

DIREZIONE

Prof. Raffaele Perrone Capano (DIRETTORE)
Prof. Lorenzo Del Federico
Prof. Maria Cecilia Fregni
Prof. Alessandro Giovannini
Prof. Maurizio Logozzo
Prof. Carlos María López Espadafor (Università di Jaén)
Prof. Enrico Marelli
Prof. Giuseppe Melis
Prof. Salvatore Muleo
Prof. Mario Nussi
Prof. Marco Versiglioni
Prof. Marilena Rispoli (Diritto commerciale)
Prof. Alessandra Stefanelli (Diritto dell'economia)

COMITATO SCIENTIFICO

Prof. Angeles Garcia Frias (Università di Salamanca)
Prof. Daniel Gutman (Università di Parigi "Sorbonne-Pantheon")
Prof. Tulio Raul Rosembuj
Prof. J. A. Rozas Valdes (Università di Barcellona)
Prof. Carlos Vargas Vasserot (Università di Almeria)
Prof. Andrea Amatucci
Prof. Carlo Amatucci
Prof. Fabrizio Amatucci
Prof. Massimo Basilavecchia
Prof. Gian Luigi Bizioli
Prof. Daria Coppa
Prof. Silvia Cipollina
Prof. Alberto Comelli
Prof. Angelo Contrino
Prof. Roberto Cordeiro Guerra
Prof. Eugenio Della Valle
Prof. Luigi Ferlazzo Natoli
Prof. Valerio Ficari
Prof. Stefano Fiorentino
Prof. Franco Fichera
Prof. Gianfranco Gaffuri
Prof. Franco Gallo
Prof.ssa Antonia Irace
Prof. Agostino E. La Scala
Prof. Raffaello Lupi
Prof. Corrado Magnani
Prof. Alberto Marcheselli

Prof. Giuseppe Marini
Prof. Giovanni Marongiu
Prof. Maurizio Sebastiano Messina
Prof. Antonella Sciarrone Alibrandi
Prof. Leonardo Perrone
Prof.ssa Maria Cristina Pierro
Prof.ssa Angela Principe
Prof. Giovanni Puoti
Prof. Gaetano Ragucci
Prof. Francesco Randazzo
Prof. Claudio Sacchetto
Prof. Livia Salvini
Prof. Salvatore Sammartino
Prof. Vittorio Santoro
Prof. Roberto Schiavolin
Prof. Dario Stevanato
Prof. Francesco Tesauro
Prof. Giuseppe Tinelli
Prof. Loris Tosi
Prof. Alessandro Turchi
Prof. Giuseppe Zizzo

REDAZIONE

Prof. Clelia Buccico (Coordinamento)
Dott. Ernesto Aceto, Dott. Francesco V. Albertini, Dott. Samantha Buttus, Dott. Giovanni Consolo, Dott. Santa De Marco, Dott. Gabriella Gimigliano, Dott. Massimiliano Giorgi, Dott. Silvia Giorgi, Dott. Alessandra Kostner, Dott. Francesca Lorusso, Dott. Paola Marongiu, Dott. Michele Mauro, Dott. Francesco Montanari, Dott. Andrea Perrone Capano, Dott. Andrea Poddighe, Dott. Gennaro Rotondo, Dott. Adriana Salvati, Dott. Nicola Sartori, Dott. Luigi Scipione, Dott. Maria Villani, Dott. Salvatore Villani.

Innovazione e Diritto – Rivista di Diritto tributario e dell'economia – si impegna a procedere alla selezione qualitativa dei materiali da pubblicare sulla base di una valutazione formalizzata e anonima di cui è responsabile il Comitato scientifico. Tale sistema di valutazione è coordinato dalla Direzione e si avvale anche di esperti esterni al suddetto Comitato. Al fine di garantire l'anonimato nell'ultimo numero di ciascun anno solare verrà pubblicato l'elenco dei Professori ordinari che hanno collaborato alla rivista in qualità di referee. I lavori sottoposti a revisione esterna sono contrassegnati con un asterisco (*).

INDICE

PARTE PRIMA (Dottrina)

Il sistema della riscossione in Italia: spunti critici* p. 5
di Alessandro Giovannini

Reflexiones sobre la enseñanza del Derecho Tributario en España: la búsqueda de bases italianas (Reflections on the teaching of Tax Law in Spain: the search for Italian bases)* p. 14
di Carlos María López Espadafor

Elementi per una valutazione economico-giuridica della riforma delle banche di credito cooperativo in Italia* p. 21
di Olivier Butzbach, Talita Desiato, Gennaro Rotondo

Dagli studi di settore agli indici sintetici di affidabilità* p. 58
di Marco Cedro

Brevi osservazioni sul criterio di cassa ai fini della determinazione del reddito delle imprese minori* p. 81
di Andrea Poddighe

PARTE SECONDA (Contributi istituzionali)

L'incostituzionalità delle modifiche alla detrazione Iva introdotte con il d.l. n.50 del 2017: un errore rimediabile solo in sede di conversione del decreto p. 92
di Gianfranco Antonini e Luca Antonini

PARTE TERZA (Giurisprudenza)

Riflessioni sui termini di prescrizione dell'azione di riscossione a seguito della pronuncia delle Sezioni Unite n.23397/2016* p. 98
di Roberta Avolio

L'estinzione delle società commerciali: osservazioni sugli effetti processuali e sostanziali dell'ordinanza della Corte di Cassazione, sezione VI, n.19142 del 28-09-2016* **p. 136**

di Maria Palma Iaccarino

I soggetti passivi TOSAP (nota alla sentenza della Corte di Cassazione del 6 dicembre 2016, n.24920)* **p. 164**

di Alessandro M. A. Tropea

Il sistema della riscossione in Italia: spunti critici

di Alessandro Giovannini

Professore ordinario di Diritto tributario nell'Università di Siena

Presidente dell'Associazione Italiana dei Professori di Diritto tributario

ABSTRACT

The article critically examines the system of collection of taxes and social contributions in force, based on the official data sent to Parliament by the director of Equitalia and the cognitive analyzes submitted at the request of the Italian government by the OECD and the IMF. The figures show, in the face of a huge amount of credits, a recovery capability of \$ 8 billion last year. In an embarrassing condition compared to other OECD countries. The article proposes a profound revision of the tax system, with the Tax Administration taking part in the tax assessment phase, already at the stage of the declaration, using computer technologies and large amounts of data available to promote the general spread of mechanisms of compliance. The work concludes a critical analysis of VAT revenue growth measures, such as split payment.

SINTESI

L'articolo esamina criticamente in sistema di riscossione delle imposte e dei contributi sociali vigente, sulla base dei dati ufficiali comunicati al parlamento dal direttore di Equitalia e delle analisi conoscitive presentate su richiesta del governo italiano dall'OCSE e dall'FMI. I dati riportati, evidenziano a fronte di una enorme mole di crediti, una capacità di riscossione nell'ultimo anno di 8 miliardi. In una condizione imbarazzante rispetto agli altri paesi OCSE.

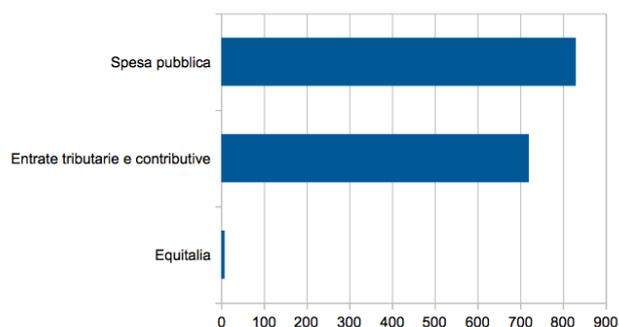
L'articolo propone una revisione profonda del sistema tributario, con la partecipazione dell'Amministrazione alla fase di determinazione dell'imposta, già nella fase della dichiarazione, utilizzando le tecnologie informatiche e le grandi quantità di dati disponibili, per favorire la diffusione generalizzata di meccanismi di compliance. Conclude il lavoro un'analisi critica delle misure di incremento del gettito dell'Iva, come lo split payment.

SOMMARIO: 1. La situazione: il cimitero della riscossione – 2. I rimedi: accertamento ex ante, superamento della personalità giuridica, fisco digitale, centrale nazionale d'informazione, split payment, unificazione dei procedimenti e dei soggetti – 33. Conclusioni

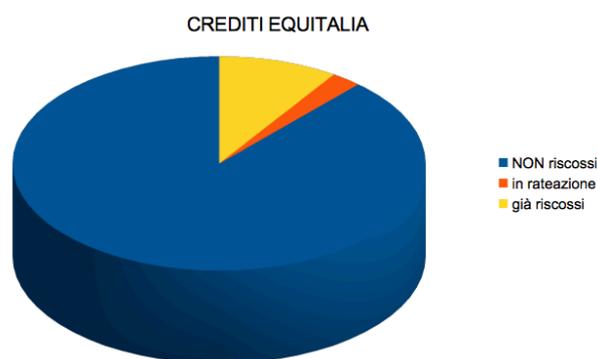
1. La situazione: il cimitero della riscossione

L'Italia, tra i paesi più industrializzati, è al primo posto per crediti erariali non riscossi. Questo è l'impietoso record che emerge da due studi dell'OCSE (Organizzazione per la cooperazione e lo sviluppo economico) e del FMI del 2016. Situazione, peraltro, che Parlamento e Governo italiano conoscevano già da anni.

Equitalia, la società a totale controllo pubblico incaricata della riscossione su tutto il territorio nazionale, ad eccezione della Sicilia, nel 2015 ha incassato circa 8 miliardi. Questa cifra è sicuramente molto più elevata di quella di 10 anni fa, ma è ancora marginale rispetto alla spesa pubblica, pari a 830 miliardi (meno dell'1%), e alle entrate da tributi e contributi, che ammontano a 730 miliardi (circa l'1%).



I crediti non riscossi in carico all'agente della riscossione sono pari, al 31 dicembre 2015, a 750 non riscossi.



Con ogni probabilità soltanto 40 miliardi saranno effettivamente recuperati nei prossimi 5 anni. La maggior parte di questo credito è perduto quasi sicuramente giacché:

- 140 si riferiscono a soggetti falliti
- 80 a persone morte o imprese chiuse
- 100 a nullatenenti
- 320 a soggetti nei confronti dei quali sono state eseguite infruttuosamente delle azioni esecutive
- 30 non sono "lavorabili" a causa di norme a favore del contribuente come la non pignorabilità dell'abitazione o per soglie minime di riscossione.

Soggetti Falliti	140 miliardi
Persone morte e imprese chiuse	80 miliardi
Azioni esecutive infruttuose	320 miliardi
Nullatenenti	100 miliardi
Non "laborabili"	30 miliardi
Speranza di recupero	40 miliardi

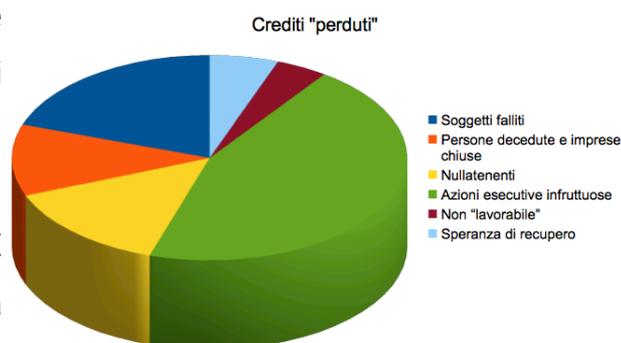
Il 50 per cento di questi crediti è riferibile all'agenzia delle entrate mentre il restante si divide tra INPS e altre amministrazioni pubbliche.

Il Fondo Monetario Internazionale e l'OCSE pongono l'accento sulla gravità di questa situazione soprattutto perché negli altri paesi

industrializzati la differenza tra crediti messi in riscossione e quelli non riscossi è di importo minimale rispetto all'enormità dei nostri crediti.

Tra i motivi che hanno determinato questa situazione ci sono indubbiamente forti carenze organizzative, la mala gestione e - cosa mai trascurabile nel nostro paese - la criminalità vera e propria. Ovviamente, la lentezza della maggior parte delle procedure, legate ad un sistema che non ha saputo riformarsi per rendersi compatibile con le esigenze reali degli operatori economici, delle famiglie e dei cittadini e più in generale con i grandi cambiamenti che hanno caratterizzato gli ultimi decenni, ha la sua parte di responsabilità. Così come partecipano ad ingrandire il problema tutti i limiti strutturali del sistema impositivo che, da tempo, avrebbe bisogno di un radicale processo di riforma. Non ultimo, è innegabile che la crisi economica abbia minato la disponibilità di liquidità da parte dei contribuenti.

Per gli organismi internazionale il "male per eccellenza" è tuttavia un altro. Dietro all'elevato ammontare di crediti in giacenza vi è una dabbenaggine contabile: molti



dei crediti inesigibili non sono stati stornati o sgravati. Se i conti fossero stati tenuti correttamente o, almeno, venissero ripuliti adesso, i crediti da riscuotere sarebbero minori.

Questo discorso è suggestivo ma tecnicamente errato: può andare bene per i crediti dichiarati inesistenti dal giudice o dalla stessa agenzia delle entrate, per quelli rateizzati o già riscossi. Questi avrebbero dovuto essere senz'altro sgravati e, nel farlo, non ci sarebbe stato nessun "trucco". Però questa tipologia di credito - pari a ulteriori 200 miliardi, secondo la dichiarazione dell'amministratore delegato di Equitalia - sono già fuori, per così dire, dal totale dei crediti non riscossi e dunque non sono compresi tra quelli indicati in precedenza.

Per i 700 miliardi che rimangono - e che difficilmente potranno essere riscossi, è bene ricordarlo - gli storni contabili non possono essere usati come una bacchetta magica. Eliminandoli si aprirebbe una voragine nel bilancio dello stato. La titolarità di questi crediti non è infatti di Equitalia, in quanto agente di riscossione, ma dello Stato. Mantenere questa montagna di crediti nei conti di Equitalia, allora è in realtà, è uno stratagemma per evitare il problema. Equitalia è il tappeto sotto il quale nascondere la polvere che minerebbe la quadratura sostanziale del bilancio statale su cui queste centinaia di miliardi graverebbero.

2. I rimedi: accertamento ex ante, superamento della personalità giuridica, fisco digitale, centrale nazionale d'informazione, split payment, unificazione dei procedimenti e dei soggetti

È possibile continuare a fingere, a nascondere la polvere? Per quanto tempo?

La complicità tra evasione e mancata riscossione genera squilibri letali nella distribuzione dei carichi fiscali, nella distribuzione e nell'accumulo della ricchezza, che influenzano direttamente economia e mercato interni ed internazionali. Soprattutto insidia l'equità e si pone in spregio alla legalità.

La politica non è sembrata in grado di dare risposte concrete per cambiare questa direzione: gli interventi seri e portati a compimento sono stati pochi e asistematici. Molte leggi sono severe solo in apparenza per poi perdere la propria

efficacia in troppi adempimenti burocratici, complicazioni interpretative, scarsissima vigilanza applicativa. Leggi che uniscono al proprio carattere oppressivo un'inefficacia dei risultati concreti.

Non possiamo nasconderci dietro ad una foglia di fico: l'evasione, la mancata riscossione, l'elusione e l'economia criminale sono fenomeni noti e gravissimi. I metodi tecnici per ridurli al minimo "fisiologico" esistono. Oggi sono dilemmi politici ad impedire un vero, robusto, drastico cambiamento: la volontà politica di risolverli seriamente non c'è oppure la politica non è capace di mettere in campo interventi strutturali che ridiamo fiato sistema paese. Questo è il problema che prima o poi dovremo seriamente affrontare, sia come operatori è come studiosi, sia come cittadini.

In prospettiva, un intervento di semplificazione dell'intero settore, che migliorerebbe al contempo il meccanismo della riscossione, potrebbe essere quello di rovesciare il procedimento di determinazione, liquidazione, accertamento e riscossione dei principali tributi, ad iniziare dalle imposte dirette.

Occorre ripensare il concetto di "effettività" del reddito: il sistema attualmente non è in grado di assicurare che la capacità contributiva dichiarata e tassata sia quella effettiva (come dimostra inequivocabilmente l'enormità dell'evasione fiscale).

Il reddito e l'effettività sono concetti convenzionali e come tali occorre ripensarli.

Possiamo immaginare un metodo anticipato di determinazione della materia imponibile ed accordi tra amministrazione finanziaria e singolo contribuente? È eretico parlare in questi termini? Oppure è una via, forse l'unica, che consentirebbe davvero di uscire dalla palude nella quale è costretto il sistema.

Oggi un articolato procedimento determina esistenza ed ammontare del reddito partendo dalla dichiarazione dei redditi del contribuente alla quale seguono i controlli (in realtà solo nel 1 per cento dei casi), l'istruttoria della Guardia di Finanza e dell'agenzia delle Entrate, per arrivare alla "ritualizzazione" dell'accertamento: accertamenti automatici e formali, analitici e contabili, sintetici, induttivi o indiziari, per prove documentali e per presunzioni, seguiti da ulteriori tronconi

procedimentali di confronto con il contribuente o di immediata riscossione. Al termine del confronto si aprono altri procedimenti che danno vita ad un ulteriore, complesso e costosissimo reticolato incoerente e irrazionale, faticoso e pieno di “trabocchetti”.

Questo metodo ex post di determinazione e controllo della ricchezza può essere accantonato senza troppi rimpianti per fare spazio ad un metodo che pesi ex ante il reddito per un periodo predeterminato.

Occorre progettare la contribuzione per il futuro piuttosto che verificare costantemente quella avvenuta nel passato. Troppo spesso il processo di verifica e riscossione avviene quando la memoria dei fatti è già sbiadita, le prove non più attendibili e, troppo spesso, quando i redditi prodotti e i patrimoni da “colpire” non sono più rintracciabili.

Che senso ha sapere di avere miliardi di crediti che non incasseremo mai? Che senso ha saperlo 5 o 6 anni dopo la realizzazione del presupposto e dopo altri 5 o 6 anni prima di poterli dichiarare esigibili in via definitiva?

Scegliendo la strada della determinazione ex ante, oltre al risparmio in termini di adempimenti e costi, avremmo la “certezza” della tassazione prima di iniziare un'attività o un anno lavorativo. Il contribuente potrebbe sapere quanto spenderà, si semplificherebbe il processo di accertamento e si avrebbe “certezza” delle entrate dello Stato.

Questo nuovo rapporto anticipato prenderebbe la forma di un vero contratto di responsabilità contributiva e lealtà reciproca tra Stato e cittadino, e, in caso di mancato versamento nei termini e tempi concordati, avrebbe efficacia di titolo immediatamente esecutivo.

Questo strumento, per dirla in una battuta, risponderebbe ad un'esigenza fondamentale del nostro sistema: avvicinare la riscossione al momento della produzione della ricchezza.

E' opportuno sottolineare, inoltre, la necessità di un “fisco digitale”: il ritardo tecnologico sta influenzando negativamente sia le entrate dello Stato, sia la vita dei cittadini, anche dei contribuenti onesti e puntuali.

Al di là di questi interventi di modificazione strutturale del sistema, vi sono misure che andrebbero attuate urgentemente per permettere allo Stato di identificare i beni furbescamente sottratti agli occhi del fisco. Occorre incrociare gli iscritti all'anagrafe della popolazione residente con in dati reddituali e patrimoniali in possesso dell'agenzia e delle altre amministrazioni, creare una *task force* dedicata allo scopo ed un centro informativo nazionale unico di tutte le *intelligence*, comprese quelle non fiscali.

Non dimentico mai che Al Capone fu arrestato proprio per evasione fiscale prima ancora che per i crimini di sangue e di mafia per i quali era famoso.

Sul versante organizzativo si è recentemente presa la determinazione di sopprimere Equitalia e la contestuale determinazione di affidare la riscossione all'agenzia delle entrate (d.l. n.193/2016). È una scelta suggerita qualche mese fa dall'OCSE e dal FMI, ma che da anni la dottrina italiana auspicava per eliminare distorsioni nel procedimento, vuoti temporali, buchi istruttori.

Finalmente, mi vien da dire, gli auspici si sono tradotti in realtà. La speranza è che si trovi il coraggio di portare a termine la riforma e si giunga anche all'eliminazione dell'aggio (il cui gettito è di circa 600 milioni all'anno), al quale ormai residua solo la finalità di sanzione impropria (nonostante le acrobazie del legislatore e le asciutte pronunce della Corte costituzionale).

È poi necessario la revisione degli strumenti di riscossione superando definitivamente il ruolo e la cartella di pagamento, ed eliminando l'aggio esattoriale, che oggi è di fatto una sanzione "impropria" a carico del debitore.

Si deve superare, con una rinnovata normativa, lo schermo della personalità giuridica degli enti e le molte finzioni che la seguono, in modo da far pagare le tasse a chi si è messo effettivamente in tasca i soldi e che, dietro a quello schermo, ha incamerato anche i crediti erariali.

Quest'ultimo aspetto è in qualche modo legato alla cosiddetta "tax compliance", un argomento di cui si scriveva già negli anni '50, immaginando un sistema generale radicato su un patto sociale e contributivo tra Stato e cittadino fondato su lealtà e affidabilità reciproca.

Oggi la *compliance*, lo ricordo di passata, è finalizzata alle sole imprese e prevede, oltre ad una serie di “servizi dedicati” e minori adempimenti, l'esenzione dalla responsabilità sanzionatoria degli amministratori e dei soci ed una sorta di salvagente nel mare procelloso dell'accertamento.

La *compliance*, o “fisco amico” ha però scarsissimo peso nella vita di milioni di contribuenti. Ne beneficiano, infatti, solo le grandissime aziende, ossia 45 su 5 milioni. A regime si parla di 4 mila (grandi aziende) su 5 milioni.

Vi è poi da verificare la conformità del sistema c.d. dello *split payment* in materia di IVA, disciplina introdotta recentemente sia per specifiche attività imprenditoriali, sia per i professionisti che svolgono prestazioni a favore di pubbliche amministrazioni (legge n.190 del 2014 e DEF 11 aprile 2017).

A me pare che la struttura dello *split payment*, pure tesa, nelle intenzioni del legislatore, ad incrementare le entrate per circa 5 miliardi (saldo netto), sollevi dubbi di conformità alle direttive comunitarie perché agisce non soltanto sul versante finanziario, garantendo lo Stato in punto di riscossione, ma anche, strutturalmente, sul sistema applicativo dell'imposta sul valore aggiunto. Il divieto di compensare l'imposta a credito con quella a debito, infatti, è modifica strutturale del funzionamento del tributo, che diventa, a un certo punto della “catena” delle cessioni o prestazioni, monofase. Inoltre, gli effetti finanziari negativi che quel divieto produce sugli operatori, destinati a rimanere cronicamente a credito dell'erario, contribuisce ad alimentare dubbi sulla sua opportunità micro e macro economica.

3. Conclusioni

Ebbene e conclusivamente, per fronteggiare seriamente l'emergenza della riscossione si deve per forza tornare ad una valutazione complessiva della società e della politica. Non si può derogare al dovere di ogni singolo cittadino di contribuire secondo le proprie possibilità. Non possiamo più permetterci di minare il sistema nel suo complesso perché capaci solo di promuovere provvedimenti occasionali che, a fronte di risultati (forse) immediati in termini di cassa, producono nel tempo

colossali problemi di stabilità dei conti pubblici, di equità, di rispetto delle regole anche europee e di coscienza civica.

E' ormai un problema che, oltre al profilo tecnico, riguarda il senso valoriale dello stato, il senso di appartenenza ad una comunità, di condivisione e ripartizione equa dei carichi pubblici e di redistribuzione equiordinata della ricchezza.

Termino ricordando le parole di un grande uomo, oltre che di un grande sacerdote, che dedicò la vita alla formazione civica delle coscienze, Lorenzo Milani. Nella "Lettera ai giudici" scrisse parole di alto valore etico, che ancora oggi si possono leggere nella sua scuola di Barbiana, ormai museo della memoria e della contemporaneità: «I care. È il motto intraducibile dei giovani americani migliori. "Me ne importa", "mi sta a cuore". È il contrario esatto del motto... "me ne frego"» (Lorenzo Milani, Priore di Barbiana, Firenze, da Lettera ai giudici, 18 ottobre 1965).

Reflexiones sobre la enseñanza del Derecho Tributario en España: la búsqueda de bases italianas **(Reflections on the teaching of Tax Law in Spain: the search for Italian bases)**

di Carlos María López Espadafor
Catedrático de Derecho Financiero y Tributario
Universidad de Jaén

ABSTRACT

In this paper we want to bring some reflections on the University teaching of Tax Law in Spain, as well as to rescue and explain some of its clearly Italian bases which had a great projection in the Spanish doctrine in the past

Keywords: *University teaching - Tax Law - Spain - Italy*

RESUMEN

En este trabajo queremos aportar una serie de reflexiones sobre la enseñanza universitaria del Derecho Tributario en España, intentando rescatar y explicar al mismo tiempo algunas de sus bases claramente italianas y que en su día tuvieron una gran proyección en la doctrina española.

Palabras clave: *Enseñanza universitaria - Derecho Tributario - España - Italia*

SUMARIO: 1. El Derecho Tributario dentro del Derecho Financiero – 2. La división en varias asignaturas – 3. Las bases italianas

1. El Derecho Tributario dentro del Derecho Financiero

Hablando con el Profesor Perrone-Capano coincidimos en que resultaba especialmente importante, cada cierto tiempo, hacer un alto en la investigación propiamente dicha del Derecho Tributario y reflexionar sobre la enseñanza universitaria de éste.

La enseñanza del Derecho Tributario en España forma parte de forma obligatoria de los estudios del Grado en Derecho (antigua Licenciatura en Derecho y equivalente a la *Laurea in Giurisprudenza* italiana). Desde la implantación del Espacio Europeo de Educación Superior se han incrementado muchísimo las diferencias entre unas universidades y otras, pero en líneas generales suelen existir dos asignaturas a cursar obligatoriamente sobre Derecho Tributario. En concreto, las asignaturas, correspondiendo con la denominación del Área de conocimiento

que las imparte, suelen aparecer con la denominación de Derecho Financiero. Nuestra Área de conocimiento es Derecho Financiero y Tributario. Las asignaturas pueden aparecer como Derecho Financiero I y Derecho Financiero II o como Derecho Financiero parte general y Derecho Financiero parte especial; a veces, en vez de Derecho Financiero como título de la asignatura, se toma de forma completa la referida denominación de Derecho Financiero y Tributario, seguida de las especificaciones vistas anteriormente. Téngase en cuenta que el Derecho Tributario representa la rama principal del Derecho Financiero, con lo que la denominación de Financiero incluye también lo Tributario.

Sabemos que ramas del Derecho Financiero serían: el Derecho Presupuestario, abordando también la dimensión más amplia del Derecho del gasto público; el Derecho Financiero Patrimonial o Derecho Patrimonial Público, que toma en consideración el patrimonio público como generador de ingresos públicos; el Derecho de la Deuda Pública o del crédito público; y, como esencial, el Derecho Tributario.

Obviamente, el Derecho Tributario ocupa la mayor parte del Derecho Financiero, pero no por ello se desgaja de ese tronco común de éste, pues, bajo la obvia cobertura constitucional, sólo el gasto público justifica el ingreso tributario. Pero está claro que la demanda de conocimientos tributarios en la práctica profesional es mucho mayor que la demanda de conocimientos financieros no tributarios, sin desconocer la importancia también de estos últimos.

2. La división en varias asignaturas

En la primera de las asignaturas mencionadas, la relativa a la parte general del Derecho Financiero, se suele incluir el estudio de las ramas no tributarias - especialmente el Derecho Presupuestario - y la parte general del Derecho Tributario: de este modo, se suelen incluir en esta asignatura, el estudio del Poder Tributario de los distintos entes públicos; las fuentes del Derecho Tributario; los principios constitucionales de justicia tributaria; las distintas categorías tributarias; los elementos esenciales de la estructura del tributo - hecho imponible, sujeto

pasivo, base, tipo de gravamen, cuota, deducciones; la aplicación de la ley tributaria en el tiempo y en el espacio; la obligación tributaria, su nacimiento y extinción; los procedimientos tributarios; la revisión de los actos tributarios; las sanciones tributarias; y, en general, los demás aspectos válidos para la globalidad de los tributos; siempre tomando esencialmente como guía nuestra Ley General Tributaria¹.

Después, en la asignatura destinada a la parte especial del Derecho Financiero, en realidad lo que se estudia es la parte especial del Derecho Tributario, que no deja de ser Derecho Financiero y, es más, la parte esencial de éste, no haciendo perder a la asignatura la denominación de Financiero. Esencialmente, sin perjuicio también de referencias a otros impuestos menores, se estudian dentro de la citada parte especial: el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, el Impuesto sobre Sociedades, el Impuesto sobre la Renta de No Residentes, el Impuestos sobre Sucesiones y Donaciones, el Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, el Impuesto sobre el Valor Añadido, los Impuestos Especiales (accisas), los impuestos propios de las Comunidades Autónomas, los impuestos locales, terminando normalmente con la disciplina tributaria de la Unión Europea, de la que forman parte los derechos de aduana como recurso propio de ésta, atendiendo igualmente los aspectos relativos a la armonización fiscal que afecta a algunos de los impuestos citados anteriormente.

Junto a estas asignaturas a cursar obligatoriamente dentro del Grado en Derecho, en los planes de estudios de cada universidad se puede y se suele establecer alguna asignatura optativa sobre alguna materia tributaria, que cada alumno puede decidir si cursar o no; y aquí podemos encontrar una cierta variedad de asignaturas, que pueden ir, por ejemplo, desde asignaturas centradas en la Fiscalidad Internacional, a asignaturas centradas en la Fiscalidad Empresarial, con una carga docente normalmente de unos 6 créditos.

¹ Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, que vino a sustituir a la originaria Ley 230/1963, de 17 de diciembre, General Tributaria, que tuvo una actuación casi "didáctica" sobre el Derecho Tributario español.

Ahora bien, las asignaturas señaladas anteriormente de parte general y parte especial del Derecho Financiero suelen tener, cada una, una carga docente de 7,5 créditos, lo que representa para el estudiante de Derecho unas clases obligatorias de Derecho Financiero, esencialmente Tributario, de 150 horas, divididas en dos cursos.

Tengamos en cuenta que actualmente suele tratarse aún de Grados estructurados en cuatro años; seguidos normalmente de año o año y medio de máster; son pocas las universidades que se inclinan aún por adoptar la forma de tres años que ha querido impulsar el Gobierno siguiendo el modelo europeo, para hacerlos seguir posteriormente de dos años de máster.

Frente a esto, en los planes de estudios anteriores al Espacio Europeo de Educación Superior, durante mucho tiempo, en gran parte de las universidades españolas, con algunas excepciones, solía imponerse el famoso Plan del 1953 de la Licenciatura en Derecho. Dentro de este Plan, donde todas las asignaturas eran obligatorias, existían dos asignaturas obligatorias de Derecho Financiero, Derecho Financiero I y Derecho Financiero II, que se correspondían con los estudios de parte general y parte especial expuestos anteriormente; tenían 12 créditos cada una, con lo que existían unas enseñanzas obligatorias de Derecho Financiero y Tributario - esencialmente Tributario - de 240 horas dentro de la antigua Licenciatura en Derecho.

En el resto de Grados en que podemos encontrar enseñanza de Derecho Tributario las diferencias entre universidades suelen ser muchísimo más acusadas, dependiendo de cada universidad; dependiendo de la universidad de que se trate, podemos encontrar asignaturas que toman en consideración el Derecho Tributario o el Derecho Financiero y Tributario, en los Grados en Administración y Dirección de Empresas (y obviamente en el doble Grado en Derecho y Administración y Dirección de Empresas), en Finanzas y Contabilidad, en Relaciones Laborales o en Ciencias Políticas o Económicas.

Junto a ello, en los masters oficiales de las distintas universidades podemos encontrar la enseñanza del Derecho Tributario; por ejemplo dentro del máster de la

abogacía, como una más dentro del conjunto de materias jurídicas. Ello sin perjuicio de que podamos encontrar en algunas universidades masters centrados en el Derecho Tributario y a veces no como masters oficiales - siendo éstos los que completan la enseñanza previa al doctorado - sino como masters que en ocasiones son títulos propios de ciertas universidades.

También podemos encontrar una gran diversidad entre universidades en relación a los programas de doctorado dentro de los cuales se realizan las tesis de Derecho Tributario. Por ejemplo, en la Universidad de Jaén se realizan dentro de un programa de doctorado en Derecho Público; los estudios en el denominado régimen a tiempo completo duran tres años, con posibilidad de prórroga extraordinaria, por razones justificadas, para la lectura de la tesis; también cabe realizar la tesis doctoral en el régimen a tiempo parcial, cuando además del doctorado el alumno desarrolla alguna actividad profesional ajena a la universidad, en cuyo caso se concede un plazo de cinco años para la lectura de la tesis doctoral.

Aunque no todas las tesis doctorales siguen este cauce, obviamente se estimula que las mismas se lean con mención internacional, previa estancia de investigación del doctorando en el extranjero, con la correspondiente parte de la tesis escrita y defendida en otro idioma, ante un tribunal con algún componente extranjero y los respectivos informes previos.

3. Las bases italianas

Después de muchos años en contacto con el Derecho Tributario italiano, cada vez estoy más convencido de la influencia de éste en el Derecho Tributario español. Sobre esto se podrían dar mil razones, pero quiero centrarme aquí especialmente en dos, no sin antes recordar cómo, en clase de *Diritto Tributario* en la *Università degli Studi di Bologna* en 1993, el Profesor Bosello me preguntaba: “Carlos, ¿esto cómo es en España?”; después de mi respuesta, él apuntaba: “estáis como nosotros hace cuarenta años”. Obviamente lo hacía con la, digamos, ironía que le caracterizaba, pero siempre compensada con su generosidad y afecto hacia mi persona. Es más, aún recuerdo el espléndido centro de flores rojas y amarillas que

mandó al Colegio de España el día de la *Madonna di San Luca* de aquel año, excusando su presencia en la fiesta de aquel día.

Esto enlaza con la primera de las razones que queríamos apuntar. A través del Colegio de España en Bolonia o Colegio de San Clemente de los Españoles, fundado en 1364 por el Cardenal Don Gil de Albornoz, especialmente hace ya algunas décadas, hicieron su doctorado en Bolonia gran parte de los Catedráticos de Derecho Financiero y Tributario españoles, incluido quien escribe estas páginas. A partir de ahí la influencia italiana en el Derecho Tributario español es más que evidente. Esto también se produjo en otras disciplinas jurídicas y no sólo en el Derecho Financiero y Tributario.

Curiosamente, dado que estamos en sede tributaria, podemos destacar el dato de que incluso en el convenio para evitar la doble imposición entre nuestros dos Estados se menciona el citado Colegio de España en Bolonia; en concreto, en la letra a) de las disposiciones suplementarias del Protocolo de Acuerdo del Convenio entre España e Italia para evitar la doble imposición en materia de impuestos sobre la renta y para prevenir la evasión fiscal, hecho en Roma el 8 de septiembre de 1977, se hace expresamente mención del "Colegio Español S. Clemente (Albornoz), en Bolonia".

Y como segunda razón, me gustaría apuntar la constatable influencia que en la obra de Sainz de Bujanda² tuvieron las obras de Giannini³ y Berliri⁴. Se puede decir que el profesor Sainz de Bujanda prácticamente fue el padre del Derecho Financiero y Tributario español.

Digamos que son dos semillas que prendieron fuertemente en el florecimiento de las relaciones entre el Derecho Tributario italiano y el Derecho Tributario español. Pero es más, al margen del Derecho Tributario y tomando en consideración el Derecho en general, los destinos preferidos de los alumnos Erasmus españoles son las universidades italianas.

² Especialmente podríamos destacar los diferentes volúmenes de *Hacienda y Derecho*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, publicados en los años sesenta.

³ Ya fuesen *I concetti fondamentali del Diritto tributario*, UTET, Torino, 1956 o *Istituzioni di Diritto tributario*, Giuffrè, Milano, 1972.

⁴ Principalmente sus *Principi di Diritto tributario*, Vol. I, Giuffrè, Milano, 1952.

A partir de ahí se podrían apuntar muchas razones, pero habiéndonos dejado al final del pasado año el Profesor Victor Uckmar, para concluir este trabajo no podemos dejar de recordar la importante proyección de su labor hacia el Derecho Tributario Latinoamericano.

Elementi per una valutazione economico-giuridica della riforma delle banche di credito cooperativo in Italia

di Olivier Butzbach*, Talita Desiato**, Gennaro Rotondo***

ABSTRACT

The recent reform of cooperative banks in Italy undoubtedly places the need to assess its legal and economic implications. The reform also offers the opportunity to make some general reflections on the cooperative credit system, starting from the characteristics of the operating model and governance of the actors operating there, in order to then consider the empirical evidence presented in the economic literature on the performance of cooperative banks.

The recent European experience of transformation and reform of cooperative credit is then taken into account. Finally, this study concludes with some (first) comments on the possible impact of the reform in the light of European experience and the topics covered in first part.

SINTESI

La recente riforma delle banche di credito cooperativo in Italia pone, senza dubbio, l'esigenza di valutarne le implicazioni giuridiche ed economiche. La riforma offre, altresì l'occasione per effettuare alcune riflessioni generali sul sistema del credito cooperativo partendo dalle caratteristiche del modello operativo e di governance dei soggetti che vi operano, per considerare poi le evidenze empiriche proposte dalla letteratura economica sulla performance delle banche cooperative.

Viene poi presa in considerazione l'esperienza europea recente in materia di trasformazioni e riforme del credito cooperativo. Il presente studio si conclude, infine, con alcune considerazioni (di primo commento) sul possibile impatto della riforma alla luce dell'esperienza europea e degli argomenti trattati nella prima parte.

SOMMARIO: 1. Premessa. Genesi della cooperazione di credito e definizione delle linee di analisi – 2. La riforma italiana delle banche di credito cooperativo. Cenni – 3. La costituzione del gruppo bancario cooperativo: alcuni profili di criticità – 4. Le banche di credito cooperativo, un settore da riformare? Una discussione delle premesse economiche della riforma del 2016 – 4.1. Le premesse del d.l. del 14 febbraio 2016 – 4.2. Il *business model* delle banche di credito cooperativo: un

Pur essendo il presente lavoro frutto di riflessioni comuni, i paragrafi da 4 a 4.3 sono da attribuire a Olivier Butzbach; i paragrafi 1, e da 3 a 5 a Talita Desiato; i paragrafi 2 e 7 a Gennaro Rotondo.

* Professore aggregato di *Economia Politica*, presso il Dipartimento di Scienze Politiche dell'Università della Campania "Luigi Vanvitelli" (olivier.butzbach@gmail.com).

** Dottore magistrale in *Scienze della Politica*, presso il Dipartimento di Scienze Politiche dell'Università della Campania "Luigi Vanvitelli" (talitadesiato@gmail.com).

*** Professore aggregato di *Diritto dell'economia*, presso il Dipartimento di Scienze Politiche dell'Università della Campania "Luigi Vanvitelli" (gennaro.rotondo@unicampania.it).

ostacolo alla competitività, all'efficienza e alla stabilità? Le risposte della letteratura economica – 4.3. Il *business model* delle banche di credito cooperativo: un ostacolo alla competitività, l'efficienza e la stabilità? L'evidenza empirica – 5. Gestire il cambiamento, preservare (o no) lo scopo mutualistico: le esperienze europee – 6. Alcune considerazioni conclusive. L'interazione tra teoria economica, evidenze empiriche e istanze di regolamentazione delle banche di credito cooperativo.

1. Premessa. Genesi della cooperazione di credito e definizione delle linee di analisi

Le banche di credito cooperativo nascono in Europa a metà dell'800 come enti di credito mutualistici con lo scopo di sostenere le attività produttive dei contadini, degli artigiani e di consentire alle famiglie a basso reddito di accumulare denaro attraverso i loro risparmi. Questo sistema formava il nucleo dei modelli *Schulze-Delitzsch* (nei piccoli centri urbani) e *Raiffeisen* (nel mondo rurale) nei movimenti cooperativi di credito in Germania, che si diffusero rapidamente in Europa e in altre regioni del mondo. Alle banche cooperative sul modello *Raiffeisen* e *Schulze-Delitzsch* possiamo associare altre tipologie di credito cooperativo, come le *credit unions* in Canada e negli Stati Uniti, le *building societies* britanniche (cooperative dedite al finanziamento dell'edilizia abitativa di tipo popolare) e le banche popolari italiane della seconda metà dell'Ottocento, ideate da Luigi Luzzatti⁵, e poi assunte come modello dalle *banques populaires* francesi⁶.

Il movimento delle bcc in Italia nasce sul finire dell'800, sul modello *Raiffeisen*, prevalentemente nelle aree rurali del Veneto e del Nordest⁷. L'espansione successiva ha interessato territori non propriamente rurali, con l'apertura di nuove succursali nei capoluoghi provinciali e regionali, diffondendosi anche nelle regioni meridionali. Dalla fine dell'800 a oggi l'attività delle banche di credito cooperativo ha conosciuto una prolungata fase di crescita, sancita da un crescente riconoscimento regolamentare, dagli anni 1930 in poi. La prima compiuta nozione

⁵ Sul modello Schulze-Delitzsch, modificato da Luzzatti. Cfr. A. Polsi, *Financial institutions in nineteenth-century Italy. The rise of a banking system*, in *Financial History Review*, 3, 1996; P. Cafaro, *La solidarietà efficiente: Storia e prospettive del Credito cooperativo in Italia (1883-2000)*, Bari, Laterza, 2002.

⁶ Cfr. P. Mottura, *Banche cooperative e crisi finanziaria. Forme istituzionali da valorizzare con modelli di governance appropriati*, in *Bancaria*, 2011, 12, p. 14.

⁷ Cfr. P. Cafaro, *op. cit.*

legale di scopo mutualistico, specificamente prevista per le bcc, fu infatti introdotta nell'ordinamento italiano con la l. 6 giugno 1932 n. 656 la quale, all'art. 1, qualificava le Casse Rurali come "società cooperative in nome collettivo aventi per principale oggetto l'esercizio del credito agrario". Successivamente, la nozione venne ripresa dal r.d. 26 agosto 1937, n. 1706 (TUCRA) il quale, tuttavia, secondo la dottrina⁸, aveva assoggettato tali banche a penetranti controlli e imposto significative restrizioni prevalentemente con riferimento all'operatività creditizia; e poi ancora dalla l. 4 agosto 1955, n.707⁹.

Il ruolo storico svolto dal credito cooperativo nello sviluppo socio-economico dell'Italia, e in particolare delle zone rurali del paese, viene riconosciuto dalla Costituzione, non solo nell'art. 47, ma anche dal primo comma dell'art. 45, il quale riconosce «funzione sociale» alla «cooperazione a carattere di mutualità e senza fini di speculazione privata»¹⁰. Le banche di credito cooperativo rientrano nel predetto paradigma costituzionale poiché il legislatore ordinario le ha concepite come necessarie «cooperative costituzionalmente riconosciute», ovvero come «cooperative a mutualità prevalente» di diritto. Se le bcc sono (anzi, devono essere) conformi con l'art. 45, 1° co., Cost., allora il legislatore ordinario deve promuoverle e favorirle «con i mezzi più idonei»¹¹.

Dal 1990 in poi, tuttavia, sia il contesto normativo che quello economico hanno subito mutazioni significative, con ripercussioni importanti per il credito cooperativo in generale e le bcc italiane in particolare. Il processo di *despecializzazione* degli enti creditizi, tradottosi sul piano normativo nel Testo unico bancario del 1993, ha comportato per la categoria un avvicinamento al modello operativo della banca commerciale: è stata superata la specializzazione nei settori dell'agricoltura e dell'artigianato senza rinunciare alla tradizionale

⁸ Così F. Castiello, *L'evoluzione da casse rurali ed artigiane a banche di credito cooperativo*, in *Codice commentato delle banche di credito cooperativo*, a cura di F. Castiello, Roma, 1995, p. 94 ss., il quale rileva, altresì, che il T.u.c.r.a. aveva introdotto anche uno "statuto" della cooperazione di credito ritenuto coerente con i principi della Alleanza Cooperativa Internazionale e con la cooperazione costituzionalmente disciplinata dall'art. 45 della Costituzione.

⁹ E. Cusa, *Lo scopo mutualistico delle banche di credito cooperativo*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2008, I., p. 455 ss.

¹⁰ Cfr. P. Cafaro, *op. cit.*

¹¹ Cfr. E. Cusa, *Il diritto delle banche di credito cooperativo tra legge e contratto*, Torino, 2013, p. 2.

connotazione locale e mutualistica¹². Inoltre, il crescente peso della legislazione e della regolamentazione europee ed internazionali, l'aumento della concorrenza a livello nazionale e internazionale, e la riorganizzazione del sistema bancario italiano attorno a grandi gruppi bancari nazionali hanno modificato le condizioni di esercizio dell'attività bancaria da parte delle bcc.

Infine, recenti sviluppi normativi, sia a livello europeo che a livello nazionale (si pensi *in primis* alla riforma delle banche popolari) forniscono il contesto nel quale s'inquadra la recente riforma delle bcc, attuata dal decreto-legge del 14 febbraio 2016 n.18, convertito con la legge del 8 aprile 2016, n.49. In sintesi, la riforma mira a rafforzare la solidità patrimoniale ed organizzativa delle bcc, facilitandone il consolidamento, pur mantenendo fermo lo scopo mutualistico del settore.

È ancora presto per valutare gli effetti della riforma, data anche l'incertezza circa la forma del consolidamento delle bcc che avverrà nei prossimi mesi e nei prossimi anni. Si può, tuttavia, ragionare sia sulle premesse di tale riforma che sugli effetti prevedibili, in relazione agli obiettivi attesi. È importante, da questo punto di vista, distinguere gli aspetti economici dagli aspetti giuridici di tale valutazione, e allo stesso tempo evidenziare le varie e complesse articolazioni e interazioni di questi aspetti. Questo è lo scopo del presente studio, che è organizzato nel modo seguente: la seconda sezione presenta i tratti salienti della riforma del 2016; la terza sezione discute i possibili effetti giuridici della riforma; la sezione 4 offre una valutazione delle premesse economiche della riforma, alla luce dell'evidenza empirica esistente e della letteratura economica; la sezione 5 propone, per contestualizzare la riforma del 2016 e i suoi possibili esiti, uno sguardo comparato alle varie esperienze europee di riforma del credito cooperativo; la sezione 6 conclude con una disamina delle possibili implicazioni economico-giuridiche della riforma.

¹²A. Finocchiaro (a cura di), *Globalizzazione e localismo: ruolo delle banche di credito cooperativo nello sviluppo delle piccole e medie imprese*, Atti del convegno "Banca, Impresa, Risparmio: BCC e PMI strategie vincenti per crescere insieme", Sesto San Giovanni, 2002.

2. La riforma italiana delle banche di credito cooperativo. Cenni

La principale novità della riforma sta nel tentativo di ridurre la frammentazione di questo settore del sistema bancario attraverso la nuova forma di aggregazione obbligatoria rappresentata dal c.d. "gruppo bancario cooperativo", disciplinato dagli artt. 37-*bis* e 37-*ter* del TUB¹³. Il gruppo bancario cooperativo è composto da una società capogruppo avente forma di società per azioni e autorizzata all'esercizio dell'attività bancaria il cui capitale è detenuto in misura maggioritaria dalle bcc aderenti al gruppo. Tuttavia, sulla base di un c.d. "contratto di coesione" la capogruppo esercita attività di direzione e coordinamento sulle società appartenenti al gruppo. Questo contratto, che rappresenta l'impalcatura delle relazioni infragruppo, deve assicurare inoltre l'esistenza di una situazione di controllo della capogruppo sulle società appartenenti al gruppo (come definito dai principi contabili internazionali adottati dalla U.E.). Il requisito minimo di patrimonio netto della società capogruppo è di un miliardo di Euro.

Le banche di credito cooperativo sono tenute ad aderire al gruppo bancario cooperativo quale condizione per il rilascio dell'autorizzazione all'esercizio dell'attività bancaria in forma di banca cooperativa (art. 33, c. 1-*bis*). Inoltre, non può procedersi all'iscrizione nell'albo delle società cooperative (ex art. 2512, c. 2, c.c.) qualora non consti l'autorizzazione in questione (art. 33, c. 1-*ter*). Resta ferma per le bcc la norma, che attribuisce la nomina dei membri degli organi di amministrazione e controllo alla competenza esclusiva degli organi sociali (art. 33, c. 3), confermando in tal modo la divaricazione in senso mutualistico tra le due categorie di banche cooperative esistenti nell'ordinamento italiano. Il numero minimo dei soci non può essere inferiore a 500: laddove si scenda sotto tale soglia, la compagine sociale deve essere reintegrata entro un anno, pena la messa in liquidazione della banca (art. 34, c. 1). A differenza delle banche popolari (per le quali è previsto solo un minimo) il valore nominale di ciascuna azione non può essere inferiore a 25 € né superiore a 500 € (art. 33, c. 4). La posizione paritetica

¹³ G. Visconti, *La disciplina delle banche di credito cooperativo dopo la riforma introdotta dal Decreto-Legge n°18 del 2016*, in *Diritto.it*, 2016.

dei soci nelle banche di credito cooperativo è attestata dalla norma che pone un tetto in valore assoluto ad ogni partecipazione: nessun socio, infatti, può possedere azioni il cui valore nominale complessivo superi 100.000 €. In questo caso, non vi sono deroghe in favore degli investitori istituzionali, come avviene per le banche popolari (art. 34, c. 4).

Vi è poi la possibilità che lo statuto preveda, tra i requisiti per l'ammissione a socio, l'obbligo di sottoscrivere o acquistare un numero minimo di azioni (art. 34, c. 4-*bis*).

È previsto che, «in caso di recesso o esclusione da un gruppo bancario cooperativo», l'ente creditizio cooperativo che non deliberi la propria trasformazione in società per azioni deve avviare la procedura di liquidazione¹⁴ (art. 36, comma 1-*bis*).

Per le bcc che hanno deciso di non aderire alla *holding* è prevista una *way out*; il meccanismo, applicabile alle bcc con un patrimonio netto di almeno 200 milioni di euro, prevede il conferimento delle attività bancarie ad una banca s.p.a. neocostituita sottoposta al controllo della cooperativa, ma attraverso il pagamento del 20% di patrimonio netto come tassa straordinaria, in quanto si stabilisce la possibilità di distribuire le riserve indivisibili, laddove queste risultino affrancate dall'obbligo di essere conferite ai fondi mutualistici.

Delle dodici bcc che si sono trovate al bivio soltanto tre, allo stato attuale, hanno scelto di proseguire in autonomia.

A decorrere dalla pubblicazione delle norme di vigilanza, attuative della riforma (avvenuta il 3 novembre 2016), vi è un termine di 18 mesi per la costituzione dei gruppi. Sul punto, tuttavia, resta aperta la questione relativa alla scelta tra un sistema di tipo "monopolistico", con un'unica capogruppo, e una struttura di mercato di tipo dualistico. Cassa Centrale Banca si è proposta come alternativa a Iccrea Holding, rispondendo a quel gruppo di bcc autodefinitesi "virtuose" e

¹⁴ L'art. 36 comma 1-*bis* del TUB dispone che: «In caso di esclusione da un gruppo bancario cooperativo, la banca di credito cooperativo, entro il termine stabilito con le disposizioni di cui all'art. 37-*bis*, previa autorizzazione rilasciata dalla Banca d'Italia avendo riguardo alla sana e prudente gestione della banca, può deliberare la propria trasformazione in società per azioni. In mancanza, la società delibera la propria liquidazione».

preoccupate che parte del proprio capitale potesse essere destinato a sanare eventuali situazioni debitorie pregresse. Cassa Centrale Banca propone un approccio *risk based*, secondo il quale più una bcc è virtuosa e maggiore deve essere la sua autonomia operativa rispetto alla capogruppo.

Ad appoggiare il progetto è anche DZ Bank che detiene il 25% di Cassa Centrale e che sarebbe indispensabile per raggiungere la soglia di 1 miliardo di euro necessaria alla costituzione del gruppo. Banca d'Italia ha mantenuto una posizione neutrale ed ha espresso l'auspicio che si costituiscano gruppi solidi e che si proceda celermente.

3. La costituzione del gruppo bancario cooperativo: alcuni profili di criticità

In coerenza con il nuovo disposto dell'art. 37-bis del TUB, le disposizioni di vigilanza, emanate dalla Banca d'Italia, confermano gli ampi poteri attribuiti alla capogruppo nei confronti delle bcc, rispondendo, tra l'altro, a quanto chiesto dalle autorità centrali. La peculiarità del nuovo assetto risiede nella circostanza che le bcc aderenti al gruppo controllano con maggioranza assoluta la capogruppo, ma accettano – con il contratto di coesione – la singolare condizione di essere sottoposte all'attività di direzione e coordinamento della loro controllata e ai poteri di vigilanza della stessa. La capogruppo deve essere costituita in forma di società per azioni, escludendo quindi la possibilità di adottare la forma di società cooperativa che avrebbe sicuramente accentuato e preservato il carattere mutualistico del credito cooperativo. Non va tralasciato, inoltre, il rischio insito nella scelta di moduli societari classici, i quali potrebbero snaturare la natura del movimento cooperativo.

Le disposizioni attuative dettano il contenuto del contratto di coesione mediante il quale si esplica l'attività di indirizzo e coordinamento della capogruppo, agendo su *governance*, sistemi di controllo interno, rispetto dei requisiti prudenziali, nonché decisioni di rilievo strategico, sanzioni, ed inoltre definizione dei doveri della capogruppo stessa e disciplina della distribuzione dei vantaggi derivanti dall'appartenenza al gruppo.

Di particolare interesse è l'esercizio del potere di "nomina e revoca dei componenti gli organi delle banche affiliate", ossia degli organi di amministrazione e controllo¹⁵ che appare eccessivamente invasivo¹⁶.

Com'era stato previsto da alcuni, una parte del mondo delle bcc, in particolare quelle autodefinitesi "più virtuose", appare scontenta poiché teme l'influenza della capogruppo sulla propria *governance* e soprattutto teme di rischiare parte del proprio capitale. Infatti, il sistema della garanzia sui patrimoni, prevede che una porzione del patrimonio delle singole bcc venga posta a garanzia della tenuta dell'intero sistema capitanato dalla capogruppo. Di contro, c'è da dire che uno degli obiettivi principali della riforma è quello di favorire la patrimonializzazione del gruppo e quindi delle singole bcc aderenti, motivo per il quale è stato introdotto il gruppo bancario cooperativo.

Ad oggi, infatti, per accrescere il proprio patrimonio l'unica opzione per le bcc è rappresentata dall'autofinanziamento che però, con il perdurare della crisi e tassi di interesse bassi, rischia di non essere adeguatamente alimentato dalla redditività (si veda la prossima sezione).

Il contratto di coesione prevede la garanzia in solido tra la capogruppo e le banche affiliate attraverso la quale, secondo la Banca d'Italia, si punta ad assicurare un supporto infragruppo rapido in caso di difficoltà di uno o più istituti aderenti. Inoltre, per agevolare la patrimonializzazione delle singole bcc, il limite massimo dell'investimento in azioni di una banca e il numero dei soci sono stati elevati¹⁷. Non va dimenticato, però, che le regole che governano le bcc sono poste a fondamento del loro carattere mutualistico e della loro funzione di sostegno al territorio, motivo per cui le esigenze di patrimonializzazione e stabilità potevano essere perseguite mediante valorizzazione del sistema di rete, allentamento di alcuni vincoli (limiti al possesso azionario, limiti territoriali) e creazione di un mercato più efficiente delle

¹⁵ G. Colantoni, *Banca d'Italia: via libera alla nascita del Gruppo Bancario Cooperativo*, in *Financial Community Hub*, 2016.

¹⁶ Art. 33 co. 3 TUB.

¹⁷ Art. 34 co. 1: «Il numero minimo dei soci delle banche di credito cooperativo non può essere inferiore a cinquecento (...)» e co. 4: «Nessun socio può possedere azioni il cui valore nominale complessivo superi centomila euro».

partecipazioni che tenesse conto della loro specificità¹⁸.

Allo stato, dunque, sembrerebbe profilarsi la costituzione di due gruppi, che si andranno a formare nel corso del 2017. Coloro che si sono schierati per la costituzione del secondo gruppo sostengono che la presenza di un'unica capogruppo porterebbe ad una situazione di monopolio nel credito cooperativo italiano, senza salvaguardare i benefici derivanti dalla concorrenza. Una soluzione poteva essere quella di ridurre la soglia di capitale minimo della capogruppo dando così la possibilità di costituire più soggetti e ogni bcc avrebbe potuto scegliere il gruppo più congeniale. Un'altra parte del mondo delle bcc, sostenuta da Federcasse, crede fermamente che in caso di costituzione di più gruppi l'esito finale possa essere un settore frammentato e in cui le bcc più deboli saranno emarginate. Tra i rischi del doppio gruppo (evidenziati, ad esempio, da Federcasse), vi sono l'aumento dei costi per il sistema cooperativo, in particolare per il settore di coordinamento e controllo, oltre ad una generale "confusione" cui si andrebbe inevitabilmente incontro.

Significativa è la possibilità di costituire sottogruppi territoriali anche su iniziativa delle singole bcc e nell'individuazione nel contratto di coesione dei presidi che assicurino la tutela e il rispetto dei principi cooperativi, dei criteri di compensazione e di equilibrata distribuzione dei vantaggi derivanti dall'attività comune e della composizione dei conflitti di interesse. In queste ipotesi, la capogruppo territoriale svolge funzioni di supporto della capogruppo del gruppo bancario cooperativo per l'attività di indirizzo e monitoraggio delle banche affiliate del sottogruppo. Essa trasmette alle banche affiliate le disposizioni impartite dalla capogruppo, ne verifica il rispetto, segnala alla stessa eventuali scostamenti e anomalie, potendo altresì proporre eventuali interventi¹⁹. Questa previsione appare condivisibile in quanto sembrerebbe rispondere alle esigenze di tenere in considerazione la territorialità delle singole bcc, ma molto dipenderà dalla concreta

¹⁸ M. Sepe, *Il Gruppo Bancario Cooperativo: tra autoriforma e neodirigismo, una nuova dimensione del credito cooperativo?*, in *Rivista trim. diritto dell'economia*, 2015, 4 (supplemento), p. 81 ss.

¹⁹ Banca d'Italia, *Disposizioni di vigilanza per le banche*, Circolare n.285 del 17 dicembre 2013, 19° aggiornamento del 2 novembre 2016.

implementazione delle norme in fase applicativa.

Gli effetti della riforma, tuttavia, non si possono valutare *ex ante* e soltanto sulla base di considerazioni giuridiche. Nelle prossime sezioni si delineano, pertanto, le basi di una valutazione economica della riforma delle bcc, distinguendo l'analisi delle premesse (sezione 4) da quella delle possibili conseguenze, alla luce sia dell'esperienza europea (sezione 5) che della letteratura economica (sezione 6).

4. Le banche di credito cooperativo, un settore da riformare? Una discussione delle premesse economiche della riforma del 2016

4.1. Le premesse del d.l. del 14 febbraio 2016

Le premesse della riforma del settore delle bcc avviata col d.l. del 14 febbraio 2016, n.18, vengono esposte chiaramente dall'inizio del suddetto d.l.: «Ritenuta la straordinaria necessità ed urgenza di avviare il processo di riforma del settore bancario cooperativo, al fine di *rafforzare la stabilità* del sistema nel suo complesso e *consentire il rafforzamento patrimoniale* delle banche di credito cooperativo» (corsivo Ns.). La riforma, inoltre, si inserisce esplicitamente nel processo di riorganizzazione dell'intero sistema bancario italiano iniziato con la riforma delle banche popolari del 2015²⁰.

Ma da dove viene la necessità di rafforzare la stabilità del sistema delle bcc, attraverso la facilitazione del loro consolidamento patrimoniale? Nell'iter parlamentare della riforma vengono, di nuovo, esplicitate le motivazioni del legislatore: «aumentare la capacità del sistema stesso di far fronte, con mezzi propri, ai rischi della congiuntura», verso i quali il sistema delle bcc appare "particolarmente esposto" (nelle parole del relatore del d.l., l'on. G. Sanga, nella discussione generale iniziale davanti all'assemblea della Camera dei Deputati, il 23 febbraio 2016).

Tuttavia, la focalizzazione originaria (ed esplicita nel d.l.) viene allargata nella

²⁰ Questo contesto normativo più ampio viene esplicitamente citato dal relatore della legge di conversione alla Camera dei Deputati, l'on. G. Sanga, nel primo esame della legge di conversione davanti alla Commissione Finanze della Camera dei Deputati il 23 febbraio 2016; cfr. Camera dei Deputati, *Bollettino delle Giunte e delle Commissioni Parlamentari*, 23/02/2016, p.27.

discussione in assemblea quando il relatore dichiara che «Non si poteva più rinviare un intervento teso a sostenere la *competitività*, la *redditività* e la *stabilità* di un sistema, che, singolarmente, *le banche di credito cooperativo non erano più in grado di garantire, vuoi per la loro dimensione strutturale, vuoi per la forma giuridica e quella di cooperativa mutualistica*» (corsivi Ns.)²¹. Tali premesse vengono in seguito ripetute e sottolineate sia dalla Banca Centrale Europea, nei suoi pareri²², sia dalla Banca d'Italia nelle risposte alle Osservazioni sulle disposizioni di vigilanza²³.

Queste premesse sollevano almeno tre domande di natura economica. La prima riguarda, appunto, la competitività, la redditività e la stabilità del sistema delle bcc: la *performance* complessiva delle bcc era così problematica da necessitare un intervento "urgente"?

La seconda riguarda i nessi ipotizzati tra modello di *business* delle bcc (che risulta dall'intreccio tra dimensione, forma giuridica e modello mutualistico) e la *performance* menzionata prima: questo modello è un ostacolo alla competitività, redditività e stabilità delle banche?

Queste due domande vengono affrontate nelle due sub-sezioni seguenti, a partire sia dalla teoria economica, sia dall'evidenza empirica.

La terza domanda riguarda invece la rilevanza economica degli obiettivi posti dalla riforma, insieme alla pertinenza degli strumenti identificati per raggiungerli. Questo interrogativo verrà affrontato nella sezione 6.

²¹ Camera dei Deputati, *Resoconto stenografico dell'Assemblea*, Seduta n. 594 di lunedì 21 marzo 2016, p.4.

²² Punto 1.1.1 del *Parere* della Banca Centrale Europea del 24 marzo 2016 (CON/2016/17).

²³ Banca d'Italia, *Disposizioni di vigilanza per il gruppo bancario cooperativo*, resoconto della consultazione.

4.2. *Il business model delle banche di credito cooperativo: un ostacolo alla competitività, all'efficienza e alla stabilità? Le risposte della letteratura economica*²⁴.

Dal punto di vista economico-aziendale, le banche di credito cooperativo italiane, così come le banche cooperative in altri contesti nazionali, presentano tre caratteristiche-chiave: la *governance*, il radicamento territoriale e lo specifico profilo operativo.

La *governance* delle banche cooperative è, come è noto, dettata dal principio mutualistico sancito giuridicamente, come si è mostrato sopra. Gli economisti, a proposito delle banche cooperative come di altre banche che non hanno lo statuto di società per azioni, parlano di “*stakeholder-based governance*”, per opposizione alla “*shareholder-based governance*” propria delle società per azioni.

La seconda caratteristica delle banche cooperative consiste nel loro radicamento territoriale – che si traduce nel “localismo” delle banche più piccole. Tale caratteristica è strettamente legata a un modello di *governance* che attribuisce potere ai membri, e quindi agli *stakeholders* locali della banca. Infine, le banche cooperative si caratterizzano per un profilo operativo molto diverso dalle altre banche, e in particolare dalle società per azioni. Questo profilo operativo è connotato dalla propensione ad adottare strategie con obiettivi di lungo termine quali, ad esempio, la sostenibilità dei profitti²⁵. Alcuni autori parlano così di un “doppio scopo” (*double bottom line*) per le banche cooperative, nel senso che, anche se hanno bisogno di generare profitti per sopravvivere quali imprese bancarie autonome, non cercano di massimizzare i profitti stessi²⁶.

È importante riconoscere le forti interrelazioni tra queste tre caratteristiche. Dal punto di vista economico-aziendale, la dimensione mutualistica di una banca

²⁴ Questa sezione e la sezione successiva presentano in modo sintetico argomenti sviluppati dettagliatamente altrove. Si veda O. Butzbach, *Il vantaggio comparativo delle banche cooperative nella letteratura economica*, in (a cura di): A. Giannola, A. Lopes e D. Sarno, *Il problema dello sviluppo economico e del suo finanziamento nelle aree deboli*, Carocci, Roma, 2012.

²⁵ Cfr. Coco e Ferri, *op. cit.*

²⁶ R. Ayadi, R.H. Schmidt, D.T. Llewellyn, E. Arbak, e W.P. De Groen, *Investigating Diversity in the Banking Sector in Europe. Key Developments, Performance and Role of Cooperative Banks*, Brussels, Center for European Policy Studies, 2010.

cooperativa non si riduce alla particolarità del suo statuto giuridico o della sua *governance*: incorpora questi ultimi elementi con la propensione a scegliere strategie con un lungo orizzonte temporale e il radicamento della banca sul territorio di insediamento. Queste interrelazioni si traducono nella buona *performance* comparata delle banche cooperative in confronto con le altre tipologie di banche (si veda la prossima sezione): la capacità delle bcc di fornire credito si basa sulla conoscenza del territorio e dei sistemi economici locali, sulla valutazione diretta della qualità delle iniziative dei piccoli imprenditori, su una struttura organizzativa in grado di rispondere in tempi rapidi e in forme non burocratiche alle esigenze della comunità²⁷.

In termini più generali, la questione affrontata qui è quella delle implicazioni economiche del *business model* delle bcc. In altre parole, quali sono, rispetto alla *performance* complessiva dei singoli istituti, i costi e i benefici, i vantaggi e gli svantaggi, derivanti dal modello mutualistico nel settore creditizio? Qui la teoria economica ci può aiutare, malgrado l'assenza di consenso tra gli economisti su questa questione.

Basandoci sulla letteratura esistente possiamo identificare cinque tipi di vantaggi che derivano dal modello mutualistico, e due tipi di costi (o svantaggi). I cinque vantaggi sono: (i) il minor costo medio del capitale; (ii) la riduzione netta dei costi di agenzia; (iii) la maggiore capacità di raccogliere i benefici del credito relazionale (*relationship banking*); (iv) la maggiore capacità di operare con orizzonti temporali più lunghi; (v) la maggiore capacità di "ridurre il rischio intertemporale" (*intertemporal risk smoothing*). I due tipi di costi, o svantaggi, associati alle banche cooperative (qui ci focalizziamo sulle banche cooperative di tipo bcc, quindi piccole banche mutualistiche radicate in un territorio limitato) sono: (i) la maggiore esposizione a *shock* asimmetrici; (ii) la minore capacità di ripatrimonializzare in caso di crisi, legata alla minore dimensione.

Il primo vantaggio deriva da: (a) lo statuto mutualistico delle banche cooperative,

²⁷ A. Tarantola, *Il credito cooperativo del domani: sviluppo, efficienza e solidarietà*, XIV Congresso Nazionale del Credito Cooperativo, Roma, 2011.

che impedisce la redistribuzione dei profitti agli azionisti sotto forma di dividendo, e consente invece di «godere di una rapida crescita della loro base di capitale e quindi di una veloce crescita organica»²⁸; (b) il radicamento locale delle banche cooperative che, combinato alla loro *governance* mutualistica e il loro orizzonte strategico di lungo periodo, gli consente di contare sulla stabilità dei depositi e di sostenere costi di finanziamento inferiori legati alla loro ampia base di depositi e la bassa sensibilità ai tassi di interesse dei clienti²⁹.

Bisogna sottolineare, di nuovo, le interrelazioni forti tra le caratteristiche di base del modello mutualistico che suscitano, complessivamente, un elevato livello di fiducia da parte dei clienti delle banche cooperative, risultante da una storia molto lunga al servizio di famiglie a basso reddito e di comunità locali³⁰. Questo vantaggio rende, inoltre, le banche cooperative meno inclini a sfruttare le asimmetrie informative a sfavore dei depositanti³¹.

Alcuni economisti hanno sostenuto che il costo del finanziamento avrebbe perso rilevanza nei costi complessivi sostenuti dall'intermediario finanziario nel prossimo futuro (e quindi un minore costo del capitale avrebbe perso salienza come fonte di vantaggio competitivo)³². Ma questo ragionamento fu fatto prima della crisi del 2007-08, e prima della crisi del debito sovrano del 2011. Come sappiamo ora, nel contesto dei costosi sforzi di ri-finanziamento e ri-capitalizzazione intrapresi dalla maggior parte delle banche europee, essere in grado di accedere al capitale ad un basso costo dovrebbe rimanere una fondamentale fonte di vantaggio competitivo nel settore bancario. Tuttavia, con l'avvio di Basilea 3 e delle nuove normative europee in materia bancaria, i requisiti in materia di patrimonializzazione sono stati notoriamente rafforzati, forse ai danni di quelle istituzioni creditizie che avevano meno problemi al riguardo³³.

²⁸ W. Fonteyne, *Cooperative banks in Europe - Policy Issues*, IMF Working Papers, No. WP/07/159, International Monetary Fund, Washington, DC, 2007.

²⁹ Altunbaş et al., *Ownership and efficiency*, cit.

³⁰ J. Kay, *The Economics of Mutuality*, in *Annals of Public and Cooperative Economics*, Vol. 62, No. 3, pp. 309-318, 1991.

³¹ W. Fonteyne, *op. cit.*

³² *Ibid.*

³³ Prima dell'implementazione di Basilea 3, A. Giannola ha sostenuto che le maggiori riserve di capitale accumulate da parte delle banche pubbliche dava loro un "vantaggio patrimoniale" durante

Siamo giunti quindi ad un paradosso: benché il modello mutualistico assicuri, *in generale*, costi bassi di finanziamento per le banche, la risposta regolamentare alla crisi del 2007-08, associata ad un restringimento dei requisiti d'accesso ai mercati di capitali, creano condizioni difficili per la ri-patrimonializzazione rapida delle banche cooperative. La soluzione ritenuta dalla riforma del 2016: un consolidamento organizzativo delle bcc volto a facilitare l'accesso ai mercati di capitali, fa quindi astrazione del vantaggio storico ed intrinseco delle bcc nel finanziare la loro crescita sulla base quasi esclusiva della raccolta al dettaglio.

Un secondo vantaggio del modello mutualistico consiste nella riduzione netta dei costi di agenzia rispetto al modello delle società per azioni, consentito dalla maggiore capacità delle banche cooperative di mitigare potenziali conflitti di agenzia. Com'è noto, i conflitti di agenzia, nella letteratura economica, si riferiscono a possibili divergenze di interesse tra un principale e il suo agente. La teoria dell'agenzia si trova al centro della "nuova" teoria della banca emersa nella letteratura economica degli anni 1980 – così come, più generalmente, nella teoria economica dell'impresa. Ad esempio, la teoria della banca quale controllore delegato si basa sull'ipotesi che di fronte ai conflitti di agenzia tra creditori e debitori, i costi di monitoraggio sostenuti dai primi siano minori con le banche piuttosto che sui mercati di capitali³⁴.

Nel settore bancario, i problemi di agenzia sono potenzialmente numerosi, e la loro importanza varia a seconda dei modelli di *governance* e delle strutture proprietarie. Inoltre, i meccanismi di monitoraggio e di controllo (tipica "difesa" contro i conflitti di agenzia) variano tra categorie di banche. Si ritiene qui che i costi di agenzia sostenuti dalle banche cooperative siano *mediamente inferiori* a quelli delle banche società per azioni – però bisogna sottolineare che la questione è tuttora aperta nella letteratura economica. Il presente studio non è il luogo adatto per aprire questa discussione³⁵. Possiamo tuttavia sintetizzarne le conclusioni,

la transizione a Basilea II e III. Cfr A. Giannola, *Origins and evolution of credit*, in Giannola e D'Angelo (a cura di), *Financing Enterprises*, Naples, Liguori Editore, 2009.

³⁴ D.W. Diamond, *Financial intermediation and delegated monitoring*, in *Review of Economic Studies*, 51, 728-762, 1984.

³⁵ Si rinvia invece a O. Butzbach, *op. cit.*

osservando che (i) i conflitti di agenzia tra soci e dirigenti della banca cooperativa sono potenzialmente comparabili con quelli sostenuti, nelle società per azioni, tra proprietari e dirigenti; (ii) i conflitti di agenzia tra soci e risparmiatori, tra dirigenti e mutuatari, tra dirigenti e depositanti sono invece potenzialmente molto più bassi nelle banche cooperative rispetto alle società per azioni.

In particolare, rispetto all'ultimo profilo, la letteratura economica sostiene che la *governance* nelle banche cooperative favorisca la "voce" (dei membri) piuttosto che l'uscita (degli azionisti), e quindi generi incentivi ad un migliore controllo della gestione dei dirigenti³⁶. Altri autori hanno mostrato come la *governance* delle banche cooperative sia associata ad una maggiore stabilità degli amministratori e quindi a una gestione bancaria più stabile e orientata verso obiettivi di lungo periodo³⁷. Il ruolo dei meccanismi di *governance* nella mitigazione dei conflitti di agenzia costituisce certamente una variabile chiave nel distinguere tra forme diverse di organizzazione nel settore creditizio. Spesso infatti i differenziali di *performance* tra banche cooperative e altri tipi di banche vengono ricondotti a modelli diversi di *governance*, distinguendo in particolare i modelli *stakeholder-based* dai modelli *shareholder-based*³⁸.

Il terzo vantaggio competitivo delle banche cooperative proviene dalla loro maggiore capacità a ridurre le asimmetrie informative tramite il "*relationship banking*". Quest'ultimo viene definito nella letteratura economica come "la fornitura di servizi finanziari da un intermediario finanziario che: (i) investe per ottenere informazioni specifiche sul cliente, spesso di natura privata, e (ii) valuta la redditività di questi investimenti attraverso interazioni multiple con alcuni clienti nel

³⁶ R. Schmidt, *The governance of cooperative banks*, in U. Jürgens, D. Sadowski, G.F. Schuppert e M. Weiss (a cura di), *Perspektiven der Corporate Governance*, 2004, Baden-Baden, pp. 30-54. Schmidt si riferisce alle categorie proposte da Albert Hirschmann di uscita, voce e lealtà, spesso utilizzate nelle discussioni sul governo delle imprese. Su quest'ultimo punto si rinvia a J. Parkinson, *The role of 'exit' and 'voice' in corporate governance*, in S. Sheikh e W. Rees (a cura di), *Corporate Governance & Corporate Control*, London, Cavendish Publishing Limited, 1995.

³⁷ G. Coco e G. Ferri, *From shareholders to stakeholders finance: a more sustainable lending model*, in *International Journal of Sustainable Economy*, vol.2 n.3, 2010.

³⁸ Rimangono fermi, tuttavia, le osservazioni precedenti circa le interrelazioni che costituiscono il modello mutualistico nel settore creditizio (e anche in altri settori); interrelazioni tra modello di *governance*, radicamento locale e l'orizzonte a lungo termine.

tempo e per varie categorie di prodotti”³⁹. Il *relationship banking* offre molteplici vantaggi: aggiunge valore alla relazione tra una banca e i suoi mutuatari migliorando lo scambio di informazioni tra questi ultimi e fornendo miglioramenti contrattuali alla loro relazione⁴⁰, migliora la disponibilità del credito⁴¹, riduce i requisiti di garanzia e i costi del dissesto finanziario⁴².

Le banche cooperative riescono maggiormente (rispetto alle società per azioni) a praticare il *relationship banking*, per vari motivi⁴³. In primo luogo, le banche cooperative sono molto più vicine ai loro clienti (i depositanti e mutuatari), in ragione sia della piccola dimensione, sia del radicamento locale, sia della loro rete estesa di filiali. Le informazioni “morbide” (*soft information*)⁴⁴ raccolte attraverso la stretta relazione con i clienti costituiscono una fonte importante di vantaggio competitivo per le banche cooperative, già identificato nella letteratura⁴⁵. In secondo luogo, la vicinanza ai clienti e la qualità di soci di questi ultimi consente l’operare del “monitoraggio tra pari” (*peer monitoring*) che riduce i rischi inerenti all’erogazione di credito a piccole imprese o famiglie con redditi bassi⁴⁶. In terzo luogo, le banche cooperative suscitano un maggiore livello di fiducia, come detto sopra. Infatti, come afferma l’economista britannico John KAY, «il valore speciale della mutualità si basa sulla sua capacità di creare e sostenere strutture contrattuali basate sulla relazione»⁴⁷.

Il quarto vantaggio comparativo derivante dal modello mutualistico consiste

³⁹ A.W.A. Boot, *Relationship banking: What do we know?*, in *Journal of Financial Intermediation*, vol. 9, 2000, p. 10.

⁴⁰ A.W.A. Boot, *Ibid.*

⁴¹ M. Petersen e R. Rajan, *The benefits of lending relationships: evidence from small business data*, in *Journal of Finance*, 1994, 49, pp. 3-37.

⁴² T. Hoshi, A. Kashyap e D. Scharfstein, *The role of banks in reducing the costs of financial distress in Japan*, in *Journal of Financial Economics*, 1990, 27, pp. 67-88.

⁴³ Come osservano Berger e Udell, la struttura organizzativa delle banche è determinante per l’abilità di queste ultime a praticare il *relationship lending*. Si veda A.N. Berger e G.F. Udell, *Small business credit availability and relationship lending: the importance of bank organisational structure*, in *The Economic Journal*, 2002, vol. 112, pp. 32-53.

⁴⁴ Da distinguere dalle informazioni “dure” (*hard information*) generate dallo *screening* e le procedure standardizzate di monitoraggio.

⁴⁵ W. Fonteyne, *op. cit.*; Ayadi et al., *op. cit.*

⁴⁶ J. E. Stiglitz, *Peer monitoring and credit markets*, in *World Bank Economic Review*, 1990, vol. 4, pp. 351-366.

⁴⁷ Kay, *op. cit.*

nella maggiore “sostenibilità” del modello operativo delle banche cooperative. Questo modello si basa, a sua volta, su più elementi. La *governance* specifica delle banche cooperative, i loro mandati senza scopo di lucro, le reti di sportelli radicati nelle comunità locali, creano un unico insieme di incentivi e vincoli che caratterizzano il modello operativo delle banche cooperative. Il radicamento nel mercato al dettaglio e l’alto grado di fiducia che suscitano vanno a rafforzare l’orientamento “sostenibile” delle attività delle banche cooperative. Il modello di *governance* genera una maggiore stabilità nei consigli di amministrazione e a livello manageriale⁴⁸, che comporta strategie a lungo termine e una maggiore stabilità degli utili. La avversione alle strategie di massimizzazione del profitto a breve termine aiuta a capire meglio le prestazioni delle banche cooperative a lungo termine. Secondo IANNOTTA et al., la rischiosità più bassa riscontrata nelle banche cooperative nasce dalla miglior qualità del credito derivante dal loro più alto grado di avversione al rischio⁴⁹. Nelle banche cooperative la diversificazione del reddito è inferiore a quella trovata nelle banche S.p.A., il che costituisce un altro fattore di stabilità⁵⁰. In realtà, la minore diversificazione del reddito bancario «più che compensa la minore redditività e capitalizzazione delle banche cooperative»⁵¹. Inoltre, una maggiore stabilità riduce il costo del rischio di credito, che può essere un fattore importante per un migliore rapporto costo-efficienza nelle banche cooperative. Il rischio di credito viene anche ridotto tramite il *relationship banking*, ed i maggiori incentivi a ripagare i propri prestiti derivanti dalla vicinanza tra i soci-clienti e la banca⁵².

Infine, le banche cooperative mostrano una migliore capacità di riduzione del

⁴⁸ Bongini e Ferri, *op. cit.*

⁴⁹ G. Iannotta, G. Nocera e A. Sironi, *Ownership structure, risk and performance in the European banking industry*, in *Journal of Banking and Finance*, 2007, vol. 31, pp. 2127-2149.

⁵⁰ L. Giordano e A. Lopes, *L'efficienza del sistema bancario italiano in un contesto dualistico e la rilevanza della dimensione e degli aspetti giuridici*, in *Il Risparmio*, 2008.

⁵¹ H. Hesse e M. Čihák, *Cooperative banks and financial stability*, in *IMF Working Paper*, 2007 (January), 07/02.

⁵² P. Angelini, R. Di Salvo e G. Ferri, *Availability and cost of credit for small businesses: customer relationships and credit cooperatives*, in *Journal of Banking and Finance*, 1998, vol. 22, pp. 925-954.

rischio intertemporale (*intertemporal risk smoothing*)⁵³. In altri termini, sono meglio in grado di accumulare capitale nei tempi buoni e utilizzarlo in tempi difficili. Come sottolineano AYADI et al. «Creare e sbloccare le riserve è una specifica tecnica di gestione del rischio»⁵⁴. Questo argomento è un'estensione della tesi sulla funzione di creazione di liquidità nelle banche, secondo cui l'accesso a rifinanziamenti a basso costo e la capacità delle banche di imporre il rimborso o liquidare i crediti inesigibili sono fattori determinanti nella capacità delle banche a creare liquidità⁵⁵; e fornisce la base teorica per sostenere la nostra affermazione che la fedeltà dei clienti e una maggiore fiducia nelle banche cooperative offrono un vantaggio competitivo rispetto alle banche S.p.A. Mentre i clienti di queste ultime tendono a ritirare i depositi nei momenti di crisi bancaria, negli stessi momenti i depositi spesso *aumentano* nelle banche di credito cooperativo. Questo rafforza la capacità delle banche cooperative di erogare il credito in modo anticiclico. In altre parole, le banche cooperative sono idealmente posizionate per eseguire la funzione di *intertemporal risk smoothing*.

Di fronte a questi cinque vantaggi, il modello mutualistico delle banche cooperative presenta anche qualche svantaggio. Ne possiamo citare due. Il primo riguarda la maggiore esposizione delle banche cooperative, in particolare quelle di piccole dimensioni (come le bcc italiane), a *shock* asimmetrici, sia in termini di clientela sia in termini di territorio. In tal caso, le banche maggiormente diversificate, sia in termini territoriali sia di struttura delle attività, sarebbero avvantaggiate. Tuttavia, la diversificazione bancaria non è garanzia di minor rischiosità, come accennato prima.

Il secondo svantaggio di questo tipo di banche proviene dalla loro ridotta dimensione, che (i) può ostacolare sforzi di ri-patrimonializzazione veloce in caso di crisi (o di modifica dei requisiti patrimoniali); (ii) ostacola il raggiungimento di economie di scala. La questione dimensionale è cruciale nel settore cooperativo, e

⁵³ F. Allen e D. Gale, *Financial markets, intermediaries, and intertemporal smoothing*, in *Journal of Political Economy*, 1997, 105:3, 523-546.

⁵⁴ Ayadi et al. *op. cit.*, p.108.

⁵⁵ D.W. Diamond e R.G. Rajan, *A theory of bank capital*, in *The Journal of Finance*, 2000, 55: 6, pp. 2431-465.

non consente risposte semplici: esiste un *trade-off* tra i vantaggi (come il *relationship banking*) e gli svantaggi (le diseconomie di scala, la bassa capacità di ri-patrimonializzazione) della piccola dimensione.

Tuttavia, bisogna sottolineare come le banche cooperative europee abbiano, molto presto nella loro storia, trovato una soluzione a questo presunto *trade-off*, nello sviluppo di strutture federali, o *second-tier*. Oltre a rappresentare una soluzione potenziale ai diversi problemi di agenzia all'interno delle banche cooperative, tali strutture offrono anche una soluzione al problema sollevato qui. Le reti, infatti, favoriscono le economie di scala e migliorano le opportunità di finanziamento delle banche⁵⁶. L'integrazione di varie banche cooperative in una rete può anche contribuire a ridurre la volatilità delle *performance* tra le cooperative, fornendo responsabilità congiunta e garanzie incrociate⁵⁷. È importante osservare qui che le reti cooperative su due livelli aiutano le banche a sfruttare le economie di scala evitando nello stesso tempo le insidie inerenti ai processi di integrazione verticale: come sostengono FAMA e JENSEN, le "preferenze per la spesa" dei manager aumentano con la dimensione istituzionale, ma aumentano meno nelle reti⁵⁸.

Infine, le reti possono ampliare la gamma di prodotti e servizi offerti dalle banche locali, potenzialmente rafforzando la relazione bancaria⁵⁹. L'unico problema con le reti a due livelli sembra essere il pericolo di "appropriabilità", fondamentalmente un problema di *free riding* associato a nuovi conflitti di agenzia che possono nascere all'interno della rete⁶⁰. Un pericolo che potrebbe essere superato attraverso un'integrazione più stretta della rete e la pressione dei pari.

Quest'ultima soluzione, come si vedrà successivamente (nella sezione 5), è stata

⁵⁶ Ayadi et al., 2010. Si veda pure C.E. Cuevas e K.P. Fischer, *Cooperative financial institutions. issues in governance, supervision and regulation*, in *World Bank Working Paper*, 2006, n. 82.

⁵⁷ Fischer, *op. cit.*

⁵⁸ E. Fama e M. Jensen, *Separation of ownership and control*, in *Journal of Law and Economics*, 1983, 26:301.

⁵⁹ Boot, *op. cit.*; H. Degryse e P. Van Cayseele, *Relationship lending within a bank-based system: Evidence from European small business data*, in *Journal of financial Intermediation*, 2000, 9(1), 90-109.

⁶⁰ Ayadi et al., 2010; M. Desrochers e K. Fischer, *The power of networks: integration and financial cooperative performance*, in *Annals of Public and Cooperative Economics*, 2005, 76:3, 307-354.

declinata in vari modi in Europa negli ultimi decenni. Più generalmente, si può dire che, allorché i vari vantaggi e svantaggi del modello mutualistico delineati nella presente sezione formano un tutto riconducibile ad un tipo ideale (quello, appunto, del modello mutualistico), la grande varietà delle esperienze nazionali e subnazionali richiede cautela nel trarne conseguenze per l'organizzazione concreta del credito cooperativo in un contesto particolare. Inoltre, i potenziali "modelli" esteri sono anch'essi sottoposti a variazioni e trasformazioni nel tempo, come ci insegna l'esperienza europea degli ultimi decenni, oggetto della sezione 5.

4.3. *Il business model delle banche di credito cooperativo: un ostacolo alla competitività, l'efficienza e la stabilità? L'evidenza empirica.*

Negli ultimi decenni, con la moltiplicazione degli studi comparativi sulla *performance* delle banche (comparativi in termini di categorie istituzionali, oltre che dimensioni e nazionalità)⁶¹, si è accumulata una significativa mole di evidenza empirica che permette di valutare la validità delle ipotesi teoriche riassunte sopra. Questa letteratura empirica, in particolare, ci consente di affermare che, rispetto alle altre categorie di banche (in particolare, le banche società per azioni), quelle cooperative mostrano, mediamente, (i) un'efficienza-costo maggiore; (ii) una redditività non significativamente inferiore; (iii) una rischiosità minore. Ovviamente, tali risultati possono variare da un contesto nazionale all'altro, e verrà distinto il caso italiano dagli altri casi.

In primo luogo, le banche cooperative esibiscono mediamente una migliore efficienza-costo delle loro concorrenti. In uno studio del 2010, AYADY et al. mostrano che, mentre le banche cooperative tedesche risultano leggermente meno *cost-efficient* delle banche società per azioni, le banche cooperative francesi, italiane e

⁶¹ La maggior parte degli studi empirici sulla *performance* delle banche era focalizzata fino agli inizi dell'ultimo decennio, sul settore delle banche commerciali prevalentemente negli Stati Uniti, all'eccezione di qualche studio comparato sulla performance delle banche pubbliche (statali), mentre gli studi sulla *performance* delle casse di risparmio e banche cooperative sono stati fino ad allora per lo più basati su singoli Paesi e quindi non comparativi. Cfr Y. Altunbaş, S. Carbó Valverde e P. Molyneux, *Ownership and performance in European and US banking – A comparison of commercial, co-operative and savings banks*, in *Fondacion de las Cajas de Ahorros Working Paper*, 2003, No. 180/2003.

spagnole lo sono molto di più⁶². Questo risultato è in linea con l'evidenza empirica presentata da IANNOTTA et al., che mostra come in 15 paesi europei, le banche pubbliche e cooperative siano più *cost-efficient*⁶³. Similmente, ALTUNBAŞ et al. trovano efficienze di costo leggermente più alte nelle casse di risparmio e nelle banche cooperative nello studio di un campione di banche in 15 paesi europei e negli Stati Uniti tra il 1990-2000⁶⁴.

A livello nazionale gli studi, come ALTUNBAŞ et al. sulla Germania o GIORDANO e LOPES (2008) sul settore cooperativo italiano, mostrano ancora una volta risultati simili⁶⁵. Uno studio comparato più recente su un campione di 521 banche europee nel periodo 1994-2010 trova un minore livello di inefficienza operativa nelle banche cooperative rispetto alle banche commerciali⁶⁶.

Inoltre, la metrica usata abitualmente per comparare l'efficienza operativa delle banche cooperative con quella delle banche commerciali (ad esempio, il *cost-income ratio*) è generalmente distorta a favore di queste ultime. Prendendo questa distorsione in considerazione, e applicando un correttivo agli indicatori, uno studio recente mostra come la *performance* delle bcc sia migliore di quanto inizialmente pensato⁶⁷.

Questi risultati valgono anche nel caso italiano, dove l'ipotesi di una maggiore efficienza delle banche cooperative è sostenuta da una solida mole di studi empirici⁶⁸. Tuttavia, è importante precisare che nel caso delle bcc italiane

⁶² Ayadi et al., *op. cit.*

⁶³ Iannotta et al., *op. cit.*

⁶⁴ Altunbaş et al., *op. cit.*

⁶⁵ Y. Altunbaş, L. Evans, e P. Molyneux, *Ownership and efficiency in banking*, in *Journal of Money, Credit and Banking*, 2001, 33: 4, November, 926-954; Giordano e Lopes,.

⁶⁶ M. Mäkinen e D.C. Jones, *Comparative efficiency between cooperative, savings and commercial banks in Europe using the frontier approach*, in *Annals of Public and Cooperative Economics*, 2015, 86(3), pp. 401-420.

⁶⁷ Sempre per il caso italiano, si rinvia a G. Manetti e L. Bagnoli, *Mutual and social efficiency of Italian co-operative banks: an empirical analysis*, in *Annals of Public and Cooperative Economics*, 2013, 84(3).

⁶⁸ Ai riferimenti già citati possiamo aggiungere C. Girardone, P. Molyneux, e E.P.M. Gardener, *Analyzing the determinants of bank efficiency: the case of Italian banks*, in *Applied Economics*, 2004, 36(3), pp.215-227; F. Battaglia, V. Farina, F. Fiordelisi e O. Ricci, *The efficiency of cooperative banks: The impact of environmental economic conditions*, in *Applied Financial Economics*, 2010, 20(17), pp. 1363-1376; A. Zago e P. Dongili, *Financial crisis, business model, and the technical efficiency of Italian Banche di credito cooperativo*, in *Quaderni di ricerca del credito cooperativo*,

l'efficienza è molto variabile al livello territoriale; quindi, se l'efficienza media delle bcc è piuttosto alta, questa buona *performance* media nasconde situazioni molto variegata a seconda del territorio in cui le singole bcc operano⁶⁹. Secondo ZAGO e DONGILI, però, le bcc più efficienti sono quelle meno diversificate e più piccole⁷⁰ – contrariamente a una delle premesse della riforma del 2016, citata sopra.

L'evidenza sulla redditività delle banche cooperative è meno chiara. AYADY et al. trovano le banche cooperative tedesche e spagnole più redditizie rispetto alle banche commerciali, ma non delle banche cooperative di altri paesi⁷¹. Analizzando un campione molto ristretto che esclude piccole banche cooperative e casse di risparmio, IANNOTTA et al. trovano che le banche pubbliche e cooperative siano invece meno redditizie delle banche commerciali⁷², così come ALTUNBAŞ et al.⁷³. Questi risultati vengono ribaltati in una serie di studi a livello nazionale: sia CRESPI et al. sulla Spagna, ALTUNBAŞ et al. sulla Germania⁷⁴, VALNECK sul settore britannico delle *building societies*⁷⁵. Nel caso italiano, lo studio di AIELLO e BONNANO, già citato, trova risultati migliori, in termini di redditività nelle bcc⁷⁶.

Oltre ad essere mediamente più efficienti e non meno redditizie delle banche *for-profit*, le banche cooperative sembrano essere meno propense al rischio finanziario, cioè la loro redditività tende ad essere molto più stabile nel tempo rispetto a quella delle banche commerciali private, le quali sono maggiormente esposte alle variazioni dei rendimenti di mercato⁷⁷. Per quanto riguarda il rischio di

2014, n.4; F. Aiello e G. Bonnano, *Bank efficiency and local market conditions. Evidence from Italy*, in *Journal of Economics and Business*, 2016, 83, pp. 70-90.

⁶⁹ Secondo i risultati presentati da F. Aiello e G. Bonnano, *op. cit.*; si veda anche A. Zago e P. Dongili, *op. cit.*

⁷⁰ A. Zago e P. Dongili, *op. cit.*

⁷¹ Ayadi et al., *op. cit.*

⁷² Iannotta et al., *op. cit.*

⁷³ Altunbaş et al., *Ownership and performance*, cit.

⁷⁴ Altunbaş et al., *Ownership and efficiency*, cit.

⁷⁵ T. Valnek, *The comparative performance of mutual building societies and stock retail banks*, in *Journal of Banking and Finance*, 1999, Vol. 23, No. 6, pp. 925-938.

⁷⁶ F. Aiello e G. Bonanno, *op. cit.*

⁷⁷ Ayadi et al., *op. cit.*; T. Beck, H. Hesse, E. T. Kick, *Bank Ownership and Stability: Evidence from Germany*, Unpublished Working Paper, 2009; P.A. Bongini e G. Ferri, *Governance, Diversification and Performance: The Case of Italy's Banche Popolari*, in *Working Paper Series*, 2008, No. 02/2008, Milan Bicocca University, Department of Management and Business Administration; M. Cihák e H. Hemsse, *Cooperative banks and financial stability*, in *IMF Working Papers*, 2007, No. WP/07/02, International Monetary Fund, Washington, DC; T. Garcia-Marco e M.D. Robles-Fernandez, *Risk-*

credito, le banche cooperative sembrano di nuovo meno esposte rispetto alle altre banche, confermando così i ragionamenti teorici delineati sopra. In particolare, gli studi empirici disponibili mostrano inequivocabilmente che le banche cooperative (i) hanno meno probabilità di *default*⁷⁸ e (ii) hanno una proporzione minore di sofferenze nel loro portafoglio prestiti rispetto alle banche commerciali⁷⁹. Nel caso italiano l'evidenza è meno abbondante. Uno studio recente, di CAPORALE, DI COLLI e LOPEZ, mostra come le bcc abbiano subito un aumento significativo delle sofferenze negli anni successivi alla crisi finanziaria del 2007-08, e alla recessione del 2009; però, questo aumento è minore rispetto a quello subito dalle banche SpA nello stesso periodo, confermando il ruolo pro ciclico delle banche cooperative⁸⁰.

Lo stesso sviluppo della crisi bancaria del 2007-08 evidenzia la variabilità della rischiosità delle banche a secondo della forma organizzativa: nel Regno Unito, le principali banche colpite dalla crisi (*Northern Rock, Bradford & Bingley*, la parte *Halifax* della *Halifax Bank of Scotland*) sono vecchie banche cooperative (*building societies*) de-mutualizzate nel decennio precedente e utilizzate dai loro nuovi azionisti, negli anni precedenti la crisi, per far leva sul loro importante portafoglio di prestiti immobiliari per far crescere il loro bilancio ad un ritmo molto elevato – finanziando tale crescita col ricorso crescente ai mercati di capitali. In contrasto, le banche che maggiormente hanno resistito agli effetti deleteri della crisi (in termini, ad esempio, dell'uscita dei correntisti dalle banche) sono state proprio le *building societies*, cioè le banche cooperative che hanno mantenuto il loro *status* mutualistico⁸¹.

Infine, vari studi recenti mostrano che la presenza di banche cooperative riduce

taking behaviour and ownership in the banking industry: The Spanish evidence, in *Journal of Economics and Business*, 2008, 60-3, 332–354; Iannotta et al., *op. cit.*

⁷⁸ Ayady et al., *op. cit.*; Beck et al., *op. cit.*; Garcia-Marco e Robles-Fernandez, *op. cit.*

⁷⁹ Beck et al., *op. cit.*

⁸⁰ G. M. Caporale, S. Di Colli e J. S. Lopez, *Bank lending procyclicality and credit quality during financial crises*, in *Quaderni di ricerca del credito cooperativo*, 2014, n. 5.

⁸¹ Si veda O. Butzbach, *Alternative banks on the margin: The case of building societies in the United Kingdom*, in O. Butzbach e K. vonMettenheim, *Alternative Banks and Financial Crisis*, London, Routledge, 2014, pp. 147-168.

il rischio complessivo nei sistemi bancari⁸². Quest'ultima osservazione ha importanti implicazioni in materia di politiche pubbliche, in linea con un crescente interesse, nella letteratura economica, per il problema della "biodiversità" nel sistema bancario⁸³. In sintesi, vari studi empirici mostrano come il grado di "diversità" nel settore bancario sia correlato (negativamente) con l'esposizione al rischio sistemico.

Oltre ai benefici diretti prodotti dalle banche cooperative (in materia di accesso al credito delle piccole imprese o di sostegno allo sviluppo locale), quindi, il legislatore avrebbe interesse a mantenere in esistenza una proporzione significativa di banche cooperative accanto alle banche commerciali, in modo da rafforzare la stabilità complessiva del sistema bancario. Infatti, alcuni documenti ufficiali nel contesto post-crisi⁸⁴ fanno riferimenti espliciti alla "diversità" del sistema bancario (e quindi all'importanza di mantenere un significativo segmento mutualistico all'interno di esso). Ci sono stati perfino, nell'immediato dopo crisi nel Regno Unito, degli appelli a favore della "ri-mutualizzazione" delle banche fallite come Northern Rock o HBOS⁸⁵.

Bisogna sottolineare però quanta variabilità si cela dietro la buona *performance* media delle banche cooperative – una variabilità che caratterizza pure il credito cooperativo a livello nazionale, come evidenziato nel caso italiano⁸⁶. Rimangono inoltre da indagare i nessi causali potenziali tra la *performance* comparativa delle banche cooperative e il loro "business model". Tuttavia, gli elementi forniti nelle

⁸² S. Carbó Valverde, E. Kane e F. Rodriguez, *Evidence of differences in the effectiveness of safety-net management of European Union countries*, in *Journal of Financial Services Research*, 2008, 34, pp. 151-176; G. Ferri e P. Kalmi, *Co-operative banks: their contribution to the stability and diversity of the financial system*, in *Co-operative Innovations in China and the West* (pp. 113-125) Palgrave Macmillan UK, 2014; L. Chiaramonte, F. Poli, e M.E. Oriani, *Are cooperative banks a lever for promoting bank stability? Evidence from the recent financial crisis in OECD countries*, *European Financial Management*, 2015, 21(3), pp. 491-523.

⁸³ Per una sintetica rassegna della letteratura si veda O. Butzbach, *Systemic risk, macro-prudential regulation and organizational diversity in banking*, in *Policy and Society*, 2017 (in corso di pubblicazione).

⁸⁴ Ad esempio, il cosiddetto "rapporto Liikanen" del 2012 include un capitolo sulla diversità nelle banche.

⁸⁵ J. Michie e D.T. Llewellyn, *Converting failed financial institutions into mutual organizations*, in *Journal of social entrepreneurship*, 2010, 1(1), pp. 146-170.

⁸⁶ Aiello e Bonanno, *op. cit.*

ultime due subsezioni consentono di (i) ridimensionare l'argomento di una debolezza intrinseca del modello mutualistico nel campo del credito; (ii) riaffermare, al contrario, gli elementi di solidità e di stabilità delle banche cooperative che sembrano invece rimessi in questione dalle premesse stesse della riforma del 2016. In altre parole: a fronte di alcune debolezze, è stato deciso, attraverso la riforma, di affrontare ciò che è sembrato al legislatore e al regolatore come il *vulnus* delle bcc, cioè il loro modello organizzativo; mentre un'analisi accurata, sia della letteratura economica che dell'evidenza empirica, potrebbe attribuire tali debolezze ai mutamenti dell'ambiente regolamentare e, in misura minore, del contesto economico in cui operano le bcc. Su questo punto – cioè la scelta del legislatore/regolatore e le sue premesse economiche – le esperienze europee possono gettare una nuova luce sulle prospettive delle bcc italiane.

5. Gestire il cambiamento, preservare (o no) lo scopo mutualistico: le esperienze europee

Il mutamento del contesto (legale, regolamentare, economico) in cui operano le banche cooperative non è specifico dell'Italia: negli altri paesi europei, le banche cooperative si sono confrontate con le stesse trasformazioni, alle quali però hanno reagito in modo diverso.

Data l'evidenza empirica accumulatasi negli ultimi decenni sulla migliore *performance* delle banche cooperative, in particolare durante la grande crisi finanziaria del 2007-08 (si veda la sezione 3), che valorizza il modello mutualistico rivelandone i vantaggi comparativi (si veda l'ultima sezione), ci si può interrogare sull'innegabile declino dell'importanza del settore mutualistico in numerosi sistemi bancari nazionali dal 1980 in poi. Infatti, i (pochi) appelli alla "ri-mutualizzazione" del settore bancario britannico nella scia della crisi finanziaria del 2007-08 hanno qualcosa di paradossale: dagli anni 1980 in poi, non solo alcune riforme hanno avuto come esito (dichiarato, voluto o non) la de-mutualizzazione di ampie fette del sistema bancario (il caso britannico è emblematico); sono le stesse banche cooperative, in alcuni contesti, ad essersi allontanate dal "modello mutualistico"

delineato nella sezione 2⁸⁷.

Non è esatto, però, parlare di declino: da decenni, la fisionomia del credito cooperativo sta cambiando. L'esperienza europea, tuttavia, mostra come questo cambiamento abbia seguito logiche diverse nei vari paesi con una forte tradizione di credito cooperativo. Potremmo identificare tre modelli che ci aiuteranno a collocare la riforma del 2016 in Italia e formulare una prima valutazione *ex ante* degli effetti di tale riforma.

Il primo modello è quello, britannico, di marginalizzazione delle banche cooperative. Il secondo modello è quello, francese e olandese, di integrazione strutturale del credito cooperativo; il terzo modello, tedesco, è quello del rafforzamento delle reti con il mantenimento della piena autonomia finanziaria ed operativa delle banche locali.

In Gran Bretagna, come accennato sopra, esisteva fino agli anni ottanta un forte sistema di credito cooperativo costituito da dozzine di "*building societies*", banche cooperative specializzate nel credito immobiliare alle persone fisiche – banche con una lunga storia e una presenza capillare in molte regioni del Regno Unito – nonché un numero molto alto di soci e clienti (nel 1988 erano 43 milioni in totale, ovvero i due terzi della popolazione britannica). Inoltre, nel settore delle *building societies* operava un cartello legale sui tassi di interesse applicati ai mutui, cartello in esistenza fino all'inizio degli anni '80⁸⁸. Il colpo decisivo alla coesione del settore mutualistico è stato dato da una riforma del 1986, il *Building Societies Act 1986*, che ha aperto la possibilità per le singole istituzioni di trasformarsi in s.p.a. (*limited liability company*, nel sistema britannico). Prima la più grande *building society*, Abbey, nel 1989; poi tutte le maggiori *societies*, da Halifax a Northern Rock, hanno abbandonato il settore mutualistico. Agli inizi del primo decennio del XXI secolo, il credito cooperativo britannico era completamente marginalizzato (contando una

⁸⁷ Tale modello, bisogna sottolinearlo, viene usato qui come tipo ideale: nella realtà effettiva del credito cooperativo in Europa i modelli operativi ed organizzativi sono stati molteplici, come accennato nella premessa del presente studio. Tuttavia, possiamo affermare che tutti questi modelli condividono le tre caratteristiche idealtipiche elencate nella sezione 2.

⁸⁸ Sulle trasformazioni recenti del sistema delle *building societies* britanniche, si rinvia a O. Butzbach, *Alternative banks on the margin: the case of building societies in the United Kingdom*, in Butzbach e Mettenheim, *op. cit.*, pp. 147-167.

quarantina di piccole banche presenti quasi esclusivamente sul mercato dei mutui). Tale trasformazione, però, non è ascrivibile soltanto alla riforma del 1986: già da tempo (potremmo dire dall'inizio degli anni 1970), le divergenze all'interno del settore cooperativo erano tali per cui il legislatore, in parte, interinò soltanto una trasformazione in atto del movimento delle *building societies*. Dopo la crisi del 2007-08, come si è detto, sono sorte voci a favore di una "ri-mutualizzazione" di alcune banche fallite. Però l'orientamento del governo, insieme ai dubbi seminati dai problemi seri di gestione incontrati dal *Cooperative Bank*, hanno chiuso questa strada. Al 2016 esistono ancora 46 *building societies* con 24 milioni di membri (di cui 14 milioni sono soci di *Nationwide*, la più grande *society*) e 282 miliardi di sterline di mutui (di cui 162 miliardi alla sola *Nationwide*).

In Francia e in Olanda la trasformazione delle banche cooperative ha seguito una strada diversa. In Olanda, alla fine del 2015, le 106 banche cooperative di *Rabobank* si sono trasformate in un'unica banca cooperativa di grandi dimensioni, sono state ritirate tutte le licenze. Le banche cooperative locali sono raccolte a livello regionale in 12 assemblee separate le quali a loro volta designano i partecipanti all'assemblea generale dell'organismo centrale, il quale ha natura cooperativa, *Rabobank Nederland*. L'organismo centrale svolge le funzioni, a pieno titolo, di capogruppo bancaria e, al tempo stesso, svolge attività bancaria, di servizi di pagamento, di servizi di investimento e controlla numerose società specializzate che completano la gamma dei servizi bancari e finanziari offerti dal gruppo.

Il sistema *Rabobank* ha le caratteristiche proprie di un gruppo cooperativo paritetico: l'organismo centrale è partecipato dalle banche locali che provvedono, attraverso il sistema delle assemblee separate, alla nomina degli organi sociali (secondo un modello di *governance* dualistico); a sua volta *Rabobank Nederland* svolge, oltre che attività bancaria in qualità di cassa centrale delle banche associate, le funzioni di direzione e coordinamento al fine di assicurare una *governance* multilivello condivisa con le banche locali; ciò avviene sulla base di un accordo di gruppo che definisce precisamente diritti e doveri dei partecipanti al sistema e formalizza un meccanismo di garanzia.

Rabobank Nederland svolge altresì funzioni di vigilanza delegata sulle banche locali per conto dell'Autorità di vigilanza e verifica la gestione operativa, i presidi di controllo, l'integrità dei processi operativi, i requisiti di solvibilità e liquidità delle singole banche⁸⁹.

Ugualmente interessante è l'esperienza francese perché sembrava che quel modello dovesse essere applicato alle bcc italiane. In Francia le filiali del *Crédit Agricole* non hanno autonomia propria, da anni infatti hanno perso la licenza bancaria lasciandola solo alle banche regionali le quali poi fanno riferimento alla capogruppo. La capogruppo gestisce la raccolta in eccesso delle banche regionali nonché quella effettuata per suo conto dalle stesse. Al contempo, concede finanziamenti alle banche regionali per gli impieghi a medio e lungo termine e dà attuazione al meccanismo di garanzia degli impegni delle casse regionali.

La capogruppo (*Crédit Agricole Société Anonyme*), come è noto, è una società anonima per azioni, motivo per cui appare fortemente dubbio che un modello di credito cooperativo caratterizzato da una forte integrazione e sostanzialmente snaturato nei suoi caratteri essenziali possa essere preso in considerazione anche in Italia. Inoltre, il modello *Crédit Agricole*, così come quello degli altri gruppi cooperativi europei, è in fase di revisione per venire incontro alla nuova regolamentazione europea e alla vigilanza della BCE.

Lo stesso modello è stato applicato alle casse di risparmio francesi, che nel 1999 sono state trasformate in banche cooperative – contemporaneamente ad una forte spinta centralizzatrice che si è sostanziata prima nel rafforzamento della capogruppo e nell'accorpamento tra le molteplici casse di risparmio ancora in esistenza, poi nell'accorpamento con un altro gruppo mutualistico, quello delle *banques populaires*. Il gruppo BPCE si articola in due livelli: un primo livello, costituito dalle due reti di banche regionali (17 casse di risparmio, 15 *banques populaires*), il cui capitale appartiene ai soci; un secondo livello, costituito dalla capogruppo, una società per azioni (BPCE SA), proprietà delle due reti, e azionista

⁸⁹ M. Lamandini, *Nuove riflessioni sul gruppo cooperativo bancario regionale*, in *Giurisprudenza commerciale*, I, 2015, p. 56.

di controllo di una serie di filiali specializzate. Una legge del 24 giugno 2009 stabilisce le competenze – estese – della capogruppo in termini di fissazione della strategia del gruppo e di responsabilità in materia di solvibilità, gestione del rischio e liquidità.

Le casse di risparmio e le *banques populaires* sono istituti bancari autonomi (con la licenza). Però i rapporti di forza all'interno del gruppo tendono a favorire le forze centripete. Qui è importante sottolineare la distinzione tra gli aspetti formali o giuridici della riforma e l'effettiva fisionomia del gruppo bancario così formato; il caso del gruppo BPCE, ma in particolare le vicende del lato *Caisses d'épargne* (banca cooperativa dal 1999) sono significative. La legge del 1999 prevedeva infatti la costituzione di un gruppo ibrido (paritetico e verticistico): da un lato, la capogruppo, costituita come Società per azioni, gestiva le partecipazioni del gruppo in una serie di filiali specializzate; dall'altro, era partecipata per il 66,6% del capitale dalle casse di risparmio regionali – i restanti 33,3% essendo nelle mani della *Caisse des dépôts et consignations*, la CDP francese. Una struttura addizionale, la *Fédération Nationale des Caisses d'épargne*, doveva garantire la permanenza dello spirito mutualistico nel gruppo. Ben presto, tuttavia, i rapporti di forza mutarono a favore della capogruppo, anche in ragione di una "migrazione" dei vertici delle casse regionali verso la capogruppo, che assunse così la *leadership* strategica del gruppo⁹⁰.

Le trasformazioni avvenute nel settore cooperativo francese, se da un lato sembrano mantenere in vita un credito cooperativo forte e centralizzato (all'opposto, quindi, del caso britannico), non sembrano tuttavia garantire la permanenza del modello mutualistico. Al contrario, vari studi hanno sottolineato l'accelerazione dell'indebolimento del mutualismo sia nel *Crédit Agricole*, sia nel Gruppo *Banques Populaires Caisses d'Epargne*, ciò che viene chiamato, nel contesto francese, "banalizzazione" del credito cooperativo⁹¹.

⁹⁰ Si veda O. Butzbach, *I mutati confini del coordinamento: la ristrutturazione del settore delle Casse di risparmio in Francia e in Italia tra il 1980 e il 2000*, in *Il Risparmio*, 2005, LIII, n.1, pp. 133-176.

⁹¹ M. Roux, *Services limités ou responsabilités limitées? Le mutualisme de la sphère financière française en proie à la banalisation*, in *Revue d'économie financière*, 2002, 67(3), p. 211-229; N. Richez-Battesti, *Entre banalisation et reconquête de l'identité coopérative: le cas des banques*

In Germania, infine, i cambiamenti avvenuti nel settore bancario nel corso degli ultimi decenni non hanno travolto la configurazione del credito cooperativo. Le banche cooperative tedesche, pur essendo in numeri minori rispetto all'inizio degli anni '80, sono più di 1,000 (1,021 nell'ultima rilevazione, di fine 2015); sono, quindi, ancora banche piccole e molto radicate nel territorio. Il totale del loro bilancio è però significativo (818 miliardi di euro). Più significativa è la permanenza del modello di *governance* creato nella fine dell'800: un sistema *two-tier*, con una federazione di banche cooperative a livello nazionale (il *Bundesverband der Deutschen Volksbanken und Raiffeisenbanken*, o BDVR) che raggruppa le banche cooperative, le loro associazioni regionali, e un sistema di 11 filiali specializzate nei vari segmenti del credito e del finanziamento *wholesale*, oltre che nei servizi di consulenza alle banche cooperative.

Queste 11 filiali hanno pure loro un bilancio notevole (più di 500 miliardi di euro nel 2015), ma sono operativamente del tutto separate dal BDVR, il quale non è una società per azioni. Inoltre, il BVDR gestisce un importante fondo di garanzia sui depositi, il più vecchio fondo di garanzia privato nel mondo (creato nel 1934), che è stato mantenuto anche dopo l'entrata in vigore della Direttiva europea sulla garanzia sui depositi.

Al contrario dei modelli francese e olandese, il modello tedesco è un modello federale ed associativo che conserva tutte le caratteristiche del modello mutualistico (governo dei soci, radicamento locale, orizzonte lungo) associandole a meccanismi che consentono di mitigare gli svantaggi evocati nella sezione precedente. Inoltre, la maggiore stabilità del sistema bancario durante l'ultimo decennio (rispetto al Regno Unito, la Francia, la Spagna o l'Italia) è vista da molti studiosi come l'esito della forte diversità organizzativa all'interno del sistema⁹².

Come si vede, le trasformazioni del credito cooperativo europeo negli ultimi decenni hanno seguito strade molto diverse – riflettendo tradizioni e storie

coopératives en France, in *La gouvernance des entreprises coopératives*, 2008, p. 75-89; J.B. Cartier, *Entre opposition fondamentale et convergence contrainte, quel avenir pour la banque mutualiste face à la banque SA?* in *La Revue des Sciences de Gestion*, 2012, (3), pp. 145-151.

⁹² Si veda, ad esempio, P. Behr e R.H. Schmidt, *The German banking system: Characteristics and challenges*, in T. Beck (a cura di), *Palgrave Handbook of European Banking* (in corso di stampa).

variegata, ma anche differenti impostazioni legislative. I tratti salienti di queste evoluzioni contrastate vengono riassunti nella tabella 1 sottostante.

Tabella 1 – Le banche cooperative in Europa – dati riassuntivi

	Gran Bretagna	Olanda	Francia	Germania
Riforma legislativa (data)	Si (1986)	No	Si (1999)	No
Numero banche (2015)*	44	106	92	1.021
Gruppi	No	Rabobank	Crédit Agricole Crédit Mutuel BPCE	BVR
Totale attivo (in milioni €)*	466.405	670.373	3.605.203	1.162.519
Quota di mercato (depositi, 2015)*	18,3%	35%	61,8%	21%
Quota di mercato (prestiti, 2015)*	n.d.	n.d.	59%	20,7%
Total capital ratio (media)*	18,4	23,2	17,8	15,8
Statuto banche	Banca cooperativa	Banca cooperativa	Banca cooperativa	Banca cooperativa

cooperative				
Capogruppo	-	SpA	SpA	Federazione
Tipologia gruppo	-	Ibrido / verticistico	Ibrido / verticistico	Paritetico

* Fonte: European Association of Cooperative Banks

La varietà delle traiettorie nazionali di riforma delle banche cooperative ci consente di formulare due osservazioni aggiuntive a proposito della riforma del 2016 in Italia. In primo luogo, in condizioni iniziali paragonabili (a livello di sistema bancario nazionale), lo stesso mutamento del contesto normativo ed economico può dar luogo a delle impostazioni regolamentari o legislative molto diverse tra di loro; in altre parole, pur accogliendo in parte le premesse della riforma del 2016, sarebbe stato possibile optare per soluzioni diverse da quella ritenuta dal legislatore italiano. In secondo luogo, le diverse soluzioni adottate, o le diverse direzioni prese dal cambiamento, non hanno avuto gli stessi esiti in termini di conservazione del modello mutualistico: quest'ultimo sembra infatti essere stato conservato molto più saldamente in Germania, rispetto alla Francia e all'Olanda.

6. Alcune considerazioni conclusive. L'interazione tra teoria economica, evidenze empiriche e istanze di regolamentazione delle banche di credito cooperativo

Alla luce (i) delle premesse della riforma del 2016; (ii) della letteratura teorica ed empirica sulla *performance* e la solidità delle banche cooperative in generale, e sulle banche di credito cooperativo in Italia, in particolare; (iii) delle esperienze europee in materia di trasformazione del credito cooperativo, si possono azzardare alcune osservazioni di carattere economico sulle implicazioni potenziali della riforma per le bcc.

In primo luogo, l'obiettivo dichiarato della riforma, cioè il rafforzamento del sistema delle bcc tramite il consolidamento organizzativo, rappresenta un doppio *trade-off*. Il primo consiste nel compimento di economie di scala col rischio di perdere i guadagni del *relationship banking*. Il secondo *trade-off* consiste nel

rafforzamento dei controlli interni e della capacità di gestire il rischio, al costo di una moltiplicazione di conflitti di agenzia. Il “contratto di coesione”, infatti, non fa che codificare un nuovo potenziale conflitto di agenzia (tra la capogruppo e la singola banca), rafforzato dalla differenza giuridica (S.p.A. vs. banche cooperative) e di finanziamento (raccolta al dettaglio vs. raccolta all’ingrosso).

In secondo luogo, è opportuno ricordare che le sorti del modello mutualistico all’interno del credito cooperativo appaiono solo in parte segnate dall’evoluzione normativa. Infatti, i richiami formali della riforma del 2016 allo scopo mutualistico delle bcc sono ineccepibili; tuttavia, come sottolineato nelle precedenti sezioni, il *business model* delle bcc è solo in parte legato alla tutela giuridica dello scopo mutualistico; esprime piuttosto un sistema di interdipendenze che collegano scopo mutualistico, *governance* centrata sui soci, radicamento territoriale e dimensioni ridotte. In particolare, come scrive HARVEY, nelle cooperative «l’ultima garanzia di una *governance* effettiva si trova in un gruppo di soci attivi e informati»⁹³. Il *vulnus* della riforma, dal punto di vista economico e non giuridico, consiste perciò nel possibile svuotamento del ruolo effettivo dei soci a favore di meccanismi formali di coordinamento (come, appunto, il contratto di coesione).

D’altra parte, l’interazione tra i due piani è evidente e innegabile per cui, alla luce di quanto precede, si possono formulare talune considerazioni anche sulle implicazioni più strettamente giuridiche della riforma italiana delle bcc, pur nella consapevolezza che per valutarne meglio gli effetti occorrerà attendere necessariamente la successiva fase applicativa.

Come si è accennato, dopo aver svolto in Europa, per lungo tempo, un ruolo fondamentale per lo sviluppo economico-sociale delle comunità locali⁹⁴, le bcc si sono progressivamente allontanate dal modello originario, per perseguire logiche più vicine all’operatività delle banche commerciali⁹⁵. Tuttavia, alla luce di quanto

⁹³ «In a member-based organization such as a co-operative society, the ultimate guarantee of effective governance is an active and informed body of members», cfr. B. Harvey, *The governance of co-operative societies*, in S. Sheikh e W. Rees, *op. cit.*, pp. 173-180.

⁹⁴ M. S. Buscemi, *Le frontiere della coerenza. Verso le nuove sfide della mutualità e della competizione*, in *Credito coop.*, 2008.

⁹⁵ L. Piangerelli, *Banche di credito cooperativo e sviluppo locale: un binomio ancora possibile?*, in *Rena*, 2008.

sostenuto nelle sezioni precedenti, si ritiene che il *trend* diretto a mettere in secondo piano gli aspetti più specificamente mutualistici rappresenti un errore strategico, specie nel medio-lungo periodo, in quanto allontana le bcc dagli elementi sociali, culturali e di condivisione che possono considerarsi alla stregua di un vero e proprio asset competitivo: una sorta di “valore aggiunto” rispetto alle altre forme organizzative bancarie. All’opposto, in imprese come le bcc, la cui essenza risiede nei valori mutualistici, vanno incentivati il senso di appartenenza, la cultura del controllo, la deontologia e il rigore, nella consapevolezza che carenze in queste aree possono essere all’origine di rilevanti crisi aziendali (come è avvenuto anche per banche della categoria)⁹⁶.

Le bcc possono continuare ad avere un ruolo significativo nel mercato bancario laddove però non vengano radicalmente alterati i tratti caratteristici del modello. In particolare, la finalità mutualistica, specie nelle banche di minori dimensioni, rappresenta, come ha ben evidenziato la dottrina economica, una formula pienamente vitale per l’economia, che va preservata e incentivata⁹⁷.

Ciò premesso, quindi, per risultare efficace rispetto alle esigenze di regolamentazione della cooperazione di credito, la riforma italiana dovrebbe essere in grado di innovare i modelli di *business* delle bcc senza snaturarne i tratti essenziali e, soprattutto, valorizzandone la natura mutualistica. Solo questo approccio può consentire alle bcc di far fronte alle sfide delle grandi concentrazioni di mercato e, al tempo stesso, di giocare un ruolo più incisivo negli equilibri politici che orientano le decisioni adottate in sede europea. D’altronde, la vocazione mutualistica ed il forte radicamento sul territorio si sono rivelati armi vincenti in un contesto in cui i grandi e medi gruppi bancari hanno di fatto trascurato, se non ignorato, le esigenze di credito dei clienti caratterizzati da rendimenti troppo bassi.

Per altro verso, il rafforzamento del coordinamento tra le bcc, previsto dalla

⁹⁶ A. Finocchiaro, *Globalizzazione e localismo: ruolo delle banche di credito cooperativo nello sviluppo delle piccole e medie imprese*, Atti del convegno “Banca, Impresa, Risparmio: BCC e PMI strategie vincenti per crescere insieme”, Sesto San Giovanni, 2002.

⁹⁷ Si rammenta (v. la sez. 4.3.) che la maggiore efficienza delle banche cooperative è comprovata da numerosi studi empirici (si rinvia alla dottrina ivi indicata), anche se, nel caso nel caso italiano, i dati risultano variabili al livello territoriale, per cui un’efficienza media delle bcc piuttosto alta può nascondere situazioni diversificate in base alle singole zone.

riforma, potrebbe consentire a queste ultime di superare i problemi derivanti da alcune limitazioni operative (come le ridotte dimensioni e il localismo) che, pur essendo fonte di vantaggi comparati nel lungo periodo, creano nel contesto economico e normativo attuale profili di fragilità i cui sviluppi di mercato sono allo stato, difficilmente ponderabili. Tuttavia, le modalità di questo rafforzamento – che accosterebbero il sistema italiano ai modelli francese ed olandese più che a quello tedesco – possono porre altresì una serie di dubbi relativi alla capacità della nuova *governance* e della nuova organizzazione dei flussi finanziari all'interno dei gruppi cooperativi di rafforzare il carattere mutualistico.

Per vero, alla luce delle caratteristiche generali della riforma italiana del 2016, la preoccupazione che la mutualità delle bcc possa essere, per qualche verso, erosa non sembra del tutto scongiurata (si v. le considerazioni *sub* sez. 4.3.). La riforma, infatti, lascia impregiudicata, almeno formalmente, la struttura organizzativa e di *governance* delle bcc in quanto ognuna di esse resta dotata di licenza bancaria, di un proprio consiglio di amministrazione eletto dai soci e sottoscrive un contratto di coesione con la capogruppo che prevede un'autonomia della singola banca legata al proprio grado di rischiosità. Tuttavia, proprio la struttura "anomala" del gruppo cooperativo concepito dalla riforma (su cui v. *supra*, sez. 3), genera dubbi in tal senso, potendo essere "diluita" la capacità di autodeterminazione e di posizionamento nel mercato delle singole bcc alla luce della possibile presenza di un'unica capogruppo per l'intero settore ovvero di un utilizzo più o meno "coercitivo" dei relativi poteri di direzione e coordinamento.

Il modello organizzativo, inoltre, sembra essere identificato, dal legislatore della riforma, come uno (se non il principale) degli ambiti di criticità del sistema delle bcc. Anche se, come si è evidenziato in precedenza, la dottrina economica e l'evidenza empirica sembrano imputare questa "debolezza" delle bcc in misura maggiore al contesto regolamentare sfavorevole (chiaramente più orientato verso l'omologazione dei modelli operativi per lo svolgimento dell'attività bancaria). Riteniamo ne possa conseguire un sensibile squilibrio nel rapporto tra diritto e

fenomeno economico, con l'attribuzione al primo di un afflato "conformativo"⁹⁸ dell'ambito oggettivo di regolazione probabilmente eccedente margini di ragionevolezza.

In definitiva, se si concorda nel ritenere che le banche di credito cooperativo siano un elemento essenziale del sistema bancario per assicurarne l'efficienza e per mantenere quelle caratteristiche di "biodiversità" soggettiva (v. *supra* sez. 4.3.), fondamentali per lo sviluppo di sistemi finanziari complessivamente più stabili⁹⁹ e meno orientati verso attività speculative, allora si deve anche concordare con la necessità che una riforma del credito cooperativo sia finalizzata, di certo, a dotarlo della solidità necessaria per avere un ruolo centrale nel mercato bancario italiano ed europeo. È essenziale però che questo avvenga senza intaccare in alcun modo le caratteristiche ontologiche della funzione cooperativa, prima fra tutte la natura mutualistica delle banche appartenenti alla categoria delle bcc.

⁹⁸ Non è questa la sede per affrontare temi di tale spessore, per cui si rinvia, *ex multis*, agli scritti di autorevole dottrina e al dibattito che ne è scaturito, N. Irti, *L'ordine giuridico del mercato*, Roma-Bari, 1998, *passim*; AA.VV., *Dibattito sull'ordine giuridico del mercato*, Roma-Bari, 1999, *passim*.

⁹⁹ Sul punto si è già avuto modo di ricordare che, secondo diversi studi, la presenza di banche cooperative riduce il rischio complessivo nei sistemi bancari (si v. la dottrina citata nella sez. 4.3.); aspetto connesso al profilo della "biodiversità" nel settore bancario che, secondo risultanze empiriche, sarebbe correlata (negativamente) con l'esposizione al rischio sistemico; per tutti, v. O. Butzbach, *Systemic risk, macro-prudential regulation*, cit.

Dagli studi di settore agli indici sintetici di affidabilità

di Marco Cedro
 Ricercatore di Diritto tributario
 Dipartimento di Giurisprudenza
 Università LUMSA di Palermo

ABSTRACT

With article 7 bis of Decree n.193/2016, introduced by l. n.225/2016, the legislator introduces the synthetic reliability indexes, to which respect different levels of rewards for taxpayers are linked, and provides for the simultaneous cessation of the effect of sector studies for the purpose of the assessment of taxation.

Despite the innovative objective of the rule, which marks a turning point in the relationship between tax administration and taxpayer, many problematic profiles emerge both in the content of the indexes and in terms of the effects of rewards. The law gives the Minister of Economy's discretion the determination of these elements, as well as the identification of taxpayers to which the legislation will apply.

SINTESI

Con l'art. 7 bis del D.l. n.193/2016, introdotto in sede di conversione dalla l. n.225/2016, il legislatore introduce gli indici sintetici di affidabilità, al cui rispetto connette livelli differenziati di premialità per i contribuenti e dispone la contestuale cessazione degli effetti degli studi di settore ai fini dell'accertamento dei tributi.

Nonostante la portata innovativa della norma, che segna un punto di svolta nel rapporto tra fisco e contribuente, emergono numerosi profili problematici sia in merito al contenuto degli indici, che con riguardo agli effetti premiali conseguenti al loro rispetto. La norma demanda alla discrezionalità del Ministro dell'Economia e delle finanze la determinazione degli elementi rilevanti ai fini della formazione degli indici, nonché l'individuazione dei soggetti ai quali si applicherà la nuova disposizione.

SOMMARIO: 1. Considerazioni introduttive – 2. Il contenuto ed il procedimento di elaborazione degli indici sintetici di affidabilità – 3. Gli effetti premiali derivanti dall'applicazione degli indici – 4. Sulla discrezionalità attribuita al Ministro dell'Economia e delle Finanze – 5. Notazioni conclusive

1. Considerazioni introduttive

L'art. 7 bis del D.l. 22 ottobre 2016 n.193, introdotto in sede di conversione¹, ha

¹ L. 1 dicembre 2016 n.225, in vigore dal 3 dicembre 2016, approvata a seguito del voto favorevole sulla questione di fiducia. È interessante notare come l'art. 7 bis sia rubricato «introduzione di indici sintetici di affidabilità per la promozione dell'osservanza degli obblighi fiscali, per la semplificazione degli adempimenti e per la contestuale soppressione della disciplina degli studi di settore».

istituito gli «indici sintetici di affidabilità», la cui applicazione, ai sensi del comma 2 della medesima disposizione, avrà luogo contestualmente con la «cessazione degli effetti ai fini dell'accertamento dei tributi» degli studi di settore² e dei parametri³.

La norma⁴, con una stringata formulazione, appare di portata fortemente innovativa dell'ordinamento tributario. Infatti, a seguito dell'entrata in vigore dell'art. 7 bis, sembra possibile intravedere un mutamento di indirizzo del legislatore, che abbandona meccanismi di forfettizzazione del reddito mediante strumenti statistici di portata presuntiva⁵ e si orienta verso la determinazione di indici diretti ad individuare i contribuenti «affidabili». L'intento del legislatore, reso palese nel comma primo della norma in commento, è quello di «promuovere l'adempimento degli obblighi tributari e il rafforzamento della collaborazione tra l'amministrazione finanziaria e i contribuenti» attraverso la predisposizione di uno strumento che consenta di conoscere in anticipo il grado stimato di correttezza fiscale del soggetto passivo, che gli consentirà di ottenere vantaggi consistenti nella riduzione degli adempimenti e dei termini, previsti a pena di decadenza, entro i quali l'agenzia delle Entrate può emettere avvisi di accertamento.

Si tratta di un intento sicuramente apprezzabile, e che è indubbiamente frutto

² Previsti dall'art. 62 bis del D.l. 30 agosto 1993, n.331, convertito dalla l. 29 ottobre 1993, n.427.

³ Disciplinati dall'art. 3, commi da 181 a 189, della l. 28 dicembre 1995 n.549.

⁴ Il testo integrale dell'art. 7 bis del D.l. n.193/2016, nella formulazione attualmente in vigore, è il seguente: «A decorrere dal periodo d'imposta in corso al 31 dicembre 2017, con decreto del Ministro dell'economia e delle finanze sono individuati indici sintetici di affidabilità fiscale cui sono collegati livelli di premialità per i contribuenti più affidabili, anche consistenti nell'esclusione o nella riduzione dei termini per gli accertamenti, al fine di promuovere l'adempimento degli obblighi tributari e il rafforzamento della collaborazione tra l'Amministrazione finanziaria e i contribuenti.

Contestualmente all'adozione degli indici di cui al comma 1 cessano di avere effetto, al fine dell'accertamento dei tributi, le disposizioni relative agli studi di settore previsti dall'articolo 62-bis del decreto-legge 30 agosto 1993, n.331, convertito, con modificazioni, dalla legge 29 ottobre 1993, n.427, e ai parametri previsti dall'articolo 3, commi da 181 a 189, della legge 28 dicembre 1995, n.549».

⁵ Sono numerosi i contributi della dottrina in tema di studi di settore. Si rinvia, in particolare, a: C. GARBARINO, *Aspetti probatori degli studi di settore*, in *Rassegna Tributaria*, 1, 2002, 226; M. VERSIGLIONI, *Prova e studi di settore*, Milano, 2007; A. MARCHESELLI, *Le presunzioni nel diritto tributario: dalle stime agli studi di settore*, Torino, 2008; M. BEGHIN, *Autorità e consenso nella disciplina degli studi di settore: dalla validazione dello strumento alle interferenze sul versante della motivazione e della prova dell'atto*, in S. LA ROSA., *Profili autoritativi e consensuali del diritto tributario*, Milano, 2008; P. BORIA (a cura di), *Studi di settore e tutela del contribuente*, in *Quaderni della rivista di diritto tributario*, VI, Milano, 2010.

anche della giurisprudenza della Corte di Cassazione⁶ sull'efficacia presuntiva degli studi di settore ai fini dell'accertamento.

Nonostante l'art. 7 bis, al comma primo, preveda che gli indici siano individuati «a decorrere dal periodo d'imposta 2017», va segnalato che alla data odierna gli «indici» non sono stati ancora adottati, anche se l'Agenzia delle Entrate ha assicurato che entro il 31 dicembre 2017 saranno approvati per settanta settori economici, e nel successivo anno per ulteriori ottanta settori⁷. Ad oggi non si è a conoscenza delle modalità di elaborazione di tali indici e degli effetti premiali che saranno ad essi riconnessi.

Dalla lettura dei due commi dell'art. 7 bis del D.I. n.193/2016, è possibile, in via di prima approssimazione, individuare alcuni profili critici, che appaiono di notevole rilevanza. In primo luogo, la norma non individua, neppure in via generale, il contenuto di tali indici, né il procedimento di elaborazione degli stessi. Inoltre, non indica quali siano gli «effetti premiali» né il criterio di «graduazione» degli stessi in relazione ai «livelli» di affidabilità raggiunti dal contribuente. Infine, appare estremamente ampia la discrezionalità attribuita al Ministero dell'Economia e delle Finanze con riguardo ai limiti temporali, all'automatismo dello strumento, alla determinazione degli indici e degli effetti premiali riconducibili alla loro applicazione, e all'individuazione dei soggetti destinatari degli stessi. Tali profili appaiono meritevoli di specifico approfondimento.

2. Il contenuto ed il procedimento di elaborazione degli indici sintetici di affidabilità

Si è già precisato che l'art. 7 bis non indica né il contenuto minimo degli indici,

⁶ Si richiama, ex multis, la sentenza delle Sezioni Unite con la quale fu chiarito che alle risultanze dell'applicazione degli studi di settore e dei parametri può essere riconosciuta esclusivamente la valenza di presunzioni semplici, e pertanto l'accertamento non può essere fondato unicamente, ex lege, sulla circostanza del mero scostamento dei dati dichiarati dal contribuente rispetto a quelli attesi sulla base dell'applicazione dello strumento presuntivo, dovendo ritenersi necessaria la presenza di altre presunzioni gravi, precise e concordanti con quella riconducibile allo studio di settore (Cass. SS.UU., 18 febbraio 2009, n.26635).

⁷ Dal comunicato stampa del 7 marzo 2017 emerge che entro il 31 dicembre 2018 dovrebbero essere approvati indici relativi a 150 settori economici.

né gli effetti derivanti dall'applicazione degli stessi⁸. Non solo, allo stato, mancano i Decreti ministeriali di approvazione degli indici, ma non sono state neppure divulgate le relative bozze.

Né la documentazione predisposta dal Parlamento, in occasione dell'esame da parte delle Camere del disegno di legge di conversione⁹, appare un utile strumento ai fini della comprensione della norma, non contenendo alcun ulteriore elemento di valutazione¹⁰.

Alcune considerazioni possono tuttavia essere svolte già sulla base del testo dell'art. 7 bis.

In primo luogo, la disposizione contenuta nel primo comma sembra avere una portata generale ed innovativa dell'ordinamento, non prevedendo che l'applicazione degli indici sintetici di affidabilità sia limitata solo a determinate categorie di contribuenti¹¹ o a soggetti che dichiarino un ammontare di ricavi, compensi o volume d'affari al di sotto di determinate soglie¹². Nonostante la contestuale cessazione degli effetti degli studi di settore, nell'art. 7 bis non è contenuta alcuna limitazione a determinate categorie di contribuenti, identificate sotto il profilo soggettivo o in relazione alla dimensione della loro attività¹³. Nella norma si fa infatti riferimento, in generale, ai "contribuenti", senza ulteriori specificazioni.

L'eventuale restrizione della platea dei contribuenti nei confronti dei quali trovino applicazione gli indici potrebbe costituire una lesione del principio di uguaglianza, sol che si consideri la funzione che viene attribuita agli indici stessi, ossia quella di

⁸ Cfr. S. CAPOLUPO, *Gli indici di affidabilità sostituiscono gli studi di settore*, in *Il fisco*, 47, 2016, 1.

⁹ Il D.d.l. di conversione del D.l. n.193/16 ha assunto il n. A.S. 2595 al Senato ed il n. A.C. 4110 alla Camera.

¹⁰ Nel Dossier predisposto per l'esame dell'A.S. 2595, oltre alla riproposizione del testo dell'art. 7 bis, vengono sollevati dubbi sulla discrezionalità devoluta al Ministro dell'Economia e delle finanze e vengono riportate alcune indicazioni contenute nel materiale reso noto dalla So.S.E. il 7 settembre 2016. Cfr. Senato della Repubblica, Servizio Studi, Dossier 394/4 – A.S. 2595, 95.

¹¹ Gli studi di settore trovano applicazione, ai fini dell'accertamento, esclusivamente dei soggetti che dichiarino «ricavi» o «compensi», ossia solo nei confronti di imprenditori ed esercenti arti e professioni, ai sensi dell'art. 10, comma primo, della l. 8 maggio 1998, n.146.

¹² Ai sensi dell'art. 10, comma 4, della citata l. n.146/98, gli studi di settore non trovano applicazione nei confronti di soggetti che dichiarano ricavi o compensi di ammontare superiore al limite stabilito per ciascuno studio di settore dal relativo decreto di approvazione e comunque nei confronti di coloro che dichiarino ricavi o compensi superiori a 7.500.000,00 L., ovvero che abbiano iniziato o cessato l'attività nel periodo d'imposta.

¹³ Contra, S. CAPOLUPO, *Gli indici di affidabilità sostituiscono gli studi di settore*, in *Il fisco*, 47, 2016,1.

favorire l'adempimento spontaneo degli obblighi tributari. Se il nuovo strumento, come si legge nell'ultimo periodo del comma primo dell'art. 7 bis, è stato introdotto «al fine di promuovere l'adempimento degli obblighi tributari e il rafforzamento della collaborazione tra l'amministrazione finanziaria e i contribuenti», senza limitazioni, sarebbe auspicabile che gli effetti premiali siano fruibili dalla più ampia platea di contribuenti, a prescindere dalla loro qualifica soggettiva e dall'attività economica esercitata. È ovvio che, a fronte della maggiore complessità dell'attività svolta dal contribuente, dovrebbero essere elaborati indici via via più complessi, che tengano conto della natura del soggetto, delle modalità di svolgimento dell'attività, e degli obblighi formali ai quali è tenuto.

In via di prima approssimazione, tuttavia, è da ritenere che gli indici sintetici di affidabilità verranno elaborati sulla base degli esistenti studi di settore, appositamente aggiornati, e sulle relative risultanze in tema di congruità¹⁴, coerenza¹⁵ e normalità¹⁶ dei dati dichiarati dal contribuente rispetto a quelli attesi, e che pertanto troveranno applicazione esclusivamente nei confronti delle categorie di soggetti nei cui confronti sono stati ad oggi elaborati tali studi¹⁷. È prevedibile che gli indici sintetici di affidabilità consisteranno in strumenti frutto di elaborazioni statistiche, ed appare plausibile che gli stessi possano rappresentare una evoluzione degli studi di settore, con ogni probabilità integrati anche da alcuni dati già conosciuti dall'Agenzia delle Entrate in quanto presenti nell'anagrafe

¹⁴ La congruità attiene all'ammontare dei ricavi o i compensi dichiarati in misura uguale o superiore a quelli stimati dallo studio.

¹⁵ La coerenza valuta il comportamento del contribuente rispetto ai valori di indicatori economici predeterminati, per ciascuna attività, dallo studio di settore.

¹⁶ Introdotti dall'art. 1, comma 14, della l. 27 dicembre 2006, n.296. Sul tema si richiama I. MANZONI, *Gli studi di settore e gli indicatori di normalità economica come strumenti di lotta all'evasione*, in *Rassegna Tributaria*, 5, 2008, 1243.

¹⁷ Nel comunicato stampa dell'Agenzia delle Entrate, rilasciato il 7 marzo 2017, si legge che «a partire dalla annualità di imposta 2017 saranno operativi 70 Isa che riguarderanno circa un milione e mezzo di contribuenti. 29 indicatori sintetici di affidabilità saranno sviluppati per il settore del commercio, 15 per le manifatture, 17 per i servizi e 9 per i professionisti. Per il periodo d'imposta 2018 anche i contribuenti che rientrano nei restanti 80 settori economici avranno a disposizione questo nuovo strumento». È pertanto evidente che, secondo l'Agenzia, gli indici sintetici di affidabilità troveranno applicazione nei confronti di contribuenti che svolgono attività in 150 settori economici, peraltro nemmeno individuati. Si tratta di una platea che, probabilmente, tende a coincidere, con alcuni accorpamenti, con quella dei soggetti destinatari degli studi di settore (per il periodo d'imposta 2016 risultano approvati n.193 studi di settore, come risulta dal Provvedimento del Direttore dell'Agenzia delle Entrate n.22485 del 31 gennaio 2017).

tributaria. Non appare condivisibile ritenere, come sostenuto dai primi interpreti, che gli indici sintetici di affidabilità possano essere ricostruiti alla stregua dell'accertamento sintetico di cui all'art. 38, comma 5, del DPR 29 settembre 1973 n.600¹⁸. Invero, mentre l'accertamento sintetico mira alla determinazione del reddito sulla base della presenza di determinate manifestazioni, seppur indirette, di capacità contributiva, gli indici sintetici di affidabilità dovrebbero consentire di valutare il «quadro complessivo» del contribuente e pertanto la sua propensione all'evasione. È ipotizzabile che l'aggettivo «sintetici», di cui alla formulazione dell'art. 7 bis, non sia riconducibile alle previsioni di cui all'art. 38 del DPR n.600/73, ma sia indicativo della necessaria «medietà» statistica degli indici come risultato dell'utilizzo congiunto di alcuni indicatori matematici: la funzione non è quella di strumento di accertamento della base imponibile, ma di strumento idoneo a verificare la plausibilità dei dati dichiarati dal contribuente e della sua affidabilità fiscale.

Paradossalmente, ulteriori indizi utili del futuro contenuto degli indici sintetici di affidabilità, e delle modalità di elaborazione degli stessi, sono desumibili da due documenti non normativi, ma meramente informativi, pubblicati da soggetti non richiamati nella norma in commento.

Si tratta, infatti, di un «comunicato stampa» dell'Agenzia delle Entrate del 7 marzo 2017¹⁹ e di una relazione, corredata da una serie di schede, pubblicata dalla So.S.E. il 7 settembre 2016²⁰.

¹⁸ S. CAPOLUPO, *Gli indici di affidabilità sostituiscono gli studi di settore*, in *Il fisco*, 47, 2016, 1.

¹⁹ In tale comunicato così si legge: «gli indici sintetici di affidabilità sono formati da un insieme di indicatori elementari di affidabilità e di anomalia e consentono di posizionare il livello di affidabilità fiscale dei contribuenti su una scala da 1 a 10». Nel suddetto comunicato stampa, si legge che «i contribuenti che risulteranno affidabili avranno accesso ai significativi benefici premiali, anche consistenti nell'esclusione o nella riduzione dei termini per gli accertamenti» e che «in dettaglio, gli indicatori elementari di affidabilità valutano l'attendibilità di relazioni e rapporti tra grandezze di natura contabile e strutturale, tipici per il settore e/o per il modello organizzativo di riferimento, mentre gli indicatori elementari di anomalia valutano incongruenze e situazioni di normalità/coerenza del profilo contabile e gestionale che presentano carattere atipico rispetto al settore e al modello organizzativo cui sono riferiti».

²⁰ La So.S.E. - Soluzioni per il Sistema Economico S.p.a., è una società partecipata dal Ministero dell'Economia e delle finanze e dalla Banca d'Italia. Se è vero che, ai sensi dell'art. 10 della l. n.146/98, alla So.S.E. è devoluta, per convenzione, l'elaborazione degli studi di settore, appare quantomeno anomalo che la stessa società abbia già tratteggiato i contenuti di uno strumento che, alla data del 7 settembre 2016, non era previsto neppure in una proposta di legge presentata al

In tali documenti sono contenute indicazioni ulteriori rispetto a quelle desumibili dalla lettura dell'art. 7 bis del D.l. n.193/16, che consentono di ipotizzare²¹ alcuni tratti dello strumento che si intende introdurre nell'ordinamento.

Secondo l'Agenzia delle Entrate, gli indici sintetici di affidabilità saranno formati da un insieme di indicatori dai quali desumere sia l'affidabilità del soggetto sia eventuali anomalie e incoerenze dei dati dichiarati rispetto a quelli attesi. Si tratterà, pertanto, di un indice numerico univoco frutto della media dei risultati dell'applicazione di più indicatori matematici ai dati comunicati dal contribuente.

In tal senso depongono anche le scarse informazioni desumibili dal materiale informativo elaborato e messo a disposizione dalla So.S.E.²² il 7 settembre 2016. In particolare, sulla base di quanto esposto dalla società, l'indice sintetico di affidabilità dovrebbe rappresentare il dato riassuntivo, ed in questo senso sintetico, della posizione assunta dal contribuente rispetto ad alcuni dati, ritenuti significativi e fondati essenzialmente su: a) «indicatori di normalità economica» già elaborati per gli studi di settore; b) stima del valore aggiunto, inteso come «fattore lavoro»²³ e, contestualmente, dei ricavi o dei compensi e dunque del reddito atteso, al fine di «contrastare le operazioni di evasione a filiera sui ricavi/compensi e sui costi»²⁴; c) applicazione di un modello di regressione²⁵ che utilizza i dati degli ultimi otto anni di attività²⁶.

Parlamento.

²¹ Trattandosi di documenti di natura meramente informativa, pubblicati nei rispettivi siti internet istituzionali, è ovviamente possibile che il loro contenuto non rispecchi quello dei successivi provvedimenti di attuazione previsti dalla legge.

²² Per completezza va ricordato che la società è costituita dal Ministero dell'Economia e delle Finanze (88%) e dalla Banca d'Italia (12%), ai sensi dell'art. 10, comma 12 della l. n.146/1998, che così dispone: «l'elaborazione degli studi di settore, nonché ogni altra attività di studio e ricerca in materia tributaria possono essere affidate, in concessione, ad una società a partecipazione pubblica. Essa è costituita sotto forma di società per azioni di cui il Ministero delle finanze detiene una quota di capitale sociale non inferiore al 51 per cento».

²³ Cfr. pag. 24 della scheda esplicativa resa nota dalla So.S.E. il 7 settembre 2016, ove si legge che «la variabile dipendente è data dal valore aggiunto per addetto che costituisce per sua natura una misura della capacità di creare valore nella produzione e/o distribuzione di un bene».

²⁴ Cfr. pag. 27 della citata scheda esplicativa realizzata dalla So.S.E..

²⁵ Sotto un profilo meramente statistico, la So.S.E. indica che, a differenza di quanto avviene per gli studi di settore, la funzione di regressione sarà unica per tutte le categorie economiche e non differenziate per singolo cluster.

²⁶ In tal modo si ritiene che sia possibile delineare un modello più aderente all'andamento ciclico delle attività economiche e pertanto non sia più necessario predisporre correttivi congiunturali.

Secondo la So.S.E., rispetto all'applicazione degli studi di settore, l'adozione degli indici sintetici di affidabilità dovrebbe condurre alla diminuzione del numero dei «cluster», ossia dei comparti di riferimento dell'attività economica svolta dal soggetto nonché alla riduzione delle informazioni richieste al contribuente ed a una contestuale maggiore capacità del modello di rappresentare la posizione economica del singolo individuo anche con riferimento al contesto territoriale specifico²⁷.

Gli indicatori «significativi», che dovrebbero essere posti a fondamento degli indici, saranno molteplici²⁸ e, a seconda del posizionamento del contribuente rispetto ad ognuno di essi, verrà assegnato un punteggio a 1 a 10. Dalle informazioni rese disponibili dalla So.S.E. non emerge che tra gli indicatori sui quali saranno elaborati gli indici siano presenti altri elementi desunti dalle banche dati in possesso dell'Agenzia delle Entrate, ma sarebbe auspicabile che, ad esempio, l'eventuale assenza di avvisi di accertamento divenuti definitivi, nell'orizzonte temporale considerato (otto anni), possa essere considerata ai fini dell'attribuzione dell'indice di affidabilità del contribuente.

La media risultante dall'applicazione degli indicatori condurrà alla determinazione dell'indice sintetico di affidabilità del contribuente, espresso in una scala da 1 a 10, e dunque al «livello di premialità» conseguente.

L'applicazione degli indici dovrebbe avvenire in modo esclusivamente automatico, senza che venga attivato un contraddittorio preventivo, neppure eventuale.

Alla luce di quanto suesposto, si può ritenere che, da un punto di vista meramente contenutistico, gli indici sintetici di affidabilità costituiranno una evoluzione degli studi di settore²⁹, dei quali manterranno la natura di strumento

²⁷ Si dovrebbe tener conto del «tasso di occupazione regionale» elaborato dall'Istat (cfr. pag. 26 della scheda esplicativa realizzata dalla So.S.E. il 7 settembre 2016).

²⁸ Nella scheda rilasciata dalla So.S.E., con riferimento al settore economico «ingrosso macchine utensili», di cui allo studio di settore VM84U, vengono individuati a titolo esemplificativo sette indicatori: a) valore aggiunto per addetto; b) ricavi per addetto; c) reddito per addetto; d) durata delle scorte; e) costi residuali di gestione sui ricavi; f) costo del venduto e della produzione per servizi per addetto; g) valore dei beni strumentali per addetto.

²⁹ In tal senso, A. TREVISANI, *Studi di settore, dal 2017 si cambia!*, in *Corriere Tributario*, 10, 2017, 731.

statistico di determinazione di dati plausibili ed attesi, seppur in assenza di previsioni legislative in tema di consultazione delle associazioni di categoria nella fase di elaborazione degli indici³⁰ e di diritto al contraddittorio anticipato da parte del contribuente nei confronti del quali si intende applicare lo strumento³¹.

In ogni caso, la natura di elaborazione statistica degli strumenti, e dunque la loro capacità di rappresentare la realtà con una imprescindibile dose di approssimazione, consentono di mantenere intatti i dubbi già manifestati dalla dottrina³² in tema di studi di settore, anche se il mutamento di effetti riconnessi ai diversi strumenti può far deporre per una minore rilevanza di tali problematiche.

Soprattutto l'assenza del contraddittorio, sia pure eventuale ed a richiesta del contribuente, ai fini dell'applicazione degli indici, potrebbe comportare una lesione della posizione giuridica del contribuente che, pur avendo osservato integralmente le disposizioni tributarie, non rispetti uno o più indicatori in dipendenza delle concrete modalità di svolgimento della propria attività economica. Trattandosi di uno strumento statistico, infatti, il risultato è pur sempre frutto di una approssimazione, per quanto ottenuta con mezzi raffinati, e dall'applicazione automatica degli indici discenderà un ulteriore automatismo nella concessione degli effetti premiali che, in alcuni casi, potrebbe non corrispondere ad un reale livello di affidabilità fiscale.

3. Gli effetti premiali derivanti dall'applicazione degli indici

Come suesposto, l'art. 7 bis del D.I. n.193/16 non individua con esattezza gli effetti premiali riconnessi all'applicazione degli indici sintetici di affidabilità, limitandosi a prevedere «livelli di premialità per i contribuenti più affidabili, anche consistenti nell'esclusione o nella riduzione dei termini per gli accertamenti».

³⁰ Tale consultazione è prevista dall'art. 62 bis del D.I. n.331/93.

³¹ Si veda il comma 3 bis dell'art. 10 della l. n.146/98.

³² Cfr. tra gli altri: F. GALLO, *Gli studi di settore al bivio tra la tassazione del reddito normale e quello effettivo*, in *Rassegna Tributaria*, 5, 2000, 1495; M. VERSIGLIONI, *La parametrizzazione del tributo nel diritto attuale: composizione della lite e non accertamento del fatto ignoto*, in *Rassegna Tributaria*, 2, 2008; A. SANTORO, C. CARPENTIERI e R. LUPI, *Studi di settore ed esercizio della funzione tributaria dove le organizzazioni non arrivano*, in *Dialoghi Tributari*, 2, 2015, 155; 344; A. KOSTNER, *Studi di settore e tutela del contribuente tra diritto interno e principi sovranazionali*, in *Diritto e Pratica Tributaria*, 1, 2017, 28.

Dalla lettura della norma emerge, pertanto, che il legislatore ritenga opportuno predisporre livelli differenziati di premialità, distinguendo i contribuenti in virtù del «punteggio» ottenuto a seguito dell'applicazione dell'indice, e che si sia limitato a consentire, in via meramente potestativa, che il Decreto Ministeriale di approvazione degli indici possa prevedere l'esclusione o la riduzione dei termini entro i quali l'Agenzia delle Entrate può emettere avvisi di accertamento. Come si vedrà nel prosieguo, anche con riferimento a tali profili il legislatore ha attribuito ampia discrezionalità all'attività regolamentare³³ del Ministro dell'Economia e delle Finanze.

Tuttavia, può ritenersi che gli effetti positivi per il contribuente che saranno connessi ai diversi «livelli di premialità» possano essere simili a quelli che già oggi sono previsti dall'ordinamento tributario con riferimento ad alcune ipotesi specifiche.

In particolare, si pensi al «regime premiale» previsto dall'art. 10 del D.L. n.201 del 6 dicembre 2011³⁴ che, al comma 9 ed al successivo comma 10, prevede alcune conseguenze favorevoli³⁵ per i soggetti che dichiarino ricavi o compensi pari o

³³ Sulla natura regolamentare dei D.M. di adozione degli indici, si rimanda al successivo paragrafo 4.

³⁴ Sul regime premiale introdotto dall'art. 10 del D.L. n.201/2011, si rinvia a R. LUPI, *Regime premiale connesso agli studi di settore e intreccio di normative mediatriche*, in *Dialoghi Tributarî*, 5, 2012, 493.

³⁵ Si riporta il testo dei commi 9 e 10 dell'art. 10 del D.L. 06-12-2011 n.201: «Nei confronti dei contribuenti soggetti al regime di accertamento basato sugli studi di settore, ai sensi dell'articolo 10, della legge 8 maggio 1998, n.146, che dichiarano, anche per effetto dell'adeguamento, ricavi o compensi pari o superiori a quelli risultanti dall'applicazione degli studi medesimi: a) sono preclusi gli accertamenti basati sulle presunzioni semplici di cui all'articolo 39, primo comma, lettera d), secondo periodo, del decreto del Presidente della Repubblica 29 settembre 1973, n.600, e all'articolo 54, secondo comma, ultimo periodo, del decreto del Presidente della Repubblica 26 ottobre 1972, n.633; b) sono ridotti di un anno i termini di decadenza per l'attività di accertamento previsti dall'articolo 43, primo comma, del decreto del Presidente della Repubblica 29 settembre 1973, n.600, e dall'articolo 57, primo comma, del decreto del Presidente della Repubblica 29 settembre 1972, n.633; la disposizione non si applica in caso di violazione che comporta obbligo di denuncia ai sensi dell'articolo 331 del codice di procedura penale per uno dei reati previsti dal decreto legislativo 10 marzo 2000, n.74; c) la determinazione sintetica del reddito complessivo di cui all'articolo 38 del decreto del Presidente della Repubblica 29 settembre 1973, n.600, è ammessa a condizione che il reddito complessivo accertabile ecceda di almeno un terzo quello dichiarato. La disposizione di cui al comma 9 si applica a condizione che: a) il contribuente abbia regolarmente assolto gli obblighi di comunicazione dei dati rilevanti ai fini dell'applicazione degli studi di settore, indicando fedelmente tutti i dati previsti; b) sulla base dei dati di cui alla precedente lettera a), la posizione del contribuente risulti coerente con gli specifici indicatori previsti dai decreti di approvazione dello studio di settore o degli studi di settore applicabili».

superiori a quelli risultanti dagli studi di settore e rispettino ulteriori e specifici indicatori adottati di volta in volta, con i provvedimenti di approvazione degli studi di settore³⁶. In questi casi, la legge attribuisce automaticamente ai contribuenti alcuni vantaggi in tema di riduzione dei termini per l'accertamento, di esclusione dagli accertamenti fondati su presunzioni gravi, precise e concordanti, nonché di riduzione delle ipotesi in cui è possibile procedere all'accertamento sintetico³⁷.

La particolarità delle previsioni di cui ai citati commi 9 e 10 dell'art. 10 del D.I. n.201/2011 sta nella previsione, contenuta nel comma 11³⁸ del medesimo articolo, secondo la quale, nei confronti soggetti che non rispettano i criteri di accesso al regime premiale, si svolge con priorità l'attività di accertamento, con specifico utilizzo dei poteri istruttori relativi alle indagini finanziarie. In tal modo, l'introduzione del regime premiale non si esaurisce nella previsione di conseguenze favorevoli derivanti dal rispetto delle condizioni di accesso a tale regime, ma si

³⁶ È stato rilevato che la subordinazione dell'accesso al regime premiale all'approvazione di specifici indici con Provvedimento del Direttore dell'Agenzia delle Entrate produce una palese violazione del principio di uguaglianza, non potendo usufruire della norma agevolativa tutti i contribuenti che, pur dichiarando ricavi o compensi superiori a quelli desumibili dallo studio di settore, non rientrano tra quelli per i quali sono approvati tali indici. Cfr. BERARDO G., *Son 26 le new entry nel regime premiale degli studi di settore*, in *Corriere Tributario*, 31, 2014, 2424; G. VALCARENGHI, *Studi di settore: regime premiale ancora per pochi*, in *Corriere Tributario*, 29, 2015, 2263.

³⁷ Ai sensi del successivo comma dodicesimo, «con provvedimento del Direttore dell'Agenzia delle entrate, sentite le associazioni di categoria, possono essere differenziati i termini di accesso alla disciplina di cui al presente articolo tenuto conto del tipo di attività svolta dal contribuente. Con lo stesso provvedimento sono dettate le relative disposizioni di attuazione». Il regime premiale è stato via via esteso ad una notevole platea di contribuenti potenziali, comprendendo 159 studi di settore riferiti ad altrettanti settori economici, con i provvedimenti del Direttore dell'Agenzia delle Entrate del 12 luglio 2012, del 5 luglio 2013, del 25 giugno 2014, del 9 giugno 2015 e del 13 aprile 2016.

³⁸ Il comma 11 dell'art. 10 del D.I. n.201/2011 così dispone: «Con riguardo ai contribuenti soggetti al regime di accertamento basato sugli studi di settore, ai sensi dell'articolo 10 della legge 8 maggio 1998, n.146, per i quali non si rende applicabile la disposizione di cui al comma 9, l'Agenzia delle entrate e la Guardia di Finanza destinano parte della capacità operativa alla effettuazione di specifici piani di controllo, articolati su tutto il territorio in modo proporzionato alla numerosità dei contribuenti interessati e basati su specifiche analisi del rischio di evasione che tengano anche conto delle informazioni presenti nella apposita sezione dell'anagrafe tributaria di cui all'articolo 7, sesto comma, del decreto del Presidente della Repubblica 29 settembre 1973, n.605. Nei confronti dei contribuenti che dichiarano ricavi o compensi inferiori a quelli risultanti dall'applicazione degli studi di settore e per i quali non ricorra la condizione di cui alla lettera b) del precedente comma 10, i controlli sono svolti prioritariamente con l'utilizzo dei poteri istruttori di cui ai numeri 6-bis e 7 del primo comma dell'articolo 32 del decreto del Presidente della Repubblica 26 settembre 1973, n.600, e ai numeri 6 bis e 7 del secondo comma dell'articolo 51 del decreto del Presidente della Repubblica 26 ottobre 1972, n.633».

accompagna all'individuazione di una sanzione impropria³⁹ connessa al mancato rispetto delle risultanze degli studi di settore e delle ulteriori condizioni di accesso al regime. In tal modo il contribuente è incentivato ad accedere al regime.

È da osservare che potrebbe essere utile, al fine di ottenere il risultato prefisso dall'art. 7 bis, che al raggiungimento di un elevato indice di affidabilità possa essere connessa una riduzione degli obblighi formali, com'è previsto dall'art. 4 del D.lgs n.127/2015 in tema di trasmissione telematica delle operazioni interessate dall'IVA⁴⁰.

Inoltre, seppur non previsto dall'art. 7 bis del D.l. n.193/2016, non è da escludere che in sede di Decreto Ministeriale di approvazione degli indici, venga disposto che nei confronti dei soggetti che non accederanno ai livelli di premialità a seguito del rispetto degli indici, possano essere svolte, con priorità, le attività istruttorie e di accertamento, in quanto considerati soggetti di ridotta affidabilità fiscale. Una previsione di tal genere non necessita di essere contenuta in una disposizione normativa, essendo attinente alla mera organizzazione dell'attività degli uffici, e consentirebbe il raggiungimento della funzione di promuovere l'adempimento spontaneo da parte dei contribuenti, attribuita agli indici dall'art. 7 bis.

Inoltre, il regime previsto dall'art. 10, comma 9 del D.l. n.201/2011 contempla conseguenze favorevoli uguali per tutti i soggetti rispettosi dei requisiti richiesti dal successivo comma decimo della stessa disposizione. È evidente che, in tal caso, non sussiste alcuna gradazione dei vantaggi connessi alla partecipazione al regime premiale, ove, invece, l'art. 7 bis richiede espressamente tale gradualità, strettamente collegata ai livelli di affidabilità del contribuente.

Neppure gli altri «regimi premiali» attualmente previsti dall'ordinamento

³⁹ Si tratta, infatti, di una situazione di svantaggio rispetto a chi ha osservato l'obbligo previsto. In tal senso, L. DEL FEDERICO, *Le sanzioni amministrative nel diritto tributario*, Milano, 1993, 279; F. GALLO, Profili critici della tassazione ambientale, in *Rassegna Tributaria*, 2, 2010, 303; L. DEL FEDERICO, *Sanzioni improprie ed imposizione tributaria*, in L. PERRONE e C. BERLIRI (a cura di), *Diritto tributario e Corte costituzionale*, Napoli, 2006, 519. Tuttavia, secondo autorevole dottrina non è possibile delineare una categoria unitaria di sanzioni «improprie». In tal senso, D. COPPA e S. SAMMARTINO, voce *Sanzioni tributarie*, in *Enciclopedia del Diritto*, XLI, Milano, 1989, 425.

⁴⁰ L'art. 4 del D.lgs. n.127/15 prevede l'esenzione dall'obbligo di registrazione di cui agli artt. 23 e 25 del DPR n.633/72 e dall'obbligo di apposizione del visto di conformità nonché l'esclusione dalla prestazione della garanzia di cui all'art. 38 bis del medesimo DPR.

tributario prevedono una graduazione degli effetti positivi a seconda del livello di aderenza del contribuente ai requisiti richiesti per l'accesso a tali regimi⁴¹.

L'elaborazione del meccanismo attraverso il quale realizzare la gradualità dei livelli di beneficio riconnessi all'indice di affidabilità conseguito dal contribuente costituirà, probabilmente, il profilo di maggiore criticità nell'elaborazione dei regolamenti di attuazione del citato art. 7 bis, tenendo conto che solo l'attribuzione di un vantaggio tangibile potrà indurre il contribuente a tenere comportamenti tali da rispettare gli indici sintetici di affidabilità.

Tuttavia, occorrerà valutare con estrema attenzione quali benefici riconnettere ai vari livelli di affidabilità, al fine di evitare che, a fronte di limitati scostamenti ed in presenza di livelli di affidabilità sostanzialmente simili, si assista ad una riduzione non proporzionale ed ingiustificata dei benefici.

Infine, appare sostenibile che con l'adozione degli indici sintetici di affidabilità non si stiano introducendo vere e proprie sanzioni premiali⁴²: i contribuenti accedono, in via automatica, ad un regime agevolativo⁴³ diverso da quello

⁴¹ Ci si riferisce in particolare sia al regime previsto dai commi da 1 a 4 del citato art. 10 del D.l. n.201/2011, sia a quello disciplinato dagli artt. da 1 a 5 del D.lgs 05-08-2015 n.127.

⁴² Alcuni interpreti hanno ritenuto che nell'ordinamento giuridico italiano, insieme alle sanzioni negative che sono dirette a scoraggiare la violazione della norma, possano esistere sanzioni «premiali» o «positive», volte invece a promuovere l'osservanza delle norme mediante il riconoscimento di benefici non previsti per la generalità dei consociati. In tal senso, con riguardo al diritto in generale, si richiamano: N. BOBBIO, *Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi di teoria del diritto*, Roma, 2007, 21; BESSO C., *La novellata mediazione e due precetti con sanzione positiva*, in *Giurisprudenza italiana*, 1, 2014, 89. Con riferimento specifico al diritto tributario, si rimanda a C. PREZIOSI, *Il condono fiscale*, Milano, 1987; D. COPPA e S. SAMMARTINO, voce *Sanzioni tributarie*, in *Enciclopedia del Diritto*, XLI, Milano, 1989, 420. In particolare, si è sostenuto l'esistenza di sanzioni positive «capaci di surrogare la pena e di forgiare prestazioni utili nella direzione della tutela del bene giuridico. Si tratta, dunque, di sanzioni cofunzionali agli scopi della pena, perché orientate sul bene giuridico e vicine a quest'ultimo: vengono incoraggiati comportamenti di salvaguardia e la vicinanza al bene protetto è scandita da ben precisi limiti temporali, tali da scongiurare il pericolo di una estensione della punizione» (cfr. C. PIERGALLINI, *Non punibilità e condoni fiscali*, in *Rassegna Tributaria*, 1, 2006, 99).

⁴³ Si ricorda che, secondo la più attenta dottrina, le agevolazioni costituiscono una misura che l'ordinamento tributario istituisce per il perseguimento degli obiettivi posti dalla Costituzione, e nel caso di specie è innegabile che la finalità della norma in commento sia la realizzazione anche dei principi di capacità contributiva e buon andamento della pubblica amministrazione. Sulla natura delle agevolazioni, senza pretesa di esaustività, si richiamano: A. FEDELE, *Profilo dell'imposta sugli incrementi di valore nelle aree fabbricabili*, Napoli, 1966, 81; S. LA ROSA, *Eguaglianza tributaria ed esenzioni fiscali*, Milano, 1968, 139; F. FICHERA, *Le agevolazioni fiscali*, Padova, 1992, 28; S. LA ROSA, *Le Agevolazioni fiscali*, in A. AMATUCCI (a cura di), *Trattato di Diritto Tributario*, vol. I, Padova, 1994, 409; P. RUSSO, *Manuale di diritto tributario*, Milano, 1999, 133; E. DE MITA, *Principi di Diritto tributario*, Milano, 1999, 21; M. BASILAVECCHIA, *Agevolazioni, esenzioni ed esclusioni (diritto tributario)*, in

ordinario⁴⁴. Si tratta, cioè, di una diversa regolamentazione degli obblighi formali cui è assoggettato il contribuente e di una limitazione dei poteri di accertamento dell'Agenzia delle Entrate, che tuttavia dovrebbe mantenere⁴⁵ la possibilità di procedere ad accertamento nei confronti del contribuente.

4. Sulla discrezionalità attribuita al Ministro dell'Economia e delle Finanze

Un profilo meritevole di approfondimento attiene all'evidente ampiezza dell'ambito di discrezionalità devoluto dal legislatore alla potestà regolamentare del Ministro dell'Economia e delle Finanze.

È agevole osservare che la disposizione in commento presenta un evidente contenuto programmatico e non immediatamente precettivo⁴⁶.

Invero, come suesposto, la norma non individua in alcun modo né il contenuto minimo degli indici, né gli effetti derivanti dall'applicazione degli stessi, limitandosi a prevedere che all'applicazione degli stessi siano «collegati livelli di premialità per i contribuenti più affidabili, anche consistenti nell'esclusione o nella riduzione dei termini per gli accertamenti». Anche tale previsione appare lacunosa ed approssimativa, sol che si consideri che il legislatore, con l'utilizzo del termine «anche»⁴⁷, non impone che all'applicazione degli indici conseguano necessariamente effetti sui termini di accertamento, attribuendo alla normativa regolamentare il compito di prevedere, a scelta, esclusioni o riduzioni di tali

Rassegna Tributaria, 2002, 429; P. Boria, *Il sistema tributario*, Torino, 2008, 1035; F. TESAURO, *Istituzioni di diritto tributario*, I, Torino, 2011, 64, ove si legge che «il tributo è mezzo di attuazione del principio di solidarietà ed è strumento per l'adempimento dei fini sociali, che la Costituzione assegna alla Repubblica»; A. PACE, *Le Agevolazioni fiscali. Profili procedurali e processuali*, Torino, 2012, 36; F. AMATUCCI, *Principi e nozioni di diritto tributario*, Torino, 2013, 102; M. CEDRO, *La fiscalità di vantaggio nella prospettiva del diritto dell'Unione Europea*, Padova, 2015, 7.

⁴⁴ Va rilevato che l'art. 10 del D.l. 06-12-2011 n.201, è espressamente rubricato «regime premiale per favorire la trasparenza». Anche con riferimento all'ipotesi di cui al D.l. 05-08-2015 n.127, il legislatore non usa mai il termine «sanzione premiale», bensì quello di «incentivi».

⁴⁵ Diversa è l'ipotesi in cui venga prevista l'esclusione di qualsiasi potere di accertamento nei confronti del soggetto rispettoso dei criteri di accesso al regime premiale. In tal caso, la definitività del rapporto tributario potrebbe essere assimilata, senza dubbio, ad una sanzione premiale.

⁴⁶ L'introduzione dell'istituto è infatti subordinata all'emanazione dei D.M. di approvazione degli indici.

⁴⁷ Si ritiene a tal fine utile riportare un estratto della voce "anche" del dizionario Treccani: «**Anche** (ant. o tosc. anco) cong. [etimo incerto]. – 1. a. Particella aggiuntiva, che serve per riferire a una persona o cosa o nozione quanto già si è affermato, o si sottintende, d'altre persone o cose o nozioni: ...c. Per accennare possibilità, eventualità: ...»

termini⁴⁸.

La legge pertanto demanda al Ministro dell'Economia e delle Finanze, che provvederà con proprio decreto, il compito non solo di determinare la disciplina puntuale dei suddetti indici, ma anche l'individuazione dei soggetti che potranno accedere ai regimi premiali ad essi connessi, nonché i tempi dell'entrata in vigore di tali indici e gli effetti che gli stessi produrranno ex lege. Inoltre, subordina la cessazione degli effetti degli studi di settore, previsti dalla legge, all'adozione degli indici stessi.

Chi scrive ritiene che i decreti di approvazione degli indici debbano avere natura regolamentare, ai sensi dell'art. 17 della Legge n.400 del 23-08-1988⁴⁹. È appena il caso di ricordare che secondo le Sezioni Unite della Corte di Cassazione i regolamenti «sono espressione di una potestà normativa attribuita all'Amministrazione, secondaria rispetto alla potestà legislativa, e disciplinano in astratto tipi di rapporti giuridici mediante una regolazione attuativa o integrativa della legge, ma ugualmente innovativa rispetto all'ordinamento giuridico esistente, con precetti che presentano, appunto, i caratteri della generalità e dell'astrattezza, intesi essenzialmente come ripetibilità nel tempo dell'applicazione delle norme e non determinabilità dei soggetti cui si riferiscono»⁵⁰.

Ai decreti ministeriali, che, come suesposto, detteranno quasi integralmente la disciplina degli indici, sia con riguardo al loro contenuto che agli effetti ed alla platea dei soggetti destinatari⁵¹, non può negarsi la natura regolamentare perché

⁴⁸ È interessante a tal fine riportare talune espressioni, con riguardo all'art. 7 bis, contenute nel Dossier di accompagnamento al D.d.l. A.S. 2595, di conversione del D.l. n.193/2016, redatto dagli uffici del Senato della Repubblica nel mese di novembre 2016. Così vi si legge: «a riguardo si osserva che l'utilizzo del termine anche connesso alle ipotesi di premialità definibili con decreto ministeriale potrebbe tradursi in un eccesso di discrezionalità amministrativa con riferimento ad un profilo particolarmente sensibile per i suoi riflessi in termini di probabilità di assoggettare ad accertamento i contribuenti».

⁴⁹ L'art. 17 della l. n.400/88 disciplina la formazione dei regolamenti, prevedendo che possano essere emanati anche attraverso Decreti Ministeriali, «quando la legge espressamente conferisca tale potere» e che anche in questo caso vanno adottati previo parere del Consiglio di Stato, sottoposti al visto ed alla registrazione della Corte dei conti e pubblicati nella Gazzetta Ufficiale».

⁵⁰ Cass., SS. UU., 28 novembre 1994 n.10124; Cass., sez. III, 22 febbraio 2000 n.1972.

⁵¹ Diverso è il caso dei decreti ministeriali di approvazione degli studi di settore, che sono stati preceduti da una legge che prevede già, almeno in via generale, gli elementi essenziali al fine di individuare il contenuto dello strumento e la platea dei soggetti nei confronti dei quali trova applicazione. Si veda la formulazione degli artt. 62 bis e 62 sexies del D.l. n.131/93 e dell'art. 10

sono dotati dei caratteri della generalità e astrattezza, espressivi questi ultimi della ripetibilità nel tempo dell'applicazione delle disposizioni in essi contenute e della non determinabilità a priori dei soggetti cui si riferiscono⁵².

Anche la loro portata innovativa è innegabile, ove si consideri che in tali decreti ministeriali saranno fissati i criteri in base ai quali sarà possibile determinare gli indici sintetici di affidabilità e i livelli di premialità da attribuire ad ogni contribuente, e senza tali criteri non sarebbe possibile procedere all'individuazione del grado di affidabilità e delle relative conseguenze premiali.

Dal riconoscimento della natura regolamentare dei Decreti ministeriali sorge la necessità dell'acquisizione dell'obbligatorio parere del Consiglio di Stato, previsto dall'art. 17 della l. n.400/1988, nonché del visto della Corte dei Conti.

Appare a tal fine utile operare una comparazione con le previsioni legislative che disciplinano gli studi di settore, ossia lo strumento i cui effetti cesseranno contestualmente all'adozione degli indici di affidabilità.

Anche l'art. 62 bis del D.l. n.131/93⁵³ contiene una delega al Ministro per la determinazione del contenuto degli studi di settore: tuttavia, a differenza di quanto previsto dall'art. 7 bis del D.l. n.193/2016, il legislatore del 1993 ha individuato, sia pure in via generale il procedimento di elaborazione degli studi⁵⁴, il loro contenuto

della l. n.146/98.

⁵² Sulla natura regolamentare dei D.P.C.M. di approvazione dei parametri, ad esempio, si richiamano: Comm. Trib. Prov. di Torino, sez. XII, 25 giugno 2001, n.26; Comm. Trib. Prov. di Firenze, sez. X, 26 novembre 2001, n.126, Comm. Trib. Prov. di Lecce, sez. VII, 17.5.2002, n.229, Comm. Trib. Prov. Di Matera, sez. III, 26-11-2002, n.236, Comm. Trib. Reg. di Palermo, sez. XXIII, 26.5.2005 n.49.

⁵³ L'art. 62 bis del D.l. 30-08-1993 n.331, convertito in l. 29-10-1993 n.427, nella formulazione attualmente in vigore, così dispone: «Gli uffici del Dipartimento delle entrate del Ministero delle finanze, sentite le associazioni professionali e di categoria, elaborano, entro il 31 dicembre 1996, in relazione ai vari settori economici, appositi studi di settore al fine di rendere più efficace l'azione accertatrice e di consentire una più articolata determinazione dei coefficienti presuntivi di cui all'articolo 11 del decreto-legge 2 marzo 1989, n.69, convertito, con modificazioni, dalla legge 27 aprile 1989, n.154, e successive modificazioni. A tal fine gli stessi uffici identificano campioni significativi di contribuenti appartenenti ai medesimi settori da sottoporre a controllo allo scopo di individuare elementi caratterizzanti l'attività esercitata. Gli studi di settore sono approvati con decreti del Ministro delle finanze, da pubblicare nella Gazzetta Ufficiale entro il 31 dicembre 1995, possono essere soggetti a revisione ed hanno validità ai fini dell'accertamento a decorrere dal periodo di imposta 1995».

⁵⁴ L'elaborazione degli studi di settore è subordinata alla consultazione delle associazioni di categoria ed è previsto che gli uffici debbano individuare gli elementi caratterizzanti le singole attività esercitate sulla base di appositi controlli svolti su campioni significativi di contribuenti.

minimo, mediante il rinvio ai coefficienti presuntivi di cui all'art. 11 del D.I. 2 marzo 1989 n.69⁵⁵, e gli effetti della loro applicazione. Questi ultimi risultano individuati dal terzo comma dell'art. 62 ter del D.I. n.131/93⁵⁶ e dall'art. 10 della l. n.146/98.

La già ampia discrezionalità attribuita dal legislatore al Ministro, con riferimento agli studi di settore, appare ulteriormente allargata con riferimento agli indici sintetici di affidabilità, per i quali non è espresso né un termine perentorio di entrata in vigore, né alcuna indicazione sul contenuto e gli effetti. A differenza di quanto disciplinato in tema di studi di settore, l'art. 7 bis non prevede né che nel corso del procedimento di formazione degli indici siano consultate le associazioni di categoria⁵⁷ né che, ai fini della sua applicazione, sia obbligatoria l'istituzione del

⁵⁵ L'art. 11 del D.I. n.69/89, convertito in l. 27-04-1989 n.154, così dispone: «In relazione ai vari settori economici sono elaborati, viste le caratteristiche e le dimensioni dell'attività svolta, coefficienti presuntivi di compensi e di ricavi. I coefficienti sono determinati sulla base di parametri economici utilizzabili in relazione a singoli settori di attività ed al rispettivo andamento, tenendo anche conto del contributo diretto lavorativo, anche con riferimento al periodo iniziale e finale dell'attività. L'ammontare calcolato a norma del comma 1 è assunto, ai fini dell'imposta sul valore aggiunto, anche per la determinazione del volume di affari, tenuto conto dei diversi criteri che disciplinano il momento di effettuazione delle operazioni. Il volume di affari o il maggior volume di affari risultante dall'applicazione dei coefficienti, si presume, salvo prova contraria, relativo ad operazioni imponibili con l'aliquota dell'imposta di cui all'articolo 16, primo comma, del decreto del Presidente della Repubblica 26 ottobre 1972, n.633, e successive modificazioni. Le informazioni necessarie per la determinazione dei coefficienti di cui al comma 1 possono essere desunte, oltre che dalle dichiarazioni dei contribuenti ai fini delle imposte sui redditi e dell'imposta sul valore aggiunto, dagli accertamenti degli uffici e dagli altri dati ed elementi in possesso dell'Amministrazione, da informazioni richieste agli enti locali, alle organizzazioni economiche di categoria nonché ad enti ed istituti, ivi comprese società specializzate in rilevazioni economiche settoriali [...] Con decreti del Presidente del Consiglio dei ministri, adottati su proposta del Ministro delle Finanze e sentito il Consiglio dei ministri, da pubblicare nella Gazzetta Ufficiale entro il 30 settembre dell'anno al quale si riferiscono, sono determinati i coefficienti presuntivi di compensi e di ricavi, con la sommaria indicazione dei criteri seguiti per la loro formulazione. Il Ministro delle finanze istituisce un apposito ufficio centrale, gestito unitariamente dalle direzioni generali delle imposte dirette e dalla direzione generale delle tasse per quanto riguarda l'imposta sul valore aggiunto, con il compito di elaborare ed aggiornare periodicamente i coefficienti di cui al comma 1; a tal fine il suddetto ufficio dovrà individuare dati ed elementi informativi, da richiedere ai contribuenti in allegato alle dichiarazioni dei redditi e dell'IVA o ad integrazione di essi su esplicita richiesta degli uffici. Tali dati ed informazioni devono avere caratteristiche di analiticità sufficienti a consentire un'agevole collocazione del contribuente all'interno delle categorie di attività di cui al comma 1 ed una corretta individuazione dei coefficienti di ricavi, compensi e corrispettivi attribuibili.»

⁵⁶ L'art. 62 ter del citato D.I. n.131/93, al comma terzo, prevede che «gli accertamenti di cui agli articoli 39, primo comma, lettera d), del decreto del Presidente della Repubblica 29 settembre 1973, n.600, e successive modificazioni, e 54 del decreto del Presidente della Repubblica 26 ottobre 1972, n.633, e successive modificazioni, possono essere fondati anche sull'esistenza di gravi incongruenze tra i ricavi, i compensi ed i corrispettivi dichiarati e quelli fondatamente desumibili dalle caratteristiche e dalle condizioni di esercizio della specifica attività svolta, ovvero dagli studi di settore elaborati ai sensi dell'articolo 62 bis del presente decreto».

⁵⁷ Così è previsto per gli studi di settore dall'art. 62 bis del D.I. n.331/93.

contraddittorio anticipato con il contribuente⁵⁸. Si tratta di due elementi che incidono sulla capacità inferenziale dello strumento statistico, ed in particolar modo il contraddittorio anticipato, che certamente consente di giungere ad un risultato che rispecchia, in modo più adeguato, la reale situazione economica del soggetto⁵⁹.

Alla medesima considerazione si perviene, ove si prendano in considerazione gli altri regimi premiali introdotti recentemente nell'ordinamento tributario. È sufficiente evidenziare che, con riguardo al c.d. «regime premiale» previsto per i contribuenti soggetti agli studi di settore, di cui al comma nove dell'art. 10 del D.L. n.201/2011⁶⁰, la legge individua con precisione gli effetti premiali connessi all'applicazione del regime⁶¹ e, al successivo comma 10, le condizioni di accesso, demandando ai provvedimenti secondari soltanto la determinazione di alcuni degli indici di cui al comma 10. Similmente, il D.lgs 5 agosto 2015 n.127 disciplina, in modo abbastanza puntuale, sia la disciplina del regime opzionale di trasmissione telematica delle fatture, sia gli effetti premiali connessi al rispetto delle citate disposizioni sia le ipotesi di cessazione di tali effetti.

A parere di chi scrive, potrebbe ravvisarsi una palese illegittimità costituzionale della norma per violazione degli artt. 3, 23, 53 e 76 della Costituzione, in tema di

⁵⁸ Si veda l'art. 10, comma 3 – bis, della l. n.146/1998.

⁵⁹ Sulla necessità del contraddittorio anticipato in seno al procedimento di applicazione degli studi di settore, cfr., ex multis, Cassazione, sentenze n.26638/09; n.23017/2011; n.25902/15; 24506/15. Cfr. ex multis, A. MARCHESELLI, *Le Sezioni Unite sulla natura presuntiva degli studi di settore*, in *Corriere Tributario*, 4, 2010, 251; M. BASILAVECCHIA, *Metodi di accertamento e capacità contributiva*, in *Rassegna Tributaria*, 5, 2012, 1107; A. COMELLI, *Poteri e atti nell'imposizione tributaria*, Padova, 2012, 364; E. Della Valle, *Note minime in tema di accertamenti standardizzati*, in *Rassegna Tributaria*, 4, 2014, 695; L. STRIANESE, *La Tax Compliance nell'attività conoscitiva dell'amministrazione finanziaria*, Ariccia, 2014. Sul principio del contraddittorio in generale si segnalano, tra gli altri, G. RAGUCCI, *Il contraddittorio nei procedimenti tributari*, Torino, 2009; F. TUNDO, *Procedimento tributario e difesa del contribuente*, Padova, 2013; S. SAMMARTINO, *Il diritto al contraddittorio endoprocedimentale*, in *Rassegna Tributaria*, 4, 2016, 986; G. CORASANITI, *Il principio del contraddittorio nella giurisprudenza nazionale e dell'Unione Europea*, in *Diritto e Pratica Tributaria*, 4, 2016, 1575; A. GIOVANNINI, *Il contraddittorio endoprocedimentale*, in *Rassegna Tributaria*, 1, 2017, 11.

⁶⁰ L'art. 10 del D.l. 06-12-2011 n.201, è rubricato «regime premiale per favorire la trasparenza».

⁶¹ Tali effetti consistono nella preclusione degli accertamenti fondati su presunzioni gravi, precise e concordanti, nella riduzione dei termini di decadenza per l'accertamento e nella previsione che l'accertamento sintetico possa essere ammesso a condizione che il reddito sinteticamente accertabile ecceda almeno di un terzo quello dichiarato.

uguaglianza di trattamento, riserva di legge, capacità contributiva e limiti della normativa delegata.

Va ribadito che non si tratta di una disciplina procedimentale, ma di un nuovo regime fiscale cui i contribuenti saranno assoggettati automaticamente, senza previo contraddittorio. L'accesso o meno al regime premiale, anche in dipendenza delle agevolazioni che il Ministro vorrà riconnettere all'affidabilità del contribuente, potrà quindi incidere sulla determinazione dell'imponibile e dell'imposta, oltre che sulle successive attività di accertamento da parte dell'Amministrazione finanziaria⁶².

In particolare, la previsione secondo la quale la scelta dei soggetti da ammettere al regime premiale, quale esso sia, viene demandata al Ministro dell'Economia e delle Finanze, senza che vengano oltretutto fissati limiti temporali entro i quali gli atti regolamentari devono essere emessi, potrebbe in astratto condurre all'applicazione di discipline differenziate tra soggetti, giustificate unicamente dall'avvenuta approvazione o meno degli indici di affidabilità: va infatti considerato che ogni indice è relativo ad una attività economica e non è precisato che tutti gli indici debbano essere approvati contemporaneamente. L'effetto positivo dell'adozione degli indici può inoltre essere influenzato dalla circostanza che ove l'indice sia applicato anche per l'anno di imposta entro il quale viene approvato, il contribuente non essendo, fin dall'inizio dell'anno, a conoscenza del suo contenuto, potrebbe non tenere i comportamenti necessari al fine di raggiungere un soddisfacente livello di premialità. Inoltre, non essendo forniti dalla legge ulteriori criteri direttivi, oltre la laconica previsione di "livelli di premialità" e la facoltà di disporre l'esclusione dall'accertamento o la riduzione dei termini di decadenza dall'azione dell'Agenzia delle Entrate, potrebbe verificarsi che, per categorie di attività diverse ma simili vengano approvati indici ingiustificatamente differenziati ovvero riconosciuti livelli di premialità non omogenei, con palese

⁶² Ciò avverrebbe nel caso in cui, come espressamente previsto dall'art. 7 bis, al livello di affidabilità attribuito al contribuente fosse riconnessa l'esclusione dell'attività di accertamento da parte dell'Agenzia delle Entrate.

violazione dei principi di ragionevolezza⁶³ e di proporzionalità⁶⁴.

Invero, non appare costituzionalmente corretto demandare alla potestà regolamentare del Ministro dell'Economia e delle Finanze, la quasi totale regolamentazione del regime premiale, sia con riferimento all'identificazione dei requisiti di accesso, che dei vantaggi conseguenti. Sarebbe stato quantomeno opportuno che, similmente alle altre esperienze premiali, alle quali si è fatto cenno, il legislatore individuasse, in via generale, i soggetti destinatari e i criteri, devolvendo alla normativa secondaria solo la specificazione di elementi di dettaglio.

Sulla base dell'attuale formulazione dell'art. 7 bis, il Ministro dell'Economia e delle Finanze potrebbe, in astratto, disciplinare ipotesi simili in modo totalmente differente, sia con riferimento a settori economici affini sia all'interno dello stesso settore economico⁶⁵, con diversificati benefici. Si potrebbero verificare casi in cui, per mera scelta del Ministro, ad un minimo scostamento dagli indici corrispondano effetti premiali radicalmente differenti.

L'assenza di un contraddittorio, ancorché eventuale, attivabile dal contribuente al fine di accedere al regime premiale a fronte della dimostrazione della correttezza del proprio operato potrebbe condurre all'esclusione dai benefici di quei soggetti per i quali l'analisi statistica non sia in grado di rappresentare la realtà, con la conseguente violazione del principio di uguaglianza.

Tali profili problematici sono stati rilevati anche in sede parlamentare: è stata presentata una proposta di legge⁶⁶ che, in 13 articoli, disciplina in modo

⁶³ Numerosissimi sono gli scritti in materia di ragionevolezza. Si rinvia, sul punto, a A. GIOVANNINI, *Capacità contributiva e imposizione patrimoniale: discriminazione qualitativa e limite quantitativo*, in *Rassegna Tributaria*, 5, 2012, 1131 e agli scritti ivi richiamati.

⁶⁴ Sul principio di proporzionalità si rinvia, tra gli altri, a G. PETRILLO, *Il principio di proporzionalità nell'azione amministrativa di accertamento tributario*, Ariccia, 2015; G. MOSCHETTI, *Il principio di proporzionalità come giusta misura del potere nel diritto tributario – premesse generali*, Padova, 2017.

⁶⁵ Si pensi all'ipotesi in cui per settori economici affini o similari vengano adottati indici fondati su elementi totalmente differenti, ovvero vengano riconosciuti livelli di premialità non omogenei.

⁶⁶ La proposta individuata con A.C. 4440 è stata presentata alla Camera dei Deputati il 20 aprile 2017 dai deputati Pelillo e Bernardo, ed è rubricata «Istituzione degli indici sintetici di affidabilità fiscale per gli esercenti attività di impresa, arti o professioni». Nella relazione alla proposta di legge è espressamente indicato che «si intende disciplinare in modo più articolato e sistematico il nuovo istituto».

sistematico il procedimento di elaborazione degli indici, la comunicazione dei dati rilevanti ai fini della loro applicazione, le cause di esclusione e gli effetti premiali, nonché le sanzioni in caso di omessa o infedele comunicazione dei dati rilevanti ai fini dell'applicazione di tali indici. A parere di chi scrive, una regolamentazione dell'istituto a livello legislativo è certamente auspicabile.

Un ulteriore profilo merita di essere esaminato. Con l'emanazione del Decreto Ministeriale con il quale vengono adottati gli indici sintetici di affidabilità, cessano di avere effetti ai fini dell'accertamento gli studi di settore. Va rilevato che l'art. 7 bis, comma secondo, del D.l. n.193/2016 non dispone l'abrogazione degli studi, bensì la cessazione dei loro effetti ai soli fini dell'accertamento dei tributi, nei confronti dei soggetti per i quali siano adottati gli indici di affidabilità. Ne consegue che, nell'ottica del legislatore, gli studi di settore potrebbero continuare a svolgere altri effetti, non meglio specificati⁶⁷.

Inoltre, essendo la cessazione degli effetti degli studi di settore connessa all'adozione degli indici, da effettuarsi mediante l'emanazione di Decreti Ministeriali, è evidente che resta devoluta alla mera discrezionalità del Ministro dell'Economia e delle Finanze la scelta se procedere o meno all'emanazione degli indici e pertanto alla cessazione degli effetti degli studi di settore nei confronti di determinate categorie di contribuenti.

Infine, va segnalato che l'art. 7 bis non prevede l'emissione di alcun provvedimento da parte dell'Agenzia delle Entrate, essendo tutto devoluto al Ministro dell'Economia e delle Finanze.

Tuttavia, in data 7 marzo 2017 l'Agenzia delle Entrate⁶⁸ ha emesso un comunicato stampa con il quale afferma che sarebbe in corso la sperimentazione di un discreto numero di indicatori ed assicura l'entrata in vigore, entro il 2018, di tale strumento con riferimento a 150 categorie di soggetti. A prescindere dalla lacunosità delle informazioni contenute nel comunicato, appare quantomeno

⁶⁷ Va segnalato che l'art. 11 della proposta di legge A.C. 4440 prevede la cessazione di qualsiasi effetto dei parametri e degli studi di settore.

⁶⁸ Chi scrive ricorda a sé stesso che, ai sensi dell'art. 59, commi 2, 3 e 4, del D.lgs 30 luglio 1999, n.300, l'Agenzia delle Entrate opera in virtù di una convenzione con il Ministero dell'Economia e delle finanze.

discutibile che l'adozione di uno strumento, che la legge attribuisce esclusivamente al Ministro, venga pubblicizzata ed anticipata da un comunicato stampa dell'Agenzia delle Entrate, cui non è devoluta alcuna competenza in tema di elaborazione degli indici e che dovrebbe, in futuro, essere il soggetto tenuto ad applicarli.

Ancor più discutibile appare la circostanza che il contenuto degli indici sintetici di affidabilità, nonché il meccanismo di elaborazione degli stessi ed i livelli di premialità connessi, di cui non vi è alcuna traccia nella norma, sembrano essere stati enucleati con chiarezza e resi noti al pubblico⁶⁹ dalla SO.S.E. in data 7 settembre 2016. Qualora gli indici di affidabilità che saranno approvati dal Ministro corrispondano a quelli individuati dalla So.S.E., non può che destare perplessità la circostanza che tali indici siano stati elaborati non solo prima che la norma di legge entrasse in vigore⁷⁰ ma anche prima che il Governo presentasse il relativo progetto alla Camera dei Deputati⁷¹.

A prescindere dal contenuto dei futuri atti regolamentari che saranno adottati, non può che auspicarsi che il legislatore, anche delegato, assuma, in futuro, comportamenti più rispettosi delle previsioni costituzionali in materia di legislazione tributaria, al fine di evitare che la disciplina fiscale possa essere concretamente elaborata, e resa nota, in assenza di precise disposizioni normative, da soggetti che sono espressione del potere esecutivo.

5. Notazioni conclusive

L'approvazione dell'art. 7 bis del D.l. n.193/2016 segna una condivisibile inversione di tendenza nel rapporto tra il Fisco ed il contribuente. L'utilizzo dello strumento presuntivo, che per la sua natura statistica non può che essere un mero indizio rappresentativo della realtà economica, viene correttamente indirizzato verso la individuazione dei soggetti affidabili e quindi, presumibilmente, meno

⁶⁹ I dati sono stati inseriti nel sito internet della So.S.E.

⁷⁰ L'art. 7 bis del D.l. n.193/16, introdotto dalla l. n.225/16, è entrato in vigore il 3 dicembre 2016.

⁷¹ La proposta di legge n. AC-4110, di conversione del D.l. n.193/16, è stato presentato alla Camera il 24 ottobre 2016.

propensi all'evasione, anziché essere posto a fondamento dell'accertamento di basi imponibili della cui esistenza non sussiste un riscontro certo.

L'istituto in commento potrebbe infatti costituire un utile mezzo per indirizzare il contribuente a tenere un comportamento fiscalmente corretto, a fronte della possibilità di ottenere vantaggi rispetto al regime ordinario.

Tuttavia, la norma presenta numerose lacune e soprattutto devolve al Ministro dell'Economia e delle Finanze la regolamentazione sia del procedimento di formazione ed applicazione degli indici, che degli effetti premiali.

Sono stati evidenziati taluni punti critici della disciplina legislativa in commento, sia in tema di scelta degli indici di affidabilità (e degli «indicatori» posti a fondamento di tali indici), che in materia di procedimento di formazione ed applicazione degli stessi. Suscita perplessità la carenza di una espressa previsione legislativa in tema di partecipazione delle associazioni di categoria alla formazione degli indici e in materia di contraddittorio anticipato con il contribuente.

Non sono ancora conosciuti gli effetti premiali connessi al raggiungimento dei vari livelli di premialità, e pertanto non è possibile determinare se saranno raggiunte le finalità esplicitate nella norma. Va in ogni caso segnalato che, affinché il regime premiale risulti attrattivo nei confronti dei contribuenti, è necessario che i vantaggi siano tangibili e non limitati alla riduzione dei termini di accertamento: è opportuno che ricomprendano anche, ad esempio, riduzioni di obblighi formali.

Infine, non vanno ignorati i rischi di trattamenti disomogenei nei confronti di soggetti che si trovino in situazioni similari, anche a fronte della difficoltà di delineare diversi livelli di premialità.

Si può concludere auspicando che il legislatore intervenga, nel più breve tempo possibile, per emendare la normativa già adottata, disciplinando il contenuto minimo degli indici ed individuando gli effetti premiali ed i criteri di gradazione degli stessi in ragione del livello di affidabilità raggiunto dal contribuente.

Brevi osservazioni sul criterio di cassa ai fini della determinazione del reddito delle imprese minori

di Andrea Poddighe

SOMMARIO: 1. Premessa: il reddito per le imprese minori – 2. Il principio di competenza nella dottrina contabile – 3. Il principio di competenza nel diritto tributario – 4. Brevi osservazioni sul criterio di cassa per le imprese minori: la capacità contributiva nell'epoca della crisi economica

1. Premessa: il reddito per le imprese minori

Dal 2017 il reddito d'impresa delle "imprese minori"¹ è "costituito dalla differenza tra l'ammontare dei ricavi di cui all'articolo 85 e degli altri proventi di cui all'articolo 89 percepiti nel periodo d'imposta e quello delle spese sostenute nel periodo stesso nell'esercizio dell'attività d'impresa".

A fronte di ciò, viene abolita la variazione delle rimanenze come elemento del reddito imponibile.

L'art. 66 Tuir, così come novellato dalla legge di bilancio per il 2017, tuttavia, non sposa appieno il criterio di cassa per la determinazione del reddito delle imprese minori: i componenti di reddito pluriennali (plusvalenze e minusvalenze, sopravvenienze attive e passive, ammortamento, canoni di *leasing*), il reddito da autoconsumo, le perdite su crediti e su beni strumentali e i proventi immobiliari continuano a essere determinati sulla base del principio di competenza.

La riforma ha lo scopo di agevolare le imprese minori in un momento di crisi economica: l'applicazione (ancorché parziale) del criterio di cassa per determinare il reddito d'impresa, infatti, dovrebbe consentire alle imprese in difficoltà di corrispondere le imposte su una ricchezza effettiva, perché materialmente percepita.

La novella legislativa rappresenta l'occasione per fare il punto su una tematica più volte affrontata dalla dottrina relativa alla maggiore coerenza al principio di capacità contributiva del criterio di cassa rispetto a quello di competenza ai fini

¹ L'art. 66 Tuir definisce le imprese minori come i soggetti (imprese individuali, società commerciali di persone, enti non commerciali) in regime di contabilità semplificata. L'art. 5, c. 1-bis, D.Lgs n.446/1997 prevede che tale regime abbia valore anche ai fini dell'Irap.

della determinazione del reddito d'impresa, quantomeno nei periodi di crisi economica.²

Sul punto si è perfino avanzata l'ipotesi di fondare la tassazione dell'impresa sul c.d. "reddito liquido" inteso quale "differenza liquida positiva pari al risultato del confronto algebrico delle disponibilità liquide alla fine del periodo di imposta con le disponibilità liquide all'inizio del periodo di imposta (...)"³.

Secondo questa proposta anche i ricavi e i costi pluriennali concorrerebbero a determinare il reddito d'impresa al momento della percezione o del pagamento. Inoltre, i finanziamenti dei terzi aumenterebbero il reddito d'impresa diminuendolo poi all'atto della restituzione. Viceversa, l'ingresso di capitale proprio non genererebbe alcun incremento di reddito, come il rimborso ai soci o la fuoriuscita dei beni dall'impresa della persona fisica o dell'ente non commerciale. Infine, la differenza liquida negativa sarebbe riportabile a nuovo.

Quindi, con il magazzino sparirebbero le plusvalenze, le sopravvenienze e gli ammortamenti.

Tale tesi è stata accolta come "la scelta più corretta anche sul piano della coerenza costituzionale con il principio di capacità contributiva, implicando di fatto l'adozione di un sistema di tassazione basato sulla valorizzazione degli incassi effettivi e delle spese realmente sostenute". La medesima dottrina è comunque dell'avviso di perpetuare l'applicazione del principio di competenza come deroga alla "effettività del principio di cassa" laddove vi siano esigenze di precisione che si manifestano "solo in presenza di determinate condizioni di complessità dell'impresa"⁴.

² Il criterio di cassa si caratterizza per essere connotato da una marcata materialità come effettiva riscossione del denaro (o dei beni).

Viceversa, il criterio di competenza attiene, essenzialmente, alla percezione del reddito come acquisizione del diritto di credito o di debito (su questi aspetti si veda A. CARINCI, *Il fattore temporale nell'imposta sui redditi: tra disciplina e definizione delle ipotesi categoriali e del reddito complessivo*, Riv. Dir. Fin., 2000, pag. 618 e ss.).

³ M. Versiglioni, *Il "reddito liquido": lineamenti, argomenti ed esperimenti*, Riv. Dir. Trib., 2014, pag. 741.

⁴ R. Lupi, in R. Lupi - M. Versiglioni, *Il "reddito liquido" e la relativizzazione del principio di competenza*, in Dialog. Trib., 2015, pag. 407.

2. Il principio di competenza nella dottrina contabile

Il principio di competenza economica esiste, *de facto*, da mezzo millennio⁵. Da un punto di vista aziendalistico, esso è strettamente correlato alle cosiddette “scritture di assestamento”, ossia alle scritture di “integrazione” e di “rettifica” che devono essere operate a fine esercizio per la corretta determinazione del reddito “di periodo”.

Si può quindi far coincidere il sorgere del principio con le prime rilevazioni degli assestamenti, già presenti nella prassi contabile, per l'appunto, dal XVI secolo. Al riguardo, il primo studioso che ha introdotto gli assestamenti di fine esercizio (in particolare le rimanenze di magazzino) è stato Angelo Pietra⁶, mentre altre scritture (in particolare i ratei e i risconti, anche se non venivano chiamati in questa maniera) sono state poi illustrate nel volume di Lodovico Flori⁷.

Con la crescita dimensionale delle aziende e, soprattutto, con il complicarsi dell'operatività delle combinazioni produttive, nei secoli successivi si sono progressivamente aggiunte ulteriori scritture di fine periodo (come gli accantonamenti a fondi rischi e fondi spese future e gli ammortamenti dei beni pluriennali).

⁵ A. Amaduzzi, *I bilanci di esercizio delle imprese*, Utet, Torino, 1974; F. Besta, *Corso di ragioneria professato alla classe di magistero nella R. Scuola Superiore di Commercio in Venezia*, Parte prima, *Ragioneria Generale*, Volume I, Coi tipi dei Fratelli Visentini, Venezia, 1891; CNDC-Consiglio Nazionale dei Dottori Commercialisti, *Principi contabili. Bilancio d'esercizio. Finalità e postulati*, Documento n. 1, Giuffrè, Milano, 1975; F. De Gobbis, *Il bilancio delle società anonime*, Società Editrice Dante Alighieri, Milano-Roma-Napoli, 1925; L. Flori, *Trattato del modo di tenere il libro doppio domestico col suo esemplare*, per Decio Cirillo, Palermo, 1636; P. Onida, *Il bilancio delle aziende commerciali. La determinazione del capitale di bilancio*, Giuffrè, Milano, 1935; A. Pietra, *Indirizzo degli economi, ossia ordinatissima istruttione da sregolatamente formare qualunque scrittura in un libro doppio; aggiuntovi l'esemplare di un libro nobile col suo giornale, ad uso della congregation cassinese, dell'ordine di S. Benedetto. Con due tavole, l'una de' capitoli, et l'altra delle cose più degne, a pieno intendimento di ciascuno. Opera nuova, non meno utile che necessaria, a Religiosi, che vivono delle proprie Rendite, & ad ogni Padre di Famiglia, che si diletta del Libro Doppio*, per Francesco Osanna, Mantova, 1586; F. Villa, *La contabilità applicata alle Amministrazioni private e pubbliche, ossia elementi di scienze economico-amministrative applicate alla tenuta dei registri, ed alla compilazione e revisione dei rendiconti*. Opera divisa in due parti. Parte prima, presso l'Editore-Librajo Angelo Monti, Milano, 1840; F. Villa, *Elementi di amministrazione e contabilità*, Bizzoni Eredi di Pietro, Pavia, 1850; G. Zappa, *Le valutazioni di bilancio con particolare riguardo ai bilanci delle società per azioni*, Società Editrice Libreria, Milano, 1910.

⁶ A. Pietra, *Indirizzo degli economi (...)*, Mantova, 1586.

⁷ L. Flori, *Trattato del modo di tenere il libro doppio (...)*, Palermo, 1636.

In Italia già da metà Ottocento in avanti sono apparsi importanti trattati con un'ampia disamina sulle valutazioni⁸ e dal Novecento centrati anche in particolare sul bilancio di esercizio⁹. Tuttavia, anche se risulta implicitamente e talvolta si ritrova in queste opere il concetto di "competenza economica", in nessuna di esse tale principio viene trattato ed illustrato, come se esso dovesse considerarsi un fatto congenito alla valutazione e non necessitasse quindi di spiegazioni.

D'altro canto, anche dal punto di vista della disciplina legale del bilancio, il legislatore ha introdotto specifici criteri di valutazione solo nel codice civile del 1942 ma senza fare alcun riferimento ai principi e postulati di bilancio (prudenza, competenza, etc.), i quali sono stati recepiti dal nostro ordinamento solo con l'attuazione della IV direttiva Cee nel 1991.

In altri termini, anche se il principio di competenza era ben noto agli addetti ai lavori ed era regolarmente applicato nei bilanci delle aziende già da molto tempo, dal punto di vista legislativo, esso è assunto tra i principi-base per la redazione del bilancio solo in tempi relativamente recenti.

D'altro canto, il principio della competenza economica è strettamente correlato alla dinamica e all'interrelazione "costi-ricavi" ed il conto economico è stato solo di recente disciplinato dal legislatore.

Difatti, il codice civile del 1942 prevedeva la disciplina del prospetto di Stato patrimoniale – contenente attivo, passivo e netto – mentre quella del conto economico (denominato "conto dei profitti e delle perdite") è stata inserita nel codice soltanto con la L. 7 giugno 1974, n. 216.

Ecco che l'art. 2425 *bis* c.c. originariamente recitava: "il conto dei profitti e delle perdite deve esporre i ricavi ed i costi imputati all'esercizio", richiamando così, ma ancora una volta solo indirettamente, il principio di competenza economica.

Tale contesto ha fatto sì che solo a partire da quegli anni gli scritti sul bilancio iniziassero a contenere espliciti richiami e, soprattutto, illustrazioni del principio di

⁸ F. Villa, *La contabilità applicata* (...), Milano, 1840; F. Villa, *Elementi di amministrazione e contabilità*, Bizzoni Eredi di Pietro, Pavia, 1850; F. Besta, *Corso di ragioneria* (...), Venezia, 1891.

⁹ G. Zappa, *Le valutazioni* (...), Milano, 1910; P. Onida, *Il bilancio delle aziende commerciali* (...), Milano, 1935.

competenza economica.

In ogni caso, dagli anni '70 del Novecento il principio di competenza economica è stato chiaramente nominato tra i "postulati del bilancio" dei principi contabili e, dal punto di vista legislativo, come si è detto, è stato inserito nel disposto della IV direttiva Cee del 1978, recepita in Italia con D.Lgs n.127 del 9 aprile 1991.

Da questo momento, l'art. 2423-bis¹⁰ dispone che nella redazione del bilancio "si deve tener conto dei proventi e degli oneri di competenza dell'esercizio, indipendentemente dalla data dell'incasso o del pagamento" nonché "dei rischi e delle perdite di competenza dell'esercizio, anche se conosciuti dopo la chiusura di questo".

La norma, invero, si presenta estremamente lacunosa perché non fornisce alcuna definizione del concetto di competenza e nulla dice su come si debba attuare la correlazione tra costi e ricavi.

La qualificazione dei principi viene pertanto demandata ai principi contabili nazionali e internazionali¹¹.

Premesso che del principio di competenza si fa già menzione nel documento n. 1 del Consiglio Nazionale dei Dottori Commercialisti (CNDC, 1975), attualmente esso trova collocazione negli OIC 11 e 15 nonché nel *Framework* dei principi contabili internazionali e nello IAS 18.

Dall'insieme dei suddetti documenti emerge che i principi contabili nazionali rappresentano il fenomeno della competenza in modo non dissimile dai principi contabili internazionali¹².

Infatti, per entrambi esso è uno dei postulati fondamentali ai fini della redazione del bilancio.

La prassi internazionale e la prassi interna spono la visione anglosassone¹³ della competenza per la quale i ricavi rilevano in base al principio di realizzazione e i costi in base a quella di correlazione degli stessi con i ricavi. Correlazione che si

¹⁰ Art. 3, D.Lgs. 9 aprile 1991, n. 127.

¹¹ E. Santesso-U. Sòstero, *Principi contabili per il bilancio d'esercizio*, 2016, Egea, p. 49.

¹² M. Caratozzolo, *Il Bilancio di Esercizio*, Giuffrè, 1998, p. 140.

¹³ U. Sòstero, *Il postulato della competenza economica nel bilancio di esercizio*, Giuffrè, 1998, p. 112.

può attuare anche in via indiretta¹⁴.

Andando al fondamento del principio di competenza, senza puntualizzare le sue varie declinazioni, si può affermare che esso rappresenti la conseguenza della suddivisione della vita dell'impresa in periodi amministrativi. In termini economico-aziendali la vita d'impresa è la gestione, ossia l'insieme unitario nel tempo e nello spazio delle operazioni che si susseguono dalla costituzione dell'azienda sino alla sua cessazione, l'insieme delle operazioni riferibili ad un determinato periodo amministrativo è denominato "esercizio".

È noto che l'utile (o la perdita) dell'impresa si apprezzi con certezza al termine della vita della stessa¹⁵ come differenza tra le entrate monetarie derivanti dalla cessione delle produzioni allestite e le uscite per gli acquisti dei fattori produttivi¹⁶.

Tuttavia, l'esigenza di controllo dell'andamento aziendale, la necessaria distribuzione dei dividendi e la stessa logica del sistema tributario che impongono di rilevare periodicamente il risultato d'esercizio, hanno obbligato le scienze aziendali a individuare le più idonee forme di rilevazione contabile al fine di determinare un risultato di esercizio il più vicino possibile a quello "reale"¹⁷.

In altri termini, il principio di cassa è maggiormente idoneo ad individuare il reddito totale e il capitale dell'intera vita dell'impresa poiché nell'ambito della vita di impresa le entrate e le uscite monetarie complessive rappresentano la manifestazione numeraria di tutti i ricavi e tutti i costi. Quando, invece, si rende necessario spezzare artificialmente l'insieme unitario delle operazioni di gestione della vita dell'impresa diviene fondamentale utilizzare il principio di competenza economica, che ha lo scopo di individuare il concorso dei costi e dei ricavi alla formazione del reddito dei singoli esercizi.

Se da un lato è agevole individuare il concorso delle operazioni di gestione che

¹⁴ E. Santesso - U. Sòstero, *Principi contabili per il bilancio d'esercizio*, 2016, Egea, p. 52.

¹⁵ P. Onida, *Il bilancio d'esercizio nelle imprese. Significato economico del bilancio. Problemi di valutazione*, Giuffrè, 1940, p. 45.

¹⁶ U. Sòstero, *Il postulato della competenza economica nel bilancio di esercizio*, Giuffrè, 1998, p. 3.

¹⁷ Negli anni '40 Onida si esprimeva così: la ricerca della "reale situazione dell'azienda o del patrimonio" è "un'entità tanto potente quanto misteriosa, avente sede nell'umana coscienza e dominante interamente le valutazioni di bilancio" (P. Onida, *Il bilancio d'esercizio nelle imprese. Significato economico del bilancio. Problemi di valutazione*, Giuffrè, 1940, p. 6).

iniziano e si concludono nell'ambito di uno stesso periodo amministrativo, altrettanto non può dirsi per il concorso delle operazioni che al termine del periodo amministrativo non si sono ancora concluse. Ed è proprio con riferimento alle operazioni in corso di svolgimento al termine dell'esercizio che si esplica il ruolo affidato al principio di competenza economica che consiste nell'attribuire i componenti di reddito ai diversi esercizi e nel determinare al termine di ogni esercizio il capitale ed il reddito d'esercizio dell'impresa¹⁸.

3. Il principio di competenza nel diritto tributario

Com'è noto, è solo con la L. 9 ottobre 1971, n.825¹⁹, attuata con i DPR nn. 597 e 598 del 1973 relativi, rispettivamente, all'introduzione dell'Irpef e dell'Irpeg, che si adegua il principio della competenza economica all'imposizione sull'impresa.

Nonostante la delega fosse molto netta, a fronte di un generale richiamo al principio della competenza, l'imputazione della singola componente del reddito non avveniva seguendo la prassi contabile nazionale, anche perché la norma tributaria

¹⁸ E. Santesso - U. Sòstero, *Principi contabili per il bilancio d'esercizio*, 2016, Egea, p. 44.

¹⁹ All'art. 2, c. 1, pt. 16, L.D. 9 ottobre 1971, n. 825 si disponeva, per i soggetti Irpef, che il reddito derivante dall'esercizio delle imprese dovesse essere determinato "secondo criteri di adeguamento del reddito imponibile a quello calcolato secondo principi di competenza economica, tenuto conto delle esigenze di efficienza, rafforzamento e razionalizzazione dell'apparato produttivo". Il successivo art. 3, pt. 5, richiamava tale principio anche per i soggetti Irpeg.

Per la Commissione Finanze e Tesoro della Camera dei Deputati sul disegno di legge delega, il richiamo al principio di competenza implicava "il tacito invito a ricorrere alla dottrina economico-aziendale per le interpretazioni di un testo di legge che può essere solamente generico" (riporta il contenuto della relazione della Commissione G. Tinelli, *Il reddito di impresa nel diritto tributario. Principi generali*, Giuffrè, 1991, p. 234). Sul punto la relazione governativa di accompagnamento del disegno di legge (punto n. 13) che ha preceduto l'introduzione della L. delega, art. 2, pt. 16 del 1971 specificava che la determinazione del reddito di impresa doveva adeguare il reddito imponibile "a quello effettivamente prodotto" così implicitamente rinviando ai principi contabili. La relazione è citata in G. Nanula, *Il principio di competenza economica nella tassazione del reddito di impresa*, in Riv. Dir. fin. Sc. Fin., 1986, I, p. 217 e ss. nota 12. Su tale argomento si veda Si veda G. Falsitta, *Il problema dei rapporti tra bilancio civile e bilancio fiscale nella riforma dell'imposta sulle società (IRES)*, in *Il reddito d'impresa tra norme di bilancio e principi contabili* a cura di R. Rinaldi, Giuffrè, 2004, p. 28; A. Cicognani, *L'imposizione del reddito d'impresa*, Padova, 1980, p. 141; A. Carinci, *Il fattore temporale nell'imposta sui redditi: tra disciplina e definizione delle ipotesi categoriali e del reddito complessivo*, Riv. Dir. Fin., 2000, pag. 618 e ss.; G. Zizzo, *Regole generali sulla determinazione del reddito d'impresa*, in *Giurisprudenza sistematica di diritto tributario* diretta da F. Tesaro, Torino, 1994, Vol. II, pag. 525; A. Cicognani, *Il principio di competenza nel T.U. con particolare riguardo all'art. 75*, in AA.VV. *Il reddito di impresa nel nuovo Testo Unico*, Padova, 1988, p. 567 e ss.; F. Tesaruo, *Esegesi delle regole generali sul calcolo del reddito d'impresa*, in AA.VV. *Commentario al Testo Unico sulle imposte sui redditi ed altri scritti*, Studi in memoria di A.E. Granelli, Roma-Milano, 1990, pp. 223 e ss.

era informata a specifici criteri fiscali (capacità contributiva, certezza dei rapporti giuridici e lotta all'evasione) ed extrafiscali (rafforzamento della struttura produttiva delle imprese)²⁰.

Il legislatore aveva dunque creato "un proprio concetto di imputazione al periodo d'imposta dei diversi componenti, terminologicamente ispirato al principio di competenza economica, ma di fatto costruito avendo riguardo ad esigenze del tutto diverse da quelle sottostanti il principio di rilevazione contabile"²¹.

In ogni caso, la normativa escludeva tendenzialmente il principio di cassa dalla determinazione del reddito d'impresa e sposava l'idea di fondo per la quale la determinazione del reddito di esercizio dovesse partire dalla "reale" capacità contributiva dell'impresa intesa come entità individuabile mediante l'applicazione della logica ragionieristica.

Con alcune variazioni, il cuore della "competenza tributaria" (art. 74 e 53, DPR 597, art. 75, DPR n.917/1986 e, dopo la riforma del 2004, art. 109, DPR n.917 del 1986) consiste ancora oggi nel far concorrere il costo o il ricavo solo laddove essi siano determinabili nell'ammontare e certi nell'esistenza.

Più precisamente e in linea tendenziale, i ricavi (e i costi) conseguenti alla compravendita di merci, materie prime e prodotti finiti, si considerano conseguiti (corrisposti) al momento della spedizione o della consegna, quelli conseguenti alla vendita di immobili al momento della stipulazione dell'atto e quelli conseguenti alle prestazioni di servizi al momento della loro ultimazione.

Completano il contesto normativo una serie di disposizioni speciali che precisano il peculiare concorso alla formazione del reddito di impresa da parte di specifici costi e ricavi²².

²⁰ A tale proposito, vi è chi ha paventato l'illegittimità costituzionale per eccesso di delega delle norme del Testo Unico per via delle importanti deroghe al principio della competenza cui l'art. 9, c. 2, lett. a), DPR n.597/1973 faceva richiamo (G. Nanula, *Il principio di competenza economica nella tassazione del reddito di impresa*, in Riv. Dir. fin. Sc. Fin., 1986, I, p. 223).

²¹ G. Tinelli, *Il reddito di impresa nel diritto tributario. Principi generali*, Giuffrè, 1991, pag. 235-236.

²² Per es., l'art. 94, Tuir sulla valutazione dei titoli, l'art. 101, c. 4, Tuir sulle sopravvenienze passive da mancato conseguimento di ricavi, l'art. 102, Tuir sugli ammortamenti, l'art. 105, Tuir sugli accantonamenti di quiescenza e previdenza, l'art. 106 relativo agli accantonamenti rischi su crediti, l'art. 107, Tuir in merito agli altri accantonamenti, l'art. 108 sulle spese relative a più esercizi, l'art. 110 sulle norme generali sulle valutazioni, ecc..

Sebbene la norma tributaria offra soluzioni concrete diverse dalla prassi contabile, la sua *ratio* non è così dissimile: l'idoneità alla contribuzione di quell'imprenditore è misurata dall'incremento patrimoniale generato per effetto dell'attività e non dalla percezione del denaro, ossia dalle sue disponibilità liquide.

Gli elementi di reddito sono acquisiti al patrimonio dell'impresa quali debiti o crediti²³ e, a fine anno, occorre effettuare operazioni di carattere valutativo o di rettifica che consentono di determinare con precisione i costi e i ricavi di competenza e di rinviare quelli relativi ad esercizi futuri.

Sarebbe però errato affermare che la percezione del denaro sia avulsa dalla determinazione del reddito secondo competenza²⁴.

L'incremento patrimoniale in cui gli elementi del reddito si risolvono è destinato a convertirsi fisiologicamente in denaro e, nel caso in cui ciò non avvenga, e cioè quando i crediti diventino inesigibili, si annulla il reddito in precedenza prodotto²⁵. In altre parole, l'incasso o il pagamento determinano stabilità della contribuzione.

Le regole sulla competenza subiscono delle varianti a seconda del soggetto passivo.

Infatti, per i soggetti IAS (dal 2008) e per le società diverse dalle micro-imprese (dal 2017), non operano i principi individuati dall'art. 109 Tuir. In estrema sintesi, in forza dell'art. 83 Tuir "valgono, anche in deroga alle disposizioni dei successivi articoli della presente sezione, i criteri di qualificazione, imputazione temporale e classificazione in bilancio previsti dai rispettivi principi contabili"²⁶.

²³ A. Fantozzi-F. Paparella, *Lezioni di diritto tributario dell'impresa*, Padova, 2014, pag. 109.

²⁴ Peraltro, alcuni componenti del reddito vengono imputati per cassa: i dividendi, i compensi agli amministratori, la percezione degli interessi di mora. Queste ipotesi sono eccezioni alla regola della competenza in quanto perseguono specifici obiettivi: esigenze di semplificazione (contributi o liberalità ex art. 88, interessi di mora ex art. 109, c. 7) oppure necessità antielusive (dividendi ex art. 89 e compensi spettanti agli amministratori ex art. 95).

²⁵ Lo sfasamento tra emersione del diritto e movimentazione di cassa è tollerato sul versante della misurazione della idoneità alla contribuzione "in quanto tale tolleranza è incardinata nel rapporto negoziale". Detto in altri termini "il distacco tra momento di competenza e momento della movimentazione del denaro e, in questo caso, inequivocabilmente voluto dai protagonisti dell'operazione, cosicché il problema della possibile, mancata conversione dei crediti o dei debiti in oscillazioni del numerario è già scontato, a monte, in occasione del perfezionamento dell'accordo e non pone problemi sul versante della capacità contributiva" (M. Beghin, *Il reddito d'impresa*, Torino, 2014, pag. 38).

²⁶ In merito al coordinamento dei principi contabili internazionali con la normativa del Tuir sull'imputazione temporale si rinvia a G. Fransoni, *L'imputazione a periodo nel reddito d'impresa*

4. Brevi osservazioni sul criterio di cassa per le imprese minori: la capacità contributiva nell'epoca della crisi economica

Seguendo la traccia proposta, si deve ora rispondere alla domanda se la novella legislativa possa rappresentare un dovuto correttivo alle regole di determinazione del reddito d'impresa in un momento di crisi economica e, in ultima analisi, se l'art. 66 Tuir sia più coerente con il principio di capacità contributiva rispetto all'applicazione *tout court* delle regole della competenza.

Per capire quale sia il criterio più rispettoso dell'art. 53 Cost., occorre chiedersi che cosa sia la capacità contributiva delle imprese in un momento di crisi economica e cioè se sia ancora valida l'impostazione degli anni '70 che la indentifica con la "competenza contabile" quale punto di partenza per la determinazione del reddito di impresa.

A tale proposito, a mio avviso, l'attitudine a contribuire in un momento di crisi economica deve essere coerente con la difficoltà per le imprese di far fronte ai debiti a causa della difficoltà di riscuotere i propri crediti e di accesso ai finanziamenti²⁷.

Se ciò è corretto, la scarsità della liquidità diviene fattore importante (non l'unico) per individuare la capacità contributiva della singola impresa.

In questa prospettiva, dunque, la determinazione del reddito per cassa ai sensi dell'art. 66 Tuir è più coerente rispetto alla determinazione del reddito per competenza?

La risposta non mi pare scontata. Applicare il principio di cassa in luogo di quello di competenza ai ricavi e ai costi in un periodo di crisi economica potrebbe non

dei soggetti IAS/IFRS, in Corr. Trib., 2008, pag. 3153; A. Vicini Rocchetti, *Legge finanziaria 2008 e principi IAS/IFRS: le modifiche all'art. 83 del Tuir una possibile soluzione ai dubbi interpretativi*, in Rass. Trib., 2008, p. 96; R. Michelutti, *IAS/IFRS e imputazione temporale*, in *La fiscalità delle Società IAS/IFRS*, G. Zizzo (a cura di), Milano, 2011, 99-134; G. Zizzo, in G. Falsitta (a cura di), *Manuale di Diritto Tributario, Parte Speciale*, Cedam, 2016, p. 328 e ss.

²⁷ Secondo Giovannini la "competenza" obbedisce all'idea espansionistica dell'economia alla quale partecipano le imprese: "l'idea, riferita ai tributi, vuole che le aziende paghino le imposte indipendentemente dalla disponibilità di liquidità propria. Espansione economica e dinamiche virtuose del capitale, consentono loro di ricorrere al credito e permettono alle banche di concederlo". Viceversa, con la recessione il credito di mercato è merce rarissima (A. Giovannini, *Il Re fisco e nudo, per un sistema equo*, Franco Angeli, 2016, pag. 158 e ss.).

corrispondere pienamente alla “capacità contributiva in tempo di crisi”.

Infatti, imputando gli elementi del reddito in base alla “competenza”, l’effetto della mancata riscossione di crediti (correlati a ricavi) è “bilanciato” dalla mancata corresponsione di debiti (correlati a costi): se è vero che l’impresa non riscuote i suoi crediti e che essi concorrono quali ricavi a determinare il reddito di periodo, è anche vero che i costi, anche senza l’uscita monetaria, concorrono comunque a diminuire la base imponibile. Inoltre, come si è in precedenza notato, nella logica della competenza tributaria, e in particolare dell’art. 101, c. 5 e 5-bis, Tuir (perdite su crediti), è la movimentazione finanziaria che determina la definitiva acquisizione del ricavo o del costo.

Applicando il principio di cassa ai sensi dell’art. 66 Tuir, la base imponibile diminuisce solo se a fronte della percezione dei ricavi si ha una corresponsione dei costi: se un’impresa non versa le somme ai propri fornitori per l’acquisto merci o per prestazione di servizi perché, ad esempio, deve restituire debiti contratti verso le banche, non può nemmeno dedurre i relativi costi.

Se allora il legislatore vuole realmente che la scarsità di liquidità delle imprese concorra a individuare la capacità contributiva in un momento di crisi economica,²⁸ si potrebbe ipotizzare un’imputazione dei ricavi sulla base del principio di cassa e il mantenimento delle regole della competenza per la determinazione dei costi²⁹.

²⁸ “Mentre in una economia che gira la competenza può essere indice di una capacità contributiva effettiva, in tempo di crisi, invece, non può esserlo, potendo quel presidio di costituzionalità essere assicurato solo e soltanto dal principio di cassa” (M. Versigliani, *Il “reddito liquido”: lineamenti, argomenti ed esperimenti*, Riv. Dir. Trib., 2014, pag. 743).

²⁹ Sul punto si veda A. Giovannini, *Il Re fisco e nudo, per un sistema equo*, Franco Angeli, II Ed., 2016, pag. 159.

PARTE SECONDA (Contributi istituzionali)

L'incostituzionalità delle modifiche alla detrazione Iva introdotte con il d.l. n.50 del 2017: un errore rimediabile solo in sede di conversione del decreto

di Gianfranco Antonini

Membro della Commissione normative comunitarie AIDC Milano

e Luca Antonini

Professore ordinario di Diritto costituzionale all'Università di Padova

1. Il d.l. n.50/2017, entrato in vigore il 24-04-2017, ha modificato i termini dell'esercizio del diritto alla detrazione che, in conformità al diritto dell'Unione, permette al soggetto d'imposta di determinare il suo debito fiscale in funzione del principio della trasparenza dell'IVA.

Fino al 23-04-2017 la detrazione IVA era infatti regolata dalle seguenti norme, che possono essere così riepilogate:

- i) art. 170 direttiva CE 2006/0112: "per poter esercitare il diritto alla detrazione il soggetto passivo deve essere in possesso di una fattura redatta in conformità";
- ii) art. 19 DPR n.633/72:"il diritto alla detrazione dell'imposta relativa a beni e servizi acquistati o importati sorge nel momento in cui l'imposta diviene esigibile e può essere esercitato, al più tardi, con la dichiarazione relativa al secondo anno successivo a quello in cui il diritto alla detrazione è sorto ed alle condizioni esistenti al momento della nascita del diritto stesso";
- iii) art. 25 DPR n.633/72 e DM 24-01-1977: "l'Iva da versare è determinata dalla differenza dell'imposta divenuta esigibile nel mese e l'imposta detraibile risultante dalla fatture di acquisto registrate nello stesso mese."

In conformità a tali disposizioni le istruzioni ministeriali alla dichiarazione IVA hanno precisato che nel quadro VF (relativo agli acquisti) debbono essere riportate tutte le fatture registrate nell'anno di competenza; il d.lgs n.471 del 1997, all'art. 6, comma 8, ha poi stabilito, riguardo alle sanzioni: "Il cessionario o il committente che, nell'esercizio di imprese, arti o professioni, abbia acquistato beni o servizi senza che sia stata emessa la fattura nei termini di legge o con emissione di

fattura irregolare da parte dell'altro contraente, è punito, salva la responsabilità del cedente o del commissionario, con sanzione amministrativa pari al cento per cento dell'imposta, con un minimo di euro 250, sempreché non provveda a regolarizzare l'operazione con le seguenti modalità: a) se non ha ricevuto la fattura, entro quattro mesi dalla data di effettuazione dell'operazione, presentando all'ufficio competente nei suoi confronti, previo pagamento dell'imposta, entro il trentesimo giorno successivo, un documento in duplice esemplare dal quale risultino le indicazioni prescritte dall'articolo 21 del decreto del Presidente della Repubblica 26 ottobre 1972, n.633, relativo alla fatturazione delle operazioni;"

2. In forza delle modifiche apportate dall'art. 2 del d.l. n.50/2017, l'art. 19, comma 1, del DPR n.633/72, a far data dal 24-04-2017, stabilisce invece: *"Il diritto alla detrazione dell'imposta relativa ai beni e servizi acquistati o importati sorge nel momento in cui l'imposta diviene esigibile ed è esercitato al più tardi con la dichiarazione relativa all'anno in cui il diritto alla detrazione è sorto ed alle condizioni esistenti al momento della nascita del diritto medesimo"*, mentre il comma 2 dell'art. 25 del medesimo DPR è stato modificato nel senso che: *"Il soggetto d'imposta deve annotare le fatture relative ad acquisti e importazioni entro il termine di presentazione della dichiarazione annuale relativa all'anno di ricezione della fattura e con riferimento al medesimo anno."*

3. In definitiva, prima delle modifiche il soggetto d'imposta aveva obbligo di annotare le fatture di acquisto solo se intendeva esercitare il diritto alla detrazione: l'esercizio del diritto avveniva detraendo dall'imposta divenuta esigibile in un certo periodo (mese-trimestre od anno) l'imposta detraibile risultante dalle fatture di acquisto registrate nello stesso periodo. Considerato che fisicamente si può operare la detrazione nel periodo d'imposta in cui è registrata la fattura, il relativo diritto poteva essere esercitato con la dichiarazione del secondo anno successivo e che riguarda le fatture registrate entro il 31 dicembre dell'anno precedente. Ad esempio, per un'operazione effettuata nel 2015 il soggetto poteva esercitare il diritto alla detrazione con la registrazione della fattura entro il dicembre 2017 e

riportata nella dichiarazione annuale da presentare (ora) entro aprile 2018. In caso di ritardo nel ricevimento della fattura, nel timore che ciò fosse dipeso da mancata emissione del documento da parte del cedente, il soggetto d'imposta poteva evitare la sanzione (di corresponsabilità nell'infrazione) regolarizzando l'operazione entro il quinto mese dall'effettuazione dell'operazione emettendo autofattura e versando l'imposta con F24 e procedere poi alla detrazione annotando l'autofattura. Qualora successivamente alla regolarizzazione il soggetto avesse ricevuto la fattura del fornitore (non pervenuta solo per disguidi vari) poteva registrare questa ultima e procedere alla relativa detrazione. In pratica il soggetto in questione avrebbe pagato due volte l'imposta (una volta al Fisco una volta al fornitore) ma avrebbe effettuato due volte la detrazione e non avrebbe subito, pertanto, alcun addebito finanziario.

4. Per effetto delle modifiche intervenute con il d.l. n.50/2017, per tutte le operazioni effettuate e registrate nel 2016, il diritto alla detrazione dovrebbe essere stato normalmente esercitato con la dichiarazione IVA 2017/16 presentata entro il 28 febbraio 2017. Ma a questo punto è dirimente considerare che non tutte le fatture relative alle operazioni effettuate negli ultimi due anni (2015 e 2016) saranno pervenute al 31 dicembre 2016, per cui non hanno potuto essere registrate entro tale data e riportate nella dichiarazione 2017/2016. Queste fatture dovranno essere registrate entro l'anno di ricezione delle stesse ma la detrazione relativa non potrà più essere esercitata per decorso dei termini. Non possono sicuramente essere state registrate entro il 31-12-2016 le fatture differite del mese di dicembre in quanto emesse entro il 15 gennaio 2017. Per tutte queste fatture è ora impedita la detrazione in quanto scaduto il termine ultimo per l'esercizio del relativo diritto.

Di fatto, a seguito delle modifiche, per le fatture differite del dicembre 2016 si perde il diritto alla detrazione addirittura prima ancora che sia emesso il titolo (fattura) che permetterebbe l'esercizio del diritto¹.

¹ L'art. 19 stabilisce che la detrazione deve essere effettuata "con" la dichiarazione dell'anno in cui il diritto è sorto e non "entro" il termine di presentazione della dichiarazione relativa. Anche a regime, pertanto, nella dichiarazione dei prossimi anni d'imposta da presentare entro aprile debbono essere

Infatti:

i) fino al 23 aprile 2017: i soggetti d'imposta hanno regolarmente e legittimamente esercitato la detrazione per le fatture relative ad operazioni effettuate nel 2015 e 2016, pervenute e registrate tra il primo gennaio ed il 23 aprile 2017 e che sarebbero poi confluite nella dichiarazione del relativo anno d'imposta (2017). La detrazione di cui sopra è divenuta ora impossibile in quanto con la dichiarazione annuale 2018/17 saranno detraibili solo le imposte risultanti da fatture emesse per operazioni effettuate nell'anno 2017.

ii) Fino al 23 aprile 2017, inoltre, i soggetti d'imposta non avevano motivo di preoccuparsi del ricevimento e registrazione delle fatture passive, in quanto potevano esercitare il relativo diritto alla detrazione:

- per gli acquisti dell'anno 2015 annotando le fatture relative entro il 31-12-2017 (dichiarazione 2018/2017);

- per gli acquisti dell'anno 2016 annotando le fatture relative entro il 31-12-2018 (dichiarazione 2019/2018).

Queste fatture andranno, ora, comunque registrate entro la data di ricezione ma senza poter esercitare per esse il diritto alla detrazione.

iii) In ogni caso, a regime, riguardo alla regolarizzazione ex art. 6 comma 8 del d.lgs n.471/97 per le operazioni effettuate dal settembre di ogni anno, al fine di evitare la eventuale sanzione di corresponsabilità per mancata emissione della fattura da parte del fornitore, il cliente può essere costretto a versare due volte l'imposta (una volta al Fisco con F24 ed una volta al fornitore se la fattura risulta regolarmente emessa e solo tardivamente pervenuta) senza nessuna detrazione, in quanto la regolarizzazione può avvenire solo al quinto mese e, pertanto, al di fuori del termine di presentazione della dichiarazione dell'anno in cui si è verificata l'esigibilità dell'imposta.

5. In conclusione, il d.l. n.50/2017 ha introdotto una modifica avulsa dalla tecnica

riportate le fatture registrate nell'anno precedente e sicuramente al 31 dicembre non saranno ancora pervenute tutte le fatture relative alle operazioni effettuate negli ultimi mesi dell'anno.

imposta dall'Unione europea con precise direttive ed i cui principi sono esattamente delineati da numerose sentenze della Corte di Giustizia UE. Secondo la direttiva n.2006/0112, infatti, il diritto alla detrazione sorge al momento di effettuazione dell'operazione e lo stesso non può essere esercitato se non dopo la ricezione della fattura (art. 178); pertanto il diritto alla detrazione è ancorato inescindibilmente, oltre che all'effettuazione dell'operazione, al ricevimento della fattura.

La nuova normativa nazionale lega, invece, il diritto alla detrazione esclusivamente all'effettuazione dell'operazione, senza, cioè, tener in alcun conto la data di arrivo della fattura, con la conseguenza che se alla scadenza del nuovo termine, per un disguido qualsiasi e indipendente dalla volontà dei contraenti, non si è ancora in possesso del titolo (fattura), che autorizza l'esercizio del diritto alla detrazione, questa ultima viene negata.

In tal modo si contraddice quanto affermato dalla Corte di Giustizia nella sentenza C-95/07 (che paradossalmente è proprio la sentenza adottata dalle autorità governative a giustificazione delle modifiche in questione), sancendo il principio che una norma interna che impedisca o renda difficoltoso l'esercizio alla detrazione osta al principio della trasparenza su cui è fondata l'imposta sul valore aggiunto.

Peraltro, il Direttore dell'Agenzia delle Entrate nell'audizione alla Camera dei Deputati del 4 maggio, in risposta alle critiche sull'illegittima retroattività della norma e la mancanza di un regime transitorio, ha affermato che il problema della retroattività non esiste in quanto il nuovo provvedimento riguarderebbe *"le fatture emesse e ricevute nel 2017 e non anche le fatture emesse e ricevute negli anni precedenti"*. Posto che non compete al Direttore dell'Agenzia delle Entrate poter dichiarare a quali operazioni è rivolta la norma, nel silenzio di quest'ultima, essa non può invece che applicarsi a tutti i soggetti che si trovano nella condizione di esercitare il diritto alla detrazione dal 24 aprile in poi, indipendentemente dal periodo in cui il diritto stesso è sorto (cioè se in anni precedenti o nel corso del 2017). Il direttore dell'Agenzia delle Entrate, più che cercare di giustificare la norma nella sua attuale

errata estensione, avrebbe quindi fatto meglio ad assicurarne l'impegno per la modifica in sede di conversione in legge, posto che solo questa può essere l'unica via di uscita possibile dal pasticcio generato dal d.l. n.50/2017.

Ad ogni buon conto nella conversione in legge, il legislatore dovrebbe espressamente dichiarare che la nuova norma si applica alle operazioni effettuate dal 24 aprile in poi. Solo così rimarrebbero escluse non solo le fatture emesse e registrate in anni precedenti ma anche le fatture relative ad operazioni di anni precedenti non ancora pervenute.

Qualora questa modifica in sede di conversione non avvenisse, la normativa in questione offrirebbe il fianco ad una probabilissima censura di incostituzionalità, in quanto:

i) determina un effetto illegittimamente retroattivo (ex. art. 3 Cost., anche in violazione del principio del legittimo affidamento) una norma che limita la detrazione alle operazioni registrate nel 2016, mentre i contribuenti – fino al 23 aprile 2017 – avevano il diritto di esercitare la detrazione anche per le operazioni effettuate nel 2015 e 2016 e registrate nel periodo dal primo gennaio al 23 aprile;

ii) è sicuramente irrazionale (con violazione dell'art. 3 Cost.) una norma che:

- vieta l'esercizio di un diritto prima ancora che il soggetto sia venuto in possesso del titolo (fattura) che lo legittima all'esercizio del diritto;

- comporta, nel caso previsto dall'art. 6, comma 8, del d.lgs n.471/97 (regolarizzazione per evitare la sanzione di corresponsabilità con il fornitore per la mancata emissione della fattura da parte di quest'ultimo), la perdita dell'imposta (e alle volte addirittura del doppio dell'imposta).

PARTE TERZA (Giurisprudenza)

Riflessioni sui termini di prescrizione dell'azione di riscossione a seguito della pronuncia delle Sezioni Unite n.23397/2016

di Roberta Avolio

Cultore di Diritto tributario, Università degli Studi di Napoli, "Federico II"

ABSTRACT

With the sentence in question, the United Sections have held that the tax records, although having the details of an enforcement order, still remain an administrative act without the attitude to acquire "res judicata" and, therefore, the opposition's period, also establishing the revocation from the chance to bring such an appeal, produce only the substantial effect of the non-negotiation details of the credit, while it does not confer any judgement effect, so that the article 2953 c.c. cannot find application for the purpose of the terms conversion operability of short prescription (five-year), "eventually previewed" - like the Social insurance credits - in the ordinary one (ten-year).

SINTESI

Con la sentenza in esame le Sezioni Unite hanno statuito che la cartella esattoriale, pur avendo le caratteristiche di un titolo esecutivo, resta pur sempre un atto amministrativo privo dell'attitudine ad acquistare efficacia di giudicato e, pertanto, la decorrenza del termine per l'opposizione, pur determinando la decadenza dalla possibilità di proporre impugnazione, produce soltanto l'effetto sostanziale dell'irretrattabilità del credito, mentre non determina alcun effetto processuale, sicché non può trovare applicazione l'art. 2953 c.c. ai fini della operatività della conversione del termine di prescrizione breve (quinquennale), "eventualmente previsto" - come per i crediti previdenziali - in quello ordinario (decennale).

Massima

La scadenza del termine - pacificamente perentorio - per proporre opposizione a cartella di pagamento di cui all'art. 24, co. 5, del D.Lgs n.46 del 1999, pur determinando la decadenza dalla possibilità di proporre impugnazione, produce soltanto l'effetto sostanziale della irretrattabilità del credito contributivo senza determinare anche la cd. "conversione" del termine di prescrizione breve (nella specie, quinquennale, secondo l'art. 3, co. 9 e 10, della L. n.335 del 1995) in quello ordinario (decennale), ai sensi dell'art. 2953 c.c.

Tale ultima disposizione, infatti, si applica soltanto nelle ipotesi in cui intervenga un titolo giudiziale divenuto definitivo, mentre la suddetta cartella, avendo natura di atto amministrativo, è priva dell'attitudine ad acquistare efficacia di giudicato. Lo stesso vale per l'avviso di addebito dell'INPS, che, dall'1 gennaio 2011, ha sostituito la cartella di pagamento per i crediti di natura previdenziale di detto Istituto (art. 30

del D.L. n.78 del 2010, convertito, con modificazioni, dalla L. n.122 del 2010). ⁽¹⁾

(*) Fonte: CED Cassazione. Riferimenti normativi: art. 2953 c.c.; art. 24, co. 5, D.Lgs 26 febbraio 1999, n.46; art. 3, co. 9-10, L. 8 agosto 1995, n.335; art. 1, L. 30 luglio 2010, n.122; art. 30, D.L. 31 maggio 2010, n.78.

(1) Cfr., in senso difforme, Cass. Civ., sez. lavoro, sentenza 15 marzo 2016, n.5060.

SOMMARIO: 1. Premessa – 2. Prescrizione e decadenza – 3. Le obbligazioni periodiche ed istantanee nel diritto privato e nel diritto tributario – 4. La prescrizione ordinaria ex art. 2946 c.c. e la prescrizione breve ex art. 2948, n.4, c.c. – 5. La natura periodica dei tributi locali e la conseguente prescrizione quinquennale – 6. La prescrizione delle imposte erariali – 7. Conclusioni

1. Premessa

Le cartelle esattoriali, grazie anche alle recenti novità normative sulla cosiddetta "rottamazione", rappresentano un tema di grande attualità giuridica.

Ed infatti, con la L. 1 dicembre 2016, n.225², è stato convertito con modificazioni il D.L. 22 ottobre 2016, n.193³, recante "disposizioni urgenti in materia fiscale e per il finanziamento di esigenze indifferibili" che, in specie, all'articolo 6, rubricato "Definizione agevolata", prevede una sanatoria per i carichi inclusi in ruoli e/o affidati all'Agente della riscossione dal 2000 al 2016⁴. Trattasi, in particolare, di una sorta di "condono", in virtù del quale è concessa dallo Stato la possibilità ai contribuenti di poter definire, in maniera agevolata, i debiti Equitalia e non⁵, notificati dal 2000 al 31 dicembre 2016, non pagati nei termini di legge⁶.

² Pubblicata in G.U. n.282 del 02-12-2016 - Suppl. Ordinario n.53, vigente al 03-12-2016.

³ Pubblicato in GU Serie Generale n.249 del 24-10-2016.

⁴ Ai sensi del comma 1 del citato art. 6, D.L. n.193/2016, convertito con modificazioni in L. n.225/2016: "Relativamente ai carichi affidati agli agenti della riscossione dal 2000 al 2016, i debitori possono estinguere il debito senza corrispondere le sanzioni comprese in tali carichi, gli interessi di mora di cui all'articolo 30, comma 1, del decreto del Presidente della Repubblica 29 settembre 1973, n.602, ovvero le sanzioni e le somme aggiuntive di cui all'articolo 27, comma 1, del decreto legislativo 26 febbraio 1999, n.46, provvedendo al pagamento integrale delle somme di cui alle lettere a) e b), dilazionato in rate sulle quali sono dovuti, a decorrere dal 1° agosto 2017, gli interessi nella misura di cui all'articolo 21, primo comma, del decreto del Presidente della Repubblica n.602 del 1973...".In particolare, ai sensi del comma 2 del cit. articolo: "Ai fini della definizione di cui al comma 1, il debitore manifesta all'agente della riscossione la sua volontà di avvalersene, rendendo, entro il 31 marzo 2017 apposita dichiarazione...".

⁵ E' concessa la possibilità anche per gli Enti locali che non si affidano ad Equitalia per la riscossione, di poter concedere il condono delle cartelle esattoriali.

⁶ I soggetti beneficiari della rottamazione delle cartelle Equitalia con sconti sanzioni e interessi sono: 1) i debitori i cui ruoli sono stati iscritti nel periodo compreso tra il 3 gennaio 2000 ed il 31 dicembre 2016; 2) i debitori che abbiano chiesto una dilazione di pagamento a condizione che abbiano versato le rate dovute dal 1° ottobre 2016 al 31 dicembre 2016; 3) i debitori decaduti dalla rateazione prima

L'istituto della rottamazione, a bene vedere, chiede di risolvere innanzitutto il problema della validità dei carichi agevolabili e, quindi, di stabilire se si tratti o meno di crediti prescritti secondo le indicazioni che possono trarsi dalla recente pronuncia delle Sezioni Unite, la sentenza n.23397 del 17 novembre 2016, con cui la Suprema Corte, ha inteso risolvere il contrasto tra le sezioni semplici in ordine all'applicabilità del termine di prescrizione breve o di quello ordinario decennale al credito oggetto della cartella esattoriale non opposta.

In particolare, già con ordinanza n.1799 del 29 gennaio 2016, le Sezioni Unite sono state chiamate a pronunciarsi sull'interpretazione dell'art. 2953 c.c., con riguardo specifico all'operatività o meno della ivi prevista conversione del termine di prescrizione breve in quello ordinario nelle fattispecie originate da atti di riscossione mediante ruolo, o comunque di riscossione coattiva di crediti degli enti previdenziali⁷. Si è trattato di stabilire, in particolare, se la disposizione dell'art. 2953 c.c. fosse applicabile anche nelle ipotesi in cui la definitività dell'accertamento del credito derivi da atti diversi rispetto ad una sentenza passata in giudicato, come nei casi di decorrenza del termine perentorio per fare opposizione a cartella di pagamento avente ad oggetto crediti previdenziali⁸; crediti che ai sensi dell'art. 3, comma 9, della L. n.335 dell' 8 agosto 1995, sono soggetti a prescrizione breve⁹.

del 1° ottobre 2016. Sono esclusi, invece, i debitori che concluderanno il pagamento dei propri debiti con Equitalia entro il prossimo 31 dicembre 2016.

⁷ Il caso trae origine da una declaratoria di inammissibilità per tardività dell'opposizione all'esecuzione proposta da un contribuente avverso l'intimazione di pagamento, relativa a cartella esattoriale per omesso pagamento di contributi previdenziali della gestione commercianti INPS negli anni 1993, 1995, 1996 e 1998. La Corte di Appello di Catania, successivamente adita, riformava tale decisione dichiarando prescritto il credito vantato dall'INPS con la cartella di pagamento oggetto di causa, rilevando che la cartella esattoriale, pur presentando le caratteristiche di un titolo esecutivo, è pur sempre un atto amministrativo che, in quanto tale, non può acquistare efficacia di giudicato. Ne consegue che la decorrenza del termine per l'opposizione, determinando la decadenza dalla possibilità di proporre impugnazione, rende il credito irretrattabile da un punto di vista sostanziale, ma non determina alcun effetto processuale, rendendo inapplicabile l'art. 2953 c.c., senza che, quindi, il termine di prescrizione breve possa convertirsi in quello ordinario decennale. Ovviamente, l'INPS ricorreva in Cassazione, ritenendo applicabile alla fattispecie il termine ordinario di prescrizione.

⁸ L'art. 24, comma 5, del D.Lgs 26 febbraio 1999, n.46 dispone che: "Contro l'iscrizione a ruolo il contribuente può proporre opposizione al giudice del lavoro entro il termine di quaranta giorni dalla notifica della cartella di pagamento".

⁹ Com'è noto, a norma della L. 8 agosto 1995, n.335, art. 3, comma 9, il termine prescrizione per il

Con la citata sentenza n.23397 del 17 novembre 2016, la Suprema Corte a Sezioni Unite ha, dapprima, rilevato il contrasto sorto all'interno della Corte sul tema.

In particolare, la Corte ha evidenziato che secondo il più remoto e maggioritario orientamento la conversione della prescrizione da breve a decennale può avvenire soltanto per effetto di sentenza passata in giudicato, oppure di decreto ingiuntivo che abbia acquisito efficacia di giudicato formale e sostanziale¹⁰. Secondo tale interpretazione, su cui si erano già espresse in modo favorevole precedenti Sezioni Unite¹¹, per la riscossione coattiva dei crediti, siano essi tributi oppure contributi previdenziali, l'art. 2953 c.c. è applicabile esclusivamente quando il titolo sulla base del quale viene intrapresa la riscossione non è più l'atto amministrativo, ma un provvedimento giurisdizionale divenuto definitivo¹².

Di contro, secondo altra parte di giurisprudenza di legittimità¹³ vi sarebbe una nuova categoria di titoli esecutivi, definiti "titoli esecutivi paragiudiziali", aventi l'attitudine a diventare, in caso di mancata opposizione o di opposizione proposta fuori termine, definitivi e incontrovertibili, per i quali, al pari di quanto accade per quelli giudiziali, il decorso del termine per la relativa opposizione davanti al giudice ordinario, o la tardiva opposizione, fa acquistare agli stessi la definitività al pari del giudicato.

Ebbene, la più recente sentenza a SS.UU. n.23397/2016 ha, innanzitutto,

versamento dei contributivi previdenziali, prima decennale, è ritornato quinquennale a partire dal gennaio 1996, ma l'art. 3 cit., successivo comma 10, ha fatto salva la permanenza del termine decennale per le contribuzioni relative agli anni precedenti, nel caso di atti interruttivi già compiuti e/o di procedure di recupero iniziate dall'Istituto previdenziale nel rispetto della normativa preesistente, evenienza che qui non si verifica.

¹⁰ Cass. 24 marzo 2006, n.6628; Cass. 27 gennaio 2014, n.1650; Cass. 29 febbraio 2016, n.3987.

¹¹ Le SS.UU. con sentenza del 10 dicembre 2009, n.25790, trattando la questione se l'art. 2953 c.c. potesse trovare applicazione soltanto in caso di sentenza passata in giudicato, pronunciata in giudizi aventi ad oggetto l'obbligazione tributaria o anche in presenza di giudicato su ricorsi avverso provvedimenti di irrogazione di sanzioni tributarie amministrative, avevano affermato che il diritto alla riscossione delle sanzioni amministrative pecuniarie previste per la violazione di norme tributarie, derivante da sentenza passata in giudicato, si prescrive entro il termine di dieci anni, per diretta applicazione dell'art. 2953 c.c., che disciplina specificamente ed in via generale la c.d. *actio iudicati*, mentre, se la definitività della sanzione non deriva da un provvedimento giurisdizionale irrevocabile, sarebbe stato applicabile il termine di prescrizione di cinque anni.

¹² Cass. 25 maggio 2007, n.12263; Cass. 16 novembre 2006, n.24449; Cass. 26 maggio 2003, n.8335.

¹³ Cass. 24 settembre 1991, n.9944; Cass. 26 ottobre 1991, n.11421; Cass. 11 agosto 1993, n.8624

affermato che quest'ultimo orientamento nulla ha innovato rispetto a quanto in precedenza affermato, poiché, come si evince chiaramente dall'espresso riferimento alla conclusione del giudizio sulla opposizione, la contemplata "definitività" del titolo contestato è riferita esclusivamente - e in linea con l'indirizzo tradizionale - al diritto sostanziale, senza incidere, quindi, sulla questione della conversione della prescrizione ex art. 2953 c.c. A giudizio della Corte, la disarmonia tra le posizioni delle sezioni semplici, si sarebbe originata dalla sentenza del 26 agosto 2004, n.17051, secondo la quale, per effetto dell'iscrizione a ruolo, l'Ufficio forma un titolo esecutivo al quale si sarebbe dovuto applicare, comunque, il termine prescrizionale di dieci anni previsto dall'art. 2946 c.c., anche se in quella sentenza non veniva fornita alcuna spiegazione sul punto, né vi era un riferimento all'*actio iudicati*. Ciò nonostante, in altre occasioni (ad es., sentenza 15 marzo 2016, n.5060), la Corte ha applicato l'art. 2953 c.c. alla cartella di pagamento divenuta definitiva per mancata impugnazione¹⁴.

Ora, con la più recente sentenza del 2016, le Sezioni Unite hanno statuito che la cartella esattoriale, pur avendo le caratteristiche di un titolo esecutivo, resta pur sempre un atto amministrativo privo dell'attitudine ad acquistare efficacia di giudicato e, pertanto, la decorrenza del termine per l'opposizione, pur determinando la decadenza dalla possibilità di proporre impugnazione, produce l'effetto sostanziale dell'irretrattabilità del credito, ma non determina alcun effetto processuale, sicché non può trovare applicazione l'art. 2953 c.c. ai fini della operatività della conversione del termine di prescrizione breve (quinquennale), "eventualmente previsto" - come accade invece per i crediti previdenziali - in quello ordinario (decennale).

Per le Sezioni Unite l'articolo 2953 c.c. è norma speciale che non può essere suscettibile di applicazione analogica, per cui la prescrizione decennale decorre

¹⁴ In particolare, secondo la citata sentenza n.5060 del 15 marzo 2016: "Nel caso di mancata proposizione di opposizione a cartella esattoriale la pretesa contributiva previdenziale ad essa sottesa diviene intangibile e non più soggetta ad estinzione per prescrizione, potendo prescriversi soltanto l'azione diretta all'esecuzione del titolo così definitivamente formatosi che, in difetto di diverse disposizioni e in sostanziale conformità a quanto previsto dall'art. 2953 c.c., è soggetta al termine decennale ordinario di cui all'art. 2946 c.c.".

solo in caso di sentenza passata in giudicato, di decreto ingiuntivo che abbia acquisito efficacia di giudicato formale e sostanziale, oppure di decreto o sentenza penale di condanna divenuti definitivi.

Secondo questo indirizzo interpretativo, dopo la notifica della cartella e la sua definitività per mancata impugnazione, il termine di prescrizione non può subire alcun allungamento, rimanendo quello originariamente previsto in ragione della tipologia di credito assunto in riscossione, con la conseguenza che resta il problema di stabilire il termine di prescrizione da applicare *all'obbligazione tributaria* ed in specie a quella originatasi per crediti erariali.

Ed infatti, mentre per i *crediti locali e previdenziali* si è, ormai, consolidato l'orientamento per cui essi si prescrivono in cinque anni, ex art. 2948, n.4 c.c. e art. 3, comma 9, L. 8 agosto 1995, n.335, per i crediti erariali persiste, invece, il dubbio circa il termine prescrizione da applicare, di cinque anni, cui all'articolo 2948, n.4, c.c., ovvero di dieci anni, cui all'art. 2946 c.c.

2. Prescrizione e decadenza

Va premesso che prescrizione e decadenza sono due istituti che assolvono funzioni diverse, a cui il legislatore dedica loro discipline distinte.

In particolare, per esigenze di certezza del diritto, dall'inerzia prolungata, da parte del creditore, dell'esercizio di un diritto disponibile la legge presume la volontà di abbandono del diritto stesso.

L'articolo 2934 c.c. dispone, infatti, che ogni diritto si estingue per prescrizione, quando il titolare non lo esercita per il tempo previsto dalla legge, ad eccezione dei diritti indisponibili e degli altri diritti indicati dalla legge¹⁵.

La prescrizione, quindi, è un istituto che si occupa degli effetti del tempo sulle situazioni giuridiche non esercitate dal titolare nei termini previsti dal legislatore ed assolve la funzione di paralizzare i diritti esercitati tardivamente.

Si tratta di una disciplina inderogabile, come risulta dall'art. 2936 c.c., secondo

¹⁵ Sono indisponibili, ad es., i diritti relativi allo stato e capacità delle persone, i diritti della personalità, il diritto agli alimenti, il diritto a pensione normale o privilegiata dovuta dallo Stato e il diritto di proprietà, salvo l'acquisto per usucapione del bene.

cui è nullo ogni accordo diretto a modificare la disciplina legale della prescrizione.

La prescrizione deve essere fatta valere dall'interessato e non può essere rilevata d'ufficio dal giudice (art. 2938 c.c.), tranne alcune ipotesi nelle quali è ammessa la rilevabilità d'ufficio¹⁶.

Il mancato esercizio del diritto assume rilevanza ai fini della prescrizione, pertanto, quando sia giuridicamente e socialmente apprezzabile come disinteresse rispetto al diritto ed alla sua tutela¹⁷. Ogniqualvolta si verifichi un mancato esercizio del diritto ricorre, infatti, l'inerzia del soggetto, che la legge esige come fattore caratterizzante l'istituto¹⁸.

Il termine di prescrizione decorre da quando il diritto può essere fatto valere, tuttavia, la legge ammette cause giustificative e interruttive dell'inerzia¹⁹.

Il fondamento della prescrizione risiede, quindi, nell'esigenza di certezza dei rapporti giuridici, che non possono restare sospesi troppo a lungo, nonché nella presunzione di abbandono di un diritto per inerzia del titolare. Un credito prescritto è un credito estinto.

Diversa dalla prescrizione è la decadenza, che consiste nella perdita della possibilità di esercitare un diritto a causa del mancato compimento di una determinata attività o di un determinato atto nel termine indicato dalla legge, ex art. 2964 c.c. Il fondamento della decadenza è, infatti, la necessità che particolari atti siano compiuti entro un termine perentorio stabilito dalla legge o dalla volontà dei

¹⁶ ad es. nei processi in materia pensionistica, dove il giudice può accertare tutti gli elementi e gli aspetti del diritto alla pensione, compresa l'eventuale prescrizione. Corte dei Conti Liguria, 01-02-96, n.76.

¹⁷ cfr. Auricchio, Appunti sulla prescrizione, Napoli, 1971, 30.

¹⁸ cfr. F. Gazzoni, Manuale di diritto privato, Napoli, 2012, 110, il quale ritiene del tutto improprio, posto che ai sensi dell'art. 2940 c.c. non è ammessa la ripetizione di ciò che è stato spontaneamente pagato in adempimento di un debito prescritto. Infatti, se davvero il diritto di credito prescritto non esistesse più, il pagamento di esso non sarebbe in alcun modo dovuto ed è regola generale dell'ordinamento che il pagamento dell'indebito ammette la ripetizione. Appare, così, più opportuno parlare di effetti preclusivi prodotti dalla prescrizione e non già estintivi.

¹⁹ Le cause interruttive della prescrizione sono tassative e sono previste dall'art. 2943 c.c., secondo cui: "La prescrizione è interrotta dalla notificazione dell'atto con il quale si inizia un giudizio, sia questo di cognizione ovvero conservativo o esecutivo. È pure interrotta dalla domanda proposta nel corso di un giudizio. L'interruzione si verifica anche se il giudice adito è incompetente. La prescrizione è inoltre interrotta da ogni altro atto che valga a costituire in mora il debitore e dall'atto notificato con il quale una parte, in presenza di compromesso o clausola compromissoria, dichiara la propria intenzione di promuovere il procedimento arbitrale, propone la domanda e procede, per quanto le spetta, alla nomina degli arbitri".

privati, indipendentemente dalle circostanze dalle quali dipende l'inutile decorso del tempo.

Il presupposto della decadenza, quindi, a differenza della prescrizione, non risiede nel fatto soggettivo dell'inerzia del titolare, ma nel fatto oggettivo del mancato esercizio del diritto nel tempo stabilito. Ne consegue che in materia di decadenza non trovano applicazione la sospensione e l'interruzione, anche se del pari della prescrizione, la decadenza deve essere fatta valere dall'interessato e non può essere rilevata d'ufficio dal giudice²⁰.

Per affermare la natura decadenziale di un termine, previsto dalla legge o da un negozio, non è necessario che la decadenza sia espressamente prevista, ma è sufficiente che, con riferimento allo scopo perseguito e alla funzione che il termine è destinato ad assolvere, risulti, anche implicitamente, che dalla mancata osservanza deriva la perdita del diritto²¹.

In tema di riscossione tramite cartelle esattoriali, prescrizione e decadenza spesso vengono confuse. Ed invero, anche in tale ambito vi è differenza tra i due istituti.

In particolare, il diritto di credito si prescrive dopo che è decorso un certo periodo di tempo senza che l'Agente per la riscossione abbia notificato alcun atto interruttivo; a ciò consegue l'impossibilità di pretendere il pagamento sia con riscossione che tramite azione giudiziale.

Di contro, l'Agente decade dall'azione di riscossione se entro determinati termini non notifica alcun atto della riscossione (avvisi o cartelle).

La decadenza, però, non comporta l'estinzione del diritto, ma l'estinzione dell'azione. Ed infatti, se l'Agente decade dalla riscossione, ma il credito non è ancora prescritto, questo può comunque essere preteso in via giudiziaria tramite un'azione davanti al giudice. La decadenza, infatti, non annulla il diritto di credito, ma il diritto del soggetto titolare ad agire mediante riscossione²².

²⁰ Cass. SS.UU. 5 ottobre 2004, n.19854; Cass. 23 marzo 2012, n.4670; Cass. 8 marzo 2013, n.5862.

²¹ Cass. 15 settembre 1995, n.9764.

²² Per esempio: l'IRPEF si prescrive in 10 anni, ma l'Agenzia delle entrate decade dalla possibilità di agire mediante riscossione esattoriale se Equitalia non notifica la cartella entro il 31 dicembre del terzo anno successivo a quello di presentazione della dichiarazione. Se la cartella viene notificata

Da ciò consegue che nel sistema attuale, è soggetta a termini decadenziali, non solo la fase di accertamento, liquidazione delle imposte ma anche la fase della riscossione, con specifico riferimento alla cartella di pagamento²³. Quindi, solo dopo la notifica di suddetto provvedimento trovano applicazione i termini di prescrizione, entro i quali, salvo eventi interruttivi, deve essere notificato il pignoramento.

Com'è noto, ai sensi dell'art. 25 del DPR n.602/1973, la cartella di pagamento deve essere notificata, a pena di decadenza, entro il 31 dicembre del: a) terzo anno successivo a quello di presentazione della dichiarazione, in caso di liquidazione automatica eseguita ai sensi degli artt. 36-bis del DPR n.600/1973 e 54-bis del DPR n.633/1972; b) quarto anno successivo a quello di presentazione della dichiarazione, in caso di controllo formale ex art. 36-ter del DPR n.600/1973; c) secondo anno successivo a quello in cui l'accertamento è divenuto definitivo²⁴.

Per i comparti impositivi diversi dalle imposte sui redditi/Iva i provvedimenti di riscossione devono essere notificati anch'essi entro termini previsti a pena di decadenza, che variano a seconda del tributo, nonché della fattispecie considerata.

dopo il termine di prescrizione di dieci anni, il credito è ormai estinto e la cartella deve essere annullata. Se la cartella viene notificata dopo il termine di decadenza, ma prima del termine di prescrizione, la cartella è comunque nulla (perché sono scaduti i termini per riscuotere mediante ruolo) ma il credito è ancora esigibile e quindi può essere preteso tramite una causa davanti al giudice.

²³ Il potere di liquidazione di imposte è regolato dall'art. 26 bis DPR n.600/1973, in base al quale il termine ultimo da parte dell'amministrazione finanziaria coincide con l'inizio del termine per la presentazione della dichiarazione relativa all'anno successivo (per l'IVA art. 54-bis DPR n.633/1972). Il potere di liquidazione per il controllo formale da parte dell'Ufficio è disciplinato dall'art. 36-ter e coincide con il 31 dicembre del secondo anno successivo a quello di presentazione della dichiarazione annuale. Ai sensi dell'art. 43 del DPR 29 settembre 1973, n.600, l'avviso di accertamento relativo alle imposte sui redditi deve essere notificato, a pena di decadenza, entro il 31 dicembre del quinto anno successivo a quello di presentazione della dichiarazione. Nel caso di omessa dichiarazione il termine previsto è del 31 dicembre del settimo anno successivo a quello in cui la dichiarazione avrebbe dovuto essere presentata. La stessa disposizione è prevista nell'art. 57 del DPR 26 ottobre 1972, n.633, con riferimento all'Iva.

²⁴ Si ricorda che, a decorrere dall'1° luglio 2011, gli avvisi di accertamento emessi dall'Agenzia delle Entrate ai fini delle imposte sui redditi e dell'IVA, e i connessi avvisi di irrogazione sanzioni, devono contenere anche l'intimazione ad adempiere, entro i termini di presentazione del ricorso all'obbligo di pagamento degli importi stabiliti dall'art. 15 del DPR 29 settembre 1973, n.602, ovvero nel limite di un terzo delle imposte dovute sugli ammontari corrispondenti agli imponibili o ai maggiori imponibili accertati. Detti atti costituiscono, quindi, titolo esecutivo per la successiva attività di riscossione coattiva da parte dell'agente per la riscossione del credito tributario e, pertanto, non necessitano di una preventiva iscrizione a ruolo (art. 29, D.L. 31 maggio 2010, n.78).

Per l'Irap, infatti, l'art. 30, comma 6, del D.Lgs n.446/1997 prevede che per la riscossione si applichino le norme previste per le imposte sui redditi, quindi la cartella di pagamento dovrà essere notificata entro i termini di cui all'art. 25 del DPR n.602/1973²⁵.

I testi normativi sulle varie imposte indirette, invece, non contengono indicazioni sulla notifica, a pena di decadenza, della cartella di pagamento, facendo riferimento all'ormai abrogato DPR n.43/1988²⁶. Per contro per essi, vi è un riferimento, in punto di riscossione, a termini prescrizionali²⁷. Da ciò, potrebbe sostenersi che, successivamente all'avviso di accertamento/liquidazione, da notificarsi entro termini decadenziali, entri in funzione il termine prescrizionale per la notifica della cartella di pagamento, optando per l'inapplicabilità, nell'imposizione indiretta, dell'art. 25 del DPR n.602/1973.

Questa tesi, invero, poco condivisibile, si basa sul fatto che l'art. 23 del D.lgs n.46/1999 prevede che l'art. 25 del DPR n.602/1973 si applichi all'Iva, con implicita esclusione delle altre imposte indirette²⁸.

A contrario, si potrebbe affermare che l'art. 19 del D.lgs n.46/1999, che elenca le norme del DPR n.602/1973 applicabili "esclusivamente" alle imposte sui redditi, non contiene alcun riferimento all'art. 25 del suddetto DPR, e che costituisce principio assodato quello in forza del quale il contribuente non può essere assoggettato all'azione esattiva per un periodo indefinito²⁹.

²⁵ Per l'accertamento dell'IRAP trovano applicazione i termini previsti per le imposte sui redditi, posto che l'art. 25 del D.Lgs 15 dicembre 1997, n.446 rinvia alla disciplina del DPR n.600/1973.

²⁶ Il testo unico delle disposizioni concernenti l'imposta sulle successioni e donazioni DPR n.346/1990, al comma 1, art. 41 dispone che: "Per la riscossione coattiva dell'imposta e delle sanzioni amministrative si applicano le disposizioni del titolo III del decreto del Presidente della Repubblica 28 gennaio 1988, n.43..."

²⁷ Per l'imposta di registro l'art. 78 del DPR n.131/1986 dispone che: "Il credito dell'amministrazione finanziaria per l'imposta definitivamente accertata si prescrive in dieci anni". Per l'imposta sulle successioni e donazioni il comma 2, art. 41 del DPR n.346/1990: "Il credito dell'amministrazione finanziaria per l'imposta definitivamente accertata si prescrive in dieci anni".

²⁸ Comm. trib. prov. Taranto 17 novembre 2008, n.351; Comm. trib. reg. Bologna 11 febbraio 2009, n.21.

²⁹ Nel senso dell'applicabilità del "vecchio" art. 17 del DPR n.602/1973 (relativo alla decadenza del termine per l'iscrizione a ruolo), Comm. trib. prov. Cagliari 23 gennaio 2006, n.298, Comm. trib. reg. Roma 26 febbraio 2010, n.42, Cass. 10 marzo 2008, n.6330. In particolare, la Cassazione afferma che il predetto termine decadenziale deve applicarsi a tutti i tributi indiretti elencati dall'ormai abrogato art. 67 del DPR n.43/1988. Non vi sono ragioni per non ritenere applicabile quanto esposto

Per la riscossione coattiva dei tributi locali, invece, il relativo titolo esecutivo, ovvero il ruolo incorporato nella cartella di pagamento, deve essere notificato al contribuente, a pena di decadenza, secondo il disposto dell'art. 1, c. 163, L. 27 dicembre 2006, n.296, entro il 31 dicembre del terzo anno successivo a quello in cui l'accertamento, è divenuto definitivo³⁰.

Orbene, una volta esercitato il potere di riscossione nel termine di legge, la decadenza resta definitivamente esclusa e l'esercizio del diritto che ne rinviene resta assoggettato alle sole regole della prescrizione.

A tal proposito, seguendo le recenti Sezioni Unite di cui alla sentenza n.23397 del 17 novembre 2016. la decorrenza del termine perentorio per proporre opposizione a cartella di pagamento determina la sola decadenza dalla possibilità di proporre impugnazione, con l'effetto sostanziale della irretrattabilità del credito, ma non produce effetti di ordine processuale, quali la c.d. "conversione" del termine di prescrizione breve in quello ordinario, con la conseguenza che occorre ulteriormente distinguere i crediti maturati a seconda della tipologia di obbligazione, periodica od istantanea, da cui essi promanano.

3. Le obbligazioni periodiche ed istantanee nel diritto privato e nel diritto tributario

Prima di ripercorrere le diverse tipologie di prescrizione disciplinate dalla normativa civilistica, applicabili alle diverse tipologie di credito assunto in riscossione, appare doveroso esaminare brevemente la nozione di obbligazione periodica e istantanea secondo la disciplina civilistica.

In ambito civilistico, la prima distinzione che si è soliti operare in tema di contratti è quella tra contratti a esecuzione unica o istantanea e contratti a esecuzione continuata o periodica (c.d. di durata).

La prima tipologia individua quei contratti suscettibili di esecuzione *uno actu*³¹,

al termine decadenziale per la notifica della cartella.

³⁰ Ai sensi dell'art. 1, comma 161, della L. n.296/2006La notifica degli avvisi di accertamento dei tributi locali deve avvenire a pena di decadenza entro il 31 dicembre del quinto anno successivo a quello in cui la dichiarazione o il versamento è stato o avrebbe dovuto essere effettuato.

³¹ Es. vendita, con il perfezionamento del contratto, si trasferisce la proprietà del bene e si ha l'adempimento.

mentre, al contrario, la seconda categoria dei contratti, c.d. di durata o a esecuzione continuata o periodica, ex art. 1467 c.c., è quella per cui la prestazione è suscettibile di adempimento solo col decorso del tempo, cosicché soltanto con il protrarsi dell'adempimento nel tempo si realizza la causa del rapporto obbligatorio e può essere soddisfatto l'interesse delle parti per il tramite della ricezione di più prestazioni, aventi un titolo unico, ma ripetute nel tempo ed autonome le une dalle altre.

Nell'ambito dei contratti a esecuzione periodica, quindi, la durata non è subita dalle parti, ma voluta dalle stesse e l'utilità del contratto è direttamente proporzionale alla durata dello stesso³². Conseguentemente, è chiaro che nell'ambito dei contratti di durata, l'elemento del tempo, costituisce caratteristica essenziale del rapporto giuridico contrattuale. Pertanto, il contratto di durata comporta esecuzione ininterrotta (c.d. contratto a esecuzione continuata) oppure esecuzioni replicate nel tempo (c.d. contratto a esecuzione periodica).

Sul punto, si rilevi, infine, che sebbene il contratto a esecuzione periodica spesso si frazioni in una pluralità di prestazioni, tuttavia, come sottolinea autorevole dottrina³³, non può dirsi che lo stesso dia luogo a una pluralità di obbligazioni e sia giustificato da una pluralità di cause.

Dal punto di vista tributario, invece, si è soliti operare la distinzione tra imposte istantanee e periodiche, potendo la fattispecie d'imposta essere costituita da un

³² cfr. F. Messineo, Il contratto in genere, in A. Cicu - F. Messineo, Trattato di diritto civile e commerciale, XXI, t. 1, Milano, 1973, 784, per il quale "sarebbe inconcepibile, perché contrario al bisogno e all'interesse di un lamento delle parti, che la prestazione sia adempiuta in modo diverso che con la continuità o periodicità; sarebbe inconcepibile, cioè, l'esecuzione del contratto *uno actu*". nello stesso senso cfr. anche G. Oppo, I contratti di durata, in Riv. dir. comm., 1943, 149-153 e 156-157.

³³ cfr. F. Massineo, op. cit. per il quale se fosse vera tale conclusione "dovrebbe essere vera anche la premessa: che cioè, a base della pluralità delle obbligazioni, accompagnata da pluralità di cause, dovrebbe stare una pluralità di contratti; e la nozione di contratto a esecuzione periodica sarebbe per implicito negata, non potendosi evitare di sbloccare nella sopra detta pluralità, se vi sia pluralità di cause. Il parlare di pluralità di cause avrebbe senso, qualora si trattasse della combinazione di cause tra loro diverse, come nella maggior parte di figure di contratto innominato; non ha senso qui, dove ammessa per un momento la pluralità, si tratterebbe, se mai, di più cause identiche. Tuttavia, l'esatta intuizione, che è contenuta nell'espressione "pluralità", si può tenere ferma, purché la si intenda quale causa complessa; il che, però, è evidentemente cosa diversa dalla pluralità di cause, in quanto si afferma l'unità della causa, pur ammettendone la complessità del contenuto (pluralità di prestazioni, non di obbligazioni)". Sulla stessa linea d'onda anche G. Oppo, *op. cit.*, 41 ss.

fatto istantaneo o da un fatto di durata.

In particolare, le imposte istantanee hanno per presupposti fatti istantanei; "per ogni singolo avvenimento, che ne forma il presupposto, sorge una distinta ed unica obbligazione, cosicché la ripetizione del medesimo fatto dà origine ad una nuova obbligazione"³⁴. Le imposte periodiche, invece, hanno come presupposto una fattispecie che si prolunga nel tempo, per cui assume rilievo giuridico un insieme di fatti che si collocano in un dato arco temporale, c.d. "periodo d'imposta"³⁵.

Ebbene, è proprio dalla natura dell'obbligazione, periodica od istantanea, che discende la disputa dei diversi termini di prescrizioni da applicare nei casi concreti.

4. La prescrizione ordinaria ex art. 2946 c.c. e la prescrizione breve ex art. 2948, n.4, c.c.

In materia tributaria, se è vero che i termini di prescrizione per la riscossione dei tributi sono stabiliti dalle singole leggi d'imposta e decorrono dalla notifica della cartella di pagamento o dalla notifica dell'avviso di accertamento "esecutivo", è altrettanto vero che il termine per la riscossione del tributo resta regolato dalla disciplina generale del codice civile e non può superare siffatti limiti³⁶. Anche per il computo del termine, l'art. 66, DPR n.6000/73, rinvia all'art. 2963 c.c.³⁷

³⁴ A.D. Giannini, I concetti fondamentali del diritto tributario, Torino, 1956, p. 177. In generale, sulla distinzione tra situazioni giuridiche istantanee e durevoli cfr. R. Caponi, L'efficacia del giudicato civile nel tempo, Milano, 1991, p. 9.

Sono istantanee, ad esempio le imposte che prendono in considerazione la consistenza del patrimonio o di parte del patrimonio in un dato istante; l'imposta di registro, che tassa gli atti giuridici, l'imposta sulle successioni, che colpisce l'asse ereditario al momento della morte del de cuius.

³⁵ Sono imposte periodiche, ad esempio, le imposte sui redditi. L'art. 7 del T.u.i.r., in tema di Irpef, e l'art. 76, in tema di Ires, prevedono, che "l'imposta è dovuta per anni solari, a ciascuno dei quali corrisponde un'obbligazione tributaria autonoma". Anche l'imposta sul valore aggiunto è un tributo periodico: l'insieme delle operazioni rilevanti compiute in ciascun anno solare determina il calcolo del volume d'affari, ex art. 20 DPR 26 ottobre 1972, n.633, e, pertanto, l'imposta deve essere liquidata su base annuale ed in relazione ad ogni anno solare va presentata una distinta dichiarazione, con effetti caratterizzati dall'anno di riferimento.

³⁶ L'art. 8, comma 3, L. 27 luglio 2000, n.212, rubricato "Tutela dell'integrità patrimoniale", dispone, infatti che: "Le disposizioni tributarie non possono stabilire né prorogare termini di prescrizione oltre il limite ordinario stabilito dal codice civile".

³⁷ Ai sensi dell'art. 2963 c.c. "In tutti i casi contemplati dal presente codice e dalle altre leggi si computano secondo il calendario comune. Non si computa il giorno nel corso del quale cade il momento iniziale del termine e la prescrizione si verifica con lo spirare dell'ultimo istante del giorno finale. Se il termine scade in giorno festivo, è prorogato di diritto al giorno seguente non festivo.

Come noto, l'ordinamento civilistico, prevede due tipologie di prescrizione, l'una c.d. "ordinaria", l'altra c.d. "breve". Per ciò che attiene a quella ordinaria, l'art. 2946 c.c. individua come termine ordinario di prescrizione quello di dieci anni³⁸.

La richiamata norma, dunque, prevedendo un'apposita clausola di salvezza per le ipotesi che siano espressamente disciplinate dalla legge, mina la possibilità di un concorso tra prescrizione ordinaria e prescrizione breve.

Invero, come opportunamente sottolineato dalla stessa giurisprudenza di legittimità l'ipotesi di un simile concorso sarebbe del tutto illogico, in quanto non ha alcun senso assoggettare a prescrizione decennale un diritto che si è già estinto per prescrizione breve³⁹.

Pertanto, l'ambito di applicazione della norma in questione si determina in maniera negativa, ossia si applica nei casi in cui la legge non individua espressamente alcun specifico termine prescrizionale⁴⁰.

Tra le prescrizioni brevi previste dal codice civile (artt. 2947 c.c. e ss.), quella che qui rileva è prevista dall'art. 2948, n.4, c.c secondo cui "Si prescrivono in cinque anni: ... 4) gli interessi e, in generale, tutto ciò che deve pagarsi periodicamente ad anno o in termini più brevi".

La prescrizione quinquennale trova, quindi, applicazione oltreché in riferimento alle ipotesi espressamente individuate dalla legge, anche in tutte quelle fattispecie ove le prestazioni con cadenza periodica, annuale o infrannuale, siano dovute per effetto di un'unica *causa debendi* di durata indefinita e, quindi, di ammontare

³⁸ Ai sensi dell' art. 2946 c.c. "salvi i casi in cui la legge dispone diversamente, i diritti si estinguono per prescrizione con il decorso di dieci anni".

³⁹ In tal senso, Cassazione 14 maggio 1985, n.3005 e Cassazione 27 giugno 1979, n.3606; 14 maggio 1985, n.3005, per le quali la prescrizione decennale e quella quinquennale, prevista per alcune categorie di crediti, non possono concorrere, essendo privo di senso l'assoggettare alla più lunga prescrizione un diritto già estinto per effetto della prescrizione più breve.

⁴⁰ Cfr. Cass., 4 luglio 1983, n.4461, con cui i giudici di legittimità hanno rilevato come nel nostro ordinamento l'istituto della prescrizione abbia una disciplina complessa e variegata in relazione a singole fattispecie. Ciò evidentemente dimostra come "il legislatore non ha inteso affatto stabilire un termine generale di prescrizione, derogandovi soltanto in talune ipotesi eccezionali, ma ha, invece, preferito adottare una pluralità di regolamentazioni al fine di adeguare il più possibile la durata del periodo di prescrizione alle esigenze logico-giuridiche delle fattispecie legali concretamente considerate" e, pertanto, "in tale contesto l'art. 2946 c.c. assume la chiara funzione di una norma di chiusura, alla quale l'interprete può ricorrere soltanto se non ravvisi nel sistema altra disposizione particolare nel cui ambito sia compresa la fattispecie in esame".

complessivo non determinabile a priori.

5. La natura periodica dei tributi locali e la conseguente prescrizione quinquennale

E' pacifico che i tributi locali (IMU, ICI, TARSU, TASI, TOSAP ecc.) hanno natura giuridica di obbligazione ad esecuzione periodica, comportante una serie di atti di esecuzione distribuiti nel tempo in maniera ricorrente e saltuaria, il cui relativo pagamento è frazionato nel corso dell'anno.

Da ciò consegue che, non esistendo una norma specifica che stabilisce il termine di prescrizione dei tributi locali, ricorre in tal caso l'ipotesi di cui all'art. 2948 c.c., n.4, che prevede una prescrizione quinquennale per *"tutto ciò che deve pagarsi periodicamente ad anno o in termini più brevi"*.

La prescrizione quinquennale prevista dall'art. 2948 c.c., n.4, si riferisce, infatti, alle obbligazioni periodiche o di durata, caratterizzate dal fatto che la prestazione è suscettibile di adempimento solo con decorso del tempo, cosicché soltanto con il protrarsi dell'adempimento nel tempo si realizza la causa del rapporto obbligatorio e può essere soddisfatto l'interesse del creditore per il tramite della ricezione di più prestazioni, aventi un titolo unico, ma ripetute nel tempo ad autonome le une dalle altre⁴¹.

L'applicabilità della suddetta norma ai tributi locali trova consolidata conferma nella giurisprudenza di legittimità⁴², secondo cui "i tributi locali (nel caso di specie tassa smaltimento rifiuti solidi urbani, tributo per occupazione di aree pubbliche e passi carrabili, contributo per consorzio di bonifica)... sono elementi strutturali di un rapporto sinallagmatico caratterizzato da una "causa debendi" di tipo continuativo suscettibile di adempimento solo con il decorso del tempo in relazione alla quale l'utente è tenuto ad una erogazione periodica, dipendente dal prolungarsi sul piano temporale della prestazione erogata dall'ente impositore, o del beneficio dallo stesso concesso".

Secondo detta giurisprudenza, la disposizione che avvalorava in via presuntiva la tesi di una prescrizione quinquennale di detta pretesa impositiva fatta valere con la

⁴¹ Consiglio di Stato, Sez. 3, 27 gennaio 1984, n.1421.

⁴² Cass., 23 febbraio 2010, n.4283, conformemente si veda anche Cass., 10 dicembre 2014 n.26013 e Cass., 19 dicembre 2014, n.27060.

cartella è, senz'altro, l'art. 26, comma 4, del DPR 29 settembre 1973, n.602, che dispone che il concessionario deve conservare per cinque anni la matrice o la copia della cartella con la relazione della avvenuta notifica o l'avviso del ricevimento.

6. La prescrizione delle imposte erariali

Anche per le imposte erariali, in particolare, per le imposte dirette (IRPEF, IRAP) e per l'IVA non sussiste una disposizione di legge che disciplini il termine di prescrizione per la riscossione dei relativi crediti, rilevando, quindi, anche per essi la disciplina generale sulla prescrizione prevista dal codice civile.

Diversamente dai tributi locali, però, riguardo alle imposte erariali la giurisprudenza ha affrontato più volte la complessa problematica della possibilità o meno di qualificare detta obbligazione tributaria a carattere periodico e, conseguentemente, del termine prescrizionale quinquennale o decennale da applicare ad essa.

Secondo l'orientamento maggioritario della Suprema Corte⁴³, questi crediti erariali non possono considerarsi "prestazioni periodiche", in quanto derivano anno in anno da una autonoma valutazione con riguardo alla sussistenza dei presupposti impositivi e, pertanto, ai fini Irpef, Irap e Iva, dovrebbe trovare applicazione la prescrizione decennale di cui all'art. 2946 c.c: in altre parole, i singoli periodi d'imposta e le relative obbligazioni sono tra loro autonomi mancando per essi la "*causa debendi continuativa*", che caratterizza le prestazioni periodiche⁴⁴.

In controtendenza rispetto a tale orientamento si pone, tuttavia, taluna giurisprudenza di merito, per la quale tutte le obbligazioni tributarie, a prescindere

⁴³ Citata Cassazione n.4283/2010; Cass., sentenza del 14 novembre 2014, n.24322.

⁴⁴ Con l'ordinanza n.20213 del 8 ottobre 2015, la Corte di Cassazione si è pronunciata in senso difforme, stabilendo che laddove il titolo esecutivo sia unicamente costituito dalla cartella esattoriale dell'Agente di Riscossione, opera la prescrizione quinquennale. In particolare, per la cit. sentenza, i provvedimenti esattoriali sono "adottati in virtù di procedure che consentono di prescindere dal previo accertamento dell'esistenza del titolo" e, pertanto, le cartelle di pagamento "non possono per questo considerarsi rette dall'irretrattabilità e definitività del titolo di accertamento". Per detta sentenza il creditore chiamato in causa, sia esso l'Ente della Riscossione o l'Ente impositivo, dovrà produrre in giudizio il "titolo definitivo" della pretesa, ossia "il provvedimento amministrativo di accertamento o la sentenza passata in giudicato", emessi "antecedentemente all'emissione delle cartelle"; in difetto opererà la prescrizione quinquennale.

dalla tipologia d'imposta, locale o erariale, sono strutturalmente *obbligazioni periodiche* e, pertanto, per esse troverebbe sempre applicazione il termine di prescrizione "breve" di cui l'art. 2948, n.4, c.c. ⁴⁵. Il carattere della periodicità discenderebbe, a dire dei giudici di merito, dalla "*tenutezza a corrispondere, appunto, periodicamente un importo per delle prestazioni erogate dall'altra parte*"⁴⁶.

Al riguardo giova ricordare che anche la Corte costituzionale, si è espressa sull'operatività della prescrizione lunga o breve per la riscossione di crediti erariali ai danni del cittadino, osservando che, sotto il profilo del principio del diritto di difesa (art. 24 Cost.), non è "consentito lasciare il contribuente assoggettato all'azione esecutiva del fisco per un tempo indeterminato e comunque, se corrispondente a quello ordinario di prescrizione", l'arco temporale di potenziale riscossione del credito erariale apparirebbe "certamente eccessivo e irragionevole"⁴⁷.

7. Conclusioni

La questione della prescrizione è forse una delle più delicate tematiche in ambito tributario, soprattutto alla luce del fatto che, negli anni, i poteri dell'Agente della

⁴⁵ Commiss. Trib.Prov. Reggio Calabria Sez. VII 28 maggio 2014.

⁴⁶ Invero, l'insorgenza annuale del debito d'imposta, che rende lo stesso "periodico", non è garanzia del suo perpetuarsi nel tempo in maniera continuata come, al contrario, richiede l'art. 2948, n.4. Sul punto, infatti, autorevole e prevalente dottrina, sottolinea come vero è che le imposte dirette sono periodiche, posto che il possesso di un reddito o di un patrimonio dura nel tempo e rende dunque necessario frazionare il periodo di possesso al fine di applicare l'imposta, ma altrettanto innegabile è che l'accezione di periodicità così come delineata non coincida in alcun modo con quella civilistica. Conseguentemente, all'obbligazione tributaria non possono applicarsi in tema di prescrizione le regole del diritto civile prevista per le obbligazioni periodiche, ma la prescrizione ordinaria decennale in assenza di una diversa disciplina prevista dalla legge (cfr. A. Fantozzi, *Il diritto tributario*, Roma, 2003, 63; De Mita, *Appunti di diritto tributario*, Milano, 1997, 83; M. Cogliatti Dezza, *Prescrizione (dir. trib.)*, in *Enc. dir. vol. XXXV*, Roma, 1991, 1).

⁴⁷ La Corte Costituzionale con la nota sentenza del 15 luglio 2005, n.280 ha statuito che: "È costituzionalmente illegittimo l'art. 25 del DPR 29 settembre 1973, n.602, come modificato dal D.Lgs. 27 aprile 2001, n.193, nella parte in cui non prevede un termine, fissato a pena di decadenza, entro il quale il concessionario della riscossione deve notificare al contribuente la cartella di pagamento delle imposte liquidate ai sensi dell'art.36-bis del DPR 29 settembre 1973, n.600, non essendo consentito dall'art. 24 Cost. lasciare il contribuente assoggettato all'azione esecutiva del fisco per un tempo indeterminato e comunque, se corrispondente a quello ordinario di prescrizione, certamente eccessivo e irragionevole".

Riscossione sono stati potenziati e perfezionati a dismisura.

È, dunque, doveroso che il contribuente sia posto nelle condizioni di comprendere con chiarezza fino a quando una sua pendenza con il fisco potrà essere riscossa ed è, conseguentemente, obbligo del Legislatore in primis, e non della giurisprudenza, emanare norme generali e comprensibili: ciò in virtù dei principi della buona amministrazione, voluta dall'art. 97 Cost., e della buona fede, imposta dall'art. 10 della L. n.212/2000 con riferimento al rapporto tra il contribuente e l'amministrazione.

Va detto che, ad oggi, la legislazione tributaria non sembra essere di aiuto a rinvenire una visione organica e sistematica dell'istituto della prescrizione, essendo invece esso rimesso a norme specifiche per i singoli tributi, a differenza del diritto civile, in cui la prescrizione costituisce un istituto generale.

Ed infatti, ai sensi dell'art. 78 del DPR 26 aprile 1986, n.131 l'imposta di registro si prescrive in dieci anni, mentre secondo l'art. 84 del DPR23 gennaio 1973, n.43⁴⁸, la riscossione dei diritti doganali si prescrive nel termine di tre anni.

Uno spunto riflessivo pratico, oltre che giuridicamente ragionevole, sulla prescrizione breve della riscossione qualunque sia la natura del credito, potrebbe rappresentare il D.lgs 472 del 18 dicembre 1997, recante Disposizioni generali in materia di sanzioni amministrative per le violazioni di norme tributarie, ove al comma 3 dell'art. 20 dispone che: "*Il diritto alla riscossione della sanzione irrogata si prescrive nel termine di cinque anni*".

Ed infatti, proprio con riferimento a detta norma le Sezioni Unite, richiamate anche nella sentenza n.23397/2016, hanno affermato che: "Il diritto alla riscossione delle sanzioni amministrative pecuniarie previste per la violazione di norme tributarie, derivante da sentenza passata in giudicato, si prescrive entro il termine di dieci anni, per diretta applicazione dell'art. 2953 c.c., che disciplina specificamente ed in via generale la cosiddetta "actio iudicati", mentre, se la

⁴⁸ La L. 29 dicembre 1990, n.428 ha disposto con l'art. 29, comma 1, che a decorrere dal novantesimo giorno successivo alla data di entrata in vigore della presente legge, il termine di prescrizione previsto dall'articolo 84 del testo unico delle disposizioni legislative in materia doganale, approvato con decreto del Presidente della Repubblica 23 gennaio 1973, n.43, è ridotto da cinque anni a tre anni.

definitività della sanzione non deriva da un provvedimento giurisdizionale irrevocabile vale il termine di prescrizione di cinque anni, previsto dall'art. 20 del D.lgs 18 dicembre 1997 n.472, atteso che il termine di prescrizione entro il quale deve essere fatta valere l'obbligazione tributaria principale e quella accessoria relativa alle sanzioni non può che essere di tipo unitario⁴⁹.

Il che dovrebbe portare all'identica vigenza temporale, quinquennale, dei tributi e delle sanzioni, non potendosi ammettere un diverso termine di prescrizione delle sanzioni a seconda della natura dell'obbligazione tributaria principale.

Il convincimento della prescrizione quinquennale delle cartelle di pagamento, qualunque sia la natura del credito ivi riscosso, infine, troverebbe un ulteriore avallo nell'obbligo, sancito all'art. 26 del DPR n.602 del 1973, per il concessionario di provvedere alla conservazione della copia delle cartelle di pagamento e dei relativi attestati di ricevimento per la durata totale di cinque anni.

Il che dovrebbe portare alla conclusione che solo in caso di notifica di cartella esattoriale su sentenza passata in giudicato relativa ad un atto impositivo andrebbe applicato il termine di prescrizione decennale, di cui all'art. 2953 c.c, anche nel caso in cui l'accertamento riguardi sanzioni per violazioni tributarie, posto che, in siffatta ipotesi, il titolo della pretesa tributaria cessa di essere l'atto e diventa la sentenza che, pronunciandosi sul rapporto, finisce per confermarne definitivamente la legittimità⁵⁰.

⁴⁹ SS.UU., 10 dicembre 2009, n.25790.

⁵⁰ Cass., 9 agosto 2016, n.16730.

Sent. Sez. Un.civ. num. 23397 Anno 2016
Presidente: AMOROSO GIOVANNI
Relatore: TRIA LUCIA Data pubblicazione: 17/11/2016

SENTENZA

sul ricorso 20394-2014 proposto da:

I.N.P.S. - ISTITUTO NAZIONALE DELLA PREVIDENZA SOCIALE, in persona del Commissario straordinario pro tempore, in proprio e nella qualità di procuratore speciale della S.C.C.I. S.P.A. - SOCIETA' DI CARTOLARIZZAZIONE DEI CREDITI INPS, elettivamente domiciliato in ROMA, VIA CESARE BECCARIA 29, presso l'Avvocatura Centrale dell'Istituto stesso, rappresentato e difeso dagli avvocati LELIO MARITATO, GIUSEPPE MATANO, XXXXXXXX SGROI, EMANUELE DE ROSE, CARLA D'ALOSIO, per delega a margine del ricorso;

- ricorrente -

contro

XXXXXXXX XXXXXXXX, XXXXX SICILIA S.P.A.;

- intimati -

avverso la sentenza n.456/2014 della CORTE D'APPELLO di CATANIA, depositata il 16/05/2014;

udita la relazione della causa svolta nella pubblica udienza del 25/10/2016 dal Consigliere Dott. LUCIA TRIA;

udito l'Avvocato Lelio MARITATO;

udito il P.M. in persona dell'Avvocato Generale Dott. RICCARDO FUZIO, che ha concluso per il rigetto del ricorso.

udienza 25 ottobre 2016 20394/14 r.g.n.

ESPOSIZIONE DEL FATTO

1. Con sentenza del 28 ottobre 2009 il Tribunale di Catania dichiarò inammissibile per tardività - in quanto proposta oltre il termine di quaranta giorni dalla notifica di cui all'art. 24, comma 5, del D.lgs 26 febbraio 1999, n.46 - l'opposizione all'esecuzione di A.M. avverso l'**intimazione di pagamento relativa a cartella esattoriale** notificatagli il 31 agosto 2001 per **omesso pagamento di contributi previdenziali della gestione commercianti INPS** negli anni 1993, 1995, 1996 e 1998.

2. La Corte di appello di Catania, con la sentenza attualmente impugnata, ha riformato tale decisione dichiarando prescritto il credito vantato dall'INPS con la cartella di pagamento suddetta.

A tale conclusione la Corte territoriale è pervenuta sulla base dei seguenti principali rilievi:

a) l'appellante sostiene che, diversamente da quanto affermato dal primo giudice - che ha considerato l'opposizione inammissibile perché proposta oltre il termine perentorio di quaranta giorni dalla notifica, di cui all'art. 24, comma 5, del D.lgs n.46 del 1999 - la domanda azionata deve essere qualificata come opposizione all'esecuzione, proponibile senza limiti di tempo ai sensi dell'art. 615 cod. proc. civ., avendo con essa l'interessato fatto valere un atto estintivo successivo alla notifica del titolo, consistente nella sopravvenuta prescrizione del credito

b) infatti, anche a voler considerare valida la notifica della cartella di pagamento (avvenuta il 31 agosto 2001) - superando la tesi dell'appellante secondo cui il titolo esecutivo costituito dalla cartella di pagamento avrebbe perso efficacia dopo l'infruttuoso decorso di un anno dalla relativa notifica - comunque, al momento della notifica dell'intimazione di pagamento, il credito contributivo vantato dall'INPS era prescritto;

c) invero, è pacifico che l'intimazione di pagamento sia stata notificata in data 27 maggio 2008, sicché all'epoca il credito contributivo vantato dall'INPS era sicuramente prescritto a causa dell'avvenuto decorso del quinquennio dalla notifica della **cartella esattoriale** (avvenuta, si ribadisce, il 31 agosto 2001), senza il compimento di alcun atto interruttivo da parte del "cessionario della riscossione";

d) com'è noto, a norma dell'art. 3, comma 9, della legge 8 agosto 1995, n.335 il termine prescrizione per il versamento dei contributivi previdenziali, prima decennale, è ritornato quinquennale a partire dal gennaio 1996, ma il successivo comma 10 dell'art. 3 cit. ha fatto salva la permanenza del termine decennale per le contribuzioni relative agli anni precedenti, nel caso di atti interruttivi già compiuti e/o di procedure di recupero iniziate dall'Istituto previdenziale nel rispetto della normativa preesistente, evenienza che qui non si verifica;

e) la **cartella esattoriale**, pur avendo le caratteristiche di un titolo esecutivo, resta un atto amministrativo privo dell'attitudine ad acquistare efficacia di giudicato, il che significa che la decorrenza del termine per l'opposizione, pur determinando la decadenza dalla possibilità di proporre impugnazione, produce soltanto l'effetto sostanziale della irretrattabilità del credito, mentre non determina alcun effetto processuale, sicché non può trovare applicazione l'art. 2953 cod. civ. ai fini della operatività della conversione del termine di prescrizione breve (quinquennale) in quello ordinario decennale.

3. - Avverso tale sentenza l'INPS, in proprio e quale mandatario della SCCL s.p.a., ha proposto, per un unico motivo, ricorso per cassazione illustrato da memoria.

A.M e la XXXXX SICILIA s.p.a. sono rimasti intimati.

L'Istituto ricorrente - senza contestare la qualificazione della domanda azionata, effettuata dalla Corte d'appello come opposizione all'esecuzione, proponibile senza limiti di tempo ai sensi dell'art. 615 cod. proc. civ.- sostiene che la pacifica mancanza di tempestiva opposizione alla cartella di pagamento avrebbe determinato l'intangibilità della pretesa contributiva, con la conseguenza che il relativo diritto non potrebbe più ritenersi assoggettato alla prescrizione

quinquennale, potendo prescriversi soltanto l'azione diretta all'esecuzione del titolo definitivamente formatosi. E rispetto a tale azione, secondo quanto previsto per l'"actio iudicati" dall'art. 2953 cod. civ., troverebbe applicazione il termine prescrizione decennale ordinario, nella specie non ancora decorso, in data 27 maggio 2008, quando è stata effettuata la notifica dell'intimazione di pagamento (si citano: Cass. 24 febbraio 2014, n.4338 e la giurisprudenza ivi richiamata).

4. A seguito di contraddittorio camerale - ai sensi degli artt. 380-bis, 376 e 375 cod. proc. civ. - la Sesta Sezione civile, con ordinanza 29 gennaio 2016, n.1799, avendo riscontrato nella giurisprudenza di questa Corte di cassazione delle "disarmonie" sulla determinazione dell'ambito di applicabilità dell'art. 2953 cod. civ. con riferimento alla riscossione mediante ruolo di diversi tipi di crediti, rispettivamente degli enti previdenziali, oppure per sanzioni amministrative pecuniarie e/o per violazioni di norme tributarie e così via, ha sollecitato la rimessione della questione alle Sezioni Unite, qualificandola come una questione sia di massima di particolare importanza, anche per il cospicuo contenzioso in corso che ne è interessato.

5. Il ricorso è stato perciò assegnato alle Sezioni Unite e discusso all'odierna udienza.

MOTIVI DELLA DECISIONE

1. La questione sulla quale queste Sezioni Unite sono chiamate a pronunciarsi investe l'interpretazione da dare all'art. 2953 cod. civ. con riguardo specifico all'operatività o meno della ivi prevista conversione del termine di prescrizione breve in quello ordinario decennale, nelle fattispecie originarie da atti di riscossione mediante ruolo o comunque di riscossione coattiva di crediti degli enti previdenziali ovvero di crediti relativi ad entrate dello Stato, tributarie ed extratributarie, nonché di crediti delle Regioni, delle Province, dei Comuni e degli altri Enti locali nonché delle sanzioni amministrative per la violazione di norme tributarie o amministrative e così via.

In particolare, dall'ordinanza di rimessione della Sesta Sezione civile n.1799 del 2016 risulta che si tratta di stabilire se la suddetta disposizione codicistica sia applicabile anche nelle ipotesi in cui la definitività dell'accertamento del credito derivi da atti diversi rispetto ad una sentenza passata in giudicato.

Nel presente giudizio il problema da risolvere è se la decorrenza del termine - pacificamente perentorio - per fare opposizione a cartella di pagamento di cui all'art. 24, comma 5, del D.lgs 26 febbraio 1999, n.46, pur determinando la decadenza dalla possibilità di proporre impugnazione, produca soltanto l'effetto sostanziale della irretrattabilità del credito oppure determini anche l'effetto di rendere applicabile l'art. 2953 cod. civ. ai fini della operatività della conversione del termine di prescrizione breve (quinquennale secondo l'art. 3, commi 9 e 10, della legge n.335 del 1995) in quello ordinario decennale.

2. Ovviamente la soluzione di tale problema va coordinata con gli indirizzi espressi da questa Corte con riguardo all'ambito di operatività della suddetta norma in tutte le fattispecie di crediti riscossi mediante ruolo o comunque coattivamente (ad

esempio con: l'avviso di addebito dell'INPS, che dal 10 gennaio 2011 ha preso il posto della cartella di pagamento per i crediti di natura previdenziale di questo Istituto; oppure con l'avviso di accertamento esecutivo, che dal 10 ottobre 2011, ha in parte sostituito la **cartella esattoriale** per i crediti erariali ed è stato poi esteso ai crediti dell'Agenzia delle dogane: vedi, rispettivamente artt. 30 e 29 del d.l. 31 maggio 2010, n.78, convertito dalla legge n.122 del 2010).

Infatti, pur essendo l'art. 24 cit. - laddove attribuisce agli enti previdenziali il potere di riscuotere i propri crediti attraverso un titolo (il ruolo esattoriale, da cui scaturisce la cartella di pagamento) che si forma prima e al di fuori del giudizio, in forza del quale l'ente può conseguire il soddisfacimento della pretesa a prescindere da una verifica in sede giurisdizionale della sua fondatezza - una norma innovativa per il sistema previdenziale dell'epoca, esso comunque non ha fatto altro che attribuire alla cartella di pagamento ivi prevista effetti propri di altri analoghi titoli previsti già in altri ambiti, effetti che sono stati poi attribuiti anche ai titoli introdotti dal suindicato d.l. n.78 del 2010.

3. Come illustrato anche dalla presente ordinanza di rimessione della Sesta Sezione civile, con riguardo all'ambito applicativo dell'art. 2953 cod. civ. nelle fattispecie originate da atti di riscossione coattiva sono stati espressi da questa Corte sostanzialmente due orientamenti - sembrerebbe inconsapevolmente - non coincidenti.

4. Secondo l'orientamento maggioritario e di origine più remota in base all'art. 2953 cod. civ. si può verificare la conversione della prescrizione da breve a decennale soltanto per effetto di sentenza passata in giudicato, oppure di decreto ingiuntivo che abbia acquisito efficacia di giudicato formale e sostanziale (**vedi, per tutte: Cass. 24 marzo 2006, n.6628; Cass. 27 gennaio 2014, n.1650; Cass. 29 febbraio 2016, n.3987**) o anche di decreto o di sentenza penale di condanna divenuti definitivi (ove si tratti di fattispecie anche penalmente rilevanti).

In particolare per la riscossione coattiva dei crediti la suddetta norma è considerata applicabile esclusivamente quando il titolo sulla base del quale viene intrapresa la riscossione non è più l'atto amministrativo, ma un provvedimento giurisdizionale divenuto definitivo (**vedi: Cass. 3 gennaio 1970, n.1; Cass. 22 dicembre 1989, n.5777; Cass. 10 marzo 1996, n.1965; Cass. 11 marzo 1996, n.1980**).

5. Per tale indirizzo l'atto con cui inizia il procedimento di riscossione forzata, qualunque sia il credito cui si riferisce - quindi, sia che attenga al pagamento di tributi oppure di contributi previdenziali, sia che si riferisca a sanzioni pecuniarie per violazioni tributarie o amministrative e così via - pur avendo natura di atto amministrativo con le caratteristiche del titolo esecutivo (ed eventualmente anche del precetto, come accade per la cartella di pagamento de qua), tuttavia è privo di attitudine ad acquistare efficacia di giudicato perché è espressione del potere di autoaccertamento e di autotutela della P.A. Pertanto, l'inutile decorso del termine perentorio per proporre l'opposizione, pur determinando la decadenza dall'impugnazione, non produce effetti di ordine processuale, ma solo l'effetto

sostanziale dell'irretrattabilità del credito (qualunque ne sia la fonte, di diritto pubblico o di diritto privato), con la conseguente inapplicabilità dell'art. 2953 cod. civ. ai fini della prescrizione (**vedi, tra le tante: Cass. 25 maggio 2007, n.12263; Cass. 16 novembre 2006, n.24449; Cass. 26 maggio 2003, n.8335**).

6. Nella sentenza di queste Sezioni Unite 10 dicembre 2009, n.25790 - nella quale si trattava di stabilire se l'art. 2953 cod. civ. potesse trovare applicazione soltanto in caso di sentenza passata in giudicato pronunciata in giudizi aventi ad oggetto l'obbligazione tributaria o anche in presenza di giudicato su ricorsi avverso provvedimenti di irrogazione di sanzioni tributarie amministrative - è stato affermato che "il diritto alla riscossione delle sanzioni amministrative pecuniarie previste per la violazione di norme tributarie, derivante da sentenza passata in giudicato si prescrive entro il termine di dieci anni, per diretta applicazione dell'art. 2953 cod. civ., che disciplina specificamente ed in via generale la cosiddetta *actio judicati*, mentre, se la definitività della sanzione non deriva da un provvedimento giurisdizionale irrevocabile vale il termine di prescrizione di cinque anni, previsto dall'art. 20 del D.lgs 18 dicembre 1997 n.472, atteso che il termine di prescrizione entro il quale deve essere fatta valere l'obbligazione tributaria principale e quella accessoria relativa alle sanzioni non può che essere di tipo unitario".

A tale principio - che, come si è detto, tradizionalmente era già stato affermato dalla prevalente giurisprudenza in materia di crediti dell'Amministrazione finanziaria per tributi e sanzioni - si è uniformata la gran parte della giurisprudenza successiva in tale ambito materiale (**vedi, per tutte: Cass. 12 marzo 2010, n.6077; Cass., Sez. 5, 11 marzo 2011 n.5837; Cass. 13 luglio 2012, n.1194; Cass. 6 luglio 2012, n.11380; Cass. 6 luglio 2012, n.11380; Cass. 5 aprile 2013, n.8380; Cass. 19 luglio 2013, n.17669; Cass. 11 dicembre 2013, n.27674; Cass. 17 gennaio 2014, n.842; Cass. 23 ottobre 2015, n.21623 e di recente: Cass. 13 giugno 2016, n.12074**).

7. Anche con riguardo ai crediti derivanti da omissioni e/o evasioni di contributi previdenziali, per più di trent'anni, quando tali fattispecie erano penalmente rilevanti - a partire da Cass. 1 marzo 1956, n.623 - è stato affermato il principio secondo cui in caso di condanna con decreto o con sentenza penale per il mancato o ritardato versamento dei contributi assicurativi il diritto dell'INPS al recupero delle somme ivi indicate non è più soggetto alla prescrizione quinquennale di cui all'art 55 del r.d.l. 4 ottobre 1935, n 1827 - nel testo antecedente l'art. 41 della legge 30 aprile 1969, n.153 - ma, ai sensi dell'art. 2953 cod. civ., alla prescrizione ordinaria decennale, soltanto dopo che il suddetto provvedimento giurisdizionale sia diventato definitivo (**vedi, tra le tante: Cass. 17 giugno 1974, n.1794; Cass. 10 aprile 1979, n.2085; Cass. 5 luglio 1980, n.4320; Cass. 9 giugno 1981, n.3733; Cass. 28 luglio 1983, n.5195**).

8. Dopo la disposta depenalizzazione delle suddette fattispecie, ad opera della legge 24 novembre 1981 n.689, la giurisprudenza della Sezione Lavoro (vedi, fra le prime: Cass. 14 dicembre 1990, n.11884; Cass. 24 marzo 1992, n.3651; Cass. 20 gennaio 1993, n.684; Cass. 14 giugno 1994, n.5758) ha affermato che, per effetto

del nuovo assetto, agli enti previdenziali è stata data la possibilità di avvalersi per il recupero - anche disgiunto - di contributi, premi, sanzioni civili e sanzioni amministrative, di uno strumento unitario rappresentato, alternativamente, dall'ordinanza-ingiunzione (provvedimento tipico per l'irrogazione e la riscossione della sanzione amministrativa, utilizzato anche per la riscossione dei contributi evasi e delle somme aggiuntive) oppure dal decreto ingiuntivo (strumento tipico per il recupero dei crediti civilistici, utilizzato anche per l'irrogazione e la riscossione della sanzione amministrativa) o ancora (dopo il 1989) dall'ingiunzione prevista dal r.d. 14 aprile 1910 n.639 (provvedimento amministrativo tipico per la riscossione delle entrate patrimoniali dello Stato e degli altri enti pubblici utilizzabile anche per la riscossione dei crediti previdenziali, nei limiti già consentiti dalla previgente disciplina).

Sicché, anche prima che la questione fosse esaminata dalla sentenza di queste Sezioni Unite 23 giugno 1993, n.6954, nella giurisprudenza della Sezione Lavoro era, sia pure implicitamente, del tutto pacifico il principio secondo cui l'ordinanza-ingiunzione di pagamento delle sanzioni pecuniarie è un provvedimento amministrativo e non giurisdizionale e, pertanto, si differenzia nettamente dal decreto ingiuntivo (Cass., Sezione Prima, 12 novembre 1992, n.12189; Id. 22 maggio 1993, n.5788; Id. 9 novembre 1993, n.11059; Id. 1 luglio 1995, n.733).

Il suddetto indirizzo, del resto, è tuttora incontrastato nella giurisprudenza di questa Corte (vedi, per tutte: Cass., Sezione Prima, 1 aprile 2004, n.6362; Cass., Sezione Seconda, 27 luglio 2012, n.13516).

9. Questa è la cornice nella quale vanno inserite anche le sentenze della Sezione Lavoro nelle quali, per la prima volta, è stata individuata la categoria dei "c.d. titoli esecutivi paragiudiziali" - accanto a quella dei titoli giudiziali - aventi l'attitudine a diventare, in caso di mancata opposizione o di opposizione proposta fuori termine, definitivi e incontrovertibili (vedi: 24 --settembre, 1991, n.9944 Cass. 2 ottobre 1991, n. 10269; Cass. 26 ottobre 1991, 11421, in motivazione).

Deve essere, peraltro, sottolineato che in tutte e tre le suindicate sentenze la Corte ha affrontato la questione relativa agli effetti da attribuire all'ordinanza-ingiunzione per crediti previdenziali maturati anteriormente all'apertura di una procedura fallimentare (o concorsuale in genere).

Pertanto, nelle relative motivazioni, la suddetta affermazione risulta chiaramente funzionale alla conclusione della equiparazione del trattamento da riservare alla situazione sub iudice - ordinanza-ingiunzione irrogativa di una sanzione amministrativa, inerente a una infrazione posta in essere dal debitore in epoca anteriore al proprio fallimento - rispetto a quello da applicare ad un decreto ingiuntivo immediatamente esecutivo emanato in costanza di fallimento per crediti antecedenti.

In questi termini si rilevava la "sostanziale identità" fra i due suindicati titoli, identità che, peraltro, veniva espressamente riferita alla incontrovertibilità sostanziale del credito, senza alcun richiamo dell'art. 2953 cod. civ.

10. Poco dopo, con specifico riferimento alla **cartella esattoriale** di pagamento

relativa alla riscossione di contributi previdenziali, Cass., Sezione Lavoro, 11 agosto 1993, n.8624 (richiamando Cass. 20 gennaio 1993, n.684 cit.) ha affermato che tale cartella emessa ai sensi dell'art. 2 del D.L. 9 ottobre 1989 n.338, convertito in legge n.389 del 1989 -nel testo all'epoca vigente, antecedente le modifiche di cui al D.lgs n.46 del 1999 - è un titolo esecutivo che diviene definitivo in caso di omessa opposizione o di opposizione tardiva, in quanto proposta dopo la scadenza del termine "e tale dichiarata dal giudice" a conclusione del relativo giudizio.

Nella relativa motivazione la Corte confermava il precedente orientamento (di cui a Cass. 24 settembre 1991 n.9944 e Cass. 2 ottobre 1991 n.10269), secondo cui non soltanto i titoli esecutivi giudiziali o "a formazione giudiziale" sono "passibili di diventare definitivi, e cioè incontrovertibili con effetti analoghi al giudicato, in caso di mancata opposizione o di opposizione proposta fuori termine -, essendo stati da tempo individuati dalla richiamata giurisprudenza i c.d. titoli paragiudiziali, in considerazione delle leggi speciali con le quali, in diverse materie, il legislatore ha consentito agli organi della pubblica amministrazione di ordinare ai privati mediante ingiunzioni, il pagamento di somme di danaro (si citavano per le omissioni contributive previdenziali il r.d. 14 aprile 1910 n.639 e la legge 24 novembre 1981 n.689, che regola peraltro il più generale contesto delle c.d. sanzioni amministrative).

Con riguardo a tali ultimi titoli si specificava che per essi, al pari di quanto accade per quelli giudiziali, è previsto un termine perentorio per la relativa opposizione davanti al giudice ordinario, "con la conseguenza che i medesimi diventano definitivi in caso o di omessa opposizione o di opposizione tardiva, in quanto proposta dopo la scadenza del termine e tale dichiarata dal giudice a conclusione del relativo giudizio".

11. Come può notarsi, tale ultima sentenza non ha detto nulla di diverso rispetto a quelle precedenti e si è limitata a ribadire che una volta scaduto inutilmente il termine perentorio per proporre opposizione avverso un c.d. titolo paragiudiziale - come la **cartella esattoriale** - il titolo diviene definitivo e il diritto di credito incontestabile.

Peraltro, come si evince chiaramente dall'espresso riferimento alla conclusione del giudizio sulla opposizione, la contemplata "definitività" del titolo era riferita esclusivamente – e in linea con l'indirizzo tradizionale – al diritto sostanziale, senza minimamente toccare la questione della conversione della prescrizione ex art. 2953 cod. civ.

Così, del resto, la sentenza è stata intesa dalla maggior parte della successiva giurisprudenza sia della Sezione Lavoro sia della Sezione Tributaria (vedi per tutte: Cass., Sezione Lavoro, 29 agosto 1995 n.9119; Id. 18 giugno 2004, n.11426; Id. 27 febbraio 2007, n.4506; Id. 25 giugno 2007, n.14692; Id. 1 luglio 2008, n.17978; Id. 24 marzo 2010, n.13262; Cass. Sez. V, 28 gennaio 2005, n.1793).

La stessa impostazione si rinviene in Cass. 14 ottobre 2009, n.21790 ove viene usata la medesima terminologia della sentenza n.8624 del 1993 cit. e ci si limita a precisare che la conseguenza della perentorietà del termine di cui all'art. 24 del D.lgs n.46 del 1999 è che, in tema di contributi previdenziali, per contestare il ruolo

è necessaria l'opposizione da parte dell'interessato nel termine stesso, poiché, in caso contrario, il titolo diviene definitivo e il diritto alla relativa pretesa contributiva incontestabile (sempre in ambito sostanziale).

Nella stessa ottica si pongono anche alcune sentenze in cui si ricorda il consolidato indirizzo che, pure per le iscrizioni a ruolo delle imposte dirette o indirette, ha riconosciuto l'esistenza della categoria dei titoli esecutivi formati sulla base di un mero procedimento amministrativo dell'ente impositore (in questo senso: Cass., Sezione Lavoro, 9 febbraio 2010, n.7667; Id. 14 giugno 2010, n.14195).

12. Va anche precisato che tale impostazione non risulta smentita dalle sentenze della Sezione Tributaria nelle quali - specialmente in tema di IVA (Cass. 12 novembre 2010, n.22977; Cass. 9 febbraio 2007, n.2941; Cass. 8 settembre 2004, n.18110) e in materia di tassa automobilistica (Cass. 15 gennaio 2014, n.701) - è stato sottolineato che il credito erariale per la riscossione dell'imposta, a seguito di accertamento divenuto definitivo per mancata impugnazione o sulla base di sentenza passata in giudicato, è soggetto all'ordinario termine di prescrizione decennale di cui all'art. 2946 cod. civ., decorrente, ai sensi dell'art. 2935 dello stesso codice, dal momento in cui il "credito diventa esigibile, e cioè dalla data in cui l'accertamento diviene definitivo per mancata impugnazione".

In tali pronunce, infatti, il suddetto principio risulta affermato al fine di individuare il regime prescrizione da applicare, in diritto sostanziale, ed escludere l'applicabilità al credito erariale per la riscossione dell'imposta a seguito di accertamento divenuto definitivo del termine di prescrizione quinquennale previsto - "per tutto ciò che deve pagarsi periodicamente ad anno o in termini più brevi" - dall'art. 2948 n.4, cod. civ. ovvero di termini decadenziali ancora più brevi (come, ad esempio, quello stabilito dall'art. 57 del DPR 26 ottobre 1972, n.633).

Ma non risulta esservi alcun riferimento all'art. 2953 cod. civ. e all'actio iudicati.

13. Ebbene, alla luce della presente disamina, può dirsi che una delle sentenze della Sezione Tributaria, nelle quali è stato ribadito il suddetto orientamento, abbia inconsapevolmente dato l'inizio alla "disarmonia" di indirizzi menzionata nella presente ordinanza di rimessione.

Si tratta della sentenza della Sezione V 26 agosto 2004, n.17051, nella quale - in una controversia relativa ad un caso di iscrizione a ruolo per IVA - la Corte si è limitata ad affermare espressamente che per effetto della iscrizione "l'Ufficio forma un titolo esecutivo al quale è sicuramente applicabile il termine prescrizione di dieci anni previsto dall'articolo 2946 del codice civile", senza peraltro alcuna specifica spiegazione sul punto e senza alcun riferimento all'actio iudicati.

14. È, infatti, accaduto che la Sezione Lavoro, a partire da Cass. 24 febbraio 2014, n.4338, facendo principale riferimento a tale sentenza n.17051 del 2004 abbia affermato il principio secondo cui: "una volta divenuta intangibile la pretesa contributiva per effetto della mancata proposizione dell'opposizione alla **cartella esattoriale** (come avvenuto nel caso di specie), non è più soggetto ad estinzione per prescrizione il diritto alla contribuzione previdenziale di che trattasi e ciò che

può prescriversi è soltanto l'azione diretta all'esecuzione del titolo così definitivamente formatosi, riguardo alla quale, in difetto di diverse disposizioni (e in sostanziale conformità a quanto previsto per l'actio iudicati ai sensi dell'art. 2953 cod. civ.), trova applicazione il termine prescrizionale decennale ordinario di cui all'art. 2946 cod. civ."

Nella successiva Cass., Sez. Lav., 8 giugno 2015, n.11749 è stato ribadito che il termine di quaranta giorni dalla notifica della cartella di pagamento per proporre opposizione di cui all'art. 24 cit. deve ritenersi perentorio, perché diretto a rendere non più contestabile dal debitore il credito contributivo dell'ente previdenziale in caso di omessa tempestiva impugnazione ed a consentire così una rapida riscossione del credito medesimo (vedi, ex plurimis Cass. 25 giugno 2007, n.14692; Cass. 12 marzo 2008, n.6674; Cass. 5 febbraio 2009, n.2835; Cass. 19 aprile 2011, n.8931). Conseguentemente, per effetto della mancata proposizione dell'opposizione alla **cartella esattoriale** la pretesa contributiva diviene intangibile e il diritto alla contribuzione previdenziale non è più soggetto ad estinzione per prescrizione, potendo prescriversi "soltanto l'azione diretta all'esecuzione del titolo così definitivamente formatosi", nel termine prescrizionale decennale ordinario di cui all'art. 2946 cod. civ., in difetto di diverse disposizioni e "in sostanziale conformità a quanto previsto per l'actio iudicati ai sensi dell'art. 2953 cod. civ." (si citano: Cass. 26 agosto 2004, n.2004, recte n.17051, nonché Cass. 24 febbraio 2014, n.4338).

Va, peraltro, precisato che, in entrambe le suddette sentenze, l'affermazione del suindicato principio rappresenta un "obiter dictum" eccedente la necessità logico giuridica della decisione e come tale non vincolante (Cass. 11 giugno 2004, n.11160; Cass. 22 novembre 2010, n.23635; Cass. 8 febbraio 2012, n.1815).

Infatti, nella sentenza n.4338 del 2014 la Corte ha espressamente dichiarato di non essere chiamata a pronunciarsi sulla prescrizione, mentre nella sentenza n.11749 del 2015 la Corte ha precisato che, nella fattispecie esaminata, l'operatività del termine breve quinquennale, almeno per il credito per i contributi, era ormai coperta da giudicato, avendo la Corte territoriale ritenuto inapplicabile, ai fini della prescrizione decennale, l'art. 2953 cod. civ.

15. Più di recente la Corte, in Cass., Sez. Lav., 15 marzo 2016, n.5060 - questa volta in un giudizio analogo all'attuale in cui era in contestazione la questione degli effetti della mancata tempestiva proposizione dell'opposizione alla cartella di pagamento per contributi omessi sulla prescrizione del credito alla contribuzione previdenziale dell'Istituto - ha ribadito il principio (richiamando le sentenze n.17051 del 2004, n.4338 del 2014 e n.11749 del 2015 citate) che, nel caso di mancata e/o tardiva proposizione di opposizione a **cartella esattoriale**, la pretesa contributiva previdenziale ad essa sottesa diviene intangibile e non più soggetta ad estinzione per prescrizione, potendo prescriversi soltanto l'azione diretta all'esecuzione del titolo così definitivamente formatosi, riguardo alla quale, in difetto di diverse disposizioni (e in sostanziale conformità a quanto previsto per l'actio iudicati ai sensi dell'art. 2953 cod. civ.), trova applicazione il termine prescrizionale decennale ordinario di cui all'art. 2946 cod. civ.

Ed ha aggiunto che ciò deriva dalla perentorietà da riconoscere al termine previsto dall'art. 24 cit., che è finalizzata a rendere non più contestabile dal debitore il credito contributivo dell'ente previdenziale, in caso di omessa tempestiva impugnazione e a consentire così una rapida riscossione del credito medesimo (si citano Cass., Sezione Lavoro, n.14692 del 2007; Id. n.17978 del 2008; Id. n.2835 del 2009; Id. 19 aprile 2011, n.8931).

16. A quanto si è detto consegue che quest'ultima è l'unica pronuncia in cui certamente ed efficacemente è stata affermata in modo vincolante l'applicabilità dell'art. 2953 cod. civ. alla cartella di pagamento divenuta definitiva perché non opposta nel termine perentorio.

Infatti, nelle suindicate pronunce in cui si fa riferimento alla categoria dei "titoli paragiudiziali" e in quelle che le richiamano non viene mai menzionata l'actio iudicati e, anzi, dal loro contenuto complessivo, si evince chiaramente che il suddetto riferimento è fatto per finalità diverse dalla prescrizione e senza alcuna intenzione di far derivare dalla riconosciuta natura paragiudiziale di alcuni titoli, il conferimento ad essi della natura giurisdizionale, visto che si richiama espressamente la necessaria presenza di una pronuncia giurisdizionale.

D'altra parte, neppure nelle pronunce della Sezione Tributaria - del tipo della sentenza n.17051 del 2004, cui ha fatto riferimento la sentenza n.4338 del 2014 della Sezione Lavoro, seguita dalle sentenze della stessa Sezione n.11749 del 2015 e n.5060 del 2016 - in cui si menziona l'art. 2946 cod. civ. vi è alcun richiamo all'actio iudicati, essendo piuttosto in esse esaminata la questione dell'individuazione del regime prescrizionale sostanziale per la riscossione, come è confermato anche dalla più recente giurisprudenza della Sezione Tributaria (vedi, tra le altre: Cass., Sez. V, 30 giugno 2016, n.13418; Id. 9 agosto 2016, n.16713).

17. Tutto questo porta a concludere che la "disarmonia" che si è creata nell'ambito della giurisprudenza poggia su un equivoco derivante dalla erronea determinazione del contenuto della sentenza n.17051 del 2004 cit., trascinatasi per inerzia nel tempo, senza alcun particolare approfondimento e che ha prodotto effetti giuridici validi in un solo caso (sentenza n.5060 del 2016 cit.).

Ne deriva che, nell'ambito della giurisprudenza di questa Corte, tale disarmonia non ha avuto grandi conseguenze, ma ne ha sicuramente prodotte - di molto incisive - nella giurisprudenza del merito e, in genere, nella interpretazione e nell'applicazione delle norme di riferimento, in un settore di grande "impatto" come quello della riscossione mediante ruolo dei crediti previdenziali, tributari e così via.

18. Pertanto, appare opportuno precisare che la correttezza dell'orientamento tradizionale è confermata, oltre che dalla precedente sentenza di queste Sezioni Unite 10 dicembre 2009, n.25790 (già richiamata), da molteplici ulteriori elementi.

18.1. In primo luogo, va ricordato che, nell'ambito della giurisprudenza di questa Corte nella quale viene da sempre sottolineato che la disciplina della prescrizione è "di stretta osservanza ed è insuscettibile d'interpretazione analogica" (vedi, per tutte: Cass. 15 luglio 1966, n.1917 e Cass. 18 maggio 1971, n.1482) è pacifico che:

a) se in base all'art. 2946 cod. civ. la prescrizione ordinaria dei diritti è decennale a meno che la legge disponga diversamente, nel caso dei contributi previdenziali è appunto la legge che dispone diversamente (art. 3, comma 9, legge 335 del 1995 cit.);

b) la norma dell'art. 2953 cod. civ. non può essere applicata per analogia oltre i casi in essa stabiliti (ex nnulltis: Cass. 29 gennaio 1968, n.285; Cass. 10 giugno 1999, n.5710);

c) la prescrizione decennale da "actio iudicati", prevista dall'art. 2953 cod. civ., decorre non dal giorno in cui sia possibile l'esecuzione della sentenza né da quello della sua pubblicazione, ma dal momento del suo passaggio in giudicato (tra le tante: Cass. 10 luglio 2014, n.15765; Cass. 14 luglio 2004, n.13081);

d) la conversione della prescrizione breve in quella decennale per effetto della formazione del titolo giudiziale ex art. 2953 cod. civ. ha il proprio fondamento esclusivo nel titolo medesimo, sicché non incide sui diritti non riconducibili a questo e, dunque, non opera per i diritti maturati in periodi successivi a quelli oggetto del giudicato di condanna (Cass. 20 marzo 2013, n.6967; Cass. 10 giugno 1999, n.5710 cit.);

e) il generico riferimento al "diritto" per il quale sia stabilita un termine di prescrizione breve contenuto nell'art. 2953 cod. civ., consente di ritenere che laddove intervenga un giudicato di condanna (anche generica), la conversione del termine di prescrizione breve del diritto in quello decennale si estende pure ai coobbligati solidali anche se rimasti estranei al relativo giudizio (vedi, per tutte: Cass. 13 gennaio 2015, n.286; Cass. 11 giugno 1999, n.5762; Cass. 10 marzo 1976, n.839; Cass. 14 aprile 1972, n.1173; Cass. 17 giugno 1965, n.1961; Cass. 17 agosto 1965, n.1961; Cass. 20 ottobre 1964, n.2633).

18.2. Quest'ultimo effetto, all'evidenza, si attaglia solo ad un titolo esecutivo giudiziale.

È notorio che soltanto un atto giurisdizionale può acquisire autorità ed efficacia di cosa giudicata e, che il giudicato, dal punto di vista processuale, spiega effetto in ogni altro giudizio tra le stesse parti per lo stesso rapporto e dal punto di vista sostanziale rende inoppugnabile il diritto in esso consacrato tanto in ordine ai soggetti ed alla prestazione dovuta quanto all'inesistenza di fatti estintivi, impeditivi o modificativi del rapporto e del credito mentre non si estende ai fatti successivi al giudicato ed a quelli che comportino un mutamento del "petitum" ovvero della "causa petendi" della originaria domanda (vedi, per tutte: Cass. 12 maggio 2003, n.7272; Cass. 24 marzo 2006, n.6628).

Della necessità che vi sia un atto giurisdizionale divenuto cosa giudicata, ai fini dell'applicabilità della conversione del termine prescrizionale ai sensi dell'art. 2953 cod. civ. si ha conferma anche nella consolidata giurisprudenza secondo cui, in tema di riscossione delle imposte e delle sanzioni amministrative per la violazione di norme tributarie, tale conversione non opera se la definitività dell'accertamento deriva non da una sentenza passata in giudicato, ma dalla dichiarazione di estinzione del processo tributario per inattività delle parti (tra le tante, di recente: Cass. 6 marzo 2015, n.4574).

18.3. Anche il carattere perentorio del termine previsto dall'art. 24, comma 5, del

D.lgs n.46 del 1999 è assodato ed è altrettanto certo che esso è funzionalizzato a rendere non più contestabile il credito contributivo, in caso di omessa tempestiva impugnazione, ed a consentirne una "rapida riscossione" (vedi, ex plurimis Cass. 25 giugno 2007, n.14692; Cass. 12 marzo 2008, n.6674; Cass. 5 febbraio 2009, n.2835; Cass. 15 ottobre 2010, n.21365; Cass. 19 aprile 2011, n.8931; Cass. 8 giugno 2015, n.11749; Cass. 15 marzo 2016, n.5060).

18.4. Infine, è indubbio che sia la cartella di pagamento sia gli altri titoli che legittimano la riscossione coattiva di crediti dell'Erario e/o degli Enti previdenziali e così via sono atti amministrativi privi dell'attitudine ad acquistare efficacia di giudicato (vedi, tra le tante: Cass. 25 maggio 2007, n.12263; Cass. 16 novembre 2006, n.24449; Cass. 26 maggio 2003, n.8335, tutte già citate).

Questo, peraltro, non significa che la scadenza del termine perentorio per proporre opposizione non produca alcun effetto, in quanto tale decorrenza determina la decadenza dalla possibilità di proporre impugnazione, producendo l'effetto sostanziale della irretrattabilità del credito.

18.5. Ma è evidente che, per tutte le suddette ragioni, tale scadenza non può certamente comportare l'applicazione dell'art. 2953 cod. civ. ai fini della operatività della conversione del termine di prescrizione breve in quello ordinario decennale, anche perché, fra l'altro, un simile effetto si porrebbe in contrasto con la ratio della perentorietà del termine per l'opposizione.

Se, come si è detto, è pacifico che tale ratio sia quella di consentire una "rapida riscossione" del credito, l'allungamento immotivato del termine prescrizione in favore dell'ente creditore si porrebbe, all'evidenza, in contrasto con tale ratio, oltre mettere il debitore in una situazione di perenne incertezza in una materia governata dal principio di legalità, cui per primi sono tenuti ad uniformarsi gli stessi Enti della riscossione e creditori.

Né va omissis di ricordare che, in sede di presentazione della "nuova" cartella di pagamento, prevista dal D.lgs n.46 del 1999, venne sottolineato che la relativa adozione era finalizzata a realizzare la "massima trasparenza e comprensibilità" per i destinatari delle questioni giuridiche da esse implicate, visto che la cartella, oltre a costituire l'estratto del ruolo riferito al singolo contribuente, era destinata ad assorbire anche la funzione di titolo esecutivo e di precetto (messa in mora).

Ci si preoccupava, quindi, di tutelare i diritti del contribuente, al fine di evitare che potesse subire una riscossione coattiva senza comprenderne adeguatamente le ragioni. Il che vale, a maggior ragione, con riguardo ad un eventuale imprevisto allungamento del termine di prescrizione del credito, quale originariamente stabilito.

18.6. Deve anche essere considerato che la prescrizione in materia previdenziale costituisce un istituto del tutto particolare, nel quale il carattere di "di stretta osservanza" e di ordine pubblico della disciplina è particolarmente evidente.

Al riguardo, va ricordato che originariamente il credito degli Enti previdenziali per il recupero dei contributi assicurativi omessi e/o evasi era soggetto alla prescrizione quinquennale, ai sensi dell'art 55 del r.d.l. 4 ottobre 1935, n 1827, convertito dalla legge 6 aprile 1936, n.1155. L'art. 41 della legge 30 aprile 1969, n.153 ha poi - tranne che per i cd. contributi minori - elevato tale termine di prescrizione a dieci anni,

anche per le prescrizioni in corso alla data di entrata in vigore della legge stessa. Quindi, l'art. 3, comma 9, della legge n.335 del 1995, non ha fatto altro che ripristinare il tradizionale termine quinquennale, con decorrenza dal giorno 1 gennaio 1996.

Tale ultima disposizione ha altresì reiterato, estendendone l'applicabilità a tutte le assicurazioni obbligatorie, il principio - di ordine pubblico e caratteristico di questo tipo di prescrizione - della "irrinunciabilità della prescrizione", secondo cui "non è ammessa la possibilità di effettuare versamenti, a regolarizzazione di contributi arretrati, dopo che rispetto ai contributi stessi sia intervenuta la prescrizione" (già previsto dal secondo comma dell'art. 55 del r.d.l. 1827 del 1935 cit.).

Quanto all'impossibilità di effettuare i versamenti dopo il decorso del termine prescrizionale, la nuova norma ha specificato che le contribuzioni di previdenza e di assistenza sociale obbligatoria sono soggette a prescrizione e "non possono essere versate" dopo il decorso del relativo termine. Pertanto, dopo lo spirare di tale termine, l'Ente di previdenza non solo non può procedere all'azione coattiva rivolta al recupero delle omissioni, ma è tenuto a restituire d'ufficio il pagamento del debito prescritto effettuato anche spontaneamente, in deroga alla disposizione contenuta nell'art. 2940 cod. civ., secondo cui: "Non è ammessa la ripetizione di ciò che è stato spontaneamente pagato in adempimento di un debito prescritto".

Del resto, è *jus receptum* che, nella materia previdenziale, a differenza che in quella civile, il regime della prescrizione già maturata è sottratto, ai sensi dell'art. 3, comma 9, della n.335, alla disponibilità delle parti, sicché una volta esaurito il termine, la prescrizione ha efficacia estintiva - non già preclusiva - in quanto l'ente previdenziale creditore non può rinunziarvi.

Secondo un costante indirizzo ermeneutico di questa Corte il suddetto divieto di effettuare versamenti a regolarizzazione di contributi assicurativi dopo che rispetto agli stessi sia intervenuta la prescrizione - originariamente stabilito dall'art. 55, comma primo, del r.d.l. n.1827 del 1935 e poi ribadito dall'art. 3, comma 9, della legge n.335 del 1995 - rispondendo a "ragioni di ordine pubblico", opera di diritto indipendentemente dall'eccezione di prescrizione da parte dell'ente previdenziale e del debitore dei contributi ed è rilevabile d'ufficio, senza che l'assicurato abbia diritto a versare contributi previdenziali prescritti e ad ottenere la retrodatazione dell'iscrizione per il periodo coperto da prescrizione. Né rileva l'eventuale inerzia dell'ente previdenziale nel provvedere al recupero delle somme corrispondenti alle contribuzioni, poiché il credito contributivo ha una sua autonoma esistenza, che prescinde dalla richiesta di adempimento avanzata dall'ente previdenziale stesso (vedi, per tutte: Cass., Sez. lav., 15 ottobre 2014, n.21830; Id. 24 marzo 2005, n.6340; Id. 16 agosto 2001, n.11140; Id. 5 ottobre 1998, n.9865; Id. 6 dicembre 1995, n.12538; Id. 19 gennaio 1968, n.131).

18.7. Per effetto della legge 28 settembre 1998, n.337 ("Delega al Governo per il riordino della disciplina relativa alla riscossione") fa varata - con decorrenza dall'1 luglio 1999 - una importante riforma volta a rendere più efficiente la riscossione coattiva, che si realizzò con i decreti legislativi n.37, n.46 e n.112 del 1999 (seguiti dai decreti correttivi n.193 e n.326 del 1999).

Nell'ambito di tale riforma va inserito anche l'art. 24 del D.lgs n.46 del 1999, con il

quale è stato attribuito agli Enti previdenziali il potere di riscuotere i propri crediti attraverso un titolo (il ruolo esattoriale, da cui scaturisce la cartella di pagamento) che si forma prima e al di fuori del giudizio e in forza del quale l'ente può conseguire il soddisfacimento della pretesa a prescindere da una verifica in sede giurisdizionale della sua fondatezza.

Deve essere ricordato che la Corte costituzionale, nel dichiarare la manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale relativa all'art. 24 cit., sollevata in riferimento all'art. 111, secondo comma, Cost., ha, da un lato, escluso la irragionevolezza della scelta del legislatore di consentire ad un creditore di formare unilateralmente un titolo esecutivo, ponendo l'accento sulla sua natura pubblicistica e l'affidabilità derivante dal procedimento che ne governa l'attività. E, dall'altro lato, ha considerato tale scelta rispettosa dei diritti di difesa e dei principi del giusto processo, facendo leva sulla possibilità, concessa al preteso debitore di promuovere, entro un termine perentorio ma adeguato, un giudizio ordinario di cognizione nel quale far efficacemente valere le proprie ragioni, nonché sulla possibilità del debitore di ottenere la sospensione dell'efficacia esecutiva del titolo e/o dell'esecuzione, e, infine, sulla ripartizione dell'onere della prova in base alla posizione sostanziale (e non già formale) assunta dalle parti nel giudizio di opposizione (vedi: Corte cost. ord. n.111 del 2007).

E nella successiva sentenza n.281 del 2010 la stessa Corte costituzionale ha sottolineato che "soltanto nel giudizio di opposizione alla **cartella esattoriale** il destinatario di questa ha la possibilità di far accertare l'inesistenza, o la minore entità, del proprio debito. Di qui la centralità di tale momento processuale, del quale la tutela cautelare esperibile con la sospensione dell'efficacia esecutiva del titolo costituisce profilo essenziale".

Come si vede, il Giudice delle leggi, nel considerare centrale la possibilità dell'instaurazione del giudizio di opposizione, non ha mai neppure ipotizzato che la semplice scadenza del relativo termine potesse dare luogo alla applicazione dell'art. 2953 cod. civ.

18.8. Al riguardo va ricordato che la stessa Corte costituzionale, nella sentenza n.280 del 2005, ha ribadito il proprio costante indirizzo secondo cui è conforme a Costituzione, e va dall'interprete ricercata, soltanto una ricostruzione del sistema tributario che "non lasci il contribuente esposto, senza limiti temporali, all'azione esecutiva del fisco" ed ha osservato che l'esigenza, pur costituzionalmente inderogabile, di rinvenire termini decadenziali nella materia non può essere soddisfatta facendo riferimento a termini fissati per attività interne all'Amministrazione (nello stesso senso: Corte cost. ordinanza n.352 del 2004, ivi richiamata).

Nel caso esaminato, da tale principio il Giudice delle leggi ha tratto la conclusione della illegittimità costituzionale dell'art. 25 del DPR n.602 del 1973, come modificato dal D.lgs n.193 del 2001 - nella parte relativa alla mancata previsione di un termine, fissato a pena di decadenza, entro il quale il concessionario deve notificare al contribuente la cartella di pagamento delle imposte liquidate ai sensi dell' art. 36-bis del DPR 29 settembre 1973, n.600 - "non essendo consentito, dall'art. 24 Cost., lasciare il contribuente assoggettato all'azione esecutiva del fisco

per un tempo indeterminato e comunque, se corrispondente a quello ordinario di prescrizione, certamente eccessivo e irragionevole" ed essendo irragionevole che questo avvenga in ipotesi in cui l'Amministrazione (lato sensu intesa) è chiamata a compiere una semplice operazione di verifica formale.

19. Da ultimo, deve essere escluso - per plurime ragioni - che, per la soluzione della presente questione, si possa fare riferimento alla disposizione di cui all'art. 20, comma 6, del D.lgs n.112 del 1999, nel testo introdotto dall'art. 1, comma 683, della legge n.190 del 2014 - che ha sostituito integralmente il suddetto art. 20 - il quale è stato richiamato dall'INPS nella propria memoria.

Il suddetto art. 20, va letto all'interno del D.lgs n.112 del 1999 (e non all'interno della legge n.190 del 2014) che è il decreto attuativo della legge di delega n.337 del 1998 dedicato ai rapporti tra ente impositore ed agente della riscossione, che contiene un complessivo riordino della disciplina della riscossione mediante ruoli, basato su una profonda revisione dei rapporti tra ente impositore e agente della riscossione. Tale revisione risulta principalmente riferita al Servizio nazionale della riscossione mediante ruolo organizzato dal Ministero delle finanze e articolato in ambiti territoriali affidati a concessionari di pubbliche funzioni (vedi art. 2 e ss. del D.lgs n.112 cit.).

19.1. Infatti, se in base all'art. 3 del decreto - come regola generale - la concessione del servizio nazionale della riscossione viene affidata con decreto del Ministero delle finanze (comma 4), tuttavia "per le province ed i comuni restano ferme le disposizioni contenute negli articoli 52 e 53 del decreto legislativo 15 dicembre 1997, n.446 e, per gli enti previdenziali, quelle contenute nel Capo III del decreto legislativo 9 luglio 1997, n.241".

Nel suindicato Capo III del D.lgs n.241 cit. - intitolato "Disposizioni in materia di riscossione" - è dettata una specifica disciplina in materia di riscossione, applicabile a tutti gli enti previdenziali a decorrere dal 1999 (vedi art. 28) che, ovviamente, non prevede il "discarico per inesigibilità" (introdotto nel nostro sistema dagli artt. 19 e 20 del D.lgs n.112 cit.) contenendo una diversa normativa per sanzionare eventuali ritardi e/o scorrettezze del concessionario (art. 26).

19.2. Peraltro, dalla complessiva lettura del D.lgs n.112 del 1999 e dai minimi riferimenti espressi in esso contenuti alla riscossione dei contributi effettuata dagli Enti previdenziali (vedi artt. 22, comma 1, e 61 dello stesso D.lgs n.112 cit.), si trae conferma del fatto che si tratta di un decreto principalmente rivolto alla riscossione dei tributi.

19.3. A questo può aggiungersi che, in ogni caso, l'art. 20, comma 6, richiamato dall'INPS, è inutilizzabile nella specie anche perché - pur nell'ambito della riscossione fiscale - si tratta di una norma che non ha alcuna attinenza ai rapporti tra contribuente ed Ente impositore, riguardando - in modo emblematico - i rapporti tra ente impositore ed agente della riscossione come risulta evidente ove si consideri che il Capo II del D.lgs n.112 cit. contiene i "Principi generali dei diritti e degli obblighi del concessionario" e la Sezione I di tale Capo (articoli da 17 a 21) disciplina i "Diritti del concessionario", regolando il "Discarico per inesigibilità" all'art. 19 e la "Procedura di discarico per inesigibilità e reinscrizione nei ruoli" all'art.

20.

19.4. Può anzi dirsi che tali ultimi due articoli contengano la disciplina più "qualificante" del riordino della riscossione - fiscale - effettuato dal D.lgs n.112 cit., sulla premessa dell'avvenuta eliminazione - ad opera dell'art. 2 del D.lgs n.37 del 1999, emanato in attuazione della lettera c) dell'art. 1 della stessa legge di delega n.337 del 1998 - del preesistente "obbligo del non riscosso come riscosso", in base al quale a carico dell'esattore prima e del concessionario poi gravava l'onere di versare alle prescritte scadenze all'ente impositore l'ammontare pro rata dei crediti iscritti a ruolo, anche se non pagati dal debitore (art. 32, comma 3, del d. P. R. 28 gennaio 1988, n.43).

L'abolizione di tale obbligo, infatti, ha portato ad un incisivo mutamento dei rapporti tra l'ente impositore e l'agente della riscossione, nel senso che a decorrere dal 1999 quest'ultimo non è dunque più tenuto a riversare all'ente impositore le somme eventualmente corrispondenti ai ruoli trasmessi, ma deve versare soltanto ciò che effettivamente riesce a riscuotere, tempo per tempo.

Di conseguenza tale riforma è stata accompagnata dalla introduzione - per le riscossioni non andate a buon fine - di una procedura diretta a consentire all'agente della riscossione di porre termine alle attività di riscossione effettuate in favore dell'ente impositore.

Tale procedimento, ha assunto il nome di "procedura di scarico per inesigibilità" ed è quella disciplinata dagli artt. 19 e seguenti del menzionato D.lgs n.112 del 1999.

19.5. In base all'art. 19 - al di là delle ipotesi in cui opera il scarico automatico, che sono proprio quelle per le quali l'art. 61 del decreto stabilisce espressamente l'applicabilità della relativa disciplina (di cui all'art. 60, commi da 1 a 3) "ai ruoli degli enti previdenziali" - l'agente della riscossione o il concessionario per poter ottenere il scarico delle "quote iscritte a ruolo" indicate nella comunicazione di inesigibilità inviata all'ente creditore, è tenuto a fornire a tale ente la prova della correttezza del proprio operato.

Nel successivo art. 20 il legislatore ha introdotto una procedura con la quale l'ente creditore può svolgere il proprio controllo sull'operato dell'agente della riscossione nel recupero della quota.

Come precisato dalla giurisprudenza, la procedura di scarico per inesigibilità di quote di imposta, di cui agli artt. 19 e 20 del D.lgs n.112 del 1999, ha carattere meramente amministrativo e riguarda esclusivamente il rapporto giuridico di dare-avere intercorrente tra il concessionario e l'ente creditore, al fine di accertare se sussista o meno il diritto al rimborso (vedi: Cass. SU 29 ottobre 2014, n.22951; Corte Conti Calabria Sez. giurisdiz. 7 marzo 2011, n.150; Corte Conti Sicilia Sez. giurisdiz., 4 ottobre 2010, n.2041).

19.6. Nell'ambito di tale procedura, al comma 6 dell'art. 20, è stata prevista una "norma generale di salvaguardia per l'ente creditore", stabilendosi che qualora tale ente, nell'esercizio della propria attività istituzionale individui - successivamente al scarico - l'esistenza di significativi elementi reddituali o patrimoniali riferibili agli stessi debitori, può, "a condizione che non sia decorso il termine di prescrizione decennale", sulla base di valutazioni di economicità e delle esigenze operative,

riaffidare in riscossione le somme, comunicando all'agente della riscossione i nuovi beni da sottoporre a esecuzione, ovvero le azioni cautelari o esecutive da intraprendere. In questo caso, l'azione dell'agente della riscossione deve essere preceduta dalla notifica dell'avviso di intimazione previsto dall'art. 50 del DPR 29 settembre 1973, n.602.

La norma è chiaramente applicabile soltanto alla riscossione fiscale per molteplici ragioni:

a) essa risponde alla medesima logica del comma 4 del precedente art. 19, secondo cui "fino al discarico di cui al comma 3", resta salvo, in ogni momento, il potere dell'ufficio creditore di comunicare al concessionario l'esistenza di nuovi beni da sottoporre ad esecuzione e di segnalare azioni cautelari ed esecutive nonché conservative ed ogni altra azione prevista dalle norme ordinarie a tutela del creditore da intraprendere al fine di riscuotere le somme iscritte a ruolo. A tal fine l'ufficio dell'Agenzia delle entrate si avvale anche del potere di cui all'articolo 32, primo comma, n.7), del decreto del Presidente della Repubblica 29 settembre 1973, n.600, e 51, secondo comma, n.7), del decreto del Presidente della Repubblica 26 ottobre 1972, n.633 (norme che prevedono iniziative di ufficio in materia di accertamento e riscossione, rispettivamente, in materia delle imposte sui redditi e di IVA);

b) fa - utilizzando una espressione ellittica - riferimento al termine di prescrizione decennale, che è quello che si applica ordinariamente all'esercizio del potere di riscossione fiscale (vedi, da ultimo, Cass. 30 giugno 2016, n.13418 cit.), benché, come si è detto, la Corte costituzionale abbia considerato spesso iniqua per il contribuente l'applicazione di un termine così lungo di prescrizione e abbia anche affermato l'irragionevolezza del trasferimento sul contribuente di termini decadenziali o prescrizionali fissati per attività interne dell'Amministrazione (vedi Corte cost. ord. n.352 del 2004 e sent. n.280 del 2005, già citate);

c) nel suo complessivo contenuto risulta incompatibile con il principio di "ordine pubblico" della irrinunciabilità della prescrizione dei contributivi assicurativi in materia di previdenza e assistenza obbligatoria di cui si è detto (vedi: Cass., Sez. lav., 15 ottobre 2014, n.21830; Id. 24 marzo 2005, n.6340; Id. 16 agosto 2001, n.11140; Id. 5 ottobre 1998, n.9865; Id. 6 dicembre 1995, n.12538; Id. 19 gennaio 1968, n.131, tutte citate sopra al punto 18.6).

19.7. In sintesi, il suddetto riferimento alla prescrizione decennale, nell'art. 20 comma 6 cit., risulta effettuato sempre in ambito sostanziale e senza alcun possibile riferimento all'art. 2953 cod. civ., visto che pacificamente viene richiamato con riguardo alla attività amministrativa di riscossione - per la quale, in ambito fiscale, vale, come regola generale, il termine ordinario della prescrizione - nell'ambito di una procedura (di discarico per inesigibilità) del pari di natura pacificamente amministrativa.

20.- Per tutte le esposte considerazioni la sentenza impugnata va esente da ogni censura risultando del tutto conforme ai suindicati principi.

III - Conclusioni

21. Il ricorso, quindi, deve essere respinto.

22. La questione di massima di particolare importanza sottoposta all'attenzione di queste Sezioni Unite dall'ordinanza di rimessione della Sesta Sezione civile n.1799 del 2016 - e la ivi denunciata disarmonia riscontratasi tra le pronunce delle diverse Sezioni semplici di questa Corte - possono, pertanto, risolversi, con l'affermazione dei seguenti principi di diritto:

1) "la scadenza del termine - pacificamente perentorio - per proporre opposizione a cartella di pagamento di cui all'art. 24, comma 5, del D.lgs 26 febbraio 1999, n.46, pur determinando la decadenza dalla possibilità di proporre impugnazione, produce soltanto l'effetto sostanziale della irretrattabilità del credito contributivo senza determinare anche l'effetto della c.d. "conversione" del termine di prescrizione breve (nella specie, quinquennale secondo l'art. 3, commi 9 e 10, della legge n.335 del 1995) in quello ordinario (decennale), ai sensi dell'art. 2953 cod. civ. Tale ultima disposizione, infatti, si applica soltanto nelle ipotesi in cui intervenga un titolo giudiziale divenuto definitivo, mentre la suddetta cartella, avendo natura di atto amministrativo, è priva dell'attitudine ad acquistare efficacia di giudicato. Lo stesso vale per l'avviso di addebito dell'INPS, che dal 1° gennaio 2011, ha sostituito la cartella di pagamento per i crediti di natura previdenziale di detto Istituto (art. 30 del d.l. 31 maggio 2010, n.78, convertito dalla legge n.122 del 2010)";

2) "è di applicazione generale il principio secondo il quale la scadenza del termine perentorio stabilito per opporsi o impugnare un atto di riscossione mediante ruolo o comunque di riscossione coattiva produce soltanto l'effetto sostanziale della irretrattabilità del credito ma non determina anche l'effetto della c.d. "conversione" del termine di prescrizione breve eventualmente previsto in quello ordinario decennale, ai sensi dell'art. 2953 cod. civ. Tale principio, pertanto, si applica con riguardo a tutti gli atti - comunque denominati - di riscossione mediante ruolo o comunque di riscossione coattiva di crediti degli enti previdenziali ovvero di crediti relativi ad entrate dello Stato, tributarie ed extratributarie, nonché di crediti delle Regioni, delle Province, dei Comuni e degli altri Enti locali nonché delle sanzioni amministrative per la violazione di norme tributarie o amministrative e così via. Con la conseguenza che, qualora per i relativi crediti sia prevista una prescrizione (sostanziale) più breve di quella ordinaria, la sola scadenza del termine concesso al debitore per proporre l'opposizione, non consente di fare applicazione dell'art. 2953 cod. civ., tranne che in presenza di un titolo giudiziale divenuto definitivo".

23. Nulla si dispone per le spese del presente giudizio di cassazione, in quanto A.M. e la XXXXX SICILIA s.p.a. sono rimasti intimati.

Si dà atto della sussistenza dei presupposti di cui all'art. 13, comma 1-quater, del DPR n.115 del 2002, introdotto dall'art. 1, comma 17, della legge n.228 del 2012.

P.Q.M.

La Corte, a Sezioni Unite, rigetta il ricorso. Nulla per le spese del presente giudizio di cassazione.

Ai sensi dell'art. 13, comma 1-quater, del DPR n.115 del 2002, introdotto dall'art. 1,

comma 17, della legge 24 dicembre 2012, n.228, dà atto della sussistenza dei presupposti per il versamento, da parte dell'Istituto ricorrente principale, dell'ulteriore importo a titolo di contributo unificato pari a quello dovuto per il ricorso principale, a norma del comma 1-bis dello stesso art. 13.
Così deciso in Roma, il 25 ottobre 2016.

L'estinzione delle società commerciali: riflessioni sugli effetti processuali e sostanziali a dell'ordinanza della Corte di Cassazione, sezione VI, n.19142 del 28-09-2016

di Maria Palma Iaccarino

Dottoranda di ricerca in Diritto delle persone, delle imprese e dei mercati - XXXI ciclo - Università degli studi di Napoli "Federico II"

ABSTRACT

The order of the Court of Cassation, Section VI, n.19142 of 28-09-2016 provides significant food for thought on the complex and current issue of extinction of commercial companies. Indeed, the rules governing the withdrawal from the companies register were subject to different, although sporadic, legislative measures, both on a civil and fiscal level, accompanied by constants and not always in conformity with jurisprudence on the identification of the effects, substantive and procedural, related to such phenomenon.

The introduction, lastly, of the so-called "Five-Year Revival" of extinct companies, only for tax purposes and contributions, in accordance with Article 28, para 4, D.lgs n.175/2014, has create many doubts and perplexities, so as to induce the most careful legal-writings and the most recent case-law of the Supreme Court of Cassation to feel desirable a more careful and conscious legislative action in this matter.

KEY WORDS: *extinction of companies - deregistration - succession sui generis - Five-Year Revival - legitimatio ad causam - liability for tax debts*

SINTESI

L'ordinanza della Corte di Cassazione, sezione VI, n.19142 del 28-09-2016 offre rilevanti spunti di riflessione sul complesso e quanto mai attuale tema della estinzione delle società commerciali. La disciplina relativa alla cancellazione delle società dal registro delle imprese è stata, invero, oggetto di diversi, sebbene sporadici, interventi normativi, sia sul piano civilistico che fiscale, accompagnati da costanti e non sempre conformi interventi giurisprudenziali sulla individuazione degli effetti, sostanziali e processuali, connessi a siffatto fenomeno.

L'introduzione, da ultimo, della c.d. "riviviscenza quinquennale" delle società estinte, ai soli fini fiscali e contributivi, di cui all'art. 28, comma 4, D.lgs n.175/2014, ha destato non pochi dubbi e perplessità, tanto da indurre la più attenta dottrina e la più recente giurisprudenza di legittimità a ritenere auspicabile un più attento e consapevole intervento del Legislatore in materia.

PAROLE CHIAVI: *cancellazione/estinzione società - successione sui generis - riviviscenza quinquennale - legitimatio ad causam - responsabilità debiti fiscali*

Massima

“In tema di società, l’art. 28, comma 4, del D.lgs 21 novembre 2014, n.175, in quanto recante disposizioni di natura sostanziale sulla capacità delle società cancellate dal registro delle imprese, non ha valenza interpretativa, né efficacia retroattiva, sicché il differimento quinquennale degli effetti dell’estinzione della società, derivanti dall’art. 2495, comma 2, c.c., operante soltanto nei confronti dell’amministrazione finanziaria e degli altri enti creditori o di riscossione indicati nella stessa norma, con riguardo a tributi o contributi, si applica esclusivamente ai casi in cui la richiesta di cancellazione della società dal registro delle imprese sia presentata nella vigenza della nuova disciplina di detto D.lgs 21 novembre 2014, n.175”.

SOMMARIO: 1. Premessa – 2. Fatti di causa e decisione del Giudice di legittimità – 3. Irretroattività della norma sulla riviviscenza quinquennale delle società ai soli fini fiscali e contributivi – 4. Il difetto di *legitimitatio ad causam* dell’ex legale rappresentante di società estinta – 5. La responsabilità per i debiti sociali dei soci di società estinte – 6. Conclusioni

1. Premessa

L’ordinanza della Corte di Cassazione, sezione VI, n.19142 del 28-09-2016 offre l’occasione per analizzare - sia pur senza alcuna pretesa di esaustività - gli effetti tributari, sostanziali e processuali, connessi al fenomeno della cancellazione/estinzione delle società dal registro delle imprese, in ragione della normativa vigente antecedentemente alle novità introdotte con l’art. 28, commi da 4 a 7, del D.lgs n.175/2014 (cd. “Decreto semplificazioni”).

Ed invero, la pronuncia in commento va ad inserirsi - accrescendola - nell’ambito della copiosa giurisprudenza di legittimità che da tempo - affiancata da quella di merito - tenta di fornire un’interpretazione sistematica, organica ed unitaria della normativa inerente al tema della cancellazione/estinzione delle società, attesa la scarna, frammentata e poco chiara disciplina civilistica di riferimento, nonché il mancato coordinamento tra questa e quella fiscale.

È ben noto che su detta tematica, soprattutto in seguito alle modifiche apportate al comma 2 dell’art. 2456 c.c., trasmigrato nel comma 2 del vigente art. 2495 c.c., per effetto della riforma del diritto societario del 2003¹, la Suprema Corte, anche a

¹ Con la riforma organica del diritto societario, operata con il D.lgs n.6 del 17-01-2003 (entrato in vigore l’01-01-2004), la disciplina della cancellazione delle società di capitali contenuta nel novellato art. 2495 c.c. - rimasta immutata nella individuazione delle condizioni e dei presupposti della

SS.UU., sia intervenuta più volte - dando prova della propria fondamentale funzione nomofilattica - allo scopo di chiarire la natura della cancellazione delle società dal registro delle imprese ed i connessi effetti sostanziali e processuali sul piano civilistico e fiscale.

Basti pensare, al riguardo, alle tre sentenze gemelle della Corte di Cassazione, SS.UU., le nn. 4060, 4061 e 4062 del 22 febbraio 2010, con cui è stato decretato il definitivo superamento di quella pregressa posizione maggioritaria della giurisprudenza di legittimità² - consolidatasi *ante* riforma del 2003 - sulla efficacia meramente dichiarativa della cancellazione delle società, sia di capitali che di persone, dal registro delle imprese, nonché alle successive tre sentenze gemelle della Corte di Cassazione, SS.UU., le nn. 6070, 6071 e 6072 del 12 marzo 2013, con cui è stato chiarito, sul piano sostanziale, che con l'estinzione della società, conseguente alla sua cancellazione dal registro delle imprese, si determina nei confronti dei soci un fenomeno di tipo successorio, *sui generis* - in analogia a quanto accade nel caso dell'erede che subentra nei rapporti debitori e creditori che facevano capo al defunto - e, sul piano processuale, che la

cancellazione costituiti, ai sensi del comma 1, dallo scioglimento della società e dalla procedura di liquidazione - è stata modificata, rispetto a quella contenuta nel previgente art. 2456 c.c. con l'inserimento al comma 2 dell'inciso preliminare "*ferma restando l'estinzione della società*" "*dopo la cancellazione i creditori sociali non soddisfatti possono far valere i loro crediti nei confronti dei soci ... e nei confronti dei liquidatori...*" e con l'introduzione del comma 3, secondo cui "*la domanda (dei creditori sociali nei confronti dei soci di essa o dei liquidatori) se proposta entro un anno dalla cancellazione, può essere notificata presso l'ultima sede della società*".

² Cfr. *ex multis*, Cass., sez. III, 20-10-1998, sent. n.10380; Cass., sez. I, 14-05-1999, sent. n.4774; Cass., sez. II, 29-05-1999, sent. n.5233; Cass., sez. II, 04-10-1999, sent. n.11021; Cass., sez. lavoro, 01-07-2000, sent. n.8842; Cass., sez. II, 02-08-2001 sent. n.10555 concorde, all'epoca, nel sostenere che la cancellazione di una società commerciale - di persone o di capitali - dal registro delle imprese avesse efficacia meramente "dichiarativa di pubblicità" e fosse, quindi, inidonea a determinarne la sua estinzione, qualora non fossero risultati esauriti tutti i rapporti giuridici (attivi e passivi) facenti capo alla stessa, nonché tutte le eventuali contestazioni giudiziarie in corso. Di avviso contrario era, invece, taluna giurisprudenza di merito, cfr. Tribunale di Monza, 12-02-2001, in *Giur. Comm.*, 2/2002, p. 91 nota di A. ZORZI; Trib. Vercelli, 05-07-2002, in *Società*, 2/2003, p. 221 nota di G. GUARNIERI; Corte di Appello di Milano, 29.11.2002, in *Società*, 6/2003, p. 837 nota di G. ZAGRA, nonché la posizione assunta dalla dottrina maggioritaria, secondo cui la cancellazione della società dal registro delle imprese aveva efficacia costitutiva, per cui, a seguito dell'adempimento pubblicitario, compiuto dal liquidatore, si decretava - *ex se* - l'estinzione della medesima, senza necessità di attendere l'effettiva definizione di tutti i rapporti giuridici pendenti. Cfr. tra gli altri, G.F. CAMPOBASSO, *Diritto Commerciale, vol. 2: Diritto delle società*, Torino, 2002, p. 533 e ss.; R. COSTI, "*Le sopravvivenze passive dopo la liquidazione delle società per azioni*", in *Riv. dir. civ.*, 1/1964, p. 280 e ss.; A. SCHERMI, "*Momento ed effetti dell'estinzione delle società*", in *Giust. civ.*, 1/1965, p. 937 e ss..

cancellazione/estinzione della società impedisce che essa possa ammissibilmente agire o essere convenuta in giudizio.

In ultimo, in riferimento alle novità introdotte dall'art. 28, comma 4, del D.lgs n.175/2014 (c.d. "Decreto semplificazioni"), non può non essere richiamato l'intervento della Suprema Corte con la sentenza n.6743 del 2 aprile 2015 che ha sancito la irretroattività della norma sulla cd. "*riviviscenza quinquennale delle società cancellate, ai soli fini fiscali e previdenziali*"; norma, che in mancanza di una specifica previsione in ordine al suo ambito di efficacia temporale, ha dato vita – sin da subito – a non poche incertezze interpretative ed applicative.

Ebbene, proprio il recente intervento normativo (involutivo) di cui al cit. art. 28, commi da 4 a 7, del D.lgs n.175/2014, ha reso quanto mai attuale il complesso tema della cancellazione/estinzione delle società, soprattutto in ambito tributario (e sostanziale e processuale), nonché quello connesso della responsabilità dei liquidatori, amministratori e soci per i debiti fiscali delle società estinte, sui quali l'ordinanza in commento offre interessanti spunti di riflessione.

2. Fatti di causa e decisione del Giudice di legittimità

L'ordinanza trae origine dal ricorso per Cassazione proposto dall'ex socio e legale rappresentante di una società in accomandita semplice estinta avverso la sentenza della CTR di Napoli, in specie sent. n.11247/29/2014 emessa il 02-12-2014 e depositata il 22-12-2014, che, nell'ambito della controversia concernente l'impugnazione dell'avviso di accertamento emesso nei confronti della predetta società, dopo la sua cancellazione dal registro delle imprese, aveva dichiarato l'inammissibilità dell'originario ricorso, per carenza di *legitimitas ad causam* dell'ex legale rappresentante, senza null'altro statuire in merito alla validità o meno dell'atto impugnato, notificato, pur sempre, ad un soggetto ormai estinto.

Ed infatti, per i giudici dell'appello, ferma restando l'inammissibilità dell'originario ricorso per difetto della capacità processuale della società estinta e, conseguentemente, per difetto di legittimazione attiva dell'ex legale rappresentate - vizio insanabile del processo e, quindi, come tale, rilevabile in ogni stato e grado -

risulterebbe, in ogni caso, *“preclusa ogni valutazione sulla sorte dell'atto impugnato, pure emesso nei confronti di un soggetto già estinto”*.

Avverso la pronuncia dei giudici di secondo grado la società, in persona dell'ex legale rappresentante, ha eccepito, in primo luogo, *“la violazione e laica applicazione dell'art. 360 c.p.c., n.3, o falsa applicazione di norme di diritto, D.L. n.175 del 2014, ex art. 28 comma 4, e art. 2495 c.c.”* e, in secondo luogo, la *“nullità della sentenza o del procedimento ex art. 360 c.p.c., n.5”*. Più precisamente, la ricorrente ha eccepito: *“a) che il giudice di appello doveva, oltre che dichiarare l'inammissibilità anche l'inesistenza dell'avviso de quo. Trattandosi di atto inesistente e, quindi viziato di nullità assoluta i giudici della commissione potevano rilevare l'inesistenza in ogni grado e stato del giudizio; b) che il giudice a quo omette di statuire su di un punto decisivo della controversia, ed omettere (rectius omette) di ricostruire e giustificare il percorso logico-motivazionale della ratio decidendi a cui dovrebbe redimersi e su cui dovrebbe fondarsi la decisionalità conclusiva resa”*.

Ebbene, la Suprema Corte, dopo aver dichiarato - in via preliminare - l'inammissibilità del controricorso dell'Agenzia delle Entrate, notificato oltre i termini di cui all'art. 370, comma 1, c.p.c.³, ed aver rilevato profili di inammissibilità dei mezzi di impugnazione della ricorrente, ha rigettato, anche per infondatezza, il ricorso proposto, confermando, quindi, la decisione della CTR di Napoli.

Un primo profilo di inammissibilità del ricorso è da ravvisare nel fatto che - come si legge nell'ordinanza in rassegna - *“vengono svolti cumulativamente due mezzi d'impugnazione eterogenei”* rispetto alle diverse ipotesi contemplate dall'art. 360, comma 1, c.p.c., nella specie, violazione di legge e vizio motivazionale di cui ai nn. 3) e 5) del cit. art. 360, comma 1, c.p.c., e ciò in contrasto con il principio della tassatività dei motivi di ricorso per Cassazione⁴. *“In secondo luogo”* – proseguono

³ Nella controversia oggetto dell'ordinanza in esame il controricorso era stato notificato in data 10-08-2015 e, quindi, ben oltre il termine di 40 giorni, di cui all'art. 370, comma 1, c.p.c., dalla notifica del ricorso avvenuta in data 10-06-2015.

⁴ Cfr. Cass., sez. VI, 22-09-2014, ord. n.19959 e Cass., sez. V, 10-12-2014, sent. n.26018 per cui: *“il giudizio di cassazione è infatti un giudizio a critica vincolata, delimitato dai motivi di ricorso, che svolgono una funzione identificativa e devono perciò necessariamente possedere i caratteri della tassatività e specificità, non potendosi risolvere in una critica generica, che accorpi*

i giudici in commento – *“il vizio motivazionale viene ambigualmente dedotto in termini di “nullità della sentenza o del procedimento”, e poi illustrato sia come omessa statuizione “su di un punto decisivo della controversia”, sia come omessa ricostruzione e giustificazione del “percorso logico-motivazionale della ratio decidendi”*; il che, del pari, rileva sotto il profilo dell’inammissibilità del ricorso, perché in contrasto con il paradigma contemplato dall’art. 360, comma 1, n.5) c.p.c., ai sensi del quale - per le sentenze pubblicate a far data dall’11-09-2012 - è deducibile solo *“l’omesso esame circa un fatto decisivo per il giudizio che è stato oggetto di discussione tra le parti”*⁵.

Quanto alla rilevata infondatezza del ricorso, i Supremi Giudici hanno ritenuto che la decisione impugnata non si fosse discostata dai principi più volte affermati in sede di legittimità riconducibili, sinteticamente, ai seguenti: a) irretroattività della norma sulla riviviscenza quinquennale delle società, ai soli fini fiscali e previdenziali, di cui all’art. 28, comma 4, D.lgs n.175/2014; b) la cancellazione/estinzione della società, prima della notifica dell’avviso di accertamento, determina il difetto della sua capacità processuale e di *legitimatio ad causam* dell’ex legale rappresentante, da cui consegue l’inammissibilità dell’impugnazione da quest’ultimo proposta e l’annullamento, senza rinvio, della sentenza impugnata per Cassazione; c) per effetto dell’estinzione delle società si verifica un fenomeno di tipo successorio, *sui generis*, nei confronti dei soci che, tuttavia, non è automatico, sicché spetta al creditore l’onere della prova dell’azionata pretesa con riguardo sia all’effettiva percezione delle somme da parte dei soci, che alla loro entità.

indistintamente sotto un unico motivo una molteplicità di profili tra loro confusi ed inestricabilmente combinati”. Ed invero, la formulazione di quesiti “multipli” o “cumulativi” finisce per riversare, impropriamente, sui Supremi Giudici un compito che non gli compete: isolare le singole censure teoricamente proponibili e ricondurle ad uno dei mezzi d’impugnazione disciplinati dalla norma per dare forma e contenuto alle doglianze di parte ricorrente, in vista della decisione su di esse. Cfr. *ex multis*, Cass., sez. I, 23-09-2011, sent. n.19443; Cass., sez. I, 20-09-2013, sent. n.21611; Cass., sez. V, 10-12-2014, sent. n.25982; Cass., sez. V, 25-03-2015, sent. n.5964.

⁵ Cfr. *ex multis*, Cass., SS.UU., 22-09-2014, sent. n.19881, secondo cui il vizio di motivazione denunciabile in sede di legittimità è solo quello che attiene all’esistenza della motivazione in sé e si esaurisce nella *“mancanza assoluta di motivi sotto l’aspetto materiale e grafico”*, nella *“motivazione apparente”*, nel *“contrasto irriducibile fra affermazioni inconciliabili”* e nella *“motivazione perplessa ed obiettivamente incomprensibile”*.

3. Irretroattività della norma sulla riviviscenza quinquennale delle società ai soli fini fiscali e contributivi

L'*iter* logico-giuridico posto alla base dell'ordinanza *de qua* muove, innanzitutto, dall'esclusione dell'applicabilità alla controversia in oggetto dell'art. 28, comma 4, D.lgs n.175/2014, essendo stata la società ricorrente, destinataria dell'avviso di accertamento impugnato, cancellata dal registro delle imprese e, quindi, estinta, prima dell'entrata in vigore della citata novella⁶.

Così statuendo, i giudici in commento confermano - ribadendolo - l'ormai pacifico orientamento interpretativo della giurisprudenza di legittimità secondo cui il cit. art. 28, comma 4, ai sensi del quale *"ai soli fini della validità e dell'efficacia degli atti di liquidazione, accertamento, contenzioso e riscossione dei tributi e contributi, sanzioni e interessi, l'estinzione della società di cui all'articolo 2495 del codice civile ha effetto trascorsi cinque anni dalla richiesta di cancellazione del Registro delle imprese"*, non ha alcuna efficacia retroattiva⁷.

La controversa e delicata questione relativa all'efficacia temporale della norma sulla cd. *riviviscenza* quinquennale delle società estinte è stata, invero, affrontata e definitivamente risolta con la cit. sentenza n.6743/2015 con cui la Suprema Corte ha statuito - conformemente a precedenti pronunce di merito⁸, e diversamente da quanto sostenuto dall'Agenzia delle Entrate⁹ - che la sospensione degli effetti estintivi prevista dal cit. art. 28, comma 4, D.lgs n.175/2014 si realizza solo ed esclusivamente nei casi in cui la richiesta di cancellazione della società dal registro delle imprese sia presentata nella vigenza della nuova disciplina, ossia a decorrere

⁶ Il D.lgs n.175/2014 (cd. decreto semplificazione), pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale alla Serie Generale n. 277 del 28 novembre 2014, è entrato in vigore il 13 dicembre 2014.

⁷ Cfr. Cass., sez. V, 02-04-2015, sent. n.6743, nonché Cass., sez. V, 20-04-2016, sent. n.7923; Id., 22-04-2016, sent. n.8140.

⁸ Cfr. CTP Reggio Emilia, sez. II, 23-01-2015, sent. n.5, secondo cui le norme *"parasostanziali"*, cioè norme che intervengono sulla disciplina delle prove, come quella del decreto semplificazioni ... non possono ritenersi a carattere procedimentale e, quindi, non possono avere effetto retroattivo"; nonché CTR Lombardia, sez. XIV, 05-02-2015, sent. n.359 e CTP Chieti, sez. V, 09-03-2015 sent. n.155.

⁹ L'Agenzia delle Entrate con le circolari n.31/E del 30 dicembre 2014 e n.6/E del 19 febbraio 2015 ha da subito sostenuto la tesi dell'efficacia retroattiva della norma, affermandone la natura procedimentale, ritenendo, quindi, *"che la stessa trovasse applicazione "anche per attività di controllo fiscale riferite a società che hanno già chiesto la cancellazione dal registro delle imprese o già cancellate dallo stesso registro prima della data di entrata in vigore del decreto"*.

dal 13 dicembre 2014.

Il ragionamento condotto dai Supremi Giudici muove dalla considerazione per cui la norma di cui si discute ha natura sostanziale e non meramente procedurale, giacché essa non si risolve in una diversa disciplina dei termini processuali e/o dei tempi e delle procedure di accertamento e riscossione, ma va ad incidere direttamente sulla capacità e soggettività giuridica delle società commerciali - di capitali e di persone¹⁰ - cancellate dal registro delle imprese, che per il periodo da essa previsto (cinque anni) sono tenute in vita parzialmente, al solo fine di garantire l'efficacia dell'attività, sostanziale e processuale, degli enti legittimati a richiedere tributi, contributi, relative sanzioni ed interessi.

Inoltre, indagando il contenuto della Legge delega 11 marzo 2014, n.23 la Corte evidenzia come al Legislatore delegato sia stato riconosciuto il potere di emanare il D.lgs n.175/2014 nel rispetto di quanto stabilito dallo Statuto dei diritti del contribuente e, quindi, anche dal suo art. 3, comma 1, ai sensi del quale *"le disposizioni tributarie non hanno effetto retroattivo"*¹¹, salvi i casi di interpretazione autentica; interpretazione autentica che non può essere affatto riconosciuta al cit. art. 28, comma 4, D.lgs. n. 175/2014, atteso il suo esplicito tenore letterale.

Di qui, la Suprema Corte conclude nel senso della efficacia della norma in esame solo per il futuro.

Ora, ferma restando la sicura estraneità della predetta previsione normativa alla controversia di cui si sono occupati i Giudici in commento, il richiamo alla stessa

¹⁰ Il fatto che l'art. 28, comma 4, D.lgs n.175/2014 faccia espresso riferimento solo all'estinzione delle società di cui all'articolo 2495 c.c., così come il fatto che la relazione illustrativa al decreto menzioni solo l'effetto costitutivo dell'estinzione delle società di capitali, non limita – a dire dei Supremi Giudici – *"la portata della norma alle sole società di capitali"* in quanto *"valgono sul punto le stesse considerazioni sistematiche del necessario parallelismo, in tema di estinzione, tra società di capitali e di persone"* sostenuto *"a partire dalle pronunce a sezioni unite n.4060, n.4061 e n.4062 del 2010"*.

¹¹ Per i Giudici della Suprema Corte, il comma 1, dell'art. 3 della L. n.212/2000 pone, al pari del principio generale disposto dall'art. 11, comma 1, delle preleggi, una *"metanorma"* (cioè una norma riguardante le norme successive) che, pur potendo essere disattesa da successive norme di pari grado gerarchico, costituisce comunque un criterio interpretativo di fondo, operante per i casi dubbi, allorché la successiva disposizione tributaria di pari grado nulla espressamente preveda circa la sfera temporale della sua efficacia (come nel caso in esame)".

offre, in ogni caso, l'occasione per individuare - sia pur brevemente - gli effetti (societari e tributari), dai confini ancora indefiniti ed incerti, che derivano dall'introduzione nel nostro ordinamento dell'istituto della *riviviscenza* quinquennale delle società e per comprendere - mediante un ragionamento *a contrariis* - quelli che derivano dall'estinzione delle società in applicazione della previgente disciplina.

La novella è stata, infatti, introdotta in maniera "dirompente" in un contesto in cui la giurisprudenza di legittimità, nel fornire risposte alle incertezze interpretative sorte in seguito alle modifiche apportate dalla riforma del diritto societario del 2003 al comma 2 dell'art. 2495 c.c., ha fissato una serie di principi cardine in materia di cancellazione/estinzione delle società commerciali.

Con il primo "storico" tritico di sentenze gemelle, le nn. 4060, 4061 e 4062 del 22 febbraio 2010¹², le SS.UU. della Suprema Corte hanno sancito, com'è noto, l'effetto estintivo¹³ della cancellazione delle società commerciali - di capitali e di persone¹⁴ - dal registro delle imprese e ciò, indipendentemente dall'esistenza di eventuali crediti insoddisfatti o di rapporti giuridici (attivi e passivi) ancora pendenti.

Con il secondo tritico di sentenze gemelle, le nn. 6070, 6071 e 6072 del 12 marzo 2013, le SS.UU. della Suprema Corte nell'affrontare la problematica della sorte degli eventuali rapporti giuridici facenti capo alle società ormai estinte, non

¹² Cfr. G.P. ALLECA, "Le sezioni unite e l'estinzione delle società a seguito della cancellazione", in *Riv. dir. civ.* 6/2010, p. 637 ss..

¹³ In dette pronunce i Giudici hanno precisato che, avendo il carattere di *ius superveniens* ultrattivo, il comma 2, dell'art. 2495 c.c. è produttivo di effetti estintivi nuovi anche per le cancellazioni intervenute prima della sua entrata in vigore, con la conseguenza che l'estinzione si produce per le società cancellate a far data dall'01-01-2004, contestualmente alla data di cancellazione, e per quelle, invece, cancellate in epoca antecedente, solo a far data dall'01-01-2004.

¹⁴ I Giudici della Suprema Corte hanno ritenuto di estendere l'effetto estintivo immediato della società cancellata dal registro delle imprese di cui al comma 2 dell'art. 2495 c.c. - norma, com'è noto, dettata per le sole società di capitali - anche alle società di persone e ciò tanto a garanzia della parità di trattamento dei creditori di entrambi i tipi di società, quanto in attuazione di una lettura costituzionalmente orientata degli artt. 2312 e 2324 c.c., con la precisazione, però, che, per queste ultime la cancellazione ha pur sempre efficacia di pubblicità dichiarativa (e non costitutiva) e, quindi, di opponibilità ai terzi della presunzione del venir meno della loro soggettività giuridica dopo la cancellazione, fatta salva l'eventuale prova contraria, consistente nella dimostrazione della prosecuzione dell'attività sociale.

definiti nella fase della liquidazione¹⁵, hanno stabilito, sul piano sostanziale, che l'estinzione della società determina un fenomeno di tipo successorio, *sui generis*, in virtù del quale le obbligazioni si trasferiscono ai soci, che ne rispondono nei limiti di quanto riscosso a seguito della liquidazione o illimitatamente, a seconda che, *pendente societate*, fossero o meno limitatamente responsabili, così come si trasferiscono ai soci in regime di contitolarità o di comunione indivisa i diritti ed i beni non compresi nel bilancio di liquidazione della società estinta¹⁶. Sul piano processuale, invece, *"l'estinzione della società medesima, impedisce"* - dice la Corte - *"che essa possa ammissibilmente agire o essere convenuta in giudizio"*.

In altri termini, la cancellazione/estinzione della società comporta l'immediata perdita della sua capacità di stare in giudizio. Ove detta circostanza (cancellazione/estinzione), poi, si verifichi in pendenza della lite di cui la società stessa era parte, si applicano le disposizioni dettate dagli artt. 299 e ss. c.p.c. in tema di interruzione del processo, con possibile successiva eventuale prosecuzione o riassunzione del medesimo giudizio da parte o nei confronti dei soci, ex art. 110 c.p.c.¹⁷.

L'evoluzione normativo-giurisprudenziale che nei termini di cui innanzi ha interessato il diritto societario ha avuto profonde ripercussioni sul piano tributario, in quanto, se è vero che con la cancellazione dal registro delle imprese la società si estingue, è altresì vero che con essa cessa di esistere il soggetto passivo (il contribuente in senso proprio) dell'obbligazione tributaria. Pertanto, tanto in dottrina quanto in giurisprudenza¹⁸, si è progressivamente affermata l'idea che la

¹⁵ Cfr. F. FIMMANÒ, *"Le Sezioni Unite pongono la "pietra tombale" sugli "effetti tombali" della cancellazione delle società di capitali"*, in *Le società*, 5/2013, p. 536 ss..

¹⁶ Quanto al subingresso dei soci nei rapporti attivi non definiti dalla società estinta, i Supremi Giudici escludono che lo stesso possa verificarsi anche con riguardo alle *"mere pretese, ancorché azionate o azionabili in giudizio, e dei diritti di credito ancora incerti o illiquidi, giacché per essi l'inclusione in detto bilancio avrebbe richiesto un'attività ulteriore (giudiziale o extragiudiziale) il cui mancato espletamento da parte del liquidatore consente di ritenere che la società vi abbia rinunciato"*.

¹⁷ Sul punto, in maniera conforme, si era già espressa la Suprema Corte, cfr. Cass., sez. V, 16-05-2012, sent. n.7676.

¹⁸ Nel senso della giuridica inesistenza o radicale inefficacia degli atti notificati a società cancellate/estinte si è espressa, in particolare, Cass., sez. VI, 17-12-2013, sent. n.28187, nonché già sulla scia di quanto sancito dalle SS.UU del 2010, Cass., sez. V, 03-11-2011, ord. N.22863. Per la giurisprudenza di merito, cfr. CTP Catania, sez. IX, 27-01-2011, sent. n.80 con nota di C. GLENDI,

società cancellata/estinta non potesse essere destinataria (diretta) di atti impositivi, di riscossione o sanzionatori, proprio perché inesistente e che, quindi, la notifica (ed intestazione) di eventuali atti impositivi, di riscossione o sanzionatori nei confronti di dette società cancellate/estinte - e non direttamente nei confronti dei soci, in qualità di successori della società cessata, o nei confronti dei soci e/o degli amministratori e dei liquidatori di società soggette ad IRES, in caso di responsabilità diretta ad essi imputabile ex art. 36, DPR n.600/1973 - costituisca un insanabile vizio di legittimità dell'atto, da qualificare in termini di "inesistenza".

Dal punto di vista processuale si è, conseguentemente, affermato il principio secondo cui la cancellazione/estinzione della società: a) prima della notifica dell'avviso di accertamento e dell'instaurazione del giudizio di primo grado, avrebbe determinato il difetto della sua capacità processuale ed il difetto di legittimazione a rappresentarla dell'ex liquidatore; b) in pendenza del giudizio avente ad oggetto l'impugnazione di un avviso di accertamento emesso nei suoi confronti, avrebbe determinato, invece, l'applicazione delle regole generali dettate dagli artt. 299 e ss. c.p.c., non potendo il processo tributario proseguire né nei confronti della persona giuridica, non più esistente, né nei confronti dell'ex liquidatore o dell'ex socio-amministratore, atteso che la legge non prevede alcun subentro automatico di costoro nei rapporti con l'amministrazione finanziaria. In tale seconda ipotesi, dunque, i soci, in qualità di peculiari successori della società, sarebbero subentrati nella legittimazione processuale facente capo all'ente, ai sensi dell'art. 110 c.p.c., in situazione di litisconsorzio necessario per ragioni processuali, ovvero a prescindere dalla scindibilità o meno del rapporto sostanziale¹⁹.

Ebbene, è in questo "quadro" di norme e principi – succintamente esposto – che va ad inserirsi la novella di cui al cit. art. 28, comma 4, D.lgs n.175/2014, che, allo scopo di evitare che le azioni di recupero poste in essere dai creditori di tributi e

"Cancellazione - estinzione delle società e cessazione della materia del contendere", in Riv. giur. trib., 6/2011, p. 512 ss.; CTP Genova, sez. V, 3.02.2011, sent. n.32; CTP Milano, sez. III, 14-03-2011, sent. n. 94 e CTR Veneto-Venezia, sez. I, 12.11.2013, sent. n.86 con nota di C. GLENDI, "L'estinzione delle società di capitali cancellate dal registro delle imprese al vaglio dei giudici tributari di merito", in Riv. giur. trib., 3/2014, p. 222 ss..

¹⁹ Cfr. Cass., sez. V, 08-10-2014, sent. n.21188, nonché Cass, sez. V, 01-10-2015, sent. n.19611.

contributi potessero essere vanificate dalla cessazione delle società debtrici²⁰, ha dato origine ad una serie di incongruenze di non poco conto - che qui è appena il caso di accennare - generando una sorta di “doppio binario” delle regole applicabili in ambito civilistico e fiscale.

In primo luogo, la norma, consentendo alle Amministrazioni di intestare e notificare atti di liquidazione, accertamento e riscossione a società cancellate dal registro delle imprese - e quindi, tecnicamente, a soggetti giuridicamente inesistenti - finisce con il creare una *fictio juris*, in virtù della quale la società, pur non esistendo dal punto di vista civilistico, *viene tenuta in vita* per il quinquennio successivo alla cancellazione dal registro delle imprese al solo scopo di risultare destinataria di atti impositivi e di riscossione da parte delle Amministrazioni creditrici²¹. In secondo luogo, la norma, inserendo gli atti del contenzioso tra quelli che, ai soli fini fiscali e contributivi, avrebbero validità ed efficacia nei cinque anni successivi alla cancellazione della società, finisce per legittimare la società - ancorché giuridicamente inesistente, così come evidentemente lo sono i suoi organi - a stare in giudizio per impugnare gli atti che le vengono notificati dopo l'estinzione.

Il che, a ben vedere, determina una vera e propria dicotomia civilistico-fiscale atteso che, sebbene la società non esista più sul piano civilistico dopo la sua cancellazione, essa fiscalmente continua ad esistere - per un periodo di tempo limitato - al solo fine di poter risultare destinataria di atti di liquidazione, accertamento e riscossione di tributi e contributi²².

In altro dire, siffatta previsione normativa si pone in evidente contrasto con la duplice circostanza, *supra* evidenziata, secondo cui la società una volta estinta non

²⁰ Nella cit. sent. n.6743/2015 i Supremi Giudici affermano che l'intento del Legislatore è stato quello di disciplinare “*l'imputazione alla società di rapporti e situazioni nella sfera di relazioni con i suddetti “enti creditor” durante il periodo quinquennale successivo alla richiesta di cancellazione della società dal registro delle imprese, stabilendo nei confronti (solo) di tali enti e per i suddetti rapporti la temporanea inefficacia dell'estinzione della società eventualmente verificatasi in quel periodo*”.

²¹ Si precisa che la norma non riguarda solo i rapporti con l'Agenzia delle Entrate, posto che riferendosi a tributi e contributi, riguarda anche l'Agenzia delle Dogane, l'Inps e gli Enti locali.

²² Nasce, così, ciò che in dottrina è stato definito “*un mostro giuridico, una sorta di Giano bifronte, però “parziale”*”, cfr. D.DEOTTO, “*Decreto semplificazioni fiscali: “L'inferno fiscale quinquennale” delle società estinte*”, in *il fisco*, 1/2015, p. 37 e ss..

solo risulta sprovvista della propria soggettività passiva tributaria²³, nel senso che non può più essere individuata come soggetto passivo di obbligazioni tributarie²⁴, ma risulta anche priva di qualsivoglia organo rappresentativo (amministratori e liquidatori, *in primis*), oltre che di una propria “sede sociale”²⁵.

In definitiva, la norma in commento genera non poche perplessità - anche sul piano della legittimità costituzionale della stessa²⁶ - e fondatamente solleva dubbi sul fatto che si possa attribuire legittimazione ad agire (processuale e non) ad un soggetto che giuridicamente non esiste più a dispetto di quanto è stato, tante volte, sino ad oggi precisato dalla Suprema Corte con riferimento ai diversi ambiti giuridici (civiltistico e fiscale) prima della sua introduzione.

²³ Parte della dottrina, cfr. G. FRANSONI, “*L'estinzione postuma della società ai fini fiscali ovvero della società un poco morta e di altre amenità*”, in *Rass. trib.*, 1/2015, p. 47 e ss., sostiene che la norma potrebbe essere utilizzata a sostegno della tesi secondo la quale le situazioni giuridiche soggettive di natura tributaria possano avere un centro di imputazione diverso da quello considerato come tale dal diritto civile, di talché, si potrebbero ipotizzare soggetti che, pur appartenendo a categorie e tipi ben noti nell'ordinamento (come è per le società commerciali), continuano la loro esistenza anche quando per il diritto comune sono già estinti. La divergenza tra diritto civile e tributario atterrebbe, in tal senso, “*non al tipo di soggetto, ma alle condizioni in forza delle quali il soggetto può dirsi esistente*”.

²⁴ È impensabile che un soggetto che risulta sprovvisto della soggettività passiva tributaria, possa al contempo risultare legittimato per talune conseguenze derivanti dalla stessa (quale l'essere destinatario di atti impositivi e di riscossione). Allo stesso modo, è irragionevole pensare che un soggetto giuridicamente inesistente risulti esistente solo per il lato “passivo” dei rapporti con l'Amministrazione mentre, ad esempio, non ha - non esistendo giuridicamente - la possibilità di promuovere azioni di rimborso, cfr. D. DEOTTO, *op. cit.*, p. 37 e ss.

²⁵ L'Agenzia delle Entrate, dal canto suo, nella cit. circolare n. 6/E del 19 febbraio 2015 ha ritenuto di risolvere la problematica *de qua* stabilendo che l'avviso di accertamento emesso nei confronti della società “cancellata” debba essere notificato alla stessa *presso la sede dell'ultimo domicilio fiscale*, salvo che la società, prima della cancellazione, si sia avvalsa della facoltà di eleggere domicilio presso una persona o un ufficio nel comune del proprio domicilio fiscale per la notificazione degli atti o degli avvisi che lo riguardano, ex art. 60, comma 1, lett. d) DPR n.600/1973 e che il suddetto atto può essere impugnato dai soggetti di cui agli artt. 2495 c.c. e/o 36 DPR n.602/1973.

²⁶ Quanto ai profili di illegittimità costituzionale la Suprema Corte nella cit. sent. n.6743/2015 ha rilevato come potrebbe ravvisarsi una violazione dell'art. 3 Cost. in ragione della possibile irragionevole disparità di trattamento che si determinerebbe tra gli enti creditori aventi titolo a richiedere tributi o contributi (e, correlativamente, sanzioni ed interessi), da un lato, e tutti gli altri creditori sociali, dall'altro, in caso di estinzione della società che, a dispetto dei primi, non fruirebbero, di alcuna postergazione degli effetti estintivi derivanti dalla cancellazione dal registro delle imprese del loro debitore, nonché una forma di eccesso di delega da parte del legislatore delegato, in quanto questo era stato incaricato ex art. 7 della Legge delega n.23/2014 di adottare D.lgs volti “*all'eliminazione e revisione degli adempimenti dell'Amministrazione finanziaria superflui o che diano luogo a duplicazioni, o di scarsa utilità ai fini dell'attività di controllo o di accertamento, o comunque non conformi al principio di proporzionalità*” ed a ciò sembra del tutto estraneo l'art. 28 il quale prevede, invece, un regime di favore per taluni creditori, la cui introduzione non era contemplata dalla Legge delega.

3. Il difetto di *legitimatio ad causam* dell'ex legale rappresentante di società estinta

Come si diceva, nell'ordinanza in commento i Supremi Giudici, dopo aver precisato che l'art. 28, comma 4, D.lgs n.175/2014 sulla postergazione quinquennale degli effetti dell'estinzione delle società non ha efficacia retroattiva e, pertanto, non si applica alla controversia sottoposta al loro esame, confermano la sentenza di seconde cure nella parte in cui essa ha rilevato - in ragione della normativa vigente *ratione temporis* - l'inammissibilità dell'originaria impugnazione proposta dalla società estinta in persona del suo ex legale rappresentante, conformandosi al principio, più volte affermato dalla giurisprudenza di legittimità, secondo cui *"in tema di contenzioso tributario, la cancellazione dal registro delle imprese, con estinzione della società prima della notifica dell'avviso di accertamento e dell'instaurazione del giudizio di primo grado, determina il difetto della sua capacità processuale e il difetto di legittimazione a rappresentarla dell'ex liquidatore"*²⁷ e ciò *"con riferimento sia a diverse tipologie di enti collettivi (società di capitali, società di persone, associazioni non riconosciute) che a diverse tipologie di atti (avvisi di accertamento, cartelle di pagamento)"*²⁸.

Ebbene, è proprio l'asserito difetto di capacità processuale della società estinta che costituisce il fulcro dell'intera vicenda affrontata dall'ordinanza *de qua*, che, invero, contribuisce a rafforzare l'orientamento della giurisprudenza di legittimità²⁹ applicabile alle società cancellate dal registro delle imprese nel periodo che

²⁷ Cfr. da ultimo, Cass., sez. V, 23-03-2016, sent. n.5736 secondo cui: *"Nel caso in esame è pacifico che la società era estinta già prima dell'introduzione del giudizio di primo grado. Ne discende che la capacità processuale della suddetta società era venuta meno e conseguentemente anche la legittimazione a rappresentarla dell'ex liquidatore prima dell'introduzione del giudizio di primo grado"*. Tra le precedenti pronunce, cfr. Cass. cit. ord. n.22863/2011, nonché Cass., sez. VI, 17-12-2013, sent. n.28187.

²⁸ Si segnala che la Suprema Corte nell'ordinanza in commento afferma "tra le righe" che la perdita della capacità giuridica prevista dall'art. 2495, comma 2, c.c., quale effetto della cancellazione delle società dal registro delle imprese, riguarda non solo queste ultime, ma anche le *"associazioni non riconosciute"*. La precisazione non è di poco conto, dato che non si ritrovano precedenti in tal senso, se si considera che la giurisprudenza di legittimità aveva, al più, sino ad oggi riconosciuto un'estensione analogica di detta norma ai consorzi con attività esterna (cfr. Cass., sez. V, 13-11-2013, sent. n.25507)

²⁹ Cfr. Cass. sez. VI, 24-07-2015, ord. n.15648, nonché Cass. cit. sent. nn. 6743/2015, 7923/2016, 8140/2016.

intercorre tra la data di entrata in vigore delle modifiche apportate all'art. 2495, comma 2, c.c. dal D.lgs n.6/2003 (e, quindi, dall'1° gennaio 2004, salvo quanto già innanzi chiarito per le cancellazioni avvenute antecedentemente a detta data) e quella di entrata in vigore dell'art. 28, comma 4, del D.lgs n.175/2014 (e, quindi, fino al 13 dicembre 2014).

Ed infatti, non v'è dubbio alcuno che, *ratione temporis*, la cancellazione delle società (di persone, di capitali) determina, *ipso facto*, l'estinzione delle stesse e dei suoi organi rappresentativi - indipendentemente dall'esaurimento di tutti i rapporti giuridici ad esse facenti capo - con la conseguente, inevitabile, perdita della relativa capacità giuridica, anche processuale, e di ogni potere di rappresentanza dei propri organi ed, in specie, di legittimazione processuale a rappresentare in giudizio le sorti della società cancellata/estinta.

Ne consegue che, ove accada che l'ex liquidatore o, più genericamente, l'ex legale rappresentante di una società estinta (di persone, come qui accade, o di capitali) proponga ricorso avverso un atto impositivo, di liquidazione o di riscossione notificato alla società dopo la sua cancellazione dal registro delle imprese, l'impugnazione non può che essere dichiarata inammissibile per difetto di *legitimatio ad causam*, attesa l'inesistenza di parte ricorrente.

Va esclusa, quindi, la concorrente legittimazione processuale dell'ex liquidatore di una società cancellata/estinta il quale, dopo la cancellazione/estinzione, cessa definitivamente dall'incarico ed è, quindi, privato del relativo potere di rappresentanza³⁰, salvo che non ricorra la specifica e differente ipotesi di responsabilità diretta, per colpa, del liquidatore ex art. 2495, comma 2, c.c. o, ancora, l'ipotesi - prevista, tuttavia, per i soli ex liquidatori/amministratori di società di capitali - di responsabilità "*personale e patrimoniale*" ex art. 36, commi 1 e 2, DPR n.602/1973³¹.

³⁰ Cfr. Cass. cit. sent. n.25507/2013 in cui si precisa, chiaramente, che nella perdita del potere di rappresentanza dell'ex liquidatore è insita la perdita del potere di conferire la procura *ad litem* che se rilasciata deve ritenersi affetta da nullità. Conformemente, Cass., sez. I, 12-12-2008, sent. n.29242 e Cass. cit. ord. n.22863/2011.

³¹ La responsabilità dei liquidatori di cui all'art. 36, comma 1, DPR n.602/73, anche dopo le modifiche intervenute a norma dell'art. 28, comma 5, D.lgs n.175/2014, deve essere accertata nelle forme del procedimento tributario e, quindi, dall'Ufficio impositore con apposito atto motivato e notificato a

Si aggiunga che – come correttamente rilevato dall’ordinanza in commento – una simile circostanza, eliminando in radice ogni possibilità di prosecuzione dell’azione, configura un vizio insanabile originario del processo rilevabile, anche d’ufficio, in ogni stato e grado del giudizio, compreso quello di legittimità³².

Il principio che rileva è, quindi, quello per cui, in tema di legittimazione processuale attiva, quando la domanda giudiziale introduttiva del processo giunge alla decisione di un giudice, questi deve, preliminarmente, verificare la legittimazione della persona fisica che propone la causa a sottoporre a giudizio quel rapporto sostanziale e se quel rapporto è tutelabile in via giudiziaria³³. È noto, al riguardo, che la persona fisica che agisce in giudizio può farlo in nome proprio o, come accade allorquando la causa è intrapresa dal legale rappresentante di una società, in *nomine alieno* e che, nel primo caso, il sindacato del giudice adito riguarda solo la sussistenza dell’interesse ad agire, attuale e concreto, ex art. 100 c.p.c., e, dunque, la sussistenza di un rapporto sostanziale e la legittimazione della persona fisica a tutelarlo in giudizio; mentre, nel secondo caso, il giudice deve verificare anche che la persona fisica sia in possesso di un giusto titolo ad agire, ovvero che la persona fisica sia legittimata a proporre la causa in nome e per conto del soggetto che viene prospettato come titolare del rapporto sostanziale. Orbene, se questo rapporto di rappresentanza, legittimante l’iniziativa processuale della persona fisica agente, non sussiste - come si verifica nel caso in cui la società che si ritiene di rappresentare sia estinta - è come se la persona fisica che ha instaurato il giudizio avesse agito in proprio, ed il ricorso non può che essere dichiarato inammissibile, perché proposto da un non legittimato. Ed ancora, giacché trattasi di un vizio genetico del ricorso, l’inammissibilità dello stesso può essere rilevata, anche d’ufficio, in ogni stato e grado del processo.

questi ultimi direttamente ex art. 60 DPR n.600/1973 ed avverso il quale è ammesso ricorso secondo le disposizioni di cui al D.lgs n.546/1992, cfr. Cass. sez. V, 13-07-2012, sent. n.11968.

³² Cfr. Cass., sez. I, 20-06-2006 sent. n.14266; Cass. cit. ord. n.22863/2011; Id., 08-10-2014, sent. n.21188 e Cass., sez. V, 11-03-2015, sent. n.4853 secondo cui, in siffatta circostanza, “*la sentenza di merito impugnata va cassata senza rinvio, ai sensi dell’art. 382 c.p.c., comma 3, secondo periodo*”.

³³ Cfr. CTP Reggio Emilia cit. sent. n.5/2/2015 secondo cui tale “controllo” deve essere esercitato in ogni grado, anche in Cassazione, a meno che il punto non abbia formato oggetto di specifica esplicita pronuncia passata in giudicato.

Deve, al riguardo, precisarsi che la giurisprudenza di legittimità³⁴, in ossequio al principio di certezza del diritto ed al principio costituzionale del diritto di difesa di cui all'art. 24 Cost., ha riconosciuto, tuttavia, l'interesse dell'ex liquidatore, o più in generale dell'ex legale rappresentante della società estinta, a promuovere comunque un giudizio in ordine ad un "*provvedimento in astratto pregiudizievole*", qual è, in materia tributaria, un atto impositivo, di riscossione o liquidatorio intestato e notificato ad una società estinta.

Pertanto, il difetto di rappresentanza dell'ex liquidatore – che a livello teorico, come anzidetto, deve portare a dichiarare l'inammissibilità del ricorso presentato – può essere superato, ma al solo fine di consentire a costui di far dichiarare dal giudice adito l'illegittimità, in termini di nullità insanabile, dell'atto impositivo intestato alla società estinta³⁵.

In altro dire, l'ex liquidatore può proporre ricorso "*unicamente per la rilevabilità ex officio della nullità*" dell'atto (impositivo, di riscossione o sanzionatorio) emesso e notificato nei confronti di un soggetto estinto e non, invece, per i motivi di merito (sostanziali) attinenti alla pretesa vantata, o di forma, se diversi da quello dell'inesistenza dell'atto per inesistenza del soggetto destinatario dello stesso.

Ne consegue che, con specifico riferimento alla controversia oggetto dell'ordinanza *de qua*, i Giudici in commento si sono conformati solo parzialmente ai principi innanzi evidenziati.

Ed infatti, fermo restando i motivi di inammissibilità del controricorso dell'Agenzia delle Entrate e del ricorso proposto dalla contribuente, come innanzi evidenziati (*sub par. 2*), i Supremi Giudici hanno, da un lato, riconosciuto e confermato il rilevato difetto di *legittimatio ad causam* dell'ex legale rappresentante della società (di persone, in specie, S.A.S.) estinta, ma non hanno,

³⁴ Cfr. Cass. cit. sent. n.28187/2013.

³⁵ Sul punto, cfr. anche Cass. cit. ord. n.22863/2011 che, sebbene non riconosca, espressamente, la possibilità per l'ex liquidatore di promuovere, legittimamente, il ricorso avverso un atto notificato alla società estinta, al solo fine di ottenere la declaratoria di inesistenza dell'atto medesimo, comunque, nel rilevare l'inammissibilità del ricorso dallo stesso promosso per carenza di *legitimation ad causam*, afferma che: "*la cartella a suo tempo emessa è priva di efficacia (e giuridicamente irrilevante) "a cagione della già avvenuta estinzione del soggetto passivo dell'obbligazione afferente"*, confermando, quindi, sia pur indirettamente, la nullità insanabile di un atto notificato a soggetto estinto che, in quanto tale, non può produrre alcun effetto.

del pari, rilevato - come prospettato dal ricorrente - l'errore in cui sono incorsi i Giudici di seconde cure, laddove essi hanno affermato che *"resta preclusa ogni valutazione sulla sorte dell'atto impugnato, pure emesso nei confronti di un soggetto già estinto"*, senza, quindi, riconoscere - come avrebbero dovuto - *ex officio*, la nullità assoluta/inesistenza dell'atto medesimo che, sebbene impugnato da soggetto non legittimato, non poteva, in ogni caso, essere emesso e notificato - come, invece, è accaduto - alla società ormai estinta³⁶.

4. La responsabilità per i debiti sociali dei soci di società estinte

L'*iter* logico-giuridico dell'ordinanza in rassegna si conclude - a sostegno della legittimità della decisione di seconde cure - con l'affermazione secondo cui, in riferimento alla controversia in oggetto *"può essere utile aggiungere che all'esito di numerosi interventi nomofilattici (in particolare, Cass. s.u. n. 6070/13), è stato chiarito come "la cancellazione della società dal registro delle imprese, pur provocando... l'estinzione della società, non determina l'estinzione dei debiti insoddisfatti nei confronti dei terzi, verificandosi un fenomeno di tipo successorio sui generis, in cui la responsabilità dei soci è limitata alla parte di ciascuno di essi conseguita nella distribuzione dell'attivo risultante dal bilancio di liquidazione, sicché l'effettiva percezione delle somme da parte dei soci, in base al bilancio finale di liquidazione, e la loro entità, vanno provate dall'Amministrazione finanziaria che agisce contro i soci per i pregressi debiti tributari della società, secondo il normale riparto dell'onere della prova (Cass. sez. 5^a, sent. n.13259/15; conf. sent. n.5736/16; cfr. Cass. nn. 7676/12, 7679/12, 19453/12, 1468/04, 5113/03, 5489/78, 3879/75). "In altri termini" - prosegue la Suprema Corte - "la cancellazione dal registro delle imprese costituisce il presupposto della proponibilità dell'azione nei confronti dei soci; l'avvenuta percezione di somme in*

³⁶ Si chiarisce, peraltro, che, come rilevato da costante giurisprudenza di legittimità, *ex multis* Cass. cit. sent. n.28187/2013, ancorché l'ex legale rappresentate non avesse eventualmente impugnato l'avviso di accertamento notificato a società estinta, nessun pregiudizio poteva comunque derivarne, visto che nessuna attività di liquidazione o di riscossione era possibile promuovere nei confronti della società ormai estinta, né tanto meno nei confronti dell'ex legale rappresentante ed ex soci non destinatari di detto atto.

sede di liquidazione del bilancio finale costituisce il limite della responsabilità dei soci", sicché spetta al creditore (che pretende), e non al debitore, l'onere della prova dell'azionata pretesa (art. 2697 c.c.)", con riguardo sia alla "reale percezione delle somme" da parte dei soci - nel corso degli ultimi due periodi di imposta precedenti alla messa in liquidazione, ovvero durante il tempo della liquidazione, a norma del DPR n. 602 del 1973, art. 36, comma 3, (v. Cass. sez. 5^a, nn. 11968/12, 19611/15) - sia alla "entità di tali somme" (cfr. Cass. sez. 5^a, n. 25507/13)".

Ebbene, l'applicabilità al caso *de quo* di siffatto principio - dettato in tema di responsabilità dei soci per i debiti sociali pregressi delle società estinte - non è pienamente condivisibile, attesa la natura della società estinta destinataria dell'atto impugnato (società di persone e, in specie, S.A.S.), nonché la qualifica dell'ex socio e legale rappresentante che ha agito in giudizio (ex socio accomandatario).

A ben vedere, due sono gli ordini di motivi che inducono ad una siffatta riflessione.

In primo luogo, l'ordinanza *de qua* non tiene in debita considerazione la chiara e netta distinzione posta dalle cit. SS.UU. del 2013 - sebbene espressamente richiamate - in tema di responsabilità (limitata o illimitata) dei soci per tutti i debiti sociali pregressi (quindi, anche quelli fiscali) a seconda della differente tipologia di società (di capitali o di persone) cancellata/estinta, laddove si asserisce, espressamente, che per effetto della cancellazione della società dal registro delle imprese non si determina l'estinzione dei debiti insoddisfatti nei confronti dei terzi, ma si verifica un fenomeno di tipo successorio *sui generis*, "in cui" - indistintamente - "la responsabilità dei soci è limitata alla parte di ciascuno di essi conseguita nella distribuzione dell'attivo risultante dal bilancio di liquidazione".

Ed invero, fermo il fatto che, senza dubbio alcuno - come afferma la Corte - "la cancellazione dal registro delle imprese costituisce il presupposto della proponibilità dell'azione nei confronti dei soci" e che, quindi, dopo la cancellazione dal registro delle imprese i soci subentrano in tutti i rapporti debitori (e creditori) della società estinta, in qualità di successori della società medesima, rappresentando, essi, la sola "giusta parte" cui poter notificare eventuali atti

impositivi e/o di riscossione dei pregressi debiti tributari della società cancellata/estinta, pena la “giuridica inesistenza” degli stessi, resta, altresì, indiscusso che, in virtù dei principi innanzi richiamati, gli ex soci rispondono delle obbligazioni, anche tributarie, della società estinta in ragione dello stesso *regime di responsabilità* che su di essi gravava in pendenza di regolare svolgimento dell’attività sociale e, quindi, limitatamente alla quota percepita in fase di liquidazione, se soci di società di capitali (ad eccezione degli accomandatari delle S.A.P.A.), o illimitatamente, se soci di società di persone (ad eccezione degli accomandanti delle S.A.S.).

In secondo luogo, l’ordinanza *de qua* riconosce l’applicabilità, in via estensiva, del limitato e speciale regime di responsabilità previsto per i debiti fiscali in capo ai soci di società soggette ad IRES estinte, di cui all’art. 36, comma 3, DPR n.602/1973³⁷, anche ai soci di società che, come quella oggetto della controversia in esame, non sono soggette a detta imposta³⁸. Il che non è conforme a diritto.

Ed infatti, come noto, il cit. art. 36 DPR n.602/1973, strumento di tutela e garanzia rafforzata dell’interesse erariale, prevede obblighi e responsabilità diversi per liquidatori, amministratori e soci delle sole società soggette ad IRES³⁹, che -

³⁷ L’art. 36 DPR n.602/1973 non richiama espressamente l’intervenuta estinzione per cancellazione della società ex art. 2495 c.c., tuttavia il continuo riferimento agli esiti della liquidazione fa ritenere, implicitamente e pacificamente, che la definitiva estinzione della società sia presupposto necessario per la sua applicabilità.

³⁸ Sul complesso tema della responsabilità dei debiti fiscali dei liquidatori, amministratori e soci di società di capitali, già prima dell’entrata in vigore dell’art. 36 DPR n. 602/1973, cfr. G. FALSITTA “Natura ed accertamento della responsabilità dei liquidatori per il mancato pagamento delle imposte dirette dovute dagli enti tassabili in base al bilancio”, in *Riv. Diritto Finanziario e Scienza delle Finanze*, 1/1963, p. 214 e ss.; C. GLENDI, “Imposizione ed esazione nella responsabilità dei liquidatori ed amministratori per il pagamento delle imposte dovute dagli enti tassabili in base al bilancio”, in *Dir. e prat. trib.*, 2/1971, p. 1048 e ss.. Con specifico riferimento alle disposizioni introdotte dall’art. 36 DPR n.602/1973, cfr. F. TESAURO, “La responsabilità fiscale dei liquidatori”, in *Giur. comm.*, 1/1977, p. 428 e ss.; B. QUATRARO - L.G. PICONE, “La responsabilità di amministratori, sindaci, direttori generali e liquidatori di società”, Milano, 1988; A. BUSCEMA, “La responsabilità e gli obblighi di amministratori, liquidatori e soci nel sistema della riscossione delle imposte sui redditi”, in *il fisco*, 48/2008, p. 8617 e ss.; T. TASSANI, “La responsabilità di soci, amministratori e liquidatori per i debiti fiscali della società”, in *Rass. trib.*, 2/2012, p. 359 e ss.; G. RAGUCCI, “La responsabilità tributaria dei liquidatori di società di capitali”, Torino, 2013.

³⁹ La dottrina prevalente qualifica la responsabilità di cui all’art. 36 DPR n.602/1973 come responsabilità personale di natura civilistica, di mera garanzia, cfr. C. CONFORTI, “La responsabilità civile degli amministratori di società”, Milano, 2003; G. RAGUCCI, *op. cit.*, p. 1 - 47; A. CARINCI, “L’estinzione delle società e la responsabilità tributaria di liquidatori, amministratori e soci”, in *il fisco*, 29/2015, p. 2843 e ss..

sebbene entro determinati limiti ed al ricorrere di determinate circostanze - rispondono in proprio delle imposte dovute e non pagate da dette società una volta intervenuta la relativa cancellazione dal registro delle imprese; e ciò, si precisa, anche in seguito alla riforma intervenuta con l'art. 28, commi 5 e 7, D.lgs n.175/2014 che ha esteso la portata di tale responsabilità ai tributi (diretti ed indiretti) diversi dall'IRES⁴⁰.

In sostanza, i Giudici in commento finiscono, inspiegabilmente, con l'equiparare il regime di responsabilità delle due differenti categorie di soci di società di capitali e di soci di società di persone, prescindendo, quindi, dalla differente autonomia patrimoniale (perfetta o imperfetta) delle varie figure societarie che ne è alla base. In particolare, essi ritengono applicabile ai soci delle società di persone (in specie socio accomandatario di S.A.S.) la responsabilità limitata *"alle somme da questi rimosse in base al bilancio finale di liquidazione"* propria dei soci delle società di capitali, dettata, in via generale, dall'art. 2495, comma 2, c.c.⁴¹, e con specifico riferimento ai debiti fiscali, dall'art. 36 DPR n.602/1973, con tutte le conseguenze che ne derivano, in ragione della normativa vigente *ratione temporis*⁴², in termini di

⁴⁰ Il comma 7 dell'art. 28 D.lgs n.175/2014, nel sopprimere dall'art. 19 del D.lgs n.46/1999 - che limita l'oggetto delle responsabilità ivi contenute alle sole maggiori imposte sui redditi della società - il richiamo testuale all'art. 36 del DPR n.602/1973 ha, implicitamente, esteso la responsabilità dei liquidatori, amministratori e soci delle società soggette ad IRES a tutti i tributi, anche indiretti, e non più solo all'IRES, sebbene la norma continui ad applicarsi nei confronti dei soli soggetti passivi dell'IRES.

⁴¹ Sul differente regime di responsabilità tra soci di società di capitali e soci di società di persone, cfr. in dottrina, F. NAPOLITANO, *"In tema di responsabilità di soci di società di persone per debiti fiscali della società"*, in *il fisco*, 5/2006 p. 1604-1608; in giurisprudenza, Cass., sez. V, 14-11-2014, sent. n.24322, nonché con specifico riferimento alla responsabilità dei soci accomandatari di S.A.S., Cass., sez. VI, 07-06-2016, sent. n.11683, secondo cui: *"Orbene, nel caso di specie la CTR ha escluso la responsabilità del socio accomandatario di società di persone estinta in epoca anteriore alla notifica degli avvisi di accertamento nei confronti del sodalizio e del socio accomandatario applicando estensivamente la disciplina di cui all'art. 2495 c.c. prevista in tema di società di capitali e in tal modo non uniformandosi ai principi sopra esposti che, per l'appunto, hanno ricondotto il regime della responsabilità del socio succeduto a quello dei debiti sociali ai quali erano soggetti in pendenza della società. E non può revocarsi in dubbio che, per l'un verso, alle società s.a.s. non si applichi la speciale disposizione del citato art. 2495, comma 2 – così, testualmente, Cass. S.U. n.6070/2013 e, per altro verso, che il socio accomandatario è illimitatamente responsabile per le obbligazioni sociali alla stregua di quanto previsto dall'art. 2313 c.c., comma 1. Conseguentemente erronea è l'affermazione della CTR che ha richiesto la prova da parte dell'ufficio della riscossione di somme in base al bilancio di liquidazione"*.

⁴² Sulle vicende normative che hanno interessato e condizionato l'ambito di applicazione dell'art. 36 DPR n.602/1973, nonché sul complesso tema del coordinamento tra l'art. 36 DPR n.602/1973 e l'art. 2495 c.c. ed il rapporto del primo con gli altri rimedi previsti dall'ordinamento

individuazione del soggetto su cui grava l'onere della prova (creditore ed, in specie, Amministrazione finanziaria) e dell'oggetto della prova medesima (reale percezione delle somme ed entità delle somme percepite).

Quanto all'individuazione del soggetto inciso dagli effetti del principio residuale dell'onere della prova rispetto al sorgere della responsabilità, è qui appena il caso di accennare al recente intervento del Legislatore che con il cit. comma 5 dell'art. 28 D.lgs n.175/2014 ha modificato l'art. 36, comma 1, DPR n.602/1973 introducendo una particolare presunzione legale relativa - suscettibile, quindi di essere vinta, ma con onere della prova in capo ai liquidatori/amministratori - in virtù della quale l'Amministrazione finanziaria può sostenere l'esistenza di una responsabilità dei liquidatori ed amministratori per il solo fatto - negativo - del mancato pagamento di tributi dovuti dall'ente in liquidazione, ancorché nei limiti dell'imposta che avrebbe dovuto trovare capienza nei residui attivi⁴³.

L'intervento del Legislatore sembra essersi diretto a risolvere, per via normativa, il vivace contrasto giurisprudenziale⁴⁴ sorto su quale fosse il soggetto inciso dall'onere della prova rispetto al sorgere della responsabilità, determinando, conseguentemente, una "semplificazione" - procedimentale e processuale - a favore del Fisco.

giuridico, cfr. L. BIANCHI "Società di capitali cancellata: tra successione e responsabilità (tributaria) dei soci", in *Dir. e prat. trib.*, 1/2015, p. 10001 e ss.

⁴³ L'art. 36, comma 1, DPR n.602/1973 stabiliva, ante riforma, che i liquidatori (ed amministratori) rispondessero in proprio del pagamento delle imposte dovute per il periodo della liquidazione e per quelli anteriori, solo "se (in fase di liquidazione) soddisfano crediti di ordine inferiore a quelli tributari o assegnano beni ai soci o associati senza avere prima soddisfatto i crediti tributari". Per effetto della cit. riforma, invece, l'art. 36, comma 1, prevede, oggi, la responsabilità dei liquidatori se questi "non provano di aver soddisfatto i crediti tributari anteriormente all'assegnazione di beni ai soci o associati, ovvero di avere soddisfatto crediti di ordine superiore a quelli tributari". La modifica ha, dunque, generato una sostanziale trasformazione dei due elementi alternativi della soddisfazione dei crediti non tributari e dell'assegnazione di beni ai soci, in rapporto con il debito tributario, da costitutivi della fattispecie di responsabilità in impeditivi/estintivi di essa.

⁴⁴ Sull'aggravio dell'onere della prova in capo all'Amministrazione finanziaria, cfr. Cass., sez. V, 11-05-2012, sent. n.7327, con nota di A. BORGOGGIO, "Cancellazione della società di capitali dal registro imprese, responsabilità di soci e liquidatori e successione nel processo", in *il fisco*, 2012, p. 3777 e ss., nonché Cass., sez. VI, 17-07-2014, ord. n.16373; *Contra*, cfr. Cass., sez. V, 23-04-2008, sent. n.10508, nonché Cass., sez. VI, 08-01-2014, ord. n. 179, con commento di A. CARINCI, "La nozione di "imposte dovute" rilevante per la responsabilità del liquidatore di società", in *Corr. trib.*, 10/2014, p. 785 e ss..

5. Conclusioni

L'esame dell'ordinanza in rassegna mette in evidenza la complessità del tema della estinzione delle società commerciali, quanto mai attuale in ragione delle recenti novità introdotte con l'art. 28 D.lgs n.175/2014, attese le alterne vicende normative (civilistiche e fiscali) che hanno interessato il fenomeno della cancellazione delle società dal registro delle imprese ed i costanti e non sempre conformi interventi giurisprudenziali sulla individuazione delle conseguenze ad esso connesse.

In primo luogo, l'analisi della pronuncia in commento fa emergere il persistere del difficile coordinamento tra normativa civilistica e fiscale sul tema *de quo*, cui, senz'altro si aggiunge la non sempre chiara distinzione, specie in ambito tributario, tra le conseguenze derivanti - in termini di notifica e di impugnazione di atti impositivi, sanzionatori e di riscossione notificati a società estinte - dal regime di responsabilità (illimitata) che grava sui soci delle società di persone e quelle derivanti dal regime di responsabilità (limitata) che grava sui soci di società di capitali, nonché quelle connesse alla responsabilità personale e patrimoniale prospettabile in capo ai liquidatori, amministratori e soci delle società soggette ad IRES, ex art. 36 DPR n.602/1973.

In secondo luogo l'ordinanza, nel confermare l'ormai pacifico orientamento interpretativo della giurisprudenza di legittimità sulla irretroattività dell'art. 28, comma 4, del D.lgs n.175/2014, ha consentito di fare una breve riflessione sugli effetti dirompenti che tale norma ha introdotto nell'ordinamento.

La "*riviviscenza quinquennale delle società cancellate, ai soli fini fiscali e previdenziali*" sembra, infatti, voler riportare in vita, per via normativa, quell'interpretazione giurisprudenziale, superata dallo stesso Legislatore con la riforma del diritto societario del 2003, secondo cui la cancellazione di una società commerciale - di persone o di capitali - dal registro delle imprese avrebbe efficacia meramente "dichiarativa di pubblicità" e sarebbe, quindi, inidonea a determinarne la sua estinzione, ove non fossero esauriti tutti i rapporti giuridici (attivi e passivi) facenti capo alla stessa, nonché tutte le eventuali contestazioni giudiziarie in corso.

Questa volta, però, e - sembra doversi affermare - per mere esigenze di gettito erariale, l' "efficacia dichiarativa" acquisirebbe valore solo ed esclusivamente per taluni (prescelti) soggetti creditori (Amministrazioni dello Stato) e per taluni rapporti (passivi) facenti capo alla società cancellata; il che appare in contrasto con il principio della certezza del diritto e con il principio di uguaglianza di cui all'art. 3 Cost., in ragione della irragionevole disparità di trattamento che viene a determinarsi a favore degli enti creditori aventi titolo a richiedere tributi o contributi (e, correlativamente, sanzioni ed interessi) rispetto a tutti gli altri creditori sociali. Per non dire, poi, dell'irragionevole dicotomia civilistico-fiscale che viene a determinarsi in capo alle società cancellate dal registro delle imprese che, nei cinque anni successivi a detto evento, sono civilisticamente estinte, ovvero inesistenti, ma fiscalmente "vive".

Sarebbe auspicabile - come, peraltro, ha già rilevato la Suprema Corte nella recente sentenza n.6743/2015 - un intervento declaratorio dell'illegittimità costituzionale della norma in oggetto, cui dovrebbe conseguire una più attenta valutazione da parte del Legislatore sul tema della cancellazione/estinzione delle società che, soprattutto in un momento di crisi economica e finanziaria qual è quello attuale, è certamente uno dei più importanti ambiti di interesse della normativa civilistico-tributaria.

Cass. civ. Sez. VI - 5, Ord., 28-09-2016, n.19142

PERSONE FISICHE E GIURIDICHE PROCEDIMENTO CIVILE
REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE
SEZIONE SESTA CIVILE SOTTOSEZIONE T

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati: Dott. CIRILLO Ettore - Presidente -
Dott. CARACCILO Giuseppe - Consigliere - Dott. NAPOLITANO Lucio - Consigliere
- Dott. FEDERICO Guido - Consigliere -
Dott. VELLA Paola - rel. Consigliere - ha pronunciato la seguente:

ORDINANZA

sul ricorso 15033/2015 proposto da:

AEC NETWORK SAS DI M.A., estinta, in persona dell'ex socio e legale rappresentante, elettivamente domiciliata in ROMA, PIAZZA CAVOUR, presso la CASSAZIONE, rappresentata e difesa dall'avvocato GIUSEPPE COLAPIETRO, giusta procura in calce alla comparsa di costituzione di nuovo difensore datata 23-05-2016;

- ricorrenti -

contro

AGENZIA DELLE ENTRATE, in persona del Direttore pro tempore, elettivamente domiciliata in ROMA, VIA DEI PORTOGHESI 12, presso l'AVVOCATURA GENERALE DELLO STATO, che la rappresenta e difende ope legis;

- controricorrente -

avverso la sentenza n.11247/29/2014 della COMMISSIONE TRIBUTARIA REGIONALE di NAPOLI del 02/12/2014, depositata il 22/12/2014;

udita la relazione della causa svolta nella camera di consiglio del 15/06/2016 dal Consigliere Relatore Dott. PAOLA VILLA.

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO - MOTIVI DELLA DECISIONE

La Corte, costituito il contraddittorio camerale sulla relazione prevista dall'art. 380 bis c.p.c., osserva quanto segue.

Preliminarmente, il Collegio non ritiene meritevole di accoglimento l'istanza di riunione formulata dal ricorrente nella comparsa di costituzione del nuovo difensore datata 23-05-2016, poiché, a prescindere dalla erronea e confusa indicazione dei corrispondenti numeri di iscrizione al Ruolo generale, non risulta

che rispetto ai ricorsi iscritti a nn. 15041/15 e 15027/15 (promossi dall'ex socio e dall'ex rappresentante legale della società) vi siano connessioni tali da giustificare l'invocata misura organizzativa processuale. Sempre in via preliminare, va dichiarata l'inammissibilità del controricorso dell'amministrazione finanziaria, in quanto tardivamente notificato in data 10/08/2015, a fronte della notifica del ricorso intervenuta in data 10/06/2015.

1. Nel merito, con il ricorso si deducono (testualmente) le seguenti censure: "1- Violazione e laica applicazione dell'art. 360 c.p.c., n. 3, o falsa applicazione di norme di diritto, D.L. n.175 del 2014, ex art. 28 comma 4, e art. 2495 c.c.. 2- Per nullità della sentenza o del procedimento ex art. 360 c.p.c., n. 5".

2. In sostanza, muovendo dal presupposto della irretroattività del D.Lgs n.175 del 2014, art. 28, comma 4, parte ricorrente lamenta:

a) che "il Giudice di appello doveva, oltre che dichiarare l'inammissibilità anche l'inesistenza dell'avviso de quo. Trattandosi di atto inesistente e, quindi viziato di nullità assoluta i giudici della commissione potevano rilevare l'inesistenza on ogni grado e stato del (giudizio"; b) che "Il Giudice a quo omette di statuire su di un punto decisivo della controversia, ed omettere di ricostruire e giustificare il percorso logico-motivazionale della ratio decidendi a cui dovrebbe redimersi e su cui dovrebbe fondarsi la decisionalità conclusiva resa".

3. Le censure presentano profili sia di inammissibilità che di infondatezza.

4. In primo luogo, vengono svolti cumulativamente due mezzi di impugnazione eterogenei (violazione di legge e vizio motivazionale), in contrasto con la tassatività dei motivi di ricorso ed il consolidato orientamento per cui una simile tecnica espositiva riversa impropriamente sul giudice di legittimità il compito di isolare le singole censure (ex plurimis, Cass. nn. 5471/08, 9470/08, 19443/11, 21611/13, 19959/14, 22404/14, 25982/14, 26018/14, 5964/15).

5. In secondo luogo, il vizio motivazionale viene ambigualmente dedotto in termini di "nullità della sentenza o del procedimento", e poi illustrato sia come omessa statuizione "su di un punto decisivo della controversia", sia come omessa ricostruzione e giustificazione del "percorso logico-motivazionale della ratio decidendi", in difformità dal paradigma contemplato dall'art. 360 c.p.c., comma 1, n. 5), per le sentenze pubblicate - come quella gravata - a far tempo dall'11 settembre 2012, che presuppone l'omesso esame circa un fatto decisivo per il giudizio che è stato oggetto di discussione tra le parti".

6. Nel merito, la decisione impugnata non si pone in contrasto né con le norme indicate, né con i principi ripetutamente affermati da questa Corte.

7. Deve innanzitutto richiamarsi l'orientamento per cui "il D.Lgs 21 novembre 2014, n.175, art. 28, comma 4, in quanto recante disposizioni di natura sostanziale sulla

capacità delle società cancellate dal registro delle imprese, non ha valentia interpretativa (neppure implicita) né efficacia retroattiva, sicché il differimento quinquennale degli effetti dell'estinzione della società derivanti dall'art. 2495 c.c., comma 2 - operante nei confronti soltanto dell'amministrazione finanziaria e degli altri enti creditori o di riscossione indicati nello stesso comma, con riguardo a tributi o contributi - si applica esclusivamente ai casi in cui la richiesta di cancellazione della società dal registro delle imprese (che costituisce il presupposto di tale differimento) sia presentata nella vigenza della nuova disciplina di detto D.Lgs, ossia il 13 dicembre 2014, o successivamente" (Cass. sez. 5^a, sent. nn. 6743/15, 7923/16, 8140/16; cfr. sez. 6^a-5, ord. n.15648/15).

8. Inoltre, in diverse occasioni - e con riferimento sia a diverse tipologie di enti collettivi (società di capitali, società di persone, associazioni non riconosciute) che a diverse tipologie di atti (avvisi di accertamento, cartelle di pagamento) - questa Corte ha affermato che "in tema di contenzioso tributario, la cancellazione dal registro delle imprese, con estinzione della società prima della notifica dell'avviso di accertamento e dell'instaurazione del giudizio di primo grado, determina il difetto della sua capacità processuale e il difetto di legittimazione a rappresentarla dell'ex liquidatore, sicché eliminandosi ogni possibilità di prosecuzione dell'azione, consegue l'annullamento senza rinvio, ex art. 382 c.p.c., della sentenza impugnata con ricorso per cassazione, ricorrendo un vizio insanabile originario del processo, che avrebbe dovuto condurre da subito ad una pronuncia declinatoria di merito" (Cass. sez. 5^a, n.5736/16), trattandosi di impugnazione "improponibile, poiché l'inesistenza del ricorrente è rilevabile anche d'ufficio e nel giudizio legittimità la sentenza di merito impugnata... va cassata senza rinvio ai sensi dell'art. 382 c.p.c., comma 3, secondo periodo" (Cass. sez. 5^a, n. 20252/15; conti n. 21188/14).

9. Correttamente, dunque, la C.T.R., dopo aver rilevato che l'originaria impugnazione dell'avviso di accertamento era stata proposta da una società già cancellata ed estinta, in persona del legale rappresentante, e non da quest'ultimo in proprio, ne ha ritenuto l'inammissibilità, "restando preclusa ogni valutazione sulla sorte dell'atto impugnato, pure emesso nei confronti di un soggetto già estinto".

10. Riguardo a quest'ultimo aspetto può essere utile aggiungere che, all'esito di numerosi interventi nomofilattici (in particolare, Cass. s.u. n.6070/13), è stato chiarito come "la cancellazione della società dal registro delle imprese, pur provocando, dopo la riforma del diritto societario, attuata dal D.Lgs 17 gennaio 2003, n.6, l'estinzione della società, non determina l'estinzione dei debiti insoddisfatti nei confronti dei terzi, verificandosi un fenomeno di tipo successorio sui generis, in cui la responsabilità dei soci è limitata alla parte di ciascuno di essi conseguita nella distribuzione dell'attivo risultante dal bilancio di liquidazione, sicché l'effettiva percezione delle somme da parte dei soci, in base al bilancio finale di liquidazione, e la loro entità, vanno provate dall'Amministrazione finanziaria che agisce contro i soci per i pregressi debiti tributari della società, secondo il normale riparto dell'onere della prova" (Cass. sez. 5^a, sent. n.13259/15; conf. sent.

n.5736/16; cfr. Cass. nn. 7676/12, 7679/12, 19453/12, 1468/04, 5113/03, 5489/78, 3879/75).

11. In altri termini, "la cancellazione dal registro delle imprese costituisce il presupposto della proponibilità dell'azione nei confronti dei soci; l'avvenuta percezione di somme in sede di liquidazione del bilancio finale costituisce il limite della responsabilità dei soci", sicché "spetta al creditore (che pretende), e non al debitore, l'onere della prova dell'azionata pretesa (art. 2697 c.c.)", con riguardo sia alla "reale percezione delle somme" da parte dei soci - nel corso degli ultimi due periodi di imposta precedenti alla messa in liquidazione, ovvero durante il tempo della liquidazione, a norma del DPR n.602 del 1973, art. 36, comma 3, (v. Cass. sez. 5^a, nn. 11968/12, 19611/15) - sia alla "entità di tali somme" (cfr. Cass. sez. 5^a, n.25507/13).

12. Il ricorso va quindi rigettato, senza necessità di pronuncia sulle spese - le quali restano a carico della parte che le ha anticipate - in ragione della rilevata inammissibilità del controricorso della parte intimata.

P.Q.M.

La Corte rigetta il ricorso e dichiara inammissibile il controricorso. Nulla sulle spese.

Ai sensi del DPR n.115 del 2002, art. 13, comma 1 quater, dà atto della sussistenza dei presupposti per il versamento, da parte del ricorrente, dell'ulteriore importo a titolo di contributo unificato pari a quello dovuto per il ricorso, a norma dello stesso art. 13, comma 1 bis.

Così deciso in Roma, il 15 giugno 2016. Depositato in Cancelleria il 28 settembre 2016

I soggetti passivi TOSAP (nota alla sentenza della Corte di Cassazione del 6 dicembre 2016, n.24920)

di *Alessandro M. A. Tropea*

Dottorando di ricerca in Diritto tributario

Università degli Studi di Milano - Bicocca

ABSTRACT

The Supreme Court confirmed that the taxable person of Tosap is the holder of the concession or authorization measure occupation of spaces and public areas. In particular, the dealer is burdened by the tax regardless of the occupation of the municipal or provincial soil. Therefore, it assumes no relevance to the identification of the incumbent, the condition of "effective occupation" of public land by third companies, indirectly authorized by the person who owns the employment measure.

Keywords: TOSAP - taxable person - concessionary occupation - no relevance of effective occupation

SINTESI

La Corte di Cassazione ha ribadito che il soggetto passivo della Tosap è il titolare del provvedimento di concessione o di autorizzazione all'occupazione di spazi ed aree pubbliche. In particolare, il concessionario è gravato dal tributo indipendentemente dall'effettiva occupazione del suolo comunale o provinciale. Dunque, non assume alcuna rilevanza, ai fini dell'individuazione del soggetto passivo del tributo, la circostanza della "effettiva occupazione" del suolo pubblico da parte di imprese terze, indirettamente autorizzate dal soggetto titolare del provvedimento di occupazione.

Parole chiave: TOSAP - soggetto passivo - concessionario dell'occupazione - irrilevanza dell'effettiva occupazione

Massima

Il soggetto destinatario del provvedimento comunale o provinciale di concessione o di autorizzazione all'occupazione di spazio e aree pubbliche è il debitore della TOSAP, indipendentemente dall'effettiva occupazione dell'area appartenente al demanio indisponibile del comune o della provincia.

SOMMARIO: 1. La decisione della Corte di Cassazione – 2. Il presupposto della Tosap – 3. Punti fermi in tema di soggettività passiva della Tosap – 4. Il contratto di appalto non consente di trasferire la soggettività passiva della Tosap dall'appaltante all'appaltatore – 5. Conclusioni

1. La decisione della Corte di Cassazione

Con l'interessante sentenza in commento, la Corte di Cassazione è stata

chiamata a decidere sulla debenza della tassa di occupazione di spazi ed aree pubbliche da parte di una società che, pur essendo titolare di una concessione rilasciata dall'amministrazione comunale, non occupava direttamente il suolo pubblico, perché aveva dato in appalto lo svolgimento dell'attività economica a soggetti terzi, effettivi occupanti dell'area comunale.

Dunque, la questione controversa ha riguardato l'esatta individuazione della soggettività passiva della Tosap, nel senso di definire chi, tra il titolare della concessione di occupazione e l'effettivo occupante, avrebbe dovuto versare la tassa all'amministrazione locale.

Sul tema non sembrano essere stati pubblicati, di recente, precedenti analoghi, tanto che la stessa Cassazione, a corredo della motivazione qui in commento, riprende due sentenze di oltre dieci anni or sono¹.

Invero, le precedenti pronunce, risalenti al 2005, non avevano puntualizzato appieno la questione della soggettività passiva della Tosap in caso di occupazione di suolo comunale da parte di un soggetto diverso da quello titolare della concessione. Da qui l'importanza della sentenza che si annota.

Venendo allo svolgimento dei fatti, dalla sentenza si desume che il concessionario del servizio di accertamento, liquidazione e riscossione della Tosap per il Comune di Potenza aveva notificato ad una società di costruzioni edili un avviso di accertamento contenente l'intimazione di versamento della tassa per l'occupazione di suolo pubblico in ordine agli anni d'imposta 2002 e 2003.

Secondo l'ente impositore, l'impresa, anche se non occupava materialmente lo spazio del demanio comunale, era da considerarsi soggetto passivo del tributo

¹ La sentenza in rassegna riproduce le motivazioni delle Cass., sez. trib., 10 maggio 2005, n. 9695 e Cass., sez. trib., 7 marzo 2005, n. 4896, le quali hanno statuito che, ai sensi dell'art. 39, d.lgs n. 507 del 1993, la Tosap è dovuta dal titolare dell'atto di concessione o di autorizzazione; sicché, la titolarità passiva del rapporto tributario è attribuita al soggetto che, operando in virtù di concessione o di autorizzazione, occupa il suolo comunale o provinciale. Tuttavia, la Corte di Cassazione aveva lasciato aperta la possibilità di una solidarietà passiva tributaria tra appaltante e appaltatore, nel caso in cui, pur essendo il primo il soggetto titolare della concessione, l'occupazione era stata eseguita dall'appaltante. Invero, sempre nel corso del 2005, la Corte di Cassazione ha emesso un'ulteriore sentenza, sfuggita a questo collegio, che ha trattato la medesima questione; si veda, dunque, Cass., sez. trib., 26 giugno 2005, n. 13497, in *Dir. prat. trib.*, 2005, 1522, in *Riv. Guardia fin.*, 2006, 144; in *GT - Riv. giur. trib.*, 2005, 1025.

perché titolare del provvedimento di concessione reso a suo favore dall'amministrazione locale.

La società, asserita debitrice della tassa di occupazione, aveva impugnato l'avviso di accertamento innanzi la Commissione Tributaria Provinciale di Potenza, adducendo che essa non avrebbe potuto integrare il presupposto della Tosap perché non avrebbe mai occupato materialmente alcuno spazio del suolo comunale². Per cui - sempre a parere della ricorrente - erano da considerarsi soggetti passivi della Tosap le altre imprese che avevano occupato effettivamente il suolo pubblico, per via di un contratto di appalto stipulato tra questi e l'intimata società.

I giudici di primo grado rigettavano il ricorso. Avverso tale sentenza, la società di costruzioni edili proponeva appello avanti la Commissione Tributaria Regionale della Basilicata, la quale, in riforma della sentenza di primo grado, annullava l'avviso di accertamento Tosap, sostenendo che ai fini della soggettività passiva del tributo rileverebbe non soltanto la relazione giuridica tra concedente (amministrazione comunale) e concessionario (società destinataria del provvedimento di occupazione), ma anche la "effettiva occupazione" del suolo pubblico, mediante la quale svolgere l'attività economica appaltata.

Per disattendere le argomentazioni sancite dal giudice di secondo grado, la società dedita al servizio di accertamento e di riscossione della Tosap ha, dunque, investito il giudice di legittimità della seguente questione.

Ad avviso della ricorrente, il soggetto tenuto al versamento della tassa deve essere individuato nel titolare dell'atto di concessione rilasciato a suo favore

² Benché la logica del tributo si colleghi all'ottenimento di un provvedimento di concessione, ai sensi dell'art. 38, d.lgs n.507 del 1993, il presupposto della Tosap è dato dall'occupazione di qualsiasi natura, effettuata anche senza titolo, nelle strade, piazze o comunque sui beni appartenenti al demanio o al patrimonio indisponibile dei comuni o delle province, ivi compresi gli spazi sottostanti e sovrastanti il suolo pubblico. Sono soggette a tassazione anche le occupazioni temporanee, cioè quelle di durata inferiore all'anno. Dunque, la tassa è commisurata alla durata dell'occupazione, allo spazio occupato espresso in metri quadrati o lineari, alla classe di popolazione del comune o della provincia. Ai sensi dell'art. 63, d.lgs n.446 del 1997, con proprio regolamento, i comuni e le province possono decidere di non applicare la Tosap e istituire un canone (Cosap) strettamente connesso all'atto di concessione. Detto canone, tuttavia, rispetto alla Tosap, ha natura privatistica e non tributaria. Sotto questo ultimo profilo, v. Corte Cost., sent., 14 marzo 2008, n.64 e Corte Cost., ord., 10 luglio 2008, n.269.

dall'autorità comunale, a nulla rilevando il contratto di appalto, mediante il quale la società edile, unica autorizzata all'occupazione di suolo pubblico, ha permesso a soggetti terzi di occupare, a loro volta, il predetto suolo comunale e, dunque, svolgere l'attività economica di costruzione edile³.

Per converso, la contribuente ha resistito, ribadendo l'insussistenza della propria soggettività passiva Tosap perché, nel caso di specie, non sarebbe stato integrato il requisito dell'effettiva occupazione di suolo pubblico. In particolare, la società convenuta in giudizio ha sottolineato che il beneficio economico ritraibile dall'occupazione di suolo pubblico era stato goduto da imprese terze, le quali, come detto, per via di un contratto di appalto, avevano eseguito le opere di costruzione edile in qualità di appaltatori, occupando materialmente il suolo comunale⁴.

La Corte di Cassazione, dopo una prima disamina delle questioni preliminari, ha accolto e fatto proprie le deduzioni cui è giunto l'ente impositore. Difatti, è stato disposto che, ai sensi dell'art. 39, d.lgs n.507 del 1993, obbligato al pagamento della tassa per l'occupazione è il titolare dell'atto di concessione. Per cui, in presenza di un provvedimento di concessione o di autorizzazione, per mezzo del quale il Comune o la Provincia acconsente ad un privato di occupare il proprio suolo, sarà quest'ultimo (concessionario o autorizzato) il soggetto passivo della Tosap.

Invece, quando l'occupazione di suolo pubblico è avvenuta senza titolo, cioè in maniera abusiva, il debitore della tassa di occupazione è solo il c.d. "effettivo occupante".

Nel caso di specie - ha affermato la Corte - non assume alcuna rilevanza, ai fini della individuazione del soggetto passivo della Tosap, la circostanza della "effettiva occupazione" del suolo pubblico da parte di imprese terze, indirettamente autorizzate ad occupare il suolo comunale, perché vi è un atto di concessione rivolto ad uno specifico contribuente.

³ Per quello che si può evincere dalla sentenza qui in commento, il concessionario del servizio di accertamento e riscossione della Tosap per il Comune di Potenza, nel merito, ha basato il proprio ricorso per cassazione sulla interpretazione dell'art. 39, d.lgs n.507 del 1993, rubricato "Soggetti attivi e passivi", riprendendo le precedenti decisioni della giurisprudenza di legittimità.

⁴ Questa teoria, come si vedrà, ormai ampiamente superata, ha trovato il suo ultimo suggello in Cass., sez. I, 9 novembre 1995, n.11665, in *Riv. giur. edil.*, 1996, I, 224 e in *Mass. giur. it.*, 1995, 1201.

La Suprema Corte ha concluso, dunque, per l'accoglimento del ricorso proposto dall'ente impositore, statuendo la legittimità dell'atto impugnato per effettiva debenza della tassa comunale per l'occupazione di suolo pubblico da parte della società destinataria del provvedimento concessorio di occupazione.

2. Il presupposto della Tosap

Con la sentenza in commento, la Corte di Cassazione è tornata ad occuparsi della questione relativa alla debenza della tassa per l'occupazione di spazi ed aree pubbliche da parte del soggetto titolare del provvedimento di concessione o di autorizzazione all'occupazione del demanio comunale o provinciale⁵.

Detta tassa, originariamente regolata dagli artt. 192 e ss., r.d. 14 settembre 1931, n.1175 (testo unico sulla finanza locale), è attualmente disciplinata dagli artt. 38-57 del d.lgs 15 novembre 1993, n.507⁶, conseguente alla legge di delega fiscale per

⁵ Per lo studio della Tosap, senza pretesa di esaustività, v. L. SALVINI, *Aree pubbliche (imposta di occupazione di)*, in *Digesto, Disc. Priv., sez. comm.*, 223 ss.; A. DI PIETRO, *Tributi comunali*, in *Enc. Giur. Treccani*, vol. I, 1998; G. LORENZON, *Tributi comunali*, in *Enc. dir.*, XLV, 1992. Per la manualistica, cfr. G. FALSITTA, *Manuale di diritto tributario, Parte speciale*, Padova, 2016, 1202 ss.; P. RUSSO - G. FRANSONI - L. CASTALDI, *Istituzioni di diritto tributario*, Milano, 2016, 537; F. TESAURO, *Istituzioni di diritto tributario, Parte speciale*, Torino, 2012, 326. Per i lavori dottrinali, si vedano L. TOSI, *Finanza locale, Profili giuridici*, Milano, 1990; F. TESAURO, *Natura giuridica e coesistenza della tassa per l'occupazione di spazi e aree pubbliche e del canone di concessione*, in *Riv. sc. fin. dir. fin.*, 1994, 662; M. BEGHIN, *La tassa comunale per l'occupazione di spazi e aree pubbliche*, in A. AMATUCCI (a cura di), *Trattato di diritto tributario*, IV, Padova, 1994; L. DEL FEDERICO, *Tasse, tributi paracommutativi e prezzi pubblici*, Torino, 2000, 10; F. TUNDO, *Contributo allo studio dell'autonomia tributaria dei comuni*, Padova, 2002, 187; L. TOSI - A. GIOVANARDI, *Federalismo e controlli fiscali*, Padova, 2002, *passim*; A. URICCHIO, *La determinazione del tributo sulle occupazioni del sottosuolo comunale*, in *Corr. trib.*, 2002, 1987; C. RICCI, *Aree urbane, Tosap e concessione del servizio di parcheggio pubblico*, in *Riv. sc. fin. dir. fin.*, 2007, 112. Per una ricostruzione storica della Tosap, v. B. GRIZIOTTI, *La trasformazione della Tosap e l'interpretazione autonoma e funzionale del diritto finanziario*, in *Riv. dir. fin.*, 1942, 138 ss.; A. BERLIRI, *In tema di esenzione dalla Tosap a favore di concessionari di pubblici servizi per la distribuzione dell'acqua e del gas*, in *Foro it.*, 1953, 381. Da ultimo, per la ricostruzione giurisprudenziale, v. E.G. COMASCHI, *Tassa per l'occupazione di spazi e aree pubbliche, Parte seconda (2006-2013)*, in *Dir. prat. trib.*, 2013, 21109 ss.; ID., *Tassa per l'occupazione di spazi e aree pubbliche, Prima parte (2006-2012)*, in *Dir. prat. trib.*, 2012, 21147 ss.; ID., *L'esenzione Tosap del parcheggio su area demaniale*, in *Dir. prat. trib.*, 2010, 20587.

⁶ La tassa di occupazione di spazi ed aree pubbliche ha subito due diversi tentativi di soppressione. Dapprima, il d.lgs n.507 del 1993 è stato abrogato dall'art. 51, d.lgs n.446 del 1997, con vigenza dal 1° gennaio 1999, e poi successivamente reintrodotta dall'art. 31, comma 14, l. n.448 del 1998. In un secondo momento, in attuazione alla l. n.42 del 2009, la Tosap doveva essere soppressa a decorrere dal 1 gennaio 2014, per essere sostituita dall'imposta municipale secondaria, ai sensi dell'art. 11, d.lgs. n. 23 del 2011. La l. n.147 del 2013 ha disposto il rinvio al 1 gennaio 2015. Tuttavia, con Circolare 12 gennaio 2015, n. 1/DF, il Ministero dell'Economia e delle Finanze ha disposto che

il riordino della finanza territoriale del 23 ottobre 1992, n.421.

Rispetto alla sua istituzione, gli orientamenti giurisprudenziali susseguitesesi nel tempo hanno fatto perdere alla Tosap il carattere di “tassa”, esaltandone sempre più l’effettiva funzione di “imposta”, atteso che il tributo non sarebbe propriamente commisurato al pagamento della fruizione di un servizio pubblico⁷, ma l’obbligazione tributaria sorgerebbe in capo a chiunque sottragga il suolo comunale o provinciale al libero uso collettivo per trarne un vantaggio esclusivo⁸.

Dunque, va precisato che la Tosap ha un presupposto oggettivo, rappresentato dalla superficie occupata⁹, e non prende in considerazione il soggetto, se non per individuarlo come titolare della concessione o come soggetto occupante senza titolo¹⁰.

Pertanto, la Tosap, benché connessa principalmente al provvedimento di

l’imposta municipale secondaria non può essere introdotta dai Comuni in assenza dell’emanazione del regolamento governativo previsto dall’art. 11, comma 2, d.lgs. n. 23 del 2011. Pertanto, ad avviso del Ministero, continua ad applicarsi la Tosap, unitamente agli altri tributi comunali, fino all’intervento regolamentare del Governo.

⁷ Sul punto, v. G. FRANSONI, *Gli altri tributi comunali e provinciali*, in A. FANTOZZI (a cura di), *Il diritto tributario*, Roma, 2003, 1057; F. TESAURO, *Natura giuridica e coesistenza della tassa per l’occupazione di spazi ed aree pubbliche e del canone di concessione*, in *Fin. loc.*, 1994, 1201. Quest’ultimo autore afferma che “*la natura tributaria della Tosap è sempre stata fuori discussione. Essa è tanto lontana dall’esser corrispettivo o indennità, che non può essere qualificata come una tassa, il Comune non fornisce nessun servizio al privato, come ad esempio, nel della tassa raccolta rifiuti, ma deve essere definita come imposta in quanto l’occupazione del suolo pubblico viene assunta dal legislatore tributario come indice di capacità contributiva. Il fatto che si parli di tassa è dovuto alla tradizione*”. Nello stesso senso la giurisprudenza di legittimità, cfr. Cass., sez. trib., 8 luglio 1998, n. 6666, in *Foro it.*, 1998 e in *Mass. giur. it.*, 1998. Da ultimo, v. Cass., sez. trib., 6 dicembre 2016, n. 24920, in banca dati *Pluris*; Cass., sez. VI-5, 14 settembre 2016, n. 18108, in *GT - Riv. giur. trib.*, 2016, 12; Cass., sez. trib., 30 marzo 2012, n. 5130, in banca dati *Pluris*. Autorevole dottrina, ritiene la Tosap una tassa dovuta all’amministrazione comunale o provinciale cui il suolo appartiene, perché giustificata dal beneficio arrecato al contribuente dall’occupazione di uno spazio sul suolo pubblico. V. G. FALSITTA, *Manuale*, cit., 1202.

⁸Sul punto, cfr. Cass, sez. I, 10 gennaio 2017, n. 283; Cass., sez. V., 21 dicembre 2016, n. 26521; Cass., sez. VI-5, 1 giugno 2016, n. 11450, in banca dati *Pluris*.

⁹ Cfr. M. DEL VAGLIO, *Presupposto della Tosap è soltanto l’effettiva sottrazione della superficie all’uso pubblico*, in *Corr. trib.*, 2009, 3777; R. LUPI, *La Tosap tra occupazione permanente e temporanea: gli squilibri e i loro palliativi*, in *Rass. trib.*, 1994, 592; ID., *Tosap, la finanza locale parte male*, in *Rass. trib.*, 1994, 503. Per la giurisprudenza in tema presupposto Tosap e superficie occupata, tra le più recenti, v. Cass., sez. I, 10 gennaio 2017, n.283, in banca dati *Pluris*; Comm. trib. reg. Perugia, sez. I, 23 gennaio 2017, n. 25, in banca dati *Pluris*; Comm. trib. prov. Caltanissetta, sez. I, 24 febbraio 2016, n.281, in banca dati *Pluris*. Inoltre, cfr. Cass., sez. trib., 5 giugno 2015, n.11653, in banca dati *Fisconline*; Cass., sez. trib., 20 maggio 2015, n. 10345, in banca dati *Fisconline*.

¹⁰ Per la sua rilevanza, v. Cass., sez. trib., 18 gennaio 2000, n. 473 in banca dati *Pluris*. Nello stesso senso, cfr. A. URICCHIO, *La determinazione del tributo sulle occupazioni del sottosuolo comunale*, cit., 1988.

concessione emesso dall'amministrazione comunale o provinciale¹¹, è dovuta anche per l'occupazione avvenuta senza titolo. Per cui, in caso di occupazione abusiva, il presupposto della Tosap si realizza visto che comunque vi è stata sottrazione di suolo all'uso collettivo¹².

Con la richiamata legge delega n.421 del 1992¹³, il legislatore delegante intendeva connettere il presupposto della tassa all'effettivo beneficio economico ritraibile dal privato per via dell'occupazione di suolo del demanio comunale o provinciale¹⁴. Sicché, nell'originario schema della legge delega, l'occupazione, per essere tassabile, doveva consistere in un'apprensione del patrimonio indisponibile di comuni e province da parte di un privato, alla cui sottrazione del suolo doveva corrispondere un vantaggio particolare del soggetto autorizzato¹⁵.

Questa formulazione non ha trovato spazio nell'attuale testo normativo che disciplina la Tosap. Tuttavia, come detto, sulla base dell'evoluzione giurisprudenziale che ha riconosciuto alla Tosap il carattere non più di tassa¹⁶ bensì

¹¹ Sulle modalità e i limiti alla concessione dell'occupazione di suolo appartenente al demanio comunale o provinciale, v. Circ. Min. fin., 20 gennaio 2009, n. 1/DF.

¹² Sul concetto di "effettivo occupante", cfr. Cass., Sez. Un., 7 gennaio 2016, n. 61 in *GT - Riv. giur. trib.*, 2016, 394.

¹³ Per una ricostruzione sistematica della legge di delega per il riordino della finanza locale, v. G. BERNABEI - G. MONTANARI, *Tributi propri e autonomie locali*, Padova, 2016, 255; M. LOGOZZO, *Il federalismo fiscale: prospettive della legge n. 42/2009 e autonomia finanziaria degli enti locali*, in *Boll. trib.*, 2011, 820; L. SALVINI, *I tributi propri di Regioni, Province e Comuni. Profili tributari*, in V. NICOTRA - F. PIZZETTI - S. SCOZZESE (a cura di), *Il Federalismo fiscale*, Roma, 2009, 191; F. TESAURO, *Le basi costituzionali della fiscalità regionale e locale*, in *Fin. loc.*, 2005, n.9; S. SAMMARTINO, *L'autonomia tributaria degli enti locali*, in A. PIRAINO (a cura di), *Il nuovo modello costituzionale di finanza locale*, Mandelli, 2004, 108; F. TUNDO, *Contributo allo studio dell'autonomia tributaria dei comuni*, cit., 187; F. PUTZOLU, *Autonomia finanziaria e potestà di imposizione negli enti territoriali minori*, in *Rass. trib.*, 1996, 542.

¹⁴ In questi termini, Circ. Dir. fin. loc., 25 marzo 1994, n. 13, prot. n. E/4/902, in banca dati *Fisconline*. Sulla relazione tra debito Tosap e utilità economica dell'occupazione del patrimonio indisponibile di comuni e province, v. Cass., sez. VI-5, 1 giugno 2016, n. 11450, in banca dati *Pluris*; Comm. trib. reg. Bologna, sez. XI, 8 marzo 2016, n.606, in banca dati *Pluris*; Comm. trib. prov. Lecco, sez. I, 30 ottobre 2015, n. 360 in banca dati *Pluris*.

¹⁵ Il Ministero delle Finanze, in concomitanza all'emanazione del d.lgs. n. 507 del 1993, ha pubblicato la Circ. n. 13/E del 1994, con la quale è stato specificato che «l'art. 38 del decreto in esame individua, in via generale, il presupposto dell'imposizione nella sottrazione delle aree e degli spazi pubblici all'uso indiscriminato della collettività per il vantaggio specifico di singoli soggetti e nella occupazione di aree private soggette a servitù di passaggio». Sul punto, cfr. L. DEL FEDERICO, *Il nuovo canone per l'occupazione*, cit., 19; A. DEL SOLE, *La sottrazione del suolo all'uso pubblico come requisito per l'applicazione della Tosap*, in *GT - Riv. giur. trib.*, 2007, 898.

¹⁶ Per tutti, v. C. SACCHETTO, *Tassa (voce)*, in *Enc. dir.*, XLIV, Milano, 1992.

di imposta¹⁷, è stata la Corte di Cassazione a rimarcare più volte che l'obbligazione tributaria sorge in connessione di un beneficio economico ritratto dal soggetto privato per via dell'occupazione¹⁸.

Un ulteriore elemento che contraddistingue il presupposto della Tosap è dato dal fatto che l'occupazione del patrimonio indisponibile di comuni e province fa sorgere l'obbligazione tributaria solo se l'apprensione della cosa (duratura o temporanea) risulti di tipo reversibile, nel senso che l'avvenuta occupazione privata non comporta alcuna modifica dello spazio comunale o provinciale. Pertanto, una volta terminato l'uso privatistico del suolo, se esso risulterà facilmente ripristinabile all'uso collettivo cui era originariamente predestinato, tale occupazione sarà soggetta a Tosap¹⁹. Invece, se con la fine dell'uso privatistico, il patrimonio occupato non ritornerà usufruibile dalla collettività, perché l'occupazione ha modificato la natura originaria del suolo, allora si tratterà di una occupazione cosiddetta "irreversibile"²⁰ e non sarà assoggettabile a tassazione dall'ente territoriale²¹; semmai, al ricorrere delle circostanze previste dalla legge, sorgerà il diritto dell'ente territoriale al risarcimento del danno subito.

Ultimo elemento che contraddistingue il presupposto della Tosap è che la tassa rimane un tributo tradizionalmente connotato dalla territorialità, ossia dalla imprescindibile localizzazione del presupposto realizzativo dell'occupazione del territorio comunale o provinciale. Per cui, non sosterà la Tosap l'occupazione di

¹⁷ Cfr. E. DE MITA, *Diritto tributario (giur. cost.)*, *Annali III*, in *Enc. dir.*, Milano, 2010.

¹⁸ Da ultimo, v. Comm. trib. reg. Perugia, sez. I, 9 gennaio 2017, 3, in banca dati *Fisconline*. Per la giurisprudenza meno recente, cfr. Cass., sez. trib., 8 ottobre 2012, n.17124, in banca dati *Fisconline*; Cass., sez. trib., 19 novembre 2003, n.17495 in banca dati *Pluris*; Cass., sez. trib., 22 febbraio 2002, n. 2555, in banca dati *Pluris*; Cass., sez. I, 12 novembre 1998, n.11438, in *CED Cass.*, Cass., sez. I, 11 marzo 1996, n.1996, in *CED Cass.*

¹⁹ Cfr. Cass., sez. VI-5, 1 giugno 2016, n.11450, in banca dati *Pluris*; Cass., sez. trib., 3 giugno 2015, n.11442, in banca dati *CED Cass.*

²⁰ Per assoggettare l'occupazione alla Tosap è necessario che, al termine del rapporto concessorio, il soggetto concessionario dovrà devolvere gratuitamente lo spazio occupato al comune o alla provincia, al fine di renderlo usufruibile alla collettività. Cfr. E.G. COMASCHI, *Tassa per l'occupazione di spazi ed aree pubbliche, Parte seconda (2006-2013)*, cit., 21109. Inoltre, v. Cass., sez. trib., 19 febbraio 2012, n.15247, in banca dati *Fisconline*.

²¹ In caso di occupazione del demanio statale si applicano il tributo regionale sulle concessioni di beni demaniali, unitamente, s'è del caso, al canone di concessione dovuto allo Stato, di cui alla l. n. 281 del 1970 e al d.lgs n.230 del 1991. Sul punto, cfr. V. FICARI - G. SCANU, *Tourism taxation, Sostenibilità ambientale e turismo fra fiscalità locale e competitività*, Torino, 2013, 220.

soprasuolo o sottosuolo che insiste su un'area demaniale dello Stato o delle Regioni, non riconducibile al patrimonio del comune o della provincia²².

In definitiva, si può affermare che la Tosap sorge per effetto di un duplice presupposto: il tributo è dovuto non soltanto in relazione alla limitazione o sottrazione all'uso normale e collettivo di parte di suolo comunale o provinciale, ma anche in relazione all'utilizzazione particolare ed eccezionale che ne fa il privato, il quale occupa lo spazio pubblico per perseguire uno specifico scopo privato. Tuttavia, per l'applicazione della Tosap, l'occupazione deve essere temporanea e idonea a non modificare irreversibilmente la natura e la destinazione del suolo comunale o provinciale che si è occupato²³.

3. Punti fermi in tema di soggettività passiva della Tosap

In base all'art. 39, d.lgs n.507 del 1993, la tassa per l'occupazione di spazi e aree pubbliche è dovuta, in proporzione alla superficie effettivamente occupata, al comune o alla provincia da chiunque sottragga al libero uso collettivo parte del demanio locale, al fine di conseguire scopi privati²⁴.

In particolare, la disposizione distingue, da una parte, l'occupazione consentita da un atto di concessione o autorizzazione rilasciato al privato da parte dell'ente territoriale e, dall'altra parte, l'occupazione privata avvenuta senza alcun titolo, cioè abusivamente.

Nel primo caso, la tassa è dovuta dal titolare del provvedimento di concessione o di autorizzazione. Nel secondo caso, ovviamente, il tributo sarà dovuto

²² Cfr. L. TOSI, *Considerazioni sulla fiscalità degli enti locali nel disegno di legge di riforma federalista dell'ordinamento tributario*, in *Riv. dir. trib.*, 2008, 941; E.G. COMASCHI, *Tassa per l'occupazione di spazi ed aree pubbliche*, op. cit., 21109; E.M. RUFFINI, *Il sistema di tassazione delle occupazioni e degli spazi sovrastanti e sottostanti il suolo stradale operate dai gestori pubblici*, in *Riv. dir. trib.*, 2002, 395.

²³ Si rimanda ancora a E.G. COMASCHI, *Tassa per l'occupazione di spazi e aree pubbliche, Parte seconda (2006-2013)*, cit., 21124. Per la giurisprudenza relativa all'art. 39, d.lgs n.507 del 1993, oltre alla sentenza qui in commento, da ultimo, cfr. Cass., sez. I, 10 gennaio 2017, n.283, in banca dati *Pluris*. Si rimanda, inoltre, a Cass., sez. VI-5, 2 aprile 2015, n.6799; Cass., sez. VI-5, 17 marzo 2015, n. 5286, in banca dati *CED Cass*.

²⁴ Per gli aspetti peculiari, cfr. A. BORGHI - P. CRISO - G. FARNETI, *Enti locali, tributi e fiscalità*, Milano, 2015, 153.

dall'occupante di fatto, il quale ha agito senza titolo²⁵.

Definite queste premesse di ordine generale, la sentenza in rassegna si è occupata di una questione ambigua, che si pone a cavallo tra le due fattispecie di "occupazione autorizzata" e "occupazione di fatto". Nella situazione indagata si è di fronte sia alla sussistenza di una concessione rilasciata dal comune e sia ad un'occupazione effettiva da parte di soggetti diversi da quello autorizzato.

Per cui, la Cassazione, in aderenza al dettato normativo, ha disposto che per individuare il soggetto passivo della Tosap non serve indagare a chi è riconducibile l'interesse privato ritratto dall'occupazione (se al soggetto autorizzato o all'effettivo occupante), ma è sufficiente analizzare la connessione esistente tra l'ente territoriale e il contribuente autorizzato²⁶. Molto semplicemente, il soggetto passivo della Tosap è esclusivamente il destinatario del provvedimento di concessione.

Dunque - secondo la Corte - per individuare i soggetti passivi Tosap, è alquanto riduttivo e fuorviante indagare il tema del soddisfacimento dell'interesse privato ritratto dall'occupazione²⁷. Occorrerebbe, semmai, indagare il beneficio economico-privato conseguito dal soggetto autorizzato non già per l'occupazione di spazio pubblico, bensì per l'uso che egli ne ha fatto dell'atto di concessione. È proprio l'uso privatistico della concessione di occupazione (consentito dalla legge), fatto dall'impresa appaltante, che assume significato ai fini della individuazione del

²⁵ In tema di occupazione di suolo comunale o provinciale avvenuta senza titolo, cfr. Comm. trib. prov. La Spezia, sez. I, 3 giugno 2016, n.434, in banca dati *Pluris*. La sentenza mette in evidenza che l'occupazione può definirsi abusiva ai fini Tosap, cioè avvenuta senza alcun titolo, solo quando il potere di emettere il provvedimento di concessione o autorizzazione appartiene al comune o alla provincia; se, invece, tale discrezionalità appartiene allo Stato e alle sue amministrazioni, anche con riferimento all'occupazione di suolo o spazio comunale o provinciale, l'ente territoriale non può discrezionalmente pretendere il tributo per occupazione abusiva da parte di un contribuente che è titolare di una concessione statale.

²⁶ Nello stesso senso la recente giurisprudenza di merito, cfr. Comm. trib. reg. Palermo, sez. XXV, 11 ottobre 2016, n. 3510; Comm. trib. reg. Venezia, sez. VI, 14 giugno 2016, n.771; Comm. trib. reg. Bologna, sez. IX, 22 aprile 2016, n.1109; Comm. trib. prov. Milano, sez. XII, 17 ottobre 2016, n.7881; Comm. trib. prov. Taranto, sez. I, 13 ottobre 2016, n. 2393; Comm. trib. prov. La Spezia, sez. I, 3 giugno 2016, n. 434; Comm. trib. prov. Milano, sez. XL, 2 marzo 2015, n. 2001.

²⁷ È doveroso precisare, ancora una volta, che il soddisfacimento di un interesse privato ritratto dall'occupazione è uno degli elementi, assieme a quelli sanciti dall'art. 38, d.lgs. n. 507 del 1993, necessari per determinare il presupposto della tassa di occupazione di spazi ed aree pubbliche, non già la soggettività passiva del tributo. Sul punto, v. E.M. RUFFINI, *Il sistema di tassazione delle occupazioni e degli spazi sovrastanti il suolo*, op. cit., 399.

soggetto passivo Tosap²⁸.

Difatti, analizzando la questione, verrebbe da dire che il contratto di appalto non sarebbe stato sottoscritto dagli appaltanti se il committente non fosse stato munito di idonea concessione volta a consentire l'occupazione dello spazio comunale, su cui sarebbe dovuto sorgere il cantiere edile. Per converso, il titolare della concessione non avrebbe affidato in appalto le opere di costruzione a soggetti terzi se non avesse conseguito un legittimo interesse privato, quali, ad esempio, la migliore organizzazione aziendale o la massimizzazione del profitto.

Sicché, l'impresa di costruzioni edili, autorizzata dal Comune di Potenza ad occupare lo spazio pubblico tramite l'atto di concessione, avrebbe effettivamente ritratto un interesse desunto dall'uso privatistico della concessione²⁹.

In definitiva, sono condivisibili le argomentazioni della Corte di Cassazione quando afferma che il concetto di "effettiva occupazione" assume rilievo solo nel caso in cui vi sia stata occupazione senza titolo. Invece, in presenza di un provvedimento di concessione o autorizzazione, il soggetto passivo della Tosap è il destinatario di tale atto, a prescindere se questi abbia occupato direttamente il suolo pubblico o lo ha fatto occupare a terzi per via di un accordo privato, quale, ad esempio, un contratto di appalto.

4. Il contratto di appalto non consente di trasferire la soggettività passiva della Tosap dall'appaltante all'appaltatore

Il convincimento cui è giunta la Suprema Corte di Cassazione, in relazione alla debenza della Tosap da parte del solo soggetto autorizzato all'occupazione, indipendentemente dalla materiale apprensione dello spazio comunale da parte di altri soggetti estranei al provvedimento di concessione, mette in risalto due

²⁸ Per un'esatta ricostruzione giuridica dell'istituto della concessione e dei provvedimenti ampliativi in generale, v., per tutti, G. GRECO, *Argomenti di diritto amministrativo, Parte generale*, ed. II, Milano, 2013, 146.

²⁹ Per la definizione di appalto (contratto di), cfr. A. TORRENTE - P. SCHLESINGER, *Manuale di diritto privato*, ed. XXII, Milano, 2013, 728; P. TRIMARCHI, *Istituzioni di diritto privato*, ed. XX, Milano, 2014, 431. Ai sensi dell'art. 1655, cod. civ., l'appalto è il contratto con il quale un committente affida ad un appaltatore il compimento di un'opera o lo svolgimento di un servizio verso un corrispettivo in denaro.

questioni giuridicamente rilevanti.

Precisamente, occorre analizzare, da una parte, la nozione di “rilascio del provvedimento di concessione o autorizzazione all’occupazione” e, dall’altra parte, quella di “intrasferibilità” della soggettività passiva Tosap per via un contratto privatistico, come ad esempio l’appalto.

Con riferimento al primo profilo, come specificato in precedenza, l’art. 39, d.lgs n.507 del 1993, dispone che il soggetto passivo della Tosap è il titolare del provvedimento di concessione o di autorizzazione rilasciato dall’autorità locale³⁰. Ebbene, la distinzione tra le due tipologie di provvedimenti è nota³¹: il rilascio dell’autorizzazione rimuove un limite all’esercizio di un diritto soggettivo, già appartenente (sia pure a livello potenziale) alla sfera del destinatario³²; invece, le concessioni conferiscono *ex novo* diritti soggettivi, *status*, potestà, non appartenenti alla sfera privata, ma appartenenti *ab origine* alla sfera pubblica³³.

Nel caso che ci occupa, sia il provvedimento di autorizzazione che quello di concessione all’occupazione di spazi ed aree pubbliche comportano il trasferimento, da parte dell’autorità pubblica (comuni e provincie) al privato richiedente, di facoltà e diritti riservati all’amministrazione. Per questo motivo, tali provvedimenti possono essere rilasciati dopo che l’autorità ha eseguito una specifica attività istruttoria sui requisiti posseduti dai richiedenti.

Dunque, è l’amministrazione, in quanto titolare del diritto di proprietà del bene o

³⁰ Osserva G. FRANSONI, *Gli altri tributi comunali e provinciali*, in *op. cit.*, che il tributo è dovuto dal privato anche nel caso in cui il bene oggetto di occupazione risulti giuridicamente sottratto all’uso pubblico o, comunque, escluse dal godimento collettivo in virtù di un vincolo di destinazione delle aree. Nello stesso senso, v. L. DEL FEDERICO, *Tasse, tributi paracomutativi e prezzi pubblici*, cit., 21; A. URICCHIO, *La determinazione del tributo sulle occupazioni del sottosuolo comunale*, cit., 1987.

³¹ In tema di provvedimento amministrativo, per tutti, v. M. RAMAJOLI - R. VILLATA, *Il provvedimento amministrativo*, ed. II, Torino, 2017, *passim*.

³² Si rimanda ancora a G. GRECO, *Argomenti di diritto amministrativo, Parte generale*, cit., 147. L’autore afferma che le autorizzazioni riguardano attività che attengono alla sfera del privato richiedente, che l’ordinamento assoggetta ad un controllo preventivo, per evitare che siano svolte in contrasto con valori e interessi preminenti, meritevoli di essere salvaguardati.

³³ Sempre G. GRECO, *op. ult. cit.*, in tema di concessioni, precisa che tali provvedimenti ampliativi attengono ad attività tipiche dell’autorità pubblica che l’ordinamento, per tramite di tale atto, riserva all’attività privata. Dunque, la concessione consente l’espletamento di attività da parte di privati sia per la valorizzazione e l’adeguato sfruttamento di beni pubblici, sia per ragioni di efficienza nell’espletamento dei servizi tipicamente pubblici.

dei diritti reali sulla cosa, l'unico soggetto deputato a consentire ai privati l'apprensione degli spazi e delle aree destinate all'occupazione, mediante un provvedimento di concessione o di autorizzazione, emesso nei confronti di uno specifico soggetto.

Passando al tema della "intrasferibilità" della soggettività passiva della Tosap dall'appaltante all'appaltatore, è necessario analizzare i profili soggettivi del contratto di appalto³⁴, connesso ad una concessione-autorizzazione amministrativa.

In generale, i soggetti interessati dalla sentenza, come detto, sono tre: l'autorità locale (Comune di Potenza), l'impresa titolare della concessione di occupazione (la società convenuta nel giudizio di Cassazione) e la società di costruzioni edili (effettiva occupante del suolo comunale).

Le predette entità sono interessate dalle seguenti relazioni: 1) tra il Comune di Potenza e la prima impresa intercorre un rapporto (pubblicistico) di concessione all'occupazione di suolo pubblico; 2) tra la prima impresa concessionaria e l'impresa di costruzioni intercorre un contratto (privatistico) di appalto, in ordine al quale la società titolare della concessione all'occupazione di suolo ha conferito alla società edile l'incarico di costruzione proprio nelle aree oggetto della concessione; 3) infine, come è ovvio, tra il Comune e la società edile non intercorre alcun rapporto, né di tipo pubblicistico né di tipo privatistico.

Ciò posto, il provvedimento di concessione mette in relazione solamente l'autorità comunale e il concessionario, nulla rilevando la presenza di un contratto di appalto stipulato tra il concessionario e l'impresa terza.

Sicché, il provvedimento di concessione o quello di autorizzazione all'occupazione è di per sé intrasferibile senza il consenso del concedente (l'autorità comunale o provinciale)³⁵. In altri termini, se il privato, titolare di un

³⁴ Cfr. S, MULEO, *Sono necessari i requisiti di forma per il contratto di appalto?*, in *Riv. trim. dir. trib.*, 2013, III, 715.

³⁵ Con riferimento al carattere personale dell'autorizzazione o della concessione amministrativa e, dunque, sulla sua intrasferibilità, cfr. Cons. St., sez. IV, 7 marzo 2013, n.1403, in *Dir. & Giust.*, 2013, 8; Cass., sez. I, 4 novembre 2011, n.22905, in *Giust. civ. mass.*, 2011, 11, 1559; Cass., sez. I, 6 febbraio 2004, n.2240, in *Giust. civ.*, 2004, I, 891; Cass., sez. I, 13 luglio 2004, n.12958, in *Foro amm.*, *C.d.S.*, 2005, 3, 691.

provvedimento rilasciatogli dall'autorità comunale o provinciale, vorrebbe trasferire arbitrariamente a terzi l'atto di concessione o di autorizzazione, verrebbero chiaramente vanificate le funzioni di garanzia che l'autorità locale è chiamata a presidiare.

Sulla base di queste analisi, è alquanto ovvio affermare che i privati, mediante il loro consenso, anche se rinvenibile in un accordo scritto, non possono trasferire alcun diritto, appunto perché il provvedimento di concessione all'occupazione consiste in una determinazione dell'autorità comunale o provinciale e, dunque, in una manifestazione di volontà diretta a produrre effetti giuridici conformi al proprio contenuto dispositivo solo nei confronti di specifici soggetti.

Con il contratto di appalto, le parti private possono solo trasferire dall'una all'altra il diritto di detenzione dello spazio comunale³⁶, di modo che l'appaltatore può eseguire l'effettiva occupazione di aree e spazi pubblici sulla base di un titolo, che è appunto il diritto di detenzione qualificata, conferitagli dal titolare della concessione comunale.

Ne consegue che nessun contratto di appalto o altro accordo equivalente può essere elevato a strumento di modifica dell'autorizzazione o della concessione all'occupazione, se non vi concorre il consenso dell'autorità che ha emesso il provvedimento.

Il contratto di appalto, quando prevede che la gestione dell'opera o del servizio debba avvenire a rischio dell'appaltatore, il quale deve organizzare tutti i mezzi necessari per l'esecuzione del contratto stipulato con l'appaltante, non comporta che l'appaltatore diventi il titolare delle autorizzazioni di occupazione. Rimarrà titolare della concessione l'appaltante, il quale, nei limiti consentiti dal provvedimento emesso dal comune o dalla provincia, potrà disporre per il conseguimento di scopi privati.

³⁶ In materia di possesso e detenzione di cui all'art. 1140, cod. civ., cfr., per tutti, M. BIANCA, *Diritto civile, La proprietà*, vol. VI, Milano, 2017, 725; V. ROPPO, *Il Contratto*, ed. II, Milano, 2011, 479. Il detentore può essere un soggetto terzo che ha la disponibilità di fatto della cosa in nome altrui. L'espressione in nome altrui vale a indicare che il potere sulla cosa è subordinato al potere di un altro soggetto, il possessore e dipende da quest'ultimo in termini di autorizzazione, concessione o altro titolo.

Secondo un consolidato orientamento giurisprudenziale, si ha una concessione quando, in base al titolo, l'operatore assume in concreto i rischi economici della gestione del bene di proprietà pubblica; mentre, si ha appalto quando l'onere della gestione del bene o dell'opera costruita dall'appaltatore viene a gravare sostanzialmente sull'amministrazione³⁷.

In definitiva, non esiste nessun rapporto tra l'impresa appaltatrice e il Comune tale da far traslare la soggettività passiva Tosap dal concessionario all'occupante di fatto dell'area comunale. L'apprensione delle aree pubbliche da parte dell'impresa edile è avvenuta mediante un titolo di natura privatistica, ovvero, il contratto di appalto stipulato tra la società titolare della concessione comunale e quest'ultima. Tramite tale contratto, l'impresa edile è divenuta titolare del solo diritto di detenzione delle aree pubbliche, diritto di detenzione qualificato, appunto, da uno specifico titolo che è, lo si ripete, il contratto di appalto.

Dunque, l'apprensione del bene sulla base del predetto titolo non consente minimamente di imputare la soggettività passiva della Tosap all'impresa appaltatrice, quando si è in presenza di un provvedimento di concessione emesso dal Comune a favore dell'appaltante. È quest'ultimo il soggetto passivo del tributo, indipendentemente dall'effettiva occupazione.

5. Conclusioni

Il nucleo centrale della decisione della Corte di Cassazione riguarda la violazione dell'art. 39, d.lgs n.507 del 1993, in ordine alla soggettività passiva della Tosap. La sentenza offre un importante chiarimento in tema di soggettività passiva della tassa di occupazione di suolo e spazio pubblico quando afferma che, in presenza dell'emanazione di un provvedimento di autorizzazione o di concessione all'occupazione, il soggetto passivo del tributo è colui al quale è rivolto l'atto del comune o della provincia. Nulla rilevando il fatto che l'«occupante di fatto» sia un soggetto diverso da quello effettivamente autorizzato³⁸.

³⁷ Cfr. Cons. Stato, Sez. V, 18 giugno 2015, n.3120; Tar Lombardia, Sez. IV, 4 aprile 2017, 792; Tar Lombardia, Sez. IV, 24 marzo 2017, n.706.

³⁸ Cfr. E.M. RUFFINI, *Il sistema di tassazione delle occupazioni e degli spazi sovrastanti e*

Queste affermazioni, tuttavia, lasciano aperte alcune questioni di fondo sulle quali la riflessione giuridica in materia di soggetti passivi Tosap deve ancora svilupparsi: difatti, rimane incompiuto il ragionamento del collegio quando evita di indagare l'effettivo scopo privato ritratto dal soggetto autorizzato; visto che costui, pur non occupando materialmente il suolo, decidendo discrezionalmente di trasferire a soggetti terzi la facoltà di occupare il suolo del demanio comunale o provinciale, comunque consegue un proprio vantaggio.

In virtù di tali considerazioni, è avvertita l'esigenza di rendere coerente, nel testo del decreto legislativo n.507 del 1993, il collegamento negoziale tra l'autorità concedente e il contribuente concessionario del provvedimento di occupazione.

In ogni caso, la Corte, perfezionando il proprio orientamento, ha fatto chiarezza sul tema della soggettività passiva Tosap, statuendo che nessuna volontà o accordo privato è idoneo a trasferire a terzi gli effetti giuridici sanciti nel provvedimento di concessione o di autorizzazione di occupazione di suolo pubblico.

A ben vedere, l'ordinamento tributario, non potendo più rinviare la revisione del sistema fiscale municipale³⁹, deve tener conto delle imprecisioni presenti nell'attuale decreto e prevedere, dunque, una rimodulazione della definizione di soggetto passivo della tassa di occupazione⁴⁰.

sottostanti il suolo stradale operate dai gestori pubblici, cit., 2002, 395.

³⁹ In attuazione della Legge n. 42/2009, l'imposta municipale secondaria, volta a sostituire la Tosap, Cosap, Imposta di pubblicità e Cimp, doveva entrare in vigore il 1° gennaio 2014, ma con Legge n. 147/2013, ne è stato disposto il rinvio al 1° gennaio 2015. Con Circolare 12 gennaio 2015, n. 1/DF, il Ministero dell'Economia e delle Finanze, stante il mancato rinvio legislativo, ha ritenuto che l'imposta municipale secondaria non possa essere introdotta dai comuni in assenza dell'emanazione del regolamento governativo previsto dall'art. 11, comma 2, D.Lgs n. 23/2011. Pertanto, ad avviso del Ministero, continueranno ad applicarsi le suddette imposte comunali fino all'intervento regolamentare del Governo che fissi i parametri essenziali.

⁴⁰ Cfr. M. LOGOZZO, *Il federalismo fiscale: prospettive della legge n. 42/2009 e autonomia finanziaria degli enti locali*, cit., 820; F. GALLO, *Capisaldi del federalismo fiscale*, in *Dir. prat. trib.*, 2009, I, 220; F. TESAURO, *Le basi costituzionali della fiscalità regionale e locale*, in *Fin. loc.*, 2005, 20; L. TOSI, *La fiscalità locale nel disegno di legge sul federalismo*, in *Riv. dir. ec.*, 2008, II, 51; ID., *Considerazioni sulla fiscalità degli enti locali nel disegno di legge federalista dell'ordinamento tributario*, cit., 2008, I, 947.

CORTE DI CASSAZIONE - Sentenza 6 dicembre 2016, n.24920**SVOLGIMENTO DEL PROCESSO**

Con sentenza n.74/03/08, depositata il 23-06-2008 la Commissione tributaria Regionale della Basilicata accoglieva l'appello proposto dalla società (...) avverso la sentenza della Commissione tributaria provinciale di Potenza n.217/02/2005, annullando l'avviso di accertamento Tosap, per gli anni 2002, 2003, per l'occupazione di suolo pubblico.

Rilevava al riguardo la Commissione Tributaria Regionale come dagli elementi forniti dalle parti non fosse possibile ritenere provata la riconducibilità alle società appellanti della occupazione di suolo pubblico oggetto di accertamento, rilevando come i lavori erano stati affidati ad altre imprese.

La (...) impugna la sentenza della Commissione Tributaria Regionale assumendo preliminarmente la tempestività del ricorso ritenendo invalida la notifica della sentenza di appello, al fine del decorso del termine breve di impugnazione, effettuata nel domicilio eletto in grado di appello, in violazione del D.Lgs n.546 del 1992, art. 17, censurando la sentenza impugnata con un'unica censura.

La società intimata si è costituita con controricorso eccependo preliminarmente l'inammissibilità del ricorso per il decorso del termine breve di impugnazione.

Il ricorso è stato discusso alla pubblica udienza del 08-01-2015, in cui il PG ha concluso come in epigrafe.

MOTIVI DELLA DECISIONE

1. La società intimata eccepisce preliminarmente l'inammissibilità del ricorso per cassazione per essere stato proposto oltre il termine breve dalla notifica della sentenza di appello, ritualmente effettuata in data 01-12-2008, mentre il ricorso è stato proposto con notifica in data 03-03-2009, oltre il termine di 60 gg. previsto dal D.Lgs n.546 del 1992, art. 51.

Occorre preliminarmente, verificare la ritualità della notifica della sentenza di appello al fine di accertare la vigenza del termine breve per la notifica del ricorso in cassazione.

Nel giudizio innanzi alle Commissioni tributarie vanno applicate, ai sensi del D.Lgs n.546 del 1992, art. 1, comma 2, le norme di tale decreto e, solo per quanto da esse non disposto e con esse compatibili, le norme del codice di procedura civile.

Il D.Lgs n.546 del 1992, art. 17, comma 1 (articolo rubricato Luogo delle comunicazioni e notificazioni), prevede che "le comunicazioni e le notificazioni sono fatte, salva la consegna in mani proprie, nel domicilio eletto, o, in mancanza, nella residenza o nella sede dichiarata dalla parte all'atto della sua costituzione in giudizio" e la loro variazione ha effetto dalla notifica alla segreteria della commissione e alle parti costituite la denuncia di variazione al comma 2 statuisce che "l'indicazione della residenza o della sede e l'elezione del domicilio hanno effetto anche per i successivi gradi del processo".

Questa Corte, a Sezioni Unite, ha affermato che "per un verso non esistono ragioni normative che impongano di affermare che l'art. 17 cit. si riferisce

esclusivamente alle notificazioni endoprocessuali, laddove, anzi, proprio la previsione secondo l'indicazione della residenza o della sede e l'elezione del domicilio hanno effetto anche per i successivi gradi del processo (comma 2), nonché esigenze di coerenza sistematica, inducono alla conclusione che la norma è applicabile, con carattere di specialità e quindi di prevalenza, anche alla notificazione del ricorso in appello (Cass. SS. UU. 15-12-2015 n.14916) e, quale logica conseguenza, anche alla notifica della sentenza di appello con conseguente mancata applicazione al processo tributario, dell'art. 285 c.p.c., che dispone che, al fine della decorrenza del termine breve di impugnazione, la notificazione della sentenza debba essere conseguita con le modalità indicate dall'art. 170 c.p.c..

Nella fattispecie in esame la sentenza di secondo grado è stata notificata nel domicilio eletto dalla (...) nella memoria di costituzione in appello (...) senza che il procuratore di detta società abbia provveduto alla notifica della variazione di domicilio alla segreteria della commissione e alle parti costituite; la notificazione non è stata, quindi, ritualmente effettuata, ai sensi del D.Lgs n.546 del 1992, art. 17, nel domicilio originariamente eletto, ma a quello irritualmente indicato alla memoria di costituzione in appello, con conseguente nullità della notificazione della sentenza e la sua inidoneità a far decorrere il termine breve di impugnazione, con conseguente ritualità della notifica del ricorso per cassazione nel termine lungo.

2. La ricorrente deduce violazione e falsa applicazione del D.Lgs n.507 del 1993, art. 39, rilevando come soggetto passivo della Tosap sia la società intimata titolare dell'atto di concessione rilasciato dal Comune, operando in via sussidiaria il criterio dell'occupazione materiale solo in mancanza di un atto di assenso dell'occupazione del suolo pubblico da parte dell'Ente proprietario.

La questione controversa concerne la sussistenza della soggettività passiva in ordine all'obbligo di versamento della Tosap nel caso di rilascio a favore della società interessata degli atti di concessione da parte dell'Amministrazione a prescindere dalla effettiva occupazione del suolo e in presenza di contratti di appalto stipulati con terzi e relativi alla costruzione assentita da parte del Comune.

Il D.Lgs n.507 del 1993, art. 39, individua il soggetto tenuto al versamento della tassa nel "titolare dell'atto di concessione o di autorizzazione".

Questa Corte ha già affermato, con orientamento a cui si intende dare continuità, che "a norma del D.Lgs n.507 del 1993, art. 39, obbligato al pagamento della TOSAP è il titolare dell'atto di concessione o autorizzazione all'occupazione. L'affidamento in appalto dell'esecuzione dei lavori per i quali è stata chiesta l'autorizzazione e l'effettiva occupazione del suolo pubblico da parte dell'impresa appaltatrice non rilevano se non nel senso di una eventuale responsabilità solidale dell'impresa quale occupante di fatto" (Cass. Sez. 5, Sentenza n.9695 del 10/05/2005, cfr. Cass. 07-03-2005 n.4896).

Rilievo decisivo va, quindi, attribuito alla sussistenza di un atto di concessione o di autorizzazione, venendo in rilievo l'occupazione di fatto soltanto quando sia constatato che l'occupazione del suolo sia avvenuta in assenza abitativo in via di mero fatto e, quindi abusivamente.

Va, conseguentemente, accolto il ricorso, cassata senza rinvio l'impugnata sentenza e, non essendo necessari ulteriori accertamenti di merito, ex art. 384 c.p.c., rigettato l'originario ricorso introduttivo.

Sussistono giusti motivi per la compensazione delle spese del giudizio di merito a seguito della già operata compensazione da parte delle CT, ponendosi a carico della intimata le spese del giudizio di legittimità.

P.Q.M.

Accoglie il ricorso, cassa l'impugnata sentenza e, decidendo nel merito, rigetta il ricorso introduttivo della società. (*Omissis*)