- + Investimenti in crediti
- + Investimenti in scorte di magazzino
- + Investimenti di beni strumentali
- + Investimenti in spese di esercizio
- = FABBISOGNO LORDO DELL'AREA ECONOMICA (A)

a cui si aggiungono

- Impieghi per rimborsi di finanziamenti
- = FABBISOGNO LORDO AREA FINANZIARIA (B)

pertanto

⁴⁵ "La determinazione del fabbisogno di capitale e la ricerca delle "vie" per la sua copertura sono due astratti momenti di un unico problema, legati da vincoli, non di causalità - come a prima vista potrebbe sembrare - ma di interdipendenza e complementarietà". P. CAPALDO, *Capitale proprio e capitale di credito nel finanziamento d'impresa*, Milano, 1967, 15. Sempre dello stesso autore si consulti P. CAPALDO, *L'autofinanziamento nell'economia dell'impresa*, Milano, 1968.

⁴⁶ In tal senso si consulti, tra gli altri, A. INCOLLINGO, *Il fabbisogno finanziario dell'impresa. Aspetti quantitativi e di politica aziendale*, Milano, 1996, 43 e ss.



= FABBISOGNO LORDO TOTALE (A + B)

Di contro, dal lato delle fonti di finanziamento a supporto del fabbisogno finanziario si avrà:

Disinvestimenti reddituali

- da ricavi di esercizio
 - da ricavi presunti futuri
- + Disinvestimenti patrimoniali
- da realizzo cespiti
 - da realizzo crediti

= FONTI LORDE AREA ECONOMICA (A)

a cui si aggiungono i fabbisogni dell'area finanziaria

Finanziamenti da prestiti

+ Finanziamenti da dilazioni

= FONTI LORDE AREA FINANZIARIA (B)

pertanto

= FONTI LORDE TOTALI (A + B)

A ben vedere, data la complessità del discorso, si ritiene che un'oculata pianificazione delle fasi di avvio e di crescita della neo-società, mediante la redazione del documento del *business plan*, può ritenersi un valido presupposto al fine di evitare incresciose conseguenze correlate ai fenomeni della sottocapitalizzazione.

Tale fenomeno può essere indagato sia da un punto di vista “nominale” che secondo un'accezione di tipo “materiale”.

La sottocapitalizzazione “nominale”⁴⁷ è data da una condizione che di fatto evidenzia uno stato di squilibrio finanziario, in merito all'eccessivo indebitamento della società rispetto al valore del patrimonio netto. Per meglio comprendere il concetto di sottocapitalizzazione “nominale” si può far ricorso a quanto indicato dall'ordinamento giuridico in relazione agli interventi dei soci con i versamenti in conto finanziamento (*ex art. 2467 c.c.*).

⁴⁷ In tale caso la società è dotata di mezzi necessari al suo esercizio, ma siffatta condizione si realizza non attraverso l'apporto di mezzi propri che, anzi, è avvenuto in misura del tutto inadeguata, bensì con la concessione di finanziamenti da parte dei soci.



Per il secondo comma dell'art. 2467 c.c. “[...] *s’intendono finanziamenti dei soci a favore della società quelli, in qualsiasi forma effettuati, che sono stati concessi in un momento in cui, anche in considerazione del tipo di attività esercitata dalla società, risulta un eccessivo squilibrio dell’indebitamento rispetto al patrimonio netto oppure in una situazione finanziaria della società nella quale sarebbe stato ragionevole un conferimento*”.

Le variabili caratterizzanti, che giustificano l’intervento finanziario dei soci, sono sostanzialmente, il rapporto di indebitamento tra mezzi di terzi e patrimonio netto e la “ragionevole” ipotesi che il conferimento sia effettuato per fronteggiare gli squilibri di natura monetaria.

È evidente che in entrambe le circostanze, il legislatore sembra che abbia tentato di offrire degli elementi oggettivi da cui si possa prospettare una condizione di sottocapitalizzazione, tale da richiedere l’intervento dei soci. Il valore “nominale” del finanziamento soci sarà, quindi, quello che permetterà di ripristinare o per lo meno ridurre lo squilibrio di natura finanziaria nel rapporto di indebitamento (Capitale Investito/Patrimonio Netto)⁴⁸.

Fermo restando quanto sinora detto in merito alla sottocapitalizzazione nominale, la questione si complica nel caso in cui si parli di sottocapitalizzazione “materiale”⁴⁹, per la cui determinazione non vi è alcun esplicito riferimento normativo⁵⁰ che evidenzia una relazione di squilibrio finanziario, ovvero di incongruenza tra il patrimonio di terzi e il patrimonio netto della società.

Il concetto di sottocapitalizzazione “materiale” è, in altre parole, riconducibile all’adeguatezza del patrimonio netto rispetto all’oggetto sociale, o comunque all’attività esercitata, in relazione, ad esempio, al ciclo di vita dell’impresa, al rischio insito nell’iniziativa imprenditoriale, ecc. Pertanto, si tratta di un qualcosa di difficile verifica in particolar modo in fase di *start up*, ma sicuramente di più facile lettura in una società oramai in funzionamento.

Sebbene vi sia, quindi, una reale difficoltà ad individuare dei riferimenti correlabili alla sottocapitalizzazione “materiale” e per quanto da un punto di vista giuridico nulla viene chiarito, appare utile fornire alcuni spunti sotto un profilo economico-aziendale.

⁴⁸ In realtà il discorso non è così semplice come potrebbe sembrare, poiché l’individuazione dei parametri di un’azienda in relazione al proprio esercizio, all’interno di un settore, per trarre informazioni sull’andamento anche finanziario per comprendere la necessità di un intervento da parte dei soci in un momento in cui “*sarebbe stato ragionevole un conferimento*”, richiede approfondimenti, che esulano dagli obiettivi del presente lavoro.

⁴⁹ In tale caso il fabbisogno finanziario di una società dotata di un capitale del tutto sproporzionato rispetto all’oggetto sociale, non è coperto nemmeno con finanziamenti dei soci o di terzi.

⁵⁰ In realtà, l’art. 2484 c.c., in tema di liquidazione, fornisce alcuni spunti di riflessione in merito alla sottocapitalizzazione materiale quando tratta del mancato raggiungimento dell’oggetto sociale, tra le cui ipotesi potrebbe esserci una incongruenza tra il patrimonio netto e l’esposizione finanziaria di terzi.



In tal senso, soffermandoci sul fenomeno della scarsa patrimonializzazione con uno specifico riferimento alle s.r.l.s. o comunque a realtà aziendali in fase di *start up*, potrebbe essere auspicabile affrontare il tutto facendo ricorso, secondo un'analisi statica, agli indici di composizione e di correlazione più significativi, mentre volendo procedere, secondo un approccio "dinamico", lo studio sui flussi finanziari, attraverso lo strumento del rendiconto finanziario, potrebbe fornire valide informazioni al riguardo.

Procedendo per gradi.

Gli indici di composizione indagano le grandezze di una stessa sezione dello stato patrimoniale rappresentato, nella nostra ipotesi, dal capitale di terzi e dal capitale proprio.

Nello specifico, si procede con la determinazione dell'indice di autonomia finanziaria che è dato dal rapporto

$$\frac{\text{Capitale Proprio}}{\text{Capitale acquisito (totale passività)}} \times 100$$

Il valore segnaletico dell'indice permette di comprendere in termini percentuali il grado di copertura finanziaria mediante il ricorso ai finanziamenti interni rispetto a quelli esterni. Ne consegue che un alto valore del predetto indice è rappresentativo di una buona autonomia finanziaria dell'impresa. Si tratta di un indice che, nel caso delle s.r.l.s., sicuramente sarà rappresentativo di una situazione di disagio finanziario, ma comunque utile per monitorare il *trend* con il trascorrere degli esercizi amministrativi. È, infatti, fisiologico per un'azienda, in particolare se in fase di costituzione con capitale ridotto, avere un indice di indebitamento alto. In ogni caso, la necessità di una sua determinazione è, per l'appunto, quella di monitorare fino a che punto il grado di scarsa patrimonializzazione possa essere riconducibile ad uno stato fisiologico, dettato dalla particolarità della s.r.l.s., ovvero patologico in relazione alla inesistente congruità del capitale proprio rispetto all'attività imprenditoriale in essere.

Ulteriori approfondimenti sulla tematica, potrebbero essere fatti scomponendo, ad esempio, l'indice di autonomia finanziaria in:

$$\frac{\text{Capitale sociale}}{\text{Patrimonio netto}} \times 100$$

$$\frac{\text{Riserve di utili}}{\text{Patrimonio netto}} \times 100$$

$$\frac{\text{Riserve di capitali}}{\text{Patrimonio netto}} \times 100$$



Il primo degli indici consente di comprendere la prevalenza o meno del capitale sociale o nominale rispetto all'intero valore del patrimonio netto. Il valore più o meno elevato del capitale sociale potrebbe sottintendere la volontà o l'interesse dei soci nella realizzazione del proprio *business*.

In tal senso, la costituzione con capitale ad 1 euro, per quanto ammessa dall'ordinamento giuridico, potrebbe denotare un bassa fiducia degli stessi soci verso il *business* che si sta sviluppando.

L'ulteriore scomposizione del patrimonio netto in riserve di utili e di capitali, può invece favorire l'indagine sul ricorso o meno dell'impresa a politiche di autofinanziamento. Infatti, a parità di condizioni, l'impresa che più di altre procede all'accantonamento dei risultati positivi reddituali, tende a perseguire politiche di autofinanziamento in senso stretto. Oltre all'indice di indebitamento, con riferimento alla composizione del capitale di terzi, invece, potrebbe essere interessante indagare il peso percentuale delle categorie di debiti innanzitutto distinte per classi di scadenza e, successivamente per tipologia di debito.

Pertanto, nella prima circostanza si avrà:

$$\frac{\text{Debiti entro i 12 mesi}}{\text{Capitale di terzi (Totale passività di terzi)}} \times 100$$

$$\frac{\text{Debiti oltre i 12 mesi}}{\text{Capitale di terzi (Totale passività di terzi)}} \times 100$$

Il valore segnaletico dei predetti indici potrebbe essere quello di esprimere il grado di estinguibilità dei debiti con una prospettiva di tempistica di pagamento.

In merito alla distinzione per tipologia di debiti, se ne elencano alcune a titolo meramente esemplificativo:

$$\frac{\text{Debiti verso banche entro i 12 mesi}}{\text{Capitale di terzi (Totale passività di terzi)}} \times 100$$

$$\frac{\text{Debiti verso banche oltre i 12 mesi}}{\text{Capitale di terzi (Totale passività di terzi)}} \times 100$$

$$\frac{\text{Debiti verso fornitori entro i 12 mesi}}{\text{Capitale di terzi (Totale passività di terzi)}} \times 100$$

$$\frac{\text{Debiti per TFR oltre i 12 mesi}}{\text{Capitale di terzi (Totale passività di terzi)}} \times 100$$



In questa circostanza, con riferimento ai debiti verso le banche, potrebbe essere interessante comprendere le garanzie richieste dagli istituti di credito che indirettamente aggravano le condizioni del debito, oppure il costo medio del danaro dei prestiti sia di breve che di medio e lungo termine.

Oltre agli indici di composizione, si richiama l'attenzione su alcuni concetti riferiti agli indici di correlazione, ovvero al rapporto tra classi di attività e classi di passività, al fine di indagare il grado di solvibilità e di solidità dell'impresa, intendendo per solvibilità la copertura del passivo a breve con la liquidità che l'attivo circolante è in grado di liberare⁵¹, mentre con la solidità ci si pone come obiettivo quello di verificare se l'impresa riesce a finanziare l'attivo fisso con il solo capitale proprio, ovvero se e per quale entità necessita ricorrere ai finanziamenti di terzi a medio e lungo termine.

Gli indici rappresentativi della solvibilità dell'impresa sono:

Indice di disponibilità

$$\frac{\text{Attivo corrente}}{\text{Passivo corrente}}$$

Indice di tesoreria

$$\frac{\text{Liquidità immediate} + \text{Liquidità differite}}{\text{Passivo corrente}}$$

Anche in questa circostanza, sarebbe interessante approfondire il grado di solvibilità verificando se ed in che modo il valore degli indici siano condizionati da grandezze quali, ad esempio, il magazzino oppure i crediti verso i clienti. Fermo restando che sia nel caso dell'indice di disponibilità piuttosto che di quello di tesoreria il valore auspicabile è > 1 , il dato assume un significato differente se fosse condizionato, ad esempio, da un magazzino che non ruota, oppure da crediti non riscossi.

A supporto di queste considerazioni si potrebbe procedere alla determinazione degli indici di durata del magazzino piuttosto che dei debiti e dei crediti.

Pertanto, si avrà:

Indice di durata del magazzino materie prime

⁵¹ Non ci si sofferma sull'esame dell'attivo circolante e del passivo corrente seppur preme ricordare che l'attivo circolante si compone delle disponibilità, delle liquidità differite e delle liquidità immediate, mentre il passivo corrente di tutte quelle categorie di debiti estinguibili nel breve periodo, ovvero entro i dodici mesi. Così come, in un'ottica di medio e lungo periodo, si parla di attivo fisso (investimenti in beni immateriali, materiali e finanziari) e di passivo permanente, inteso come passivo a medio e lungo termine (passivo consolidato) e patrimonio netto.



Magazzino materie prime X 365 gg
Consumo di materie

Indice di durata del magazzino prodotti finiti

Magazzino prodotti finiti X 365 gg
Costo del venduto

Indice di durata dei crediti commerciali

Crediti v/clienti (al netto dell’IVA) X 365 gg
Fatturato

Indice di durata dei debiti commerciali

Debiti v/fornitori (al netto dell’IVA) X 365 gg
Acquisti

Oltre agli indici utilizzati per lo studio sul grado di solvibilità dell’impresa, si riportano per completezza di discorso, gli indici di solidità, ovvero:

Indice di struttura

Patrimonio netto
Attivo fisso

Indice di struttura allargato

Passivo permanente (Patrimonio netto + passivo consolidato)
Attivo fisso

Per la lettura ed interpretazione dei predetti indici, che sarebbe auspicabile avessero valori > 1, si rinvia a quanto precedentemente detto con riferimento alla composizione del patrimonio netto e del capitale di terzi.

All’analisi statica, praticata mediante la determinazione degli indici, in uno studio sull’equilibrio finanziario, sarebbe importante affiancare un’indagine dinamica, che consiste nel verificare se i flussi reddituali relativi ai costi ed ai ricavi sviluppati nel corso dell’esercizio amministrativo si siano trasformati in flussi finanziari. A quest’ultimo proposito, uno strumento di indubbia utilità è rappresentato dal rendiconto finanziario.

Le voci dello stato patrimoniale esprimono una “situazione statica” dei mezzi dell’impresa ad una determinata data⁵². In tal senso si identifica il concetto di “fondo di valori”. Volendo meglio

⁵² La data a cui si fa riferimento è il 31 dicembre di ciascun anno, se l’impresa ha optato per la chiusura dell’esercizio amministrativo coincidente con l’anno solare, diversamente si parla di data infrannuale, comunque a chiusura di un arco temporale non superiore a dodici mesi.



chiarire il concetto, il “fondo” rappresenta un aggregato di elementi in un determinato istante e può riguardare sia gli investimenti (attività), che i finanziamenti attinti da terze economie (capitale di terzi) e sia i finanziamenti attinti con mezzi propri (capitale netto)⁵³.

Le elaborazioni delle variazioni che intervengono tra le grandezze “fondi” dello stato patrimoniale di due anni consecutivi, sono rappresentate nel rendiconto finanziario.

A quest’ultimo proposito, le variazioni intervenute possono dirsi “impieghi” e “fonti”.

Gli impieghi esprimono un assorbimento di risorse finanziarie da parte della gestione aziendale e sono rappresentate da:

- aumenti di attività;
- riduzioni di passività;
- riduzioni di netto.

Le fonti possono essere rappresentate da:

- aumenti di passività;
- riduzioni di attività;
- apporti di capitale netto;
- gestione reddituale, intesa come somma algebrica tra ricavi di esercizio aumentata dei costi non monetari e ridotta dei ricavi non monetari.

La redazione del rendiconto presuppone la distinzione delle attività aziendali nelle aree riconducibili alla gestione corrente, “area reddituale”, alla gestione finanziaria, “area finanziaria” ed alla gestione degli investimenti e disinvestimenti, “area degli investimenti”. L’intento è quello di comprendere se, ed in che modo, i flussi prodotti dalla gestione reddituale si siano concretamente tramutati in flussi finanziari in uscita come impieghi, o in entrata come fonti.

È naturale supporre che l’equilibrio finanziario è maggiormente garantito qualora la fonte di sostentamento sia rappresentativo dei flussi provenienti dall’area reddituale (*core business*) piuttosto che da quella degli investimenti o finanziaria⁵⁴.

⁵³ Sull’argomento si consulti, tra gli altri, G. FERRERO, F. DEZZANI, P. PISONI, L. PUDDU, *Le analisi di bilancio. Indici e flussi*, Milano, 2003, 267 e ss.

⁵⁴ In via del tutto generale, i flussi prodotti dall’impresa, oltre ad essere positivi, dovrebbero essere tali da garantire il soddisfacimento delle aspettative dei dipendenti, sotto forma di salari e stipendi, dei finanziatori esterni, attraverso il rimborso dei finanziamenti ed il pagamento degli interessi, dello Stato mediante il pagamento delle imposte, del sistema azienda, sotto forma di autofinanziamento e dei soci, mediante l’erogazione dei dividendi.



Un'impresa sottocapitalizzata con capitale ridotto, a maggior ragione se in fase di *start up*, molto presumibilmente, avrà una spiccata gestione di flussi finanziari riconducibili alle fonti relative al capitale di terzi, che in un'ottica fisiologica troverà capienza nei flussi della gestione reddituale prossima futura, mentre secondo una condizione patologica, si tradurrà in flussi reddituali negativi.

Alla luce delle considerazioni appena riportate sul concetto di sottocapitalizzazione e sulla necessità che la medesima sia in un certo qual modo monitorata ed evitata⁵⁵, appare naturale pensare che molto presumibilmente una s.r.l.s. possa dimostrarsi già in fase di *start up* sottocapitalizzata per lo meno da un punto di vista “materiale”. A maggior ragione, se la s.r.l.s. si trovi in un fase d funzionamento, ovvero siano superati i primi 3-5 anni⁵⁶ della propria attività.

A tal proposito, ritorna utile pensare che il legislatore, nonostante fosse consapevole della circostanza che la normativa avrebbe causato la costituzione di società sottocapitalizzate sin dalla fase di *start up*, abbia voluto offrire una *chance* a coloro i quali avessero voluto avviare una nuova iniziativa imprenditoriale con un basso esborso iniziale.

Se è questo il presupposto di partenza, è normale che, dinnanzi ad un capitale esiguo, il creditore che si voglia tutelare in relazione ad un'evidente situazione di scarsa patrimonializzazione sconterà il maggior rischio, ad esempio, in termini di incremento del costo del denaro prestatato (si pensi agli istituti di credito), oppure di aumento delle garanzie reali (si pensi ad uno scoperto di c/c piuttosto che ad un mutuo ipotecario) o, mediante altre formule, come i minor tempi di dilazione nei processi di incasso da parte dei fornitori.

In questo contesto, risulta difficile, inoltre, pensare che il legislatore consapevole di ciò, per una salvaguardia della patrimonializzazione della società a vantaggio dei creditori, abbia voluto individuare un rimedio nell'obbligo, per le s.r.l.s., di accantonare, in una riserva legale “rafforzata”, un quinto degli utili conseguiti fino al raggiungimento di un patrimonio netto di 10.000 euro⁵⁷. In particolare, l'art. 2463, quinto comma, c.c. stabilisce che “*La somma da dedurre dagli utili netti risultanti dal bilancio regolarmente approvato, per formare la riserva prevista dall'articolo 2430, deve essere almeno pari a un quinto degli stessi, fino a che la riserva non abbia raggiunto, unitamente al capitale,*

⁵⁵ In merito, notevoli ed importanti spunti di riflessione ci vengono forniti nelle Linee Guida del CNDCEC, *Informativa e valutazione nella crisi d'impresa*, 30 ottobre 2015.

⁵⁶ Anche in questa circostanza preme sottolineare che per determinate tipologie di società la fase di *start up* potrebbe riguardare un periodo ben più ampio. Si pensi a titolo esemplificativo ad una impresa agricola nel settore vitivinicolo.

⁵⁷ Si tratta di una disposizione che nasce per le s.r.l. a capitale minimo, ma che ad oggi si ritiene possa essere adottata anche per le s.r.l.s.



*l'ammontare di diecimila euro. La riserva così formata può essere utilizzata solo per imputazione a capitale e per copertura di eventuali perdite. Essa deve essere reintegrata a norma del presente comma se viene diminuita per qualsiasi ragione*⁵⁸. È chiaro che affinché si possa giungere alla condizione di un patrimonio netto pari ad 10.000 euro, in virtù del contributo delle riserve legali, è auspicabile che la neo-società produca utili positivi a partire dal primo anno di costituzione. Si consideri, altresì, che gli utili accantonati a riserva non sempre sono sintomatici di una condizione di liquidità dell'impresa, così come il raggiungimento del limite dei 10.000 euro non sempre è rappresentativo di un giusto rapporto tra capitale proprio e capitale di terzi finanziatori, migliorando il profilo della sottocapitalizzazione a vantaggio del processo di patrimonializzazione.

Il tutto a voler significare, che in realtà non può essere certo la normativa sulla formazione delle riserve “rafforzate” in grado di salvaguardare il capitale della società in un'ottica garantista nei confronti dei terzi creditori della s.r.l.s. Si ritiene, infatti, che la tutela dei creditori possa essere favorita da un'attenta ed oculata gestione di una società in fase di *start up* a cui si è voluto dare la possibilità di costituirsi con un capitale il più delle volte non idoneo.

Da un punto di vista contabile, non è chiaro, inoltre, se la riserva “rinforzata” debba essere trattata al pari della riserva legale ed essere classificata nella voce A IV del patrimonio, ovvero essere considerata tra le “Altre riserve” nella voce A VII. In quest'ultima circostanza, però, la tassonomia proposta dall'OIC 28 rende difficoltosa l'appostazione in questa classe di patrimonio netto. Pertanto, il giusto compromesso potrebbe essere quello di classificare la riserva “rinforzata” nella voce A IV con la convenienza di distinguere in nota integrativa la parte relativa alla riserva legale *ex art. 2430 c.c.* rispetto a quella normata nell'art. 2463, quinto comma, c.c.

10. Le perdite di esercizio nelle s.r.l.s.

Il fenomeno della sottocapitalizzazione enfatizzato nelle s.r.l.s. è solitamente prodromo alla realizzazione di perdite di esercizio.

⁵⁸ A questo proposito, alcuni studiosi ritengono che sarebbe stato più coerente mantenere ben distinte le due riserve evidenziandone anche la rappresentazione in bilancio, ovvero quella prevista dall'art. 2463, quinto comma, c.c. che sommata al capitale sociale avrebbe dovuto costituire la base per la determinazione della riserva *ex art. 2430, primo comma, c.c.* Entrambe le riserve invece hanno come base di calcolo il capitale sociale con la sola differenza delle percentuali di destinazione, che è del 20% nel caso della riserva *ex art. 2463, quinto comma, c.c.* e del 5% nel rispetto di quanto disposto dall'art. 2430, primo comma, c.c. In tal senso, tra gli altri si consulti F. TASSINARI, “*Ne sexies in diem*”. *La ricerca del legislatore italiano di semplificare la costituzione delle s.r.l.*, cit., 20.



È infatti, piuttosto fisiologico, per una società in fase di *start up*, chiudere i bilanci in perdita. Se a ciò si aggiunge il fatto che la s.r.l.s. per sua natura può avere un capitale al di sotto dei limiti previsti per le s.r.l. ordinarie, si pone l'ulteriore problema di come trattare le perdite, ovvero se il ricorso alle disposizioni di cui agli artt. 2482-*bis* e 2482-*ter* c.c. siano applicabili o meno a questa sottotipo di s.r.l.

In merito, buona parte della dottrina è concorde nel ritenere che in tale fattispecie non avendo il capitale sociale una funzione garantista nei confronti dei terzi creditori, bensì una funzione di tipo organizzativo-contabile, i limiti previsti nelle norme citate non vadano in sostanza applicati⁵⁹. Pertanto, sia nel caso di una perdita di oltre il 1/3 del capitale sociale, che comunque non determini il superamento della soglia minima prevista per legge, piuttosto che nel caso in cui la perdita superiore al terzo vada ad erodere il limite minimo del capitale sociale, i provvedimenti normati nei predetti articoli non andrebbero adottati.

Ciò anche perché, nelle s.r.l.s. non vi è alcun riferimento al capitale minimo, o meglio, il richiamo ad 1 euro si ritiene che sia un limite simbolico ma non certo reale, non potendosi costituire una società con capitale pari a zero o addirittura negativo. Del resto l'art. 2463-*bis* c.c. al secondo comma, n. 3) fa riferimento ad un ammontare del capitale sociale “*pari ad almeno 1 euro e inferiore all'importo di 10.000 euro previsto dall'art. 2463 secondo comma, numero 4)*”, in cui si stabilisce invece “*l'ammontare del capitale, non inferiore a diecimila euro [...]*”. Appare chiara la differente volontà del legislatore, che ha indicato, nella s.r.l.s. un *range* all'interno del quale dovrà decidersi per il capitale di partenza della neo-costituita, di contro un limite ben preciso per le s.r.l. ordinarie.

In sostanza, riprendendo il quarto comma dell'art. 2482-*bis* c.c., secondo cui “*Se entro l'esercizio successivo la perdita non risulta diminuita a meno di un terzo, deve essere convocata l'assemblea per l'approvazione del bilancio e per la riduzione del capitale in proporzione delle perdite accertate*”, è chiaro che le disposizioni sono funzionali ad evitare che le perdite non coperte ed accumulate nel corso di più anni determinino un abbattimento del capitale tale da oltrepassare i limiti minimi consentiti dalla legge. Il tutto in un'accezione di garanzia del capitale sociale verso i terzi creditori.

⁵⁹ In tal senso P. REVIGLIONE, *La società semplificata a responsabilità limitata: un “buco nero” nel sistema delle società di capitali*, in *Nuovo Diritto Societario*, 2012, 4, 23-24; M.S. SPOLIDORO, *Una società a responsabilità limitata da tre soldi (o da un euro?)*, cit., 1085 ss. *Contra* A. BUSANI, C.A. BUSI, *La s.r.l. semplificata (s.r.l.s.) e a capitale ridotto (s.r.l.c.r.)*, in *Soc.*, 2012, 1318 ss. «*La s.r.l.s. e la s.r.l.c.r. restano pur sempre società di capitali con responsabilità limitata dei soci e quindi non pare ammissibile il permanere di detta responsabilità limitata in una situazione di deficit del capitale sociale causata dalle perdite subite ...*». Ammettono l'applicabilità degli artt. 2482-*bis* e 2482-*ter* c.c. alla s.r.l.s. anche M. CIAN, *Srl, Srl semplificata, Srl a capitale ridotto. Una nuova geometria del sistema o un sistema disarticolato?*, in *Riv. Soc.*, 2012, 1101 e ss.



Così come l'art. 2482-ter, primo comma, c.c. stabilisce che “*Se, per la perdita di oltre un terzo del capitale, questo si riduce al disotto del minimo stabilito dal numero 4) dell'articolo 2463, gli amministratori devono senza indugio convocare l'assemblea per deliberare la riduzione del capitale ed il contemporaneo aumento del medesimo ad una cifra non inferiore al detto minimo*”.

In quest'ultima circostanza il riferimento al limite minimo imposto per le s.r.l. è ben esplicitato.

Pertanto, se si parte dall'assunto che nelle s.r.l.s. non vi è un capitale minimo e se si è concordi nel ritenere che il capitale esiguo delle s.r.l.s. non abbia una funzione di garanzia verso i terzi⁶⁰, è facile comprendere le ragioni per cui non possano essere applicate le disposizioni presenti negli artt. 2482-bis e 2482-ter c.c.

Ciò detto, la non applicabilità degli artt. 2482-bis e 2482-ter c.c. non deve essere il presupposto per alimentare una *mala gestio*, in funzione del fatto che la società possa accumulare perdite oltre ogni limite, ma si ritiene che, comunque, azioni risanatrici di una situazione finanziaria squilibrata debbano essere adottate⁶¹. Condotte da intraprendere obbligatoriamente nel caso in cui la società versi in una condizione di *deficit* patrimoniale (patrimonio netto negativo). Inoltre, si aggiunga che, avendo perso la propria connotazione, il capitale nominale rappresenta, nelle s.r.l.s., una variabile da monitorare ancor di più rispetto alle s.r.l. ordinarie, poiché campanello di allarme per una condizione che si sta sviluppando. In questo contesto, la responsabilità degli amministratori e dei soci (specie se unipersonali)⁶² si accentua ulteriormente.

A supporto di un processo di ricapitalizzazione senza il ricorso ai provvedimenti indicati negli artt. 2482-bis e 2482-ter c.c., taluni suggerimenti vengono forniti dalla massima del notariato n. 122 del 18 ottobre 2012, in cui si affronta la problematica delle perdite superiori al terzo del capitale sociale, sia nel caso in cui la riduzione ed il ripristino del capitale sia obbligatorio (*ex art. 2482-ter c.c.*)⁶³ e sia nel caso in cui la riduzione del capitale sia dettata dalla necessità di portare la perdita ad un valore al di sotto del terzo del capitale (*ex art. 2482-bis c.c.*). Per i notai milanesi, è possibile procedere ad un aumento del capitale nella misura tripla rispetto alla perdita, senza dover preventivamente deliberare la riduzione del capitale medesimo. È

⁶⁰ In tal senso anche F. ATTANASIO, *S.R.L. Semplificata: verso il superamento della nozione di capitale sociale?*, in *Soc.*, 2012, 8 e 9, 894.

⁶¹ L. NICOLA, *Manutenzione del capitale nelle Srl semplificate e in quelle in crisi*, in *Soc.*, 2013, 11, 1185.

⁶² Un'attenta disamina viene proposta, tra gli altri da M. RESCIGNO, *La società a responsabilità limitata a capitale ridotto e semplificata*, cit., 81 e ss.

⁶³ Per un approfondimento della Massima del Consiglio Notarile di Milano n. 122 del 18 ottobre 2011, si rinvia a Commissione per i principi uniformi in tema di società del Consiglio Notarile di Milano, *Aumento di capitale in presenza di perdite: il nuovo ordinamento dei notai milanesi*, in *Soc.*, 2013, 2, 163.



indispensabile, ad ogni modo, che l'aumento del capitale sia a pagamento e sia tale da ridurre la perdita ad un valore inferiore ad un terzo. Al riguardo, vengono proposte una serie di soluzioni, che ben si coniugano ai casi in cui nelle s.r.l.s. dovessero essere registrate delle perdite che in un certo qual modo richiamano gli artt. 2482-*bis* e 2482-*ter* c.c.⁶⁴.

L'intervento sul capitale mediante delibera di aumento oltre alla circostanza che non è ostacolato da alcuna normativa giuridica, produce effetti benefici sui conti dell'impresa ed in particolar modo sul valore del patrimonio netto.

Innanzitutto, in questa situazione, l'incremento del patrimonio netto potrà dirsi reale, al di là di qualunque manovra di bilancio che possa influenzare il risultato di esercizio determinando una perdita differente rispetto a quella che sarebbe dovuta essere⁶⁵. Inoltre, l'esposizione in bilancio di un aumento del capitale mediante conferimenti senza procedere alla contestuale riduzione della perdita a seguito della sua copertura, migliorerebbe ulteriormente la portata informativa del documento contabile, individuando all'interno del patrimonio netto la parte afferente al capitale sociale e la perdita effettiva che la società ha registrato al momento della chiusura dei conti.

Ed ancora, sempre secondo il notariato, nulla vieta che l'aumento del capitale sociale sia deliberato in previsione di perdite di esercizio in corso di formazione, sulla scorta di una situazione economica infrannuale, quindi, prima di un loro congelamento con l'approvazione del bilancio.

In entrambe le circostanze, sia dell'aumento in sede di rilevazione della perdita di esercizio che in sede della sua formazione, non si ravvisano ostacoli di sorta in merito all'applicabilità per la s.r.l.s. a tutela del patrimonio, anche se in un'ottica organizzativo-contabile.

È pur vero che, il problema sostanziale che si potrebbe registrare nel caso delle s.r.l.s., è indubbiamente quello che gli interventi in aumento del capitale protratti per più esercizi potrebbero determinare il superamento della soglia del capitale massimo previsto pari a 9.999 euro. Si tratta del limite oltre al quale sarà necessario procedere ad una modifica dell'atto

⁶⁴ La massima n. 122/2011 stabilisce la legittimità di una delibera di aumento del capitale prima della sua riduzione in tre ipotesi:

- il valore delle perdite è inferiore al terzo del capitale sociale;
- il valore delle perdite è superiore al terzo del capitale sociale senza con ciò intaccare il minimo legale (art. 2482-*bis* c.c.);
- il valore della perdita è superiore al terzo del capitale sociale tanto da richiedere l'obbligo della sua riduzione *ex* art. 2482-*ter* c.c.

⁶⁵ Al riguardo nulla vieta che si possa, attraverso manovre contabili, creare e sviluppare i presupposti per un annacquamento del capitale, seppur la redazione del bilancio sia avvenuta nel rispetto delle norme previste dagli artt. 2423, 2423-*bis* e 2426 c.c.



costitutivo al fine di consacrare il passaggio da s.r.l.s. a s.r.l. ordinaria. Ne consegue che per evitare di procedere alla modifica dell'atto costitutivo sarà indispensabile attivare altre forme di finanziamento che non vadano ad incrementare il capitale sociale, seppur garantendo il processo di ricapitalizzazione della società (finanziamento infruttifero dei soci, versamenti a copertura perdite, ecc.)⁶⁶.

Con riferimento agli aumenti del capitale sociale si ritiene, inoltre, che al verificarsi di risultati di esercizio negativo, si possa procedere liberamente mediante provvedimenti di riduzione e conseguente incremento del capitale senza dover continuamente ricorrere alla figura del notaio o comunque con le stesse facilitazioni richieste nella fase costitutiva, per vari ordini di motivi. Il tutto nei limiti del ripristino del capitale iniziale o comunque facendo sì che non sia necessaria una modifica dello statuto.

Nello specifico, nel rispetto delle intenzioni del legislatore tese a facilitare lo *start up* di aziende che presentano determinate caratteristiche, riducendo i costi anche notarili, per aumenti o diminuzioni di capitali purché nella fascia tra 1 e 9.999 euro, non si ritiene si debba fare rinvio alla normativa prevista per le s.r.l. ordinarie. Si dovrebbe poter procedere liberamente mediante conferimenti in denaro secondo il disposto dell'art. 2463-*bis*, secondo comma, n. 3), c.c.⁶⁷, comunque con una modalità più snella e meno costosa.

Differente è il caso in cui venga deliberato un aumento che porti il capitale sociale ad una soglia superiore ai 9.999 euro per cui è necessaria la modifica dell'atto costitutivo, a prescindere dal fatto che l'aumento sia a copertura delle perdite oppure eventualmente volontario senza alcun riferimento alle perdite.

Volendo riepilogare quanto finora detto, si ritiene che il capitale sociale delle s.r.l.s. abbia una funzione in prevalenza di tipo organizzativo-contabile più che garantista nei confronti dei terzi creditori per le obbligazioni contratte dalla società. Del resto se così non fosse, il legislatore,

⁶⁶ L'OIC 28 chiarisce quali possano essere gli interventi dei soci, in termini di versamenti, distinguendoli in: versamenti in conto aumento capitale, versamenti in conto futuro aumento, versamenti in conto capitale, versamenti a copertura perdite.

⁶⁷ In realtà, il dibattito in merito al conferimento in sede di aumento del capitale e se il medesimo possa essere anche in natura, è ancora vivo. Cfr. F. MAGLIULO, *Le operazioni straordinarie nelle nuove fattispecie codicistiche di SRL*, in *Nuovo Diritto Societario*, 2013, 19, 143; A. BUSANI, C.A. BUSI, *La Srl semplificata e a capitale ridotto*, in *Soc.*, 2012, 1307; A. BAUDINO, *La nuova società a responsabilità limitata semplificata, Prime riflessioni e spunti operativi*, in *Nuovo Diritto Societario*, 2012, 12, 23.



molto presumibilmente, avrebbe dettato limiti di capitale o comunque altre disposizioni a tutela dei creditori così come è stato in altri ordinamenti giuridici europei⁶⁸.

In tal senso, non è detto che il capitale non vada salvaguardato, tant'è che l'ordinamento giuridico ne richiede la specifica nell'atto costitutivo⁶⁹, ordinando l'accantonamento a riserva "rinforzata" dell'utile prodotto fino al raggiungimento del patrimonio dei 10.000 euro.

La stessa funzione organizzativo-contabile richiede che il patrimonio non possa essere esiguo o addirittura negativo, in quanto non favorirebbe l'espletamento dell'attività dell'impresa.

Il patrimonio è quanto dovrebbe garantire la continuità aziendale (*going concern*) unitamente al finanziamento con fonti esterne, nel rispetto dell'equilibrio finanziario. Tant'è che sono stati riportati alcuni suggerimenti che possano favorire la fase della ricapitalizzazione senza dover ricorrere ai provvedimenti degli artt. 2482-*bis* e 2482-*ter* c.c., i quali non si ritengono applicabili alla s.r.l.s., in cui si potrebbe scegliere liberamente di coprire le perdite con la sola finalità di ripristinare migliori condizioni per l'operatività della società.

La salvaguardia del capitale nelle s.r.l.s. va considerata in un'ottica di continuità aziendale, intesa come variabile che favorisce il conseguimento di risultati economici positivi, che monetizzandosi migliorano l'aspetto patrimoniale dell'impresa (riduzione del fenomeno della sottocapitalizzazione "nominale" e "materiale"). In tal senso, non è il patrimonio che garantisce il terzo ma lo svolgimento dell'attività secondo i presupposti del *going concern*. Venendo meno quest'ultimi, anziché i provvedimenti ricompresi negli artt. 2482-*bis* e 2482-*ter* c.c., sarà opportuno tutt'al più fare ricorso alle norme previste nell'art. 2484, primo comma, n. 2, c.c. ovvero lo scioglimento per impossibilità di conseguimento dell'oggetto sociale.

Le considerazioni che potrebbero riguardare il presupposto del *going concern* possono essere sintetizzate come di seguito:

- verificare fino a che punto gli investimenti in essere supportati dai finanziamenti riescono ad assicurare una continuità durevole nel tempo. Bisognerebbe focalizzarsi, in questo contesto, sul concetto di creazione di valore durevole nel tempo, garantendo che le determinanti della

⁶⁸ È il caso dell'ordinamento spagnolo che fornisce un'indicazione sulla soglia minima di euro 3.012, o di quello belga in cui si richiede un piano finanziario da valutare in sede di costituzione e comunque la soglia minima di euro 18.550 da rispettare trascorsi cinque esercizi dalla costituzione, o di quello tedesco in cui è stabilito che il 25% degli utili deve essere accantonato sino alla soglia massima di euro 25.000. In Germania, altresì, è fatto obbligo di istituire la stato di insolvenza qualora il patrimonio attivo della società risulti inferiore ai debiti al netto dei finanziamenti dei soci.

⁶⁹ In tal senso ASSONIME con la circolare n. 29/2012, cit., 1282.



continuità possano dirsi rinnovabili anche in futuro⁷⁰;

- qualora ciò non fosse possibile, sarebbe bene soffermarsi sulle motivazioni caratterizzanti un'eventuale minaccia dei presupposti della continuità, per comprendere se, e in che modo, le variabili di disturbo possono essere circoscritte o addirittura eliminate;
- se si dovessero rinvenire elementi di disturbo che possano intaccare i caratteri della continuità aziendale, bisognerebbe verificare se i medesimi abbiano un carattere di tipo fisiologico ovvero patologico, a tal punto da sfociare in uno stato di insolvenza dell'impresa.

Alla luce di quanto sinora detto, è comunque bene ricordare che lo stato di insolvenza non sempre coincide con una crisi conclamata dell'impresa, a maggior ragione se l'impresa parte con un capitale di costituzione esiguo. Questo perché la crisi può avere una serie di sfumature, tali da non determinare in automatico una difficoltà patologica dell'impresa in grado di provocare un suo *deficit* finanziario⁷¹.

Per finire, il superamento di un *deficit* finanziario, mediante le operazioni sul capitale, aumenti e riduzioni, nei limiti che vanno da 1 a 9.999 euro, nella prerogativa di rendere meno burocratizzate e meno esose le s.r.l.s. in fase di *start up* e nel rispetto di quanto riportato in statuto, si ritiene che si debba procedere nel rispetto del disposto dell'art. 2463-*bis* c.c., affidandosi maggiormente al ruolo dell'amministratore che dovrà assumersi tutte le responsabilità dell'operazione in essere.

11. Analisi statistica delle s.r.l.s.

Una panoramica generale sui numeri del Registro delle imprese

Il 2015. Secondo i più recenti dati sul Registro delle imprese, diffusi da Infocamere-Movimprese, il 1° febbraio 2016, al 31 dicembre 2015 le società di capitali registrate sono pari a 1.539.965 (+3,8% rispetto al 2014), mentre le società di persone registrate sono pari a 1.063.249 (-1,1% rispetto al 2014).

Nel 2015, le iscrizioni complessive sono state pari a 371.705, mentre le cessazioni complessive sono state 326.524 con un saldo positivo di 45.181 imprese (+0,75% rispetto al 2014).

⁷⁰ Sul concetto di creazione e diffusione del valore, validi spunti di riflessione possono essere ricercati, tra gli altri, in: L. GUATRI, *La teoria di creazione del valore*, Milano, 1991; G. DONNA, D. BORSIC, *La sfida del valore. Strumenti e strategie per il successo dell'impresa*, Milano, 2005.

⁷¹ In tal senso, A. QUAGLI, *La definizione del concetto di crisi aziendale e la sua rilevanza giuridica*, in *Il fisco*, 2, 2014.



Il 32% delle iscrizioni complessive è imputabile, sulla base della predominanza nel controllo, a imprese “*under 35*”, mentre il 27% delle iscrizioni complessive è costituito da società di capitali e il 7,5% da società di persone.

Rispetto ai saldi complessivi, le società di capitali nel 2015 presentano un valore positivo pari a +55.904 a fronte di un valore negativo per le società di persone pari a -11.794 e per le ditte individuali pari a -3.277.

La serie 1995-2015. Nel 2015, le iscrizioni di società di capitali hanno raggiunto il valore più alto dal 1995, a differenza del saldo che raggiunge il suo valore più alto dal 2007, essendo stato superato nel 2006, ma anche nel 2002 e nel 2001.

Quest’ultimo anno è particolarmente significativo, poiché è dal 2001 che le iscrizioni di società di capitali superano costantemente le iscrizioni di società di persone. Se guardiamo, invece, allo *stock* complessivo, le società di persone continueranno a crescere fino al 2006 per poi iniziare una lenta e inesorabile discesa negli anni successivi.

Il sorpasso, rispetto allo *stock* complessivo, delle società di capitali sulle società di persone avviene nel 2007. Tra il 2008 e il 2009 e tra il 2010 e il 2011, in corrispondenza delle fasi recessive del Pil italiano, le iscrizioni di società di capitali invertono il *trend* da positivo a negativo, ma dal 2013 e fino al 2015, parte un nuovo *trend*, fortemente crescente con tassi di crescita intorno al 10% all’anno.

In particolare, nel 2013, si registra un forte calo di iscrizioni di società di persone (-16,3%) e un forte rimbalzo delle iscrizioni delle società di capitali (+10%).

In conclusione, l’analisi della serie storica Movimprese 1995-2015 mostra come l’espansione delle società di capitali e il declino delle società di persone sia un fenomeno di lungo corso, in atto almeno dalla fine degli anni ‘90, mentre appare evidente che l’introduzione della s.r.l.s. nel 2012 abbia accelerato un fenomeno già in atto da tempo.

La spinta delle s.r.l.s.

Come mostrato anche dal Rapporto Cerved PMI 2015, negli ultimi anni, al calo delle iscrizioni complessive, calo in atto dal 2011 al 2014 e leggermente invertito solo nel 2015, si contrappone, a partire dal 2013, la crescita delle società di capitali alla quale ha contribuito notevolmente l’introduzione della s.r.l.s. Secondo l’Osservatorio Cerved sull’imprenditoria in Italia, nel 2012 si sono iscritte 3.472 s.r.l.s., oltre 16 mila nel 2013, quasi 28 mila nel 2014 e circa 40 mila nel 2015,



ovvero un terzo di tutte le nuove imprese che hanno scelto la forma di società di capitale. Al 30 settembre 2015, secondo Unioncamere, sono circa 80 mila le S.r.l.s. iscritte al Registro delle imprese, una quota pari al 5,4% del totale delle s.r.l. con una crescita di circa 36 mila unità rispetto al 2014 (+80%).

L'introduzione delle s.r.l.s., come sostenuto da Cerved, ha incentivato la nascita di società potenzialmente più piccole. I dati relativi al capitale sociale versato all'atto dell'iscrizione alle Camere di Commercio confermano l'osservazione. Nel 2014 quasi 46 mila imprese (54 mila secondo l'Osservatorio Cerved) hanno versato meno di 5.000 euro di capitale sociale, pari a circa due terzi delle *newco*.

Ad oggi, secondo Unioncamere, circa un terzo delle s.r.l.s. sono "giovani", ovvero ancora con soci di età inferiore ai 35 anni, poco meno di 27 mila. Sul piano settoriale, sempre dai dati Unioncamere, emerge un quadro d'intervento orientato verso le attività di servizi e ciò in quanto tali attività richiedono meno investimenti di capitali e sono per lo più società di piccola dimensione, di natura generalmente familiare e con capitale ridotto.

Ancora secondo i dati Unioncamere, a conferma di quanto osservato prima, ciascuna s.r.l.s. opera in media con 1,4 addetti. I settori più gettonati sono il Commercio all'ingrosso e al dettaglio (27% di s.r.l.s.) e le costruzioni (18% di s.r.l.s.) seguiti da Attività di servizi alloggio e ristorazione (13% s.r.l.s.) e da Attività manifatturiere (9% s.r.l.s.). Sul piano territoriale, il 42% delle s.r.l.s. si colloca nel Sud e Isole, a fronte di un 30% nel Centro e di un 28% nel Nord. La regione con il maggior numero di s.r.l.s., sempre secondo i dati Unioncamere al 30 settembre 2015, è il Lazio (15.861), seguito dalla Campania (10.661) e dalla Lombardia (8.410).

Analisi di alcuni dati di bilancio

Da un'analisi sulle s.r.l.s. che hanno presentato il bilancio, condotta su un database estratto dalla Banca Dati Bureau van Dijk, il 14 gennaio 2016, emergono ulteriori elementi utili ad inquadrare il fenomeno delle s.r.l.s.

Si tratta di 29.475 società costituite tra il 2012 e il 2014 di cui 27.259 attive (92%)⁷².

Il 37% presenta ricavi fino a 10.000 euro e solo il 24% supera i 100.000 euro.

Il 46% presenta un utile netto negativo o pari a zero a fronte di un 33% che non supera i 5.000 euro, mentre il 9% presenta un utile tra 5.000 e 10.000 euro e l'11% tra 10.000 e 100.000 euro. Il

⁷² Cfr. più avanti, tabelle 5-11.



56% non ha dipendenti, mentre il 27% ha uno o due dipendenti e solo 16% ha più di 2 dipendenti.

Può essere interessante notare, in particolare, come il 6% presenti più di 5 dipendenti. Quasi il 50% delle s.r.l.s. è costituita da un unico socio, mentre il 36% è costituita da due soci e solo il 12% è costituita da più di due soci. Infine, per quanto riguarda il capitale sociale, il 10% presenta, da bilancio, un capitale sociale pari a 1 euro, il 27% tra 2 e 500 euro, il 40% tra 501 e 1.000 euro e il 23% tra 1.001 e 10.000 euro. In ultimo, da un'analisi del *database* di s.r.l.s. estratte dalla banca dati Bureau van Dijk, emergono due importanti risultati:

- poco meno di 100 s.r.l.s. (lo 0,3% del totale) hanno modificato in aumento o in variazione il capitale sociale iscritto in bilancio tra il 2013 e il 2014;
- il 41,60% di s.r.l.s. presenta un bilancio in perdita e di queste il 63,50% presenta una perdita superiore al capitale sociale (il 24,40% di tutte le s.r.l.s.).

12. Tabelle

Tabella 1. Dati Registro Imprese Società di Capitali (SC) e Società di Persone (SP). Anni 1995-2015. Valori assoluti

ANNOO	SC	ISC	CES	SALDO	SP	ISC	CES	SALDO
1995	709.676	46.242	21.563	24.679	1.021.270	76.208	52.092	24.116
1996	731.973	42.285	23.169	19.116	1.070.982	93.911	45.948	47.963
1997	754.622	44.637	23.995	20.642	1.097.872	85.313	57.698	27.615
1998	785.981	49.720	20.369	29.351	1.131.076	76.674	42.638	34.036
1999	826.243	57.242	18.677	38.565	1.159.950	68.604	39.335	29.269
2000	878.193	66.270	19.557	46.713	1.188.608	67.612	40.361	27.251
2001	941.144	81.621	23.153	58.468	1.209.285	63.177	42.192	20.985
2002	972.156	82.547	31.254	51.293	1.214.272	63.851	52.485	11.366
2003	1.022.943	75.459	26.907	48.552	1.225.899	59.397	46.982	12.415
2004	1.074.686	80.447	32.471	47.976	1.237.527	63.109	49.429	13.680
2005	1.123.694	85.664	37.973	47.691	1.248.342	64.114	49.848	14.266
2006	1.181.035	88.419	35.443	52.976	1.251.155	63.641	57.703	5.938
2007	1.231.270	92.265	46.066	46.199	1.224.989	60.598	83.798	-23.200
2008	1.266.420	88.781	57.993	30.788	1.199.973	52.926	74.854	-21.928
2009	1.308.503	83.989	46.207	37.782	1.185.718	48.793	60.080	-11.287
2010	1.351.831	88.323	49.141	39.182	1.168.065	49.267	64.288	-15.021
2011	1.385.626	80.744	51.601	29.143	1.150.351	45.187	60.211	-15.024
2012	1.411.747	76.337	54.657	21.680	1.133.660	40.880	55.349	-14.469
2013	1.443.732	83.972	53.181	30.791	1.111.735	34.212	54.153	-19.941
2014	1.487.014	92.376	51.980	40.396	1.087.796	30.810	52.618	-21.808
2015	1.539.965	100.563	50.955	49.608	1.063.249	27.895	50.146	-22.251

Fonte: Elaborazione FNC su dati Movimprese



Tabella 2. Dati Registro Imprese Società di Capitali (SC) e Società di Persone (SP). Anni 1995-2015. Tassi di variazione annuali

ANNO	SC	ISC	CES	SALDO	SP	ISC	CES	SALDO
1996	3,1%	-8,6%	7,4%	-22,5%	4,9%	23,2%	-11,8%	98,9%
1997	3,1%	5,6%	3,6%	8,0%	2,5%	-9,2%	25,6%	-42,4%
1998	4,2%	11,4%	-15,1%	42,2%	3,0%	-10,1%	-26,1%	23,3%
1999	5,1%	15,1%	-8,3%	31,4%	2,6%	-10,5%	-7,7%	-14,0%
2000	6,3%	15,8%	4,7%	21,1%	2,5%	-1,4%	2,6%	-6,9%
2001	7,2%	23,2%	18,4%	25,2%	1,7%	-6,6%	4,5%	-23,0%
2002	3,3%	1,1%	35,0%	-12,3%	0,4%	1,1%	24,4%	-45,8%
2003	5,2%	-8,6%	-13,9%	-5,3%	1,0%	-7,0%	-10,5%	9,2%
2004	5,1%	6,6%	20,7%	-1,2%	0,9%	6,2%	5,2%	10,2%
2005	4,6%	6,5%	16,9%	-0,6%	0,9%	1,6%	0,8%	4,3%
2006	5,1%	3,2%	-6,7%	11,1%	0,2%	-0,7%	15,8%	-58,4%
2007	4,3%	4,3%	30,0%	-12,8%	-2,1%	-4,8%	45,2%	-490,7%
2008	2,9%	-3,8%	25,9%	-33,4%	-2,0%	-12,7%	-10,7%	-5,5%
2009	3,3%	-5,4%	-20,3%	22,7%	-1,2%	-7,8%	-19,7%	-48,5%
2010	3,3%	5,2%	6,3%	3,7%	-1,5%	1,0%	7,0%	33,1%
2011	2,5%	-8,6%	5,0%	-25,6%	-1,5%	-8,3%	-6,3%	0,0%
2012	1,9%	-5,5%	5,9%	-25,6%	-1,5%	-9,5%	-8,1%	-3,7%
2013	2,3%	10,0%	-2,7%	42,0%	-1,9%	-16,3%	-2,2%	37,8%
2014	3,0%	10,0%	-2,3%	31,2%	-2,2%	-9,9%	-2,8%	9,4%
2015	3,6%	8,9%	-2,0%	22,8%	-2,3%	-9,5%	-4,7%	2,0%

Fonte: Elaborazione FNC su dati Movimprese

Tabella 3. Dettaglio territoriale delle s.r.l.s. (dati al 30 settembre 2015)

Regione	s.r.l.s. reg.
Abruzzo	2717
Basilicata	994
Calabria	2902
Campania	10661
Emilia Romagna	4637
Friuli Venezia Giulia	729
Lazio	15.861
Liguria	1301
Lombardia	8410
Marche	2253
Molise	732
Piemonte	2504
Puglia	5972
Sardegna	2533
Sicilia	6952
Toscana	4295
Trentino Alto Adige	659
Umbria	1408
Valle d'Aosta	66
Veneto	4388
Italia	79.974

Fonte: Unioncamere, Audizione Disegno di legge annuale per il mercato e la concorrenza, Roma, 9 dicembre 2015



Tabella 4. Quadro settoriale e caratteristiche delle s.r.l.s. (dati al 30 settembre 2015)

Settori ATECO 2007	Registrate	Attive	N. Addetti	di cui giovanili
Agricoltura, silvicoltura e pesca	415	412	1.454	162
Estrazione di minerali da cave e miniere	19	19	25	5
Attività manifatturiere	4.291	4.161	14.070	1.394
Fornitura di energia elettrica, gas, vapore e aria condizionata	107	103	38	30
Fornitura di acqua; reti fognarie, gestione rifiuti e risanamento	106	106	182	39
Costruzioni	8.837	8.667	17.912	2.832
Commercio all'ingrosso e al dett.; riparazione di autoveicoli e motocicli	13.427	12.843	16.568	4.771
Trasporto e magazzinaggio	1.226	1.208	4.377	472
Attività di servizi, alloggio e ristorazione	6.693	6.290	20.660	2.702
Servizi di informazione e comunicazione	3.255	3.155	2.791	1.197
Attività finanziarie e assicurative	241	238	125	48
Attività immobiliari	1.064	1.040	634	258
Attività professionali, scientifiche e tecniche	3.452	3.370	2.760	916
Noleggio, agenzie di viaggio, servizi di supporto alle imprese	3.032	2.917	8.683	1.000
Istruzione	300	288	390	87
Sanità e assistenza sociale	321	315	597	97
Attività artistiche, sportive, di intrattenimento e divertimento	1.023	959	2.485	433
Altre attività di servizi	1.285	2.142	2.911	478
Attività di famiglie e convivenze (datori di lavoro); prod. Beni e servizi indiff.	1	1	1	-
Totale	79.974	47.437	111.297	26.820

Fonte: Unioncamere, Audizione Disegno di legge annuale per il mercato e la concorrenza, Roma, 9 dicembre 2015

Tabella 5. S.r.l.s. per forma giuridica all'atto della costituzione

Forma giuridica	v.a.	%
Srl a capitale ridotto	3.258	11%
S.r.l.s.	26.217	89%
Totale	29.475	100%

Fonte: Elaborazione FNC su dati Bvd (14 gennaio 2016)

Tabella 6. S.r.l.s. per forma giuridica all'atto della costituzione

Anno di costituzione	v.a.	%
2012	3.076	10%
2013	11.765	40%
2014	14.634	50%
Totale	29.475	100%

Fonte: Elaborazione FNC su dati Bvd (14 gennaio 2016)

Tabella 7. S.r.l.s. per numero di soci registrati

N. Soci	v.a.	%
zero	3.318	11%
1	11.983	41%
2	10.648	36%
3	2.469	8%
da 4 a 10	1.049	4%
più di 10	8	0%
Totale	29.475	100%

Fonte: Elaborazione FNC su dati Bvd (14 gennaio 2016)



Tabella 8. S.r.l.s. per classi di ricavi (ultimo anno disponibile)

Classi di ricavi	v.a.	%
Minore o uguale a 10.000	10.808	37%
da 10.000 a 100.000	11.620	39%
da 100.000 a 1.000.000	6.741	23%
oltre 1.000.000	294	1%
Totale	29.463	100%

Fonte: Elaborazione FNC su dati Bvd (14 gennaio 2016)

Tabella 9. S.r.l.s. per classi di utile netto (ultimo anno disponibile)

Classi di utile netto	v.a.	%
Minore o uguale a zero	13.665	46%
da zero a 5.000	9.740	33%
da 5.000 a 10.000	2.655	9%
da 10.000 a 100.000	3.328	11%
da 100.000 a 1.000.000	86	0%
Totale	29.474	100%

Fonte: Elaborazione FNC su dati Bvd (14 gennaio 2016)

Tabella 10. S.r.l.s. per classi di dipendenti (ultimo anno disponibile)

Classi di dipendenti	v.a.	%
zero	16.322	56%
1	4.927	17%
2	2.845	10%
3	1.686	6%
4	1.043	4%
5	685	2%
da 6 a 10	1.158	4%
più di 10	586	2%
Totale	29.252	100%

Fonte: Elaborazione FNC su dati Bvd (14 gennaio 2016)

Tabella 11. S.r.l.s. per classi di capitale sociale (ultimo anno disponibile)

Classi di capitale	v.a.	%
1 euro	2.845	10%
2-500 euro	7.971	27%
501-1.000 euro	11.610	40%
1.001-10.000	6.604	23%
più di 10.000 euro	37	0%
Totale	29.067	100%

Fonte: Elaborazione FNC su dati Bvd (14 gennaio 2016)



Consiglio Nazionale
dei Dottori Commercialisti
e degli Esperti Contabili

**Fondazione
Nazionale dei
Commercialisti**



OSSERVATORIO ENTI LOCALI

Roma, 29 febbraio 2016

OSSERVATORIO ENTI LOCALI

FEBBRAIO 2016

L'IMPOSTA DI SOGGIORNO

Mara Oliverio e Laura Pascarella

Consiglieri Delegati CNDCEC

*Marcello Marchetti
Giovanni Gerardo Parente*

Consigliere Delegato FNC

Michele de Taronati

**F
N
C**





Sommario: 1. Premessa 2. L'imposta di soggiorno 3. I soggetti coinvolti 4. Le modalità di gestione dell'imposta 5. Esenzioni e riduzioni 6. Il vincolo di destinazione del gettito

1. Premessa

L'imposta di soggiorno è stata (re)introdotta dal legislatore italiano con l'articolo 14, comma 16, lettera b), del D.L. n. 78/2010, il quale ha previsto, per il solo comune di Roma, la possibilità di introdurre un contributo a carico dei turisti riprendendo un concetto già applicato nel secolo scorso per le stazioni termali, climatiche, balneari e turistiche¹.

Successivamente, con l'approvazione del D.Lgs. n. 23/2011, in materia di federalismo fiscale municipale, la facoltà di introdurre una tassa sul turismo è stata allargata a tutti i capoluoghi di provincia, alle unioni di comuni, nonché alle località turistiche e alle città d'arte.

In tal modo, il legislatore ha, infatti, risposto all'esigenza di attuare una forma di partecipazione alla copertura delle spese per i servizi pubblici locali sostenute dai comuni, da parte dei turisti che alloggiano in strutture ricettive, di fatto beneficiando dei medesimi servizi.

L'emanazione della disciplina di dettaglio è stata demandata dal decreto n. 23/2011, ad un successivo regolamento generale, regolamento in realtà mai approvato. Anche in assenza del regolamento, tuttavia, l'imposta ha preso il via con i comuni che si sono autoregolamentati in maniera scoordinata.

Allo stato attuale, pertanto, l'imposta di soggiorno è applicata sul territorio nazionale in maniera differenziata, e grava solo su una categoria di turisti, coloro che pernottano, transitando attraverso un soggetto terzo (la struttura ricettiva) che è tenuto a riscuotere per conto del comune e a riversare le somme incassate.

2. L'imposta di soggiorno

Con decreto legislativo del 14 marzo 2011 n. 23, recante "*Disposizioni in materia di federalismo Fiscale Municipale*", pubblicato in Gazzetta Ufficiale n. 67 del 23 marzo 2011, è stata introdotta l'imposta di soggiorno dando la facoltà di istituzione ai comuni capoluogo di provincia, alle unioni di comuni nonché ai comuni inclusi negli elenchi regionali delle località turistiche o città d'arte. In particolare, l'art. 4, comma 1, del suddetto decreto dispone: "*i comuni*

¹ L'imposta di soggiorno, istituita nel 1910 per le sole stazioni termali, climatiche e balneari e, successivamente, estesa alle altre località di interesse turistico, fu abolita a decorrere dal 1 gennaio 1989.



capoluogo di provincia, le unioni di comuni nonché i comuni inclusi negli elenchi regionali delle località turistiche o città d'arte possono istituire, con deliberazione del consiglio, un'imposta di soggiorno a carico di coloro che alloggiano nelle strutture ricettive situate sul proprio territorio, da applicare, secondo criteri di gradualità in proporzione al prezzo, sino a 5 euro per notte di soggiorno. Il relativo gettito è destinato a finanziare interventi in materia di turismo, ivi compresi quelli a sostegno delle strutture ricettive, nonché interventi di manutenzione, fruizione e recupero dei beni culturali ed ambientali locali, nonché dei relativi servizi pubblici locali.”².

Il medesimo articolo 4 del D.Lgs. n. 23/2011, prevede, inoltre, al comma 2, che “*ferma restando la facoltà di disporre limitazioni alla circolazione nei centri abitati, ai sensi dell’articolo 7 del decreto legislativo 30 aprile 1992, n. 285, l’imposta di soggiorno può sostituire, in tutto o in parte, gli eventuali oneri imposti agli autobus turistici per la circolazione e la sosta nell’ambito del territorio comunale.*”. In tal modo, il legislatore ha voluto evidenziare, pur senza limitare l’autonomia impositiva dei comuni, la concorrenza delle due forme di prelievo alla medesima finalità di partecipazione alle spese sostenute per i servizi ed i beni pubblici messi a disposizione degli utenti.

Il decreto legislativo ha previsto altresì, al successivo comma 3, dell’art. 4 in esame, l’adozione, entro sessanta giorni dalla data di entrata in vigore del medesimo decreto, di un apposito regolamento per l’individuazione della disciplina generale di attuazione dell’imposta di soggiorno, d’intesa con la Conferenza Stato-città ed autonomie locali.

Inoltre, in conformità con quanto stabilito nel predetto regolamento, i comuni, con proprio regolamento, hanno la facoltà, sentite le associazioni maggiormente rappresentative dei titolari delle strutture ricettive, di disporre ulteriori modalità applicative del tributo, nonché di prevedere esenzioni e riduzioni per particolari fattispecie o per determinati periodi di tempo.

Come anticipato in premessa, il decreto non è mai stato adottato, tuttavia la disposizione in esame riconosce ai comuni la facoltà di istituire l’imposta anche in caso di mancata emanazione del regolamento.

Nel 2012, la disciplina in commento è stata integrata ad opera del D.L. n. 16/2012 che ha

² In riferimento agli importi dovuti e determinati con delibera di consiglio, preme precisare che anche per l’imposta di soggiorno trova applicazione il comma 26, dell’articolo 1, della legge di stabilità n. 208/2015 che stabilisce, per l’anno 2016, il blocco degli aumenti dei tributi e delle addizionali.



introdotto, all'art. 4, un ulteriore comma 3-bis, successivamente sostituito dall'art. 33, comma 1, della legge n. 221/2015, in materia di imposta di sbarco (ora contributo), una forma di imposizione adottabile dalle isole minori in alternativa all'imposta di soggiorno³. In tale circostanza, il legislatore, probabilmente consapevole della mancata adozione del regolamento previsto dal comma precedente, ha provveduto a dettare una disciplina molto più articolata, stabilendo tra l'altro, espressamente, il ruolo di responsabile d'imposta in capo alla compagnia di navigazione.

3. I soggetti coinvolti

La disciplina positiva in materia di imposta di soggiorno individua la soggettività attiva nei comuni capoluoghi di provincia, nelle unioni dei comuni, nonché nei comuni inclusi negli elenchi regionali delle località turistiche o d'arte.

³ La disposizione vigente stabilisce che “i comuni che hanno sede giuridica nelle isole minori e i comuni nel cui territorio insistono isole minori possono istituire, con regolamento da adottare ai sensi dell'articolo 52 del decreto legislativo 15 dicembre 1997, n. 446, e successive modificazioni, in alternativa all'imposta di soggiorno di cui al comma 1 del presente articolo, un contributo di sbarco, da applicare fino ad un massimo di euro 2,50, ai passeggeri che sbarcano sul territorio dell'isola minore, utilizzando vettori che forniscono collegamenti di linea o vettori aeronavali che svolgono servizio di trasporto di persone a fini commerciali, abilitati e autorizzati ad effettuare collegamenti verso l'isola. Il comune che ha sede giuridica in un'isola minore, e nel cui territorio insistono altre isole minori con centri abitati, destina il gettito del contributo per interventi nelle singole isole minori dell'arcipelago in proporzione agli sbarchi effettuati nelle medesime. Il contributo di sbarco è riscosso, unitamente al prezzo del biglietto, da parte delle compagnie di navigazione e aeree o dei soggetti che svolgono servizio di trasporto di persone a fini commerciali, che sono responsabili del pagamento del contributo, con diritto di rivalsa sui soggetti passivi, della presentazione della dichiarazione e degli ulteriori adempimenti previsti dalla legge e dal regolamento comunale, ovvero con le diverse modalità stabilite dal medesimo regolamento comunale, in relazione alle particolari modalità di accesso alle isole. Per l'omessa o infedele presentazione della dichiarazione da parte del responsabile si applica la sanzione amministrativa dal 100 al 200 per cento dell'importo dovuto. Per l'omesso, ritardato o parziale versamento del contributo si applica la sanzione amministrativa di cui all'articolo 13 del decreto legislativo 18 dicembre 1997, n. 471, e successive modificazioni. Per tutto quanto non previsto dalle disposizioni del presente articolo si applica l'articolo 1, commi da 158 a 170, della legge 27 dicembre 2006, n. 296. Il contributo di sbarco non è dovuto dai soggetti residenti nel comune, dai lavoratori, dagli studenti pendolari, nonché dai componenti dei nuclei familiari dei soggetti che risultino aver pagato l'imposta municipale propria nel medesimo comune e che sono parificati ai residenti. I comuni possono prevedere nel regolamento modalità applicative del contributo nonché eventuali esenzioni e riduzioni per particolari fattispecie o per determinati periodi di tempo; possono altresì prevedere un aumento del contributo fino ad un massimo di euro 5 in relazione a determinati periodi di tempo. I comuni possono altresì prevedere un contributo fino ad un massimo di euro 5 in relazione all'accesso a zone disciplinate nella loro fruizione per motivi ambientali, in prossimità di fenomeni attivi di origine vulcanica; in tal caso il contributo può essere riscosso dalle locali guide vulcanologiche regolarmente autorizzate o da altri soggetti individuati dall'amministrazione comunale con apposito avviso pubblico. Il gettito del contributo è destinato a finanziare interventi di raccolta e di smaltimento dei rifiuti, gli interventi di recupero e salvaguardia ambientale nonché interventi in materia di turismo, cultura, polizia locale e mobilità nelle isole minori.”.



Quanto all'individuazione di questi ultimi, lo schema di regolamento generale predisposto dal Governo, e mai adottato, operava un esplicito rinvio agli elenchi regionali di cui all'art. 12, comma 3, del D.Lgs. n. 114/1998, cd. decreto Bersani, finalizzati alla liberalizzazione degli orari degli esercizi situati in comuni ad economia prevalentemente turistica, e nelle città d'arte. La soggettività passiva è, invece, attribuita a coloro che alloggiano nelle strutture ricettive situate nel territorio del soggetto attivo.

E' evidente che, così come formulata, l'imposta di soggiorno non colpisce chi riveste il ruolo di mero visitatore della città. A tale proposito, numerose sono state le critiche sollevate soprattutto in riferimento a quelle situazioni in cui i turisti alloggiano in località satelliti delle vicine città d'arte, usufruendo dei servizi di quest'ultime senza tuttavia corrispondere ad esse alcuna imposta.

Infine, il terzo soggetto chiamato in causa nell'imposta di soggiorno è il gestore della struttura ricettiva. A quest'ultimo, sebbene la normativa primaria nulla detti in merito, è attribuito dai regolamenti comunali il compito di riscuotere per proprio conto l'imposta, e di riversarla, all'ente impositore, nei limiti dell'importo effettivamente incassato. Fattivamente, il gestore della struttura è incaricato di incassare un'entrata tributaria da parte di un ente territoriale e di trasferire l'importo al medesimo ente effettuando maneggio e custodia di denaro pubblico, secondo quanto stabilito dal regolamento comunale. Per tali ragioni, la Corte dei conti, Sezione regionale di controllo per il Veneto, con deliberazione n. 19/2013 ha stabilito che *“i gestori delle strutture ricettive, relativamente alla riscossione dell'imposta di soggiorno, possano essere considerati agenti contabili “di fatto”, stante che il maneggio e la custodia di denaro o di valori di pertinenza dell'erario pubblico, anche al di fuori di una legittima investitura, implica comunque l'assunzione della qualifica di agente contabile e l'assoggettamento alla relativa disciplina da parte di chi li svolge.”*, stabilendo, dunque, in capo ai medesimi, i relativi obblighi di rendicontazione, nonché la responsabilità patrimoniale, come sanciti, rispettivamente, dagli artt. 233 e 93 del TUOEL.

In mancanza di una espressa indicazione di legge, invece, al gestore della struttura ricettiva non può essere in alcun modo attribuita la qualifica di sostituto e responsabile d'imposta, come definito dall'art. 64 del D.P.R. n. 600/1973⁴. Il gestore è, infatti, responsabile della sola

⁴Ai sensi dell'art. 64 del D.P.R. n. 600/1973, è sostituto e responsabile di imposta chi in forza di disposizioni di legge è obbligato al pagamento di imposte in luogo di altri, per fatti o situazioni a questi riferibili e deve esercitare



riscossione del tributo e del successivo riversamento della somma all'ente impositore, se e in quanto corrisposta dal soggetto passivo⁵.

4. Le modalità di gestione dell'imposta

L'effettiva considerazione del gestore della struttura ricettiva come agente contabile, in quanto soggetto che detiene una responsabilità nei confronti della pubblica amministrazione, è una conclusione in linea con la normativa di riferimento. Il gestore, pertanto, deve rendere conto all'ente locale della gestione assolta nella riscossione e nel versamento dell'imposta di soggiorno, ed è soggetto alla giurisdizione della Corte dei conti.

In mancanza del regolamento generale attuativo, l'individuazione dei criteri di determinazione dell'imposta e della concreta modalità di riscossione e di riversamento della medesima sono lasciati all'autonomia regolamentare dei comuni.

Generalmente, le delibere comunali individuano quale criterio principale di determinazione dell'imposta, nei limiti dell'importo massimo fissato di cinque euro a notte, la tipologia e la categoria della struttura ricettiva.

In tal modo, il criterio di gradualità di imposizione proporzionale al prezzo, imposto dalla norma, è indirettamente garantito⁶.

In pratica, al gestore spetta la concreta quantificazione dell'imposta secondo i criteri determinati dal comune di riferimento. Egli procede, altresì al relativo addebito nei confronti dei clienti, i quali devono essere preventivamente informati sulle modalità di applicazione dell'imposta.

la rivalsa se non è diversamente stabilito in modo espresso.

⁵ Cfr., per tutte, TAR Veneto, Sent. n. 1165 del 21 agosto 2012, in cui i giudici chiariscono che gli adempimenti strumentali all'esazione posti a carico dei gestori delle strutture ricettive non comportano assunzione dell'obbligo di pagamento in proprio dell'obbligazione tributaria, e che l'obbligo di versamento dell'imposta cui è tenuto il gestore della struttura ricettiva sussiste nel solo caso in cui le somme gli siano corrisposte da parte dell'ospite alloggiato, e che, pertanto, il gestore della struttura non assume il ruolo di sostituto o di responsabile d'imposta ai sensi dell'art. 64 del DPR 29 settembre 1973, n. 600.

⁶ A tal proposito, il TAR della Toscana, con sentenza n. 1348 del 2011, ha affermato che la commisurazione dell'imposta al prezzo si può ottenere anche indirettamente, mediante riferimento alla categoria delle strutture ricettive: *"il sistema di commisurazione dell'imposta prescelto dal Comune di Firenze, per quanto non ottimale e come tale perfettibile in prosieguo di tempo con successivi interventi dell'Amministrazione che tengano conto dei rilievi di ordine tecnico posti in luce dagli albergatori, [...] non risulta tuttavia illegittimo, in quanto la classificazione delle strutture ricettive in "stelle", "chiavi" e "spighe", alla quale l'imposta si correla, certamente evidenzia, anche per comune esperienza, caratteristiche qualitative via via crescenti delle strutture medesime cui è collegato un aumento del prezzo richiesto ai clienti, così che indirettamente l'imposta viene a porsi in rapporto di proporzionalità con il prezzo."*



Di regola, il versamento del contributo da parte del soggetto passivo deve avvenire entro il termine del soggiorno. Qualora, tuttavia, il pagamento dell'imposta sia dovuto da soggetti diversi dal soggetto passivo (es. organizzatori, tour operator, etc.), è previsto che l'imposta sia assolta preventivamente ed esibita dal gestore nella fattura relativa al successivo pernottamento. Il gestore deve quindi procedere al tempestivo riversamento delle somme incassate dai propri clienti a titolo di imposta di soggiorno nelle casse dell'ente impositore.

Normalmente, i regolamenti comunali prevedono il versamento unitario delle somme riscosse in un trimestre entro il giorno 15/20 del mese successivo al trimestre di riferimento, ma vi sono anche realtà nelle quali si predilige il riversamento entro il mese successivo.

Il gestore, insieme al versamento delle somme ricevute, trasferisce all'ente impositore i seguenti dati necessari per il riscontro di congruità:

- a. numero di coloro che hanno pernottato nel corso del (mese/trimestre) precedente;
- b. periodo di permanenza di ciascuno;
- c. segnalazione degli eventuali rifiuti di corrispondere l'imposta;
- d. calcolo della imposta complessivamente dovuta;
- e. totale dell'imposta incassata e riversata (con gli estremi del riversamento effettuato);
- f. ogni ulteriore informazione ritenuta di utilità ai fini del controllo della modalità di gestione dell'attività di riscossione.

5. Esenzioni e riduzioni

Il comma 3, dell'art. 4, del D.Lgs. n. 23/2011, demanda ai regolamenti comunali la facoltà di prevedere, sentite le associazioni maggiormente rappresentative dei titolari delle strutture ricettive, esenzioni e riduzioni dell'imposta di soggiorno, per particolari fattispecie o per determinati periodi di tempo.

L'attuazione della disposizione in commento da parte dei comuni ha dato vita a soluzioni altamente diversificate, in base alle quali la quantificazione dell'imposta è associata a variabili come la durata del soggiorno, la stagione (alta o bassa), la localizzazione della struttura ricettiva, etc. Inoltre, particolari esenzioni sono generalmente previste per specifiche categorie (residenti, dipendenti delle medesime strutture ricettive, portatori di handicap, bambini, etc.).



6. Il vincolo di destinazione del gettito

Ai sensi dell'art. 4, comma 1, ultimo periodo, del D.Lgs. n. 23/2011, il gettito dell'imposta di soggiorno "è destinato a finanziare interventi in materia di turismo, ivi compresi quelli a sostegno delle strutture ricettive, nonché interventi di manutenzione, fruizione e recupero dei beni culturali ed ambientali locali, nonché dei relativi servizi pubblici locali."

Si tratta, dunque, di un'imposta il cui gettito è soggetto ad un vincolo di destinazione. In buona sostanza le risorse derivanti dai flussi turistici territoriali, soggiornanti cioè nelle strutture ubicate nel territorio comunale, devono essere impiegate in favore delle risorse che alimentano, direttamente o indirettamente, tali flussi, attraverso:

- interventi diretti a sostegno delle strutture ricettive, e quindi degli operatori economici interessati dall'applicazione del nuovo tributo;
- interventi di manutenzione, fruizione e recupero dei beni culturali ed ambientali locali, cioè degli elementi che determinano l'attrattività turistica del territorio comunale;
- interventi (di manutenzione e sviluppo) dei servizi pubblici locali erogati dagli enti (o da soggetti per loro gerenti), in favore di una loro migliore e/o maggiore fruibilità e quindi per migliorare e/o aumentare la soddisfazione del turista.

A titolo esemplificativo, si riporta l'elenco dettagliato degli interventi, non esaustivi, suggeriti dallo schema di regolamento attuativo mai adottato, di cui al comma 3, dell'art. 4, del D.Lgs. n. 23/2011:

- a) progetti di sviluppo degli itinerari tematici e dei circuiti di eccellenza, anche in ambito intercomunale, con particolare riferimento alla promozione del turismo culturale di cui agli articoli 24 e seguenti del Codice del turismo approvato con decreto legislativo 23 maggio 2011, n. 79;
- b) ristrutturazione e adeguamento delle strutture e dei servizi destinata alla fruizione turistica, con particolare riguardo all'innovazione tecnologica, agli interventi ecosostenibili e a quelli destinati al turismo accessibile;
- c) interventi di manutenzione e recupero dei beni culturali, paesaggistici, ambientali ricadenti nel territorio comunale rilevanti per l'attrazione turistica, ai fini di garantire una migliore e adeguata fruizione;
- d) sviluppo di punti di accoglienza e informazione e di sportelli di conciliazione per i turisti;



- e) cofinanziamento di interventi promozionali da realizzarsi in collaborazione con la Regione e gli enti locali;
- f) incentivazione di progetti volti a favorire il soggiorno di giovani, famiglie e anziani presso le strutture ricettive, ubicate nel territorio comunale, durante i periodi di bassa stagione;
- g) incentivazione all'adeguamento delle strutture ricettive e dei servizi pubblici e privati all'accesso degli animali domestici e ristrutturazione con adeguamento delle stesse strutture ai fini all'accesso di animali domestici di supporto ai disabili e ai non vedenti;
- h) progetti e interventi destinati alla formazione e all'aggiornamento delle figure professionali operanti nel settore turistico, con particolare attenzione allo sviluppo dell'occupazione giovanile;
- i) finanziamento delle maggiori spese connesse ai flussi turistici.



DICHIARAZIONE IVA 2016: VISTO DI CONFORMITÀ

CHECK LIST VISTO DI CONFORMITÀ DICHIARAZIONE IVA 2016 (ANNO 2015)¹²

Per attestare la correttezza dell'esecuzione dei controlli previsti si dà atto di seguito dell'attività di controllo svolta³.

ANNOTAZIONI PRELIMINARI⁴:

<p>SOGGETTO ABILITATO AL RILASCIO DEL VISTO DI CONFORMITÀ⁵</p>	<p><input type="checkbox"/> Dottori Commercialisti ed Esperti Contabili; <input type="checkbox"/> Consulenti del Lavoro; <input type="checkbox"/> periti, esperti tributari iscritti alla data del 30.9.93 nei relativi ruoli tenuti presso la CCIAA in possesso della laurea in giurisprudenza o economia, o equipollenti, ovvero del diploma di ragioneria; <input type="checkbox"/> i responsabili dell'assistenza fiscale di un CAF imprese. <input type="checkbox"/> sottoscrizione della dichiarazione dal professionista preposto al controllo contabile⁶</p>
---	---

¹ L'art. 10 del DL n. 78/2009, convertito dalla Legge n. 102/2009 così come modificato dal DL n.16/2012, dispone che i contribuenti i quali intendono utilizzare in compensazione **crediti IVA per importi superiori a € 15.000 annui** hanno l'obbligo di richiedere l'apposizione del **visto di conformità** di cui all'art. 35, comma 1, lett. a), D.Lgs. n. 241/97, alla dichiarazione dalla quale emerge il credito.

² Nel porre in essere i necessari controlli per il rilascio del visto di conformità si deve far riferimento alle istruzioni operative fornite dall'Agenzia delle Entrate, nelle Circolari 23.12.2009, n. 57/E e 12.3.2010, n. 12/E.

³ Art. 2, comma 2, DM n. 164/99.

⁴ La check-list delle fattispecie che possono aver generato il credito IVA fornita nella Circolare n. 57/E, va considerata esemplificativa e non esaustiva quindi, se necessario, va integrata dal soggetto che appone il visto con lo specifico caso analizzato.

⁵ **I soggetti che possono rilasciare il visto di conformità sono individuati dall'art. 35, D.Lgs. n. 241/97, e sono:**

- i Dottori Commercialisti ed Esperti Contabili;
- i Consulenti del Lavoro;
- i periti, esperti tributari iscritti alla data del 30.9.93 nei relativi ruoli tenuti presso la CCIAA in possesso della laurea in giurisprudenza o economia, o equipollenti, ovvero del diploma di ragioneria;
- i responsabili dell'assistenza fiscale di un CAF imprese.

⁶ Per le **società di capitali** che sono soggette al controllo contabile (**art. 2409-bis c.c.**) il visto di conformità può essere facoltativamente sostituito dalla sottoscrizione della dichiarazione dal professionista preposto al controllo contabile (che attesti l'esecuzione dei controlli previsti).

<p>CONDIZIONI NECESSARIE PER IL RILASCIO DEL VISTO DI CONFORMITÀ</p>	<ul style="list-style-type: none"> <input type="checkbox"/> Le scritture contabili devono essere tenute dal soggetto che appone il visto; <input type="checkbox"/> la dichiarazione deve essere predisposta dal soggetto che appone il visto⁷. <input type="checkbox"/> Società di servizi⁸ <input type="checkbox"/> Casi particolari⁹
<p>VERIFICA ADEGUATEZZA DELLA POLIZZA ASSICURATIVA¹⁰¹¹</p>	<ul style="list-style-type: none"> <input type="checkbox"/> La copertura assicurativa deve riferirsi alla prestazione dell'assistenza fiscale senza alcuna limitazione della garanzia a un solo specifico modello di dichiarazione; <input type="checkbox"/> Il massimale della polizza, deve essere adeguato al numero dei contribuenti assistiti, nonché al numero dei visti di conformità, delle asseverazioni e delle certificazioni tributarie rilasciati e non deve essere inferiore a 3.000.000,00¹²; <input type="checkbox"/> La copertura assicurativa non deve contenere franchigie o scoperti, salvo il caso in cui la società assicuratrice si impegni espressamente a risarcire il terzo danneggiato, riservandosi la facoltà di rivalersi successivamente sull'assicurato per l'importo rientrante in franchigia; <input type="checkbox"/> La polizza assicurativa deve prevedere, per gli errori

⁷ Come disposto dall'art. 23, D.M. n. 164/99, e confermato dall'Agenzia delle Entrate nella **Circolare 23.12.2009, n. 57/E**, le scritture contabili si intendono tenute e la dichiarazione si intende predisposta dal professionista abilitato **anche** quando sono tenute e predisposte:

⇒ **direttamente dal contribuente;**

⇒ da una **società di servizi di cui uno o più** professionisti posseggano la maggioranza assoluta del capitale sociale.

Tali attività devono essere eseguite sotto il diretto controllo e la responsabilità del professionista abilitato.

⁸ In riferimento alle **società di servizi**, l'Agenzia delle Entrate nella Circolare 12.3.2010, n. 12/E precisa che:

⇒ in presenza di più di 2 soci *“tenuto conto che nessuno dei soci potrebbe possedere la maggioranza assoluta, la norma prevede la possibilità che la stessa sia posseduta da più professionisti che siano abilitati all'apposizione del visto di conformità”*;

⇒ il requisito del possesso della maggioranza assoluta del capitale sociale da parte dei professionisti abilitati *“deve sussistere per l'intero periodo d'imposta e fino al rilascio del visto”*. In mancanza di tale requisito temporale si configura un'ipotesi di **tenuta delle scritture contabili da parte di un soggetto non abilitato** al rilascio del visto con conseguente possibilità, per il contribuente, di rivolgersi ad un CAF imprese ovvero a un professionista abilitato.

⁹ Nella Circolare n. 57/E, l'Agenzia delle Entrate consente al contribuente di *“rivolgersi a un CAF imprese o a un professionista abilitato all'apposizione del visto”*, nel caso in cui le scritture contabili siano tenute da un soggetto che non può apporre il visto di conformità. In tal caso, il contribuente dovrà fornire al CAF imprese o al professionista abilitato la documentazione necessaria per consentire agli stessi di effettuare la verifica della conformità dei dati esposti o da esporre nella dichiarazione. Nella C.M. 32/E/2014, è stato chiarito che anche nel caso in cui il soggetto che tiene le scritture, astrattamente abilitato ad apporre il visto di conformità, sia oggettivamente impossibilitato, il contribuente può *“rivolgersi a un CAF imprese o a un professionista abilitato all'apposizione del visto”*. Se, in attuazione di specifiche disposizioni di legge o, per atto d'autorità, sia revocato l'incarico al soggetto tenuto al controllo contabile, il visto può essere apposto da un CAF imprese o da un professionista abilitato (ad esempio, sostituzione del soggetto incaricato del controllo contabile da parte di un commissario straordinario, nell'ambito di una procedura di amministrazione straordinaria).

¹⁰ Il professionista che intende rilasciare il visto di conformità deve sottoscrivere una polizza assicurativa al fine di garantire il completo risarcimento dell'eventuale danno arrecato al contribuente, anche di minima entità.

¹¹ A decorrere dal 13.12.2014, l'art. 6, comma 2, lett. a) e b), D.Lgs. n. 175/2014, Decreto “Semplificazioni”, ha previsto l'aumento del massimale a 3 milioni di euro (in luogo del previgente limite di € 1.032.913,80).

¹² Come previsto dall'art. 6, DM n. 164/99.

	<p>commessi nel periodo di validità della stessa, il totale risarcimento del danno denunciato nei 5 anni successivi alla scadenza del contratto, indipendentemente dalla causa che ha determinato la cessazione del rapporto assicurativo¹³.</p>
<p><input type="checkbox"/> REGOLARE ISCRIZIONE NELLELENCO DEI CERTIFICATORI¹⁴</p>	<p><input type="checkbox"/> Soggetto già iscritto che comunica l'adeguamento della polizza assicurativa¹⁵¹⁶¹⁷¹⁸</p> <p><input type="checkbox"/> Nuova iscrizione¹⁹²⁰</p> <p><input type="checkbox"/> Soggetto in possesso dei requisiti necessari²¹</p>

¹³ A seguito delle novità introdotte dal Decreto “Semplificazioni” la polizza deve prevedere anche il **completo risarcimento degli (eventuali) danni arrecati all’Erario commessi nello svolgimento dell’attività di assistenza fiscale**. Si ricorda che in caso di un visto “infedele” apposto su un mod. 730, al CAF - professionista abilitato è richiesto il pagamento di una somma pari all’imposta, sanzione e interessi che sarebbero stati richiesti al contribuente ex art. 36-ter, DPR n. 600/73, ove l’errore non sia imputabile a quest’ultimo.

¹⁴ Per poter rilasciare il visto di conformità il professionista deve risultare **iscritto nell’apposito elenco dei soggetti abilitati** tenuto dalla **Direzione Regionale dell’Agenzia delle Entrate**.

¹⁵ I professionisti già iscritti nell’elenco dei soggetti abilitati, al fine di mantenere, senza soluzione di continuità, l’iscrizione nello stesso devono far pervenire alla competente DRE il rinnovo della polizza assicurativa o l’attestato di quietanza di pagamento se il premio è rateizzato.

¹⁶ **Nota della DRE Lombardia del 1.12.2012:** l’invio può essere effettuato tramite raccomandata A/R ovvero tramite pec. La mancata trasmissione della prescritta documentazione sarà comunicata all’interessato, con invito alla regolarizzazione, prima della cancellazione dall’elenco per rinuncia dello stesso;

¹⁷ **Nota della DRE Piemonte del 25.1.2012:** L’invio va effettuato entro 30 giorni dalla scadenza tramite consegna a mano, raccomandata A/R, fax, e-mail / pec. In caso di inottemperanza entro il predetto termine il soggetto sarà cancellato per rinuncia all’iscrizione.

¹⁸ Il mancato rispetto di tale termine comporterà che il professionista non potrà apporre il visto e sarà cancellato dall’elenco; tuttavia lo stesso può nuovamente iscriversi producendo una nuova e completa comunicazione ai sensi dell’articolo 21 del D.M. 164/99.

¹⁹ Come precisato dall’Agenzia delle Entrate nel **Comunicato stampa 24.2.2010:**

⇒ “*tutti i soggetti richiedenti, purché in possesso dei requisiti previsti, saranno inseriti nell’elenco centralizzato dei soggetti abilitati all’apposizione del visto di conformità a decorrere dalla data della comunicazione*”.

²⁰ La comunicazione da inviare per effettuare l’iscrizione deve contenere le seguenti informazioni:

- ⇒ la richiesta di essere inserito nell’elenco centralizzato, dell’Agenzia delle Entrate, dei soggetti legittimati al rilascio del visto di conformità sulle dichiarazioni fiscali;
- ⇒ i dati anagrafici, requisiti professionali, numero di codice fiscale e partita IVA;
- ⇒ il domicilio e altri luoghi dove viene esercitata la propria attività professionale;
- ⇒ la denominazione o ragione sociale e dati anagrafici dei soci e dei componenti il consiglio di amministrazione e, ove previsto, del collegio sindacale delle società di servizi delle quali il professionista intende avvalersi per lo svolgimento dell’attività di assistenza fiscale, con l’indicazione delle specifiche attività da affidare alle stesse.

Alla comunicazione dovranno essere allegati:

- ⇒ la dichiarazione relativa all’insussistenza di provvedimenti di sospensione dell’ordine di appartenenza;
- ⇒ la dichiarazione relativa alla sussistenza dei requisiti (art. 8, comma 1, D.M. n. 164/1999);
- ⇒ la dichiarazione attestante il possesso dell’abilitazione, rilasciata dall’Agenzia delle Entrate, alla trasmissione telematica delle dichiarazioni fiscali;
- ⇒ garanzia assicurativa, da produrre integralmente in originale o copia conforme, che deve essere riservata all’attività di assistenza fiscale.

²¹ Il soggetto che è già in possesso dei requisiti necessari per l’apposizione del visto di conformità ai fini del credito IVA, non deve porre in essere alcun ulteriore adempimento preventivo ai fini del rilascio del visto di conformità sulle altre dichiarazioni, con l’accortezza di verificare che il massimale della propria polizza assicurativa sia adeguato.

I CONTROLLI CHE IL PROFESSIONISTA DEVE EFFETTUARE²²

Cliente:	n. partita iva:			
Codice attività²³:	Descrizione attività:			
		SI	NO	NOTE
Il codice attività indicato nel mod. IVA 2016 (quadro VA, rigo VA2) corrisponde a quello risultante dalla documentazione contabile?		<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	
Il codice attività indicato nel mod. IVA 2016 (quadro VA, rigo VA2) corrisponde a quello riferito all'attività prevalente in base al volume d'affari?		<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	
Tenuta scritture contabili obbligatorie ai fini IVA				
Direttamente dal professionista		<input type="checkbox"/>		
Da una società di servizi di cui uno o più professionisti posseggono la maggioranza assoluta del capitale sociale, sotto il controllo e la responsabilità del professionista		<input type="checkbox"/>		
Direttamente dal contribuente, sotto il controllo e la responsabilità del professionista		<input type="checkbox"/>		
Direttamente dal CAF imprese		<input type="checkbox"/>		
Da una società di servizi il cui capitale sociale è posseduto a maggioranza assoluta dalle associazioni che lo hanno costituito ovvero interamente dagli associati delle predette associazioni, sotto il controllo e la responsabilità del CAF		<input type="checkbox"/>		

²² Tenendo presenti i chiarimenti forniti dal Ministero delle Finanze nella Circolare 17.6.99, n. 134/E e dall'Agenzia delle Entrate nella Circolare 23.12.2009, n. 57/E:

- ⇒ il controllo è finalizzato ad evitare errori materiali e di calcolo nella determinazione dell'imponibile e dell'imposta, nonché nel riporto del credito dell'anno precedente;
- ⇒ il controllo implica la verifica:
 - ✓ della regolare tenuta e conservazione delle scritture contabili;
 - ✓ della corrispondenza dei dati esposti in dichiarazione alle risultanze delle scritture contabili e della corrispondenza dei dati esposti nelle scritture contabili alla documentazione;
 - ✓ l'attività di verifica non comporta alcuna valutazione di merito, ma solo un riscontro documentale in ordine all'ammontare delle componenti positive e negative rilevanti ai fini IVA.

²³ Il professionista dovrà verificare che il codice attività indicato nella dichiarazione IVA annuale corrisponda con quello risultante dalla documentazione contabile, desunto dalla Tabella ATECO 2007.

Da un soggetto che non può apporre il visto di conformità (il contribuente ha esibito la documentazione necessaria per consentire la verifica della conformità dei dati esposti o da esporre nella dichiarazione annuale)		<input type="checkbox"/>	
Le scritture contabili obbligatorie ai fini IVA sono tenute e conservate regolarmente²⁴			
		SI	NO
Registro fatture emesse		<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>
Registro corrispettivi		<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>
Registro acquisti		<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>
I dati esposti nel mod. IVA 2016 corrispondono alle risultanze delle scritture contabili obbligatorie ai fini IVA ²⁵		<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>
Controllo liquidazioni periodiche²⁶			
CONTRIBUENTE MENSILE			
		IMPORTO	DATA VERSAMENTO
gennaio-15	SALDO A DEBITO/CREDITO		
febbraio-15	SALDO A DEBITO/CREDITO		
marzo-15	SALDO A DEBITO/CREDITO		
aprile-15	SALDO A DEBITO/CREDITO		
maggio-15	SALDO A DEBITO/CREDITO		
giugno-15	SALDO A DEBITO/CREDITO		
luglio-15	SALDO A DEBITO/CREDITO		
agosto-15	SALDO A DEBITO/CREDITO		
settembre-15	SALDO A DEBITO/CREDITO		
ottobre-15	SALDO A DEBITO/CREDITO		

²⁴ Ai fini del rilascio del visto di conformità del credito IVA annuale, l’Agenzia delle Entrate richiede al “certificatore” l’esecuzione dei seguenti controlli:

- ⇒ il controllo documentale;
- ⇒ la conservazione della documentazione.

²⁵ È necessario verificare l’integrale corrispondenza tra la documentazione e i dati esposti nelle scritture contabili nel caso particolare in cui il credito IVA “**destinato dal contribuente all’utilizzo in compensazione**” sia pari o superiore al volume d’affari.

²⁶ E’ anche opportuno procedere al riscontro dei saldi delle liquidazioni periodiche (mensili/trimestrali) e dei relativi versamenti con quanto riportato nella dichiarazione IVA annuale (quadri VH e VL).

novembre-15	SALDO A DEBITO/CREDITO		
dicembre-15	SALDO A DEBITO/CREDITO		
		SI	NO
I suddetti importi corrispondono con quanto esposto nel mod. IVA 2015?		<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>
CONTRIBUENTE TRIMESTRALE²⁷			
		IMPORTO	DATA VERSAMENTO
1° TRIMESTRE 2015	SALDO A DEBITO/CREDITO		
2° TRIMESTRE 2015	SALDO A DEBITO/CREDITO		
3° TRIMESTRE 2015	SALDO A DEBITO/CREDITO		
4° TRIMESTRE 2015/SALDO IVA 2015	SALDO A DEBITO/CREDITO		
		SI	NO
I suddetti importi corrispondono con quanto esposto nel mod. IVA 2016 ²⁸ ?		<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>
Al mod. IVA 2015 è stato apposto il visto di conformità ²⁹ ?		<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>
Ammontare del credito IVA 2014 risultante dal mod. IVA 2015 regolarmente presentato in via telematica ³⁰ :			Euro _____
di cui richiesto a rimborso			Euro _____
di cui riportato nel 2015			Euro _____

²⁷ E' anche opportuno procedere al riscontro dei saldi delle liquidazioni periodiche (mensili/trimestrali) e dei relativi versamenti con quanto riportato nella dichiarazione IVA annuale (quadri VH e VL).

²⁸ E' necessario procedere a verificare che le liquidazioni IVA periodiche trovino riscontro nella Dichiarazione IVA 2016.

²⁹ In presenza di un credito IVA formatosi in anni precedenti, è necessario procedere alla verifica dell'esposizione del credito nella dichiarazione presentata.

³⁰ In presenza di un credito IVA formatosi in anni precedenti, è necessario procedere alla verifica dell'esposizione del credito nella dichiarazione presentata.

Fattispecie che ha generato il credito IVA ³¹³²			
		SI	NO
Prevalenza operazioni attive soggette ad aliquote più basse rispetto a quelle gravanti sugli acquisti e sulle importazioni?		<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>
Operazioni non imponibili (artt. 8, 8-bis, 9, ecc.)?		<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>
Operazioni di acquisto o importazione di beni ammortizzabili?		<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>
Operazioni non soggette all'imposta (artt. 7-ter / 7-septies)?		<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>
Operazioni non imponibili effettuate da produttori agricoli?		<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>
Il credito IVA 2015 è superiore al volume d'affari ³³ ?		<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>
Se sì, è stata effettuata l'integrale verifica della corrispondenza tra la documentazione e i dati esposti nei registri IVA ³⁴ ?		<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>
Ammontare IVA detratta nel 2015?		Euro _____	
Fatture acquisti / emesse da controllare con IVA superiore a (10% dell'IVA detratta nel 2015)?		Euro _____	
Fatture acquisti verificate con IVA superiore a Euro _____ ³⁵			
Prot. reg. acquisti	Fattura n./Fornitore	Data	
Imponibile	IVA	Totale	
Prot. reg. acquisti	Fattura n./Fornitore	Data	
Imponibile	IVA	Totale	

³¹ Va verificata la sussistenza delle fattispecie che, in linea generale, sono idonee a generare il credito IVA, ossia la presenza:

- ⇒ prevalente di operazioni attive soggette ad aliquote più basse rispetto a quelle gravanti sugli acquisti e sulle importazioni;
- ⇒ di operazioni non imponibili;
- ⇒ di operazioni di acquisto o importazione di beni ammortizzabili;
- ⇒ di operazioni non soggette all'imposta;
- ⇒ di operazioni non imponibili effettuate da produttori agricoli.

³² La Circolare n. 12/E precisa che:

- ⇒ il "certificatore" deve specificare "quali fattispecie hanno generato l'eccedenza di imposta anche integrando la check-list con altre fattispecie idonee a generare l'eccedenza di imposta, in tale ottica, la prevalenza delle operazioni va considerata in funzione della capacità di generare il credito nel caso concreto [...]".

³³ È necessario verificare l'integrale corrispondenza tra la documentazione e i dati esposti nelle scritture contabili nel caso particolare in cui il credito IVA "destinato dal contribuente all'utilizzo in compensazione" sia pari o superiore al volume d'affari.

³⁴ È necessario verificare l'integrale corrispondenza tra la documentazione e i dati esposti nelle scritture contabili

³⁵ Nei casi più frequenti, ossia qualora il credito IVA sia inferiore al volume d'affari, l'Agenzia ritiene sufficiente verificare la documentazione rilevante ai fini IVA con imposta superiore al 10% dell'ammontare complessivo dell'IVA detratta nell'anno. Si ritiene che tale ultimo riferimento vada inteso nel senso che il controllo va effettuato non solo per le fatture d'acquisto, bensì anche per le fatture emesse.

Prot. reg. acquisti	Fattura n./Fornitore	Data	
Imponibile	IVA	Totale	
Fatture emesse verificate con IVA superiore a Euro _____³⁶			
Prot. reg. vendite	Fattura n./Cliente	Data	
Imponibile	IVA	Totale	
Prot. reg. vendite	Fattura n./Cliente	Data	
Imponibile	IVA	Totale	
Prot. reg. vendite	Fattura n./Cliente	Data	
Imponibile	IVA	Totale	
Rimborso IVA³⁷³⁸			
	SI	NO	
Per la richiesta di rimborso di importo superiore a € 15.000 è stata acquisita l'attestazione sostitutiva di atto notorio riguardante la sussistenza dei requisiti patrimoniali e i versamenti contributivi ex art. 38-bis, comma 3, lett. a), b) e c), DPR n. 633/72, rilasciata dal contribuente e la copia del documento d'identità del sottoscrittore?	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	
È stata acquisita l'attestazione sostitutiva di atto notorio riguardante la non sussistenza dei requisiti che qualificano le	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	

³⁶ Nei casi più frequenti, ossia qualora il credito IVA sia inferiore al volume d'affari, l'Agenzia ritiene sufficiente verificare la documentazione rilevante ai fini IVA con imposta superiore al 10% dell'ammontare complessivo dell'IVA detratta nell'anno. Si ritiene che tale ultimo riferimento vada inteso nel senso che il controllo va effettuato non solo per le fatture d'acquisto, bensì anche per le fatture emesse.

³⁷ Per i soggetti "non a rischio" che chiedono il rimborso del credito IVA, per importi superiori a € 15.000, è possibile non prestare la garanzia presentando la dichiarazione annuale munita del visto di conformità e la dichiarazione sostitutiva di atto notorio attestante la sussistenza di determinati requisiti patrimoniali e la regolarità contributiva.

³⁸ Con la C.M. 32/E/2014 l'Amministrazione Finanziaria ha chiarito "il legislatore ha reso coerente la disciplina dei rimborsi IVA con quanto già previsto in materia di crediti compensabili", evidenziando che:

- ⇒ l'apposizione del visto di conformità è unica e ha effetto sia per la compensazione che per il rimborso, fermo restando che per quest'ultimo è richiesta anche la dichiarazione sostitutiva di atto notorio attestante le condizioni di solidità patrimoniale e di regolare versamento dei contributi previdenziali e assicurativi;
- ⇒ il limite di € 15.000 va calcolato separatamente per la compensazione e per il rimborso.

Così ad esempio, in presenza di un credito IVA chiesto in compensazione per € 10.000 ed a rimborso per ulteriori € 10.000, non è necessario apporre il visto di conformità ancorché la somma superi complessivamente la citata soglia.

società di comodo, ex art. 30, comma 4, Legge n. 724/94, rilasciata dal contribuente e la copia del documento d'identità del sottoscrittore			
Tutti i controlli e le verifiche sopra rendicontate hanno dato esito positivo			
<input type="checkbox"/> COMPENSAZIONI E RIMBORSI ANNUALI E TRIMESTRALI³⁹		<input type="checkbox"/> RIMBORSI IVA⁴⁰⁴¹ <input type="checkbox"/> COMPENSAZIONI⁴²	
Data _____		Firma professionista abilitato / responsabile fiscale CAF imprese	

³⁹ Da evidenziare che l'utilizzo dell'eccedenza IVA va gestita separatamente a seconda che venga richiesta a rimborso o utilizzata in compensazione.

⁴⁰ Nella C.M. 32/E/2014, l'Amministrazione Finanziaria ha chiarito che per quanto riguarda il calcolo della soglia di 15.000,00, il limite è da intendersi riferito non alla singola richiesta, ma alla somma delle richieste di rimborso effettuate per l'intero periodo d'imposta (cfr risoluzione n. 165/E del 3 novembre 2000).

Dunque, se nel periodo d'imposta 2015 un contribuente ha presentato tra modelli TR chiedendo a rimborso 14.000,00 euro e dalla dichiarazione IVA 2016 emerge un'eccedenza di 5.000,00 euro da chiedere a rimborso si dovrà munire la dichiarazione IVA 2016 del visto di conformità (per i contribuenti a rischio sarà necessario, in luogo del visto di conformità, presentare idonee garanzie).

⁴¹ Per l'eccedenza di credito trimestrale richiesta a rimborso attraverso il Modello TR, se si è esonerati dalla presentazione della garanzia, nella casella 3, del rigo TD8 del Modello TR, si dovrà indicare:

- ⇒ il codice 1 se l'istanza è dotata di visto di conformità o della sottoscrizione da parte dell'organo di controllo e della dichiarazione sostitutiva di atto di notorietà che attesta la presenza delle condizioni individuate dall'articolo 38-bis, comma 3, lettere a), b) e c).

In riferimento al suddetto codice, si ricorda che se si è esonerati dalla presentazione della garanzia per le richieste di rimborso dell'eccedenza IVA per importi superiori ad euro 15.000,00, per i contribuenti non a rischio, se all'istanza viene apposto il visto conformità o la sottoscrizione alternativa dell'organo di controllo e si presenta la dichiarazione sostitutiva di atto di notorietà.

Per i contribuenti c.d. a rischio, ovvero i soggetti che:

- ⇒ esercitano un'attività d'impresa da meno di 2 anni, diversi dalle imprese start-up innovative di cui all'art. 25, D.L. 179/2012, conv. con modif. dalla L. 221/2012;
- ⇒ i soggetti passivi ai quali, nei 2 anni antecedenti la richiesta di rimborso, sono stati notificati avvisi di accertamento o di rettifica da cui risulti, per ciascun anno, una differenza tra gli importi accertati e quelli dell'imposta dovuta o del credito dichiarato superiore:
 1. al 10% degli importi dichiarati se questi non superano Euro 150.000;
 2. al 5% degli importi dichiarati se questi superano Euro 150.000 ma non l'importo di Euro 1.500.000;
 3. all'1% degli importi dichiarati, o comunque a Euro 150.000, se gli importi dichiarati superano Euro 1.500.000;

è sempre richiesta la presentazione della garanzia per la richiesta di rimborsi di importo superiore ad euro 15.000,00.

⁴² Come chiarito dalla C.M. 32/E/2014 (e ancora prima dalla C.M. 1/E/2010), i "limiti" per le compensazioni devono essere calcolate distintamente per ciascuna tipologia di credito IVA, ovvero annuale e trimestrale.

Ciò significa che il contribuente ha a disposizione due distinti plafond:

- uno relativo al credito IVA annuale;
- uno relativo al credito IVA trimestrale.

Va altresì evidenziato che con il Provvedimento n. 39968 del 20 Marzo 2015 è stato approvato il nuovo Modello TR, utilizzabile per le richieste di rimborso/compensazione a partire del primo trimestre 2015. In tale modello non si prevede la richiesta dell'apposizione del visto di conformità per le compensazioni di importo superiore a 15.000 euro.