

**ANNO I N. 3**

**luglio - agosto 2023**

Periodico bimestrale di approfondimento  
scientifico, tecnico e professionale

**ISSN 2974-9352**



**RIVISTA GIURIDICA**  
**diritto e crisi d'impresa**

®

*Salus populi suprema lex esto*

*“Il bene del popolo sia la legge suprema” Marco Tullio Cicerone De  
legibus, IV*

---

[www.rivistagiuridicadirittoecrisidimpresa.it](http://www.rivistagiuridicadirittoecrisidimpresa.it)



## Sommario

<b>EDITORIALE</b> .....	4
<b>PNRR INVESTIMENTI NUOVI O ANCHE PROGETTI GIA' AVVIATI E ANCHE FINANZIATI IN PRECEDENZA PER GLI ENTI LOCALI</b> .....	4
<b>LA "TRASPARENZA" NEI CONTRATTI BANCARI, FOCUS SUI CONTRATTI DI LEASING FINANZIARIO</b> .....	10
<i>Seconda parte.</i> .....	31
<b>LA RESPONSABILITÀ DA REATO DEGLI ENTI NEL MERCATO GLOBALE: NUOVO PARAMETRO VALUTATIVO DI UNA CORRETTA ORGANIZZAZIONE AZIENDALE. IL RISCHIO DA COMPLIANCE. CENNI DI DIRITTO COMPARATO.</b> .	31
<i>La responsabilità da reato degli enti nel mercato globale: nuovo parametro valutativo di una corretta organizzazione aziendale. Cenni di diritto comparato.</i> .....	31
<b>INTELLIGENZA ARTIFICIALE, SVILUPPI NEL COMPARTO SANITÀ E COSTITUZIONE DELLA REPUBBLICA ITALIANA.</b> .....	48
<b>IL DIRITTO ALL'OBLIO DEGLI IMPUTATI E DELLE PERSONE SOTTOPOSTE AD INDAGINI.</b> .....	56
<b>INESISTENTE LA COSTITUZIONE NEL GIUDIZIO TRIBUTARIO DI 1 E 2 GRADO DELL'AGENZIA DELLA RISCOSSIONE CON AVVOCATO ESTERNO "LIBERO FORO"</b> .....	60
<b>LO SFRUTTAMENTO ECONOMICO DEL MARCHIO, TASSAZIONE PER LE IMPRESE INFRAGRUPPO MULTINAZIONALI, E PER I PRIVATI</b> .....	70
<b>DIRITTO DEI TRUST</b> .....	81
<b>THE DIFFERENCE BETWEEN FOUNDATIONS AND TRUSTS</b> .....	81
<b>USES AND PRACTICAL APPLICATIONS IN ITALY</b> .....	81
<i>Traduzione</i> .....	96
<b>LA DIFFEENZA FRA LE FONDAZIONI E TRUST UTILIZZI ED APPLICAZIONI PRATICHE</b> .....	96

## Direttore Scientifico

---

Gregorio Pietro **D'Amato**

## Comitato scientifico

---

Vittorio Francesco **Bottaro**

Gino **Bove**

Andrea **Carminati**

Luca **Cirillo**

Fabrizio **Cuttitta**

Anna **Fiore**

Paolo Maria **Gemelli**

Mauro **Giarrizzo**

Giuseppe **Lepore**

Maurizio **Naddeo**

Corrado **Riggio**

## Redazione

---

Francesco **Bagnuolo**

## Comitato di valutazione

---

Gregorio Pietro **D'Amato** – Corrado **Riggio**

Periodico telematico rientrante previsione art. 3/Bis legge 16/07/2012 n. 103.

**Direttore responsabile:** dott. **Gregorio Pietro D'Amato** – giornalista pubblicista iscritto al n. 182247 Ordine Nazionale dei Giornalisti -mail [direttore@rivistagiuridicadirittoecrisidimpresa.it](mailto:direttore@rivistagiuridicadirittoecrisidimpresa.it)

Tutti i diritti riservati soggetto a Copyright ©. I contenuti presenti su questa rivista sono di proprietà del dott. Gregorio Pietro D'Amato. Non possono essere copiati, riprodotti, pubblicati o redistribuiti perché appartenenti agli autori stessi, se non dopo autorizzazione affermativa scritta alla richiesta di utilizzo al Direttore Scientifico. È vietata la copia e la riproduzione dei contenuti in qualsiasi modo o forma Legge 248/00 e modifica legge 633/41. Marchio registrato.

**Editore** Gregorio Pietro D'Amato Via Torrione 23 - 84127 Salerno tel. 030/5280783 posta elettronica [redazione@rivistagiuridicadirittoecrisidimpresa.it](mailto:redazione@rivistagiuridicadirittoecrisidimpresa.it)

Per invio di contributi scientifici [redazione@rivistagiuridicadirittoecrisidimpresa.it](mailto:redazione@rivistagiuridicadirittoecrisidimpresa.it)

## EDITORIALE

### **PNRR INVESTIMENTI NUOVI O ANCHE PROGETTI GIA' AVVIATI E ANCHE FINANZIATI IN PRECEDENZA PER GLI ENTI LOCALI**

*“L’Unione Europea ha risposto alla crisi pandemica con il Next Generation EU (NGEU). È un programma di portata e ambizione inedite, che prevede investimenti e riforme per accelerare la transizione ecologica e digitale; migliorare la formazione delle lavoratrici e dei lavoratori; e conseguire una maggiore equità di genere, territoriale e generazionale. Per l’Italia il NGEU rappresenta un’opportunità imperdibile di sviluppo, investimenti e riforme. L’Italia deve modernizzare la sua pubblica amministrazione, rafforzare il suo sistema produttivo e intensificare gli sforzi nel contrasto alla povertà, all’esclusione sociale e alle disuguaglianze. Il NGEU può essere l’occasione per riprendere un percorso di crescita economica sostenibile e duraturo rimuovendo gli ostacoli che hanno bloccato la crescita italiana negli ultimi decenni. L’Italia è la prima beneficiaria, in valore assoluto, dei due principali strumenti del NGEU: il Dispositivo per la Ripresa e Resilienza (RRF) e il Pacchetto di Assistenza alla Ripresa per la Coesione e i Territori d’Europa (REACT-EU). Il solo RRF garantisce risorse per 191,5 miliardi di euro, da impiegare nel periodo 2021- 2026, delle quali 68,9 miliardi sono sovvenzioni a fondo perduto. L’Italia intende inoltre utilizzare appieno la propria capacità di finanziamento tramite i prestiti della RRF, che per il nostro Paese è stimata in 122,6 miliardi”.*<sup>1</sup>

Questo è quello che si legge, tra l’altro, nelle promesse al documento per il PNRR a firma del Presidente del Consiglio del Governo in carica, Mario Draghi, al momento della presentazione del corposo Piano previsto dall’EU per la ripresa dopo il disastro pandemico 2019-2020 che ha colpito soprattutto l’Italia in termini di perdita di vite umane (tutte decessi per morbilità Covid?) ed economiche.

Pensare ad una serie di progetti d’investimento innovativi subito andiamo con la mente a nuovi progetti prima non ipotizzati, invece, dal sito Ministero dell’interno dipartimento per gli affari interni del territorio con comunicato del 23 novembre 2022 sono state fornite

---

<sup>1</sup> Premessa a firma del Presidente del consiglio Mario Draghi al documento Piano Nazionale di ripresa e Resilienza nexgenerationitalia dal sito di Italia domani <https://www.italiadomani.gov.it/content/sogei-ng/it/it/home.html>

delle indicazioni per gli enti locali come poter utilizzare i fondi del PNRR, non solo per progetti di investimento futuri, ma anche per progetti precedenti già finanziati con fondi statali e per alcuni addirittura conclusi<sup>2</sup>

Dal sito del Ministero degli interni si legge che: *“A seguito della decisione di esecuzione del Consiglio UE – ECOFIN, del 13 luglio 2021, recante l’Approvazione della Valutazione del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza dell’Italia, in data 31 luglio 2021 è entrata in vigore la Legge n. 108/2021 di conversione del decreto-legge n. 77/2021, che ha individuato le misure di applicazione del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza.*

*Successivamente, il Ministero dell’Economia delle Finanze ha emanato, in data 6 agosto 2021 (pubblicato sulla G.U. n. 229 del 24 settembre 2021), il Decreto Ministeriale con il quale sono state assegnate le risorse finanziarie previste per l’attuazione dei singoli interventi del PNRR alle Amministrazioni titolari individuate nella Tabella A”.*

In particolare, è affidata al Ministero dell’Interno la **Missione 2: rivoluzione verde e transizione ecologica; Componente c4: tutela del territorio e della risorsa idrica; Investimento 2.2: interventi per la resilienza, la valorizzazione del territorio e l’efficienza energetica dei comuni**, all’interno della quale sono confluite le linee di intervento di cui all’art. 1 comma 139<sup>3</sup> e ss. della Legge n. 145/2018, e di cui all’art. 1, commi 29<sup>4</sup> e ss. della Legge n.160/2019.

---

<sup>2</sup> <https://dait.interno.gov.it/finanza-locale/notizie/comunicato-del-23-novembre-2022>.

<sup>3</sup> **Art. 1 comma 139 L. 145/2018.** Al fine di favorire gli investimenti sono assegnati ai comuni contributi per investimenti relativi a opere pubbliche di messa in sicurezza degli edifici e del territorio, nel limite complessivo di 350 milioni di euro per l'anno 2021, di 450 milioni di euro per l'anno 2022, di 550 milioni di euro annui per ciascuno degli anni dal 2023 al 2025, di 700 milioni di euro per l'anno 2026 e di 750 milioni di euro annui per ciascuno degli anni dal 2027 al 2030. I contributi non sono assegnati per la realizzazione di opere integralmente finanziate da altri soggetti. A decorrere dall'anno 2022, in sede di definizione delle procedure di assegnazione dei contributi, almeno il 40 per cento delle risorse allocabili è destinato agli enti locali del Mezzogiorno.

<sup>4</sup> **Art. 1 comma 29 L. 160/2019:** “Per ciascuno degli anni dal 2020 al 2024, sono assegnati ai comuni, nel limite complessivo di 500 milioni di euro annui, contributi per investimenti destinati ad opere pubbliche in materia di:

a) efficientamento energetico, ivi compresi interventi volti all'efficientamento dell'illuminazione pubblica, al risparmio energetico degli edifici di proprietà pubblica e di edilizia residenziale pubblica, nonché all'installazione di impianti per la produzione di energia da fonti rinnovabili;  
b) sviluppo territoriale sostenibile, ivi compresi interventi in materia di mobilità sostenibile, nonché interventi per l'adeguamento e la messa in sicurezza di scuole, edifici pubblici e patrimonio comunale e per l'abbattimento delle barriere architettoniche.

All'uopo, in data 6 settembre 2021, il Ministero dell'interno, Dipartimento per gli Affari Interni e Territoriali, ha pubblicato sul proprio sito istituzionale un Comunicato con il quale rendeva edotti i Comuni beneficiari dei contributi ex art.1 co. 139 e ss., L. 145/2018, **del passaggio delle risorse relative alla graduatoria 2021 sul PNRR.**

Da ultimo, con il Decreto-Legge del 6 novembre 2021, n.152, sono state predisposte le norme abilitanti ai fini del corretto utilizzo delle risorse a valere sul Piano nazionale di ripresa e resilienza in termini di gestione, monitoraggio e rendicontazione.

Nello specifico, all'articolo 20, sono fornite espresse disposizioni circa gli *“Interventi comunali in materia di efficientamento energetico, rigenerazione urbana, mobilità sostenibile e messa in sicurezza degli edifici e valorizzazione del territorio”*.

Per quanto concerne alle risorse di cui all'articolo 1, commi 29 e ss. (L. n.160/2019), i Comuni beneficiari sono tenuti ad utilizzare una quota pari o superiore al 50 per cento delle risorse assegnate nel periodo dal 2020 al 2024, per investimenti destinati alle opere pubbliche di cui alla lettera a) del comma 29 (*interventi di efficientamento energetico, ivi compresi interventi volti all'efficientamento dell'illuminazione pubblica, al risparmio energetico degli edifici di proprietà pubblica e di edilizia residenziale pubblica, nonché all'installazione di impianti per la produzione di energia da fonti rinnovabili*), fatti salvi, in ogni caso, gli incarichi per la progettazione esecutiva affidati entro il 31 dicembre 2021, comunicati al Ministero dell'interno - Dipartimento per gli affari interni e territoriali.”

Dalla lettura delle istruzioni fornite dal Ministero sorgono immediatamente delle osservazioni. Significa che gli enti locali, i quali avevano già avviato dei progetti di finanziamento con fondi statali e, quindi, delle nostre tasse ora si trovano a finanziare progetti con fondi del PNRR che poi dovremo restituire o addirittura a ricevere contributi su opere già realizzate e concluse e quindi ora sui contributi ricevuti ci dovremmo pagare – come Stato italiano e quindi i cittadini- gli interessi per restituire questi fondi.

Altre osservazioni i fondi statali, s.v. art. 1 comma 139 l. 145/2108vì e art. 1 comma 29 L. 160/2019 che erano destinati per gli investimenti per le opere degli enti locali dove saranno impiegati?

Certo per fare numero di progetti come voluto dalla UE i vecchi progetti ora fatti passare per investimenti previsti per ottenere i fondi PNRR fanno c.d. “numero” per dimostrare

all'UE che abbiamo realizzato gli obiettivi che sono stati posti per ottenere i fondi che, anche, se una parte dovranno restituire le nostre generazioni future con aggravio degli interessi.

Procedure che per effetto del finanziamento PNRR sono state prorogata in avanti in particolare per quanto attiene le risorse di cui all'**articolo 1, comma 139 e ss. della L. n.145/2018**, circa i termini iniziali per l'affidamento dei lavori per la realizzazione di opere pubbliche, si rinvia a quanto già previsto dall'art. 1, comma 143, primo periodo.

Resta ferma, in ogni caso, la previsione di cui all'art. 1 co. 143, secondo periodo, come modificato dall'art. 1 co. 38 lett. d) della L. n. 160/2019, in forza del quale qualora l'ente beneficiario del contributo, per espletare le procedure di selezione del contraente, si avvalga degli istituti della centrale unica di committenza (CUC) o della stazione unica appaltante (SUA) i termini previsti per l'affidamento dei lavori sono aumentati di tre mesi.

Secondo, poi, quanto previsto dall'articolo 1, comma 139-ter, i Comuni beneficiari delle risorse di cui all'art.1 comma 139 per l'anno 2021, nonché delle risorse di cui al comma 139-bis della L. 145/2018, confluite nell'ambito del Piano nazionale di ripresa e resilienza (PNRR), sono tenuti a concludere i lavori entro il **31 marzo 2026**.

Per i contributi relativi al triennio 2022-2024, i Comuni sono tenuti a concludere i lavori entro il **31 dicembre dell'anno successivo a quello di riferimento di ciascun anno del contributo**.

I contributi, poi, sono erogati per il 50 per cento previa verifica dell'avvenuto inizio dell'esecuzione dei lavori attraverso il sistema di monitoraggio di cui al comma 35; e per il 45 per cento previa trasmissione al Ministero dell'interno del certificato di collaudo o del certificato di regolare esecuzione rilasciato dal direttore dei lavori, e, infine, per il restante 5 per cento, previa verifica della completa alimentazione del sistema di monitoraggio di cui al comma 35 e del sistema di monitoraggio previsto dalla regolamentazione attuativa del PNRR.

L'art. 13 del D.L. 10/09/2021, n. 121, ha, inoltre, modificato il termine iniziale di esecuzione dei lavori previsto dall'art. 1 co. 32 della L. n. 160/2019. Pertanto, il Comune beneficiario del contributo per l'anno 2021 è tenuto ad iniziare l'esecuzione dei lavori entro

il **31 dicembre 2021**. Mentre, per le annualità successive il termine iniziale di esecuzione dei lavori è fissato al **15 settembre di ciascun anno di riferimento del contributo**.

Inoltre, per gli enti Locali beneficiari sono state previste degli ulteriori adempimenti per ottenere le risorse di cui all'**articolo 1, commi 29 e ss. (L. n. 160/2019)** ed all'**articolo 1, commi 139 e ss. (L. n. 145/2018)** essendo tenuti al rispetto di ogni disposizione impartita in attuazione del PNRR per la gestione, controllo e valutazione della misura, ivi inclusi:

- gli obblighi in materia di trasparenza amministrativa ex D.lgs. 25 maggio 2016, n. 97 e gli obblighi in materia di comunicazione e informazione previsti dall'art. 34 del Regolamento (UE) 2021/241, mediante l'inserimento dell'esplicita dichiarazione "finanziato dall'Unione europea - NextGenerationEU" all'interno della documentazione progettuale nonché la valorizzazione dell'emblema dell'Unione europea;
- l'obbligo del rispetto del principio di non arrecare un danno significativo all'ambiente (*DNSH*, "Do no significant harm") incardinato all'articolo 17 del Regolamento (UE) 2020/852;
- l'obbligo del rispetto dei principi del *Tagging* clima e digitale, della parità di genere (*Gender Equality*), della protezione e valorizzazione dei giovani e del superamento dei divari territoriali;
- gli obblighi in materia contabile, quali l'adozione di adeguate misure volte al rispetto del principio di sana gestione finanziaria secondo quanto disciplinato nel Regolamento finanziario (UE, Euratom) 2018/1046 e nell'art. 22 del Regolamento (UE) 2021/241, in particolare in materia di prevenzione dei conflitti di interessi, delle frodi, della corruzione e di recupero e restituzione dei fondi che sono stati indebitamente assegnati, attraverso l'adozione di un sistema di codificazione contabile adeguata e informatizzata per tutte le transazioni relative al progetto per assicurare la tracciabilità dell'utilizzo delle risorse del PNRR;
- l'obbligo di comprovare il conseguimento dei *target* e dei *milestone* associati agli interventi con la produzione e l'imputazione nel sistema informatico della documentazione probatoria pertinente.

Ulteriori adempimenti e controlli che è soggetta la PA locale ma nel corposo documento del PNRR consultabile sul sito di che dovranno fare i Revisori degli enti locali [www.italiadomani.gov.it](http://www.italiadomani.gov.it) non è forse indicato che la PA deve essere più celere e meno burocratizzata? Il PNRR dice di semplificare ma per avere, poi, i fondi il PNRR complica e aggiunge adempimenti.

*Il Direttore scientifico Gregorio Pietro D'Amato*

## LA “TRASPARENZA” NEI CONTRATTI BANCARI, FOCUS SUI CONTRATTI DI *LEASING* FINANZIARIO

Fabrizio Cuttitta <sup>5</sup>

1.Premesse. 2.Inquadramento. 3.Glossario. 4.Contesto giuridico del *leasing* finanziario. 5.Norme di Legge e atti amministrativi sulla “Trasparenza nei contratti bancari. 6.Trasposizione dei contenuti trattati in un caso concreto. 7.Riflessioni finali. 8.Decisioni Tribunale e ABF rilevanti

### 1.Premesse

Nei contratti bancari la violazione ricorrente - da anni strutturale nonostante i “controlli” del sistema - è quella relativa alle norme anti usura. Il riferimento è ovviamente al tasso corrispettivo, che remunera il finanziatore per il denaro prestato, e al tasso di mora che remunera i ritardi censiti nel rimborso dei piani di ammortamento.

Il fenomeno - assolutamente vasto e rilevante - ha alimentato negli anni “volumi di giurisprudenza” purtroppo ondivaga, perché a fronte di norme di Legge assolutamente chiare (anche oggetto di interpretazione autentica) la Suprema Cassazione non ha mai espresso indirizzi univoci, favorendo le posizioni delle sezioni imprese di molti tribunali, purtroppo votate alla tutela del sistema bancario che governa economicamente i territori di competenza.

**Non meno rilevante rispetto alla violazione delle norme anti usura è la violazione delle norme di trasparenza, con riferimento a differenti profili.**

Il fenomeno è ancora una volta rilevante ma non ha alimentato “volumi di giurisprudenza” perché, soltanto recentemente, rispetto al fenomeno dell’usura, è stato attenzionato dalla platea dei professionisti che si occupano di diritto e tecnica bancaria. La “disattenzione” non ha quindi stimolato la modesta e fisiologica non consapevolezza di chi, facendo impresa, ha subito - come spesso accade - contratti predisposti unilateralmente, poco chiari e direi poco “trasparenti! A oggi, pertanto, non possiamo censire una casistica di contenziosi significativa e degna di nota e, quindi, non possiamo valutare decisioni che aiuterebbero ad approfondire una materia di certo interesse. Opportuno segnalare, ancora, che la violazione riguarda

---

<sup>5</sup> Consulente Aziendale - Giurisprudenza, Master Economia Bocconi

la quasi totalità dei contratti bancari - ovvero milioni di posizioni - e che solo l'ambito dei *leasing* finanziari incide potenzialmente su un volume di impieghi di centinaia di miliardi di euro. Possiamo già renderci conto che, se su tali impieghi calasse la giusta "scure", in presenza delle violazioni riscontrate, il sistema soffrirebbe perdite per qualche miliardo di euro!

Pertanto, così come avvenuto nei contenziosi relativi all'usura, non possiamo che aspettarci - ancora una volta e in presenza di un sensibile incremento delle formali contestazioni - indirizzi che non sempre terranno conto delle giuste doglianze dei soggetti finanziati con lo strumento della locazione finanziaria.

## 2. Inquadramento

Esaurite le premesse, opportuno esporre in modo puntuale alcune definizioni sugli elementi dei contratti che ci occupano - che serviranno da guida per la lettura di questo contributo - l'inquadramento giuridico dei contratti di *leasing*, delle norme di riferimento di Legge e degli indirizzi amministrativi della Banca d'Italia e, infine, il richiamo di alcune decisioni assunte nelle sedi canoniche e dall'ABF (Arbitro Bancario Finanziario).

## 3. Glossario

In questa sezione le definizioni degli elementi che contraddistinguono i contratti di *leasing* finanziario utili, come vedremo, anche quando per chiarezza espositiva sarà trasposto un esempio concreto. **Importo del contratto di *leasing*** è il valore complessivo dell'importo finanziato al lordo del canone d'acconto iniziale, corrispondente al valore di acquisto del cespite oggetto del contratto; **Importo finanziato** è il valore del contratto della locazione finanziaria al netto del canone iniziale di acconto. È la base di calcolo per l'applicazione del tasso *leasing* (tasso di interesse corrispettivo) che remunera il finanziatore; **Pre locazione finanziaria** è il periodo che precede quello della locazione finanziaria, nel quale è applicato il tasso di prefinanziamento che remunera il finanziatore per gli esborsi via via sostenuti sino alla data di decorrenza finanziaria, e anche il tasso mora nel caso di mancato rispetto delle previste scadenze contrattuali legate ai canoni di prefinanziamento. In questo periodo non è previsto il rimborso del capitale

finanziato; **Data di decorrenza finanziaria** è il momento dal quale decorre il piano di ammortamento e maturano le rate. Essa può non coincidere con la data del contratto (questa assolve a funzioni civilistiche e fiscali diverse da quelle attribuite alla decorrenza finanziaria) o con la data di consegna del cespite (esempio, “prima rata a X giorni”); **Locazione finanziaria** è il periodo che decorre dalla data di decorrenza finanziaria, sino alla scadenza (*rectius* “competenza”) dell’ultima rata antecedente la data contrattualmente prevista per l’esercizio dell’opzione di acquisto (riscatto). Durante questo periodo si sviluppa il piano di ammortamento, calcolato al tasso di interesse del contratto. È il periodo nel quale è applicato il tasso *leasing* (tasso di interesse corrispettivo) ed eventualmente il tasso mora nel caso di mancato rispetto delle previste scadenze contrattuali; **Piano finanziario** o di ammortamento o di locazione finanziaria è lo sviluppo, durante il periodo della locazione finanziaria, delle scadenze contrattuali previste per il rimborso del capitale e degli interessi, definite “rate”, “corrispettivi” o “canoni”. Il piano di ammortamento decorre dalla prima scadenza contrattuale (rappresentata dal c.d. “maxi canone iniziale”) sino all’ultima rata del piano di rimborso/di estinzione (o di ammortamento), durante il quale è applicato il tasso *leasing*, come successivamente definito. Il piano di ammortamento del *leasing* si azzerà con l’esercizio dell’opzione di riscatto. La modalità di calcolo di un piano finanziario nel *leasing* è definita “ammortamento alla francese”; **Rata, canone o corrispettivo periodico** di *leasing* sono i sinonimi che rappresentano la quantità di denaro da versare al finanziatore, a ogni scadenza contrattuale prevista nel piano finanziario. Le rate sono composte da una “quota d’interessi” per la remunerazione del finanziatore, e da una “quota di capitale” al servizio dell’ammortamento (estinzione graduale) del debito; **Debito (valore) residuo** finanziario è l’ammontare del capitale dovuto alla scadenza di ogni singola rata, è dettagliato nel piano di ammortamento ed è determinato quale somma del valore attuale, calcolato al tasso *leasing*, di tutte le successive rate non ancora scadute; **Costi e oneri accessori del contratto** sono tutti i costi, gli oneri, le commissioni e le spese inerenti all’erogazione e la gestione complessiva del contratto. Comprendono le spese per servizi accessori, anche se forniti da soggetti terzi, se direttamente connessi con il contratto di credito (ad es. spese custodia pegno, perizie, spese postali).

Concorrono, alternativamente a secondo la propria natura, alla quantificazione del TAEG/ISC (costo effettivo del *leasing* finanziario con riferimento al tasso *leasing*), o del tasso di mora; **Tasso di interesse del contratto** è il saggio di interesse applicato al contratto di locazione finanziaria, che remunera il capitale impiegato dal finanziatore. Determina gli oneri finanziari (interessi) in ragione delle scadenze contrattuali, e per differenza con la rata le quote di ammortamento del prestito. È altresì definito “tasso interno di attualizzazione” o “tasso *leasing* di interesse” o “IRR” o “TAN”; **Tasso interno di attualizzazione (IRR)** è l’altro termine per definire il tasso di interesse: è il rapporto in base al quale avviene l’uguaglianza tra il costo di acquisto del bene locato (al netto d’imposte) e il valore attuale dei canoni e del prezzo dell’opzione d’acquisto finale (al netto delle imposte) contrattualmente previsti. Per i canoni comprensivi dei corrispettivi per servizi accessori di natura non finanziaria o assicurativa, va considerata solo la parte di canone riferita alla restituzione del capitale investito per l’acquisto del bene, e i relativi interessi, Non è da confondere con il “tasso di attualizzazione del corrispettivo” che è invece quel tasso utilizzato per determinare il valore del residuo finanziamento in fasi straordinarie del contratto (patologiche, di sinistro e/o di esercizio anticipato parziale o totale della facoltà di riscatto; **Tasso *leasing*** è la nomenclatura utilizzata in luogo del “tasso interno di attualizzazione” o del “tasso di interesse” o “IRR” o “TAN” dalla Banca d’Italia (in seguito anche “BDI”) nelle proprie comunicazioni (istruzioni, disposizioni, circolari, provvedimenti). È il tasso per il quale avviene l’uguaglianza tra il costo di acquisto del bene locato (al netto d’imposte) e il valore attuale dei canoni e del prezzo dell’opzione d’acquisto finale (al netto imposte) contrattualmente previsti; **TAN** è il tasso annuo nominale. È l’espressione del “tasso di Interesse” su base annuale. La sua metodologia di calcolo deve essere definita in contratto in quanto, come chiarito negli esempi di cui al DM Tesoro del giorno 8 luglio 1992, può essere determinato sulla base del calendario (1 anno = 365 giorni o 366 per gli anni bisestili) oppure con riferimento all’anno “standard” (1 anno = 365 giorni o 365,25 giorni, 52 settimane o 12 mesi uguali). Il TAN non prevede alcuna forma di capitalizzazione, per tale motivo è chiamato anche “tasso semplice” in contrapposizione al “tasso composto”; **TAE** è il tasso annuo effettivo. Possiamo definirlo come il “tasso *leasing* capitalizzato” sulla base delle periodicità

dalle scadenze delle rate (mensile, trimestrale ecc.). Trattandosi di un “tasso composto” non esiste una formula per trovare direttamente o indirettamente, mediante l’attualizzazione dei flussi di cassa, il “tasso annuo effettivo” nella sua definizione matematica; per determinarlo occorre convertire il TAN mediante la seguente formula (ove “k” è la periodicità di capitalizzazione):  $TAE = (1 + TAN/k)^k - 1$ . Il “tasso annuo effettivo” coincide con il TAN quando i pagamenti avvengono una sola volta l’anno; in tutti gli altri casi è sempre maggiore del TAN. Dalla definizione si rileva che la differenza tra il TAN e il TAE consiste nel fatto che nel secondo è supposto un reinvestimento continuo degli interessi incassati allo stesso TAN così da generare, al termine del periodo, un rendimento più alto di quello nominale. In pratica il TAN è il tasso che paga il debitore (Utilizzatore) mentre, dal punto di vista del prenditore (finanziatore) il TAE esprime il rendimento effettivo dell’investimento, considerando anche il reinvestimento dei flussi incassati allo stesso TAN del piano di ammortamento; **TAEG/ISC** è l’acronimo di “tasso annuo effettivo globale”, è indifferentemente chiamato ISC (indicatore sintetico di costo), ed è l’espressione in termini di tasso percentuale, del “costo complessivo/effettivo del credito” per il cliente. Il TAEG/ISC tiene quindi conto del tasso *leasing* (tasso di interesse corrispettivo) e dell’incidenza dei costi e degli oneri accessori del contratto (come in precedenza specificati). Rileva il costo effettivo dell’operazione di *leasing* finanziario. Deve essere portato “ex ante” a conoscenza dell’utilizzatore del credito; **Costo effettivo dell’operazione** è il termine utilizzato nella delibera del CICR del 4 marzo 2003, Art. 9.2. Tiene conto sia del valore del tasso *leasing* (tasso di Interesse), sia dell’incidenza degli oneri e dei costi accessori del contratto. Nella delibera del CICR e nei provvedimenti di attuazione di Banca d’Italia, è rappresentato dall’acronimo TAEG/ISC; **TEGM** è il tasso effettivo globale medio rilevato trimestralmente dalla Banca d’Italia. È calcolato come media aritmetica semplice dei TEG applicati a ogni singolo rapporto (per categorie omogenee di operazioni creditizie, e per classi d’importo) quale media, per ogni categoria di operazione e per classe d’importo. I TEG sono comunicati da tutti gli istituti di credito del sistema alla Banca d’Italia.

#### **4. Contesto giuridico del *leasing* finanziario**

Con riferimento all'inquadramento "normativo", la prima definizione legislativa del *leasing*, nell'ordinamento italiano, risale alla Legge del 2 maggio 1976 n. 183 (interventi per il Mezzogiorno), ove l'art. 17, 2° c. precisa che: "*Per operazioni di locazione finanziaria si intendono le operazioni di locazione di beni mobili o immobili, acquistati o fatti costruire dal locatore, su scelta o indicazione del conduttore, che ne assume tutti i rischi, e con facoltà per quest'ultimo di divenire proprietario dei beni locati al termine della locazione, dietro versamento di un prezzo prestabilito*".

Altro tentativo di definire il contratto giunge successivamente nel nostro ordinamento con il DL antiriciclaggio, il cui art. 6, 11° c. recita: "*Per locazione finanziaria si intende l'operazione nella quale il concedente mette a disposizione per un tempo determinato e verso un corrispettivo periodico un bene strumentale all'esercizio dell'attività dell'utilizzatore, che il concedente fa costruire o acquista, anche dallo stesso utilizzatore che lo sceglie e ne assume tutti i rischi, anche di perimento, e che può acquistarne la proprietà alla scadenza del contratto con il pagamento di un prezzo prestabilito*".

In sintesi, il *Leasing* è quindi un negozio atipico con il quale un soggetto (utilizzatore o conduttore) riceve da un altro soggetto (locatore o concedente) il godimento di un bene (mobile o immobile) per un determinato periodo, impegnandosi a pagare periodicamente dei canoni. Il bene è fatto acquistare o costruire su indicazione dell'utilizzatore/conduttore, da un terzo (fornitore). All'utilizzatore/conduttore è riservata la facoltà, al termine della locazione, di diventare proprietario del bene, con il versamento di un prezzo predeterminato (opzione di riscatto o di acquisto). L'utilizzatore/conduttore, anche se non è proprietario, assume tutti i rischi e i benefici legati all'utilizzo del bene e per questo motivo, di norma, nel contratto di *leasing*, è previsto l'obbligo a carico dell'utilizzatore/conduttore di stipulare apposita polizza assicurativa per danni.

Il contratto, pertanto, è il frutto della combinazione degli schemi della vendita con patto di riservato dominio (art. 1523 cc) e del contratto di locazione (art.1571 cc), è contraddistinto dall'esistenza di un rapporto trilaterale (perché intervengono tre soggetti, il locatore, l'utilizzatore/locatario e il fornitore, anche se talvolta il fornitore è il locatario e in questo caso si parla di *sale and lease back*), ed è un

prodotto complesso/composto di due o più contratti tra loro collegati che, come ovvio, realizzano un'unica operazione economica avente una finalità d'investimento.

### **5. Norme di Legge e atti amministrativi sulla “Trasparenza nei contratti bancari”**

Con riferimento invece alle norme sulla trasparenza bancaria, gli intermediari finanziari devono indicare ai clienti, consumatori o no, il costo complessivo del finanziamento, e ciò attraverso l'inserimento nei contratti di un indicatore sintetico dei costi. Ovvero, devono indicare il tasso in modo puntuale ed effettivo e se il parametro base del tasso è di natura variabile questo deve essere identificato con certezza, non potendo lasciare la generica identificazione del riferimento solare o commerciale del parametro.

Per i consumatori il faro è il Codice del Consumo (D. Lgs. 6/9/2005 numero 206) che ha novellato l'art 1469 bis del Codice civile che definisce “*consumatore o utente la persona fisica che agisce per scopi estranei all'attività imprenditoriale, commerciale, artigianale o professionale eventualmente svolta*”. Il “credito ai consumatori” è normato dal capo II del titolo VI del Decreto Legislativo 1° settembre 1993, n. 385 (TUB) e in tutti i finanziamenti rateali o nei *leasing* erogati per tale categoria è sempre indicato in costo effettivo del finanziamento. Sufficiente ricordare, ben oltre la lettura dei contratti, qualche pubblicità, per esempio, legata al finanziamento di una autovettura: “*Tan...Taeg...*”, ovvero tasso annuo e tasso annuo effettivo globale, ovvero comprensivo di tutti i costi e oneri accessori (in via non esaustiva, assicurazione, costo addebito rata, etc).

Per i *leasing* finanziari invece, ed è il caso che ci occupa, le regole sulla trasparenza dei contratti vanno ricercate nell'intero complesso normativo seguente.

Il CICR (comitato Interministeriale Credito Risparmio), in data 4 marzo 2003, “*considerata l'esigenza di emanare disposizioni volte ad assicurare che alla clientela sia fornita una informazione chiara ed esauriente sulle condizioni e sulle caratteristiche delle operazioni e dei servizi offerti (...) sulla proposta della Banca d'Italia, formulata sentito l'UIC ai sensi dell'articolo 127 del testo unico bancario*”, ha emesso la deliberazione numero 286. All'art. 3 di tale delibera si legge: “*Le*

*disposizioni in materia di pubblicità, previste dagli articoli da 4 a 9, si applicano alle operazioni e ai servizi indicati nell'allegato alla presente delibera”, nel quale è ricompreso il leasing finanziario.*

In ottemperanza a quanto previsto all'art 13 della delibera, la Banca d'Italia ha emanato disposizioni di attuazione, nel tempo aggiornate tramite provvedimenti amministrativi di indirizzo inviati alle banche, dal titolo “Trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari, correttezza delle relazioni tra intermediari e clienti”. Così, nelle disposizioni di carattere generale: *“Le disposizioni in materia di trasparenza (titolo VI del T.U.; delibere del CICR citate nel paragrafo 2 e presente provvedimento) si applicano — **salva diversa previsione** — a tutte le operazioni e a tutti i servizi disciplinati ai sensi del titolo VI del T.U. aventi natura bancaria e finanziaria offerti dagli intermediari, anche al di fuori delle dipendenze ("fuori sede") o mediante "tecniche di comunicazione a distanza. Conseguentemente, le presenti disposizioni non si applicano ai servizi e alle attività di investimento come definiti dal T.U.F. e al collocamento di prodotti finanziari aventi finalità di investimento, quali, ad esempio, obbligazioni e altri titoli di debito, certificati di deposito, contratti derivati, pronti contro termine, in caso di prodotti composti la cui finalità esclusiva o preponderante non sia di investimento si applicano all'intero prodotto se questo ha finalità, esclusive o preponderanti, riconducibili a quelle di servizi o operazioni disciplinati ai sensi del titolo VI del T.U. (ad esempio, finalità di finanziamento, di gestione della liquidità, ecc.); - alle sole componenti riconducibili a servizi o operazioni disciplinati ai sensi del titolo VI del T.U. negli altri casi. In caso di prodotti composti la cui finalità esclusiva o preponderante sia di investimento, si applicano le disposizioni del T.U.F. sia al prodotto nel suo complesso sia alle sue singole componenti, a meno che queste non costituiscano un'operazione di credito ai consumatori (alle quali si applica quanto previsto dalle presenti disposizioni)”*.

Infine, con il Decreto Legislativo 13 agosto 2010, n. 141, il legislatore, riformulando, tra l'altro, l'art 116 del TUB (Testo unico Bancario), ha sancito definitivamente che: *“Le banche e gli intermediari finanziari rendono noti in modo chiaro ai clienti **i tassi di interesse**, i prezzi e le altre condizioni economiche*

*relative alle operazioni e ai servizi offerti, ivi compresi gli interessi di mora e le valute applicate per l'imputazione degli interessi”.*

È utile rilevare che, per i contratti in corso alla data di entrata in vigore di tale D. Lgs. (19/09/2010), tra gli strumenti adatti a comunicare quanto sopra previsto, vi sia anche il documento di sintesi.

**Pertanto, l'omessa indicazione nei contratti di *leasing* finanziario del TAEG/ISC, costituisce grave vizio genetico del negozio giuridico, anche tenuto conto dei contenuti delle Istruzioni della Banca d'Italia che, nella evoluzione delle sue circolari, ovvero dei suoi indirizzi amministrativi che, ricordo, non sono fonti di diritto, prescrive che sussiste l'obbligo dell'indicazione del superiore indicatore per i contratti composti/complessi e che per potere escludere l'obbligo dell'indicazione è necessaria una esplicita diversa previsione non censita per i *leasing* finanziari. Pertanto, la Banca che non indica chiaramente il TAEG e/o l'ISC dell'operazione, si rende quindi responsabile del mancato adempimento degli obblighi informativi posti normativamente a suo carico. Ciò, poiché il calcolo contenuto nell'acronimo non consiste in una semplice somma algebrica di fattori riportati nel contratto, ma fa riferimento a formule di attualizzazione, e quindi al tempo.**

La conseguenza della mancata chiara indicazione del costo effettivo del *leasing*, quindi del vero costo che il cliente di una Banca sopporta per l'erogazione del credito, è prevista dallo stesso art. 117 del TUB (D. Lgs. n. 385 del 1° settembre 1993), il cui 7° comma prescrive, come conseguenza sanzionatoria per la Banca, “*il ricalcolo degli interessi secondo il tasso minimo dei BOT emessi nei dodici mesi antecedenti alla conclusione del contratto ovvero, se più favorevoli per il Cliente, il ricalcolo secondo il tasso minimo dei BOT tempo per tempo vigenti durante il rapporto di credito con il Cliente*”.

Su tale aspetto - ben oltre il recente andamento della quotazione dell'Euribor, da mesi in sensibile crescita per le manovre della BCE assunte per frenare l'inflazione nell'Eurozona - lo scenario complessivo sul mondo dei *leasing* finanziari produrrebbe rettifiche in favore della clientela di qualche miliardo complessivo, tenuto conto che nel recente passato il valore dell'Euribor è stato per più anni negativo. Di fatto, benefici prossimi alla gratuità degli interessi.

Opportuno segnalare - prima di esporre un caso concreto, le argomentazioni a supporto delle violazioni e alcune importanti decisioni su contenziosi avviati - che nonostante quanto sino a ora documentato tutte le società di *leasing*, fatta eccezione per i contratti predisposti per consumatori, si ritengono esentate dalla indicazione del costo effettivo pur consapevoli che la sola indicazione del **tasso leasing** (termine usato dal finanziatore per indicare il tasso interno di attualizzazione del contratto, cioè il tasso di interesse corrispettivo che non contempla tutti i costi accessori del contratto) non sostituisce la obbligatoria indicazione del **TAEG/ISC**. Per essere ancora più chiari sul punto, partendo dai contenuti della Delibera **CICR del 2003**, la **BDI** nel provvedimento di attuazione del 2003 - operazioni di *leasing* finanziario - indica il tasso interno di attualizzazione, concetto meglio ribadito nei successivi aggiornamenti del 2009 e 2015, che testualmente recitano sull'argomento: *“per i contratti di leasing finanziario, in luogo del tasso di interesse è indicato il tasso interno di attualizzazione per il quale si verifica l'uguaglianza fra costo di acquisto del bene locato (al netto di imposte) e valore attuale dei canoni e del prezzo dell'opzione di acquisto finale (al netto di imposte) contrattualmente previsti. Per i canoni comprensivi dei corrispettivi per servizi accessori di natura non finanziaria o assicurativa, andrà considerata solo la parte di canone riferita alla restituzione del capitale investito per l'acquisto del bene e i relativi interessi”*.

Altro aspetto non meno rilevante, relativo alla violazione delle norme di trasparenza, è quello relativo alla indeterminatezza del tasso *leasing*. Sovente, il tasso base variabile Euribor non è ben identificato in quanto manca nei contratti il riferimento al divisore solare o commerciale 360/365. Pur vero che il parametro base è di natura variabile, e quindi oggetto di oscillazioni/quotazioni, è certo che quanto meno deve essere sempre identificato il criterio di formazione del tasso ed è noto che l'Euribor, nel mercato dei tassi, ha diverse quotazioni in funzione del divisore 360/365.

In sintesi, la indeterminatezza del tasso, ben oltre la mancata esposizione del tasso effettivo, ovvero del TAEG, già viola le norme di trasparenza. Infatti, perché una convenzione relativa agli interessi sia validamente stipulata ai sensi dell'art. 1284, terzo comma del Codice civile (norma imperativa), la stessa deve avere un

contenuto assolutamente univoco e contenere la puntuale specificazione del tasso di interesse. Ove il tasso convenuto sia variabile, è idoneo ai fini della sua precisa individuazione, il riferimento ai parametri fissati su scala nazionale alla stregua di accordi interbancari, mentre non sono sufficienti generici riferimenti, dai quali non emerga con sufficiente chiarezza quale previsione le parti abbiano inteso richiamare con la loro pattuizione, ovvero come nel caso di specie, se manca la indicazione del riferimento all'anno commerciale o solare.<sup>6</sup>

E ancora, secondo una recente linea interpretativa giurisprudenziale, che discende da una recente pronuncia della Suprema Cassazione, la indeterminatezza del tasso si verifica anche a causa del fenomeno anatocistico generato dall'ammortamento alla francese dei piani di ammortamento <sup>7</sup>

## 6. Trasposizione dei contenuti trattati in un caso concreto

Necessario, adesso, dare concretezza al complesso inquadramento giuridico e amministrativo sulla materia, con un esempio concreto che certamente fugherà qualsiasi perplessità interpretativa, nel presupposto che senza possibilità di smentita possiamo affermare che:

1. Dal 2003 è stato stabilito che è obbligatorio, nell'ambito delle operazioni indicate nell'allegato della delibera del CICR, tra le quali il **leasing finanziario**, informare il cliente riguardo al costo effettivo dell'operazione, tenuto conto che il riferimento ai soli tassi (di interesse e di mora) non è assolutamente sufficiente, alla presenza dei costi e degli oneri accessori del contratto;
2. È stato individuato un indicatore che su base matematica esprime il costo effettivo dell'operazione, tenendo conto sia dell'elemento del tasso sia dell'elemento dei costi;
3. Tale indicatore è un indicatore sintetico di costo, denominato alternativamente con gli acronimi **TAEG** e **ISC**, in relazione alle tipologie delle operazioni;

---

<sup>6</sup> Tribunale di Milano n. 13980 del 30.10.2013, Cassazione n. 12276 del 2010, Tribunale di Palermo n. 3453 del 23/02/2017, Tribunale di Udine, ordinanza n. 20242 del 14.9.2016

<sup>7</sup> Cassazione Civile Sez. VI, maggio 2021 numero 14166 – Ordinanza Tribunale Salerno 9120/2022 – Sentenza Torre Annunziata 1581/2023.

4. Le Norme di Trasparenza si applicano ai prodotti composti la cui finalità non sia d'investimento, prodotti con finalità esclusive o preponderanti riconducibili a titolo di mero esempio, a finalità di finanziamento o gestione di liquidità;
5. Il *leasing* finanziario è un prodotto composto;
6. Non è prevista un'esplicita esclusione per il *leasing* finanziario.

Al fine di comprendere se l'utilizzo di differenti modalità e terminologie - tasso di interesse, tasso *leasing*, tasso interno di attualizzazione - ha rilevanza sul *leasing* finanziario in termini sostanziali, e pertanto se assolve l'obbligo di informare il cliente in ordine al costo effettivo del *leasing*, procediamo rappresentando due differenti scenari temporali, tenuto conto che il 2003 rappresenta il momento a partire dal quale le problematiche in argomento sono affrontate dalle norme. L'esempio utilizzato sviluppa un bene in *leasing* del valore di € 220.000,00, e contempla ovviamente il tasso *leasing* e i costi accessori del contratto.

Scenario antecedente alla delibera CICR 2003 e ai provvedimenti di attuazione

La struttura del contratto di *leasing* prevede l'indicazione dei seguenti dati essenziali dell'operazione: **importo del contratto** (pari al valore di acquisto del bene), **durata della locazione** (numero complessivo dei mesi dell'operazione), **canone di acconto iniziale** (quota di anticipo del *leasing* finanziario), **numero delle rate** (numero dei canoni, ad esempio mensili o trimestrali, anticipati o posticipati), **importo delle rate** (il valore del rimborso della quota del capitale e della quota degli interessi applicati), **importo del riscatto** (valore del prezzo di opzione per l'acquisto del bene finanziato), **costi e oneri accessori** (il valore dei costi richiesti dal finanziatore che si riferiscono alla gestione del contratto).

Tutte le superiori informazioni, esposte singolarmente e identificate nel contratto del *leasing*, non trasmettevano all'utilizzatore l'indicazione dei seguenti elementi:

- a) **Tasso di interesse** applicato al contratto;
- b) **Costo effettivo del *leasing***, e ciò in quanto a fronte di un'enunciazione d'innomerevoli costi e oneri accessori del contratto, non era identificata o almeno ricavabile, l'incidenza percentuale su ogni rata di canone rateale, del valore dei superiori costi e oneri accessori del contratto.

Informazioni fornite dal finanziatore se avesse stipulato il contratto ante 2003: **importo del contratto € 220.000,00, durata della locazione 216 mesi, canone acconto Iniziale € 1.323,77, importo dei canoni € 1.323,77 e prezzo opzione acquisto € 2.200,00.** Informazioni ricavabili dall'utilizzatore: **corrispettivo globale dopo l'esercizio dell'opzione di acquisto € 288.134,32, interessi/oneri finanziari corrisposti al finanziatore**, differenza tra l'importo del contratto e il corrispettivo globale compresa l'opzione d'acquisto, € 68.134,32. Rispetto al valore del bene oggetto della locazione finanziaria per € 220.000,00 la differenza pari a € 68.134,32 rappresentava il valore del costo dei soli oneri finanziari (interessi) corrisposti dall'utilizzatore al finanziatore, in base al tasso di interesse applicato, anche se non esposto nel contratto.

Nella successiva tabella 1 il coerente riepilogo numerico.

**Tabella 1**

Fattori	Valori	Valori
Costo acquisto del bene	220.000,00	
Canone acconto		1.323,77
Canoni rateali		284.610,55
Canone opzione acquisto		2.200,00
<b>Totale</b>	<b>220.000,00</b>	<b>288.134,32</b>
<b>Delta</b>	<b>68.134,32</b>	
<b>Uguaglianza/Equivalenza</b>	<b>288.134,32</b>	<b>288.134,32</b>
<b>Delta = alla remunerazione del finanziatore al Tasso Leasing 3,173% (tasso int. Attualizzazione)</b>		

#### Scenario successivo alla delibera CICR 2003 e ai provvedimenti di attuazione

Lo scenario normativo impone l'indicazione del **TAEG/ISC** (costo effettivo del *leasing*).

La struttura del contratto di *leasing* finanziario prevede i seguenti dati essenziali dell'operazione: **importo del contratto** (pari al valore di acquisto del bene), **tasso leasing** (tasso interno di attualizzazione indicato indifferentemente in misura fissa, o variabile su base Euribor ad esempio, utilizzato per determinare il valore economico degli oneri finanziari del contratto, cioè gli interessi riconosciuti al finanziatore), **tasso di riferimento per l'attualizzazione** (misura applicata al residuo capitale in caso di estinzione anticipata, per remunerare e attualizzare gli oneri finanziari non più corrisposti al finanziatore), **durata della locazione** (numero complessivo dei mesi dell'operazione), **canone di acconto iniziale** (quota di anticipo del leasing finanziario), **numero delle rate** (numero dei canoni, ad

esempio mensili o trimestrali, anticipati o posticipati), **importo delle rate** (il valore del rimborso della quota del capitale e della quota degli interessi applicati), **importo del riscatto** (valore del prezzo di opzione per l'acquisto del bene finanziato), **costi e oneri accessori** (il valore dei costi richiesti dal finanziatore che si riferiscono alla gestione del contratto), **corrispettivo globale della locazione** (che determina rispetto al capitale finanziato e quindi ai costi a reddito, il costo della locazione e, per differenza, il costo degli oneri finanziari corrisposti al finanziatore).

Rispetto a prima, quindi, è indicato il tasso *leasing* (tasso interno di attualizzazione) in luogo del tasso di interesse, ed è indicato il corrispettivo globale della locazione.  
 Nella successiva tabella 2 il coerente riepilogo numerico.

**Tabella 2**

Fattori	Valori	Valori
Costo acquisto del bene	220.000,00	
Canone acconto		1.323,77
Canoni rateali		284.610,55
Canone opzione acquisto		2.200,00
Costi accessori complessivi		7.712,76
<b>Totale</b>	<b>220.000,00</b>	<b>295.847,08</b>
<b>Delta</b>	<b>75.847,08</b>	
<b>Uguaglianza/Equivalenza</b>	<b>295.847,08</b>	<b>295.847,08</b>
<b>Delta = al costo effettivo del Leasing Finanziario TAEG/ISC</b>		

Per quanto ovvio, il TAEG/ISC esprime questa volta il costo effettivo della operazione, e per quanto **non ovvio** non si comprende per quale motivo le società di *leasing* ritengano di non inserire tale dato nel contratto, essendo chiaro che il solo tasso *leasing* non assolve alla funzione di trasparenza.

Certi che la Legge non può creare aree di privilegio esentando dal rispetto dei contenuti normativi alcune categorie di soggetti - nel caso di specie gli intermediari finanziari, e cioè le società di *leasing* – non difficile dimostrare che il tasso interno di attualizzazione denominato tasso *leasing*, non esprime il costo effettivo del *leasing*.

**Ciò avuto riguardo a tre aspetti:**

- 1) **Nominale/letterale**, tenuto conto che nell'eguaglianza espressa nei provvedimenti, il tasso interno di attualizzazione è il valore che soddisfa

l'eguaglianza tra costo di acquisto del bene locato da un lato, e dall'altro la sommatoria dei canoni e dell'opzione di acquisto finale. In questa eguaglianza non sono contemplati nel testo del provvedimento, i costi e gli oneri accessori del contratto;

- 2) **Matematico/sostanziale**, tenuto conto che in assenza del fattore dei costi non declinati nei provvedimenti, questi non possono essere utilizzati ovviamente nello sviluppo della formula;
- 3) **Contabile**, tenuto conto di quanto disposto dall'art. 2427 cc, con rinvio alla definizione di "tasso d'interesse effettivo" con riferimento al Principio Contabile OIC (Organismo Italiano di Contabilità) numero 12 del Dicembre 2016.

Il **TAEG**, o qualunque sarà l'acronimo o la nomenclatura utilizzata o da utilizzare per esprimere in percentuale il costo effettivo del *leasing*, è certo che deve essere esposto nel contratto. L'indicazione di un **tasso leasing** (tasso interno di attualizzazione) non può essere ritenuta sostitutiva del **TAEG/ISC**, perché abbiamo dimostrato che tale parametro non contempla i costi e gli oneri accessori del contratto; quindi, continua a non esprimere il costo effettivo del *leasing*.

Ad ulteriore prova che il **TAEG** è necessario all'utilizzatore del contratto di *leasing* e che il tasso *leasing* non esprime il costo effettivo del *leasing* finanziario, aggiungiamo che il Codice civile non fa mai alcun riferimento al "**tasso leasing**" bensì al tasso d'interesse pari all'onere finanziario effettivo (**TAEG**).

L'art. 2427 Codice Civile, relativo al contenuto della nota integrativa dei bilanci, al numero 22 recita: "**La nota integrativa deve indicare, oltre a quanto stabilito da altre disposizioni:** 22) *le operazioni di locazione finanziaria che comportano il trasferimento al locatario della parte prevalente dei rischi e dei benefici inerenti ai beni che ne costituiscono oggetto, sulla base di un apposito prospetto dal quale risulti il valore attuale delle rate di canone non scadute quale determinato utilizzando tassi di interesse pari all'onere finanziario effettivo inerenti i singoli contratti, l'onere finanziario effettivo attribuibile ad essi e riferibile all'esercizio, l'ammontare complessivo al quale i beni oggetto di locazione sarebbero stati*

*iscritti alla data di chiusura dell'esercizio qualora fossero stati considerati immobilizzazioni, con separata indicazione di ammortamenti, rettifiche e riprese di valore che sarebbero stati inerenti all'esercizio”.*

Numero aggiunto dall'art. 1, D.lgs. 3 novembre 2008, n. 173.

Per la definizione di **tasso d'interesse effettivo** si deve fare riferimento al Principio Contabile OIC<sup>8</sup> numero 12 del Dicembre 2016.

#### *APPENDICE A - OPERAZIONI DI LOCAZIONE FINANZIARIA E COMPRAVENDITA CON RETROLOCAZIONE FINANZIARIA*

*La presente appendice è parte integrante del principio.*

*Nota integrativa della società utilizzatrice che redige il bilancio in forma ordinaria (N.d.R.: per completezza d'informazione specifichiamo che alcune società possono derogare a tale norma se, per la loro dimensione, adottano il bilancio in forma abbreviata (art. 2435-bis c.c.) o il bilancio delle microimprese (art. 2435-ter c.c.). Ai sensi dell'articolo 2427, comma 1, numero 22, del codice civile la nota integrativa della società utilizzatrice deve contenere un prospetto dal quale risulti:*

- l'ammontare complessivo al quale i beni locati sarebbero stati iscritti alla data di chiusura dell'esercizio qualora fossero stati considerati immobilizzazioni,*
- gli ammortamenti, rettifiche e riprese di valore che sarebbero stati di competenza dell'esercizio, – il valore attuale delle rate di canone non scadute determinato utilizzando il tasso di interesse effettivo del contratto di locazione finanziaria,*

---

<sup>8</sup> *L'Organismo Italiano di Contabilità (OIC), fondazione di diritto privato avente piena autonomia statutaria, è stato riconosciuto dalla legge 11 agosto 2014, n. 116, di conversione del decreto legge 91/2014, come l'“istituto nazionale per i principi contabili” ed ha le seguenti funzioni: a) emana i principi contabili nazionali, ispirati alla migliore prassi operativa, per la redazione dei bilanci secondo le disposizioni del codice civile; b) fornisce supporto all'attività del Parlamento e degli Organi Governativi in materia di normativa contabile ed esprime pareri, quando ciò è previsto da specifiche disposizioni di legge o dietro richiesta di altre istituzioni pubbliche; c) partecipa al processo di elaborazione dei principi contabili internazionali adottati in Europa, intrattenendo rapporti con l'International Accounting Standards Board (IASB), con l'European Financial Reporting Advisory Group (EFRAG) e con gli organismi contabili di altri paesi. Con riferimento alle attività di cui alle a), b) e c), si coordina con le Autorità nazionali che hanno competenze in materia contabile. Nell'esercizio delle proprie funzioni l'OIC persegue finalità di interesse pubblico, agisce in modo indipendente e adegua il proprio statuto ai canoni di efficienza e di economicità. Esso riferisce annualmente al Ministero dell'economia e delle finanze sull'attività svolta.*

– *gli oneri finanziari di competenza dell'esercizio determinati sulla base del tasso di interesse effettivo.*

Per **tasso d'interesse effettivo** s'intende nel caso della locazione finanziaria, il tasso di attualizzazione che, all'inizio della locazione finanziaria, fa sì che il valore attuale complessivo dei pagamenti minimi derivanti dalla locazione finanziaria (a) e il valore residuo (b), sia uguale alla somma del *fair value* (valore equo) del bene locato (i) e degli eventuali costi diretti iniziali del locatore (ii).

In altre parole, **il tasso d'interesse effettivo è calcolato in funzione dei complessivi oneri finanziari che gravano sulla locazione finanziaria**, e della durata del contratto in base ai diversi periodi di tempo intercorrenti dalla data di entrata in vigore del contratto, sino a ciascuna scadenza periodica. Tali oneri finanziari complessivi sono pari alla differenza, tra il *fair value* del bene oggetto di locazione finanziaria alla data di stipulazione del relativo contratto, aumentato (se significativi) dei costi diretti iniziali del locatore, e l'ammontare complessivo delle somme (canoni anticipati e periodici) da corrispondersi.

È utile sottolineare che per "eventuali costi diretti iniziali del locatore" vadano intesi tutti i costi conosciuti, cioè, iscritti in contratto, alla data di stipula dello stesso, con ciò escludendo solo gli oneri che possono manifestarsi in epoca successiva.

**L'utilizzo di un tasso diverso (il tasso *leasing*) rispetto al tasso effettivo** comporta la violazione della disposizione di cui al secondo comma dell'art. 2343 CC *"Il bilancio deve essere redatto con chiarezza e deve rappresentare in modo veritiero e corretto la situazione patrimoniale e finanziaria della società e il risultato economico dell'esercizio."*

## **7. Riflessioni finali**

A conclusione di quanto sopra, occorre domandarsi:

- a) Per quale motivo le società di *leasing* non esprimono nei contratti il loro costo effettivo, cioè il TAEG/ISC, limitandosi a esprimere il solo tasso di interesse, cioè il **Tasso *Leasing***?

- b) Che cosa hanno da nascondere al cliente, tenuto conto che i costi che nominalmente compongono il TAEG/ISC, sono comunque indicati in contratto?
- c) Che cosa pensano di compromettere con riferimento ai loro interessi aziendali, non indicando il TAEG/ISC?

Opportuno ancora evidenziare che l'errata tesi delle società di *leasing* - indicazione in contratto del **tasso leasing** in sostituzione dell'indicazione del TAEG/ISC non ritenuta obbligatoria - sia condivisa dall'Assilea (Associazione Italiana *Leasing*) che ha inoltrato alla Banca d'Italia il 6 settembre 2013 prot. 225, una nota con la quale richiede quanto segue: *“Al fine di rendere esplicita e non soggetta a interpretazioni la volontà dell’Autorità e a seguito di numerose richieste di chiarimento ricevute su tale aspetto, si suggerisce di inserire espressamente il leasing finanziario, nella nota, tra i contratti per i quali NON è richiesto alcun indicatore sintetico di costo, perché già presente il c.d. “tasso leasing”. Tal esclusione non vale, ovviamente, nella parte dedicata al credito ai consumatori”*.  
Avere inoltrato la nota con i superiori contenuti, certifica la consapevolezza da parte delle società di *leasing* dell'obbligo di indicare un indicatore sintetico di costo per i *leasing* finanziari. Quindi la consapevolezza della violazione. Viene richiesta una specifica copertura, che tra l'altro non può definirsi normativa, ben sapendo che le circolari e le istruzioni della **BDI** non sono fonti di diritto.

#### **8.Decisioni Tribunale e ABF rilevanti.**

Non resta, ora, che segnalare quanto segue.

Il Tribunale di Firenze, con sentenza del marzo 2021 n. 704, ha confermato la indeterminatezza contrattuale del tasso corrispettivo nel regime composto (*leasing*), applicando la sanzione del ricalcolo al TASSO BOT ANNUALE MINIMO tempo per tempo vigente ex art. 117 TUB.

Si legge nelle motivazioni che “In particolare il CTU rispondendo al secondo punto del quesito peritale a pagina 29 ha evidenziato come “in definitiva, tutti i contratti analizzati indicano il solo Tasso Nominale in evidente contrasto con le disposizioni contenute nella normativa sulla Trasparenza che impongono l'indicazione di un Tasso Effettivo”. L'art. 117 T.U.B. prescrive: al comma IV: “i contratti indicano il

tasso d'interesse e ogni altro prezzo e condizione praticati, inclusi, per i contratti di credito, gli eventuali maggiori oneri in caso di mora"; al comma VIII: "La Banca d'Italia può prescrivere che determinati contratti, individuati attraverso una particolare denominazione o sulla base di specifici criteri qualificativi, abbiano un contenuto tipico determinato. I contratti difformi sono nulli. Resta ferma la responsabilità della banca o dell'intermediario finanziario per la violazione delle prescrizioni della Banca d'Italia.". La Banca d'Italia, con provvedimento del 29/07/2009, sul contenuto del contratto di leasing prevede che "per i contratti di leasing finanziario in luogo del tasso di interesse è indicato il tasso interno di attualizzazione per il quale si verifica l'uguaglianza fra costo di acquisto del bene locato (al netto di imposte) e valore attuale dei canoni e del prezzo dell'opzione di acquisto finale (al netto di imposte) contrattualmente previsti". **Dalla lettura congiunta di tali disposizioni di legge e regolamenti consegue che un contratto di leasing che non riporti un tasso interno di attualizzazione (come da definizione sopra citata), in luogo del tasso di interesse, debba ritenersi nullo ai sensi del comma VIII dell'art. 117 TUB, riportando un contenuto difforme da quello prescritto dalla Banca d'Italia. Inoltre, quanto sopra dedotto costituisce altresì violazione del comma IV dell'art. 117 T.U.B., essendosi quantomeno verificata una violazione della normativa di trasparenza che ha determinato l'assenza di una veritiera indicazione del tasso dell'operazione finanziaria. Tale disposizione normativa prevede come visto che il contratto indichi il tasso di interesse e ogni altro prezzo e condizione praticati, e la Banca d'Italia ha prescritto per i contratti di leasing che "in luogo del tasso di interesse" venga indicato il tasso interno di attualizzazione; pertanto, se il contratto non contiene tale specifica indicazione, allora non si può affermare che contenga l'indicazione del tasso di interesse, come richiesto dalla legge. Da ciò non può che conseguire l'applicazione del comma VII della citata disposizione normativa".**

E ancora, una recente ordinanza del Tribunale di Milano, Sez. VI Dr.ssa Nobili, ha ammesso CTU su un contratto di *leasing* volta a verificare se il tasso usato in contratto corrisponde alle indicazioni della Banca d'Italia del 25.7.2003 ossia se sia

stato usato il TIR, se l'indicazione del parametro base contrattuale sia realmente quella della sua quotazione il giorno della stipula, se presenti costi occulti.

E ancora, una rilevante ma unica decisione dell'ABF, non seguita da altri collegi, ricordando che le decisioni non sono sentenze, non vincolano giuridicamente né il cliente né l'intermediario e lasciano ferma per entrambi la possibilità di rimettere la controversia all'esame del giudice civile. Ciò nonostante, è intuitivo che l'indirizzo espresso dall'ABF, proprio per la sua emanazione, assume certa rilevanza nel caso si proceda in sede civile dopo la pronuncia della decisione. La procedura dinanzi all'ABF è priva di esecutività, e ciò differentemente dalla procedura di mediazione che invece termina con un verbale di conciliazione della controversia, sottoscritto dalle parti e dal mediatore, che può essere omologato dal giudice e acquisire quindi valore di titolo esecutivo.

**ABF decisione 1251 del 2011**, *“Il Collegio ha accolto il ricorso ritenendo provata la circostanza secondo cui la copia del contratto consegnata al cliente al momento della stipula non riportava l'indicazione del TAEG. A tale proposito ha precisato che tale omissione non può esser sanata da una successiva comunicazione (inviata al cliente, nel caso di specie, in occasione dell'accettazione della domanda di finanziamento). Il Collegio ha comunque precisato che l'obbligo di indicare il TAEG nel documento contrattuale discende dalle norme generali del Testo Unico Bancario in materia di trasparenza - in particolare l'art. 117 - e, pertanto, ha disposto che l'intermediario riformulasse i conteggi delle rate del finanziamento sostituendo al tasso applicato quello nominale dei BOT annuali emessi nei 12 mesi precedenti la conclusione del contratto, così come previsto dal citato art. 117 TUB, comma 7”*.

**ABF decisione 4974 del 18 giugno 2015**: *“ ... È ben noto, infatti, che le Disposizioni della Banca d'Italia sulla trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari del 29 luglio 2009 (in breve “Norme di Trasparenza”) nella Sez II. § 8 espressamente prescrivono che “Il foglio informativo e il documento di sintesi riportano un “Indicatore Sintetico di Costo”(ISC) [...] Per i mutui, le anticipazioni bancarie, i contratti riconducibili alla categoria “altri finanziamenti” e le aperture di credito in conto corrente offerte a clienti al dettaglio, l'ISC è denominato “Tasso Annuo Effettivo Globale” (TAEG) ed è*

*calcolato come il TAEG previsto dalla disciplina in materia di credito per i consumatori”. Dunque, il TAEG viene comunque precisamente indicato anche nel contratto con il non consumatore, sia pur diversamente denominato sotto l’acronimo ISC (indicatore Sintetico di Costo).*

**In altri termini, le norme di trasparenza, prescindendo dal succitato distinguo nominalistico,** estendono il metodo di calcolo del TAEG, previsto per i rapporti di credito consumeristico, anche a taluni rapporti di credito instaurati con soggetti non consumatori, con che l’irrelevante convenzione linguistica non impinge sull’eguale metodologia di conteggio. Ci si deve dunque interrogare se le operazioni di leasing finanziario, oggetto dell’odierno contendere, ricadano nell’enunciato della sopracitata disposizione, la quale opera la menzionata estensione del metodo di calcolo ai mutui, alle anticipazioni bancarie e ai contratti riconducibili alla categoria “altri finanziamenti”. Escludendosi naturalmente le prime due tipologie di rapporti, del tutto aliene alla fattispecie della locazione finanziaria, la riconducibilità di quest’ultima alla categoria residuale degli “altri finanziamenti” è da negarsi in ragione del chiaro enunciato di cui al § 1 della cit. Sez. II delle Norme di Trasparenza, là dove, nell’individuare l’ambito applicativo della materia, la disposizione elenca i seguenti servizi e operazioni: “depositi; certificati di deposito (secondo quanto previsto dalla sezione I); finanziamenti (mutui; aperture di credito; anticipazioni bancarie; crediti di firma; sconti di portafoglio; leasing finanziario; factoring; altri finanziamenti) che non configurano operazioni di credito ai consumatori ai sensi della sezione VII”. La disposizione distingue con estremo nitore, nell’insieme dei finanziamenti, il leasing finanziario dagli “altri finanziamenti” con ciò precludendo l’ascrivibilità del primo alla categoria residuale in parola.

*Ne consegue che l’estensione della metodologia di calcolo del TAEG all’ISC non investe il contratto di leasing finanziario il cui ISC verrà conteggiato secondo i criteri suoi propri e non già secondo quelli che conducono alla formazione del TAEG in ragione della carenza dell’estensione metodologica per siffatta tipologia di finanziamento”.<sup>9</sup>*

---

<sup>9</sup> Tribunale di Firenze, marzo 2021 n. 704 - ABF nr. 1251 del 2011 - ABF nr. 4974 del 2015

## Penale Internazionale

*Seconda parte*<sup>10</sup>.

### **LA RESPONSABILITÀ DA REATO DEGLI ENTI NEL MERCATO GLOBALE: NUOVO PARAMETRO VALUTATIVO DI UNA CORRETTA ORGANIZZAZIONE AZIENDALE. IL RISCHIO DA COMPLIANCE. CENNI DI DIRITTO COMPARATO.**

Paolo Maria Gemelli<sup>11</sup>

*La responsabilità da reato degli enti nel mercato globale: nuovo parametro valutativo di una corretta organizzazione aziendale. Cenni di diritto comparato.*

1.4 La responsabilità da reato delle persone giuridiche in Italia. Brevi cenni. 1.5 La responsabilità degli enti ed i reati tributari. 1.5.1. L'auto riciclaggio e la responsabilità degli enti prima della riforma del 2019 e del 2020.

#### **1.4 La responsabilità da reato delle persone giuridiche in Italia. Brevi cenni.**

Entrata in vigore oltre venti anni fa la normativa sulla responsabilità degli enti è ancora in piena evoluzione, sia dal punto di vista dottrinario e giurisprudenziale sia delle innovazioni legislative che, ultime, hanno accompagnato costantemente il suo percorso di crescita.

Brevissimamente e per sommi capi, i presupposti della responsabilità dell'ente sono: 1. Il reato deve essere stato commesso da un soggetto legato funzionalmente all'ente: tale legame può derivare anche da una situazione di fatto (*es.*: l'amministratore di fatto); 2. Per coinvolgere la responsabilità dell'ente il reato deve appartenere alla categoria dei delitti presupposto, cioè quelli indicati negli articoli 24 (fino a *ter*) e 25 (fino a *sexiesdecies*); 3. Il reato deve essere stato commesso nell'interesse o a vantaggio dell'ente; 4. Non deve essere stato commesso nell'interesse esclusivo della persona fisica autore del

---

<sup>10</sup> La prima parte è stata pubblicata su questa rivista n. 2 maggio- giugno 2023

<sup>11</sup> Avvocato

reato o di terzi; 5. Deve sussistere la colpa da mancata organizzazione dell'ente, declinata in maniera diversa a seconda che l'autore del delitto presupposto sia un soggetto apicale ovvero un subordinato; 6. Vi deve essere stato un aggiramento fraudolento del Modello organizzativo.

Elemento essenziale del Modello è la nomina di un O. di V. che vigili sulla idoneità *in continuum* dello stesso e sulla sua corretta e concreta applicazione.

Originariamente gli unici delitti presupposto previsti erano quelli contro la Pubblica Amministrazione (art. 24, Indebita percezione di erogazioni, truffa in danno dello Stato o di un ente pubblico o per il conseguimento di erogazioni pubbliche e frode informatica in danno dello Stato o di un ente pubblico; art. 25, Concussione [, induzione indebita a dare o promettere utilità] e corruzione) essendo stato il d.lgs. 231/01 emanato sulla base di un obbligo comunitario, recepito con la legge delega n. 300/2000, che tuttavia prevedeva un più ampio campione di delitti presupposto, falciato dal legislatore delegato.

Nella Relazione allo schema di Decreto legislativo si rinviene la motivazione di tale scelta almeno originariamente minimalista, individuata nella forte carica di innovazione introdotta dalla responsabilizzazione dell'ente giuridico, che impone di contenere, almeno in una fase iniziale, la sfera di operatività della novella legislativa, anche allo scopo di favorire il progressivo radicamento di una cultura aziendale della legalità che, se imposta all'improvviso, avrebbe rischiato di provocare non trascurabili difficoltà di adattamento.

Al di là della condivisibilità o meno della giustificazione fornita dal legislatore delegato, nel corso di questi 20 anni si è assistito all'inserimento, nel catalogo dei delitti presupposto, di innumerevoli reati, fino al punto di tradire le stesse ragioni della riforma, legate al contenimento giuridico della evoluzione patologica dell'attività d'impresa.

Prima di proseguire, voglio formulare alcune considerazioni su questo aspetto dell'allargamento dei delitti presupposto della responsabilità dell'ente:

tenendo fermo il principio di legalità di cui all'art. 2 del d.lgs. 231/01, in forza del quale *“L'ente non può essere ritenuto responsabile per un fatto costituente reato se la sua responsabilità amministrativa in relazione a quel reato e le relative sanzioni non sono espressamente previste da una legge entrata in vigore prima della commissione del fatto”*, ragionare sul fatto se introdurre o meno nel catalogo dei delitti presupposto della responsabilità dell'ente una determinata figura criminosa, equivale a criminalizzare un comportamento? Sicuramente no, se attribuiamo un significato classico alle nostre parole: cioè, di selezione da parte del legislatore, di quali debbano essere i fatti penalmente rilevanti. Per quanto riguarda la responsabilità dell'ente la questione è più complessa e trova soluzione nell'analisi della sua natura. Se partissimo da questa angolazione, l'esito del nostro discorso sulla natura giuridica della responsabilità dell'ente sembra poter essere uno solo: la natura amministrativa della responsabilità. Questo se guardiamo al delitto presupposto, che non diventa tale, cioè reato, solo perché inserito negli articoli 24 e 25. Tuttavia, cambiando di poco prospettiva, non può dubitarsi che ad essere criminalizzato sia un comportamento dell'ente, che non si è organizzato in modo tale da evitare il verificarsi di fatti simili a quello verificatosi.

In Italia la responsabilità da reato delle persone giuridiche ha trovato nel legislatore delegato un sicuro approdo, tanto che dal 2001 ad oggi l'intero *corpus* del Decreto Legislativo 8 giugno 2001 n. 231 è rimasto immutato, come difficilmente accade, maggiormente ove si consideri che si è trattato di una normativa che ha innovato profondamente il diritto sanzionatorio del nostro Paese.

Non vale a far perdere di valore queste considerazioni l'aggiunta agli articoli 24 e 25 di nuovi reati presupposto della responsabilità dell'ente, essendo anzi questo un meccanismo già implicitamente previsto dalle norme di parte generale, dove il principio di legalità contenuto nell'art. 2 del Decreto espressamente prevede come l'ente non possa essere chiamato a rispondere

(*rectius*: ritenuto responsabile) di un reato che non sia espressamente previsto come delitto presupposto della responsabilità dell'ente<sup>12</sup>.

È necessario mettere subito in chiaro una questione, che afferisce alla natura della responsabilità attribuita all'ente: essa è definita “amministrativa”. Ritengo che proprio questa definizione abbia contribuito a mantenere così a lungo strutturalmente inalterato il Decreto 231, passato indenne da una serie di questioni di legittimità costituzionale<sup>13</sup>.

Naturalmente questo non significa che l'impianto normativo non sia perfettibile - che è cosa ben diversa dalla “tenuta” costituzionale dei suoi innovativi principi fondanti - con particolare riferimento, tra gli altri, all'applicabilità della disciplina agli enti di piccole dimensioni, da molte parti criticata.

Perché allora non si è mai intervenuti in questo senso? Perché il decreto è costruito così bene che anche una modifica che può sembrare (ma così non è) di poco conto rischierebbe di stravolgerne i principi innovativi che ne caratterizzano il contenuto<sup>14</sup>. L'ordinamento italiano prevede solo due

---

<sup>12</sup> Art. 2, d.lgs. 231/2001: “(*Principio di legalità*) - L'ente non può essere ritenuto responsabile per un fatto costituente reato se la sua responsabilità amministrativa in relazione a quel reato e le relative sanzioni non sono espressamente previste da una legge entrata in vigore prima della commissione del fatto”.

<sup>13</sup> Nel corso degli ormai venti anni di applicazione, molte sono state le questioni di legittimità costituzionale aventi ad oggetto le norme del Decreto, sia quelle aventi un contenuto sostanziale che processuale.

<sup>14</sup> Come ha chiaramente spiegato F. Centonze (*La responsabilità “penale” degli enti, dieci proposte di riforma*, a cura di) Il contesto economico italiano è dominato dalle piccole e medie imprese: il 99 % delle imprese ha meno di 50 dipendenti e si caratterizza per la sovrapposizione tra proprietà e controllo e per un'amministrazione tendenzialmente affidata all'imprenditore fondatore, con il capitale di rischio proveniente dalla stessa famiglia. In tali società, infine, la struttura societaria è estremamente esile e semplificata. L'accentramento dei poteri decisionali nella persona dell'imprenditore comporta una notevole contaminazione dei processi stessi da parte dell'intuito e dell'esperienza dell'imprenditore medesimo, che tendono addirittura a sostituire tutti gli strumenti di analisi, di pianificazione, di programmazione e di controllo, di cui le imprese minori non sono di solito dotate (A. Cortesi, F. Alberti e C. Salvato, *Le piccole imprese. Struttura, gestione, percorsi evolutivi*, Roma, Carocci, 2004, pp. 32-35). Un mondo davvero lontano dalle *public companies* statunitensi per le quali era stato originariamente pensato il meccanismo dell'autoregolamentazione e la costruzione dei modelli di *compliance*. In tale ultimo contesto si comprende la logica dei modelli di organizzazione: l'asimmetria di interessi tra management e azionisti e l'impossibilità dei proprietari di esercitare un controllo diretto sugli amministratori richiede un controllo del management che si realizza anche attraverso i modelli di organizzazione. Proprio questo assetto consente alla corporation, quando emerge un illecito commesso dai manager, di tracciare un solco rispetto agli autori del reato: la società, anche se ha ricevuto un vantaggio dalle condotte criminali, può comunque provare a dissociarsi mostrando di avere fatto tutto il possibile per impedire l'illecito. Nel contesto delle PMI i modelli di prevenzione appaiono privi di efficacia preventiva, assumendo quasi solo una funzione “difensiva”. Non solo, come ha ben messo in evidenza Adán Nieto Martín (*La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo*, Madrid, Iustel, 2008), nei casi in cui il proprietario è anche autore del delitto presupposto, la sanzione contro l'ente si risolve in una violazione del *ne bis in idem*. La Commissione ministeriale incaricata di elaborare lo schema di decreto legislativo si era fatta carico di questo problema, pervenendo tuttavia alla decisione di non dare corso ad

disposizioni dedicate alle PMI. La prima è contenuta nell'art. 6, comma 4 del Decreto: “*Negli enti di piccole dimensioni i compiti indicati nella lett. b), del co. 1, possono essere svolti direttamente dall'organo dirigente*”. La seconda è contenuta nell'art. 30, comma 5-*bis*, d.lgs. 81/2008: La commissione consultiva permanente per la salute e sicurezza sul lavoro elabora procedure semplificate per l'adozione e l'efficace attuazione dei modelli di organizzazione e gestione della sicurezza nelle piccole e medie imprese. Tali procedure sono recepite con decreto del Ministero del lavoro, della salute e delle politiche sociali (comma introdotto dall'art. 20 del d.lgs. n. 106/2009).

Non è certamente questa la sede per dilungarsi in questi pur interessanti argomenti, dovendo limitarci a tracciare brevi linee della disciplina *de quo loquimur*.

Destinatari della normativa sono le persone giuridiche, le società e le associazioni anche prive di personalità giuridica, non applicandosi allo Stato, agli enti pubblici territoriali non economici nonché agli enti che svolgono funzioni di rilievo costituzionale.

Già questa esclusione è dimostrativa della natura amministrativa della responsabilità: non si tratta, infatti, della mancanza di imputabilità in capo ai soggetti espressamente elencati da ultimo, come sarebbe nel caso in cui alla stessa responsabilità venisse assegnata l'etichetta di responsabilità penale degli enti, ma di una precisa scelta del Legislatore rivelativa del suo (del Decreto) contenuto<sup>15</sup>.

---

una disciplina speciale per evitare possibili contrasti con la Legge delega (C. Piergallini, *La struttura del modello di organizzazione, gestione e controllo del rischio reato*, in G. Lattanzi (a cura di), *reati e responsabilità degli enti. Guida al d.lgs. 8 giugno 2001 n. 231*, Milano, Giuffrè, pp. 153 ss.). Gomez-Jara Diez ritiene che gli enti collettivi, per essere considerati giuridicamente autori di un illecito, “devono aver sviluppato un certo livello di complessità interna autoreferenziale”. La complessità interna diviene un requisito “per sviluppare l'autoreferenzialità sufficiente per consentire l'autodeterminazione del sistema nel suo ambiente” (C. Gomez-Jara Diez, *Corporate criminal liability in the twenty-first century: are all corporations equally capable of wrongdoing?* in *Stetson L. Rev.*, n. 41, pp. 54 ss.).

<sup>15</sup> Sulla natura giuridica della responsabilità degli enti, mi è parsa illuminante una considerazione svolta da G. Fiandaca, in *Prima lezione di diritto penale*, Editori Laterza, 2017, pagg. 185, 186: “[...] non è superfluo ribadire che oggi non esiste più un unico e monolitico diritto penale, ma abbiamo a che fare con un diritto penale abbastanza differenziato, scaturente dalla compresenza di diversi diritti penali con più volti o più anime (cioè un vecchio diritto penale di matrice etico-retribuzionistica, un diritto penale moderno legato alle esigenze di regolazione delle attività amministrative e del mercato economico-finanziario, un diritto penale post-moderno finalizzato alle accresciute esigenze di prevenzione della cosiddetta società del rischio, un rischio penale della criminalità organizzata comune e terroristica, un diritto para-penale delle

È più semplice comprendere questo ragionamento guardando ai criteri di attribuzione della responsabilità all'ente. A questo punto le contaminazioni diventano più 'invasive' (ma è solo l'inizio). L'ente può essere chiamato a rispondere per un fatto costituente reato commesso da un soggetto allo stesso legato (apicale o subordinato) nell'interesse o a vantaggio dell'ente stesso. È, quindi, necessario che vi sia un collegamento tra l'autore del reato persona fisica e l'ente, nonché un collegamento teleologico tra il reato e l'interesse o il vantaggio dell'ente.

Questo – cioè, il commettere il reato nell'interesse o a vantaggio dell'ente - naturalmente non può avvenire, ed in ogni caso è considerato irrilevante, nel caso dello Stato, degli enti pubblici territoriali, degli enti pubblici non economici nonché degli altri enti che svolgono funzioni di rilievo costituzionale. La bontà di questa interpretazione è confermata anche da un successivo intervento legislativo, la L. 190/2012 che utilizzando – adattandoli - alcuni meccanismi del Decreto 231 ha, per così dire, colmato lo spazio lasciato vuoto dal terzo comma dell'art. 1<sup>16</sup>.

Ci avviciniamo, così, a grandi passi, all'oggetto del presente contributo: l'organizzazione, l'autoregolamentazione, la responsabilizzazione di alcune figure endosocietarie, vengono in rilievo non solo come strumento per la gestione delle devianze, ma come nuovi parametri per l'attribuzione della responsabilità penale/amministrativa, e quindi come criterio valutativo della gestione del rischio, inteso come parametro da cui far derivare determinate

---

misure di prevenzione personali e patrimoniali, un diritto tecnocratico - penale nella sostanza se non nella forma – delle persone giuridiche, un diritto penale mite del giudice di pace)".

<sup>16</sup> Si intende fare riferimento alla normativa anticorruzione di cui alla l. 190/2012, al Piano Nazionale Anticorruzione e corrispondentemente ai piani triennali per la prevenzione della corruzione e della trasparenza nonché alla individuazione e alla nomina del responsabile per la prevenzione della corruzione e della trasparenza. La normativa, applicabile alle Pubbliche Amministrazioni intese *lato sensu*, è oggi applicabile, con opportuni distinguo, anche alle società di diritto privato ma controllate o partecipate dalla Pubblica Amministrazione. Sulla falsa riga dei Modelli organizzativi previsti del d.lgs. 231/01, la normativa anticorruzione disciplina l'adozione dei piani anticorruzione e trasparenza e la nomina di un RPCT, idonei ad evitare il verificarsi di fenomeni corruttivi attraverso una corretta organizzazione della struttura amministrativa in cui consiste la P.A. di riferimento. La corretta attuazione del Piano e l'effettivo controllo da parte del RPCT fa venir meno la responsabilità erariale di quest'ultimo ed è applicabile anche ai reati contro la P.A. commessi anche a danno della stessa.

conseguenze di natura pubblicistica<sup>17</sup>. Ma di questo ci occuperemo nei capitoli che seguono.

Ulteriori elementi caratterizzanti e fondanti la responsabilità amministrativa da reato degli enti sono quelli contenuti negli articoli 5 ('Responsabilità dell'ente'), 6 ('Soggetti in posizione apicale e modelli di organizzazione dell'ente') e 7 ('Soggetti sottoposti all'altrui direzione e modelli di organizzazione dell'ente').

Dopo avere statuito con l'art. 5 che la responsabilità dell'ente discende dalla commissione di un reato da parte di soggetti qualificati (da un particolare rapporto con l'ente) nell'interesse o a vantaggio dell'ente stesso, i successivi articoli sei e sette introducono due elementi (dirompenti) di ulteriore novità: il modello di organizzazione, gestione e controllo (MOGC) e l'Organismo di Vigilanza (O. di V.).

L'ente non risponde qualora provi di avere adottato, prima della commissione del fatto reato da parte del soggetto qualificato, un Modello organizzativo, avente le caratteristiche previste negli articoli sei e sette, idoneo ad evitare che si verificano eventi simili a quelli che si sono verificati, e che tale evento si sia verificato a causa di un aggiramento fraudolento del Modello medesimo<sup>18</sup>. Non solo, l'ente deve anche provare che l'idoneità nel tempo e la corretta applicazione del Modello sia stata verificata da un organismo a ciò deputato che svolga tale verifica in piena autonomia e indipendenza.

Il Modello, contenente l'individuazione dei rischi e gli strumenti organizzativi volti alla loro prevenzione (protocolli), deve essere calato nella realtà aziendale e costituisce il nuovo elemento caratterizzante quella gestione del rischio che contraddistingue il diritto "punitivo" moderno.

---

<sup>17</sup> Le conseguenze cui ci si riferisce consistono nella attribuzione o meno della responsabilità amministrativa all'ente per un fatto reato commesso nel suo interesse o vantaggio da un soggetto persona fisica alla stessa società collegato in forza di un vincolo formale ovvero di mero fatto.

<sup>18</sup> Originale e nello stesso tempo illuminante è la considerazione di Paliero, secondo il quale la previsione del meccanismo scusante fondato sui *compliance programs* si avvicina, in realtà, a quelle che definisce 'leggi penali simboliche ad effettività disnomica', ipotesi, cioè in cui la legge stessa reca in se la sua paralisi: contempla un precetto formalmente e lessicalmente contraddittorio, o contiene un'ingiunzione paradossale, in *Il principio di effettività del diritto penale*, Riv. it. dir. proc. pen., 2000, pag. 540.

Si è da più parti detto come la disciplina della responsabilità degli enti sia laconica con riferimento ai “contenuti” del Modello, che si rifletterebbe sulla scarsa efficacia degli stessi e sulla pochezza dei riferimenti al fine di riempire di contenuti i criteri di ascrizione della responsabilità.

In realtà, i criteri per valutare l’efficacia dei Modello organizzativi sono espressamente e chiaramente indicati dalla norma nel momento in cui prevede come gli stessi debbano prevenire reati della stessa specie di quelli che si sono verificati. Si tratta, quindi, di un falso problema. I contenuti ci sono e risultano dal combinato disposto di varie norme contenute nel Decreto. La necessità dell’aggiramento fraudolento del Modello e la sua non obbligatorietà (ma, nello stesso tempo, esclusività, di cui più avanti spiegherò il significato), completano il paradigma ascrittivo.

Nemmeno la questione relativa alla grandezza dell’ente può essere considerato un ostacolo, ma al contrario deve essere considerato un parametro per la valutazione dell’efficacia dell’esimente; il giudice penale dovrà compiere una valutazione che è già nelle sue ‘corde’: tale scelta, oltre ad essere preferibile ai fini del *simultaneus processus*, è l’unica percorribile, essendo questi l’unico in possesso degli strumenti (processuali e sostanziali) idonei a compiere le valutazioni richieste, che sono principalmente di fatto, ma permeate da quella cultura giuridica penalistica che sola può, per sua stessa natura, giungere a determinate conclusioni.

Il vero problema è a monte e riguarda la responsabilizzazione dell’ente. Ma anche questo è un falso problema, in quanto già risolto *ex lege*: le valutazioni *de jure condendum* non rilevano ai fini dell’applicazione della norma.

Quali sono, quindi, gli elementi da prendere in considerazione al fine della costruzione (e mantenimento) di un Modello idoneo, prima, e per valutare se nel caso di specie sia ascrivibile all’ente la colpa da mancata organizzazione, dopo, sulla base dei parametri indicati nella normativa di riferimento: 1. Natura dell’ente (privato o pubblico); 2. Struttura dell’ente (complessità organizzativa, personale); 3. Soggetto che ha commesso il reato presupposto (apicale o

subordinato, se conosciuto); 4. Specie di reato (colposo o doloso, se rientrante nel novero dei delitti presupposto).

Il tutto finalisticamente orientato verso una valutazione della colpevolezza dell'ente. Ciò al fine di specificare come la norma ci abbia fornito gli strumenti per decidere. Questo spiega la necessità dell'elusione fraudolenta del modello, quasi un dolo dell'ente<sup>19</sup>, soprattutto se valgono le considerazioni sopra svolte sulle caratteristiche intrinseche del modello.

La non obbligatorietà, infine, dell'adozione dei Modelli organizzativi fa pendere l'ago della bilancia a favore dell'interpretazione qui sostenuta: il comportamento dell'ente, di contorno ad una corretta applicazione del Modello, va tenuta in considerazione da parte del giudice nel valutare la colpevolezza dell'ente stesso<sup>20</sup>.

Organizzazione che scusa, quindi; *rectius*: mancata organizzazione che attribuisce una responsabilità. E questa organizzazione, con le caratteristiche indicate nelle norme prima richiamate, si deve estrinsecare attraverso le forme dalla normativa stessa indicate, cioè attraverso la strutturazione di un Modello organizzativo e la nomina di un Organismo di Vigilanza, la c.d. esclusività del Modello.

Aspetto fondamentale riguarda la previsione se i Modelli aziendali possano in qualche modo sostituirsi al Modello Organizzativo, in ragione della non obbligatorietà di quest'ultimo da parte del legislatore. Sul punto è intervenuta una pronuncia della Corte di cassazione, che ha trattato il tema dell'insussistenza del Modello Organizzativo previsto dal d.lgs. 231/2001, concludendo che a tale categoria non potessero ricondursi né i modelli aziendali

---

<sup>19</sup> V. sul punto P. M. Gemelli, *L'ultrattività dell'Organismo di Vigilanza*, in Rivista 231 n. 4/2020: "Perché il legislatore ha ritenuto di prevedere la necessità dell'elusione fraudolenta del Modello? Questa specificazione qualifica, secondo me, non tanto il comportamento dell'agente (che elude fraudolentemente), quanto la struttura organizzativa dell'ente, la cui conformazione organizzativa richiede questa fraudolenza per essere 'vinta'. La necessità della fraudolenza è un requisito che deve possedere il Modello, non un atteggiamento psicologico dell'agente: l'ente deve essere strutturato in modo tale da evitare che vengano commessi reati della stessa specie di quelli verificatesi, e solo nel caso in cui riesca a commettere il reato attraverso l'aggiramento fraudolento – e non una violazione diretta/frontale delle regole – vuol dire che quella organizzazione era tale da essere considerata idonea ai sensi del Decreto".

<sup>20</sup> Cit. nota n. 39.

ISO UNI EN ISO 9001, preesistenti alla commissione dei reati in contestazione, né il modello cd. «Deloitte».

In particolare, per quanto riguarda il profilo attinente all'insussistenza del Modello Organizzativo, la sentenza citata ha rilevato come i modelli aziendali ISO UNI EN ISO 9001 non possano essere ritenuti equivalenti ai modelli richiesti dal d.lgs. 231/2001, perché non contengono l'individuazione degli illeciti da prevenire unitamente alla specificazione del sistema sanzionatorio delle violazioni del Modello e si riferiscono eminentemente, nel caso deciso dalla sentenza richiamata, al controllo della qualità del lavoro nell'ottica del rispetto delle normative sulla prevenzione degli infortuni sul lavoro o degli interessi tutelati dai reati in materia ambientale. La Corte di cassazione ha poi osservato che il modello cd. «Deloitte» non contiene, tra l'altro, né il codice di comportamento e le relative procedure, né il codice etico, né le procedure per la conoscenza dei modelli, né il sistema sanzionatorio. L'intervento interpretativo della Suprema Corte di Cassazione conferma, dunque, l'esigenza per la Società di predisporre e far rispettare diversi codici comportamentali, garantendo così un adeguato e specifico sistema di prevenzione e di vigilanza in materia penale<sup>21</sup>.

Il dato saliente è che l'illecito dell'ente *ex* d.lgs. n. 231/2001, sul piano strutturale, è prossimo – sia pure con alcune specificità – al tipo (omissivo) colposo, giacché si sostanzia nell'omissione di cautele organizzative giuridicamente dovute, che sia tale da aver reso possibile o sensibilmente agevolato la commissione dell'illecito penale individuale. Tale approdo si è andato consolidando tanto nel pensiero dottrinale quanto nella giurisprudenza più autorevole. Basti considerare, circa quest'ultimo formante, le SS.UU. in ThyssenKrupp (sent. n. 38343/2014) che hanno rimarcato il «connotato squisitamente normativo» della colpa di organizzazione, legata alla «inottemperanza dell'obbligo di adottare le cautele, organizzative e gestionali, necessarie a prevenire la commissione dei reati previsti» dal decreto; e più di recente la pronuncia sul disastro ferroviario di Viareggio (Cass., sez. IV, 6

---

<sup>21</sup> In questo senso vedi P.M. Gemelli, *Cit. nota n. 39*. La sentenza richiamata è la Cass. pen., sez. VI, sent. 41768, 13 settembre 2017, udienza 22 giugno 2017.

settembre 2021, n. 32899, est. Dovere), in questo caso con alcuni distinguo meritevoli di approfondimento circa i rapporti tra assenza del modello e colpa di organizzazione. (aggiungere ultima sentenza Impregilo).

### 1.5 La responsabilità degli enti ed i reati tributari.

Uno dei dibattiti più ostici e dei punti più controversi in materia di responsabilità degli enti ha avuto in Italia come oggetto la questione del mancato inserimento dei reati tributari, fino al 2019, nel catalogo dei reati presupposto<sup>22</sup>. Difatti, prima del loro inserimento se ne parlava ormai da un decennio, in particolare da tre punti di vista: nonostante non siano inseriti nel novero dei delitti presupposto, possono impegnare ugualmente la responsabilità dell'ente; ai fini del sequestro e della successiva confisca del profitto del reato tributario; quale oggetto degli strumenti organizzativi interni volti alla prevenzione di reati diversi, questo si inserisce tra quelli presupposto.

Il 5 luglio 2017 è stata approvata la c.d. Direttiva PIF ((UE) 2017/1371), relativa alla lotta contro la frode che lede gli interessi finanziari dell'Unione mediante il diritto penale, la quale ha apportato profonde innovazioni, tra le altre, sui rapporti tra reati tributari e responsabilità degli enti collettivi.

Il diritto penale tributario annovera quali destinatari dei precetti penali unicamente le persone fisiche e contempla gli enti quali soggetti tenuti al pagamento delle sanzioni amministrative. L'art. 7, d. l. 269/2003, convertito dalla l. 326/2003, dispone che: *«le sanzioni amministrative relative al rapporto fiscale proprio di società o enti con personalità giuridica sono esclusivamente a carico della persona giuridica»*. L'art. 19, comma 2, d.lgs. 74/2000 sancisce che: *«permane, in ogni caso, la responsabilità per la sanzione amministrativa dei soggetti indicati nell'art. 11, comma 1, d.lgs. 472/1997, che non siano persone fisiche concorrenti nel reato»*. Il richiamato art. 11, comma 1, d.lgs. 472/1997, stabilisce che *«nei casi in cui una violazione che abbia inciso sulla*

---

<sup>22</sup> Si veda, *ex pluribus*, P. Sorbello, *Evasione fiscale e politica criminale: considerazioni sull'inopportunità sistematica della mancata corresponsabilizzazione degli enti nei reati tributari*, in *L'Indice pen.*, 1/2021, p. 167 ss.

*determinazione o sul pagamento del tributo è commessa dal dipendente o dal rappresentante legale o negoziale di una persona fisica nell'adempimento del suo ufficio o del suo mandato ovvero dal dipendente o dal rappresentante o dall'amministratore, anche di fatto, di società, associazioni o enti, con o senza personalità giuridica, nell'esercizio delle sue funzioni o incombenze, la persona fisica, la società, l'associazione o l'ente nell'interesse dei quali ha agito l'autore della violazione sono obbligati al pagamento di una somma pari alla sanzione irrogata, salvo il diritto di regresso secondo le disposizioni vigenti».*

Pertanto, in base al contenuto delle suddette previsioni, la commissione di un illecito penale tributario nell'ambito di contribuenti/persone giuridiche comporta l'irrogazione, in capo all'ente, delle sanzioni amministrative che deriverebbero dalla condotta illecita.

Si pone, a questo punto, il problema della moltiplicazione delle sanzioni a carico di uno stesso soggetto giuridico e per lo stesso fatto illecito<sup>23</sup>. L'introduzione degli illeciti fiscali tra i reati presupposto della responsabilità dell'ente non presenterebbe profili di particolare novità in termini di moltiplicazione delle sanzioni, alla luce del fatto che l'ordinamento italiano già prevede modelli punitivi che, dal medesimo fatto fanno derivare una responsabilità penale, una responsabilità amministrativa ed una responsabilità dell'ente *ex d.lgs. 231/2001*. Si pensi, in particolare, alla legislazione in materia di *market abuse* di cui agli artt. 25 *sexies*, d.lgs. 231/2001, 187 *quinquies* e 187 *terdecies* T.U.F. Inoltre, le previsioni di cui al d.lgs. 472/1997 e quelle *ex d.lgs. 231/2001* avrebbero un campo di applicazione assolutamente diverso e non sarebbero sovrapponibili, in quanto la sanzione di cui all'art. 11, comma 1, d.lgs. 472/1997 prescinde da ogni forma di responsabilità dell'ente, che non ha alcuna possibilità di essere esonerato dall'applicazione della pena, visto che la sanzione tributaria in discorso svolge un carattere meramente servente rispetto alla sanzione penale (...) [e] l'obbligo in questione ha natura di obbligazione solidale

---

<sup>23</sup> L'eccessivo carico sanzionatorio ed il conflitto con il principio del *ne bis in idem* sostanziale sono le ragioni principali per le quali parte della dottrina ha sempre ritenuto inopportuna l'estensione della sfera operativa del Decreto ai reati tributari. Tra i molti C. Santoriello, *I reati tributari sulla responsabilità da reato degli enti collettivi: ovvero dell'opportunità di configurare la responsabilità amministrativa delle società anche in caso di commissione di reati fiscali*, in *Arch. Pen.*, 2017, p. 82 ss.

che conferisce all'ente la titolarità del diritto di regresso nei confronti del coobbligato, situazione difficilmente riconducibile ad uno schema di responsabilità dipendente da reato<sup>24</sup>.

Sembra tuttavia concreto il rischio che il cumulo tra le sanzioni amministrative già previste a carico dell'ente per i casi di violazione delle norme tributarie e le sanzioni pecuniarie e interdittive comminate dal d.lgs. 231/2001, se non opportunamente coordinate tra loro, possa portare a un trattamento sanzionatorio complessivamente sproporzionato, esponendo il nuovo art. 25 *quinquiesdecies* d.lgs. 231/2001 a possibili censure di legittimità costituzionale.

La Cassazione penale sez. V., 31 ottobre 2018, n. 49869 ha ribadito<sup>25</sup>, sulla scorta delle precedenti pronunce giurisprudenziali 15 novembre 2016 A e

---

<sup>24</sup> P. Ielo, *Reati tributari e responsabilità degli enti*, in *Rivista* 231, 1/2020.

<sup>25</sup> Con questa sentenza la Corte affronta il tema della proporzionalità delle sanzioni complessivamente irrogate, tentando di fornire alcuni criteri guida al Giudice per i casi nei quali questi pervenga ad una valutazione di incompatibilità del trattamento punitivo imposto dalle norme di legge con la garanzia del *ne bis in idem*. Prima di vedere in dettaglio il contenuto di questa decisione, è utile notare che essa trae origine dal medesimo procedimento, in essere per un fatto di abuso di informazioni privilegiate ex art. 184 TUF, che aveva già dato luogo alla nota Sentenza n. 102/2016 della Corte costituzionale, suscitata dalla questione di legittimità sollevata proprio dalla Corte di Cassazione, la quale aveva ritenuto potenzialmente lesivi degli articoli 117 Cost. e 4 Prot. 7 CEDU alternativamente l'articolo 187-*bis* TUF (nella parte in cui prevede «Salve le sanzioni penali quando il fatto costituisce reato» anziché «Salvo che il fatto costituisca reato») o l'articolo 649 c.p.p. (nella parte in cui non prevede l'applicabilità della disciplina del divieto di un secondo giudizio al caso in cui l'imputato sia stato giudicato, con provvedimento irrevocabile, per il medesimo fatto nell'ambito di un procedimento amministrativo per l'applicazione di una sanzione alla quale debba riconoscersi natura penale ai sensi della CEDU e dei relativi Protocolli). Dopo aver diffusamente ricostruito il vigente assetto normativo in tema di doppio binario sanzionatorio, da ultimo delineato nelle sentenze 15 novembre 2016 A e B c/ Norvegia delle Grande Camera della Corte EDU e 20 marzo 2018 Menci, Di Puma e Garlsson Real Estate della Corte GUE, la Cassazione giunge ad individuare alcune regole che devono guidare il Giudice nazionale nell'applicazione del *ne bis in idem* in procedimenti (per l'appunto doppi) per fatti di abuso di mercato. Ricorda anzitutto la Corte il punto di partenza indicato dalla giurisprudenza europea appena richiamata, secondo cui il principio del *ne bis in idem* opera sulla base di un "apprezzamento proprio della discrezionalità giudiziaria in ordine al nesso che lega il procedimento penale e quello solo formalmente amministrativo e, dall'altro, che il criterio eminente per affermare o negare il legame tra detti procedimenti è quello relativo all'entità della sanzione complessivamente irrogata: di grande rilievo, in tal senso, è il fondamento del canone di proporzionalità del complessivo trattamento sanzionatorio" (par. 8.5); quest'ultimo canone, evidentemente, ha quale termine di confronto la gravità del fatto commesso (par. 8.2, nonché sentenza Menci §55, sentenza Garlsson Real Estate §56). Di conseguenza, è "compito del giudice nazionale verificare la sussistenza o meno del requisito della proporzionalità del complessivo trattamento sanzionatorio applicato al ricorrente". In particolare, "il giudice comune deve valutare la proporzionalità del cumulo sanzionatorio rispetto al disvalore del fatto, da apprezzarsi con riferimento agli aspetti propri di entrambi gli illeciti (quello penale e quello "formalmente" amministrativo) e, in particolare, agli interessi generali sottesi alla disciplina degli abusi di mercato (anche sotto il profilo dell'incidenza del fatto sull'integrità dei mercati finanziari e sulla fiducia del pubblico negli strumenti finanziari), tenendo conto, con riguardo alla pena della multa, del meccanismo 'compensativo' di cui all'art. 187-*terdecies* TUF" (para 10, 10.1). Qualora il secondo Giudice pervenga ad una valutazione di incompatibilità del complessivo trattamento sanzionatorio con la garanzia del *ne bis in idem*, perché sproporzionato rispetto al fatto contestato, questi "dovrà dare corso all'applicazione diretta del principio garantito dall'articolo 50 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, disapplicando le norme interne che definiscono il trattamento sanzionatorio" (para 11). Orbene, sotto un profilo generale, "solo in presenza di una sanzione irrevocabile idonea, da sola, ad 'assorbire' il

B c/ Norvegia della Grande Camera della CEDU e 20 marzo 2018 della CGUE «*market abuse*», come il criterio per affermare o negare la violazione del principio del *ne bis in idem* debba essere quello relativo «all'entità della sanzione complessivamente irrogata».

Inoltre, alla luce dei c.d. 'criteri Engel' elaborati dalla Corte Edu, sia le sanzioni amministrative tributarie sia quelle ex d.lgs. 231/01 sembra debbano essere attratte nella sfera della materia penale, con conseguente operatività del criterio del *ne bis in idem*<sup>26</sup>.

Prima dell'introduzione dei delitti tributari nel novero di quelli che impegnano la responsabilità amministrativa degli enti, la giurisprudenza affermava come il principio del *ne bis in idem* non venisse in considerazione nel caso in cui si fosse trattato di illeciti relativi al rapporto fiscale di una persona giuridica, mancando l'identità tra il soggetto sottoposto al procedimento penale e quello al quale venisse irrogata la sanzione amministrativa: ciò non accade nel caso in cui dello stesso fatto rispondano a diverso titolo due diverse persone. Infatti, le sanzioni amministrative relative al rapporto fiscale proprio delle

---

complessivo disvalore del fatto, dunque, il giudice comune dovrà disapplicare in toto la norma che commina la sanzione non ancora irrevocabile, così escludendone l'applicazione". Ad avviso della Corte, "si tratta di ipotesi, che (...) sono potenzialmente suscettibili di venire in rilievo nel caso in cui la valutazione circa la violazione del *ne bis in idem* riguardi la sanzione amministrativa, essendo già divenuta irrevocabile quella penale (ossia nel caso preso in considerazione dalla sentenza Garlsson Real Estate): sanzione penale, evidentemente, determinata in termini di particolare severità rispetto al disvalore complessivo del fatto" (par. 11). Invece, "nel caso opposto in cui (...) la sanzione divenuta irrevocabile sia quella irrogata da Consob, la disapplicazione in toto della norma sanzionatoria penale può venire in rilievo in ipotesi del tutto eccezionali, in cui la sanzione amministrativa – evidentemente attestata sui massimi edittali in rapporto ad un fatto di gravità, sotto il profilo penale, affatto contenuta – risponda, da sola, al canone della proporzionalità nelle diverse componenti riconducibili ai due illeciti. Fuori dall'ipotesi del tutto eccezionale appena richiamata, l'accertamento dell'incompatibilità del trattamento sanzionatorio complessivamente irrogato rispetto alla garanzia del *ne bis in idem* comporta, nel caso di sanzione amministrativa già divenuta irrevocabile, esclusivamente la rideterminazione delle sanzioni penali attraverso la disapplicazione in mitius della norma che commina dette sanzioni – non già *in toto*, ma – solo nel minimo edittale" (par. 11). Così, la Corte giunge ad enunciare un principio di diritto, che recita come segue. "In tema di abusi di mercato, nel caso in cui la sanzione irrogata da Consob sia già divenuta irrevocabile, la verifica del giudice penale circa la legittimità, rispetto al principio del *ne bis in idem*, del trattamento sanzionatorio complessivamente irrogato all'autore degli illeciti – fuori dall'ipotesi del tutto eccezionale (...) in cui la sanzione amministrativa sia, da sola, proporzionata al disvalore del fatto, valutato alla luce degli aspetti propri di entrambi gli illeciti e, in particolare, degli interessi generali sottesi alla disciplina degli abusi di mercato – può comportare esclusivamente la rideterminazione delle sanzioni penali attraverso la disapplicazione *in mitius* della norma che commina dette sanzioni solo nel minimo edittale, con esclusione della multa, in virtù del meccanismo "compensativo" di cui all'art. 187-terdecies TUF, e, con riguardo alla reclusione, fermo restando il limite minimo insuperabile dettato dall'art. 23 cod. pen." (par. 11.3).

<sup>26</sup> In questo senso A. Lanzi, P. Aldovrandi, in *Diritto penale tributario*, Wolters Kluwer, 2020, pag. 304.

società sono esclusivamente a carico di queste ultime e non della persona fisica che le rappresenta<sup>27</sup>.

Con la riforma che ha introdotto i reati tributari tra quelli cui può rispondere l'ente, nel caso in cui il contribuente sia una persona giuridica e vengano in rilievo i reati di cui all'art. 25 *quinquiesdecies* d.lgs. 231/01, il problema della possibile violazione del *ne bis in idem* diventa attuale, e su questo punto dovrà pronunciarsi la giurisprudenza.

Si può, nel frattempo, fare riferimento alle pronunce in materia di contrasto agli illeciti in materia di abuso del mercato, per le quali il criterio della proporzionalità della sanzione punitiva complessiva irrogata rappresenta il metodo cardine per verificare la conformità del doppio binario sanzionatorio<sup>28</sup>.12.

Stesso ragionamento può essere svolto con riferimento al diritto positivo (*e de jure condendo* per quanto riguarda la responsabilità degli enti): si tratta una norma molto importante, il cui meccanismo applicativo potrebbe costituire un punto di riferimento per realizzare in maniera efficace il pieno coordinamento tra le sanzioni. Infatti, il Legislatore già da tempo ha introdotto un'apposita norma nel d.lgs. 58/1998 (TUF) – l'art. 187 *terdecies* – finalizzato proprio a coordinare il concorso di sanzioni afflittive amministrative irrogate nei confronti di un medesimo soggetto da parte della Consob, da un lato, e dell'Autorità giudiziaria, dall'altro che, altrimenti, si andrebbero a cumulare, con effetti afflittivi sproporzionati<sup>29</sup>.

### **1.5.1. L'auto riciclaggio e la responsabilità degli enti prima della riforma del 2019 e del 2020.**

---

<sup>27</sup> Così Cass. pen., sez. III, 24 gennaio 2014, n. 43809; Cass. pen., sez. III, 9 aprile 2019, n. 22458; Id., 16 ottobre 2018, n. 54372; Id., 1° marzo 2017, n. 35156.

<sup>28</sup> Cass., sez. V, sent. 16 luglio 2018 (dep. 10 ottobre 2018), n. 45829; Cass., sez. V, sent. 15 aprile 2019 (dep. 27 settembre 2019), n. 39999.

<sup>29</sup> Quando per lo stesso fatto è stata applicata, a carico del reo, dell'autore della violazione o dell'ente una sanzione amministrativa pecuniaria ai sensi dell'articolo 187 *septies* ovvero una sanzione penale o una sanzione amministrativa dipendente da reato: a) l'autorità giudiziaria o la CONSOB tengono conto, al momento dell'irrogazione delle sanzioni di propria competenza, delle misure punitive già irrogate; b) l'esazione della pena pecuniaria, della sanzione pecuniaria dipendente da reato ovvero della sanzione pecuniaria amministrativa è limitata alla parte eccedente quella riscossa, rispettivamente, dall'autorità amministrativa ovvero da quella giudiziaria.

Con la Legge 15 dicembre 2014 n. 186, in vigore dal primo gennaio 2015, è stato introdotto nell'ordinamento giuridico italiano il reato di autoriciclaggio: la norma faceva parte di un complesso di disposizioni relative al rientro dei capitali detenuti all'estero (*voluntary disclosure*), nonché al potenziamento della lotta all'evasione fiscale.

Il nuovo delitto di autoriciclaggio veniva inserito tra i reati che possono determinare la responsabilità dell'ente collettivo *ex art. 25-octies* del d.lgs. 231/2001, già in vigore dal 29 dicembre 2007, ma che sino a quel momento ricollegava la responsabilità dell'ente solo ai reati di ricettazione, riciclaggio e impiego di denaro, beni o utilità di provenienza delittuosa.

È l'ostacolo concreto all'identificazione della provenienza delittuosa del denaro, dei beni e delle altre utilità a costituire l'autentico nucleo di disvalore del delitto di autoriciclaggio, in quanto tali attività saranno punibili solo se costituiranno un ostacolo concreto alla identificazione della provenienza delittuosa dei beni.

Da quanto fin qui detto era già possibile enucleare la nascita per le Società di un nuovo rischio: il c.d. rischio fiscale.

Un supporto alle aziende di grandi dimensioni per il governo del rischio fiscale ai fini della responsabilità amministrativa degli enti lo ha fornito il Parlamento con la legge 23/2014 (Delega fiscale), che ha approvato in via definitiva il disegno di legge sulla delega fiscale, delegando al governo di adottare decreti legislativi per la riforma del sistema fiscale, e che ha trovato attuazione con il D.lgs. 5 agosto 2015, n. 128. In tale occasione sono state introdotte norme che prevedono: 1) forme di comunicazione e cooperazione rafforzata, anche in termini preventivi rispetto alle scadenze fiscali, tra imprese ed amministrazione finanziaria; 2) sistemi aziendali strutturati di gestione e di controllo del rischio fiscale, con una chiara attribuzione di responsabilità nel quadro del complessivo sistema di controlli interni.

Tale delega fiscale attribuisce un ruolo centrale ai Modelli di organizzazione di cui al d.lgs. 231/01, laddove si sostiene che gli stessi possono

essere inquadrati a fondamento di un sistema integrato di controlli che consentono di gestire qualsiasi tipo di rischio, compreso quello fiscale, offrendo un vero e proprio sistema capace di monitorare l'attività di impresa.

L'Agenzia delle Entrate, nell'ambito del progetto internazionale “*cooperative compliance program*”, ha avviato un progetto pilota denominato “Regime di adempimento collaborativo per i grandi contribuenti”, cioè le società con un volume di affari superiore ai 100 milioni di euro.

In questo ambito le imprese selezionate collaboreranno con l'Agenzia delle Entrate prendendo parte a specifici tavoli tecnici, nell'ambito dei quali verranno discusse varie tematiche: le caratteristiche dei Modelli interni di gestione del rischio fiscale; gli elementi del nuovo approccio fisco/contribuente; gli adempimenti e gli incentivi che potranno essere posti a carico/beneficio del contribuente; gli impegni assunti da parte dell'Agenzia delle Entrate.

Obiettivo del gruppo di lavoro è quello di pervenire ad una definizione condivisa delle caratteristiche dei sistemi interni o modelli organizzativi di gestione del rischio fiscale. In particolare, l'Agenzia delle Entrate ha richiesto la preventiva adozione da parte del contribuente di un Modello di organizzazione e di gestione di cui all'art. 6 d.lgs. 231/01.

## INTELLIGENZA ARTIFICIALE, SVILUPPI NEL COMPARTO SANITÀ E COSTITUZIONE DELLA REPUBBLICA ITALIANA.

Giarrizzo Mauro<sup>30</sup>

1.Fattispecie trattata: disegno creato da immagine generata da software. 2.Critiche all'applicazione pratica dell'intelligenza artificiale

*"In verità, in verità io vi dico: chi non entra nel recinto delle pecore dalla porta, ma vi sale da un'altra parte, è un ladro e un brigante." (Gv, 10,1)*

Si prende spunto dalla frase del vangelo di Giovanni,10,1, che ricorda che chi entra in un luogo non proprio, soprattutto se non invitato, è un ladro o un brigante!

Da questa affermazione miscelata con l'ordinanza della Corte di Cassazione Civile, Sez. 1, n. 1107 del 16/01/2023, possiamo affermare che l'uso di tecnologia, ivi l'intelligenza artificiale, appare, incomprensibile, se ci si confronta con un algoritmo che, tarato come vuole il progettista, crea beneficio solo al detto creatore.

### **1. Fattispecie trattata: disegno creato da immagine generata da software.**

La Corte, nel rigettare le questioni di diritto proposte dalla difesa della RAI, ha inserito l'intelligenza artificiale, tra le opere di ingegno, se pur in modo cauto, (la stessa non è potuta entrare nel merito della questione che doveva essere approfondita dinanzi il Giudice di prime cure, avendo azionato *l'«utilizzo di scienza privata, una indagine sul web, che sarebbe spettata all'attrice, per accertare la riconducibilità dell'opera all'arch. XXX sulla base di siti internet di immediato reperimento e di informazioni anteriori al festival di Sanremo del 2016 per cui è causa. Così facendo, la Corte avrebbe violato sia il divieto di scienza privata, sia il principio di disponibilità delle prove, sia in ultima analisi le regole del giusto processo. ...omissis...>>»*).

Ora, l'uso dell'intelligenza artificiale, non solo fa paura, se presentata in modo freddo e senza alcun chiarimento, (il caso delle chat sui social: propagandano notizie dal mondo web, ma recuperano dati degli utenti per essere rivenduti!) ma non potrà mai essere sostituita all'intelligenza dell'uomo! Né il Regolamento UE 679/2016 (c.d. GDPR) è in

---

<sup>30</sup>Specialista in Professioni Legali

grado di fermare lo scopo degli algoritmi poiché sono tutelati dal codice della proprietà industriale (D. Lgs 30/2005).

*<<Con il termine intelligenza artificiale (IA) si indica una famiglia di tecnologie in rapida evoluzione in grado di apportare una vasta gamma di benefici economici e sociali in tutto lo spettro delle attività industriali e sociali. L'uso dell'intelligenza artificiale, garantendo un miglioramento delle previsioni, l'ottimizzazione delle operazioni e dell'assegnazione delle risorse e la personalizzazione dell'erogazione di servizi, può contribuire al conseguimento di risultati vantaggiosi dal punto di vista sociale e ambientale nonché fornire vantaggi competitivi fondamentali alle imprese e all'economia europea. Tale azione è particolarmente necessaria in settori ad alto impatto, tra i quali figurano quelli dei cambiamenti climatici, dell'ambiente e della sanità, il settore pubblico, la finanza, la mobilità, gli affari interni e l'agricoltura. Tuttavia, gli stessi elementi e le stesse tecniche che alimentano i benefici socio-economici dell'IA possono altresì comportare nuovi rischi o conseguenze negative per le persone fisiche o la società. In considerazione della velocità dei cambiamenti tecnologici e delle possibili sfide, l'UE si impegna a perseguire un approccio equilibrato. L'interesse dell'Unione è quello di preservare la leadership tecnologica dell'UE e assicurare che i cittadini europei possano beneficiare di nuove tecnologie sviluppate e operanti in conformità ai valori, ai diritti fondamentali e ai principi dell'Unione.<sup>31</sup>>>*

La Commissione, con la suddetta proposta, tiene fede all'impegno politico della presidente von der Leyen. Proposta che prende spunto dal trattato sul funzionamento dell'Unione europea, in particolare gli articoli 16 e 114. Non menziona ciò che le Costituzioni degli Stati Membri dispongono in materia.

Né, tantomeno, il Trattato UE ha disposto in questa materia se non in merito al mercato unico. Ma detto mercato non può sottrarsi all'art. 6 TUE.

---

<sup>31</sup>[https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:c0649735-a372-11eb-9585-01aa75ed71a1.0006.02/DOC\\_1&format=PDF](https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:c0649735-a372-11eb-9585-01aa75ed71a1.0006.02/DOC_1&format=PDF)

## 2. Critiche all'applicazione pratica dell'intelligenza artificiale.

Ad avviso di chi scrive, la commissione, appare portatrice di interessi di lobbies dell'informatica, piuttosto che dei cittadini europei, come ad esempio la Bill & Melinda Gates Foundation. Detti lobbisti non potranno sostituire l'uomo, poiché senza di esso alcuna intelligenza artificiale potrebbe esistere!

La Cassazione italiana, tra le righe dell'ordinanza 1107/2023, affronta un tema importante: i criteri che l'uomo imposta per la scelta che successivamente l'algoritmo sviluppa. E' sempre l'opera dell'uomo che conferisce, all'intelligenza artificiale, impulso per andare avanti. <<Se la democrazia è il potere visibile, secondo la famosa espressione di Norberto Bobbio, questi nuovi strumenti operano invece nell'oscurità e nel segreto degli algoritmi contenuti nei software, incomprensibili per i non addetti ai lavori e spesso di difficile accesso, anche perché coperti dalle norme sulla proprietà industriale. Algoritmi che non sono neutri, ma perseguono interessi, fini e ideologie programmati da chi li scrive, e che incidono sulla formazione delle opinioni politiche e del consenso democratico. Veri e propri poteri invisibili, di fronte ai quali il rischio di quella che è stata definita "dittatura algoritmica" si fa effettivo.<sup>32</sup>>>

L'intelligenza artificiale appare come un nuovo dio; come programma ideologico imposto da un gruppo di persone, descritte bene nel club di Davos che, con Klaus Schwab e la sua 4<sup>a</sup> rivoluzione industriale, vogliono imporre a tutti i costi, senza tenere conto dei controlimiti imposti dalla Costituzione Italiana! E' nell'apatia delle persone comuni (alcuni intellettuali sono pagati dal sistema Davos!) che detto concetto si fa strada e attecchisce senza che si possa pensare a ciò che la Costituzione Italiana, giusta art. 4, ad esempio, descrive. Infatti: <<La Repubblica riconosce a tutti i cittadini il diritto al lavoro e promuove le condizioni che rendano effettivo questo diritto.

*Ogni cittadino ha il dovere di svolgere, secondo le proprie possibilità e la propria scelta, un'attività o una funzione che concorra al progresso materiale o spirituale della società*>>

---

<sup>32</sup> Consulta online, periodico tematico ISSN 1971-9892. T. GROPPi, Alle frontiere dello Stato Costituzionale: innovazione tecnologica e intelligenza artificiale.

L'intelligenza artificiale, non solo viola detto articolo, ma non lo rende affatto disponibile per una propria scelta. Essa non è una attività o una funzione che concorre al progresso materiale o spirituale della società, ma qualcosa che il club di Davos tramite la Commissione UE, si è preorganizzato da tempo a mezzo programmi propagandistici che, in sordina, stanno attuando! Lo sviluppo economico e tecnologico, descritto nella proposta di regolamento UE, non si adegua alle Costituzioni degli Stati Membri, vuoi perché in taluni casi nulla è scritto, vuoi perché, come nel caso della Costituzione Italiana, tanto ha scritto. La tecnologia tutelata dalla proprietà industriale stride con la persona umana e i suoi diritti indisponibili.

Così, anche nel campo medico e bio-medico: <<Immaginiamo, nel mondo della sanità, settore che in Italia incide per l'8,7% del PIL tra finanziamenti pubblici e privati (2,2%)<sup>33</sup>,>> cosa potrebbe accadere se, in detto settore sanitario, venisse lasciato a algoritmi che fanno gli interessi dei produttori?

Ed è in detto settore che il progetto di ricerca mira.

Se si pensa, ad esempio, di come la terapia sperimentale genica, ha trattato da cavia gli uomini, (contenenti nanotecnologie quali lipidi cationici, o grafene etc) che non rispecchia la Direttiva CE 83/2001, l'art. 3 Carta di Nizza, l'art. 3 CEDU (trattamento disumano e degradante), si finisce solo per arrivare a una nuova specializzazione della medicina: "il medico vaccinatore" pagato 80,00(ottanta/00€) l'ora per inoculare una terapia sperimentale genica!

Il Codice di Norimberga, giusta Patto Internazionale Diritti Civili e Politici, artt. 5 e 7, come da legge di Autorizzazione alla ratifica e ordine di esecuzione in Italia n. 881 del 25 ottobre 1977 (*G.U.R.I. n 333 del 7 dicembre 1977. Data della ratifica ed entrata in vigore per l'Italia: 15 settembre 1978 G.U.R.I. n 328 del 23 novembre 1978<sup>34</sup>*), ne vieta la sperimentazione, anche se autorizzata dall'Organizzazione Mondiale della Sanità (d'ora in poi: O.M.S.). Si rammenta che l'O.M.S. è una Agenzia<sup>35</sup> specializzata per le questioni

<sup>33</sup> <https://magazine.santagostino.it/sanita-in-italia-costo/#:~:text=Quanto%20incide%20la%20sanit%C3%A0%20sul,2%25%20arriva%20dalla%20spesa%20privata.>

<sup>34</sup> [https://unipd-centrodirittiumani.it/it/strumenti\\_internazionali/Patto-internazionale-sui-diritti-civili-e-politici-1966/15](https://unipd-centrodirittiumani.it/it/strumenti_internazionali/Patto-internazionale-sui-diritti-civili-e-politici-1966/15)

<sup>35</sup>

[https://www.salute.gov.it/portale/rapporInternazionali/dettaglioContenutiRapportiInternazionali.jsp?area=rapporti&id=1784&lingua=italiano&menu=mondiale#:~:text=L'Organizzazione%20Mondiale%20della%20Sanit%C3%A0,e%20Sud%2DEst%20Asiatico\).](https://www.salute.gov.it/portale/rapporInternazionali/dettaglioContenutiRapportiInternazionali.jsp?area=rapporti&id=1784&lingua=italiano&menu=mondiale#:~:text=L'Organizzazione%20Mondiale%20della%20Sanit%C3%A0,e%20Sud%2DEst%20Asiatico).)

sanitarie. Essa è disciplinata dall'Ordinamento dell'Organizzazione delle Nazioni Unite, (d'ora in poi: O.N.U.), e anche se Bill & Melinda Fondation partecipano con sostanziose donazioni, l'O.M.S. rimane Agenzia sotto l'egida dell'O.N.U. L'ordinamento italiano conosce bene la legge 881/77 e avrebbe dovuto stoppare ogni follia derivante sin dal 31/01/2020, dall'emergenza sanitaria non prevista in Costituzione. Per di più, mai lo Stato Italia (giusta risposta a FOIA del 07/07/2023 ore 16,11, pec Ministero degli Affari Esteri - Segreteria - Direzione Generale per gli Affari Politici e Sicurezza – DGAP – Ufficio III, Roma) ha chiesto la sospensione della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo, (d'ora in poi: C.E.D.U.), che all'art. 15, Deroga in caso di stato d'urgenza, par. 3 dispone:<< *Ogni Alta Parte contraente che eserciti tale diritto di deroga tiene informato nel modo più completo il Segretario generale del Consiglio d'Europa sulle misure prese e sui motivi che le hanno determinate. Deve ugualmente informare il Segretario generale del Consiglio d'Europa della data in cui queste misure cessano d'essere in vigore e in cui le disposizioni della Convenzione riacquistano piena applicazione.*<sup>36</sup>>>

Ora, se l'intelligenza artificiale deriva dal concetto giuridico di creatività, ex art. 1 legge 633/41, esso deve fare i conti con <<la personale e individuale espressione di un'oggettività appartenente alle categorie elencate, in via esemplificativa, nell'art. 1 della legge citata, di modo che un'opera dell'ingegno riceva protezione a condizione che sia riscontrabile in essa un atto creativo, seppur minimo, suscettibile di manifestazione nel mondo esteriore. (così *Ordinanza 1107*)>>

E, nell'arte medica, come in tutte le arti, la personale e individuale espressione umana non può essere demandata a un algoritmo che gestisce la vita del paziente.

E' nell'espressione di cui all'art. 32, Costituzione, (quale mercificazione della stessa persona da parte della Corte Costituzionale, nella sentenza 14/2023), che a mezzo rispetto della persona umana (limite indisponibile per lo Stato superato con detta sentenza 14/2023!), può imporsi un limite all'intelligenza artificiale. Limite superato come *da* <<BOZZA<sup>37</sup> Preparata dal gruppo di lavoro SAGE sui vaccini COVID-19 22 dicembre 2020

Considerazioni generali sui vaccini mRNA

---

<sup>36</sup> [https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/convention\\_ita](https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/convention_ita)

<sup>37</sup> [https://www.who.int/publications/i/item/WHO-2019-nCoV-vaccines-SAGE\\_recommendation-BNT162b2-2021.1](https://www.who.int/publications/i/item/WHO-2019-nCoV-vaccines-SAGE_recommendation-BNT162b2-2021.1) traduzione in italiano con google

Il vantaggio dei vaccini a base di RNA è il loro potenziale per un rapido sviluppo e la riduzione degli effetti collaterali. I vaccini a base di mRNA **evitano il rischio di integrazione con il genoma della cellula ospite e sono in grado di produrre proteine virali pure**. L'mRNA è espresso transitoriamente, consentendo quindi la produzione di proteine all'interno della cellula. La tecnologia del vaccino mRNA formulato con nanoparticelle lipidiche (LNP) consente la consegna di informazioni genetiche precise insieme a un effetto adiuvante per le cellule che presentano l'antigene. È molecolarmente ben definito, privo di materiali di origine animale e sintetizzato da un processo di trascrizione in vitro efficiente e privo di cellule da modelli di DNA. La tecnologia associata a questo vaccino è anche in grado di aggirare i lunghi processi di standardizzazione, accelerando così la sua produzione commerciale, rendendolo adatto allo sviluppo rapido di vaccini e alla fornitura di vaccini pandemici.

Vaccino COVID-19 BNT162b2 (Pfizer-BioNTech) caratteristiche del vaccino

Il vaccino Pfizer-BioNTech COVID-19, denominato BNT162b2, codifica per una proteina spike mutante P2 (PS 2) ed è **formulato come una nanoparticella lipidica di RNA** (LNP) di mRNA modificato con nucleosidi (modRNA). **BNT162b2 suscita una capacità di attivazione del sensore immunitario innato smorzato e quindi aumenta l'espressione dell'antigene**. L'incapsulamento in LNP consente la trasfezione dell'mRNA nelle cellule ospiti dopo l'iniezione IM. Durante la miscelazione dell'RNA e dei lipidi disciolti, i lipidi formano le nanoparticelle che incapsulano l'RNA. Dopo l'iniezione, gli LNP vengono assorbiti dalle cellule e l'RNA viene rilasciato nel citosol. Nel citosol, l'RNA viene tradotto nella proteina virale codificata. L'S espresso dall'RNA viene degradato a livello intracellulare, i peptidi risultanti possono essere presentati sulla superficie cellulare.

Processo di sviluppo, contenuti, formulazione

BNT162b2 è un vaccino a base di acido ribonucleico messaggero (mRNA) prodotto come mRNA altamente purificato a filamento singolo, **5'-capped**, che è stato generato mediante trascrizione in vitro in condizioni prive di cellule dal DNA corrispondente. L'mRNA codifica la punta virale (S) da SARS-CoV-2. Sono inclusi i seguenti eccipienti: ALC-0315, ALC-0159 (polietilenglicole), colesterolo, cloruro di potassio, fosfato monobasico di potassio, cloruro di sodio, fosfato dibasico disodico diidrato, saccarosio e acqua per preparazioni iniettabili.>>

La grande truffa è stata architettata sin dal mese di Dicembre 2020, stante il fatto che si conosceva l'inutilità della terapia sperimentale genica.

3 3 3 3 3 3 3 3 3 3 3 3 3 3 3 3

Virus: AUG UUU GUU UUU CUU GUU UUA UUG CUA GUC UCU AGU CAG UGU GUU  
 Vaccine: AUG UUC GUG UUC CUG GUG CUG CCU CUG GUG UCC AGC CAG UGU GUU  
 | | | | | | | | | | | | | | | |

Comirnaty.



Also see: [berthub.eu](http://berthub.eu)



WHO  
International Nonproprietary Names Programme

9/2020

Sequence / Séquence / Secuencia

GAGAAVAAAC	ΨAGVAVΨΨΨ	ΨGGΨΨΨΨ	CAGACΨCAGA	GAGAACCCGC	50
CACC AΨΨΨΨ	GΨGΨΨΨΨ	ΨGΨGΨGΨC	ΨCΨGΨΨΨC	AGCCAGΨΨΨ	100
ΨGAACΨΨAC	CACCAGAAAC	CAGCΨGΨCΨC	CAGCCΨΨAC	CAACAGCΨΨΨ	150
ACCAGAGGCG	ΨΨΨΨΨΨ	CGACAAAGΨΨ	ΨΨCAGAVΨΨ	GCΨGΨΨΨ	200
CΨCΨACCCAG	GACCΨΨΨΨ	ΨGCCΨΨΨΨ	CAGCAACGΨΨ	ACCΨGΨΨΨ	250
ACGC AΨΨΨ	CΨGΨCΨGΨC	ACCAΨΨGΨCA	CCAAGAGAVΨ	CGACAACCC	300
GΨGCΨGΨCΨΨ	ΨCAACGACGG	GΨGΨΨΨΨΨ	GCCAGCACCG	AGAAGΨΨCAA	350
CAΨCAΨCAGA	GGCΨGGAVΨΨ	ΨCGGCACCC	ACΨGGAACGC	AAGACCCAGA	400
GCCΨGΨCΨGAV	CΨΨGAACAAC	GCCACCAACG	ΨGΨCAΨCAA	AGΨGΨGΨG	450
ΨΨCCAGΨΨΨ	GCAACGACCC	CΨΨCΨGΨG	GΨCΨΨΨΨ	ACAAGAACAA	500

First 500 characters of the BNT162b2 mRNA. Source: [World Health Organization](https://www.who.int)

The BNT162b2 mRNA vaccine has this digital code at its heart. It is 4284 characters long, so it would fit in a bunch of tweets. At the very beginning of the vaccine production process, someone uploaded this code to a DNA printer (yes), which then converted the bytes on disk to actual DNA molecules.



<<Tornando alla similitudine vaccino-informatica, **Hubert accosta l'RNA alla RAM di un computer, mentre il DNA sarebbe l'SSD**. Proprio come il computer non esegue il codice direttamente dall'SSD ma dalla memoria di sistema, per poter fare accadere qualcosa nell'organismo bisogna copiare il codice su un altro supporto, dal DNA all'RNA. Quest'ultimo ha un'altra caratteristica in comune con la RAM, il suo contenuto si degrada molto velocemente, sia quello prodotto dalle cellule naturalmente sia introdotto con un vaccino. È la ragione per la quale il **vaccino a mRNA di BioNTech Pfizer** deve essere mantenuto a temperature molto basse (quello di Moderna, per esempio, può essere conservato a -20°C).<sup>39>></sup>

*La tecnologia a mRNA non solo è pericolosa perché utilizza lipidi cationici (ALC-0359; ALC-0159; SM102 sostanze mai testate sull'essere umano o sugli animali, se non dopo l'inoculazione della terapia sperimentale genica), ma attua la trascrittasi inversa<sup>40</sup> sul genoma umano, con espresso divieto giusta Dichiarazione universale sul genoma umano<sup>41</sup>*

<sup>38</sup> <https://berthub.eu/articles/posts/reverse-engineering-source-code-of-the-biontech-pfizer-vaccine/>  
<sup>39</sup> <https://berthub.eu/articles/posts/reverse-engineering-source-code-of-the-biontech-pfizer-vaccine/>  
<sup>40</sup> [https://www.treccani.it/enciclopedia/trascrittasi-inversa\\_%28Enciclopedia-della-Scienza-e-della-Tecnica%29/](https://www.treccani.it/enciclopedia/trascrittasi-inversa_%28Enciclopedia-della-Scienza-e-della-Tecnica%29/)  
<sup>41</sup> [https://www.treccani.it/enciclopedia/dichiarazione-universale-sul-genoma-umano\\_%28Enciclopedia-della-Scienza-e-della-Tecnica%29/#:~:text=La%20Dichiarazione%20universale%20sul%20genoma,il%2010%20dicembre%20del%201948.](https://www.treccani.it/enciclopedia/dichiarazione-universale-sul-genoma-umano_%28Enciclopedia-della-Scienza-e-della-Tecnica%29/#:~:text=La%20Dichiarazione%20universale%20sul%20genoma,il%2010%20dicembre%20del%201948.)



L'intelligenza artificiale potrà essere di ausilio ma mai sostituire il medico nella diagnosi, stante il fatto che l'algoritmo rispecchia la volontà di chi lo ha architettato.

*Anche le risorse investite con il PNRR*  
([https://www.agenas.gov.it/images/Decreto\\_MEF\\_23nov\\_2021.pdf](https://www.agenas.gov.it/images/Decreto_MEF_23nov_2021.pdf) 30-12-2021 GURI Serie generale - n. 309 - Prospetto Allegato 2 - Ministero della salute - M6 C2 Investimento 2.1. Valorizzazione e potenziamento della ricerca biomedica del SSN 524.140.000,00 - 524.140.000,00) *non paiono andare verso il rispetto della persona umana!*

## IL DIRITTO ALL'OBLIO DEGLI IMPUTATI E DELLE PERSONE SOTTOPOSTE AD INDAGINI.

Gino Bove <sup>42</sup>

Il diritto all'oblio, ossia il diritto alla cancellazione dei fatti personali riguardanti un soggetto, costituisce tema di grande attualità, soprattutto alla luce della facilità con la quale attraverso gli strumenti informatici sono facilmente visualizzabili dal web i dati personali raccolti e pubblicati nel tempo.

Finalmente il legislatore, con la c.d. Riforma Cartabia, ha positivizzato, con l'introduzione dell'art. 64 ter disp. Att. c.p.p. il diritto all'oblio degli imputati e delle persone sottoposte alle indagini.

Nella sostanza si tratta di una cristallizzazione della previsione di cui all'art. 17 del Regolamento del Parlamento Europeo del 27 aprile 2016 n. 679: *«Diritto alla cancellazione («diritto all'oblio») 1. L'interessato ha il diritto di ottenere dal titolare del trattamento la cancellazione dei dati personali che lo riguardano senza ingiustificato ritardo e il titolare del trattamento ha l'obbligo di cancellare senza ingiustificato ritardo i dati personali, se sussiste uno dei motivi seguenti: a) i dati personali non sono più necessari rispetto alle finalità per le quali sono stati raccolti o altrimenti trattati; 4.5.2016 IT Gazzetta ufficiale dell'Unione europea L 119/43 b) l'interessato revoca il consenso su cui si basa il trattamento conformemente all'articolo 6, paragrafo 1, lettera a), o all'articolo 9, paragrafo 2, lettera a), e se non sussiste altro fondamento giuridico per il trattamento; c) l'interessato si oppone al trattamento ai sensi dell'articolo 21, paragrafo 1, e non sussiste alcun motivo legittimo prevalente per procedere al trattamento, oppure si oppone al trattamento ai sensi dell'articolo 21, paragrafo 2; d) i dati personali sono stati trattati illecitamente; e) i dati personali devono essere cancellati per adempiere un obbligo legale previsto dal diritto dell'Unione o dello Stato membro cui è soggetto il titolare del trattamento; f) i dati personali sono stati raccolti relativamente all'offerta di servizi della società dell'informazione di cui all'articolo 8, paragrafo 1. 2. Il titolare del trattamento, se ha reso pubblici dati personali ed è obbligato, ai sensi del paragrafo 1, a cancellarli,*

---

<sup>42</sup> Avvocato Penalista del Foro di Salerno

*tenendo conto della tecnologia disponibile e dei costi di attuazione adotta le misure ragionevoli, anche tecniche, per informare i titolari del trattamento che stanno trattando i dati personali della richiesta dell'interessato di cancellare qualsiasi link, copia o riproduzione dei suoi dati personali. 3. I paragrafi 1 e 2 non si applicano nella misura in cui il trattamento sia necessario: a) per l'esercizio del diritto alla libertà di espressione e di informazione; b) per l'adempimento di un obbligo legale che richieda il trattamento previsto dal diritto dell'Unione o dello Stato membro cui è soggetto il titolare del trattamento o per l'esecuzione di un compito svolto nel pubblico interesse oppure nell'esercizio di pubblici poteri di cui è investito il titolare del trattamento; c) per motivi di interesse pubblico nel settore della sanità pubblica in conformità dell'articolo 9, paragrafo 2, lettere h) e i), e dell'articolo 9, paragrafo 3; d) a fini di archiviazione nel pubblico interesse, di ricerca scientifica o storica o a fini statistici conformemente all'articolo 89, paragrafo 1, nella misura in cui il diritto di cui al paragrafo 1 rischi di rendere impossibile o di pregiudicare gravemente il conseguimento degli obiettivi di tale trattamento; o e) per l'accertamento, l'esercizio o la difesa di un diritto in sede giudiziaria”.*

Il D.lgs. 10 ottobre 2022 n. 150 (c. d. Riforma Cartabia) ha previsto il diritto alla preclusione della indicizzazione nonché di quello alla deindicizzazione, sulla rete internet, dei dati personali dell'imputato riportati nella sentenza di proscioglimento o di non luogo a procedere e dell'indagato riportati nel provvedimento di archiviazione (rectius: decreto o decreto di archiviazione).

Da una lettura del citato articolo emerge la mancata previsione del diritto alla cancellazione dei dati personali dell'imputato destinatario di una sentenza di assoluzione, benché l'art. 1, comma 25 della legge delega n. 134 del 27.09.2021 ciò fosse stato previsto:”  
*Nell'esercizio della delega di cui al comma 1, i decreti legislativi recanti modifiche alle norme di attuazione, di coordinamento e transitorie del codice di procedura penale, di cui al decreto legislativo 28 luglio 1989, n. 271, in materia di comunicazione della sentenza sono adottati nel rispetto del seguente principio e criterio direttivo: prevedere che il decreto di archiviazione e la sentenza di non luogo a procedere o di assoluzione costituiscano titolo per l'emissione di un provvedimento di deindicizzazione che, nel rispetto della normativa dell'Unione europea in materia di dati personali, garantisca in modo effettivo il diritto all'oblio degli indagati o imputati”.*

Ne consegue che detta mancanza porterà molto probabilmente ad investire della questione di diritto gli organi giurisdizionali allorquando l'imputato destinatario di una sentenza di assoluzione dopo aver chiesto che sia preclusa la indicizzazione o la deindicizzazione, sulla rete internet, dei dati personali riportati nella sentenza di assoluzione, alla cancelleria del giudice che ha pronunciato la sentenza si vedrà negare detta richiesta con la motivazione che la sentenza di assoluzione non risulta tra i titoli elencati nell'art. 64 disp att. C.p.p.

La questione, dunque, potrebbe rilevare ai fini di una eccezione di legittimità costituzionale della predetta norma atteso che il Governo, destinatario della delega conferita, in virtù dell'art. 76 Cost., dal Parlamento con la legge delega n. 134/2021 laddove all'art. 1 comma 25 era espressamente prevista la sentenza di assoluzione quale titolo per l'emissione di un provvedimento di deindicizzazione, si è, poi, "dimenticato" di inserirlo nel conseguente decreto legislativo.

La soluzione più semplice ed auspicabile sarebbe quella di un intervento riparativo da parte del legislatore con inserimento di tale aggiunta: "sentenza di assoluzione" all'art. 64 ter disp. Att. C.p.p. in una legge.

Il vantaggio dell'introduzione dell'art. 64 ter disp. Att. C.p.p. è indubbiamente quello di consentire a chi ne abbia diritto di ottenere in maniera più facile e celere, mediante una semplice richiesta da rivolgere alla cancelleria del giudice che ha emesso il provvedimento, l'esercizio del diritto all'oblio con la preclusione dell'indicizzazione e/o l'ottenimento della deindicizzazione, sulla rete internet, nei propri dati personali in esso riportati.

Pertanto, in caso di richiesta di richiesta volta a precludere l'indicizzazione il cancelliere apporrà e sottoscriverà sul provvedimento la seguente annotazione: "Ai sensi e nei limiti dell'articolo 17 del Regolamento del Parlamento europeo del 27 aprile 2016, n. 679, è preclusa l'indicizzazione del presente provvedimento rispetto a ricerche condotte sulla rete internet a partire dal nominativo dell'istante".

Nel caso di provvedimento volto ad ottenere la deindicizzazione dei dati personali il cancelliere vi apporrà e sottoscriverà la seguente annotazione: "Il presente provvedimento costituisce titolo per ottenere, ai sensi e nei limiti dell'articolo 17 del regolamento (UE) n. 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 aprile 2016, un provvedimento di sottrazione dell'indicizzazione, da parte dei motori di ricerca generalisti, di contenuti relativi al procedimento penale, rispetto a ricerche condotte a partire dal nominativo dell'istante".

Dette attestazioni costituiscono titolo esecutivo che l'interessato potrà utilizzare attivando dell'esecuzione forzata dell'obbligo di fare.

Come detto, il vantaggio sta nel fatto di non dover ricorrere al Garante della privacy, secondo quanto previsto dal d.lgs. n. 196 del 30.06.2003 (c.d. codice privacy) oppure all'Autorità Giudiziaria per ottenere un provvedimento che precluda la indicizzazione oppure volto ad ottenere la deindicizzazione dei propri dati personali riportati nei summenzionati titoli.

## INESISTENTE LA COSTITUZIONE NEL GIUDIZIO TRIBUTARIO DI 1 E 2 GRADO DELL'AGENZIA DELLA RISCOSSIONE CON AVVOCATO ESTERNO "LIBERO FORO"

Gregorio Pietro D'Amato<sup>43</sup>

1. Condizione per la costituzione con avvocato libero foro da parte dell'Agazia della riscossione. 2. Arresto della Cassazione a Sezioni Unite del 19.11.2019, n. 30008, e successivi arresti, per avvocato Libero Foro. 3. Rilevabile d'ufficio il difetto di costituzione nei giudizi tributari di ADER. La portata e corretta interpretazione degli artt. 11 e 12 D.lgs. n. 546 del 1992 offerta dalle SU n. 30008/2019. 4. Conclusioni

### 1. **Condizione per la costituzione con avvocato libero foro da parte dell'Agazia della riscossione.**

Uno dei contrasti, tra gli altri, interpretativi che diverge tra alcune Corti Tributarie di merito e la suprema Corte di Cassazione è la possibilità di costituirsi nei giudizi tributari da parte dell'Agazia della riscossione -ADER- con avvocato libero professionista e non con i propri dipendenti o con l'avvocatura dello Stato.

In merito la Corte di Cassazione ha precisato che la costituzione da parte dell'Agazia delle Entrate Riscossione con il patrocinio legale diverso dall'Avvocatura dello Stato non è più consentito sulla base del rilascio di una semplice procura alle liti, ma impone il rispetto di determinate condizioni, con onere, nell'ipotesi di costituzione con avvocato del libero foro, **dell'indicazione ed allegazione delle fonti del potere** di rappresentanza ed assistenza tecnica, a partire dall'indicazione dell'atto organizzativo contenente l'esplicitazione dei criteri **legittimanti il ricorso all'assistenza legale dell'avvocato del libero foro**<sup>44</sup>.

Pertanto, laddove il mandato conferito all'avvocato del libero foro (ed è il caso della procura rilasciata per la costituzione nel giudizio) sia stato rilasciato senza il vaglio dell'organo di vigilanza e non ricorra un caso di urgenza oppure non si sia in presenza di un documentato conflitto di interessi reale, **tale atto è nullo.**

---

<sup>43</sup> Direttore Scientifico- dottore commercialista -revisore contabile- giornalista

<sup>44</sup> Ex multis Cass. sentenza n. 1992/2019, ordinanze nn. 15003, 15869, 28741, 33639/2018, nonché la sentenza n. 28684/2018.

Nella procura *ad litem*, che si allega al fascicolo con la costituzione in giudizio di ADER, deve risultare l'esistenza della titolarità processuale di un rappresentante esterno: in cui vengono indicati l'atto organizzativo generale del nuovo ente contenente gli specifici criteri legittimanti il ricorso ad avvocati del libero foro, così la specifica e motivata deliberazione del nuovo ente che indichi (così da renderle controllabili da parte degli organi di vigilanza) le ragioni che, nella concretezza del caso, giustificerebbero tale ricorso in alternativa alla regola generale (la difesa in proprio dell'Ente).

**La carenza di una valida delibera di tal guisa comporta il difetto dello *ius postulandi* del difensore, rilevabile anche d'ufficio ex art. 182 c.p.c.**

**Pertanto, la costituzione di ADER senza i presupposti indicati va considerata *tanquam non esset*** per la violazione art. 11, 2 comma e 12 c.8 (come richiamato dall'art. 1 comma 8 D.L. n. 193 del 2016 e disposto dall'art. 43 R.D. n. 1611 del 1933) del D. Lgs 546/92 e artt. 115 c.p.c. e violazione art. 182 c.p.c. e artt. 12 e 10, D.lgs. n. 546 del 1992 e del D.L. 22 ottobre 2016, n. 193, art. 1, comma 8 convertito, con modificazioni, dalla L. 1° dicembre 2016, n. 225. **Nonché per la mancanza della prova che deve essere prodotta da ADER** con la conseguenziale violazione dell'art. 115 c.p.c., violazione art. 2697 c.c. e art. 7 comma 5/Bis d. lgs. 546/92.

**2. Arresto della Cassazione a Sezioni Unite del 19.11.2019, n. 30008, e successivi arresti, per avvocato Libero Foro.**

**La suprema Corte di Cassazione a Sezioni Unite (relatore dr. De Stefano Franco) n. 30008/2019 e successivamente confermato (presidente dr. De Stefano Franco) con la sentenza n. 26531 del 20/11/2020 ha espresso il seguente principio di diritto che: "il nuovo assetto normativo ha prescritto, per il patrocinio di AdER nel giudizio di legittimità, un rapporto di regola ad eccezione tra la difesa pubblica dell'Avvocatura dello Stato e la difesa svolta da avvocati del libero foro".** Come peraltro confermato anche dal "Regolamento di amministrazione dell'AdER, deliberato il 26/03/2018 ed approvato dal Ministero dell'Economia e delle Finanze il 19/05/2018, (che) qualifica, al suo art. 4 e sul presupposto della soggezione dell'ente al controllo della Corte dei Conti, l'avvalimento di avvocati del libero foro come ipotesi residuale, rispetto al patrocinio pubblico e quando questo non sia assunto dall'Avvocatura erariale in conformità ad apposita convenzione" .

Ne consegue che la facoltà di derogare al patrocinio autorizzato riservato in via esclusiva **all'Avvocatura dello Stato, per avvalersi dell'opera di liberi professionisti, è subordinata all'adozione di una specifica e motivata deliberazione dell'ente per le sole Corti tributarie e non per l'AGO**, la cui mancanza determina la nullità del mandato alle liti, non rilevando che esso sia stato conferito con le modalità prescritte dal regolamento o dallo statuto dell'ente, fonti di rango secondario insuscettibili di derogare alla legislazione primaria.

Ne segue che, in difetto dei presupposti legali, **deve ritenersi invalidamente conferita la procura speciale ai difensori, in quanto avvocati del libero Foro, invalidità che determina il difetto di validità della costituzione in giudizio di Agenzia delle Entrate Riscossione, con conseguente nullità di tutti gli atti difensivi compiuti da quei difensori.**

La suprema Corte rileva che con l'art. 9, D.lgs. n. 156 del 2015 (entrato in vigore il 10 gennaio 2016) e precisamente con le modifiche apportate agli artt. 11, c.2, e 12, c. 1, D.lgs. n. 546 del 1992, la capacità di stare in giudizio direttamente, o mediante la struttura territoriale sovraordinata, con l'eventuale rappresentanza, patrocinio ed assistenza in giudizio dell'Avvocatura dello Stato - anziché dei diversi difensori abilitati, come indicati ai commi 3, 5 e 6 dell'art. 12, D.lgs. n. 546 del 1992- è divenuta, come già per le Agenzie fiscali, la modalità propria anche dell'Agente della Riscossione. Secondo quanto statuito dalla stessa Corte di Cassazione con arresto **del 09/11/2018 n. 28684**, rileva la nullità della procura, rilasciata dall'Agenzia delle Entrate-Riscossione, nuovo ente pubblico economico successore universale di Equitalia S.p.A., ex art. 1, c.3, D.L. n. 193 del 2016, conv. in L. n. 225 del 2016, determina l'invalidità dell'atto di costituzione in giudizio dell'ADER, "con la conseguente inutilizzabilità delle istanze e delle deduzioni" ivi contenute, anche ai fini della liquidazione delle spese di lite.

In quanto secondo l'arresto Cassazione n. 28684/2018 la scelta di un avvocato del libero foro in luogo dell'Avvocato dello Stato non è discrezionale, poiché, in base alla succitata normativa, in particolare alla luce del D.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, art. 4, Codice dei contratti pubblici, recante i principi relativi all'affidamento di contratti pubblici, l'Agenzia deve operare nel rispetto dei principi di legalità, imparzialità, trasparenza, efficienza ed economicità" (come ribadito con il regolamento del 28 marzo del 2018).

La citata disciplina ha disposto difatti che l'affidamento dell'incarico difensivo ad avvocati del libero foro è condizionato ai medesimi criteri di selezione di cui al codice dei contratti pubblici e soprattutto, agli "specifici criteri definiti negli atti di carattere generale deliberati ai sensi del comma 5 del presente articolo" (D.L. n. 193 del 2016, art. 1, comma 8, in esame); vale a dire, nello statuto ed in quegli atti appunto di carattere generale, di competenza del comitato di gestione, "che disciplinano l'organizzazione e il funzionamento dell'ente" e che devono individuare i casi di accesso al patrocinio del libero foro in alternativa a quello dell'avvocatura dello Stato.

In particolare, la decisione di avvalersi di avvocati del libero foro per la difesa in giudizio per essere valida presuppone, in linea generale: a) che si sia in presenza di un "caso speciale"; b) che intervenga una preventiva, apposita e motivata delibera dell'organo deliberante; c) che tale delibera sia sottoposta agli organi di vigilanza<sup>45</sup> d) che sia prodotta in giudizio idonea documentazione in merito alla sussistenza dei due suddetti elementi.<sup>46</sup>

### **3. Rilevabile d'ufficio il difetto di costituzione nei giudizi tributari di ADER. La portata e corretta interpretazione degli artt. 11 e 12 D.lgs. n. 546 del 1992 offerta dalle SU n. 30008/2019.**

Ai sensi dell'art. 182 c.p.c., cui l'artt. 12 e 10, D.lgs. n. 546 del 1992, il giudice deve verificare d'ufficio la regolarità della costituzione delle parti e qualora rilevi "un difetto di rappresentanza, di assistenza o di autorizzazione ovvero un vizio che determina la nullità della procura al difensore" e la parte non provveda entro il termine perentorio fissato a sanare il vizio, ai sensi dell'artt. 18, c.c. 3 e 4, (e 53) D.lgs. n. 546 del 1992, dichiara l'inammissibilità (o meglio, l'improcedibilità per inammissibilità sopravvenuta) del ricorso (anche in appello ex artt. 55 e 61, D.lgs. n. 546 del 1992). Tuttavia, l'art. 182 c.p.c., è applicabile nel processo tributario di merito solamente nei confronti delle parti che "devono essere assistite in giudizio da un difensore abilitato"; non si applica, pertanto, alle parti di cui all'articolo 10, diverse dal ricorrente (che non versino nell'ipotesi di cui all'art. 12, c. 2), indicate all'art. 11, c.c. 2 e 3, D.lgs. n. 546 del 1992: all'Agente della riscossione (Agenzia Entrate-Riscossione, mentre invece si applicava ad Equitalia S.p.A.), come alle

---

<sup>45</sup> Cass. civ., sez. un., 20-10-2017, n. 24876; Cass. 9 maggio 2011, n. 10103; Cass. 23 marzo 2011, n. 6672, Cass. 13 maggio 2016, n. 9880

<sup>46</sup> Cass. 14 ottobre 2011, n. 21296; Cass. 10 giugno 2010, n. 13968; Cass. 17 maggio 2007, n. 11516; Cass. 2 maggio 2007, n. 10099; Cass. SU 16 giugno 2005, n. 12868).

Agenzie fiscali, agli altri enti impositori ed ai soggetti c.d. gestori (albo art. 53, D.lgs. n. 446 del 1997).

Peraltro, sulla questione, è intervenuta la Corte di Cassazione sez. Trib., Ord. 28741/2018, in cui ha evidenziato il seguente principio di diritto: "*qualora ... il nuovo ente Agenzia delle Entrate-Riscossione si costituisca, in nuovo giudizio ovvero anche in giudizio pendente, con il patrocinio di avvocato del libero foro, sussiste per esso l'onere, pena la nullità del mandato difensivo e dell'atto di costituzione su di esso basato, di indicare ed allegare le fonti del potere di rappresentanza ed assistenza di quest'ultimo in alternativa al patrocinio per regola generale esercitato, salvo conflitto di interessi, dall'avvocatura dello Stato; tali fonti vanno congiuntamente individuate sia in atto organizzativo generale contenente gli specifici criteri legittimanti il ricorso ad avvocati del libero foro (art. 1, co.5 ed 8 D.L. n. 193 del 2016, conv. in L. n. 225 del 2016), sia in apposita motivata deliberazione, da sottoporre agli organi di vigilanza, che indichi le ragioni che, nella concretezza del caso, giustificano tale ricorso alternativo (art. 43 R.D. n. 1611 del 1933, come modificato dall'art. 11 L. n. 103 del 1979)*" **In mancanza di tali presupposti, la costituzione Agenzia delle Entrate Riscossione con avvocato del libero foro è inammissibile ed inesistente.**

Con riferimento ai recenti interventi della Suprema Corte (sentenza delle Sezioni Unite n. 30008/2019; Cass. Civ. sez. 3, ord. n. 18350/2019), per comprenderne correttamente la portata salvaguardando la corretta interpretazione degli artt. 11 e 12 D.lgs. n. 546 del 1992, di rara e cristallina chiarezza letterale, la cui piena vigenza è letteralmente confermata per il processo tributario anche dal legislatore (L. n. 225 del 2016,), e che non è stata oggetto di alcuna interpretazione autentica da parte del legislatore nel 2019 (che si è invece occupato di altro), occorre tenere presente che l'Agente per la Riscossione, occupandosi della riscossione di importi iscritti a ruolo di qualsivoglia natura (anche contributi previdenziali, sanzioni per violazione del Codice della Strada, etc.) è potenziale parte processuale davanti a giurisdizioni diverse, ossia davanti alla giurisdizione ordinaria e davanti a quella tributaria.

Infatti, l'Agenzia delle Entrate-Riscossione, a differenza dell'Agenzia delle Entrate (ente impositore), cura anche controversie diverse da quelle tributarie (art. 2 c. 1, 2 D.lgs. n. 546 del 1992) ed è normalmente anche parte nei processi civili di esecuzione forzata tributaria

successiva alia notifica delle cartelle di pagamento; controversie escluse dalla giurisdizione tributaria.

Il D.L. 22 ottobre 2016, n. 193, art. 1, comma 8 convertito, con modificazioni, dalla L. 1° dicembre 2016, n. 225, recita: "*L'ente è autorizzato ad avvalersi del patrocinio dell'Avvocatura dello Stato ai sensi dell'art. 43 del testo unico delle leggi e delle norme giuridiche sulla rappresentanza e difesa in giudizio dello Stato e sull'ordinamento dell'Avvocatura dello Stato, di cui al R.D. 30 ottobre 1933, n. 1611, fatte salve le ipotesi di conflitto e comunque su base convenzionale. Lo stesso ente può altresì avvalersi, sulla base di specifici criteri definiti negli atti di carattere generale deliberati ai sensi del comma 5 del presente articolo, di avvocati del libero foro, nel rispetto delle previsioni di cui al D.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, artt. 4 e 17 ovvero può avvalersi ed essere rappresentato, davanti al tribunale e al giudice di pace, da propri dipendenti delegati, che possono stare in giudizio personalmente; in ogni caso, ove vengano in rilievo questioni di massima o aventi notevoli riflessi economici, l'Avvocatura dello Stato, sentito l'ente, può assumere direttamente la trattazione della causa. Per il patrocinio davanti alle commissioni tributarie continua ad applicarsi il D.lgs. 31 dicembre 1992, n. 546, art. 11, comma 2". In altri termini, è la stessa legge che ri-afferma apertamente, esplicitamente e inequivocabilmente, che per le commissioni tributarie rimane valido l'art. 11 comma 2 D.lgs. n. 546 del 1992 ("L'ufficio dell'Agenzia delle entrate e dell'Agenzia delle dogane e dei monopoli di cui al decreto legislativo 30 luglio 1999 n. 300 nonché dell'agente della riscossione, nei cui confronti è proposto il ricorso, sta in giudizio direttamente o mediante la struttura territoriale sovraordinata. Stanno altresì in giudizio direttamente le cancellerie o segreterie degli uffici giudiziari per il contenzioso in materia di contributo unificato); dovendosi concludere che le disposizioni di quella norma, che precedono l'ultima affermazione chiara e definitiva, e quindi la possibilità di valersi del patrocinio di "avvocati del libero foro", anche per come interpretata dal legislatore del 2019 (art. 4 novies del D.lgs. n. 34 del 2019) in ordine alle modalità procedurali necessarie a tal fine, riguardino piuttosto il contenzioso davanti la giurisdizione ordinaria e di legittimità e non il contenzioso tributario davanti alle commissioni territoriali.*

D'altronde, se così non fosse, e se quella parte della norma sopra citata (art. 1 comma 8 L. n. 225 del 2016) si riferisse anche al contenzioso avanti la giurisdizione tributaria territoriale, non si comprenderebbe la ragione per la quale la norma faccia esclusivo

riferimento agli “avvocati del libero foro”, e non anche a tutte le sedici categorie di professionisti previste dall'art. 12 D.lgs. n. 546 del 1992; trattandosi comunque di professionisti abilitati a difendere davanti le commissioni tributarie territoriali. Si verrebbe, cioè, a determinare una irragionevole disparità di trattamento fra le diverse categorie di professionisti che l'art. 12 D.lgs. n. 546 del 1992 individua come possibili patrocinatori davanti le commissioni tributarie territoriali: perché L'AER non potrebbe avvalersi del patrocinio di un dottore commercialista davanti le commissioni tributarie? Tale effetto irragionevole, invece, non si determina interpretando correttamente quella parte della norma come riferita al contenzioso avanti la giurisdizione ordinaria dove, in effetti, gli unici 'professionisti esterni' legittimati a patrocinare l'ente possono essere gli avvocati del libero foro.

In conclusione, l'intervento delle Sezioni Unite **della Suprema Corte deve essere letto e inteso come riferito al contenzioso avanti la giurisdizione ordinaria e di legittimità, e non a quello avanti la giurisdizione tributaria territoriale** e ciò proprio per non disapplicare una norma di chiarezza esemplare (art. 11 D.lgs. n. 546 del 1992) la cui vigenza attuale è stata ribadita in modo esplicito dal legislatore del 2016 che, in continuità con l'intervento del 2015, ha inteso così ridisegnare in modo omogeneo l'assetto defensionale tributario territoriale per tutti gli enti fiscali (direttamente, o mediante la struttura territoriale sovraordinata, con l'eventuale rappresentanza, patrocinio e assistenza dell'Avvocatura dello Stato).

Quanto alla norma di interpretazione autentica, D.L. 30 aprile 2019, n. 34, art. 4-novies, convertito con modificazioni dalla L. 28 giugno 2019, n. 58 (pubblicata il 29.06.2019, sul s.o. n. 26 della G.U. n. 151 di quel giorno), essa recita: "il D.L. 22 ottobre 2016, n. 193, art. 1, comma 8 convertito, con modificazioni, dalla L. 1 dicembre 2016, n. 225, si interpreta nel senso che la disposizione del testo unico di cui al R.D. 30 ottobre 1933, n. 1611, art. 43, comma 4, **si applica esclusivamente nei casi in cui l'Agenzia delle Entrate-Riscossione, per la propria rappresentanza e difesa in giudizio, intende non avvalersi dell'Avvocatura dello Stato nei giudizi a quest'ultima riservati su base convenzionale; la medesima disposizione non si applica nei casi di indisponibilità della stessa Avvocatura dello Stato ad assumere il patrocinio**". Tuttavia, il principio cardine fissato dall'art. 11 D.lgs. n. 546 del 1992 cit., che impone all'ente di riscossione di costituirsi in giudizio direttamente, come indicato per le Agenzie delle Entrate, non è preso

in considerazione dalla norma interpretata autenticamente, che si limita, piuttosto, a una lettura "diversa" dell'art. 1, comma 8, L. n. 225 del 2016 cit., e dell'art. 43 R.D. 30 ottobre 1933, n. 1611 cit., intervenendo soltanto sulla disciplina che regola i modi e le fattispecie in cui l'ente riscossore può non affidare la propria difesa all'Avvocatura dello Stato nell'ambito del contenzioso davanti alla giurisdizione ordinaria: se si tratta di un giudizio non riservato alla Avvocatura dello Stato su base convenzionale non è necessario rispettare la disposizione di cui all'art. 43 comma 4 R.D. 30 ottobre 1933 per affidare la difesa ad avvocato del libero foro. Ma per i motivi sopra sviluppati, anche di ordine sistematico e interpretativo del combinato disposto delle norme esistenti e intervenute nel tempo, tutto questo non vale per il contenzioso tributario territoriale, per il quale rimane ferma la disciplina di cui all'art. 11 D.lgs. n. 546 del 1992; pena inammissibili ricadute di sistema<sup>47</sup>. Ed ora nel riprendere il giudicato costante della cassazione anche le varie corti di merito e da ultimo **Giustizia Tributaria di 2 grado Calabria n. 1028 del 04/04/2023 ha ribadito che** laddove il mandato conferito all'avvocato del libero foro (ed è il caso della procura rilasciata per la costituzione nel presente giudizio) sia stato rilasciato senza il vaglio dell'organo di vigilanza e non ricorra un caso di urgenza oppure non si sia in presenza di un documentato conflitto di interessi reale, **tale atto è nullo.**

E per concludere va ricordata l'ultimo, e fermo, arresto della **Cassazione per la fattispecie de quo Ordinanza del 06/12/2022 n. 35800** in cui è stato specificato e chiarito che: “Secondo la sentenza di questa Corte a sezioni unite, n.30008/19, nelle materie oggetto della convenzione tra AdER e Avvocatura dello Stato, la possibilità di avvalersi di un avvocato del libero foro è subordinata ad una specifica e motivata deliberazione dell'ente. In mancanza, il mandato alle liti è nullo, con conseguente inammissibilità del ricorso (Cass.26531/20). Nel caso di specie, la procura è stata conferita senza alcuna menzione delle ragioni della necessità di una deroga al patrocinio autorizzato in via esclusiva all'Avvocatura erariale, **né la procura fa riferimento ad una delibera assunta dagli organi deliberativi dell'ente che abbia motivato la difesa conferita a un avvocato del libero foro**”.

**Deve infatti ribadirsi che tutte le ordinanze di Cassazione stabiliscono che solo per i giudizi dinanzi al Tribunale e Giudici di Pace non occorre la delibera mentre dinanzi**

<sup>47</sup> CTP Latina del 07/06/2022 n. 655, e CTP Latina del 04/07/2022 n. 735.

**le Corti tributarie è indispensabile, del resto, da ultimo la Cass. Ordinanza del 27/06/2023 n. 18297 ha nuovamente stabilito che:**

*“il ricorso presenta una preliminare ragione di inammissibilità, che rende ultroneo l'esame di ogni ulteriore prospettazione;*

*la società ricorrente è priva di jus postulandi, avendo conferito mandato ad un avvocato del libero foro in assenza dei presupposti costitutivi del rapporto processuale;*

*il protocollo del 22 giugno 2017 prevede, infatti, che il patrocinio dell'Agenzia delle entrate - Riscossione davanti alla Corte di cassazione sia convenzionalmente affidato all'Avvocatura Generale dello Stato, salvo il caso di conflitto di interessi o dichiarazione di indisponibilità, a meno che non intervenga un'apposita delibera motivata dell'ente ai sensi dell'art. 43, comma 4, del r.d. n. 1611 del 1933;*

*in proposito, questa Corte ha affermato in recenti arresti che, al di fuori di dette ipotesi, la procura rilasciata dall'Agenzia ad un avvocato del libero foro deve ritenersi invalida e - poiché indispensabile per la regolare costituzione del rapporto processuale - tale invalidità può essere rilevata d'ufficio dal giudice, anche nel giudizio di legittimità (Così, Cass. n. 6931 del 2023; Cass. n. 41205 del 2021);*

*pertanto, il ricorso va dichiarato inammissibile; le spese sono compensate in ragione del recente orientamento giurisprudenziale qui seguito, successivo all'instaurazione del giudizio”.*

Tanto più che l'articolo 4-novies D.L. 34/2019, aggiunto in sede di conversione con L. 58/2019, introduce una norma di interpretazione autentica dell'articolo 1, comma 8, D.L. 193/2016, ed ha confermato tale inammissibilità.

Infatti, così dispone: *“il comma 8 dell'articolo 1 del decreto-legge 22 ottobre 2016, n. 193, convertito, con modificazioni, dalla legge 1° dicembre 2016, n. 225, si interpreta nel senso che la disposizione dell'articolo 43, quarto comma, del testo unico di cui al regio decreto 30 ottobre 1933, n.1611, si applica esclusivamente nei casi in cui l'Agenzia delle entrate-Riscossione, per la propria rappresentanza e difesa in giudizio, intende non avvalersi dell'Avvocatura dello Stato nei giudizi a quest'ultima riservati su base convenzionale; la medesima disposizione non si applica nei casi di indisponibilità della stessa Avvocatura dello Stato ad assumere il patrocinio”.*

D'altronde, il Protocollo d'intesa tra Avvocatura dello Stato e Agenzia delle Entrate-Riscossione, n. 36437 del 5 luglio 2017, prevede, infatti, in tema di *“contenzioso afferente*

*l'attività di Riscossione*”, al punto 3.4. I, che l'Avvocatura assuma il patrocinio dell'Ente nelle *“liti innanzi alla Corte di Cassazione Civile e Tributaria”*.

#### **4. Conclusioni.**

La decisione di avvalersi, quindi, di avvocati del libero foro per la difesa in giudizio per essere valida presuppone, così si premura a specificare la Corte di legittimità, in linea generale che si sia in presenza di un caso speciale; che intervenga una preventiva, apposita e motivata delibera dell'organo deliberante; che tale delibera sia sottoposta agli organi di vigilanza; che sia prodotta in giudizio idonea documentazione in merito alla sussistenza dei due suddetti elementi.

Pertanto, laddove il mandato conferito all'avvocato del libero foro sia stato rilasciato senza il vaglio dell'organo di vigilanza e non ricorra un caso di urgenza oppure non si sia in presenza di un documentato conflitto di interessi reale, **tale atto è nullo**.

Nella procura *ad litem*, si deve desumere l'elemento che avrebbe consentito l'esistenza della titolarità processuale di un rappresentante esterno: dovendo essere indicati l'atto organizzativo generale del nuovo ente contenente gli specifici criteri legittimanti il ricorso ad avvocati del libero foro, e la specifica e motivata deliberazione del nuovo ente che indichi (così da renderle controllabili da parte degli organi di vigilanza) le ragioni che, nella concretezza del caso, giustificerebbero tale ricorso in alternativa alla regola generale (la difesa in proprio dell'Ente).

**L'inesistenza dello *ius postulandi* dell'ADER per costituirsi con avvocato libero foro, comporta la violazione e falsa applicazione in via preliminare per la mancanza di legittimazioni attiva dell'avvocato costituito, e quindi non può essere considerata valida la costituzione in giudizio dell'ADER e va considerata *tanquam non esset* in violazione art. 11, 2 comma e 12 c.8 (come richiamato dall'art. 1 comma 8 D.L. n. 193 del 2016 e disposto dall'art. 43 R.D. n. 1611 del 1933) del D. Lgs 546/92 e violazione art. 182 c.p.c. e artt. 12 e 10, D.lgs. n. 546 del 1992 e del D.L. 22 ottobre 2016, n. 193, art. 1, comma 8 convertito, con modificazioni, dalla L. 1° dicembre 2016, n. 225. Nonché per la mancanza della prova che deve essere prodotta da ADER con la conseguenziale violazione dell'art. 115 c.p.c., violazione art. 2697 c.c. e art. 7 comma 5/Bis d lgs 546/92. La carenza di una valida delibera di tal guisa comporta il difetto dello *ius postulandi* del difensore, **rilevabile anche d'ufficio**.**

## LO SFRUTTAMENTO ECONOMICO DEL MARCHIO, TASSAZIONE PER LE IMPRESE INFRAGRUPPO MULTINAZIONALI, E PER I PRIVATI.

*Gregorio Pietro D'Amato*<sup>48</sup>  
*Anna Fiore*<sup>49</sup>

1. Il marchio. Definizioni e utilizzi. 2 Tassazione dei ricavi sfruttamento del marchio fra imprese infragruppo multinazionale e soprattutto deduzione dei costi per lo sfruttamento del marchio. 3. Tassazione dei ricavi per sfruttamento del marchio da parte di terzi in capo ad un soggetto che non svolge attività d'impresa. 4. Conclusioni

### 1. Il marchio. Definizioni e utilizzi.

In estrema sintesi, non essendo questa la sede per **una** trattazione più **approfondita del marchio**, si può inquadrare “l'**identificazione del marchio**” così come riportato dalla Linee Guida OCSE sui Prezzi di Trasferimento per le Imprese Multinazionali e le Amministrazioni Fiscali del 2018 con aggiornamento del 2020 **in cui è indicato che**: un marchio è un nome, simbolo, logo o disegno a carattere esclusivo che il proprietario può utilizzare per distinguere i propri prodotti e servizi da quelli di altre entità.

I diritti di proprietà **del marchio** sono spesso confermati attraverso un sistema di registrazione.

La proprietà registrata di un marchio può escludere gli altri dall'utilizzo che altrimenti potrebbe creare confusione sul mercato. La registrazione del marchio può valere a tempo indeterminato se il marchio è utilizzato in modo continuo e la registrazione è opportunamente rinnovata. I marchi possono essere stabiliti per beni e servizi e applicarsi a un singolo bene o servizio o a una linea di beni o servizi. I marchi sono forse più familiari al livello di mercato del consumatore, ma possono essere riscontrati a ogni livello di mercato.

In ambito societario i marchi sono beni immateriali. La denominazione commerciale (spesso, ma non sempre, il nome di un'impresa) può avere la stessa forza di penetrazione del mercato di un marchio di fabbrica e può addirittura essere registrato in alcune forme specifiche come un marchio di fabbrica. La denominazione commerciale di talune imprese

---

<sup>48</sup> Direttore Scientifico- dottore commercialista -revisore contabile-giornalista

<sup>49</sup> Dott.ssa Commercialista -revisore contabile

multinazionali può essere facilmente riconosciuta e utilizzata nella commercializzazione di una vasta gamma di beni e servizi.

A volte il marchio è anche identificato come “*brand*” è talvolta usato in modo intercambiabile con i termini “marchio di fabbrica” e “denominazione commerciale”. In altri contesti *un brand* è pensato come un marchio o una denominazione commerciale intrisi di significato sociale e commerciale. Un *brand* può, infatti, rappresentare una combinazione di beni immateriali e/o di altri elementi, compresi tra gli altri, i marchi, i nomi commerciali, le relazioni con i clienti, la reputazione e l'avviamento. A volte potrebbe essere difficile o impossibile segregare o trasferire separatamente i vari elementi che contribuiscono al valore del *brand*. Un *brand* può essere costituito da un singolo bene immateriale o da un insieme di beni immateriali.

In caso di utilizzo del marchio da parte non dell'intestatario che lo concede con un contratto di sfruttamento in concessione in **uso** a terzi il ricavato che se ne ritrae sarà soggetto a tassazione in relazione al titolare dello stesso, in tal caso qui si prende in considerazione la titolarità di una impresa infragruppo a livello **multinazionale** e da parte di un titolare **per lo più** la persona fisica che non agisce in quanto titolare d'impresa.

## **2 Tassazione dei ricavi sfruttamento del marchio fra imprese infragruppo multinazionale e soprattutto deduzione dei costi per lo sfruttamento del marchio.**

Facendo ancora riferimento Linee Guida OCSE sui Prezzi di Trasferimento per le Imprese Multinazionali e le Amministrazioni Fiscali del 2018 con aggiornamento del 2020 dove è precisato che nei casi di determinazione dei prezzi di trasferimento relativi ai beni immateriali, è fondamentale l'identificazione dell'entità o delle entità appartenenti a un gruppo multinazionale titolari effettivi del diritto a una quota dei profitti generati dal gruppo per lo sfruttamento dei beni immateriali. Una problematica correlata riguarda l'individuazione dell'entità o delle entità del gruppo che, in via definitiva, sopportano i costi, gli investimenti e gli altri oneri associati allo sviluppo, al miglioramento, al mantenimento, alla protezione e allo sfruttamento dei beni immateriali (development, enhancement, maintenance, protection and exploitation o funzioni DEMPE). Sebbene il titolare giuridico di un bene immateriale possa ricevere utili dallo sfruttamento dello stesso, altre entità dello stesso gruppo multinazionale potrebbero aver svolto funzioni, usato beni o assunto rischi che potrebbero aver contribuito al valore del bene immateriale. Le entità

del gruppo multinazionale che svolgono tali funzioni, usano i beni e assumono i rischi devono essere ricompensate per i loro contributi sulla base del principio di libera concorrenza. In tal caso le linee guida OCSE precisano che l'allocazione definitiva dei profitti derivanti, per il gruppo multinazionale, dallo sfruttamento dei beni immateriali e l'allocazione definitiva dei costi e degli altri oneri relativi agli stessi tra le entità appartenenti allo stesso gruppo è ottenuta ricompensando le entità del gruppo per le funzioni svolte, i beni usati e i rischi assunti nello sviluppo, nel miglioramento, nel mantenimento, nella protezione e nello sfruttamento dei beni immateriali, in aderenza ai principi descritti nei Capitoli I-III. Ai nostri fini, lo sfruttamento di un bene immateriale include sia il trasferimento dello stesso o dei diritti sullo stesso sia il suo utilizzo a fini commerciali.

Il riconoscimento sia dei costi per l'impresa condente e impresa utilizzatrice in tema di contratti infragruppo, un valido indirizzo lo si è avuto da un recente sentenza della Cassazione **in favore** di un famosissimo gruppo multinazionale della moda, che tra l'altro, nell'accogliere le censure del gruppo rispetto ad una sentenza della CTR Lombardia ha stabilito che: *“i costi di promozione dei marchi possono essere inerenti anche all'attività di impresa del licenziatario per il fatto che anche il licenziatario può trarre un'utilità dal sostenimento di tali costi per l'incremento della propria attività commerciale, dovendo tale eventualità essere accertata in fatto, nelle singole fattispecie concrete<sup>50</sup>”*.

Nel caso specifico le censure mosse alla sentenza della CTR, che sul punto, nel confermare la sentenza di prime cure dove era stato affermato che: i corrispettivi versati da xx Srl a xx Usa fossero costi indeducibili perché non inerenti, essendo xx Srl mera licenziataria del marchio e poiché, nel caso di incremento del valore di esso, la stessa avrebbe dovuto corrispondere un maggior prezzo al titolare del marchio, escludendo poi alla luce di tale assunto la validità delle altre considerazioni della ricorrente (venendo meno il requisito dell'inerenza, tutte le considerazioni della contribuente sono prive di consistenza); in particolare si tratta delle osservazioni della contribuente in punto di *transfer pricing*, relative con le linee guida OCSE, che non terrebbe conto **l'accertamento subito** di alcuni parametri quali il ricarico medio, le funzioni svolte e i rischi assunti.

---

<sup>50</sup> Cass. civ., Sez. V, 27/01/2023, n. 2599

La Corte con l'arresto citato (sent. n. 2599/2023) ha tra l'altro accolto le censure alla sentenza di 2 grado della società ricorrente in considerazioni che i contratti infragruppo, e richiamando la stessa Corte dei precedenti suoi arresti consolidati<sup>51</sup>, con i quali i giudici di legittimità hanno già avuto modo di affermare che: *“i costi di promozione dei marchi possono essere inerenti anche all'attività di impresa del loro licenziatario per il fatto che anche il licenziatario può trarre un'utilità dal sostenimento di tali costi per l'incremento della propria attività commerciale, dovendo tale eventualità essere accertata in fatto, nelle singole fattispecie concrete”*.

Infatti, con gli arresti indicati la Cassazione n. 27198/2014 ha stabilito che: *“in caso di costi strettamente necessari alla produzione del reddito, o comunque fisiologicamente riconducibili alla sfera imprenditoriale, che, in quanto tali, possano ritenersi intrinsecamente inerenti all'attività di impresa, è l'Amministrazione finanziaria a dover provare l'inesistenza, nel caso specifico, del requisito di inerenza all'attività. L'evidente inerenza dei costi di sponsorizzazione del marchio, qualora lo sponsor sia lo stesso titolare del marchio o il produttore del bene da promuovere, resta invariata, in difetto di elementi di prova di segno contrario adottati dal Fisco, nel caso in cui lo sponsor, pur non essendo il titolare del marchio, ne sia l'utilizzatore in via esclusiva sul territorio nazionale e, dunque, il soggetto che comunque trae dallo sfruttamento del segno distintivo altrui un'utilità per il potenziale incremento della propria attività commerciale”*.

I costi di sponsorizzazione si traducono per lo sponsor in una forma di pubblicità indiretta, consistente nella promozione del marchio e del prodotto che si intende lanciare sul mercato, sicché vanno considerati, ai fini fiscali, inerenti all'attività di impresa, senza che rilevi, in assenza di elementi di prova contraria, il cui onere incombe sull'Amministrazione finanziaria, che lo sponsor sia solo l'utilizzatore del marchio, in via esclusiva, sul territorio nazionale, identificandosi, in tale evenienza, nel soggetto che, dallo sfruttamento del segno distintivo altrui, trae un'utilità per il potenziale incremento della propria attività commerciale. In quanto la sponsorizzazione si traduce per lo sponsor in una forma di pubblicità indiretta, consistente nella promozione del marchio o del prodotto che si intende lanciare sul mercato, l'evidente inerenza all'attività di impresa, ai fini fiscali, dei costi di

---

<sup>51</sup> Cass. 27/04/2012, n. 6548; Cass. 22/02/2013, n. 4518; Cass. 22/12/2014, n. 27198.

sponsorizzazione, qualora lo sponsor sia lo stesso titolare del marchio o il produttore del bene da promuovere, resta invariata, in difetto di elementi di prova di segno contrario adottati dal fisco, anche nel caso in cui lo sponsor, pur non essendo il titolare del marchio, ne sia l'utilizzatore, in via esclusiva, sul territorio nazionale, e dunque, il soggetto che, comunque trae dallo sfruttamento del segno distintivo altrui, un'utilità per il potenziale incremento della prova attività commerciale.

Ed ancora con l'arresto n. 6548/2012 la Cassazione ha stabilito che: *"La deducibilità del costo non postula che esso sia stato sostenuto per realizzare una specifica componente attiva del reddito, ma è sufficiente che esso sia correlato in senso ampio all'impresa, "ossia che tale costo sia stato sostenuto al fine di svolgere un'attività potenzialmente idonea a produrre utili". "In tema di imposte dei redditi e sul valore aggiunto, i costi di sponsorizzazione di un marchio sono deducibili anche da chi, pur non essendo titolare del marchio, tragga comunque un'utilità dallo sfruttamento del segno distintivo altrui, per il potenziale incremento della propria attività commerciale. Tali costi, infatti, ineriscono all'attività di impresa, ai sensi degli artt. 109, comma quinto, del d.P.R. 22 dicembre 1986, n. 917, e 19 del d.P.R. 26 ottobre 1972, n. 633; il concetto di inerenza è, invero, nozione di origine economica, legata all'idea del reddito come entità calcolata al netto dei costi sostenuti per la sua produzione, che, nel campo fiscale, si traduce in un risparmio di imposta e in relazione alla cui sussistenza, ove si abbia riguardo a spese intrinsecamente necessarie alla produzione del reddito dell'impresa, non incombe alcun onere della prova in capo al contribuente. Nella specie, la S.C. ha confermato la sentenza impugnata che aveva ritenuto deducibili i costi di sponsorizzazione sostenuti dal distributore esclusivo per l'Italia di un prodotto, rilevando che, per la connaturale inerenza degli stessi all'attività di tale soggetto, gravasse sull'Amministrazione l'onere di provare che i medesimi incidessero, invece, in tutto o in parte, sull'attività del produttore del bene e titolare del marchio sponsorizzato".*

### **3. Tassazione dei ricavi per sfruttamento del marchio da parte di terzi in capo ad un soggetto che non svolge attività d'impresa.**

Per quanto riguarda, invece, la tassazione in caso di contratto di licenza o di concessione in uso per lo sfruttamento del marchio ad un terzo, ed il concedete è un "privato" o anche

un ente non esercente attività d'impresa **e che non agisce nell'esercizio d'impresa** la questione presenta delle grosse perplessità e contraddizioni giuridiche.

Va premesso che la formulazione del nuovo art. 2573 c.c. stabilisce che: *“Il marchio può essere trasferito o concesso in licenza per la totalità o per una parte dei prodotti o servizi per i quali è stato registrato, purché in ogni caso dal trasferimento o dalla licenza non derivi inganno in quei caratteri dei prodotti o servizi che sono essenziali nell'apprezzamento del pubblico”* così l'art. 23 D. lgs. 10/02/2005 n. 30 (c.d. C.p.) e art. 25 reg, Eu 2017/1001 il marchio nazionale può essere liberamente ceduto a terzi unitamente a tutti i diritti che il segno include.

Ciò indipendentemente da una più ampia operazione di cessione d'azienda, la quale farebbe presumere un contestuale trasferimento del marchio, salvo patto contrario, e di cui all' art. 2573, comma 2 c.c., e art. 20 Reg Eu 2017/1001 dove è previsto che: *“Il trasferimento della totalità dell'impresa implica il trasferimento del marchio UE, salvo che, conformemente alla legislazione applicabile al trasferimento, si sia diversamente concordato oppure le circostanze impongano chiaramente il contrario”*.

Tale disposizione si applica all'obbligo contrattuale di trasferire l'impresa quando il marchio è costituito da un segno figurativo, da una denominazione di fantasia o da una ditta derivata, si presume che il diritto all'uso esclusivo di esso sia trasferito insieme con l'azienda e reg. UE 2017/1001 art. 20 e salvo che il segno richieda il consenso per il trasferimento ad altro soggetto, com'è quando si tratta del nome patronimico del cedente.

In alternativa, il marchio può essere solamente concesso in licenza, ossia in godimento, a terzi per la totalità o parte dei diritti ad esso connessi.

Generalmente gli atti di disposizione del marchio avvengono dietro corrispettivo quale il prezzo della cessione e royalty per la concessione in licenza.

Il regolamento europeo 2017/1001 prevede la forma scritta, in merito al marchio europeo, l'art. 20 Reg. UE prescrive la forma scritta dell'atto di cessione a pena di nullità del trasferimento. In ogni caso, la forma scritta è necessaria per la trascrizione presso i competenti registri, nazionale o europeo: la trascrizione è funzionale alla soluzione di eventuali contese fra più parti rivendicanti diritti quali di proprietà o godimento sullo stesso marchio; per il marchio europeo che non riconosce il marchio di fatto, la trascrizione è necessaria anche ai fini dell'opponibilità dell'atto dispositivo ai terzi (art. 25, Reg. UE), al

fine di far valere tutti i diritti che derivano dalla titolarità di un marchio, ad es. contestare atti di contraffazione compiuti da terzi.

La cessione e la licenza possono avere ad oggetto tutti i prodotti o servizi cui il marchio è associato o parte di essi, la cessione non può però avvenire per parte dei prodotti o servizi se questi sono affini a quelli che rimangono in capo al titolare originario, in quanto in caso contrario verrebbe meno il principio di esclusiva proprio di tale segno, e la concessione in godimento può essere anche non esclusiva, ossia può avere come beneficiari più soggetti licenziatari o comunque consentire al concedente di continuare ad utilizzare il marchio contestualmente al licenziatario.

La cessione, e quindi il trasferimento definitivo di proprietà del marchio, non può essere limitata ad una sola parte del territorio nel quale l'esclusiva ha efficacia, sia esso territorio nazionale (art. 23 D lgs 30/2005) o europeo (art. 9, par. 2, Reg. UE)<sup>52</sup>, cosa che **invece può avvenire per la licenza** (art. 23 d.lgs. 30/2005 e art. 20, Reg. UE).

In merito alla tassazione tributaria e valida sino al 2003 del TUIR del 1986 per le imposte dirette, il precedente art. 49 del D.P.R. n. 597/1973 comprendeva tra i redditi di lavoro autonomo: “*i redditi derivanti dalla **utilizzazione economica di marchi di fabbrica** e di commercio e dalla utilizzazione economica di opere dell'ingegno, invenzioni industriali e simili, quando non sono conseguiti nell'esercizio di imprese commerciali o da società in nome collettivo e in accomandita semplice*”.

E il successivo art. 50 comma 8 prevedeva che: “*i redditi indicati alla lettera b) del comma 2 dell'articolo 49 sono costituiti dall'ammontare dei proventi in denaro o in natura percepiti nel periodo di imposta, anche sotto forma di partecipazione agli utili, ridotto del 25 per cento a titolo di deduzione forfettaria delle spese*”.

*Il corrispondente art. 53 del Tuir 1986 corrispondente al precedente art. 49 del dpr 597/73 stabilisce al comma 2 lett. b) che: “i redditi derivanti dalla utilizzazione economica, da parte dell'autore o inventore, di opere dell'ingegno (di cui agli artt. 2575, 2578, 2579 e 2581 del Codice civile), di brevetti industriali e di processi, formule o informazioni relativi ad esperienze acquisite in campo industriale, commerciale o scientifico, se non sono conseguiti nell'esercizio di imprese commerciali”.*

---

<sup>52</sup> A norma dell'articolo 9, paragrafo 1, del regolamento 2017/1001, la registrazione di un marchio conferisce al suo titolare un diritto esclusivo che, in base a tale articolo 9, paragrafo 2, lettera a), legittima detto titolare a vietare ai terzi di usare nel commercio, senza il suo consenso, un segno identico a tale marchio per prodotti o servizi identici a quelli per i quali quest'ultimo è stato registrato.

Pertanto, l'art. 53 del T.U.I.R. non indica più, tra i redditi di lavoro autonomo, quelli derivanti “*dall'utilizzazione economica dei marchi di fabbrica e di commercio*”. A tal fine qualsiasi corrispettivo derivante dallo sfruttamento economico del marchio, tramite cessione o concessione, **sembrerebbe aver perso i requisiti necessari per essere qualificato come reddito di lavoro autonomo.**

E tanto meno la deduzione forfettaria prevista prima della modifica per lo sfruttamento del marchio.

Ne deriva che la cessione del marchio da parte di un soggetto non imprenditore, allora, **non può più configurarsi come reddito di lavoro autonomo ai sensi dell'art. 53, comma 2, lett. b)** con relativa deduzione forfettaria delle spese pari al 25% stabilita in precedenza.

Alla luce di quanto riportato non sussiste nessuna norma che ne preveda attualmente la tassazione per i privati o anche per enti non commerciali e che non svolgono attività d'impresa, ma solo ed unicamente se non nell'esercizio d'impresa e secondo le norme della determinazione del reddito d'impresa. Pertanto, quando avviene da parte di un soggetto privato o si ritine parimenti anche da un ente non commerciale, **non genera alcun reddito.** Non resta che analizzare l'aspetto residuale dei redditi diversi di cui all'art. 67 del TUIR post riforma 2004 che al comma 1 lettera g) stabilisce che sono considerati redditi diversi: “*i redditi derivanti dall'utilizzazione economica di opere dell'ingegno, di brevetti industriali e di processi, formule e informazioni relativi ad esperienze acquisite in campo industriale, commerciale o scientifico, salvo il disposto della lettera b) del comma 2 dell'articolo 53*”, quindi gli stessi redditi ivi indicati se non sono considerati redditi prodotti nell'esercizio dell'impresa sono parimenti le stesse tipologie quali redditi diversi ma sempre senza l'inclusione dell'**utilizzazione economica di marchi di fabbrica.**

Così l'indicazione residuale dell'art. 67 comma 1 lett. l) “*i redditi derivanti da attività di lavoro autonomo non esercitate abitualmente o dalla assunzione di obblighi di fare, non fare o permettere*” parimenti non indica l'**utilizzazione economica di marchi di fabbrica.** La formula di chiusura “*..obblighi di fare, non fare o permettere*” non convince che possano essere ricompresi anche per chi non esercita attività d'impresa, a tal fine sia per privati nonché per gli enti che non svolgono attività d'impresa come ad esempio i trust non commerciali, e che rientrino le *royalty* per la concessione in licenza per il marchio quale reddito da tassare in capo a questi soggetti.

Prima della riforma del 2004 il TUIR 1986 includeva i redditi diversi nell'art. 81 e parimenti il comma 1 lett. l) indicava che sono considerati redditi diversi “*i redditi derivanti da attività di lavoro autonomo non esercitate abitualmente o dall'assunzione di obblighi di fare, non fare o permettere*”.

Unico addentellato, **ma che non costituisce norma attiva e cogente**, è rappresentata dalla relazione di accompagnamento al previgente art. 81 per i redditi diversi validi sino al 2003 ma non per successivo e corrispondente art. 67 per i redditi diversi a valere dal 2004 quale post-riforma così come modificato dal D.lgs. n. 344/2003.

Per cronaca la relazione ministeriale di accompagnamento alla riforma valevole sino al 2003 con l'adozione del TUIR 1986 ad opera art. 17 Legge 09/10/1971, n. 825, sul punto così precisava: “*ai redditi derivanti dall'utilizzazione economica di marchi di fabbrica e di commercio non si può riconoscere né natura di redditi di lavoro autonomo, né quella di redditi diversi dato che l'utilizzazione dei marchi d'impresa (mediante cessione o concessione in uso) avviene o in sede di trasferimento dell'azienda o di un ramo di essa o mediante la concessione di licenze non esclusive, e quindi nell'esercizio d'impresa (salvo ipotesi marginali per le quali potrà eventualmente soccorrere l'ampia previsione dell'art. 81 n. 11)*”.

Quindi tali redditi non possono essere considerati né redditi di lavoro autonomo o d'impresa in quanto tale cessione avviene solo con la cessione d'impresa e quindi nell'esercizio d'impresa e solo in via del **tutto residuale potevano essere considerati** come redditi diversi come ampia previsione di tassazione di cui al neo introdotto art. 81 n. 11 e sino al 2003.

Tale ipotetica previsione con la riforma ad opera del D.lgs. n. 344/2003 al corrisponde **art. 67 non vi è nessuna menzione nella relazione ministeriale di accompagnamento.**

Quindi sia il legislatore che **il redattore ministeriale ha ritenuto di dare continuità a tale interpretazione non supportata da una previsione specifica di legge**

In giurisprudenza ha trovato già un accoglimento **la non tassazione in capo ai privati per la concessione dell'uso del marchio** vi è la Commissione Tributaria Regionale del Veneto, con sentenza n. 524/19 depositata il 24 giugno 2019<sup>53</sup> si legge nella motivazione: “*l'assoggettamento ad imposizione fiscale dell'incremento di ricchezza derivante, come nella fattispecie, dalla cessione o utilizzazione economica dei marchi concessi da privati,*

---

<sup>53</sup> In tal senso si ha anche CTP di Trento n. 193 del 1° dicembre 2017.

*non appare, dopo le innovazioni introdotte dal D.Lvo 480/92, espressamente disciplinato dal legislatore. Tale lacuna è stata rilevata da ambedue le parti in causa, e ritenuta colmata unicamente in via interpretativa, oscillando il pensiero a livello dottrinale tra chi sostiene, come i ricorrenti, l'irrilevanza fiscale della fattispecie, e chi invece, come l'Ufficio, la riconduce alle ipotesi generatrici di reddito diverso ai sensi dell'art. 67, comma 1, lett. 1) del Tuir, basando tale assunto sulle risoluzioni 81/E del 2002 e 30/E del 2006 dell'Agenzia delle Entrate, sostenendo che si tratta sempre di reddito e quindi di fattispecie tassabile, al di là delle disposizioni di legge.*

*Anche a voler accettare la tesi dell'Ufficio, ritiene il Collegio che la cessione dei marchi non possa essere equiparata all'assunzione di un obbligo di fare, non fare e permettere, che è presupposto necessario e sufficiente per ricomprendere il relativo corrispettivo tra i redditi diversi indicati dall'art. 67 del TUIR, che ne prevede l'assoggettamento a tassazione”.*

*Tale presupposto, infatti, non sussiste nella fattispecie, per due ordini di ragioni.*

*Innanzitutto, non è stata data prova dell'incremento di ricchezza derivante da tale azione, che solo quella teoricamente avrebbe potuto essere tassata. Dall'altro, la cessione non può essere assoluta alla concessione d'uso, il che porterebbe alla tassazione ex art. 67 in quanto la concessione presuppone la proprietà, rientra nel caso specifico è proprio la proprietà che ex art. 23 della Costituzione “nessuna prestazione patrimoniale può essere imposta se non in base alla legge”.*

#### **4. Conclusioni.**

La tassazione dei ricavi per il concedente e la deduzione di costi per l'utilizzare del marchio in concessione appare chiara per le società anche multinazionali infragruppo su argomentazioni sia per le Liece Guida OCSE sui Prezzi di Trasferimento per le Imprese Multinazionali e le Amministrazioni Fiscali nonché confermato dagli arresti giurisprudenziali legittimità (Cass. 2599/2023, Cass. 6548/2012, Cass. 4518/2013, Cass. 27198/2014).

Mentre per la tassazione per il privato o ente non commerciale che concede il marchio a terzi l'aspetto si fa più problematico, anche se alla luce delle osservazioni sopra dedotte si propende di più per la **non tassazione dei ricavi per l'utilizzazione del marchio per la mancanza della norma che lo stabilisca.**

Anche se l'Agenzia delle Entrate con le risoluzioni n. 81/E del 2002 e 30/E del 2006 sostiene che i proventi del marchio sia soggette a tassazione dei redditi diversi ex art. 67 comma 1 lett. l). Sembra superfluo ricordare che le risoluzioni ministeriali non sono fonti normative<sup>54</sup>, altrimenti la pacifica gerarchia delle fonti nel diritto non avrebbe senso e ciò è una assurdit  ed aberrazione giuridica, e meno che mai possono introdurre materia imponibile o determinare la tassazione di fattispecie non previste dal legislatore con la pacifica violazione dell'art. 23 della Costituzione come opportunamente ricordato dalla CTR Veneto 524/2019 nel suo arresto.

---

<sup>54</sup> E' quanto affermato dalla ormai celebre **Sezioni unite della Cassazione, con la sentenza n. 23031 del 2 novembre 2007**. In cui fra, tra l'altro, pur apparendo superfluo, ma non troppo e solo per l'Agenzia Entrate, ha stabilito che: "La circolare, con la quale l'agenzia delle Entrate effettua l'interpretazione di una norma tributaria, esprime esclusivamente *un parere dell'Amministrazione, non vincolante n  per il contribuente, che resta pienamente libero di non adottare un comportamento a essa uniforme, n  per gli uffici gerarchicamente subordinati, non essendo loro vietato disattenderla, n  per la medesima autorit , che l'ha emanata, la quale resta libera di modificare, correggere e anche disattendere l'interpretazione adottata. Per tali ragioni, il documento non pu  essere impugnato n  di fronte al giudice amministrativo, n  di fronte a quello tributario.*" A tal riguardo, la Corte ha precisato che la circolare amministrativa "per la sua natura e per il suo contenuto (di mera interpretazione di una norma di legge) non potendole essere riconosciuta alcuna efficacia normativa esterna, non pu  essere annoverata fra gli atti generali di imposizione, impugnabili innanzi al giudice amministrativo, in via di azione, o di disapplicazione dal giudice tributario o ordinario, in via incidentale".

La circolare, infatti, hanno osservato i giudici, esprime "una dottrina dell'Amministrazione, vale a dire l'opinione di una parte (anche se "forte") del rapporto tributario", con la conseguenza che sono dotate di efficacia esclusivamente interna nell'ambito dell'Amministrazione, non potendo, cio , "spiegare alcun effetto giuridico nei confronti di soggetti estranei all'amministrazione". Fatta questa precisazione, la Cassazione ha enunciato i limiti all'efficacia delle circolari emesse in materia tributaria.

Primo limite: la circolare emanata dall'agenzia delle Entrate non vincola il contribuente, "che resta pienamente libero di non adottare un comportamento ad essa uniforme, in piena coerenza con la regola che, in un sistema tributario basato essenzialmente sull'autotassazione, la soluzione delle questioni interpretative   affidata (almeno in una prima fase, quella, appunto, della determinazione dell'imposta da corrispondere) direttamente al contribuente".

Secondo limite: la circolare non vincola neanche gli uffici gerarchicamente sottordinati, ai quali non   vietato disattenderla, senza che per questo il provvedimento concreto adottato dall'ufficio possa essere ritenuto illegittimo "per violazione della circolare".

Terzo limite: la circolare non   vincolante nemmeno per la stessa autorit  che l'ha emanata, che, "resta libera di modificare, correggere ed anche completamente disattendere l'interpretazione adottata". In caso contrario, infatti, osserva la Cassazione, si verrebbe a riconoscere all'Amministrazione medesima un potere normativo, in conflitto con il principio costituzionale (articolo 23) della riserva di legge.

Quarto limite: la circolare, infine, non vincola il giudice tributario "dato che, per l'annullamento di un atto impositivo, emesso sulla base di una interpretazione data dall'amministrazione e ritenuta non conforme alla legge, non dovr  essere disapplicata la circolare, in quanto l'ordinamento affida esclusivamente al giudice il compito di interpretare la norma". N , secondo i giudici di legittimit , la circolare   impugnabile davanti al giudice amministrativo, in quanto si precluderebbe "a tutti gli uffici dell'amministrazione finanziaria di accogliere quella interpretazione, con il risultato, contrario ai principi costituzionali, di elevare il giudice amministrativo al rango di interprete della norma tributaria".

## DIRITTO DEI TRUST

### THE DIFFERENCE BETWEEN FOUNDATIONS AND TRUSTS USES AND PRACTICAL APPLICATIONS IN ITALY<sup>55</sup>

Gregorio Pietro D'Amato<sup>56</sup>

1. FOUNDATIONS AND TRUSTS 2. THE PURPOSE OF FOUNDATIONS AND OF TRUSTS. 3. SETTING UP FOUNDATIONS AND TRUSTS, AND ENDOWMENT ACTS. 4. ASSETS IN FOUNDATIONS AND IN TRUSTS. 5. THE SITUS OF FOUNDATIONS AND TRUSTS. 6. THE ADMINISTRATION OF FOUNDATIONS AND OF TRUSTS. 7. FULFILLING PURPOSE. 8. RECOGNITION. 9. FAMILY FOUNDATIONS AND TRUSTS, AND THE WEAK: CONCLUSIONS

#### 1. FOUNDATIONS AND TRUSTS

Foundations and trusts are very similar kinds of legal institutions. Yet each of the two categorizations presents specific features, which we will attempt to outline in this essay, in order to differentiate their uses.

Foundations are commonly defined as legal entities made up of assets aimed at a purpose.

Lately, the prevalingly patrimonial nature of foundations—as opposed to the prevalingly personal nature of associations—has given rise both to criticism on the part of legal authorities and to significant exceptions in statutory practice.

Clauses assigning growing relevance to the personal element (administrative bodies) are ever more present in the statutes of foundations, whose assets are markedly instrumental to the pursuit of given ends (this means that, while certainly a fundamental part of foundations, assets are supposed to be merely the means by which administrators fulfill their foundation's purpose). Thus, it is increasingly common to find statutes comprising a plurality of administrative and supervising bodies (directive boards, executive boards, boards of auditors, boards of arbitrators, and so forth).

If we think of assets as a static feature (e.g. foundations whose purpose it is to award scholarships) and of the personal element as a dynamic feature (e.g. foundations for scientific study), we might say that, depending on the end pursued, a more preeminently personal element may be attributed to foundations, by which administrative bodies are granted greater and more discretionary powers.

The English word *trust*, identified by the greatest authorities on the matter,<sup>57</sup> refers to a legal institution that until recently was absent from Italian “living law.”

1. <sup>55</sup> Articolo dell'autore Gregorio Pietro D'Amato tratto dalla rivista *Giving ed. Università Alma Mater di Bologna in collaborazione Università dell'Indiana USA*- 11/2011.

<sup>56</sup> Direttore Scientifico- dottore commercialista -revisore contabile- giornalista

<sup>57</sup> Maurizio Lupoi, in *Trusts*, Milan, 2001, second edition, from p. 8.

In Italy, as well as elsewhere,<sup>58</sup> this institution permanently entered into the realm of positive law after The Hague Convention of 1 July 1985 was ratified by law no. 364, dated 16 October 1989, which came into force on 1 January 1992.<sup>59</sup>

As a legal institution, trusts were born in common law countries, and until recently they were unknown to civil law countries, including Italy. Following the ratification of The Hague Convention, however, trusts are no longer foreign to the Italian legal system.

Indeed, the ratification law explicitly requires that signatory states consider trusts a peculiar institution created by equity courts in common law countries. Signatory states have thus agreed to set up common measures on the law applicable to trusts, and to solve the most relevant issues of their recognition. The convention has proved to view trusts as an institution that, by way of such measures, is not incompatible with national legal systems. In other words, it would be unfounded to claim that trusts are irreconcilable with Italian positive law: to reach such a conclusion would be tantamount to ignoring law no. 364/1989.<sup>60</sup>

The trusts that convention speaks of, however, are slightly different from those deriving from common law,<sup>61</sup> as repeatedly stated by many scholars and by the greatest legal authorities.<sup>62</sup>

---

<sup>58</sup> Apart from Italy, so far the following countries have subscribed to The Hague convention of 1 July 1985 on trusts: Australia, Malta, the Netherlands, the United Kingdom, and Canada. The United Kingdom also ratified the convention on behalf of the islands of Guernsey, Jersey, Turks and Caicos. Canada's ratification includes, among others, the provinces of Alberta and British Columbia.

<sup>59</sup> Italy ratified the convention with law no. 364, dated 16 October 1989. Stipulated at The Hague on 1 July 1985, the "convention on the law applicable to trusts and on their recognition" came into force on 1 January 1992 (in *Codice degli enti non profit*, by Gregorio Pietro D'Amato, Halley Editrice, 2008, Matelica, starting on p. 1084).

Comments and thoughts on The Hague Convention can be found, among others, in Von Overbeck, "Explanatory Report on The Hague Convention on the Law Applicable to Trusts and their Recognition," in *International Legal Materials*, 1986, from p. 593; Id., "La Convention de La Haye du premier juillet 1985 relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance," in *Annuaire suisse de droit international*, 1985, from p. 37; Hayton, "The Hague Convention on the Law Applicable to Trusts and on their Recognition," in *International and Comparative Law Quarterly*, 1987, p. 278; Gailard & Trautman, "Trust in Non-Trust Countries: Conflict of Laws and The Hague Convention on Trusts," in *American Journal of Comparative Law*, 1987, from p. 325; Id., "La Convention du 1<sup>o</sup> juillet 1985 relative au trust et à sa reconnaissance," in *Revue critique*, 1986, p. 20; Maerten, "Le régime international du trust après la Convention de La Haye du 1<sup>o</sup> juillet 1985," in *La semaine juridique*, 1988, p. 3319; Jauffret-Spinosi, "La Convention de La Haye relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance (1<sup>o</sup> juillet 1985)," in *Journal du droit international*, 1987, from p. 53; Revillard, "La Convention de La Haye du 1<sup>o</sup> juillet 1985 sur la loi applicable au trust et à sa reconnaissance," in *Rép. Deffrénois*, 1986, p. 3373; Kotz, "Die 15 Haager Konferenz und das Kollisionsrecht des trust," in *RabelsZ*, 1986, from p. 562; Gambaro, Giardina, Ponzanelli (eds.), "Convenzione relativa alla legge sui trusts e al loro riconoscimento," cit., from p. 1212.

On all that preceded the convention, see P. Piccoli, "L'avanprogetto della Convenzione sul trust nei lavori della conferenza di diritto internazionale privato de l'Aja e suoi riflessi di diritto notarile," in *Riv. not.*, 1984, from p. 781, which was updated after the convention came into force, "La Convenzione dell'Aja sulla legge applicabile ai trusts e i riflessi di interesse notarile," in *Riv. not.*, 1990, from p. 92.

<sup>60</sup> Cf. Court of Bologna, 1 October 2003, in *Corriere Giuridico*, 2004, from p. 65.

<sup>61</sup> Maurizio Lupoi, cit., calls them "amorphous" (from p. 491) because of their differences from those of British law. Please refer to the cited text to address these issues in depth. Trusts can come to be implicitly through equity regulations (constructive trusts or resulting trusts), or they can be established expressly by way of the settlor's voluntary act (express trusts).

<sup>62</sup> Maurizio Lupoi, op. cit., Saverio Batoli *Il Trust*, Milan, 2002; G-De Nova, "Trust negozio istitutivo e negozi dispositivi," in *Trust*, 2000, p. 162; F. Di Ciommo, *Proprietà fiduciaria* 5/1999.

International recognition is thus a prerogative of voluntary trusts and express trusts, whereas this right is not extended to statutory trusts (implied and constructive trusts). Hence, for the time being, Italian law does not recognize legal or judicial trusts: it recognizes only trusts created by voluntary act.

The convention establishes the law applicable to trusts and governs their recognition. Article 2 describes trusts as the “legal relationships created—*inter vivos* or on death—by a person, the settlor, when assets have been placed under the control of a trustee for the benefit of a beneficiary or for a specified purpose.” The trustee may be either a natural person or a legal person, whereas the beneficiary is the subject designated in the constitutive act as the recipient of the goods and of the incomes thereby produced.

The structure of a trust is not always trilateral. Settlers may appoint themselves as trustees, or as beneficiaries. Likewise, it can happen that the beneficiaries are not identified, and that the discretionary power to do so is awarded to the trustee, as is normally the case in so-called charitable trusts. Further, a trust may pursue an impersonal end.

It is worth stressing that if settlors designate themselves as trustees, from that time on they will manage the goods in someone else’s behalf.

On the other hand, the structure of a trust may also be quadrilateral, when a protector is included within its organization. This figure has become rather popular in recent years, and it is employed increasingly often. In essence, it involves the breaking up of the management powers traditionally assigned to the trustee. The usefulness of including a protector in the structure of a trust becomes apparent particularly when one thinks of the relationships with parabanking entrepreneurial organizations and activities typical of foundations. For the professional management of wealth in the field of finance these organizations are ideal, but it isn’t always wise to give them all the powers enjoyed by the trustee. The protector of the trust, therefore, carries out useful functions of surveillance over the trustee’s activities, and, at the same time, holds special powers, which in some cases are duly stated. The protector, for instance, may replace the trustee or move the headquarters from one place to another if such measures are deemed necessary to optimize the results expected by the beneficiaries.

As suggested by the word itself, trusts are based on the fiduciary relationship between the settlor and the trustee, a relationship by which the former carries out a patrimonial attribution benefitting the latter. Yet, as jurisprudence and legal authorities have clarified, trusts are not fiduciary obligations<sup>63</sup> as defined by the Italian normative system.

---

<sup>63</sup> Thus, Maurizio Lupoi, cit., p. 5: “It is not true that trusts are fiduciary acts, in accordance with how this category is viewed by the Italian legal system; trusts are a means by which something is entrusted to someone either to benefit a third party or for a purpose, and their origin is not necessarily voluntary.”

Moreover, the Italian Supreme Court (Section I, ruling no. 4943, dated 21 May 1999) has deliberated that in a fiduciary society, trusters—which benefit from a real protection that can be put into effect in a direct and immediate way against each associate—are to be identified as the actual owners of the goods they have entrusted to the society, in whose name the goods were put for instrumental reasons. Institutionally, even as regards the third parties involved, fiduciary societies do not own the stock shares entrusted to their management, by virtue of the laws and regulations that apply to them. Stock shares are not part of the fiduciary society’s assets (so much so that they are not available to creditors), and thus their ownership can

Thus, the act by which a trust is established entails that the goods affected by the trust be removed from the settlor's property and segregated from the trustee's personal goods. The latter is bound by purpose obligation to administer and manage those goods in accordance with the agreed-on program, until a final advantage can be attributed to the "beneficiary."

## 2. THE PURPOSE OF FOUNDATIONS AND OF TRUSTS

Interpretative problems arise as regards the ends that may be pursued by foundations.

First of all, we have to wonder within what limits private autonomy can resort to the legal institution of foundations. According to some, foundations can be set up to pursue "any kind of end that entails private or general utility." According to others, only purposes of economic advantage for the founders themselves are excluded (and indeed there are those who consider these purposes admissible as well). The traditional and most popular view, however, is that foundations may be set up only to pursue some kind of "public utility," or at any rate something more than a personal, economic advantage for the founders. Such ends may have to do with research, cultural activities, charities, a community's welfare, and so on.

For the most part, foundations will concern themselves with non-economic activities, but there's nothing to stop foundations from being organized to produce and exchange goods and services (as long as this is conducive to the ideal purposes typical of foundations), taking on the guise of a company and being subjected to bankruptcy procedures in the event of failure.

There are cases in which foundations aim to pursue exclusively transitory ends, and their assets—based on these ends—will thus necessarily be used for a limited time only.

Foundation boards and bodies generally deal with both the administration of the assets and the use of revenues to pursue the foundation's ends. According to important authorities on the matter of doctrine, it can happen that within the same foundation separate management bodies are set up, or that the foundation splits into distinct foundations: one (the so-called financial foundation or holding) administers the assets or manages the organization, and is required to transfer all the revenues yielded from the management of the assets or the organization's activities to the other (the so-called operating foundation), which will use them entirely to fulfill the foundation's purpose.

Trusts, on the other hand, may have many different kinds of purposes, as long as these are worthy of protection, as required by the convention. Whether the ends pursued by the trust are public or private is irrelevant in this context, but they must be worthy of protection.

---

only be held by trustees, whereas the fiduciary society is only entitled to exercise the rights connected with corporate participation (Cass. civ., Section I, ruling no. 9355, dated 23 September 1997, and Cass., civ., Section I, ruling no. 10031, dated 14 October 1997).

### 3.SETTING UP FOUNDATIONS AND TRUSTS, AND ENDOWMENT ACTS

Foundations arise from a unilateral act, or from a plurality of unilateral acts, when more than one person takes part in its establishment.

As for the founders, these may simply be private citizens, natural persons, or legal persons (commercial companies); they may also be public organizations, which engender private law foundations.

Regarding the ways in which foundations are constituted, generally this happens by means of a voluntary act (*inter vivos*) of the founder or founders. A foundation is rightfully assumed to be *in existence* at the very moment when the public official draws up the act (which must be public, lest it be considered void). Even if it is in existence, however, this foundation is not yet *recognized*, for the procedure leading to its recognition may be initiated only after it has been constituted by public act.

Foundations may also be established by will (*mortis causa*), which is not necessarily public. In this case, jurisprudence and legal authorities alike have expressed alternate views on whether testamentary dispositions affect only existing organizations (even if these only exist *de facto*, and thus have yet to be recognized) or non-existing organizations as well.

It is believed that a *modus* appended to an institution of heir or to a donation—with which the beneficiary is required to transfer the object of the disposition to a given end of public utility either entirely or in part—is not a foundation-constituting act, but a simple modal disposition.

Legal doctrine usually makes a distinction between the act of foundation, by which a given organization is set up, and the act of endowment, by which it is provided with the assets it needs. In particular, it is believed that the founder provides the endowment through a legal act that is separate from and secondary to the act of foundation. Yet some doctrinal authorities maintain that the act of endowment, despite being a separate document, is in fact an integral part of the act of foundation, the reason being that the former has no cause of its own, but finds its cause in the latter.

The prevailing jurisprudence, on the other hand, considers each of the two acts an integral part of the other, and thus views the two as a unified whole.

Regardless of how this issue is solved, the prevailing doctrine prefers not to ascribe the act of foundation to the traditional types of liberality *inter vivos* or *mortis causa*, but to qualify it as “a special kind of free attribution.” As a result, it may be subjected to norms limiting dispositions that are prejudicial to the legitime, and to those that revoke free acts in fraud of creditors.

Because it includes a patrimonial disposition and it is aimed at the utilization of the patrimony itself, it is commonly believed that—by virtue of article 1324 of the Italian civil code—the rules and regulations that apply to contracts in general (e.g. as regards interpretation) also apply to the act of foundation, and that suspensive conditions may likewise be enforced. As for the invalidity of the act of foundation, it is believed that article 2332 of the Italian civil code applies to protect the position of the person who has come in

contact with the organization, and that the causes for the nullity or annulment, ascertained after the foundation was recognized, result in its being terminated.

Trusts also arise from a unilateral act called for by the settlor, and the rules that the trustee must abide by are, apart from those detailed in the constitutive act, those put forth by the law chosen to regulate the management of the institution. Moreover, the written form is required not *ad substantiam*, but only *ad probationem* (article 3 of law no. 364/1989). Finally, the convention does not apply to preliminary matters regarding the validity of wills or other juridical acts by virtue of which given assets are transferred to the trustee.

#### 4. ASSETS IN FOUNDATIONS AND IN TRUSTS

Having assets is a crucial requirement for foundations constituted as legal persons. In foundations of this kind, administrators are not held accountable and creditors can lay claim only on the assets of the organization, which are thus an assurance for the third parties involved, and particularly for creditors.

Conversely, having assets is thought to be unnecessary in the case of unrecognized foundations, because their administrators are bound by limitless responsibility.

If one subscribes to the traditional and less recent definition of foundations as corporations constituted by assets aimed at the pursuit of given ends, assets naturally appear to be crucial. But the most insightful authorities on the matter have stressed that, today, the reality of foundations is different: sometimes foundations are set up without assets, and in that case they acquire financial means to pursue their ends through unearned income; other times, foundations carry out an instrumental commercial activity through which they can procure the means to fulfill their purpose; still other times, it is enough for foundations to state the sources from which they expect to draw the required subsidies in their constitutive acts and in their statutes.

The assets of a foundation may be made up of real estate, chattels, credits, government bonds, shares, other kinds of bonds and investment funds, and negotiable instruments generally. The rules and regulations that apply to such assets are the ones relevant to legal persons.

The controls carried out by the Italian Council of State on foundation properties have two different goals: 1) to prevent *mortmain*<sup>64</sup> (this goal was reached by checking on

---

<sup>64</sup>The term “mortmain” refers to goods that—because they belong to an organization, generally an ecclesiastical corporation—are not transferred by way of inheritance, and are seldom transferred by act *inter vivos*, thus eluding regular tax payment. The term has acquired different meanings throughout the centuries. In the course of the Middle Ages it indicated the condition of those who, owing to a form of personal subjection, were not free to arrange for their goods by testament. This resulted in a lord’s right to succeed to his deceased vassals or subjects who had died without producing male heirs. The term also referred to all the lands and tenements held inalienably by ecclesiastical corporations, and came to be used to speak of the corporations themselves that owned these estates; indeed, the protection and inalienability of ecclesiastic property had become established since the earliest centuries of the Middle Ages. The modern era was characterized by the clash between state, whose tax revenues were harmed by the immovability of these properties, and church, which requested total tax exemption for its patrimony. After the French Revolution

purchases—article 17 of the civil code, abrogated by article 13 of law no. 127, dated 15 May 1997—and by applying a totally free regime to conveyances); 2) to ensure the permanence of the assets as a guarantee for the third parties involved and the creditors, and as a means to pursue whatever end the corporation has given itself.

In trusts, on the other hand, segregated goods are removed from the settlor's assets and placed within the patrimonial control of the trustee, giving rise to separate assets. These are set apart from the remaining personal goods of the trustee and are unaffected by any event that might involve the latter.

Thus, trusts must not be confused with fiduciary acts disciplined in Italian law. Very authoritative experts of doctrine<sup>65</sup> have effectively described the difference between the fiduciary act and the trust act. Whereas in the former the counterparty of the trustee is the grantor, in the latter the counterparty of the trustee is not the settlor, but the beneficiaries. In trusts without beneficiaries, in particular, the party legitimized to act against trustees to fulfill any obligation in their name<sup>66</sup> is the guardian, who is always nominated in such cases.

A trust is a unilateral act by which something is entrusted to someone either to benefit a third party or to pursue a given end.<sup>67</sup> Powers are not attributed to the trust as they are to the settlor; trustees are informed of the end/goal to be pursued and more or less extensive powers are given them with the unilateral constitutive act by which a “management route” is traced before them, which they must follow, under penalty of being removed from their position. Such powers may or may not include the possibility of alienating the trust's properties.

A trust's characteristic feature is *segregation*—i.e. the separation of its assets from those of the settlor; the latter shall not get property back from trustees unless this is expressly called for in the constitutive act. As regards trustees: their personal situation has no bearing whatsoever on the property transferred to the trust; should the trustees go bankrupt, their personal creditors can lay no claim on that property, which is also shielded from inheritance and marriage claims. As regards beneficiaries, their personal creditors can lay no claim on the trust properties before these are transferred to them; likewise, it is impossible for them to obtain the trust properties before the term established in the constitutive act has expired.

After all, trusts regulated by the convention specifically prescribe the following characteristics:

- a) trust properties constitute a distinct fund and as such are not part of the trustee's assets;

---

and the Restoration, ecclesiastical tax exemptions were reined in: between the 19th and the 20th centuries, mortmain taxes were established in several European states.

<sup>65</sup> M. Lupoi, *Trust interni e negozi di affidamento fiduciario*, Cedam, 2007.

<sup>66</sup> M. Lupoi, *Trusts*, cit., p. 5.

<sup>67</sup> In tal senso Maria Grazia Monegat, *Trust aspetti sostanziali e applicazione nel diritto della famiglia e delle persone*, G. Giappichelli, Turin, 2007, pag. 42.

- b) trust properties are put in the trustee's name, or in another person's name on behalf of the trustee;
- c) trustees are invested with the power—and burdened with the resulting obligations, for which they are held accountable—to administer, manage and make arrangements for the properties in accordance with the terms of the trust and the special applicable norms;
- d) the fact that settlor maintain some prerogatives or that trustees have certain rights in their capacity as beneficiaries is not necessarily incompatible with the existence of a trust.

The principle of the segregation of the assets and of the separation of the trust properties, unaffected by the personal situation of trustees (see articles 2 and 11 of the convention), settlors and beneficiaries—in accordance with the law regulating the institution (see article 6 of the convention<sup>68</sup>)—is not unprecedented in the Italian legal system.

The typical and essential segregative effect in the structure of the trust does not result simply from the will of the parties involved. Rather, it results from specific norms, and article 11 of The Hague Convention states, beyond doubt, that “such recognition shall imply, as a minimum, that the trust property constitutes a separate fund.” What happens, therefore, is that trust assets do not form part of the trustee's assets if not to pursue the goal pointed out by the settlor and with the specific objective of remaining separate from his/her estates even in the future.

The main and essential effect of the trust is that it segregates a subjective position and destines it to a specific purpose, which results in its being secured against the trustee's creditors. The possibility of constituting independent or separate estates is not entirely new to the Italian legal system: provisions to that effect range from those in article 1707 to those in article 2447-*bis* and following articles of the Italian civil code (the latter reform corporate law and focus on assets destined to a specific business within joint-stock companies).<sup>69</sup>

Hence, the segregative effect on the trustee's estate brought about by a trust is legitimized by virtue of specific provisions of The Hague Convention, included in the

---

<sup>68</sup> See note 6, *cit.*, *Codice degli enti non profit*, D'Amato G. P.

<sup>69</sup> See ruling no. 4545, dated 1 October 2003 by the Court of Bologna, which addresses at length how the concept of a separate estate is not alien to the Italian legal system, and lists these articles from the Italian civil code: 1707, 167 (and following articles), ex 1881, 1923, and 490. Article 2117 of the Italian civil code allows for the creation of “dedicated estates.” Even more significant are the examples of “segregation” offered by recent special laws (on the issue, see decree 18/4/2000 by the Court of Bologna): article 22 (titled “Property Separation”) of the consolidation act on financial intermediation (legislative decree no. 58, dated 24 February 1998) states that, “in rendering investment or accessory services, individual clients' financial instruments and money, held for whatever reason by an investment company, savings management company or financial intermediary ... as well as individual clients' financial instruments, held for whatever reason by a bank, make up a distinct estate, which for all intents and purposes is separate from the intermediary's and other clients'. Actions on the part of the intermediary's creditors or in their interest are not allowed on this estate; actions by creditors of the depositary or sub-depositary, or carried out in their behalf, are likewise forbidden.” Finally, the recent Italian corporate law reform has added article 2447-*bis*—on “assets destined to a specific business”—to the civil code. As one authors says, this allows companies to create a self-declared trust, given that article 2447-*quinquies* of the civil code forbids corporate creditors from staking claims on funds constituted thus.

Italian legal system via the executive law. Most authorities on the matter of legal doctrine have argued that this ratification law is a departure from article 2740 of the civil code, in the part where it states that it allows limitations of responsibility “in the cases established by the law.”<sup>70</sup>

The concept of “property transfer” set forth by point no. 1 of article 2643 of the Italian civil code has ceased to be entirely univocal with the emergence of institutions in which that same property right takes on forms that are partly different from more traditional ones (time-sharing and fiduciary property are examples of this). The current alleged inadmissibility of the transcription of institutions such as obligations *propter rem*, or rather conventions that enforce bonds of an administrative nature, may indeed represent a breach of the principle of peremptoriness mentioned above, and connect to the goal of publicizing rights that are different from typical “real rights” exerting a particular reduction of property. Thus, as far as we can see, there are no special obstacles preventing that the effects produced by an act establishing a trust be assimilated to at least some of those produced by contracts that transfer the property of immovables. As a matter of fact, trusts produce the transfer of the legal ownership of assets to trustees, the so-called segregative property, to be enjoyed and used only to fulfill the purpose/goal specified by the settlor. The ownership of trust properties, therefore, may certainly be qualified, and the effects of the constitutive act undoubtedly seem to fall within those considered by the legislator in accordance with article 2643, point no. 1, and article 2645 of the Italian civil code, or, more succinctly, as obligations *propter rem*.

In essence, while trustees have full legal ownership of property rights, they are limited in their exercise of such rights, for trust properties may only be used to pursue the ends specified in the trust’s constitutive act.

If the trustee and the settlor are different people, the transfer of properties to the trust, as well as the settlor’s “loss of control” over the properties themselves, are requisites that qualify and indeed validate the trust.

## 5. THE SITUS OF FOUNDATIONS AND TRUSTS

According to article 16 of the Italian civil code, the *situs*, or seat, of a foundation must be stated in its constitutive act and in its statute in order for it to be recognized. Article 46 of

---

<sup>70</sup> The authoritative Antonio Gambaro, in *Trust, diritti reali e trascrizioni*, argues that “It is incorrect to maintain that the convention cannot derogate from article 2740 of the civil code, on the grounds that the latter is a norm that must be applied. Or rather, [it is incorrect to maintain] that the convention may not impact one’s interpretation of that article of the civil code. In this case, too, the logical contradiction is immediately apparent. The proposed interpretation of article 2740 of the civil code is that the limitations on the debtor’s property responsibility—i.e. on the debtor’s property that may be seized—are established by law, not by private initiative. Apart from all reservations that one may have on such a stance, it is immediately clear that article 11 of law no. 364, dated 16 October 1989, is more than enough to provide the umpteenth legislative limitation to the property responsibility set forth by the civil code. Thus, it is once again difficult to understand where the problem lies. It is obvious that by accepting trusts the internal legal system must also change in this regard, but the law-making authorities were well aware of this and their decision doesn’t seem questionable to me at an interpretative level.”

the Italian civil code states that if the seat specified in the constitutive act and in the statute is different from the actual place in which the administrative body carries out its functions, third parties may consider both the place specified in the constitutive act and the one in actual use as the foundation situs.

As in the case of companies, secondary seats are also admitted, as long as they respect the “stable representation” requisite referred to in article 2299 of the Italian civil code.

The seat of a trust is certainly important, yet it can be attached to that of its trustees and thus it can vary as they vary, without affecting the constitutive act.

## **6. THE ADMINISTRATION OF FOUNDATIONS AND OF TRUSTS**

The foundation statute must contain prescriptions regarding its administrative bodies, their make up and the ways in which their members are nominated, and their respective administrative and representative powers. The administrative body may be made up of one person only, but more often it is collective; as noted above, many statutes call for a plurality of administrative and supervising bodies (directive boards, executive boards, boards of auditors, boards of arbitrators, and so forth).

Foundation administrators, unlike association administrators, may be nominated for life. The criteria by which they are nominated are entirely free: the title of administrator is often made to coincide with public or private offices, or the people who hold these offices may be asked to nominate the administrators; legal persons are also eligible for the title.

It is noteworthy that, if modifications of the foundation’s constitutive act are allowed, administrators themselves, in conformity with the statute, may approve these modifications, for assemblies are absent in foundations.

There is no law regulating the administration of trusts specifically. Hence, for the time being—until Italian lawmakers issue a law on the matter—to regulate a trust’s administration there is no choice but to refer to a law issued by a foreign state that has accepted The Hague Convention. Guidelines for trust administration are usually given by the settlor in the act by which the trust is established. Trustees must necessarily adapt to and follow these guidelines: should they fail to do so, or should they apply these directives incorrectly, they would be subjected to scrutiny and, in some cases, replaced by the guardian, whose duty it is to keep watch on their doings, so as to ensure that they comply perfectly with the instructions received by way of the constitutive act and applicable regulations.

Another element that emerges from the convention is the absolute liberty with which the settlor can choose the law that shall govern the trust, see article 6 of the convention, whose operativeness entails no limits as regards the objective and subjective links existing between the elements of the fiduciary relationship and the regulating law. The convention does not indicate, as a precondition for its application, that other extraneous elements be present, besides the choice of the applicable foreign law, as long as the law that is applicable by virtue of article 6 (or, perhaps, article 7) of the convention provides for trusts

or the category of trusts involved, as expressly prescribed by article 5 of the convention. This last point confirms that the only precondition for conventional rules and regulations to apply (and for the instituted trust to be recognized) is the choice of a law that follows Chapter II of The Hague Convention.

## 7. FULFILLING PURPOSE

When a foundation's end has been reached, when it has become impossible to fulfill or scarcely relevant, or when the foundation's assets have become insufficient, the government authority may choose not to have the foundation terminated, but to have it transformed, keeping it as close to the founder's will as possible. This transformation, however, is not allowed if the events that would engender it are listed in the act of foundation as a cause for the termination of the legal person or for the devolution of the estate to a third party, or if it was a family foundation (article 28 of the civil code).

Should the transformation not take place, the foundation would be declared terminated, its assets would be liquidated, and articles 29 and 30 of the civil code would consequently be enforced.

After the liquidation process, any remaining assets of the legal person are devolved in accordance with the constitutive act and the statute; if both lack instructions on the matter, the government authority shall decide and attribute the assets to other corporations, whose ends are similar to those previously pursued by the terminated foundation (articles 31 and 32 of the civil code).

We have seen how the traditional distinction between foundations and associations—viewed as *universitas honorum*, a set of assets aimed at the pursuit of a given end, and *universitas personarum*, a series of people united to pursue a shared goal, respectively—has been largely criticized by the most recent authorities on the matter of legal doctrine.

The preferred and most influential line of thinking seeks the distinction between the two institutions within a homogeneous category, that of collective organizations, which may take on the form of associations or of foundations. Both institutions are expressions of contractual autonomy, for they both arise from a juristic act and carry out activities—in pursuit of given ends—executive of their respective constitutive acts. In doctrine, the main differences between the two institutions are seen in the different nature of their constitutive acts and in the different ways in which these are executed. Regardless of the fact that, unlike associations, foundations may be made up of only one person, the constitutive act of foundations is always unilateral in nature, whereas that of associations is always a contract. Further, the founder does not participate in the executive phase following the act of foundation, having permanently divested himself of the estate through the constitutive and endowment acts. In associations, on the other hand, contracting parties take part in the management of the association and may even influence it.

As for trusts, once the end for which they were set up has been reached, their assets may return to the settlors, if still living, or to their heirs; otherwise, they may be devolved to other trusts or to third parties. Thus, once purpose is fulfilled, the choice as to what to do is free: in the constitutive act, the settlors establish that the remaining assets be given to

someone of their choosing or possibly to trustees, so that it may be the latter that decide how to carry out the devolution and who will benefit from it among the beneficiaries previously singled out by the settlors.

## 8. RECOGNITION

The discriminating factor between foundations and trusts is the legal recognition of the former as legal personalities (this is also the case of some associations). Foundations must be constituted by way of a public act, and they may also be arranged for by will. The constitutive act and the statute must include:

- The foundation's name;
- Its purpose (i.e. the end for which it is established);
- Its estates;
- Its *situs*, or seat;
- The rules and regulations on which it is based, and those through which it shall be administered;
- The criteria by which and the ways in which its earnings shall be distributed.

The constitutive act and the statute may also include the norms regulating the termination of the corporation, the devolution of its remaining assets and/or their transformation.

Following presidential decree no. 361, dated 10 February 2000, recognition of the legal personality of foundations is attributed to:

- Prefectures, in the case of foundations that operate nationwide;
- Regions, in the case of foundations confined to a given region or to a regional subdivision.

Each prefecture and each region holds a specific register of all private legal persons operating in their territories. The recognition procedure starts when the founders present a formal request, which must also include the constitutive act, a certified copy of the statute, and the documentation attesting to the fact that the foundation's assets are fit for its purpose. Once the foundation is recognized, it becomes a legal person, and as such it has an independent legal capacity and its own ability to function.

Recognition procedures vary depending on the type of foundation, and they are regulated by different norms:

- Ecclesiastical institutions: article 1 of law no. 222, dated 20 May 1985;
- Religious foundation: article 12 of law no. 222, dated 20 May 1985;
- Corporations managing mandatory forms of welfare and social security: legislative decree no. 509, dated 30 June 1994;

- Corporations operating in the field of music: legislative decree no. 367, dated 29 June 1996;
- Opera corporations and comparable concert institutions: law by decree no. 345, dated 24 November 2000, later modified and passed into law no. 6, dated 26 January 2001.
- Social enterprises (ONLUS): article 10 and following articles of law no. 152, dated 30 March 2001.
- Charitable institutions and benevolent funds: article 3 of law no. 152, dated 30 March 2001;
- Public assistance and beneficent institutions (IPAB): legislative decree no. 152, dated 4 May 2001.

Besides carrying out all standard formalities (entering and registering the act at the Register Office, transcribing the act at the competent Registers of Immovables Depository, and, if the foundation was constituted by will, sending the form issued by the General Register of Wills to the notarial archive and a copy of the will-publication transcript to the Chancellery of the magistrate's court of the place where the succession is opened), according to article 3 of the norms implementing the civil code, the notary public shall inform the prefect, within 30 days of the act, that the foundation was constituted; in informing the prefect, the notary public shall provide the basic details of the act, the literal text on the endowment, the heirs' names and residences.

Trusts, on the other hand, do not require a preliminary public assessment to achieve recognition: it is enough for their constitutive act to be registered at the local Revenue Agency. Likewise, trusts are neither bound by a minimum assets condition, nor required to produce their constitutive act publicly. A registered private deed suffices even to carry out the activities listed above, which are also routinely carried out by one kind of foundation or another. Trusts may be provided with the financial means they need to pursue a given end at a later time. Further, in keeping with the principle of segregation, once assets are transferred to a trust, they are shielded from the settlor's personal situation and destined specifically to the purpose for which the trust was established.

## **9. FAMILY FOUNDATIONS AND TRUSTS, AND THE WEAK: CONCLUSIONS**

Family foundations bear a resemblance to family trusts. The latter, however, and especially those set up to benefit the disabled, display a convenient feature.

Family foundations are established for the benefit of only one or more specific families (article 28, paragraph 3, of the civil code). By establishing that their estates are inalienable and entrusting their management to executors, while allowing that the descendants of a certain branch of their family enjoy, in successive order, the estates in usufruct, testators do not give rise to a foundation with a legal personality. In this case, the estates lack a unifying purpose. They merely give rise to a *de facto* entity, which—even if constituted in accordance with laws previously in force—is incompatible with the current Italian legal system. The reason for this is that, in addition to pursuing ends similar to those of fideicommissary substitution, it is at odds with prohibitions protecting public order (articles 469, 692, 698, 699, 796, 979, and 1379 of the civil code), which set the limits of

private autonomy (Civil Court of Cassation, Section II, 3969, dated 10 July 1979). Family foundations are allowed only if a purpose of general utility, such as providing for the education of the family members, is present.<sup>71</sup>

In the light of the features noted above, trusts seem especially suitable for the needs of certain classes of people, particularly the weak. Now more than in the past, the need to provide for the welfare of the disabled after their parents have died, or of the elderly, in particular those who are no longer independent and live in nursing homes, is perceived as crucial. Trusts—which are more convenient and efficient than foundations in this regard—can fulfill parents' desire to ensure that their children receive proper care after their death.

The issue is not only economic. It often has to do with the specific living conditions of these people (where they are to live and with whom), their habits, the expert assistance they need and so forth. The economic aspect of the matter may have to do with parents' desire to reserve part of their assets to the future satisfaction of their disabled children's necessities: these assets are often modest, the result of much sacrifice on the part of the parents, who endure such sacrifice precisely in hopes of making their disabled children's life less precarious and potentially riddled with hardships. Thus, they use profits of the estate to sustain all costs encountered by the disabled person, alienate sources of income of the estate if its profits prove insufficient, and collect disability or survivorship pensions to which the disabled person is entitled. Moreover, many families comprise other children besides the one who is disabled; in these cases, after the weaker child's needs have been satisfied, upon his/her death, it is in the family's interest that any remaining assets pass on to the other children.

In Italy, traditional legal instruments have proved inadequate to satisfy these needs: trusts seem to fill this gap in the Italian legal system and to reach these ends. Indeed, the characteristics of trusts, as described above, make them preferable to foundations, which are much more complex and have higher initial and management costs.

The recognition of trusts in the Italian legal system is an effective means to protect the disabled. Trusts are particularly suitable in anticipation of the death of the people who normally take care of the disabled persons, for they are used to protect both their moral and their patrimonial interests. For example, trusts are used to destine both movables and immovables registered in the disabled person's name, and allow the disabled person to take part in juristic acts and relationships.

Today, all people, whether they reside in Italy or not, may legitimately constitute a trust—i.e. a legal relationship centered on goods of any nature—to benefit other people of their choosing. Trusts are essentially based on the fiduciary relationship between settlors (those who have ownership of the assets and/or estates) and trustees (those to whom the assets are transferred, and who are called upon to manage the assets and to act in the interest of the beneficiaries).

A trustee is comparable to a tutor, but the two differ from a legal point of view. Trustees receive assets, which they manage in accordance with instructions detailed in the

---

<sup>71</sup> Gazzoni, *Manuale di Diritto Privato*, ESI, 2003, 163

constitutive act, and even gain ownership of the assets, although the latter is dependent on the purpose of the trust and on the rules dictated by the parents as regards succession. Tutors, on the other hand, do not gain ownership of the estate: they are merely court-appointed legal representatives.

In the specific case in which parents wish to use their estates to cover the economic and welfare needs of their disabled children, the former shall constitute a trust aimed at the well-being of the latter through the professional management of their estates.

In the trust's constitutive act, parents/settlors arrange for whatever needs legal regulation, identify the purposes of the trust, single out those involved and their respective roles, and describe their children's health problems, as well as the required therapies and care.

Trustees acquire ownership of the estates transferred to the trust, but they can arrange for them exclusively to pursue the ends for which the trust was set up—i.e. the security and well-being of the disabled person until his/her death.

“Segregation of the assets” is the typical effect of a trust: property handed over to the trustee is unaffected by the latter's personal situation, as well as by the settlor's. Estates transferred to the trust, and thus handed over to trustees, do not become their personal property. As a result, the personal creditors of the trustees can lay no claim on the segregated assets, which are also shielded from inheritance and marriage claims.

This prevents the commingling of the personal property of the person required to look after the interests of the weak party with the property entrusted to the former solely for the purpose of attending to the needs of the latter.

In conclusion, when the aim is to look after family interests, or the interests of a disabled person, trusts appear to be simpler, more flexible and more beneficial than other institutions, such as supporting administrations, fideicommissary substitutions, and foundations.

The rules and regulations on supporting administrations—recently introduced into the civil code (articles 404 and following) by law no. 6, dated 9 January 2004—allow for a simplified application of this institution and shorter times. Nonetheless, supporting administrations require a public procedure, and thus they are not preferable to trusts, which are strictly private and fiduciary in nature, and perfectly suitable to look after the interests of a disabled person.

Despite pursuing the same ends as trusts, fideicommissary substitutions provided for by articles 692 and 699 of the civil code may not be used unless the disabled person is legally incapacitated; trusts, on the other hand, may be set up regardless of whether formal incapacitation/disqualification procedures have been carried out. Further, trusts are not encumbered by the double succession that typifies fideicommissary substitutions, by effect of which parents designate their incapacitated child as their heir with the provision that upon his/her death the estate will be preserved and transferred to the person or organization that took care of him/her. In trusts, conversely, trustees acquire ownership of the estate,

but they are not qualified as heirs. However, they must not be of prejudice to the application of imperative norms; in particular, they must not conflict with internal norms protecting minors and incapacitated citizens, or with norms on the succession of legitimate heirs.

In addition to these advantages, and to the fiscal benefits affecting direct and indirect taxes, given that trusts that do not carry out entrepreneurial activities have been recognized as nonprofit corporations (article 73 of the 1986 consolidation act), the advantage deriving from their possible recognition as social enterprises (ONLUS) is also worth noting.

### *Traduzione*

## **LA DIFFEENZA FRA LE FONDAZIONI E TRUST UTILIZZI ED APPLICAZIONI PRATICHE**

*Gregorio Pietro D'Amato*<sup>72</sup>

1. Le fondazioni, i Trust. 2. Lo scopo delle Fondazioni e del Trust. 3. Atto di fondazione e trust e atti di dotazione. 4. Patrimonio nella Fondazioni e nei Trust. 5. Sede della Fondazione e Trust. 6. Amministrazione del Trust e Fondazione. 7. Raggiungimento dello scopo. 8. Riconoscimento. 9. Fondazioni e Trust per la famiglia e per soggetti deboli – conclusioni

### **1. Le fondazioni, i Trust.**

Le fondazioni ed i Trust sono istituti giuridici molto simili tra loro ma ognuno di esso presenta delle caratteristiche peculiari specifiche che si tenterà brevemente di tratteggiare per differenziarne il loro utilizzo.

La fondazione è comunemente definita come un ente costituito da un complesso di beni destinato al perseguimento di uno scopo.

La natura prevalentemente patrimoniale rispetto a quella, propria dell'associazione, prevalentemente personale, ha peraltro nei tempi più recenti, da un lato, dato luogo a critiche da parte della dottrina, dall'altro, subito notevoli eccezioni nella prassi statutaria.

Si tende, infatti, nelle fondazioni in cui il patrimonio è eminentemente strumentale al raggiungimento dello scopo, e in cui, pertanto, il patrimonio, pur costituendo elemento essenziale della fondazione stessa, non è altro che il mezzo mediante il quale gli amministratori potranno perseguire le finalità della fondazione, ad inserire clausole che attribuiscono all'elemento personale (organi amministrativi) una rilevanza sempre maggiore. Si vedono pertanto statuti in cui vengono previste pluralità di organi amministrativi e di controllo (Comitati direttivi, Comitati esecutivi, Collegi sindacali, Collegi arbitrali ecc.).

---

<sup>72</sup> Direttore Scientifico- dottore commercialista -revisore contabile- giornalista

Identificando nell'elemento patrimoniale un aspetto eminentemente statico (per es., le fondazioni che hanno per finalità l'elargizione di borse di studio) e nell'elemento personale un aspetto prevalentemente dinamico (si vedano, per es., le fondazioni di studio scientifico), si può affermare che in relazione allo scopo perseguito si potrà attribuire alla fondazione un più spiccato elemento personale, attribuendo maggiori e più discrezionali poteri agli organi amministrativi.

Con il termine “inglese” trust, individuato dalla migliore dottrina<sup>73</sup>, si vuole identificare un istituto giuridico sino ad ora sconosciuto nel nostro panorama del così detto “diritto vivente” italiano.

Tale istituto, è entrato definitivamente nel panorama del diritto positivo, anche in Italia<sup>74</sup> dopo la ratifica della convenzione dell'Aja del 1° luglio 1985 ad opera della Legge 16 ottobre 1989, n. 364, entrata in vigore il 1° gennaio 1992<sup>75</sup>.

Il trust è nato come istituto giuridico nei paesi di *common law* sino ad ora sconosciuto ai paesi di estrazione e natura di *civil law*, tra i quali l'Italia, ma che ora grazie alla ratifica della Convenzione dell'Aja non è più tanto estraneo al nostro sistema giuridico italiano.

Infatti, la legge di ratifica ha previsto espressamente che gli stati firmatari debbano considerare il Trust un istituto peculiare creato dai Tribunali di equità dei paesi della *Common Law*. I vari paesi firmatari, hanno convenuto, quindi, di stabilire disposizioni comuni relative alla legge applicabile al Trust e di risolvere i problemi più importanti relativi al suo riconoscimento. La Convenzione ha

---

<sup>73</sup> Maurizio Lupoi, in “Trusts”, Milano, 2001, seconda edizione, pagg. 8 e segg.

<sup>74</sup> Sino ad ora hanno aderito alla Convenzione dell'Aja del 1° luglio 1985 sul trust, la prima fra tutte l'Italia, l'Australia, Malta, i Paesi Bassi, il Regno Unito, il Canada. E questi ultimi due paesi hanno ratificato la Convenzione anche in rappresentanza delle isole: di Guernsey, di Jersey, Turks e Caicos, e delle province di Alberta e della Colombia Britannica.

<sup>75</sup> L'Italia ha ratificato la Convenzione, con legge n. 364 del 16 ottobre 1989, la Convenzione, stipulata all'Aja il 1° luglio 1985, “Sul riconoscimento e sulla legge applicabile al trust”, entrata definitivamente in vigore il 1° gennaio 1992. (in Codice degli enti non Profit di Gregorio Pietro D'Amato, Halley Editrice Srl, 2008, Matelica pagg. 1084 e segg.

Commenti e considerazioni sulla Convenzione dell'Aja si trovano, ex multis, in Von Overbeck, Explanatory Report on the Hague Convention on the Law Applicable to Trusts and their Recognition, in International Legal Materials, 1986, 593 ss.; Id., La Convention de La Haye du premier juillet 1985 relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance, in Annuaire suisse de droit international, 1985, 37 ss.; Hayton, The Hague Convention on the Law Applicable to trusts and on their Recognition, in International and Comparative Law Quarterly, 1987, 278; Gailard & Trautman, trust in Non-Trust Countries: Conflict of Laws and the Hague Convention on Trusts, in American Journal of Comparative Law, 1987, 325 ss.; Id., La Convention du 1° juillet 1985 relative au trust et à sa reconnaissance, in Revue critique, 1986, 20; Maerten, Le régime international du trust après la Convention de La Haye du 1° juillet 1985, in La semaine juridique, 1988, 3319; Jauffret - Spinosi, La Convention de La Haye relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance (1° juillet 1985), in Journal du droit international, 1987, 53 ss.; Revillard, La Convention de La Haye du 1° juillet 1985 sur la loi applicable au trust et à sa reconnaissance, in Rép. Defrénois, 1986, 3373; Kotz, Die 15 Haager Konferenz und das Kollisionsrecht des trust, in RabelsZ, 1986, 562 ss.; Gambaro - Giardina - Ponzanelli (a cura di), Convenzione relativa alla legge sui trusts e al loro riconoscimento, cit., 1212 ss.. Sull'avanprogetto della Convenzione v. P. Piccoli, L'avanprogetto della Convenzione sul trust nei lavori della conferenza di diritto internazionale privato de l'Aja e suoi riflessi di diritto notarile, in Riv. not., 1984, 781 ss., aggiornato con l'entrata in vigore della Convenzione, La Convenzione dell'Aja sulla legge applicabile ai trusts e i riflessi di interesse notarile, in Riv. not., 1990, 92 ss..

dimostrato di considerare l'istituto, sia pure per il tramite delle disposizioni suddette, non incompatibile con gli ordinamenti interni. In altri termini, sostenere che il trust è inconciliabile col diritto positivo italiano non ha significato, perché per addivenire a tale conclusione, bisognerebbe affermare che tutta la legge 364/89 si ha per non scritta<sup>76</sup>.

Va anche detto, che i trusts di cui parla la Convenzione sono una cosa leggermente diversa da quelli conosciuti di derivazione di *common law*<sup>77</sup>, e come ripetutamente già espresso dalla maggioranza degli studiosi e migliore dottrina in materia<sup>78</sup>.

Il riconoscimento internazionale è così riservato soltanto ai *voluntary trusts* ed agli *express trusts*, restando esclusi gli *statutory trusts (implied and constructive trusts)*. Non trovano, pertanto, riconoscimento, per ora, nel nostro ordinamento, i *trusts* legali o giudiziali, ma soltanto quelli costituiti per atto di volontà del disponente.

La Convenzione stabilisce la legge applicabile al trust e regola il suo riconoscimento descritto dall'art. 2, dove, per trust s'intendono i rapporti giuridici istituiti da una persona, il costituente, disponente o *settlor* come viene individuato da alcuni, che è colui che istituisce il trust - con atto tra vivi o *mortis causa* - qualora dei beni siano stati posti sotto il controllo di un trustee – sia esso una persona fisica o giuridica - nell'interesse di un beneficiario – soggetto designato nell'atto istitutivo quale destinatario dei beni e dei redditi da essi prodotti- o per un fine specifico.

Non sempre la struttura del trust è trilaterale. Può accadere infatti che il settlor designi se stesso come trustee, oppure come beneficiario; oppure può accadere che i beneficiari non siano individuati, perché è rimesso al trustee il potere discrezionale di individuarli, come avviene normalmente nei cosiddetti *charitable trusts*; oppure può accadere che il trust persegua uno scopo impersonale.

Ciò che giova sottolineare è che ove il costituente designi sé medesimo come trustee, si verificherà l'ovvia conseguenza che da quel momento gestirà i beni nell'interesse altrui.

D'altro lato, la struttura del trust può divenire quadrilaterale mediante l'inserimento nella sua organizzazione della figura del *protector -Guardiano*. Questa figura è divenuta abbastanza popolare negli ultimi anni, ed è usata con sempre maggiore frequenza. In sostanza si tratta di suddividere i poteri gestori che tradizionalmente venivano affidati al trustee. L'utilità

---

<sup>76</sup> Conf. Tribunale di Bologna 1° ottobre 2003, in Corriere Giuridico, 2004, pagg. 65 e segg..

<sup>77</sup> Si veda in tal caso, Maurizio Lupoi, cit. dove lo definisce “amorfo”, pag. 491 e segg., per le sue peculiari diversità rispetto a quello di diritto inglese, cit. a cui si rimanda per una sua esaustiva e completa trattazione. Il trust può risultare in modo implicito quando deriva da una regola di equità attraverso un constructive trust resulting trust o può essere realizzato in modo espresso quando deriva da un atto volontario del settlor express trust.

<sup>78</sup> Maurizio Lupoi, op. cit, Saverio Batoli “*Il Trust*”, Milano, 2002; G- De Nova, “*Trust negozio istitutivo e negozi dispositivi*”, in Trust, 2000, pag. 162; F. DI Ciommo Proprietà fiduciaria 5/1999.

dell'inserimento del *protector* nella struttura del trust si coglie soprattutto se si pensa ai rapporti con organizzazioni imprenditoriali di tipo parabancario e per le attività tipiche delle Fondazioni. Per la gestione professionale della ricchezza in campo finanziario queste organizzazioni sono ideali, ma non sempre è bene attribuire ad esse tutti i poteri di cui gode il trustee. Il *protector*-Guardiano del trust svolge, quindi, utili funzioni di sorveglianza dell'attività del trustee ed insieme è titolare di poteri straordinari, come in alcuni casi debitamente previsti la sostituzione del trustee, o lo spostamento della sede operativa da un luogo ad un altro, il cui esercizio si dovesse rendere necessario per ottimizzare i risultati attesi dei beneficiari.

Come si desume dallo stesso significato letterale del nome, il trust si fonda essenzialmente sul rapporto di fiducia – anche se va chiarito, come affermato dalla dottrina e giurisprudenza, che il trust non è un negozio fiduciario<sup>79</sup> - così come inteso nel nostro sistema normativo- tra disponente e trustee, rapporto che induce il primo a compiere un'attribuzione patrimoniale in favore del secondo.

In tal modo l'atto istitutivo del trust comporta "l'uscita" dei beni in trust dal patrimonio del disponente e la segregazione dei medesimi, rispetto ai beni personali del trustee, rimanendo questi vincolato, **da una obbligazione di carattere obbligatorio di destinazione, ad amministrare e gestire i beni secondo il programma concordato**, fino all'attribuzione di un beneficio finale al "beneficiario".

## 2. Lo scopo delle Fondazioni e del Trust.

Problemi interpretativi nascono per lo scopo perseguibile dalla fondazione.

Innanzitutto, ci si chiede quali siano i limiti entro i quali l'autonomia privata possa ricorrere all'istituto della fondazione. Secondo alcuni con il negozio di fondazione sarebbe perseguibile "qualunque scopo, di privata o generale utilità", escludendosi, secondo altri, solamente quegli scopi diretti al perseguimento di un vantaggio economico dello stesso fondatore, non mancando peraltro

---

<sup>79</sup> In tal senso, Maurizio Lupoi, cit., pag. 5 dove espressamente ritiene che: "Non è vero che il trust sia negozio fiduciario, come questa categoria è intesa nel nostro sistema giuridico; il trust è una forma di affidamento o in favore di terzi o per il raggiungimento di uno scopo, non necessariamente di origine volontaria."

Non solo la Suprema Corte, Sez. I, 21 maggio 1999, n. 4943 ha stabilito che: Nella società fiduciaria, i fiducianti, dotati di una tutela di carattere reale azionabile in via diretta e immediata nei confronti di ogni consociato, vanno identificati come gli effettivi proprietari dei beni da loro affidati alla società ed a questa strumentalmente intestati.

Istituzionalmente, anche nei confronti dei terzi, le società fiduciarie non sono proprietarie dei titoli azionari loro affidati in gestione; ciò in virtù della disciplina legislativa che le regola. Non entrando i titoli azionari a far parte del patrimonio della società fiduciaria (tanto da non essere aggredibili da parte dei creditori della stessa), la loro proprietà non può che appartenere effettivamente al fiduciante, spettando, alla società fiduciaria, soltanto la legittimazione ad esercitare i diritti connessi alla partecipazione societaria. Cass. civ., Sez. I, 23 settembre 1997, n. 9355 e Cass., civ., Sez. I, 14 ottobre 1997, n. 10031.

chi ammette anche quest' ultima finalità. Secondo l'opinione tradizionale e più seguita, invece, la fondazione può essere costituita solo per scopi caratterizzati dalla "pubblica utilità", o comunque non individuale, personale, economica del fondatore. Si potrà trattare di scopi di ricerca, di attività culturale, benefica e assistenziale e così via.

Generalmente si tratterà di attività non economiche, ma nulla impedisce che la fondazione sia organizzata per la produzione e lo scambio di beni o di servizi (purché sia sempre finalizzata al perseguimento degli scopi ideali tipici della stessa), assumendo i caratteri dell'impresa e assoggettandosi, in caso di dissesto, a fallimento.

Vi sono casi nei quali la fondazione è diretta al perseguimento di scopi solo transitori, ed il suo patrimonio verrà utilizzato in funzione di tali scopi in un periodo di tempo necessariamente circoscritto.

Generalmente gli organi della fondazione si occupano sia dell'amministrazione del patrimonio sia della destinazione delle rendite al perseguimento dello scopo. Secondo autorevole dottrina, può accadere che si creino, all'interno della medesima fondazione, separati organi di gestione oppure che si costituiscano distinte fondazioni: l'una (c.d. fondazione finanziaria o holding) avente ad oggetto l'amministrazione del patrimonio o la gestione dell'impresa e con l'obbligo di devolvere le rendite del patrimonio o gli utili dell'impresa all'altra (c.d. fondazione operante) che utilizzerà il tutto per il perseguimento degli scopi di fondazione.

Lo scopo del Trust invece può essere il più vario ed articolato ma che lo stesso sia meritevole di tutela come voluto dalla Convenzione. Gli scopi possono essere sia di natura pubblica e sia di natura privata non essendoci nessuna differenza a riguardo ma unicamente essere degni di tutela.

### **3. Atto di fondazione e trust e atti di dotazione.**

La fondazione nasce da un atto unilaterale o da una pluralità di atti unilaterali, quando alla sua costituzione partecipino più persone.

Quanto al fondatore, si può trattare di semplici privati, persone fisiche, o di persone giuridiche (società commerciali); si può trattare anche di enti pubblici, i quali creano fondazioni di diritto privato.

Quanto alle modalità di costituzione, le fondazioni, di regola, si costituiscono mediante un atto di volontà del fondatore o dei fondatori (atto di fondazione, integrato dall'atto di dotazione): atto quindi *inter vivos*. In questo caso, autorevolmente, si ritiene l'ente esistente nel momento stesso in cui l'atto (per il quale la legge - sotto pena di nullità - richiede la forma pubblica) viene redatto dal

pubblico ufficiale: si è qui in presenza di una fondazione esistente, ma non ancora riconosciuta, in quanto solo dopo la costituzione può essere avviata la pratica per il riconoscimento.

Le fondazioni possono essere costituite anche per testamento (atto *mortis causa*), non necessariamente pubblico. In questo caso, dottrina e giurisprudenza hanno espresso orientamenti alterni sulla possibilità o meno che le disposizioni testamentarie possano riguardare solo enti già esistenti, anche se di fatto (cioè, non ancora riconosciuti), ovvero anche enti non esistenti, neppure di fatto.

Si ritiene che, nel caso di apposizione di un *modus* ad una istituzione di erede o ad una donazione, con il quale si impone al beneficiario della disposizione di destinare, in tutto o in parte, l'oggetto della disposizione ad un determinato fine di pubblica utilità, non si abbia un negozio tipico di costituzione di fondazione, ma una normale disposizione modale.

In dottrina si è soliti distinguere l'atto di fondazione, diretto alla costituzione dell'ente, dall'atto di dotazione, diretto a fornirgli i mezzi patrimoniali necessari. In particolare, si ritiene che il fondatore fornisca la dotazione patrimoniale sulla base di un atto giuridico distinto ed accessorio rispetto all'atto di fondazione. Non manca in dottrina, peraltro, chi ritiene che l'atto di dotazione, anche se contenuto in un documento separato, faccia parte integrante del negozio di fondazione in quanto il primo, non avendo in sé una propria causa, la trova nel secondo.

La giurisprudenza prevalente, invece, considera i due atti parte integrante l'uno dell'altro e quindi unificati.

A prescindere dalla soluzione di quest'ultimo problema, la dottrina preferibile esclude che l'atto di fondazione possa inquadarsi nelle tradizionali figure di liberalità tra vivi o a causa di morte, preferendo qualificarlo come "un particolare tipo di attribuzione a titolo gratuito", con la conseguente sua assoggettabilità alle norme relative alla riduzione delle disposizioni lesive della legittima e a quelle relative alla revoca degli atti a titolo gratuito compiuti in frode ai creditori.

Includendo in sé un atto di disposizione patrimoniale ed essendo finalizzato all'utilizzazione del patrimonio stesso, si ritiene comunemente che al negozio di fondazione si applichi - in virtù dell'art. 1324 Codice civile - la disciplina generale dei contratti (ad es. in materia di interpretazione) e si possano apporre condizioni sospensive. In tema di invalidità del negozio di fondazione si ritiene, invece, che trovi applicazione l'art. 2332, Codice civile al fine di tutelare la posizione di colui che abbia avuto rapporti con l'ente, e che le cause di nullità e di annullamento, accertate dopo il riconoscimento della fondazione, portino all'estinzione dell'ente.

L'atto di Trust nasce anch'esso come atto unilaterale voluto dal disponente e le regole a cui si dovrà attenere il trustee sono, oltre a quelle che sono dettate nell'atto istitutivo, anche quelle della legge regolatrice prescelta che disciplina la gestione dell'istituto. E' richiesta, inoltre, la forma scritta non *ad substantiam*, ma solo *ad probationem*, - art. 3 L. 364/1989-, ed inoltre la Convenzione non si applica a questioni preliminari relative alla validità dei testamenti o di altri atti giuridici, in virtù dei quali determinati beni sono trasferiti al trustee.

#### **4. Patrimonio nella Fondazioni e nei Trust.**

Il patrimonio è un requisito essenziale della persona giuridica-fondazione, in quanto per le fondazioni gli amministratori non rispondono in proprio, potendo i creditori soddisfarsi solo sul patrimonio dell'ente: l'esistenza del patrimonio rappresenta quindi una garanzia per i terzi, in particolare per i creditori.

La presenza di un patrimonio, invece, si ritiene superflua nella fondazione non riconosciuta per l'illimitata responsabilità gravante sugli amministratori.

Se si aderisce alla tradizionale e meno recente definizione di fondazione come ente costituito da un patrimonio destinato al perseguimento di uno scopo, lo stesso si presenta come fondamentale. Ma la dottrina più attenta ha sottolineato come, oggi, la realtà delle fondazioni sia diversa: vi sono casi nei quali la fondazione sorge priva di patrimonio proprio, acquisendo i mezzi economici per perseguire lo scopo solo attraverso rendite; vi sono casi nei quali la fondazione, esercitando in via strumentale attività commerciali, può ricevere dalla propria attività i mezzi per la realizzazione dello scopo; vi sono casi nei quali è sufficiente indicare nell'atto costitutivo e nello statuto le fonti dalle quali la fondazione trarrà i sussidi economici indispensabili.

Il patrimonio della fondazione può consistere in beni immobili, beni mobili, crediti, titoli di Stato, azioni, obbligazioni o fondi di investimento e in generale titoli di credito.

La disciplina del patrimonio è quella propria delle persone giuridiche.

I controlli del Consiglio di Stato sulla consistenza del patrimonio della fondazione presentano due diverse finalità: una era diretta a prevenire il fenomeno della cosiddetta manomorta (ed era assicurata attraverso il controllo degli acquisti - art. 17, Codice civile, abrogato dall' art. 13, legge 15 maggio 1997, n. 127 - e da un regime totalmente libero per le alienazioni), l'altra è volta ad assicurare la permanenza del patrimonio quale garanzia per i terzi e i creditori ed il perseguimento dello scopo dell'ente.

Nell'atto di Trust i beni segregati escono dal patrimonio del disponente ed entrano nella sfera di controllo patrimoniale del trustee, costituendo un patrimonio separato, distinto dai restanti beni personali di quest'ultimo ed insensibile alle vicende di questi.

Così non va confuso il trust con il negozio fiduciario, come inteso nel nostro ordinamento, come espresso da autorevolissima dottrina<sup>80</sup>, del resto lo stesso autore<sup>81</sup> descrive efficacemente la differenza tra negozio fiduciario e negozio trust, dove la controparte del trustee non è il disponente, mentre nel negozio fiduciario la controparte del fiduciario è il fiduciante, controparte del trustee sono i beneficiari e, nei trusts senza beneficiari, il soggetto legittimato ad agire contro il trustee per l'adempimento delle obbligazioni a carico di quest'ultimo<sup>82</sup>.

Il trust è un atto unilaterale di affidamento o in favore di terzi o per il raggiungimento di uno scopo<sup>83</sup>, a cui non si attribuiscono poteri come invece si attribuiscono al fiduciante, ma al trustee viene indicato il fine/scopo e vengono conferiti i poteri più o meno estesi o ristretti con l'atto istitutivo unilaterale "il percorso" di gestione a cui si dovrà attenere, - potere che può andare dalla possibilità di alienare o non alienare affatto i beni in trust - pena la sua immediata revoca.

L'elemento caratteristico del trust è la **segregazione**, cioè la separazione dei patrimoni da quello del disponente; infatti, quest'ultimo non può avere la restituzione dei beni dal trustee a meno che ciò non sia stato espressamente stabilito nell'atto istitutivo. Rispetto al trustee: sono irrilevanti le sue vicende personali rispetto ai beni conferiti in trust che non entrano nella massa attiva in caso di fallimento del trustee, non possono essere aggrediti dai creditori personali del trustee, non fanno parte della sua successione e del regime matrimoniale. Rispetto al beneficiario vi è l'impossibilità dei creditori personali dei beneficiari di aggredire i beni in trust prima che questi siano trasferiti agli stessi, nonché, l'impossibilità di ottenere i beni in trust prima della scadenza del termine stabilito nell'atto istitutivo.

Del resto, il trust disciplinato dalla Convenzione, prescrive specificatamente, le seguenti caratteristiche:

- a) i beni del trust costituiscono una massa distinta e non fanno parte del patrimonio del trustee;
- b) i beni del trust sono intestati a nome del trustee o di un'altra persona per conto del trustee;
- c) il trustee è investito del potere e onerato dell'obbligo, di cui deve rendere conto, di amministrare, gestire o disporre beni secondo i termini del trust e le norme particolari impostegli dalla legge;
- d) il fatto che il costituente conservi alcune prerogative o che il trustee stesso possieda alcuni diritti in qualità di beneficiario non è necessariamente incompatibile con l'esistenza di un trust.

Il principio della segregazione dei patrimoni e la separazione dei beni in trust insensibili alle vicende personali sia del trustee, si veda art. 2 e 11 della Convenzione, e sia del disponente e dei

---

<sup>80</sup> M. Lupoi, *Trust interni e negozi di affidamento fiduciario*, Cedam, 2007

<sup>81</sup> M. Lupoi cit. nota 8

<sup>82</sup> M. Lupoi, *Trusts*, cit. pag. 5.

<sup>83</sup> In tal senso Maria Grazia Monegat, *Trust aspetti sostanziali e applicazione nel diritto della famiglia e delle persone*, G. Giappichelli, To, 2007, pag. 42.

beneficiari, in base alla legge a cui si rinvia per la disciplina dell'istituto del trust, art. 6 della Convenzione<sup>84</sup>, non è poi una novità nel sistema giuridico italiano.

L'effetto segregativo tipico ed essenziale nella struttura del trust, non è conseguenza della mera volontà delle parti, bensì discende da specifiche disposizioni normative, e l'art. 11 della Convenzione dell'Aja afferma inequivocabilmente che: *“Tale riconoscimento implica, quantomeno, che i beni in trust rimangono distinti dal patrimonio personale del trustee. Si verifica, quindi, che i beni conferiti in trust non entrano a far parte del patrimonio del trustee se non per la realizzazione dello scopo indicato dal disponente e col fine specifico di restare separati dai suoi averi anche futuri.”*

L'effetto principale ed essenziale del trust è quello di segregare una posizione soggettiva e destinarla ad una specifica finalità, con l'effetto - tutt'altro che secondario - di renderla intangibile ai creditori del trustee. La possibilità di costituire patrimoni autonomi o separati non costituisce affatto un'assoluta novità nell'ordinamento giuridico italiano: si va dalla previsione di cui all'art. 1707 c.c. sino alla previsione dei patrimoni destinati ad uno specifico affare previsti per le Società per Azioni di cui all'art. 2447/bis c.c. e segg. in materia di riforma del nuovo diritto societario<sup>85</sup>.

---

<sup>84</sup> Si veda sub nota 6 cit. Codice degli enti non profit, D'Amato Gregorio Pietro.

<sup>85</sup> Si veda quanto già stabilito dal Tribunale di Bologna con la sentenza n. 4545 del 1° ottobre 2003: dove è stato esaurientemente indicato che il concetto di patrimonio separato non è sconosciuto dal nostro sistema giuridico in particolare: l'art. 1707 c.c. prevede un meccanismo di separazione per i beni mobili o i crediti acquistati in proprio dal mandatario per conto del mandante in forza di atto avente data certa anteriore al pignoramento; gli artt. 167 ss. c.c. vincolano alle esigenze della famiglia i beni costituiti in fondo patrimoniale, sui quali possono soddisfarsi solo i creditori indicati all'art. 170 c.c.; ex art. 1881 c.c. può divenire "patrimonio separato" (e non aggredibile) la rendita vitalizia costituita a titolo gratuito nei limiti del bisogno alimentare del beneficiario; l'art. 1923 c.c. sottrae le somme dovute dall'assicuratore (per assicurazione sulla vita) all'azione esecutiva dei creditori del contraente o del beneficiario, frantumando l'unicità del patrimonio; significativamente, l'art. 490 c.c. statuisce che "l'effetto del beneficio d'inventario consiste nel tener distinto il patrimonio del defunto da quello dell'erede"; l'art. 2117 c.c. (richiamato dal D.lgs. 124/1993) consente la creazione di "patrimoni di destinazione" (così definiti da Cass. 2824/1975) come fondi speciali per la previdenza e l'assistenza. Ancor più pregnanti sono gli esempi di "segregazione" offerti dalla legislazione speciale più recente (sul punto, Trib. Bologna, decreto 18/4/2000): l'art. 3 della legge 23/3/1983 n. 77 sui fondi comuni di investimento immobiliare (ora abrogato dal D.lgs. 58/1998) prevedeva: "ciascun fondo comune costituisce patrimonio distinto a tutti gli effetti dal patrimonio della società di gestione e da quelli dei partecipanti, nonché da ogni altro fondo gestito dalla medesima società di gestione. Sul fondo non sono ammesse azioni dei creditori della società gerente"; la norma suddetta è stata ripresa ed ampliata dal testo unico in materia di intermediazione finanziaria (D.lgs. 24/2/1998 n. 58) il quale, all'art. 22 (rubricato "Separazione patrimoniale"), stabilisce che "nella prestazione dei servizi di investimento e accessori gli strumenti finanziari e le somme di denaro dei singoli clienti, a qualunque titolo detenuti dall'impresa di investimento, dalla società di gestione del risparmio o dagli intermediari finanziari iscritti ... nonché gli strumenti finanziari dei singoli clienti a qualsiasi titolo detenuti dalla banca, costituiscono patrimonio distinto a tutti gli effetti da quello dell'intermediario e da quello degli altri clienti. Su tale patrimonio non sono ammesse azioni dei creditori dell'intermediario o nell'interesse degli stessi, né quelle dei creditori dell'eventuale depositario o sub-depositario o nell'interesse degli stessi"; l'art. 4 del già menzionato D.lgs. 21/4/1993 n. 124, riformato dalla legge 335/1995, stabilisce che "fondi pensione possono essere costituiti ... attraverso la formazione con apposita deliberazione di un patrimonio di destinazione, separato ed autonomo, nell'ambito del patrimonio della medesima società od ente, con gli effetti di cui all'articolo 2117 del codice civile"; la disposizione dell'art. 3 della legge 130/1999 prevede che "i crediti relativi a ciascuna operazione [di cartolarizzazione di crediti] costituiscono patrimonio separato a tutti gli

Quindi, l'effetto segregativo prodotto dal trust nel patrimonio del trustee trova una sua legittimazione in virtù di specifiche disposizioni previste nella Convenzione dell'Aja ed introdotte nell'ordinamento italiano con la legge di esecuzione. In effetti gran parte della dottrina ha argomentato che la stessa legge di ratifica ha introdotto nell'ordinamento una deroga all'art. 2740 c.c. nella parte in cui è stabilito che consente limitazioni di responsabilità "nei casi stabiliti dalla legge"<sup>86</sup>.

Lo stesso concetto di "trasferimento della proprietà" di cui al n. 1 dell'art. 2643 c.c. non appare più del tutto univoco, a fronte dell'emersione di istituti nei quali lo stesso diritto di proprietà si atteggia con modalità parzialmente diverse da quelle tradizionali (si pensi alla multiproprietà ovvero alla proprietà fiduciaria). L'attuale ritenuta ammissibilità della trascrizione di istituti quali le obbligazioni *propter rem* ovvero convenzioni che impongono vincoli di natura amministrativa, può senza dubbio rappresentare una frattura al principio di tassatività sopra richiamato e connettersi alla finalità di pubblicizzare anche diritti diversi da quelli tipici reali, i quali creino una particolare compressione della proprietà. Pertanto, non sono ravvisabili ostacoli particolari all'assimilazione degli effetti conseguenti ad un atto istitutivo di trust ad almeno taluno di quelli conseguenti ai contratti che trasferiscono la proprietà di beni immobili. Infatti, il trust opera effettivamente un trasferimento in capo al trustee della titolarità dei beni, c.d. proprietà segregativa unicamente limitata con le connesse facoltà di godimento e disposizione imposte dai vincoli dell'atto per il perseguimento dello scopo/finalità previste dal disponente. La proprietà dei beni in trust è, pertanto, certamente qualificabile e gli effetti dell'atto istitutivo e sembrano senza dubbio rientrare tra quelli

---

effetti da quello della società e da quello relativo alle altre operazioni. Su ciascun patrimonio non sono ammesse azioni da parte di creditori diversi dai portatori dei titoli emessi per finanziare l'acquisto dei crediti stessi"; statuizioni analoghe a quella ora richiamata sono previste dalle leggi sulla cartolarizzazione dei crediti INPS (art. 13 L. 448/1998, come modificato dalla L. 402/1999) e sulla privatizzazione del patrimonio immobiliare pubblico (art. 2 L. 410/2001); da ultimo, la recente riforma del diritto societario ha inserito nel codice civile l'art. 2447-bis sui "patrimoni destinati ad uno specifico affare" che, come sostiene un autore, consente alle società di realizzare un trust autodichiarato dato che l'art. 2447-quinquies c.c. esclude la possibilità per i creditori societari di far valere diritti su quel fondo così costituito.

<sup>86</sup> In tal senso Antonio Gambaro in, *Trust, diritti reali e Trascrizioni*, l'autorevole autore argomenta che: "Nemmeno è esatto sostenere che la Convenzione non può derogare, in quanto si tratterebbe di norma di applicazione necessaria, all'art. 2740 c.c., *rectius*: non può scalfire l'interpretazione che taluno ne dà. Perché anche in questo caso la contraddizione logica in cui si cade è immediatamente evidente. Infatti, la lettura dell'art. 2740 c.c. che si propone è che le limitazioni della responsabilità patrimoniale del debitore, nel senso di aggredivibilità del suo patrimonio, sono fissate dalla legge e non dall'autonomia privata. A parte tutte le riserve che si possono nutrire verso simile tesi, traspare subito che, allora, il testo dell'art. 11 della legge 16 ottobre 1989, n. 364 è più che sufficiente per configurare una ennesima limitazione legislativa della responsabilità patrimoniale disposta dalla norma codicistica. Sicché ancora una volta è arduo comprendere dove stia il problema. E' ovvio che recependo il trust si modifica l'assetto del diritto interno a questo riguardo, ma questo il legislatore italiano lo sapeva bene e la sua scelta non mi pare sindacabile in sede di interpretazione.

considerati dal legislatore ai sensi dell'art. 2643 n. 1 e 2645 c.c. e o meglio più sinteticamente quali **obbligazione propter rem** .

In sostanza, mentre la titolarità del diritto di proprietà è piena, l'esercizio di tale diritto per il trustee è invece limitato al perseguimento degli scopi indicati nell'atto istitutivo.

Qualora il trustee sia soggetto diverso dal disponente, il trasferimento al trust dei beni, così come la "perdita di controllo" da parte del disponente sui medesimi beni, sono requisiti qualificanti del trust e per la sua stessa validità.

#### **5. Sede della Fondazione e Trust.**

L'indicazione della sede per le fondazioni deve essere, ai sensi dell'art. 16, Codice civile, indicata nell'atto costitutivo e nello statuto, quale condizione del riconoscimento. In base all' art. 46, Codice civile, se la sede indicata sia diversa da quella effettiva (cioè, da quella in cui opera l'organo amministrativo), i terzi potranno considerare come sede dell'ente sia quella indicata nell'atto costitutivo sia quella effettiva.

Si ritengono ammissibili, analogamente alle società, anche sedi secondarie purché dotate del requisito della "rappresentanza stabile" di cui all' art. 2299 Codice civile.

La sede del Trust rappresenta certamente un elemento importante ma la stessa potrà essere agganciata alla sede del Trustee e quindi variare con il cambiamento del Trustee senza per questo modificare l'atto Istitutivo.

#### **6. Amministrazione del Trust e Fondazione.**

Lo statuto della fondazione deve contenere le prescrizioni in ordine agli organi che ne hanno l'amministrazione, alla loro composizione e alle modalità della relativa nomina, ai rispettivi poteri di amministrazione e di rappresentanza. L'organo amministrativo può essere unipersonale, ma per lo più è collegiale; si è visto come in molti statuti vengono previste pluralità di organi amministrativi e di controllo (Comitati direttivi, Comitati esecutivi, Collegi sindacali, Collegi arbitrali ecc.).

Gli amministratori delle fondazioni, contrariamente a quelli delle associazioni, possono essere nominati a vita. I criteri per la loro nomina sono assolutamente liberi: spesso si fa coincidere la qualifica di amministratore con cariche pubbliche o private, ovvero si può far designare gli amministratori dai titolari di quelle cariche; lo stesso fondatore può riservare a sé o ai propri eredi la qualità di amministratore; amministratori potranno essere addirittura altre persone giuridiche.

E' rilevante osservare che, ove si ammettano modifiche all'atto costitutivo della fondazione, gli amministratori potranno essi stessi, in conformità alle disposizioni statutarie, approvare le dette modifiche, in quanto nelle fondazioni è assente l'organo assembleare.

Nel trust una specifica legge dell'amministrazione manca e si dovrà fare riferimento sino a quando lo stato Italiano non emanerà una legge in tal senso ad una legge di uno stato straniero che, però ha recepito la Convenzione dell'Aja per la disciplina della sua amministrazione. Di solito le linee guida dell'amministrazione del Trust sono impartite con l'atto Istitutivo di Trust dettate dal Disponente ed alle quali il Trustee si dovrà necessariamente adeguare e seguire, anche perché in caso di suo inadempimento e non conforme applicazione sarà compulsato ed a volte sostituito dalla figura del Guardiano che ha il compito di vigilare sull'operato del Trustee a che adempia perfettamente alle istruzioni ad esso impartite con l'atto istitutivo e della legge regolatrice.

Un ulteriore elemento che emerge dalla Convenzione è l'assoluta libertà di scelta della legge regolatrice del trust da parte del *settlor*, cfr. art. 6 della Convenzione, per la cui operatività non prevede alcun limite in relazione ai legami oggettivi e soggettivi intercorrenti tra gli elementi del rapporto fiduciario e la legge regolatrice. La Convenzione, non indica, quale presupposto per la sua applicazione la presenza di ulteriori elementi di estraneità, se non la scelta della legge straniera applicabile, purché il diritto applicabile ex art. 6 (o, eventualmente, ex art. 7) della Convenzione, conosca il trust o la categoria di trust in questione, secondo l'espressa prescrizione dell'art. 5. Quest'ultima disposizione conferma che l'unico presupposto applicativo della disciplina convenzionale (e del consequenziale riconoscimento del trust istituito) è la specificazione di una legge secondo le disposizioni del Capitolo II della Convenzione dell'Aja.

#### **7. Raggiungimento dello scopo.**

Quando lo scopo per le Fondazioni è esaurito o è divenuto impossibile o di fondazione scarsa utilità, o il patrimonio è divenuto insufficiente, l'autorità governativa, anziché dichiarare l'estinzione della fondazione, può provvedere alla sua trasformazione, cercando di allontanarsi il meno possibile dalla volontà del fondatore. La trasformazione, tuttavia, non è ammessa quando i fatti che vi darebbero luogo sono considerati nell'atto di fondazione come causa di estinzione della persona giuridica e di devoluzione dei beni a terze persone e qualora si tratti di fondazioni familiari (art. 28 Codice civile).

Nel caso in cui non sia effettuata la trasformazione, viene dichiarata l'estinzione della fondazione e si procede alla liquidazione del patrimonio, con conseguente applicazione degli artt. 29 e 30 Codice civile.

I beni della persona giuridica, che restano una volta esaurita la liquidazione, sono devoluti in conformità dell'atto costitutivo e dello statuto; qualora questi non dispongano, provvede l'autorità governativa, attribuendo i beni ad altri enti che hanno fini analoghi (art. 31 e 32 Codice civile).

Si è visto come la distinzione tradizionale tra fondazione come *universitas honorum*, complesso di beni diretto al perseguimento di uno scopo, e associazione come *universitas personarum*, insieme di persone unite per il perseguimento di uno scopo comune, sia stata ampiamente criticata dalla dottrina più recente.

La dottrina preferibile e più accreditata ricerca la distinzione tra i due istituti all'interno di una categoria omogenea, cioè quella delle organizzazioni collettive, le quali possono assumere la veste dell'associazione o della fondazione. Le due figure costituiscono espressione di autonomia negoziale, entrambe nascendo da un negozio giuridico e svolgendo attività - finalizzate al perseguimento di uno scopo - esecutive dei rispettivi negozi costitutivi. In dottrina le principali differenze tra le due figure si riscontrano nella diversa natura dei rispettivi atti costitutivi e nelle differenti modalità di esecuzione degli stessi. A prescindere dalla constatazione che la fondazione può essere, a differenza dell'associazione, costituita da una sola persona, l'atto costitutivo della fondazione ha sempre natura di negozio unilaterale, quello dell'associazione è sempre un contratto. Inoltre, il fondatore non partecipa alla fase dell'esecuzione dell'atto di fondazione essendosi spogliato, definitivamente e al momento della stesura dell'atto costitutivo e di dotazione, del patrimonio; diversamente nell'associazione, dove i contraenti concorrono nello svolgimento della gestione dell'associazione, magari influenzando.

Con il Trust al raggiungimento dello scopo i beni possono ritornare al Disponente se ancora in vita od ai suoi eredi o devoluti in altri trust o addirittura a terzi. Quindi al raggiungimento dello scopo si pone la libera scelta, sempre però prima preventivamente stabilita dal disponente con l'atto istitutivo di devolvere il patrimonio de *residuo* a chi intende devolverlo lo stesso disponente e non il trustee per sua scelta a cui potrà competere il *quomodo* e la scelta fra i beneficiari ma che non siano estranei a coloro che preventivamente sono stati già individuati dal Disponente.

## 8. Riconoscimento.

L'elemento caratterizzante tra la Fondazione ed il Trust è il riconoscimento giuridico della qualifica di personalità giuridica per la fondazione come anche le associazioni acquistano la personalità giuridica. Le fondazioni devono essere costituite con **atto pubblico** e possono essere disposte anche con testamento. L'atto costitutivo e lo statuto devono contenere:

- la denominazione della fondazione;

- lo scopo;
- il patrimonio;
- la sede;
- le norme sull'ordinamento e sull'amministrazione;
- i criteri e le modalità di erogazione delle rendite.

L'atto costitutivo e lo statuto possono inoltre contenere le norme relative alla estinzione dell'ente, alla devoluzione del patrimonio e quelle relative alla loro trasformazione

Il riconoscimento della personalità giuridica delle fondazioni sono attribuite dopo il DPR 10 febbraio 2000 n. 361:

- alle prefetture per le fondazioni che operano in ambito nazionale;
- alle regioni per le fondazioni che operano soltanto in uno specifico ambito regionale o più ristretto.

Presso ogni prefettura e ogni regione è istituito un apposito registro delle persone giuridiche private.

La procedura di riconoscimento si apre con la domanda del soggetto fondatore alla quale vanno allegati l'atto costitutivo, lo statuto in copia autenticata e la documentazione attestante che la consistenza patrimoniale dell'ente è adeguata per realizzare lo scopo della fondazione.

Con il riconoscimento della personalità giuridica, la fondazione diviene un soggetto di diritto, con autonoma capacità giuridica e capacità d'agire.

I procedimenti di riconoscimento variano a seconda del tipo di fondazione e sono disciplinati da normative diverse:

Enti ecclesiastici: Art. 1 L. 20 maggio 1985 n. 222;

Fondazioni di Culto: Art. 12 L. 20 maggio 1985, n. 222;

enti gestori di forme obbligatorie di previdenza e assistenza: D. Lgs. 30 giugno 1994, n. 509;

Enti che operano nel settore musicale: D. Lgs. 29 giugno 1996, n. 367;

Enti lirici e istituzioni concertistiche assimilate: D. L. 24 novembre 2000, n. 345 convertito con modificazioni dalla legge 26 gennaio 2001, n. 6.

ONLUS art. 10 e ss. D. lgs. 04 dicembre 1997, n. 460.

Istituti di patronato ed assistenza: art. 3 L. 30 marzo 2001, n. 152;

IPAB: D. Lgs. 04 maggio 2001, n. 207.

Oltre ai normali adempimenti notarili (iscrizione e repertorio, registrazione dell'atto all'Ufficio del registro, trascrizione presso la Conservatoria dei registri immobiliari competente e, se si tratti di fondazione costituita per testamento, invio della scheda del registro generale testamenti all'archivio notarile e di copia del verbale di pubblicazione del testamento alla cancelleria della pretura del luogo dell'aperta successione), il notaio dovrà, ai sensi dell'art. 3, disp. att., Codice civile, entro 30

giorni dalla data dell'atto, fare denuncia al prefetto dell'avvenuta costituzione della fondazione, denuncia che dovrà contenere gli estremi essenziali dell'atto, il testo letterale concernente la liberalità, l'indicazione degli eredi e della loro residenza.

Per il riconoscimento del Trust invece non occorre che lo stesso sia soggetto ad una verifica pubblica preventiva essendo sufficiente che l'atto istitutivo sia solo registrato presso la competente Agenzia delle Entrate.

Quindi non occorre un patrimonio minimo non occorre che l'atto sia fatto per atto pubblico ma solo con scrittura privata registrata, anche per poter svolgere le attività specificatamente indicate sopra e svolte dalle varie tipologie di Fondazioni, con l'utilizzo che se ne vuole fare, dotando il trust di mezzi finanziari necessari per raggiungere uno scopo, che potranno anche essere immessi anche successivamente, sicuri però che una volta conferiti gli assets in Trust per il principio della segregazione, saranno intangibili alle vicende personali del disponente e destinate specificamente al fine per il quale saranno utilizzati.

#### **9. Fondazioni e Trust per la famiglia e per soggetti deboli –conclusioni.**

Vi è una similitudine tra le fondazioni di famiglia e Trust di famiglia. Ma quest'ultimi presentano una convenienza in special modo per i Trust di famiglia per disabili.

Le fondazioni di famiglia sono destinate a vantaggio soltanto di una o più famiglie determinate (art. 28, comma 3, cc.) . Il testatore - qualora abbia stabilito l'inalienabilità del proprio patrimonio e ne abbia affidato l'amministrazione ad alcuni esecutori, attribuendo, contemporaneamente, l'usufrutto dei beni che compongono il patrimonio ai discendenti, in ordine successivo, di una determinata linea della propria famiglia - così facendo non costituisce una fondazione avente personalità giuridica, in quanto difetta uno scopo che funga da elemento unificante dei detti beni, bensì dà vita ad un ente di mero fatto; quest'ultimo anche se sia stato validamente costituito nel vigore di leggi antecedenti, è incompatibile con l'attuale ordinamento giuridico, poiché, oltre a perseguire finalità analoghe a quelle della sostituzione fedecommissaria, si pone in contrasto con divieti sanciti da norme di ordine pubblico ( art. 469, 692, 698, 699, 796, 979, 1379 ce.) che fissano dei limiti all'autonomia privata ( Cass. civ., sez. II, 10 luglio 1979, n. 3969). Ad ogni modo, la fondazione familiare è ammessa solo qualora allo scopo di carattere familiare si accompagni un interesse di carattere generale, quale ad esempio quello di mantenere agli studi i membri della famiglia<sup>87</sup> .

---

<sup>87</sup> Gazzoni, Manuale di Diritto Privato, ESI, 2003,163

Mentre alla luce delle caratteristiche su richiamate, il *trust* sembra, tra l'altro, particolarmente adatto a rispondere ad alcune istanze provenienti da talune categorie di soggetti, in specie da quelle più deboli. Invero, oggi più che nel passato, è vivamente avvertita l'esigenza di provvedere all'assistenza dei soggetti portatori di *handicap* dopo la morte dei loro genitori ovvero per garantire l'assistenza agli anziani, in specie non autosufficienti ricoverati presso case di cura. Il desiderio dei genitori di assicurare al figlio tutta l'assistenza di cui necessita dopo la loro morte può essere realizzato attraverso l'istituzione del *trust*, che risulta più conveniente e più snello anziché con la costituzione di una Fondazione.

Il problema non è solo economico, perché spesso riguarda le specifiche condizioni di vita di questi soggetti, il luogo dove devono alloggiare e con chi, le loro particolari abitudini, le singole forme di assistenza da parte di personale esperto e così via. L'aspetto economico riguarda, per esempio, il desiderio dei genitori di riservare una parte del loro patrimonio al soddisfacimento delle esigenze del soggetto portatore di *handicap*: patrimonio spesso modesto, frutto dei non indifferenti sacrifici di una vita, finalizzati proprio a rendere meno precaria e stentata la vita del figlio disabile. Quindi, la destinazione dei frutti del patrimonio per sostenere direttamente ogni costo inerente alla vita del soggetto portatore di *handicap*, l'alienazione di cespiti del patrimonio qualora i frutti si rivelino insufficienti, la riscossione delle pensioni di invalidità o reversibilità di cui i soggetti siano titolari. Non solo, molte famiglie hanno altri figli, oltre al figlio portatore di *handicap*, ed hanno, quindi, interesse a soddisfare le esigenze del figlio più debole e, alla sua morte, attribuire quegli stessi beni ad altri figli.

In Italia, gli strumenti giuridici tradizionali a disposizione si sono dimostrati inadeguati al soddisfacimento di queste esigenze: l'istituto del *trust* pare in grado di colmare questo *gap* del nostro ordinamento giuridico e di realizzare queste finalità. Le caratteristiche del *trust*, così come sopra descritte, fanno sì che questo istituto possa invero trovare un utilizzo preferenziale rispetto alla Fondazione molto più complessa e che presenta dei costi iniziali e di gestione più elevati rispetto al Trust.

Il riconoscimento dell'istituto del Trust nel nostro ordinamento costituisce un efficiente strumento di tutela del disabile, in previsione soprattutto del decesso delle persone normalmente deputate alla sua assistenza, poiché viene utilizzato per tutelare sia interessi morali che patrimoniali, come per esempio la possibilità di destinare beni immobili o mobili registrati al soggetto bisognoso, e permette al disabile di rendersi parte di atti e rapporti giuridici.

Oggi, quindi, qualsiasi cittadino italiano può validamente istituire un *trust*, ovvero un rapporto giuridico avente ad oggetto beni di qualsivoglia natura, per beneficiare persone dallo stesso, a sua scelta, individuate. Il *trust* è un istituto che si basa essenzialmente su un rapporto fiduciario tra disponente (c.d. settlor) ovvero il titolare del bene o del patrimonio e il soggetto cui vengono

trasferiti i beni ed a cui viene affidata la gestione (c.d. trustee) del patrimonio e la cura degli interessi del beneficiario.

Il trustee, gestore del trust, è equiparabile alla figura del tutore, ma se ne differenzia dal punto di vista giuridico poiché il trustee riceve i beni per amministrarli secondo le disposizioni impartitegli con l'atto istitutivo del trust e ne acquista la proprietà, anche se vincolata allo scopo e dalle regole dettate dai genitori per la successione del gestore; il tutore, invece, non diviene titolare di alcun patrimonio, poiché è solo un rappresentante legale nominato dal tribunale.

Nel caso specifico in cui il genitore richieda che il suo patrimonio venga utilizzato per provvedere alla tutela del figlio disabile sia da un punto di vista economico che assistenziale, il genitore costituisce un trust che abbia come scopo il mantenimento e la cura del figlio disabile attraverso una gestione professionale del patrimonio.

Con l'atto istitutivo del trust, il genitore/disponente disciplina le situazioni giuridicamente bisognose di regolamentazione, ne individua le finalità, identifica i soggetti coinvolti ed i rispettivi ruoli, descrive la patologia del figlio e le terapie e le assistenze necessarie.

Il trustee acquista la proprietà dei beni conferiti in trust per disporne esclusivamente ai fini della realizzazione dello scopo del trust ovvero per mantenere, sostenere e curare il soggetto disabile fino alla sua morte.

L'effetto tipico del trust è la segregazione patrimoniale poiché il patrimonio conferito al trustee rimane insensibile alle vicende personali di quest'ultimo oltre che quelle proprie del disponente.

Infatti, i beni conferiti in trust ed a questo fine trasferiti al trustee, non entrano a far parte del patrimonio personale di quest'ultimo con la conseguenza che i beni segregati non sono soggetti alle pretese dei creditori personali né rientrano nel regime patrimoniale e/o successorio del trustee.

Ciò evita la possibile o eventuale commistione fra i beni personali del gestore degli interessi del bisognoso ed i beni da affidarsi al gestore stesso per la cura del bisognoso.

In conclusione, l'utilizzo del trust si presenta più semplice, flessibile e vantaggioso per l'amministrazione degli interessi familiari nonché per un soggetto disabile rispetto ad altri istituti quali l'Amministratore di sostegno e la sostituzione fedecommissaria, nonché attraverso l'istituto della Fondazione.

La disciplina sull'amministratore di sostegno, recentemente introdotta nel Codice Civile agli artt. 404 ss. dalla Legge 9 gennaio 2004 n. 6, prevede per la sua applicazione una forma semplificata e tempi ridotti, ma comporta comunque il ricorso ad una procedura pubblica non sempre preferibile

al carattere strettamente privatistico e fiduciario del trust e adeguata alla gestione degli interessi del disabile.

L'istituto della Sostituzione fedecommissoria prevista agli artt. 692 e 699 codice civile, nonostante persegua gli stessi fini del Trust, non può essere utilizzato quando il disabile non è persona interdetta; il trust invece può operare sia in presenza che in assenza di provvedimenti formali di interdizione e di inabilitazione. Inoltre, il Trust evita la doppia successione tipica della sostituzione fedecommissoria per effetto della quale i genitori istituiscono erede l'incapace con la previsione che i beni ereditari siano conservati per essere attribuiti, alla sua morte, alla persona o all'ente che ne ha avuto cura. Nel Trust, invece, il trustee acquista la proprietà dei beni ma non è istituito erede. Non potendo comunque pregiudicare l'applicazione di norme imperative; in particolare non può contrastare con le norme interne relative alla protezione dei minori e degli incapaci e con quelle relative alle successioni degli eredi legittimari.

Oltre a questi vantaggi, accanto anche alla possibilità, dei benefici di carattere fiscale sia per le imposte dirette e sia per le imposte indirette, essendo stato riconosciuto il Trust che non esercita attività d'impresa quale ente senza scopo di lucro stabilito dall'art. 73 del TUIR 1986, va ulteriormente considerato l'ulteriore beneficio derivante dall'eventuale riconoscimento come ONLUS.