

ANNO I N. 4

settembre - ottobre 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

Sommario

EDITORIALE	5
LA COMPOSIZIONE NEGOZIATA DEL CCII NON DECOLLA, ED ORA LA DELEGA FISCALE INTENDE FARE RIENTRARE IN GIOCO IL TRIBUNALE PER IL “CREDITORE FISCO” PER ARRIVARE ALL’ACCORDO NEGOZIATO.	5
CRISI D’IMPRESA	11
LA TRANSAZIONE TRIBUTARIA E CONTRIBUTIVA PER GLI ACCORDI DI RISTRUTTURAZIONE PREVISTI DAL CCII NON È PIU’ COSÌ CONVENIENTE DOPO L’11 AGOSTO 2023	11
<i>Le percentuali minime per accedere sono in linea con le previsioni del PNRR e con i principi dettati dalla direttiva (UE) 2019/1023?</i>	11
Diritto Crisi D’impresa e Consumatori	32
CLAUSOLE ABUSIVE NEI CONTRATTI CON I CONSUMATORI DOPO LA CASSAZIONE SENTENZA S.U. 4979/2023	32
VADEMECUM DEL TRIBUNALE DI MILANO	32
LA DISCRIMINAZIONE A ROVESCIO DELLA LEGGE n. 111 DEL 14 AGOSTO 2023.	41
ANCORA PER LE NOTIFICHE DA PEC “NON DOMICILIO DIGITALE” DI ADER SONO INESISTENTI?	50
<i>Un rinvio alla Corte Costituzionale, se non intervengono prima le S.U. della Cassazione, forse, è auspicabile.</i>	50
ESAME DI ABILITAZIONE FORENSE 2022 E LA <i>LONGA MANUS</i> DEI “SEGUACI DI DAVOS”	94
L’AVVISO DI ACCERTAMENTO PRECEDENTE ALLA TRASFORMAZIONE VA NOTIFICATO IN CAPO ALLA SOCIETÀ’ TRASFORMATA.	98
LA RIFORMA CARTABIA NEL PROCESSO DI FAMIGLIA, MINORENNI E PERSONE	105
<i>IL DIRITTO SUCCESSORIO : “VADEMECUM” DI SOPRAVVIVENZA</i>	121
<i>LA TUTELA PATRIMONIALE IN MATERIA SUCCESSORIA</i>	121
DIRITTO SANITARIO	131
DIRIGENZA MEDICA E MANCATO CONFERIMENTO INCARICO: IL RISARCIMENTO DEL DANNO	131
<i>Nota a sentenza Corte di Cassazione Sez. Lavoro (ud. 01/02/2023) dep. 27/03/2023 n. 8663.</i>	131
GIURISPRUDENZA TRIBUTARIA	135
NON SI VERIFICA LA RESPONSABILITÀ DEI SOCI DI CAPITALI PER DEBITI TRIBUTARI DELLA SOCIETÀ’ ESTINTA	135

Nota a Cass. civ., Sez. V, ordinanza (ud. 28/09/2023) dep. 17/10/2023, n. 28817.....	135
DIRITTO PENALE IL PROVVEDIMENTO DEL GIUDICE DI PACE, CHE ACCERTA LA NULLITÀ DELLA NOTIFICAZIONE EX ART. 20 BIS DECRETO LEGISLATIVO 274/2000	148
Nota a sentenza Cassazione Sezioni Unite Penali (ud. 13/07/2023) dep. il 18/10/2023 n. 42603.....	148
DIRITTO DEI TRUST.....	156
IL LEGITTIMARIO DEL DISPONENTE CHE RITIENE DI ESSERE LESO NELLA QUOTA DI LEGITTIMA NON PUO' CHIEDERE LA NULLITA', INESISTENZA, SIMULAZIONE O INVALIDITA' DEL TRUST DOVE E' EGLI STESSO UN BENEFICIARIO <i>CONTINGENT</i> . È ESPERIBILE L'AZIONE DI RIDUZIONE NEL CASO RICORRANO LE CONDIZIONI	156
IL GUARDIANO NON È LITISCONSORZIO NECESSARIO	156
Nota a Sentenza del Tribunale di Salerno del 05 maggio 2023 n. 2340.....	156
<i>I NEW INVESTIGATIVE TOOLS</i> TRA VUOTO NORMATIVO E PROSPETTIVE <i>DE IURE CONDENDO</i>	179

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

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.

Quanto rappresentato dai singoli autori non impegna e coinvolge in nessun modo la proprietà e direzione della rivista e quanto rappresentato impegna solo esclusivamente l'autore stesso che è lasciato libero di esprimere giuridicamente il suo libero pensiero.

Editore Gregorio Pietro D'Amato Via Torrione 23 - 84127 Salerno tel. 030/5280783 posta elettronica redazione@rivistagiuridicadirittoecrisidimpresa.it

Per invio di contributi scientifici redazione@rivistagiuridicadirittoecrisidimpresa.it

EDITORIALE

LA COMPOSIZIONE NEGOZIATA DEL CCII NON DECOLLA, ED ORA LA DELEGA FISCALE INTENDE FARE RIENTRARE IN GIOCO IL TRIBUNALE PER IL “CREDITORE FISCO” PER ARRIVARE ALL’ACCORDO NEGOZIATO.

La composizione negoziata della crisi prevista dal Codice della Crisi d’impresa, di cui al titolo II Capo I e seguenti, ha come obiettivo di esternalizzare fuori dai tribunali la procedura, e solo al termine far intervenire il tribunale, e dopo che si sono trovati gli accordi fra le parti per sancire il raggiungimento dell’obbligazione negoziata.

Lo spirito e la filosofia di coinvolgere sempre meno il tribunale non è una cattiva idea anche perché ciò rispecchia i principi dettati dalla direttiva (UE) 2019/1023 del Parlamento europeo e del Consiglio del 20 giugno 2019.

Non è questa la sede per rappresentare l’intero istituto e sue caratteristiche, ma il fatto importante è che la sua impronta giuridica non rappresenta una procedura concorsuale, ma volta all’avvio di una trattativa extra giudiziale con i creditori in funzione del superamento di un momento di difficoltà o di crisi dell’impresa, la disciplina della gestione stessa si presenta affidata ad un esperto che funge da mediatore fra i vari creditori compreso il fisco.

Ma qualcosa sino ad ora non è andato nel verso sperato se lo stesso articolo 12 che individua e qualifica la composizione negoziata della crisi è stato completamente riscritto e sostituito ad opera dall’art. 6, comma 1, D.lgs. 17 giugno 2022, n. 83, a decorrere dal 15 luglio 2022, ai sensi di quanto disposto dall’art. 51, comma 1, del medesimo D.lgs. n. 83/2022.

Nella cui versione vigente dal 15/07/2022 ad oggi prevede:

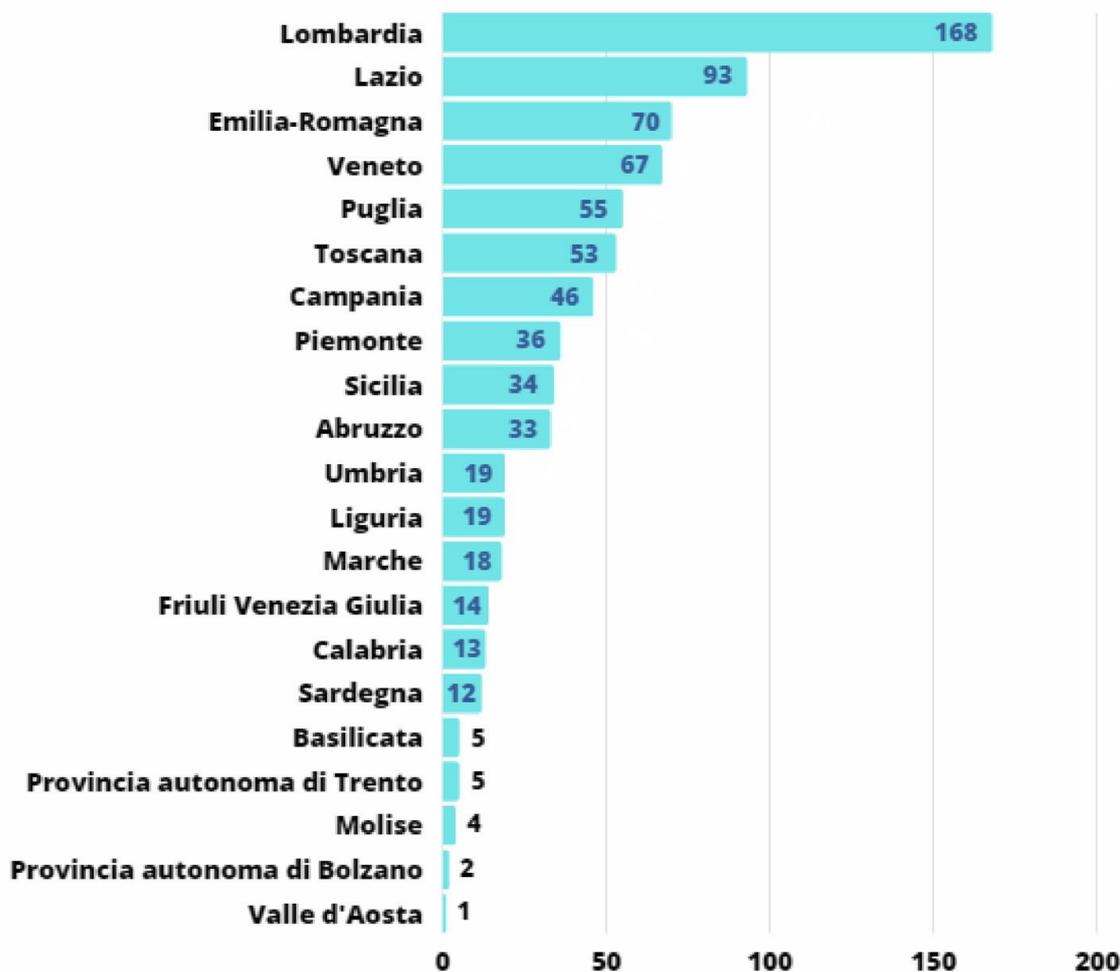
al comma 1 *L'imprenditore commerciale e agricolo può chiedere la nomina di un esperto al segretario generale della camera di commercio, industria, artigianato e agricoltura nel cui ambito territoriale si trova la sede legale dell'impresa, quando si trova in condizioni di squilibrio patrimoniale o economico-finanziario che ne rendono probabile la crisi o l'insolvenza e risulta ragionevolmente perseguibile il risanamento dell'impresa. La nomina avviene con le modalità di cui all'articolo 13, commi 6, 7 e 8.*

2. *L'esperto agevola le trattative tra l'imprenditore, i creditori ed eventuali altri soggetti interessati, al fine di individuare una soluzione per il superamento delle condizioni di cui al comma 1, anche mediante il trasferimento dell'azienda o di rami di essa.*

3. *Alla composizione negoziata non si applica l'articolo 38. Resta ferma l'applicazione dell'articolo 38 nei procedimenti di cui agli articoli 19 e 22.*

Dall'ultimo rapporto elaborato da UNIONCAMERE terza edizione dell'osservatorio composizione negoziata nella crisi d'impresa al 15 maggio 2023, benché con enfasi si sottolinea che le richieste siano aumentate di oltre il 61,5% rispetto ai sei mesi precedenti, comunque, le procedure sono state nel complesso appena **767** richieste con la chiusura di **316** casi. Rispetto ad un dato stimato di imprese commerciali ed agricole di circa 5 milioni al 2023 e con un dato certificato dall'all'ISTAT al 2020 di 4 milioni e 354 mila il numero di imprese che hanno fatto accesso alla procedura è estremamente basso se non addirittura "risibile".

I fattori dell'insuccesso, di una procedura che doveva appianare la situazione di momentanea difficoltà dell'impresa e farla proseguire nel suo corso, possono essere ricercati in molteplici concause, Il grafico di cui al menzionato rapporto evidenzia il numero delle 767 richieste suddivise per regione:



Fonte grafico 1 “ripartizione geografica dell’istanza di composizione negoziata” pag. 3 Rapporto Unioncamere del 15/05/2023.

Come si rileva dal grafico la regione Lombardia sopravanza con 168 richieste su tutte le altre regioni, anche rispetto al Lazio con 93 richieste e subito dopo ritroviamo ancora le regioni del Nord rispetto al Sud. Fra le prime delle regioni del Sud vi è la Puglia con 55 e la Campania con 46 richieste.

Una delle perplessità che non favoriscono le richieste è la mancanza di fiducia dell’imprenditore che non vede nelle Camere di Commercio una istituzione terza essendo governata da altri imprenditori: dal Presidente ed intera giunta camerale, la cui scelta della Governance avviene fra i vari esponenti delle varie associazioni di categoria dei vari settori produttivi del territorio. C’è da dire che la richiesta ed i dati sono inseriti su una piattaforma, che è gestita dalla camera di commercio, che ne garantisce l’assoluta privacy dei dati, e che verranno a conoscenza solo dall’esperto nominato dall’ente Camerale. Comunque la Camera di Commercio viene “vista” sempre dall’imprenditore come un ente burocratico e pronto a sanzionare l’imprenditore anche per mere disattenzione formali, e costringendo l’impresa a varie adempimenti burocratici, se non duplicati – si veda da ultimo comunicazione dei titolari effettivi-, mentre, dovrebbe assistere ed affiancare l’imprenditore come, invece, accade negli altri stati europei. Ma questo con una buona campagna informativa e di trasparenza è facilmente superabile, o almeno si spera, anche nell’evidenza della nomina dell’esperto.

Mentre si ritiene che il grande ostacolo e perdita di fiducia e appetibilità della composizione negoziata sia rappresentata dai creditori “Fisco” ed “Enti previdenziali” che storicamente sono stati sempre e solo loro a far naufragare qualsiasi transazione, per la troppa burocratizzazione degli uffici e poca elasticità.

Tale perplessità e poca fiducia per il successo dell’istituto, non è solo il mio pensiero, ma anche di organi giudiziari in tal caso: del Tribunale Salerno, Sez. III, Decr., 23/01/2023 che dal provvedimento citato, riporto precisamente, in merito alla bontà della procedura di *Cram down* fiscale, e che se ne parlerà oltre in questa numero, in cui è stato stigmatizzato per tale procedura di deflazione dei crediti del fisco che : “... **la cui ratio è quella di superare una inerzia ingiustificata e irragionevole da parte dell’Amministrazione, non quella di comprimere i diritti del creditore pubblico**”

Tale diffidenza, si può dire, che è causa dell'insuccesso dell'istituto sino ad oggi, ed i numeri lo evidenziano e dimostrano chiaramente, e tenere in piedi tutta una struttura organizzativa presso le Camere di commercio di tutta Italia non è di poco impegno rispetto agli scarsissimi risultati ottenuti, tanto che ha indotto il legislatore, che è consapevole degli ostacoli che frappone sempre l'amministrazione finanziaria ad inserire nella delega fiscale di cui alla legge del 09/08/2023 n. 111/2023 all'art. 9 il comma 5 con la seguente previsione:

“prevedere la possibilità di raggiungere un accordo sul pagamento parziale o dilazionato dei tributi, anche locali, nell'ambito della composizione negoziata, prevedendo l'intervento del tribunale, e introdurre analoga disciplina per l'istituto dell'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi”.

Ha inserito nella delega fiscale i tributi e, quindi si parla, di imposte Statali, dimenticandosi degli altri due istituti del “No” rappresentati dall' INPS ed INAIL, ed aggiungendo però i tributi locali.

Anche se per gli enti locali, non tutti e in special modo i più piccoli, applicano più correttamente la discrezionalità di transigere i tributi di cui è parte ai sensi dell'art. 1965 c.c. e come gli consente di fare l'autonomia legislativa che trova un radicamento nell'art. 1, c. 1-bis, della l. n. 241/1990. Pertanto, con un'adeguata ponderazione dei contenuti degli accordi transattivi, e con puntuale valutazione degli interessi in gioco, appartiene all'organo amministrativo al vertice della struttura dell'ente Locale la possibilità-facoltà della transazione, in coerenza con le responsabilità di cui al d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165 ricordando che il potere transattivo non può, però, essere esercitato *ad libitum*. Anche se il negozio transattivo deve altresì essere adottato soltanto in presenza di interessi economici di diritto pubblico (Corte conti, Sez. giur. reg. Toscana, 16 aprile 2018, n. 92), costituendo, nel caso contrario, fonte per l'esperibilità dell'azione di recupero della procura contabile. E che nonostante la decisione dell'amministrazione nella stipula del negozio conciliativo non sia di per sé sindacabile nel merito, rientrando tale valutazione nella piena discrezionalità amministrativa, ciò non di meno, la transazione, deve essere congruamente motivata (Cons. Stato, Sez. III, 7 luglio 2011, n. 4083). Spettando al giudice contabile, a prescindere dagli accordi intervenuti, una autonoma valutazione attinente non solo *all'an*

debeatur, ma anche al quantum da porre a carico del dipendente che ha generato il danno (Corte conti, Sez. giur. reg. Veneto, 31 luglio 2019, n. 132).

La Corte dei conti, infatti, se non può travalicare le competenze decisorie dell'amministrazione nonostante i pareri favorevoli alla stipula dell'accordo, può, comunque, apprezzare *ex ante* la compatibilità della scelta discrezionale della P.A. e gli interessi erariali (Corte conti, Sez. giur. reg. Lombardia, 30 giugno 2005, n. 467).

Sulla scorta di questo e con l'inevitabile immobilismo dei funzionari degli enti locali per timore, dopo, di censure della Corte di Conti è intervenuto il legislatore delegante con il precitato articolo.

Ma il legislatore delegante non è intervenuto alleggerendo la procedura, anzi, ha contribuito a riportarla in Tribunale investendo il giudice di un potere certificatorio e salvifico per rendere indenne i funzionari statali e degli enti locali compresi i suoi amministratori.

La procedura la si renderà più appesantita ed ancora poco appetibile se il verbale dovrà essere sottoscritto dalle parti, dal giudice e dal cancelliere.

Non solo, il giudice potrà esprimersi sulla proposta transattiva dopo aver verificato l'assenza di pregiudizi per gli altri creditori, e dovrà sentire l'esperto.

La procedura si complica e si ritorna in Tribunale ad intasare le attività dei Giudici e cancellerie che, potevano concentrarsi sulle altre procedure che, invece, li vede coinvolti direttamente e più da vicino.

L'impegno economico per le strutture dovute creare per la negoziazione assistita sono notevoli e rischia con tale ulteriore passaggio di renderle ancora più vane, a meno che non si stabilisca che con l'intervento del giudice sia prevista **l'approvazione d'imperio** anche con voto contrario dell'amministrazione, tanto voterà sempre "no", come per le altre procedure che prevedono il c.d. *Cram down*, unica ragione per far rientrare la negoziazione nei tribunali per la composizione negoziata per i tributi statali e locali ma non per fare **salvi da responsabilità i funzionari statali e enti locali con la certificazione del Tribunale.**

Per rendere appetibile la procedura, in ipotesi, si potrebbe stabilire ad esempio un *Cram down* differenziato e più attenuato rispetto a quello delle altre procedure, come: considerare negoziabili e con un pagamento dilazionato e falcidiato le sole imposte escludendo le sanzioni ed interessi che a volte sono maggiore delle imposte stesse.

Il ragionamento è di pura logica e buon senso, senza scomodare concetti metagiuridici, se l'imprenditore aveva delle difficoltà per il pagamento delle imposte correnti come può ora versarle con l'aggravio di sanzione ed interessi che sono spesso pari all'imposta non versata.

Non rilevando l'aspetto importante che dimenticandosi il legislatore delegante di includere anche i contributi dell'INPS e premi assicurativi dell'INAIL, e che notoriamente i due istituti fanno parte dei creditori del "no", sono rimasti fuori dalla procedura da internalizzare nuovamente nei tribunali, e che, si rinite, se lo facesse il legislatore delegato incorrerebbe facilmente nella violazione di legge per eccesso di delega.

Forse, una rivisitazione delle norme delegate sarebbe opportuna.

Il Direttore scientifico Gregorio Pietro D'Amato

CRISI D'IMPRESA

LA TRANSAZIONE TRIBUTARIA E CONTRIBUTIVA PER GLI ACCORDI DI RISTRUTTURAZIONE PREVISTI DAL CCII NON È PIU' COSI' CONVENIENTE DOPO L'11 AGOSTO 2023

Le percentuali minime per accedere sono in linea con le previsioni del PNRR e con i principi dettati dalla direttiva (UE) 2019/1023?

Gregorio Pietro D'Amato¹

Sommario 1. La transazione fiscale e contributiva prevista dall'art. 63 del CCII. 2. La previsione sino al 10 agosto 2023 per quanto attiene alle maggioranze per l'approvazione degli accordi per gli uffici Tributarie e Contributi -Art. 63 comma 2 bis codice composizione delle crisi. 3 Art. 1/bis del D.L. 13/06/2023 n. 69: non si applicano le disposizioni di cui all'ultimo periodo del comma 2 e al comma 2-bis dell'articolo 63 CCII. 4. È applicabile la percentuale minima per l'erario e enti gestori di previdenza ed assistenza se non risulta determinante la percentuale per l'approvazione degli accordi di ristrutturazione? 5. La previsione di inapplicabilità stabilita dall'art. 1/bis de D.L. 69/2023 non sembra essere conforme, proprio, con i principi dettati dalla direttiva (UE) 2019/1023 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 20 giugno 2019 richiamati dalla stessa norma. 6 Irragionevolezza dell'art. 1/Bis del D.L. 69/2023 alle Disposizioni della Direttiva 2019/1023 e Costituzionali. 7 L'art. 1/bis del D.Lgs. 69/2023 non trova applicazione per le altre procedure il Cram down erariale e contributivo ma solo per gli accordi di ristrutturazione. 8 Conclusioni

1. La transazione fiscale e contributiva prevista dall'art. 63 del CCII.

L'art. 63 del D. lgs. 12/01/2019 n. 14 “*Codice della Crisi d'impresa ed insolvenza*” prevede che nell'ambito delle trattative che precedono **la stipulazione degli accordi di ristrutturazione** dei debiti, e la convenzione di moratoria e accordi su crediti tributari e contributiva, gli Accordi di ristrutturazione agevolati e gli Accordi di ristrutturazione ad efficacia estesa il debitore può proporre il pagamento, **parziale o anche dilazionato, dei tributi** e dei relativi accessori amministrati dalle agenzie fiscali, nonché dei **contributi** amministrati **dagli enti gestori di forme di previdenza**, assistenza e assicurazione per l'invalidità, la vecchiaia e i superstiti obbligatorie e dei relativi accessori.

In tali casi l'attestazione del professionista indipendente, relativamente ai crediti fiscali e previdenziali, deve inerire anche alla convenienza del trattamento proposto rispetto

¹ Direttore Scientifico- dottore commercialista -revisore contabile- curatore fallimentare - giornalista

alla liquidazione giudiziale; tale circostanza costituisce oggetto di specifica valutazione da parte del tribunale.

L'invio della proposta di trattazione dei crediti tributari e contributivi ex art.63 CCII viene effettuata: "*nell'ambito delle trattative che precedono la stipulazione degli accordi*" come testualmente riportato nell'incipit del citato articolo.

La norma prevede che la copia della proposta e della relativa documentazione, contestualmente al deposito presso il tribunale, deve essere presentata al competente agente della riscossione e agli altri uffici competenti sulla base dell'ultimo domicilio fiscale del debitore, unitamente alla copia delle dichiarazioni fiscali per le quali non è pervenuto l'esito dei controlli automatici nonché delle dichiarazioni integrative relative al periodo fino alla data di presentazione della domanda.

L'agente della riscossione, non oltre trenta giorni dalla data della presentazione, deve trasmettere al debitore una certificazione attestante l'entità del debito iscritto a ruolo scaduto o sospeso.

Gli uffici, nello stesso termine, devono procedere alla liquidazione dei tributi risultanti dalle dichiarazioni e alla notifica dei relativi avvisi di irregolarità, unitamente a una certificazione attestante l'entità del debito derivante da atti di accertamento, ancorché non definitivi, per la parte non iscritta a ruolo, nonché dai ruoli vistati, ma non ancora consegnati all'agente della riscossione.

Dopo la nomina del commissario giudiziale copia dell'avviso di irregolarità e delle certificazioni deve essergli trasmessa per gli adempimenti previsti dagli articoli 105, comma 1, e 106 del *CCII*.

In particolare, per i tributi amministrati dall'Agenzia delle dogane e dei monopoli, l'ufficio competente a ricevere copia della domanda con la relativa documentazione, nonché a rilasciare la certificazione di cui al terzo periodo, si identifica con l'ufficio che ha notificato al debitore gli atti di accertamento.

Alla proposta di transazione prodotta al tribunale ed all'agenzie tributarie e contributive deve essere allegata la dichiarazione sostitutiva, resa dal debitore o dal suo legale rappresentante e rappresenta fedelmente e integralmente la situazione dell'impresa, con particolare riguardo alle poste attive del patrimonio.

Per l'agenzia delle Entrate l'adesione alla proposta è espressa, su parere conforme della competente direzione regionale, con la sottoscrizione dell'atto negoziale da parte del direttore dell'ufficio.

Per i tributi amministrati dall'Agenzia delle dogane e dei monopoli l'adesione alla proposta è espressa dalla competente direzione interregionale, regionale e interprovinciale con la sottoscrizione dell'atto negoziale.

Per l'ADER l'atto è sottoscritto in ordine al trattamento degli oneri di riscossione e diritti ad essa spettanti come previsti dall'art. 17 del D.lgs. n. 112/1999.

L'assenso così espresso equivale a sottoscrizione dell'accordo di ristrutturazione.

2. *La previsione sino al 10 agosto 2023 per quanto attiene alle maggioranze per l'approvazione degli accordi per gli uffici Tributarî e Contributi -Art. 63 comma 2/bis codice composizione delle crisi.*

Il legislatore sulla scorta degli istituti precedenti di adesione nelle procedure concorsuali e preventive e consapevole che sempre le Agenzie entrate e istituti previdenziali ed assicurativi hanno sempre negato qualsiasi ipotesi accordo, anche a volte convenite, è intervenuto con l'istituto del cd. *Cram down*. E condividendo quanto espresso dalla giurisprudenza del Tribunale di Salerno del 2023 "**la cui ratio è quella di superare una inerzia ingiustificata e irragionevole da parte dell'Amministrazione, non quella di comprimere i diritti del creditore pubblico**"², ha superato l'ostruzionismo ad oltranza ed ingiustificata inerzia prevedendo che comunque l'accordo venga approvato in caso di mancanza di adesione dei predetti istituti quando l'adesione dei predetti istituti sia determinante per la soglia delle percentuali previste per l'approvazione.

Pertanto, aveva previsto che l'eventuale adesione doveva intervenire entro novanta giorni dal deposito della proposta di transazione. (art. 63, 2 comma ultimo periodo e comma 2/bis)

Una volta ed eventualmente decorso invano il termine di cui all'art.63 co.2 ultimo periodo *CCII*, l'accordo completo di tutti i suoi elementi (ivi compreso quello relativo alla posizione assunta dagli enti impositori) può essere depositato presso il tribunale e

² Tribunale Salerno, Sez. III, Decr., 23/01/2023

pubblicato ex art.57 *CCII* con la richiesta -se del caso- di esercizio del menzionato potere sostitutivo da parte del tribunale.

A questo punto, gli enti Tributari e previdenziali ex art.88 *CCII* dispongono del termine dei trenta giorni per proporre le eventuali opposizioni, onde prospettare le proprie ragioni, anche in relazione alle valutazioni che il tribunale è chiamato a compiere.

Tale procedura e scansione temporale, come del resto già ritenuto dal **Tribunale di Catania Sez. IV sent. 19/01/202**, che una siffatta ricostruzione della fattispecie consente non solo a tutti i creditori di esercitare le facoltà connesse al proprio diritto di credito, ma anche al tribunale di svolgere con maggiore cognizione di causa il proprio ruolo.

In quanto:

- da un lato, che nell'ipotesi di accesso alla procedura ex art.44 *CCII* il commissario potrebbe non essere stato nominato e potrebbe quindi difettare il patrimonio conoscitivo che tale ausiliario offre al tribunale;

- e dall'altro, che l'imprenditore potrebbe aver omesso informazioni rilevanti ai fini dell'individuazione di possibili azioni di massa da esperire nello scenario liquidatorio precludendo così al tribunale di valutare l'eventuale esistenza di azioni non prospettate (es. azioni di responsabilità nei confronti di amministratori di fatto o azione ex art.2497 c.c. nei confronti della controllante, ecc...).

Con l'opposizione i creditori (e in *primis* gli enti di cui all'art.88 *CCII*) possono fornire informazioni stimate utili per una più completa e compiuta la valutazione circa la maggiore convenienza dell'accordo proposto rispetto all'alternativa liquidatoria (art.63 co.2 bis ultimo periodo *CCII*), offrendo così al tribunale degli elementi per una più consapevole decisione a riguardo.

Pertanto, con il comma 2-bis del precitato art. 63 il legislatore (consapevole dell'inerzia e l'ostruzionismo, "a prescindere", degli Uffici Tributarie e contributivi) ha (aveva) stabilito con il precitato comma che: ***"Il tribunale omologa gli accordi di ristrutturazione anche in mancanza di adesione da parte dell'amministrazione finanziaria o degli enti gestori di forme di previdenza o assistenza obbligatorie quando l'adesione è determinante ai fini del raggiungimento delle percentuali per gli accordi di ristrutturazione dei debiti sono conclusi dall'imprenditore, anche non commerciale e diverso dall'imprenditore minore, in***

stato di crisi o di insolvenza, con i creditori che rappresentino **almeno il sessanta per cento dei crediti** e sono soggetti ad omologazione ai sensi dell'articolo 48; oppure per la percentuale per gli accordi di cui all'art. art. 60 CCII e riguardanti gli accordi di ristrutturazione agevolati, la percentuale del 60% è ridotta della metà, quindi al 30% quando il debitore:

- a) non proponga la moratoria dei creditori estranei agli accordi;
- b) non abbia richiesto e rinunci a richiedere misure protettive temporanee.

Ma la condizione era che il Tribunale valutasse le risultanze dalla relazione del professionista indipendente, **che la proposta di soddisfacimento della predetta amministrazione o degli enti gestori di forme di previdenza o assistenza obbligatorie è conveniente rispetto all'alternativa liquidatoria.**

Detta in questi termini risultavano appetibili gli accordi di ristrutturazione anche in continuità dell'imprenditore per superare l'inevitabile ostruzionismo e inerzia dell'amministrazione finanziaria e istituti contributivi- che per esperienza professionale votano sempre "no" a qualsiasi accordo -avendo inevitabilmente le maggioranze per poter superare le percentuali previste dal CCII.

3. Art. 1/bis del D l. 13/06/2023 n. 69: non si applicano le disposizioni di cui all'ultimo periodo del comma 2 e al comma 2-bis dell'articolo 63 CCII.

Ma con una motivazione, che lascia molto perplessità di tenuta Costituzionale e delle norme UE, il parlamento in sede di conversione in legge del D l. del 13/06/2023 n. 69 aggiungendo l'art. 1 /bis in sede di conversione, e quindi con effetto dal 11 agosto 2023, ha stabilito che:

- *“in coerenza con gli obiettivi del Piano nazionale di ripresa e resilienza (PNRR) e con i principi dettati dalla direttiva (UE) 2019/1023 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 20 giugno 2019, assicurando, nel contempo, adeguata tutela ai creditori pubblici non aderenti fino alla data di entrata in vigore del decreto legislativo integrativo o correttivo dell'articolo 63 del codice della crisi di impresa e dell'insolvenza, di cui al decreto legislativo 12 gennaio 2019, n. 14, da adottare ai sensi dell'articolo 1 della legge 8 marzo 2019, n. 20, o della legge 22 aprile*

2021, n. 53, non si applicano le disposizioni di cui all'ultimo periodo del comma 2 e di cui al comma 2-bis del predetto articolo 63”.

E nelle more del periodo che intervenga il decreto integrativo o correttivo ha stabilito il medesimo art. 1/bis ai successivi commi che si applicano le seguenti disposizioni.

i. Il tribunale omologa gli accordi di ristrutturazione, anche in mancanza di adesione da parte dell'amministrazione finanziaria o degli enti gestori di forme di previdenza o assistenza obbligatorie, **quando ricorrono congiuntamente le seguenti condizioni:**

a) gli accordi non hanno carattere liquidatorio;

b) l'adesione è determinante ai fini del raggiungimento delle percentuali di cui agli articoli 57, comma 1, (quindi pari al 60%) e art. 60, comma 1, del codice di cui al decreto legislativo 12 gennaio 2019, n. 14 (pari al 30%);

c) il credito complessivo vantato dagli altri creditori aderenti agli accordi di ristrutturazione è pari ad **almeno un quarto dell'importo complessivo** dei crediti;

d) la proposta di soddisfacimento dell'amministrazione finanziaria o dei predetti enti, tenuto conto delle risultanze della relazione del professionista indipendente, è conveniente rispetto all'alternativa liquidatoria e tale circostanza costituisce oggetto di specifica valutazione da parte del tribunale in sede di omologa;

e) il soddisfacimento dei crediti dell'amministrazione finanziaria e degli enti gestori di forme di previdenza o assistenza obbligatorie **è almeno pari al 30 per cento dell'ammontare dei rispettivi crediti, inclusi sanzioni e interessi.**

Nel caso in cui l'ammontare complessivo dei crediti vantati dagli altri creditori aderenti agli accordi di ristrutturazione è **inferiore a un quarto dell'importo complessivo dei crediti**, la disposizione di cui al comma 2 può trovare applicazione, fatto salvo il rispetto delle condizioni di cui alle lettere a), b) e d) del medesimo comma 2, **se la percentuale di soddisfacimento dei crediti dell'amministrazione finanziaria e degli enti gestori di forme di previdenza o assistenza obbligatorie non è inferiore al 40 per cento dell'ammontare dei rispettivi crediti**, inclusi sanzioni e interessi, e la dilazione di pagamento richiesta non eccede il periodo di dieci anni, fermo restando il pagamento dei relativi interessi di dilazione in base al tasso legale vigente nel corso di tale periodo.

In caso di deposito della domanda di omologazione di accordi di ristrutturazione, con annessa transazione fiscale, il debitore avvisa dell'iscrizione della domanda nel registro delle imprese l'amministrazione finanziaria e gli enti gestori di forme di previdenza e assistenza obbligatorie, competenti sulla base dell'ultimo domicilio fiscale dell'istante, a mezzo posta elettronica certificata. Il termine per proporre opposizione con memoria depositata entro trenta giorni dall'iscrizione della domanda nel registro delle imprese. di cui all'articolo 48, comma 4, del codice di cui al decreto legislativo n. 14 del 2019 decorre, per l'amministrazione finanziaria e gli enti gestori di forme di previdenza e assistenza obbligatorie, dalla ricezione dell'avviso.

L'eventuale adesione di cui al comma 2 dell'articolo 63 del codice di cui al decreto legislativo n. 14 del 2019 deve intervenire **entro novanta giorni dal deposito della proposta di transazione.**

La norma fa salvi le domande prodotte in precedenza al 10 agosto 2023 prevedendo che le disposizioni di cui al presente articolo si applicano alle proposte di transazione fiscale depositate, ai sensi dei commi 1 e 2 dell'articolo 63 del codice di cui al decreto legislativo n. 14 del 2019, in data successiva a quella di entrata in vigore del presente decreto in tal caso essendo stato aggiunto l'art. 1/bis in sede di conversione dal 11 agosto 2023.

4. È applicabile la percentuale minima per l'erario e enti gestori di previdenza ed assistenza se non risulta determinante la percentuale per l'approvazione degli accordi di ristrutturazione?

In base a quanto previsto dall'art. 1/bis del D l. 69/2023 la percentuale minima del 30% o del 40% dal dato letterale della norma, neo introdotta, si ritiene che sia applicabile solo quando la percentuale per l'erario e enti gestori di previdenza ed assistenza abbiano le maggioranze per approvare l'accordo.

In quanto l'art. 1/bis come aggiunto in sede di conversione al D l. 69/2023 il comma 2 lett. b) prevede: *“quando l'adesione è determinante ai fini del raggiungimento delle percentuali* di cui agli articoli 57, comma 1 (60%), e 60, comma 1, (30%) del codice di cui al decreto legislativo 12 gennaio 2019, n. 14”.

Pertanto, in base ad una prima interpretazione letterale se gli altri creditori hanno una maggioranza superiore al 60% e la percentuale di soddisfacimento approvata dalla predetta maggioranza è inferiore al 30% per tutti, così anche l'erario e istituti

previdenziali saranno soggetti alla volontà della maggioranza di tutti i creditori anche con un percentuale inferiore a quanto previsto dal neo precisato articolo 1/bis D l. 69/2023.

5. La previsione di inapplicabilità stabilita dall'art. 1/bis de D l 69/2023 non sembra essere conforme, proprio, con i principi dettati dalla direttiva (UE) 2019/1023 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 20 giugno 2019 richiamati dalla stessa norma.

Va ribadito che il legislatore in sede di conversione in legge del D L. 69/2023 aggiungendo l'art. 1/bis ne ha giustificato e, motivato, l'inclusione dicendo che: *“In coerenza con gli obiettivi del Piano nazionale di ripresa e resilienza (PNRR) e con i principi dettati dalla direttiva (UE) 2019/1023 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 20 giugno 2019”*.

Ebbene tale giustificazione non sembra invece trovare albergo proprio nei principi e disposizioni della stessa normativa comunitaria n. 2019/1023 richiamata dal legislatore.

Tale dissonanza è stata già espressa per la mancata adesione dell'erario rispetto al soddisfacimento che ne riceverebbe comunque rispetto ad una fase liquidatoria dal Tribunale di Trani sentenza del 21/12/2021³.

Il citato tribunale osserva per il caso scrutinato: *“..che in sostanza, in questo modo il credito privilegiato del creditore dissenziente (l'amministrazione finanziaria) riceverebbe un trattamento inferiore, in termini sia di percentuale che di tempi di pagamento, rispetto al credito di rango inferiore dei detti creditori chirografari estranei all'accordo, che dovrebbero invece essere pagati integralmente e con la sola moratoria legale di centoventi giorni, senza peraltro che risulti che il pagamento di questi ultimi avvenga con finanza esterna”*.

Ciò, evidentemente, in contrasto con quanto previsto dalla sopra richiamata Direttiva CEE 20 giugno 2019, n. 2019/1023/UE (pubblicata nella G.U.U.E. 26 giugno 2019, n. L 172).

³ **Trib di Trani Sent. 21/12/2021** *“La mancata adesione dei creditori istituzionali non impedisce l'omologazione dell'accordo di ristrutturazione nell'ipotesi in cui - nel rispetto della direttiva comunitaria 1023/2019 - il piano di ristrutturazione preveda per il creditore istituzionale dissenziente il soddisfacimento in misura maggiore rispetto alle classi inferiori e quantomeno paritario rispetto alle classi dello stesso rango”*.

Va detto che con riferimento al sistema delineato dalla detta direttiva: "Nella "ristrutturazione trasversale dei debiti", il piano può essere omologato e può diventare vincolante per le classi di voto dissenzienti solo se soddisfa, tra l'altro, la condizione per cui "assicura che le classi di voto dissenzienti di creditori interessati ricevano un trattamento almeno tanto favorevole quanto quello delle altre classi dello stesso rango e più favorevole di quello delle classi inferiori" (art. 11, 1, lett. c, Dir. 1023/2019); è questa la regola della c.d. "*relative priority rule*" ("RPR"), secondo la quale è possibile il pagamento di creditori di rango inferiore anche in assenza di pagamento integrale dei creditori di rango superiore, a condizione che il primo sia di misura inferiore.

Gli Stati membri possono, tuttavia, "prevedere che i diritti dei creditori interessati di una classe di voto dissenziente siano pienamente soddisfatti con mezzi uguali o equivalenti se è previsto che una classe inferiore riceva pagamenti o mantenga interessi in base al piano di ristrutturazione" (art. 11, 2, Dir. 1023/2019); in tal caso, trova applicazione la più rigida regola della "*absolute priority rule*" ("APR"), secondo la quale, se non vi è il consenso di tutte le classi, la distribuzione del patrimonio del debitore deve avvenire secondo un criterio di priorità assoluta in forza del quale, in caso di soddisfacimento non integrale dei crediti di una classe di rango superiore, nulla può essere distribuito ai crediti di rango inferiore. La qualificazione dell'accordo di ristrutturazione imposto all'amministrazione in termini di "ristrutturazione trasversale" e la conseguente applicazione delle regole imperative di distribuzione del patrimonio limitano in modo significativo la libertà del debitore di determinare il contenuto del trattamento offerto all'amministrazione.

Nel caso, che solitamente ricorre, in cui uno dei creditori estranei sia titolare di crediti chirografari, la proposta non può prevedere alcuno stralcio o dilazione del credito tributario o contributivo assistito da privilegio, perché in tale ipotesi il credito privilegiato del creditore dissenziente (l'amministrazione) riceverebbe un trattamento inferiore, in termini di percentuale o tempi di pagamento, rispetto al credito di rango inferiore del creditore estraneo, che viene pagato integralmente e con la sola moratoria legale di centoventi giorni.

L'unico modo per allargare le maglie del trattamento e consentire un trattamento con stralcio anche della porzione di credito privilegiato dell'amministrazione sarebbe quello di dimostrare che il trattamento dei creditori estranei chirografari avviene con finanza esterna, come tale liberamente distribuibile."

E questa impostazione è stata recepita anche da una parte della giurisprudenza di merito, che ha precisato come dette condizioni debbano essere verificate in concreto⁴ secondo cui: *"In questa prospettiva, l'attribuzione al tribunale del potere, a determinate condizioni, di omologare gli accordi di ristrutturazione dei debiti o il concordato preventivo anche in mancanza di adesione da parte dell'amministrazione, ma previa verifica della convenienza della proposta per la stessa, sembra realizzare un ragionevole equilibrio tra le esigenze di tutela dell'amministrazione e le esigenze di tutela degli altri interessi rilevanti. Non pare neppure che l'interpretazione estensiva prescelta determini un contrasto con la direttiva Insolvency 1023/2019 sulle ristrutturazioni trasversali, non contrastando in astratto né con quanto previsto all'art. 10 3 né con quanto sancito all'art. 11 1 lett. a) e men che mai con il considerando 55 della direttiva medesima: deve escludersi in particolare che detta interpretazione arrechi un pregiudizio ingiusto a carico dell'Erario ovvero che faccia difetto una tutela sufficiente per il Fisco, risultando rispettato il disposto degli artt. 2740 e 2741 c.c. Invero, nella "ristrutturazione trasversale dei debiti", il piano può essere omologato e può diventare vincolante per le classi di voto dissenzienti se soddisfa, tra l'altro, la condizione per cui "assicura che le classi di voto dissenzienti di creditori interessati ricevano un trattamento almeno tanto favorevole quanto quello delle altre classi dello stesso rango e più favorevole di quello delle classi inferiori" (art. 11, 1, lett. c, Dir. 1023/2019); è questa la regola della c.d. "relative priority rule" ("RPR"), secondo la quale è possibile il pagamento di creditori di rango inferiore anche in assenza di pagamento integrale dei creditori di rango superiore, a condizione che il primo sia di misura inferiore".*

E non è superfluo precisare che la mancata scadenza, anche al momento della presente decisione, del termine per il recepimento, da parte dello Stato Italiano, della direttiva "Insolvency" 1023/2019 (avendo lo Stato Italiano chiesto la proroga di un anno, ai sensi del secondo comma dell'art. 34 della stessa direttiva, del termine del 17.7.2021 fissato originariamente dal primo comma del medesimo articolo), non esclude la necessità - ad avviso del Tribunale- di interpretare la normativa nazionale (per il caso scrutinato e riguardante il precedente art. 182-bis, comma quarto, l.f.) alla luce delle regole comunitarie e, in particolare **dell'art. 11 di tale direttiva**, in modo da evitare che venga compromessa

⁴ Tribunale Pescara, Sez. fall., Decr., 27-05-2021; Trib. Teramo, 19.4.2021,

la realizzazione dei risultati dalla stessa perseguiti in relazione, per l'appunto, alla regolamentazione della c.d. ristrutturazione trasversale dei debiti.

Ciò in virtù del principio di preminenza dell'Unione e, dunque, dell'obbligo (più volte affermato dalla Corte di Giustizia) del giudice nazionale di interpretazione della disciplina interna in modo conforme a quella comunitaria⁵.

Se è vero, infatti, da un lato, che l'obbligo generale che incombe sui giudici nazionali di interpretare il diritto interno in modo conforme alla direttiva esiste a partire dalla scadenza del termine di attuazione di quest'ultima⁶, tuttavia dalla data in cui la direttiva è entrata in vigore, essendo la direttiva "Insolvency" 1023/2019 (entrata in vigore il giorno successivo alla pubblicazione nella Gazzetta ufficiale dell'Unione europea, avvenuta il 26 giugno 2019) i giudici degli Stati membri devono astenersi per quanto possibile dall'interpretare il diritto interno in un modo che rischierebbe di compromettere gravemente, dopo la scadenza del termine di attuazione, la realizzazione del risultato perseguito dalla stessa direttiva⁷.

Nel caso specifico avendo previsto la nuova norma *all'art. 1/bis comma 2 lett. e)* "il soddisfacimento dei crediti dell'amministrazione finanziaria e degli enti gestori di forme di previdenza o assistenza obbligatorie è almeno pari al 30 per cento dell'ammontare dei rispettivi crediti, inclusi sanzioni e interessi", nonché al comma 3: "Se l'ammontare complessivo dei crediti vantati dagli altri creditori aderenti agli accordi di ristrutturazione è inferiore a un quarto dell'importo complessivo dei crediti, la disposizione di cui al comma 2 può trovare applicazione, fatto salvo il rispetto delle condizioni di cui alle lettere a), b) e d) del medesimo comma 2, se la percentuale di soddisfacimento dei crediti dell'amministrazione finanziaria e degli enti gestori di forme di previdenza o assistenza obbligatorie non è inferiore al 40 per cento dell'ammontare dei rispettivi crediti, inclusi sanzioni e interessi, e la dilazione di pagamento richiesta non eccede il periodo di dieci

⁵ cfr., tra le tante, Corte giustizia Unione Europea Sez. II, 19-03-2020, n. 103/18; Sez. I, 17-10-2018, n. 167/17; Corte di giustizia Comunità Europee Sez. V, 16-12-1993, n. 334/92.

⁶ cfr. Corte di giustizia Comunità Europee Grande Sez., 04-07-2006, n. 212/04.

⁷ cfr. Corte di giustizia Comunità Europee Grande Sez., 04-07-2006, n. 212/04.

anni, fermo restando il pagamento dei relativi interessi di dilazione in base al tasso legale vigente nel corso di tale periodo”.

Tale previsione risulterebbe in contrasto con quanto previsto **dall’art. 10 comma 2 lett. d) della richiamata Direttiva CEE 20 giugno 2019, n. 2019/1023/UE**: *“nel caso vi siano creditori dissenzienti, il piano di ristrutturazione superi la verifica del migliore soddisfacimento dei creditori”.*

Si ipotizzi il paradosso che l’erario e/o istituti previdenziali ricevano la proposta di ottenere il 30% del loro credito e le rispettive direzioni lo accettino, in tal caso avendo la maggioranza del 60% e votando in tal caso in maniera positiva approvano l’accordo di ristrutturazione, mentre gli altri creditori del 40% restante ne ricevano una percentuale minore. In tal caso si verificherebbe il c.d. *“cross class Cram down”* con riguardo a tutti i creditori. In quanto con l’omologazione forzata dell’accordo che però riguarda l’intero ceto creditorio, risulterebbe superflua la sua applicazione ai soli creditori tributari e contributivi ai sensi dell’art. 1/bis del D.l. n 69/2023 al fine di convertirne il loro voto da contrario a favorevole, o più esattamente di sterilizzarlo, secondo l’indirizzo per cui il *Cram down* fiscale non trasformerebbe un voto da negativo a positivo, ma lo sterilizzerebbe soltanto, escludendolo dal calcolo delle maggioranze. Nell’ipotesi appena espressa, il restante ceto creditorio non avendo la maggioranza per non approvare l’accordo costituendo il restante 40%, mentre l’avrebbe la maggioranza gli enti erariali e previdenziali pari al 60%, in tal caso si capovolgerebbe la situazione che si trasformerebbe da sterilizzazione del voto a positivo e di fatto approvando l’accordo i predetti enti, sarebbe ad esclusivo vantaggio di quest’ultimi, e ciò a detrimento degli altri creditori che, invece, con l’accordo riceverebbero di meno del 30% offerto all’erario. Tutto ciò ad una prima analisi è abbastanza assurdo e contrario alla direttiva 2019/1023 (cfr. art.10 comma 2 lett. d) e lett. e): *“se del caso, qualsiasi nuovo finanziamento sia necessario per attuare il piano di ristrutturazione e non pregiudichi ingiustamente gli interessi dei creditori”*, Direttiva CEE 20 giugno 2019 n. 2019/1023).

Si ritiene che spetterà al giudice a tal fine non omologare l’accordo per evidente disparità di trattamento che si verrebbe a creare per gli altri creditori anche in considerazione che la norma appena introdotta risulta applicabile dal tribunale che omologa gli accordi di ristrutturazione, anche in mancanza di adesione da parte dell’amministrazione finanziaria

o degli enti gestori di forme di previdenza o assistenza obbligatorie, **quando ricorrono congiuntamente le seguenti condizioni:**

- a) gli accordi non hanno carattere liquidatorio;
- b) l'adesione è determinante ai fini del raggiungimento delle percentuali di cui agli articoli 57, comma 1, (quindi pari al 60%) e art. 60, comma 1, del codice di cui al decreto legislativo 12 gennaio 2019, n. 14 (pari al 30%)

In tal caso non avverandosi la “sterilizzazione” del voto tale accordo non si applica ed il restante ceto creditorio mi pare che possa stare tranquillo che l'accordo, dovendo essere approvato da quest'ultimi, con una percentuale destinata al fisco-enti previdenziali del 30% ed in misura inferiore al ceto creditorio votante non verrà approvato.

A meno che il restante ceto creditorio pur di ottenere qualcosa, accettino che enti erariali e previdenziali ricevano una percentuale maggiore di soddisfacimento del 30% rispetto alla loro più bassa a tale valore, e quindi, votino favorevolmente sterilizzando il voto di tali enti. Ma tale soluzione non mi sembra possibile per preclusione normativa non consentendo al Tribunale di Omologare tale accordo con il voto favorevole degli altri creditori la disparità di trattamento è evidente.

6. Irragionevolezza dell'art. 1/Bis del D L 69/2023 alle Disposizioni della Direttiva 2019/1023 e Costituzionali.

Come sopra rappresentato si nutrono delle perplessità di tenuta della neo introdotta norma sia rispetto alla disposizione delle Direttiva 2019/1023 sia di ordine Costituzionale.

Si potrebbe avanzare che vi sia una situazione giuridica soggettiva sostanziale quale valore giuridico, in capo a chi voglia procedere agli accordi di ristrutturazione rispetto alla transazione fiscale ex art. 63 CCII, ad ottenere un provvedimento di contrarietà ex art 23 alla direttiva europea avendo imposto l'art 1/Bis del D. l. 69/2023 una percentuale minima non prevista dalla Direttiva 2019/1023 avendo un interesse oppositivo che caratterizza la posizione di colui che si oppone alla contrarietà alle Disposizioni comunitarie che ne pregiudicano la propria situazione soggettiva.

In conformità all'articolo 4 n. 3 TUE “gli Stati membri adottano ogni misura di carattere generale o particolare atta ad assicurare l'esecuzione degli obblighi derivanti dai trattati o conseguenti agli atti delle istituzioni dell'Unione”. Il principio di leale cooperazione

impone allo Stato di fare quanto in suo potere per dare effettiva attuazione al diritto dell'Unione. Un ruolo fondamentale per assicurare l'osservanza del diritto dell'Unione all'interno dei singoli ordinamenti statali è svolto dal giudice nazionale, giudice comune di diritto europeo, in quanto, come sottolineato dalla Corte di giustizia⁸, le autorità giudiziarie degli Stati membri sono incaricate di “vegliare” e vigilare sull'applicazione e sull'osservanza del diritto dell'Unione nell'ordinamento giuridico nazionale.

La conseguenza immediata è l'applicazione della norma dell'Unione nel caso in cui risulti chiara e precisa e incondizionata. L'obbligo di qualsiasi giudice nazionale di applicare integralmente il diritto dell'Unione e di tutelare i diritti che questo attribuisce ai singoli, comporta il dovere di disapplicare - o meglio, non applicare - la norma interna contrastante con quella europea, sia anteriore sia successiva a quest'ultima, che di efficacia diretta, così come affermato dalla Corte di giustizia fin dalla sentenza del 9 marzo 1978, *Simmenthal*⁹. La disapplicazione, dunque, come tecnica di risoluzione delle antinomie. Al tempo stesso è stato escluso che il giudice nazionale - cui spetta assicurare ai singoli la tutela giurisdizionale derivante dalle norme del diritto dell'Unione e garantirne la piena efficacia¹⁰ - debba dover chiedere o attendere l'effettiva rimozione, a opera degli organi nazionali all'uopo competenti (nell'ordinamento italiano la Corte costituzionale), delle eventuali misure nazionali che ostino alla diretta e immediata applicazione delle norme dell'Unione¹¹.

L'applicazione della normativa comunitaria direttamente efficace all'interno dell'ordinamento italiano non dà luogo ad ipotesi di abrogazione o di deroga, né a forme di caducazione o di annullamento per invalidità della norma interna incompatibile, ma produce un effetto di disapplicazione di quest'ultima, seppure nei limiti di tempo e nell'ambito materiale entro cui le competenze comunitarie sono legittimate a svolgersi.¹²

Pertanto, la soluzione a tale discrasia sembra che possa riguardare:

⁸ Corte giust. ordinanza 6 dicembre 1990, causa C-2/88, *Imm.*, J.J. Zwartveld e altri, punto 10.

⁹ Corte giust. 9 marzo 1978, causa 106/77, *Amministrazione delle finanze dello Stato c. SpA Simmenthal*.

¹⁰ Corte giust. 5 dicembre 2004, cause riunite da C-397/01 a C-403/01, *Pfeiffer c. Deutsches Rotes Kreuz*,

¹¹ Corte giust. 9 marzo 1978, causa 106/77, *Simmenthal*, punto 24; 4 giugno 1992, cause riunite C-13/91 e C-113/91, *Debus*, punto 32; 18 luglio 2007, C-119/05, *Lucchini*, punto 61; 27 ottobre 2009, C-115/08, *ČEZ*, punto 138; 19 novembre 2009, C-314/08, *Filipiak*, punto 81; 22 giugno 2010, C-188/10 e C-189/10, *Melki e Abdeli*, punto 43; 26 febbraio 2013, C-617/10, *Åkerberg Fransson*, punto 45. Nella sentenza dell'11 settembre 2014, Causa C-112/13, *A c. B e a.*,

¹² Corte cost., 11 luglio 1989, n. 389.

- i. nel caso quindi di un contrasto tra norme interne e norme europee **direttamente applicabili**, il giudice procede a disapplicazione delle prime e applica le seconde¹³;
- ii. mentre, se si verifica un contrasto tra norme interne e norme europee **non** direttamente applicabili (ad es. direttive) il giudice deve sollevare questione di costituzionalità per contrasto con l'**art. 11 e 117 cost.**

Del resto la **Corte giustizia** UE ha specificato che¹⁴: *“se il diritto nazionale, mediante l'applicazione di metodi di interpretazione da esso riconosciuti, in determinate circostanze consente di interpretare una norma dell'ordinamento giuridico interno in modo tale da evitare un conflitto con un'altra norma di diritto interno o di ridurre a tale scopo la portata di quella norma applicandola solamente nella misura compatibile con l'altra, il giudice ha l'obbligo di utilizzare gli stessi metodi al fine di ottenere il risultato perseguito dalla direttiva”*.

L'insegnamento fino ad ora della Corte Costituzionale ha stabilito che: *“L'ordinamento comunitario e l'ordinamento statale sono "distinti e al tempo stesso coordinati" e le norme del primo vengono, in forza dell'art. 11 Cost., a ricevere diretta applicazione in quest'ultimo, pur rimanendo estranee al sistema delle fonti statali; da ciò deriva non la caducazione della norma interna incompatibile bensì la non applicazione di quest'ultima da parte del giudice nazionale al caso di specie oggetto della sua cognizione. Tale principio, per effetto della giurisprudenza costituzionale, è stato applicato dapprima ai regolamenti comunitari (anteriori o successivi alla norma statale) e quindi esteso, a determinate condizioni, alle decisioni della Corte di giustizia e alle direttive del Consiglio delle Comunità. Fermo restando, in base allo stesso art. 11 Cost., che l'ordinamento statale non si apre incondizionatamente alla normazione comunitaria, giacché in ogni caso vige il limite del rispetto dei principi fondamentali del nostro ordinamento costituzionale e dei diritti inalienabili della persona umana, con conseguente sindacabilità, sotto tale profilo, della legge di esecuzione del Trattato”*¹⁵.

Quindi per le direttive, in particolare, occorre far riferimento alla giurisprudenza della Corte di giustizia delle Comunità europee, che - interpretando l'art. 189 del Trattato di

¹³ Corte giust. 10 aprile 1984, causa 14/83, Sabine von Colson e Elisabeth Kamann c. Land Nordrhein Westfalen. 25 Corte giust. 4 dicembre 2004, C-397/01, Pfeiffer, punto 110.

¹⁴ Corte giust. 4 dicembre 2004, C-397/01, Pfeiffer, punto 116.

¹⁵ Corte cost. 8 giugno 1984, n. 170; Corte cost. 11 luglio 1989, n. 389; Corte cost. 18 aprile 1991, n. 168

Roma sul carattere vincolante delle direttive per gli Stati membri - ha da tempo elaborato principi molto puntuali, ritenendo che "in tutti i casi in cui alcune disposizioni di una direttiva appaiano, dal punto di vista sostanziale, incondizionate e sufficientemente precise, i singoli possono farle valere dinanzi ai giudici nazionali nei confronti dello Stato, sia che questo non abbia tempestivamente recepito la direttiva nel diritto nazionale sia che l'abbia recepita in modo inadeguato¹⁶". In particolare, in quest'ultima pronuncia -Sent. 24 marzo 1987, in causa 286/85- la Corte del Lussemburgo ha puntualizzato che la disposizione della direttiva che risponda ai presupposti suddetti possa essere invocata dal singolo innanzi al giudice nazionale "onde far disapplicare qualsiasi norma di diritto interno non conforme a detto articolo

Già in questa rivista¹⁷ al fine di un interesse sostanziale quale valore giuridico da tutelare, e nel caso specifico era inerente all'applicazione diretta nel nostro sistema giuridico e giudiziario delle sentenze della CGUE, in cui ivi è stato ricordato che da autorevole giurista¹⁸ che: *"la Cassazione deve applicare oltre alle norme del suo ordinamento nazionale,*

¹⁶ Sent. 22 giugno 1989, in causa 103/88; Sent. 20 settembre 1988, in causa 31/87; Sent. 8 ottobre 1987, in causa 80/86; Sent. 24 marzo 1987, in causa 286/85.

¹⁷ in questa rivista N. 2 pag. 16 e segg. *"Tutelato il consumatore contro l'esecuzione, anche non opposta e divenuta definitiva, ed anche dopo la vendita, per i contratti -tra l'altro di mutuo, finanziamento e fideiussione- che presentano clausole considerate "abusive" dalle disposizioni e sentenze comunitarie"* di Gregorio Pietro D'Amato

¹⁸ Dott. Pietro Curzio Primo Presidente della Corte di Cassazione in occasione della giornata di Studio "Identità nazionale degli stati membri, primato del diritto dell'unione europea, stato di diritto e indipendenza dei giudici nazionali" pagg. 56 e segg. per le celebrazioni del 70° anniversario della corte di giustizia dell'unione europea. Roma, palazzo della Consulta, 5 settembre 2022.....cfr pag. 58 *"L'Unione non ha competenza generale ed omnicomprensiva, ma delimitata dal principio di attribuzione: "agisce esclusivamente nei limiti delle competenze che le sono attribuite dagli stati membri per realizzare gli obiettivi da questi stabiliti", secondo l'art. 5 del TUE, che in due diverse norme (5, paragrafo 2 e 4, paragrafo 1), afferma e ribadisce: "qualsiasi competenza non attribuita all'Unione nei trattati appartiene agli stati membri"*.

Le questioni sono rese più complesse dall'affiancamento di un secondo principio, quello di sussidiarietà, per cui nei settori non di competenza esclusiva l'Unione interviene soltanto "se ed in quanto gli obiettivi dell'azione prevista non possono essere conseguiti in misura sufficiente dagli stati membri... ma possono, a motivo della portata o degli effetti dell'azione in questione, essere conseguiti meglio a livello di Unione".

All'interno di tale ambito, il giudice nazionale deve applicare le disposizioni europee previa verifica che possano essere applicate direttamente, senza la mediazione di una legge nazionale. A tal fine, deve accertare che le disposizioni da osservare siano chiare, precise e suscettibili di applicazione immediata, non condizionata ad alcun provvedimento formale dello stato membro.

... La Costituzione ha una sua architettura e complessi equilibri interni. La disciplina concreta e specifica di un diritto sancito dalla Costituzione deve considerarli attentamente. A svolgere questa funzione è chiamato prioritariamente il legislatore ordinario. Il giudice, a sua volta, quando interpreta una norma, non può non tenerne conto. La difficoltà dell'interpretazione conforme alla Costituzione deriva spesso proprio dalla necessità di non assolutizzare un diritto ma di contemperarlo con altri diritti di pari o superiore rilievo costituzionale.

È evidente che questa complessa valutazione in sede interpretativa non può spingersi sino alla elaborazione di una norma nuova con l'assunzione di un ruolo sostitutivo del legislatore, né può spingersi ad elidere dall'ordinamento interno una norma vigente, assumendo un ruolo sostitutivo della Corte costituzionale. In tale ottica, mostra la sua inadeguatezza anche il meccanismo della "disapplicazione" della norma da parte del giudice nazionale.

Quando il bilanciamento oltrepassa i limiti della interpretazione e si colloca in una dimensione che richiede una decisione sul possibile contrasto tra una norma e i diritti riconosciuti a livello costituzionale allora il giudice comune

anche quelle dell'Unione europea. L'art. 117 Cost. dispone che "la potestà legislativa è esercitata dalla Stato e dalle Regioni nel rispetto della Costituzione, nonché dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali". Si specifica così il consenso espresso dall'art. 11 Cost., in condizioni di parità con gli altri Stati, alle "limitazioni di sovranità" necessarie ad un ordinamento che assicuri la pace e la giustizia tra le nazioni".

Sempre dal citato intervento (s.v. sub in nota) è stato evidenziato che allorquando una norma europea richiede sul possibile contrasto tra una norma e i diritti riconosciuti a livello costituzionale allora il giudice comune dovrebbe fare un'operazione di *self-restraint*, rimettendosi tendenzialmente al giudizio di chi è specificamente attrezzato per tale tipo di valutazioni.

Continua il primo Presidente, nel precitato intervento, che: *"La controprova è nella efficacia erga omnes che la decisione del giudice costituzionale può assumere, in quanto, anche se occasionata da una specifica controversia, essa è diretta a rimodellare l'ordinamento alla luce della Costituzione con efficacia generale e non limitata alla soluzione dello specifico caso. E questo è un chiaro vantaggio per la ricalibratura del sistema ordinamentale che ne deriva"*.

Va ricordata l'efficacia **diretta del Diritto dell'unione europea** nel nostro ordinamento ad iniziare con la datata sentenza **della Corte UE del 5 febbraio 1963 e le numerose successive**¹⁹. Nella propria sentenza, la Corte di giustizia dell'Unione europea (la Corte) sancisce l'**efficacia diretta** del diritto dell'Unione europea (Unione).

dovrebbe fare un'operazione di self-restraint, rimettendosi tendenzialmente al giudizio di chi è specificamente attrezzato per tale tipo di valutazioni.

La controprova è nella efficacia erga omnes che la decisione del giudice costituzionale può assumere, in quanto, anche se occasionata da una specifica controversia, essa è diretta a rimodellare l'ordinamento alla luce della Costituzione con efficacia generale e non limitata alla soluzione dello specifico caso. E questo è un chiaro vantaggio per la ricalibratura del sistema ordinamentale che ne deriva.

Può accadere che la norma ponga un dubbio di contrasto tanto con un diritto riconosciuto dalla Costituzione, quanto con la Carta dei diritti fondamentali o più in generale con il diritto dei Trattati ed altre norme europee.

¹⁹ Sentenza del 5 febbraio 1963, NV Algemene Transport- en Expeditie Onderneming van Gend & Loos c. Amministrazione olandese delle imposte, causa 26-62, ECLI:EU:C:1963:1. 7 Sentenza del 19 gennaio 1982, Ursula Becker c. Finanzamt Münster-Innenstadt, causa 8/81, ECLI:EU:C:1982:7. 8 Sentenza del 26 settembre 2000, Unilever Italia SpA c. Central Food SpA, causa C-443/98, ECLI:EU:C:2000:496. 9 Sentenza del 30 aprile 1996, CIA Security International SA c. Signalson SA e Securitel SPRL, causa C-194/94, ECLI:EU:C:1996:172. 10 Sentenza del 9 marzo 1978, Amministrazione delle Finanze dello Stato c. Simmenthal SpA, causa 106/77, ECLI:EU:C:1978:49. 11 Sentenza del 24 giugno 2019, Procedimento penale a carico di Daniel Adam Popławski, causa C573/17, ECLI:EU:C:2019:530. 12 Sentenza del 18 luglio 2007, Ministero dell'Industria, del Commercio e dell'Artigianato c. Lucchini SpA, causa C-119/05, ECLI:EU:C:2007:434. 13 Sentenza dell'8 settembre 2015, Procedimento penale a carico di Ivo Taricco e a., causa C-105/14, ECLI:EU:C:2015:555 Corte giustizia Unione Europea, Grande Sezione, sentenza 10/10/2017 n° C-413/15

La sentenza afferma che il diritto dell'Unione non impone solo **obblighi agli Stati membri dell'Unione**, ma attribuisce anche **diritti alle persone fisiche**. Le persone fisiche possono quindi avvalersi di tali diritti e invocare direttamente il diritto dell'Unione dinanzi ai tribunali nazionali ed europei, a prescindere dall'esistenza o meno del criterio del diritto nazionale, vale a dire laddove non vi sia ricorso giurisdizionale ai sensi del diritto nazionale²⁰.

La norma appena introdotta, pertanto, presenta delle criticità che sicuramente saranno rilevate in seguito.

²⁰ **Efficacia diretta orizzontale e verticale**

L'efficacia diretta ha due aspetti: verticale e orizzontale.

- L' **efficacia diretta verticale** deriva dai rapporti tra le persone fisiche e il paese. Ciò significa che le persone fisiche possono invocare una disposizione del diritto dell'Unione nei confronti dello Stato.
- L' **efficacia diretta orizzontale** deriva dai rapporti tra persone fisiche. Ciò significa che una persona fisica può invocare una disposizione del diritto dell'Unione nei confronti di un'altra persona fisica.

A seconda del tipo di atto in questione, la Corte ha approvato un'efficacia **diretta piena** (orizzontale e verticale) o un'efficacia **diretta parziale** (solo verticale).

- **Efficacia diretta e diritto primario**

Per quanto riguarda il diritto primario, la Corte ha sancito il **principio dell'efficacia diretta** nella sentenza *Van Gend en Loos*. Tuttavia, ha stabilito la **condizione** per cui gli obblighi non devono essere **precisi, chiari e incondizionati senza richiedere misure complementari** di carattere nazionale o europeo.

Nella sentenza *Becker*, la Corte ha negato l'efficacia diretta qualora i paesi abbiano un seppur minimo margine discrezionale nell'attuazione della disposizione interessata. Nella sentenza *Kaefer e Procacci contro Stato francese*, la Corte ha confermato che la disposizione in questione aveva carattere incondizionato poiché non lasciava alcuna discrezionalità agli Stati membri e aveva quindi efficacia diretta.

Efficacia diretta e diritto derivato

Il principio dell'efficacia diretta riguarda anche gli atti di diritto derivato, ossia atti adottati dalle istituzioni dell'Unione, quali regolamenti, direttive e decisioni, che si fondano sui principi e sugli obiettivi stabiliti nei trattati. Tuttavia, l'applicazione **dell'efficacia diretta dipende dal tipo di atto**:

- **i regolamenti** hanno immediata applicabilità negli Stati membri, come specificato nell'articolo 288 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea, e hanno quindi efficacia diretta. Tuttavia, in linea con i principi generali, ciò si applica solo a condizione che le norme siano sufficientemente chiare, precise e pertinenti alla situazione del singolo contendente (efficacia diretta sancita dalla sentenza *Politi* contro Ministero delle finanze della Corte);
- **le direttive** sono atti rivolti agli Stati membri che devono essere recepiti nei diritti nazionali. Ciononostante, in alcuni casi, la Corte riconosce alla direttiva un'efficacia diretta ai fini di tutelare i diritti delle persone fisiche. La Corte ha quindi stabilito nella sentenza *Van Duyn contro Home Office* che una direttiva ha efficacia diretta quando le sue disposizioni sono incondizionate e sufficientemente chiare e precise e qualora lo Stato membro non abbia ricevuto la direttiva entro il termine fissato. Tuttavia, l'efficacia diretta può avere soltanto carattere verticale: gli Stati membri sono tenuti ad attuare le direttive, ma esse potrebbero non essere fatte valere da uno Stato membro nei confronti di una persona fisica (si veda la sentenza *Ratti*);
- **le decisioni** possono avere efficacia diretta quando designano uno Stato membro come destinatario. La Corte, pertanto, riconosce un'efficacia diretta solo verticale (sentenza *Hansa Fleisch contro Landrat des Kreises Schleswig-Flensburg*);
- **gli accordi internazionali**: nella sentenza *Meryem Demirel contro Comune di Schwäbisch Gmünd*, la Corte ha riconosciuto l'efficacia diretta di taluni accordi in base agli stessi criteri di stabilità nel caso *Van Gend en Loos*;
- **i pareri e le raccomandazioni** non sono giuridicamente vincolanti e sono quindi privi di efficacia diretta.

La soluzione che invece era stata prevista con il comma 2/bis all'art. 63 CCII (ante sospensione degli effetti ad opera art. 1/bis del D L 69/2023) sembra una soluzione più consona agli interessi della massa creditoria e per il resto della collettività che a questo punto dirotterà la scelta sulle procedure dove vi è più Tribunale e meno autonomia fra le parti, contrario del resto, allo spirito della stessa Direttiva 2019/1023, che invece tende a “*detrribunalizzare*” le procedure di ripianamento delle crisi e insolvenza delle imprese.

7. L'art. 1/bis del D lgs. 69/2023 non trova applicazione per le altre procedure il *Cram down* erariale e contributivo ma solo per gli accordi di ristrutturazione.

La nuova norma di cui all'art. 1/bis del dl n. 69/2023 che impone una soddisfazione del 30% o 40% nei confronti dell'erario e contributivo fa riferimento solo alla previsione dell'art. 63 comma 2 ultima periodo e 2/bis che trova applicazione solo per le procedure che afferiscono agli accordi di ristrutturazione di cui agli articoli 57, 60 e 61 del CCII, mentre per tutte le altre procedure il *Cram down* rimane **in essere se, e quando, risulta più conveniente rispetto all'attività liquidatoria**

Fra tutte le procedure vanno ricordate il **concordato minore** (art. 74 e segg. CCII) individuato per i debitori di cui all'articolo 2, comma 1, lettera c) CCII²¹, in stato di **sovraindebitamento**, escluso il consumatore, possono formulare ai creditori una proposta di concordato minore, quando consente di proseguire l'attività imprenditoriale o professionale. art. 80 CCII. “*Il giudice omologa altresì il concordato minore anche in mancanza di adesione da parte dell'amministrazione finanziaria degli enti gestori di forme di previdenza o assistenza obbligatorie quando l'adesione è determinante ai fini del raggiungimento della percentuale di cui all'articolo 79, comma 1 e, anche sulla base delle risultanze, sul punto, della specifica relazione dell'OCC, la proposta di soddisfacimento dell'amministrazione o degli enti gestori di forme di previdenza o assistenza obbligatorie è conveniente rispetto all'alternativa liquidatoria*”.

Concordato preventivo art. 88 comma 2-bis: “Il tribunale omologa il concordato preventivo anche in mancanza di adesione da parte dell'amministrazione finanziaria o

²¹ Art. 2 comma 1 lett. c CCII: “«sovraindebitamento»: lo stato di crisi o di insolvenza del consumatore, del professionista, dell'imprenditore minore, dell'imprenditore agricolo, delle start-up innovative di cui al decreto-legge 18 ottobre 2012, n. 179, convertito, con modificazioni, dalla legge 17 dicembre 2012, n. 221, e di ogni altro debitore non assoggettabile alla liquidazione giudiziale ovvero a liquidazione coatta amministrativa o ad altre procedure liquidatorie previste dal codice civile o da leggi speciali per il caso di crisi o insolvenza”.

degli enti gestori di forme di previdenza o assistenza obbligatorie quando l'adesione è determinante ai fini del raggiungimento delle percentuali di cui all'articolo 109, comma 1, e, anche sulla base delle risultanze della relazione del professionista indipendente, la proposta di soddisfacimento della predetta amministrazione o degli enti gestori di forme di previdenza o assistenza obbligatorie è conveniente o non deteriore rispetto all'alternativa liquidatoria”.

E per il piano del consumatore (art. 67 CCII) dove è il giudice a stabilire la convenienza o meno dell'apertura della procedura anche con creditori dissenzienti sentito l'OCC art. 70 comma 7: “Il giudice, verificata l'ammissibilità giuridica e la fattibilità del piano, risolta ogni contestazione, omologa il piano con sentenza e ne dispone, ove necessario, la trascrizione a cura dell'OCC. Con la stessa sentenza dichiara chiusa la procedura”. E quindi per lo più anche per i crediti erariali.

8. Conclusioni

Con l'introduzione dell'art. 1/bis ad opera della legge di conversione del Dl. N. 69/2023 che ha sospeso l'efficacia del *Cram down* stabilito dall'art. 63 comma 2/bis con una previsione più gravosa per il debitore dovendo per forza corrispondere il 30% o il 40% agli enti erariali e previdenziali ha di fatto escluso la convenienza e percorribilità degli accordi di ristrutturazioni previsti dagli articoli 57, 60 e 61 CCII.

Lo spirito del *Cram down* e dell'omologazione forzosa della transazione fiscale è quello di colmare una inefficienza con un rigetto ad oltranza delle amministrazioni finanziarie che poi risulta in contrasto con il principio del buon andamento della PA ex art. 97 Cost. non solo ma anche, come detto, della stessa direttiva 2019/1023.

Nella "ristrutturazione trasversale dei debiti", il piano può essere omologato e può diventare vincolante per le classi di voto dissenzienti solo se soddisfa, tra l'altro, la condizione per cui "assicura che le classi di voto dissenzienti di creditori interessati ricevano un trattamento almeno tanto favorevole quanto quello delle altre classi dello stesso rango e più favorevole di quello delle classi inferiori" (art. 11, 1, lett. c, Dir. 1023/2019); è questa la regola della c.d. "*relative priority rule*" ("RPR"), secondo la quale è possibile il pagamento di creditori di rango inferiore anche in assenza di pagamento integrale dei creditori di rango superiore, a condizione che il primo sia di misura inferiore.

In questa prospettiva, l'attribuzione al tribunale del potere, a determinate condizioni, di omologare gli accordi di ristrutturazione dei debiti come accade per il concordato preventivo anche in mancanza di adesione da parte dell'amministrazione, ma previa verifica della convenienza della proposta per la stessa, sembra realizzare un ragionevole equilibrio tra le esigenze di tutela dell'amministrazione e le esigenze di tutela degli altri interessi rilevanti. Non pare neppure che l'interpretazione estensiva determini un contrasto con la direttiva *Insolvency 1023/2019* **sulle ristrutturazioni trasversali**, non contrastando in astratto né con quanto previsto all'art. 10, c. 3 né con quanto sancito all'art. 11, c. 1 lett. a) e men che mai con il *considerando* 55 della direttiva medesima: deve escludersi in particolare che detta interpretazione arrechi un pregiudizio ingiusto a carico dell'Erario – come invece al comma 1 dell'art. 1/bis il legislatore ha voluto inserire per giustificare la percentuale di soddisfacimento del 30% o 40% e dichiarandolo che sia conforme alla direttiva 2019/1023, che, invece, e come rappresentato, **pare non esserlo affatto-**, e neanche può dirsi che faccia difetto una tutela sufficiente per il Fisco, risultando rispettato il disposto degli artt. 2740 e 2741 c.c.,.

Come più volte enunciato dall'Amministrazione finanziaria la collaborazione deve essere biunivoca e non monodirezionale dal contribuente al Fisco e come la pretende la stessa amministrazione; però poi dimentica la sua collaborazione con il contribuente.

Mi piace sempre ricordare, e come ho più volte fatto in questa rivista, che lo Stato, ed in special modo con l'amministrazione finanziaria, deve essere vicino ai cittadini-contribuenti e non comportarsi, come il mitologico e voracissimo mostro acquatico **Leviatano** della tradizione biblica, che è stato assunto dal filosofo Th. Hobbes (1588-1679) a simbolo dell'onnipotenza dello Stato nei confronti dell'individuo e che li divora, **ma che alla fine sarà lo stesso mostro a soccombere.**

Diritto Crisi D'impresa e Consumatori

CLAUSOLE ABUSIVE NEI CONTRATTI CON I CONSUMATORI DOPO LA CASSAZIONE SENTENZA S.U. 4979/2023

VADEMECUM DEL TRIBUNALE DI MILANO

*Gregorio Pietro D'Amato*²²

Con provvedimento del 25/07/2023 il Presidente f.f del Tribunale di Milano (*Dott. Fabio Roia*) in collaborazione con i presidenti del settore civile del Tribunale e Ufficio del Giudice di Pace di Milano hanno elaborato un manuale di clausole abusive per i contratti consumeristici rivolto ai giudici per i provvedimenti monitori dopo l'arresto a Sezioni unite della Cassazione n. 4979/2023, e di cui in questa rivista si è già ampiamente occupati e che si rinvia per una trattazione più approfondita²³.

Il provvedimento non può che essere accolto con favore e plauso per la sensibilizzazione di intenti che il Presidente f.f. e tutti i presidenti del Tribunale e Giudice di Pace settore civile di Milano dopo la dirompente e tranciante sentenza delle SU n. 4979/2023 (resa peraltro ai sensi dell'art. 363 , comma 3, c.p.c nell'interesse della legge) in materia consumeristica per clausole abusive stabilite ed evidenziate in quelli che sono i numerosi arresti della Corte di Giustizia Europea sorti a seguito di quattro coeve pronunce della CGUE, emesse dal Collegio della Grande Sezione in data 17 maggio 2022²⁴, una delle quali²⁵ a seguito di rinvio pregiudiziale disposto proprio dal Tribunale di Milano con ordinanze del 10 agosto 2019 e del 31 ottobre 2019.

Il c.d. vademecum, che come rappresentato dallo stesso documento, e non poteva che dire diversamente, essendo i giudici soggetti alla legge, non è rivolto a dare direttive o

²² Direttore Scientifico- dottore commercialista -revisore contabile- curatore fallimentare - giornalista

²³ di **D'AMATO G.P.** “*Tutelato il consumatore contro l'esecuzione, anche non opposta e divenuta definitiva, ed anche dopo la vendita, per i contratti -tra l'altro di mutuo, finanziamento e fideiussione- che presentano clausole considerate “abusive” dalle disposizioni e sentenze comunitarie*” in www.rivistagiuridicadirittoecrisidimpresa.it anno I numero 2 maggio -giugno 2023 pagg. 16 e segg.

²⁴ sentenza in C-600/19, Ibercaja Banco; sentenza in cause riunite C-693/19, SPV Project 1503, e C831/19, Banco di Desio e della Brianza; sentenza in C-725/19, Impuls Leasing Romania; sentenza in C-869/19, Unicaja Banco

²⁵ sentenza in cause riunite C-693/19, SPV Project 1503, e C831/19, Banco di Desio e della Brianza

indicazioni vincolanti ai giudici in merito all'effettiva abusività o meno delle clausole segnalate né intende sostituire la valutazione ed il convincimento del singolo giudice in merito alla eventuale nullità delle clausole, bensì - più limitatamente - si propone di fornire ai giudici gli strumenti per consentire in maniera veloce e consapevole di eseguire preventivamente in sede monitoria un controllo efficace e diretto in merito ai profili suscettibili di fornire indizi di abusività su singole clausole presenti nei contratti conclusi con consumatori. Documento certo non vincolante ma certamente significativo e rilevante considerata dall'autorevolezza da cui promana

Il documento nel premettere la fonte da cui prende le mosse a seguito delle sentenze della Corte di Giustizia europea a cui non poteva che non dare conferma le SU con il precitato arresto nomofilattico e reso nell'interesse della legge. Vengono pertanto ricapitolati i punti di diritto espressi dalle SU in merito a:

- a) **nella fase monitoria il giudice deve svolgere, d'ufficio**, il controllo sull'eventuale carattere abusivo delle clausole del contratto stipulato tra professionista e consumatore in relazione all'oggetto della controversia, con relativo potere di impulso ai fini della richiesta del contratto medesimo nonché di eventuali chiarimenti, al fine di verificare la sussistenza dell'abusività di clausole a danno del consumatore, con le relative conseguenze;
- b) **nella fase esecutiva**, in assenza di motivazione del decreto ingiuntivo in riferimento al profilo dell'abusività delle clausole, **il giudice avrà il dovere** - da esercitarsi sino al momento della vendita o dell'assegnazione del bene o del credito - di controllare la presenza di eventuali clausole abusive che abbiano effetti sull'esistenza e/o sull'entità del credito oggetto del decreto ingiuntivo e di avvisare il debitore esecutato che entro 40 giorni potrà proporre opposizione al decreto ingiuntivo ai sensi dell'art. 650 c.p.c. per far accertare (solo ed esclusivamente) l'eventuale abusività delle clausole, con effetti sull'emesso decreto ingiuntivo.

Tale pronuncia impone pertanto sia ai giudici della cognizione per la fase monitoria sia ai giudici dell'esecuzione l'esame delle clausole contenute nei contratti stipulati con il consumatore, peraltro riguardanti trasversalmente un numero indeterminato di materie (**diritto bancario, vendita di beni di consumo, appalti, somministrazione, ecc.**).

Importante e condivisibile è l'evidenziazione che fornisce il precitato documento alla luce dei principi esposti nelle citate sentenze della Corte di Giustizia e della Corte di Cassazione

SS.UU. n. 9479 del 6.04.2023, da cui discende dunque la necessità del controllo **ufficioso da parte del Giudice** del monitoraggio **della vessatorietà della clausole** poste a fondamento del credito preteso contro un consumatore, al fine di conformarsi al diritto eurounitario ed evitare così la pronuncia di titoli che - se non opposti - causino la sospensione del processo esecutivo con avvio di opposizione tardiva, con grave compromissione degli obiettivi di speditezza e razionalità della giurisdizione, ed in ultima **analisi evidenzia, altresì, “A TACERE DI POSSIBILI PROFILI RISARCITORI E DISCIPLINARI”**.

Non si può che essere fiduciosi che, finalmente, almeno i consumatori potranno trovare una tutela rafforzata sia per tutti contratti con i consumatori ed in special modo contro l'attività bancaria che sempre prevarica contro chi, ed a volte per necessità – e senza fare retorica spicciola- deve richiedere un finanziamento per le esigenze impellenti ed improcrastinabili più svariate e purtroppo a volte anche gravi (fra tutte di salute per aiutare un congiunto e/o parente prossimo), e rispetto a chi lo richiede solo per voluttuosità, acconsentendo, così, alla sottoscrizione di clausole che non certo sono sinallagmatiche tra le parti ma sono sempre, e solo, favorevoli al poter forte del ceto bancario.

Ben venga pertanto anche l'avvertimento che il mancato rispetto delle statuizioni della Cassazione a SU possa determinare anche possibili effetti risarcitori e disciplinari per gli organi Giudicanti.

il documento elaborato dai vari e pregevoli interlocutori ha elencato le seguenti casistiche supportate dagli arresti giurisprudenziali che li hanno considerati tali²⁶:

➤ **“Individuazione ambito soggettivo**

In ipotesi di ricorsi monitori diretti contro una persona fisica, è necessario che il Giudice del monitoraggio si interroghi, e poi motivi nel decreto ingiuntivo, se il contratto posto a fondamento della pretesa sia di tipo consumeristico ai sensi del Codice del consumo.

All'uopo, un utile indice di discernimento condiviso da molti giudici è l'indicazione nel ricorso monitorio e/o nelle fatture azionate (ove le stesse siano allegate al ricorso) del numero di partita Iva della persona fisica che si chiede di ingiungere.

In ogni caso, ove nel ricorso manchino allegazioni su questa circostanza, è opportuno che il Giudice del monitoraggio - avvalendosi dello strumento di cui all'art. 640 c.p.c. - chieda al

²⁶ Si riporta **integralmente il testo** del Vademecum adottato con provvedimento del 25/07/2023 prot. 11427 - 01514602201 dall'organo di Presidenza del Tribunale di Milano Presidente f.f. dr. Fabio Roia.

ricorrente di precisare e provare questo aspetto, producendo il contratto e, ove il ricorrente sostenga trattarsi di imprenditore individuale, la visura camerale del medesimo.

Come noto, a mente dell'art. 3 Codice del consumo la circostanza che la persona fisica da ingiungere svolga attività di impresa/commerciale/professionale non consente di escludere *a priori* che la persona abbia stipulato il contratto per finalità estranee all'impresa/attività professionale/commerciale esercitata, e quindi sia un consumatore, dovendo dunque il Giudice del monitorio avere riguardo - al fine di verificare se il credito sia fondato su contratto concluso con consumatore - anche alla natura e all'oggetto del contratto.

Giova, quanto al perimetro soggettivo, ricordare che secondo la consolidata giurisprudenza di legittimità il condominio è un consumatore (*ex multis*: Cass. **22.05.2015 n. 10679**) e che, secondo la CGUE e la Corte di legittimità, anche il fideiussore persona fisica del credito di un'impresa può essere reputato consumatore, in particolare nell'ipotesi in cui il credito garantito sia riferibile a un'impresa a cui il fideiussore è estraneo, in talune pronunce essendo stato reputato estraneo alla società di capitali garantita anche il socio di minoranza della stessa (CGUE **19.11.2015 in C-74/15 Tarcau** e Cass. **18.02.2022 n. 5423**; Cass. **16.01.2020 n. 742**; Cass. **13.12.2018 n. 32225**).

Nei casi dubbi, appare consigliabile in via prudenziale comunque svolgere il controllo di vessatorietà delle clausole, considerata l'obbligatorietà del detto controllo nei contratti con il consumatore e il tipo di rimedio *inaudita altera parte* scelto unilateralmente dal professionista preteso creditore.

➤ **Competenza per territorio**

Come è noto, alla luce della consolidata giurisprudenza di legittimità, il foro del consumatore prevale non solo sul foro convenzionale (e quindi sulla clausola di deroga della competenza per territorio) ma anche sui criteri di radicamento della competenza per territorio previsti dal codice di rito e dalle leggi speciali (Cass. SS.UU. **1[^].10.2003 n. 14669**; conf.: Cass. **15.03.2022 n. 8406**; Cass. **11.11.2021 n. 33439**; Cass. **19.04.2021 n. 10278**; Cass. **28.05.2019 n. 14475**; Cass. **12.03.2014 n. 5703**; Cass. **8.07.2015 n. 14287**; Cass. **9.06.2011 n. 12685**; Cass. **26.04.2010 n. 9922**; Cass. **23.02.2007 n. 4208**; Cass. **11.01.2007 n. 377**; Cass. **5.08.2005 n. 16574**).

Giova ricordare che per “foro del consumatore” si intende il luogo di residenza/domicilio del consumatore al momento della domanda e non quello alla data di stipulazione del contratto (Cass. n. 11389/2018; conf.: Cass. n. 18523/2016).

Da quanto precede, risulta consigliabile che non appena il Giudice del monitorio verifica che si tratta di ricorso contro un consumatore, che si verifichi subito la propria competenza per territorio, richiedendo al ricorrente *ex art. 640 c.p.c.* il certificato di residenza della persona fisica consumatore destinatario della domanda ingiuntiva e declinando la decisione se il consumatore risiede nel circondario di altri Tribunali.

Nell'ipotesi, frequente nel caso del fideiussore, di ricorso proposto contro più soggetti di cui uno solo sia un consumatore, il Giudice del monitorio potrà accogliere il ricorso, se sussistono la competenza e i presupposti di legge, verso la società debitrice garantita e i fideiussori non consumatori e rigettarlo limitatamente al fideiussore consumatore, ove questi risieda alla data della domanda nel circondario di un altro Tribunale.

➤ **Verifica di vessatorietà su clausole specifiche e conseguenti oneri assertivi del Ricorrente.**

Il Giudice del monitorio non è tenuto a disaminare tutte le clausole contenute nel contratto concluso con il consumatore, ma solo quelle su cui si fonda il credito azionato in giudizio (CGUE, 11 marzo 2020, causa C-511/17, *Györgyné Lintner*; Cass. 9479/2023 pag. 26 e ss): risulta di conseguenza necessario che a monte il ricorrente indichi nel ricorso su quali clausole si fonda il credito preteso in via monitoria.

Atteso che allo stato nella gran parte dei ricorsi monitori - tratteggiatamente - non viene fornita questa indicazione, è necessario che il ricorrente proceda alla relativa precisazione assertiva, a seguito di richiesta del Giudice del monitorio *ex art. 640 c.p.c.*. Giova fare presente come dall'interlocuzione con le Sezioni interessate sia emerso che - laddove il ricorso non indichi neanche la *causa petendi* - diversi giudici reputano di non poter procedere alla richiesta di integrazione, per violazione del combinato disposto degli artt. 638 e 125 c.p.c. e del principio del contraddittorio (atteso che l'ingiunto che riceve la notificazione del ricorso e del decreto, non è posto in grado di comprendere a quale rapporto contrattuale si riferisca il titolo ingiuntivo).

In definitiva, in ipotesi di contratto concluso con il consumatore, la regola probatoria di cui all'art. 634 c.p.c. deve essere intesa - alla luce della sopravvenuta sentenza SS.UU. 9479/2023 - nel senso che, pur risultando sufficienti i documenti indicati nella menzionata

disposizione ai fini della prova del *quantum* del credito, è **comunque necessario che il Giudice verifichi a monte che le clausole che fondano la pretesa creditoria** (per corrispettivo, per penale o interessi di mora, per oneri accessori, ecc.) non siano abusive: in tale caso, difatti, il credito non sussiste a monte in punto di *an debeatur*, atteso che la clausola abusiva è inopponibile al consumatore e di conseguenza il credito, ancorché fatturato dal professionista e assistito da estratto autentico dei libri contabili/tributari del creditore, non può ricevere tutela giurisdizionale monitoria, con conseguente diniego del ricorso.

Ove il Ricorrente non ottemperi alle richieste *ex art.* 640 c.p.c. del Giudice, così non consentendo il doveroso controllo di vessatorietà, non sembra possibile poter emettere il decreto ingiuntivo. Nell'ipotesi, non rara, in cui il Ricorrente dichiara che non vi è un contratto scritto, ne discenderà che potrà azionare - con prova *ex art.* 634 c.p.c. ovvero opinamento dell'Ordine professionale ove applicabile la relativa previsione - unicamente il corrispettivo per beni/servizi resi e gli interessi al tasso legale.

➤ **Clausole abusive più frequentemente rilevate**

Il Gruppo di lavoro riporta qui le clausole che più frequentemente - secondo l'esperienza delle Sezioni civili che tabellarmente si occupano di contratti con i consumatori - sono state ritenute abusive, con l'avvertenza che l'elenco non è affatto esaustivo, anche per la difficoltà di reperire *ex post* i relativi provvedimenti:

- 1) clausola derogativa di competenza o di giurisdizione: la clausola viola l'art. 1 lettera t) dell'allegato alla direttiva n. 93/13/CEE e l'art. 33 co. 2 lett. u) del Codice del consumo;
- 2) clausola penale di importo manifestamente eccessivo in caso di inadempimento del consumatore: la clausola viola l'art. 1 lettera e) dell'allegato alla direttiva n. 93/13/CEE e l'art. 33 co. 2 lett. f) del Codice del consumo;
- 3) clausola che prevede interessi di mora da ritardo nel pagamento di obbligazioni pecuniarie ad un tasso manifestamente eccessivo: si tratta di una frequente declinazione pratica della clausola penale di cui al punto 2; in punto di determinazione di quale sia il tasso di mora convenzionale "manifestamente eccessivo", premesso che ai sensi dell'art. 4 dir. n. 93/13/CEE "il carattere abusivo di una clausola contrattuale è valutato tenendo conto della natura dei beni o servizi oggetto del contratto e facendo riferimento, al momento della conclusione del contratto, a tutte le circostanze che accompagnano detta

conclusione e a tutte le altre clausole del contratto o di un altro contratto da cui esso dipende”, si sono registrati nelle varie sezioni civili plurimi orientamenti giurisprudenziali; è opportuno segnalare che si è rilevata una apprezzabile convergenza sul fatto che possa reputarsi “manifestamente eccessivo” il tasso di mora convenzionale pari o superiore al tasso di cui al d. lgs 231/2002; questo parametro tuttavia non risulta sempre applicabile, in particolare per quei contratti bancari nei quali i tassi corrispettivi sono generalmente superiori al tasso di cui al d. lgs 231/2002 (ad es. carte di credito *revolving*): in tali casi, è opportuno che la valutazione di vessatorietà della clausola che prevede il tasso convenzionale di mora tenga conto quale parametro di riferimento del tasso corrispettivo previsto nel contratto; giova segnalare che, come è noto, secondo la CGUE in ipotesi di nullità parziale di singola clausola abusiva, il Giudice non procede a sostituzione della clausola abusiva con eterointegrazione in ragione della *ratio* deterrente della nullità (CGUE 14.06.2012 in C-618/10 Banco Español de Crédito; CGUE 18.11.2021 in C-212/20 A. c. S.A.; CGUE 12.01.2023 in C-395/2023 in D.V. c. M.A.); di conseguenza, ove il Giudice del monitorio ritenga la nullità parziale della clausola vessatoria sugli interessi di mora, non riconosce interessi al tasso legale;

4) la clausola che prevede, in ipotesi di intimazione della risoluzione di diritto da parte del professionista per inadempimento del consumatore previsto da clausola risolutiva espressa, che il consumatore sia tenuto a pagare a titolo di penale un importo pari a quello che avrebbe versato come corrispettivo se il contratto non fosse stato dichiarato risolto: anche questa ipotesi è stata reputata dai giudici una clausola penale “manifestamente eccessiva”, in violazione dell’art. 1 lettera e) dell’allegato alla direttiva n. 93/13/CEE e dell’art. 33 co. 2 lett. f) del Codice del consumo;

5) clausola che prevede, in contratti di durata (ad es. mutuo), la decadenza del consumatore dal beneficio del termine, in ipotesi di inadempimento anche di una sola rata o simili: la clausola viola l’art. 33 co. 2 lett. o) del Codice del consumo (cfr. CGUE Aziz 14.03.2015 in C-415/11);

6) clausola che prevede a carico del consumatore l’obbligo di pagare il compenso del professionista con tariffa oraria, senza che sia indicato l’impegno orario prevedibile o sia almeno determinato un importo/monte orario massimo: la clausola viola gli art. 1 lettera l) dell’allegato alla direttiva n. 93/13/CEE e l’art. 33 co. 2 lett. n) del Codice del consumo; si ricorda che secondo la CGUE - ove la vessatorietà concerna una clausola senza la quale il

contratto sarebbe integralmente nullo (come quando la clausola riguarda la prestazione principale di uno o entrambi i contraenti) e tale nullità integrale del contratto sia pregiudizievole per il consumatore - allora è possibile l'eterointegrazione da parte del Giudice, ad esempio ricorrendo a parametri tariffari normativi (CGUE 12.01.2023 in C-395/2023 in D.V. c. M.A.).

Stante la varietà delle clausole abusive, la difficoltà di reperire i provvedimenti giurisdizionali che abbiano rilevato la vessatorietà di singole clausole e con l'obiettivo di incrementare nel prosieguo il "censimento" delle clausole reputate vessatorie al fine di un controllo di vessatorietà sempre più rapido e agevole oltre che omogeneo e prevedibile nell'ambito dello stesso Ufficio giudiziario, si invitano i giudici a collaborare alla ricerca: in particolare, si chiede al giudice che in sentenza/ordinanza decisoria/decreto di rigetto di ricorso monitorio abbia rilevato la vessatorietà di una clausola, a segnalarlo via mail alla Segreteria Magistrati oppure al referente del gruppo di studio sulle clausole abusive, dott.ssa Ilaria Gentile".

Ulteriormente il vademecum contiene un modello per la concessione del Decreto Ingiuntivo tanto che prosegue affermando:

➤ **“Modello**

Come sancito dalla CGUE nelle sentenze gemelle del 17.05.2022 e dalla Cass. SS.UU. n. 9479/2023, lo svolgimento e l'esito del controllo di vessatorietà deve essere esplicitato dal Giudice del monitorio nel decreto ingiuntivo con motivazione succinta. Il Giudice del monitorio deve dunque motivare sulle verifiche svolte in ordine alla natura o meno di contratto consumeristico e, se si tratta di contratto consumeristico, in ordine a quali clausole fondino il credito e sul perché non siano state reputate vessatorie; ove solo talune clausole tra le molteplici poste a fondamento della pretesa siano vessatorie se ne darà conto nella motivazione, con conseguente espunzione dal *quantum* ingiunto della quota del credito azionato che si fonda su clausola vessatoria.

Inoltre, il Giudice del monitorio è tenuto ad avvisare il consumatore che, se non propone opposizione nel termine di legge, decadrà dalla facoltà di far valere l'abusività delle clausole poste a fondamento della pretesa creditoria.

Si reputa utile quindi proporre ai giudici un modello di decreto ingiuntivo emesso a carico di un consumatore, che è stato integrato secondo le indicazioni della sentenza della Corte

di Cassazione n. 9479 del 6.04.2023 e altresì con quanto previsto dall'art. 17 Reg. n. 805/2004 in materia di titolo esecutivo europeo.

Si sottolinea altresì che l'utilizzazione di tali modelli – o comunque di modelli dai quali risulti espressamente il controllo già eseguito dal giudice in sede di rilascio del decreto ingiuntivo – consente di rendere estremamente più agevole l'attività da svolgersi da parte del giudice dell'esecuzione ed anche del giudice dell'opposizione *ex art. 650 c.p.c.*, interessato in caso di mancato esame preventivo della presenza di clausole abusive”.

Ora vi è l'auspicio che tali indicazioni vengano considerate utili dagli altri Tribunali, anzi che si arricchiscano di ulteriori casi di clausole abusive come evidenziato nel vademecum a mano manco che si affronteranno le varie fattispecie.

Questa è la giustizia che ci piace e che si avvicina di più alla concezione, e come espresso nelle premesse di questa rivista e qui nuovamente ribadita, ad un tipo di Stato **Aristotelico** in cui *“l'uomo era considerato naturalmente sociale, naturalmente cittadino e la società politica era un fatto naturale”*, e **meno Leviatano** a simbolo dell'onnipotenza dello Stato nei confronti dell'individuo e che li divora, ma che alla fine sarà lo stesso mostro a soccombere.

LA DISCRIMINAZIONE A ROVESCIO DELLA LEGGE n. 111 DEL 14 AGOSTO 2023.

Giarrizzo Mauro²⁷

*“Se qualcuno vuole venire dietro di me, rinneghi sé stesso, prenda la sua croce e mi segua.”
(Matteo 16, 24)*

Il 14 agosto 2023, il Parlamento della Repubblica Italiana, ha emanato la legge 111 conferendo “Delega al Governo per la riforma fiscale”. Essa, pubblicata sulla gazzetta ufficiale della Repubblica Italiana, è entrata in vigore il 29/08/2023. Da detta data, il Governo italiano ha 24 mesi di tempo per emanare la così tanta decantata riforma fiscale che, nulla toglie ai ricchi ma che deteriora il buono che, le micro, piccole e medie imprese italiane, (che hanno creato e fatto, a mezzo invenzione/innovazione/estrosità, il Made in Italy), hanno prodotto concorrendo a creare PIL.

L’analisi, non esaustiva della detta legge, si focalizza sugli artt. 2 e 3 del Titolo I rubricato “I Principi generali e i tempi di attuazione” e che dettano “Principi generali del diritto tributario nazionale” (art. 2)²⁸ e “Principi generali relativi al diritto tributario dell’Unione

²⁷Specialista in Professioni Legali

²⁸ https://www.gazzettaufficiale.it/atto/vediMenuHTML?atto.dataPubblicazioneGazzetta=2023-08-14&atto.codiceRedazionale=23G00122&tipoSerie=serie_generale&tipoVigenza=originario “Art. 2 “Principi generali del diritto tributario nazionale” 1. Nell’esercizio della delega di cui all’articolo 1 il Governo osserva i seguenti principi e criteri direttivi generali:

a) fermi restando i principi della progressività e dell’equità del sistema tributario, stimolare la crescita economica e la natalità attraverso l’aumento dell’efficienza della struttura dei tributi e la riduzione del carico fiscale, soprattutto al fine di sostenere le famiglie, in particolare quelle in cui sia presente una persona con disabilità, i giovani che non hanno compiuto il trentesimo anno di età, i lavoratori e le imprese;

b) prevenire, contrastare e ridurre l’evasione e l’elusione fiscale, anche attraverso:

1) la piena utilizzazione dei dati che affluiscono al sistema informativo dell’anagrafe tributaria, il potenziamento dell’analisi del rischio, il ricorso alle tecnologie digitali e alle soluzioni di intelligenza artificiale, nel rispetto della disciplina dell’Unione europea sulla tutela dei dati personali, nonché il rafforzamento del regime di adempimento collaborativo ovvero l’aggiornamento e l’introduzione di istituti, anche premiali, volti a favorire forme di collaborazione tra l’Amministrazione finanziaria e i contribuenti;

2) la piena utilizzazione dei dati resi disponibili dalla fatturazione elettronica e dalla trasmissione telematica dei corrispettivi nonché la piena realizzazione dell’interoperabilità delle banche di dati, nel rispetto della disciplina dell’Unione europea sulla tutela dei dati personali;

c) fermo restando il rispetto degli obiettivi programmatici di finanza pubblica e di riduzione del debito, prevedere la possibilità di destinare alla compensazione della riduzione della pressione fiscale le risorse, accertate come permanenti ai sensi dell’articolo 1, comma 4, della legge 30 dicembre 2020, n. 178, derivanti dal miglioramento dell’adempimento spontaneo degli obblighi tributari;

d) razionalizzare e semplificare il sistema tributario anche con riferimento:

1) all’utilizzazione efficiente, anche sotto il profilo tecnologico, da parte dell’Amministrazione finanziaria, dei dati ottenuti attraverso lo scambio di informazioni;

europea e internazionale” (art. 3)²⁹.

2) all'individuazione e all'eliminazione di micro-tributi per i quali i costi di adempimento dei contribuenti risultano elevati a fronte di un gettito trascurabile per lo Stato, assicurando le opportune misure compensative nell'ambito dei decreti legislativi adottati ai sensi della presente legge;

3) alla normativa fiscale riguardante gli enti del Terzo settore e quelli non commerciali, assicurando il coordinamento con le altre disposizioni dell'ordinamento tributario nel rispetto dei principi di mutualità, sussidiarietà e solidarietà;

e) rivedere gli adempimenti dichiarativi e di versamento a carico dei contribuenti prevedendo:

1) la riduzione degli oneri documentali anche mediante il rafforzamento del divieto, per l'Amministrazione finanziaria, di richiedere al contribuente documenti già in suo possesso;

2) nuove e più efficienti forme di erogazione di informazioni e di assistenza;

3) percorsi facilitati per l'accesso ai servizi da parte delle persone anziane o con disabilità;

f) assicurare un trattamento particolare per gli atti di trasferimento o di destinazione di beni e diritti in favore di persone con disabilità, fermo restando quanto previsto dagli articoli 5 e 6 della legge 22 giugno 2016, n. 112;

g) assicurare la piena applicazione dei principi di autonomia finanziaria degli enti territoriali di cui alla legge 5 maggio 2009, n. 42, al decreto legislativo 6 maggio 2011, n. 68, e agli statuti speciali per le regioni a statuto speciale e per le province autonome di Trento e di Bolzano, con riferimento:

1) ai principi generali di cui all'articolo 2, comma 2, lettera t), della legge 5 maggio 2009, n. 42, e ai principi di manovrabilità e flessibilità dei tributi di cui agli articoli 7 e 12 della medesima legge, in termini almeno equivalenti rispetto a quanto previsto dalla normativa statale vigente;

2) all'attribuzione dei gettiti da recupero fiscale su tributi e compartecipazioni;

3) all'attuazione, compatibilmente con gli equilibri di finanza pubblica, dell'articolo 39, comma 3, del decreto legislativo n. 68 del 2011;

4) alla partecipazione agli indirizzi di politica fiscale, tramite la Conferenza permanente per il coordinamento della finanza pubblica;

5) allo sviluppo dell'interoperabilità delle banche di dati del sistema informativo della fiscalità per la gestione e l'accertamento dei tributi di cui all'articolo 7, comma 1, lettera b), della legge n. 42 del 2009;

6) all'opportunità di considerare le eventuali perdite di gettito rispetto a quanto previsto a legislazione vigente ai fini dell'adeguatezza dei servizi relativi ai livelli essenziali delle prestazioni e al servizio del trasporto pubblico locale, nel rispetto dei principi indicati dalla giurisprudenza costituzionale e dalla legge 31 dicembre 2009, n. 196;

7) alla garanzia della previsione di meccanismi perequativi in conformità ai principi di cui all'articolo 9 della legge n. 42 del 2009, con riferimento in particolare all'attuazione delle previsioni di cui all'articolo 15 del decreto legislativo n. 68 del 2011.

2. Per la predisposizione dei decreti legislativi di cui all'articolo 1 il Governo può costituire appositi tavoli tecnici tra l'Amministrazione finanziaria, gli enti territoriali, le organizzazioni sindacali, le associazioni di categoria e dei professionisti maggiormente rappresentative a livello nazionale e le associazioni familiari maggiormente rappresentative a livello nazionale ai fini di quanto previsto al comma 1, lettere d) ed e). Ai componenti dei predetti tavoli, in ogni caso, non possono essere corrisposti compensi, gettoni di presenza, rimborsi di spese né altri emolumenti, comunque denominati, a carico della finanza pubblica.

3. Per la predisposizione dei decreti legislativi di cui all'articolo 1 l'Amministrazione finanziaria si coordina con la segreteria tecnica della Cabina di regia di cui all'articolo 1, comma 799, della legge 29 dicembre 2022, n. 197, a tal fine coadiuvata dal Nucleo PNRR Stato-regioni di cui all'articolo 33 del decreto-legge 6 novembre 2021, n. 152, convertito, con modificazioni, dalla legge 29 dicembre 2021, n. 233, per la cura dell'attività istruttoria con le regioni, le province autonome di Trento e di Bolzano e gli enti locali, nel contesto della riforma del quadro fiscale subnazionale di cui alla missione 1, componente 1, riforma 1.14, del Piano nazionale di ripresa e resilienza.

4. Il Governo, nella predisposizione dei decreti legislativi di cui all'articolo 1, assicura piena collaborazione con le regioni e gli enti locali. “

²⁹ https://www.gazzettaufficiale.it/atto/stampa/serie_generale/originario art. 3: Principi generali relativi al diritto tributario dell'Unione europea e internazionale” -” 1. Nell'esercizio della delega di cui all'articolo 1 il Governo osserva, oltre ai principi e criteri direttivi generali di cui all'articolo 2, anche i seguenti ulteriori principi e criteri direttivi generali:

Analizzando le rubriche dei detti articoli, pare che il Governo abbia avuto l'idea di dividere in due le situazioni giuridiche che verranno ad essere intraprese: da una parte il diritto tributario italiano, (si immagina per i soggetti italiani) e dall'altra parte i soggetti europei e internazionali che verranno a esercitare la loro attività in Italia.

A parere di chi scrive, solo questo attua disparità di trattamento, in generale ex artt. 2, 3, 10, 23 e 117 Cost., poiché il Legislatore Tributario ha dimenticato le ovvie nozioni che la Costituzione gli impone. Ma, poiché **è il Legislatore** e non deve dare conto a nessuno (se non agli elettori in occasione di competizione elettorale) se non alla Costituzione, (il Legislatore Italiano trae vantaggi dalle imposizioni avendone beneficio a mezzo l'alta indennità, a mezzo benefit quali viaggi gratis etc., oltre che del proprio galoppino pagato con le imposte e tasse dei contribuenti italiani). Lo Stato Italia, poco competitivo, con i tanti balzelli (che resistono dal pregresso Stato Savoia³⁰), tra IVA³¹, IRES, IRAP, addizionali Regionali e locali, e ogni ulteriore balzello, pari o superiore al 50% del lavoro

a) garantire l'adeguamento del diritto tributario nazionale ai principi dell'ordinamento tributario e ai livelli di protezione dei diritti stabiliti dall'ordinamento dell'Unione europea, tenendo anche conto dell'evoluzione della giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea in materia tributaria;

b) assicurare la coerenza dell'ordinamento interno con le raccomandazioni dell'Organizzazione per la cooperazione e lo sviluppo economico (OCSE) nell'ambito del progetto BEPS (Base erosion and profit shifting) nel rispetto dei principi giuridici dell'ordinamento nazionale e di quello dell'Unione europea;

c) provvedere alla revisione della disciplina della residenza fiscale delle persone fisiche, delle società e degli enti diversi dalle società come criterio di collegamento personale all'imposizione, al fine di renderla coerente con la migliore prassi internazionale e con le convenzioni sottoscritte dall'Italia per evitare le doppie imposizioni, nonché coordinarla con la disciplina della stabile organizzazione e dei regimi speciali vigenti per i soggetti che trasferiscono la residenza in Italia anche valutando la possibilità di adeguarla all'esecuzione della prestazione lavorativa in modalità agile;

d) introdurre misure volte a conformare il sistema di imposizione sul reddito a una maggiore competitività sul piano internazionale, nel rispetto dei criteri previsti dalla normativa dell'Unione europea e dalle raccomandazioni predisposte dall'OCSE. Nel rispetto della disciplina europea sugli aiuti di Stato e dei principi sulla concorrenza fiscale non dannosa, tali misure possono comprendere la concessione di incentivi all'investimento o al trasferimento di capitali in Italia per la promozione di attività economiche nel territorio nazionale. In relazione ai suddetti incentivi sono previste misure idonee a prevenire ogni forma di abuso;

e) recepire la direttiva (UE) 2022/2523 del Consiglio, del 14 dicembre 2022, seguendo altresì l'approccio comune condiviso a livello internazionale in base alla guida tecnica dell'OCSE sull'imposizione minima globale, con l'introduzione, tra l'altro, di:

1) un'imposta minima nazionale dovuta in relazione a tutte le imprese, localizzate in Italia, appartenenti a un gruppo multinazionale o nazionale e soggette a una bassa imposizione;

2) un regime sanzionatorio, conforme a quello vigente in materia di imposte sui redditi, per la violazione degli adempimenti riguardanti l'imposizione minima dei gruppi multinazionali e nazionali di imprese e un regime sanzionatorio effettivo e dissuasivo per la violazione dei relativi adempimenti informativi;

f) semplificare e razionalizzare il regime delle società estere controllate (controller foreign companies), rivedendo i criteri di determinazione dell'imponibile assoggettato a tassazione in Italia e coordinando la conseguente disciplina con quella attuativa della lettera e).

³⁰ <https://www.finanze.gov.it/it/il-dipartimento/fisco-e-storia/i-tributi-nella-storia-ditalia/1864-imposta-di-fabbricazione-e-consumo.-le-accise/>

³¹ <https://www.agenziaentrate.gov.it/portale/web/guest/cittadini/pagamenti-e-rimborsi/pagamenti-delle-imposte>

societario, ha catapultato, lo stesso Stato, nel diritto comune, di memoriale epoca storica medievale. Da detto periodo, si usciva dalla “territorialità del diritto³²” per passare alla “Personalità del diritto³³”

La norma 111/2023 pare confligga con la legge (Comunitaria) 18/04/2005 n. 62, articolo 2, (Principi e criteri direttivi generali della delega legislativa), comma “1. Salvi gli specifici principi e criteri direttivi stabiliti dalle disposizioni di cui al capo II ed in aggiunta a quelli contenuti nelle direttive da attuare, i decreti legislativi di cui all'articolo 1 sono informati ai seguenti principi e criteri direttivi generali: ...omissis... lettera h): “ i decreti legislativi assicurano che sia garantita una effettiva parità di trattamento dei cittadini italiani rispetto a quelli degli altri Stati membri dell'Unione europea, facendo in modo di assicurare il massimo livello di armonizzazione possibile tra le legislazioni interne dei vari Stati membri ed evitando l'insorgere di situazioni discriminatorie a danno dei cittadini italiani nel momento in cui gli stessi sono tenuti a rispettare, con particolare riferimento ai requisiti richiesti per l'esercizio di attività commerciali e professionali, una disciplina più restrittiva di quella applicata ai cittadini degli altri Stati membri.”³⁴

³² <http://docenti.luiss.it/protected-uploads/207/2018/09/20180918220404-Le-fonti-del-diritto-nel-Medioevo.pdf>,

sulla “Territorialità del diritto” (di origine germanica), i Longobardi, insediatisi sul territorio italico, nel IV secolo, imposero il diritto consuetudinario orali. In esso si identificava principalmente l'etnia della popolazione, (considerata come la più importante), con i loro usi, costumi e usanze (principio di personalità del diritto) e consideravano perciò innaturale identificare l'ambito di vigenza delle regole sulla base del territorio, come invece era di norma per i romani (principio di territorialità del diritto).

<https://www.treccani.it/enciclopedia/lex-romana-wisigothorum/> Le Romana Wisigothorum: 506, re Alarico II. <https://www.treccani.it/enciclopedia/pactus-legis-salicae/> Pactus Legis Salicae.

<http://docenti.luiss.it/protected-uploads/207/2018/09/20180918220404-Le-fonti-del-diritto-nel-Medioevo.pdf> Legge: norma di matrice consuetudinaria. Patto: accordo dell'assemblea popolare circa la corretta trasfusione nella lingua latina degli originari contenuti della legge salica.

³³ https://www.treccani.it/vocabolario/personalita_res-4c94a053-e3b0-11eb-94e0-00271042e8d9/, 5. Nel linguaggio del diritto, infine, il termine indica, con riferimento a enti, società, fondazioni, il fatto di essere riconosciuto come soggetto di diritto, e di godere quindi di capacità giuridica e di capacità di agire.

³⁴ <https://www.normattiva.it/atto/caricaDettaglioAtto?atto.dataPubblicazioneGazzetta=2005-04-27&atto.codiceRedazionale=005G0082&atto.articolo.numero=0&atto.articolo.sottoArticolo=1&atto.articolo.sottoArticolo1=10&qId=9a712ae3-8898-4f4c-b969-1174fa9bf6d9&tabID=0.9011290074780607 &title=lbl.dettaglioAtto>

Ma se vi era una disposizione per l'adempimento di obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia alle Comunità europee, che entrò in vigore il 12/05/2005, (GU n.96 del 27-04-2005 - Suppl. Ordinario n. 76), perché mai il Legislatore Tributario è venuto meno a detto impegno? Forse per soccorrere le multinazionali, soprattutto quelle USA, ha dimenticato le imprese italiane??

La domanda si pone spontanea: Ma dove è stata scritta detta legge di delega tributaria? Forse negli USA?

E mi chiedo, ancora, come il Legislatore non conosca ciò che ha emanato prima! Eppure, i contribuenti pagano fior di euro per tenere un ufficio di supporto ai Parlamentari! Pare che gli italiani abbiano legislatore distratto. Già con il D.L. 44/2021 si ebbe uno sblocco della norma della CEDU, art. 3 (trattamento disumano e degradante), senza che alcuno degli Organi Indefettibili dello Stato Italia benefit vari (rimborsi a convegni di medici etc.), avesse chiesto la sospensione della CEDU ex art. 15, par. 3. postamento di diritto: la norma interna

Ma gli interessi in gioco, soprattutto per le multinazionali, avvezze alla corruzione, simulata in borse di studio e (Pfizer *docet!*) sono tanti e si cerca di sacrificare la struttura del “Made in Italy” a favore della globalizzazione voluta dai seguaci di Davos a mezzo agenda 20-30!

Appare importante un cenno storico: nel 2017, con 2700 casi di morbillo al 30/05/2017 e con mediana 27 anni, il ministro della Salute la Lorenzin, fece approvare la legge sulla vaccinazione obbligatoria dei bambini. In Italia con la legge Lorenzin si passò dalla raccomandazione, giusta Piano Nazionale Prevenzione Vaccinale 2012/2014³⁵ che a seguito di 4.671 casi di morbillo, (pag. 10 Piano), per le vaccinazioni all’obbligatorietà delle stesse, pena l’espulsione dalle scuole dell’infanzia e primarie se i bimbi risultavano non vaccinati. La Lorenzin, compagna del dott. Ranieri Guerra³⁶, membro dell’OMS e

³⁵ https://www.salute.gov.it/imgs/C_17_pubblicazioni_1721_allegato.pdf pag. 10

³⁶ <http://www.igiensionline.it/docs/2014/32cvguerra.pdf> nomine: • Consigliere, Italian Barometer Diabetes Observatory Foundation • Esperto sanitario ex legge 38/79 e ex legge 49/87, Ministero degli Affari Esteri, P.le della Farnesina, 1 – 00100 Roma • Direttore Sanitario di azienda USL, ‘Friuli Occidentale’, Via Vecchia Ceramica, 1 - 33170 Pordenone • Direttore, Ufficio Relazioni Esterne, Istituto Superiore di Sanità, Viale Regina Elena, 299 – 00161 Roma • Incarico di Addetto Scientifico presso l’Ambasciata d’Italia in Australia, Direzione Generale per le Relazioni Culturali (DGRC) – Ufficio VII, Ministero degli Affari Esteri P.le della Farnesina, 1, 00194 Roma, ex art. 168, DPR 5.1.67, n. 18 • Direttore di Sanità e rappresentante speciale del direttore regionale dell’Organizzazione Mondiale della Sanità/EMRO presso l’UNRWA, agenzia delle Nazioni Unite per i Rifugiati Palestinesi (Bayader Wadi Seer PO Box 140157, Amman 11814, Jordan - Tel. (+ 962 6) 580 8100) • Consigliere d’amministrazione, Fondazione Glaxo-Smith Kline (via Terenzio, 35 00193 Roma – tel. 06 3203842) • Consigliere d’amministrazione, Fondazione FADOI (Via R. Lanciani 2 – 00162 Roma, tel. 0685355188) • Direttore Scientifico, Fondazione Sicurezza in Sanità, presso ISS, Viale

componente del consiglio di amministrazione della GlaxoSmithKline Italia, era in conflitto di interessi. Pochi mesi dopo l'approvazione della vaccinazione obbligatoria, il Presidente dell'AIFA, certo dott. Sergio Pecorelli³⁷, si dimise per conflitto di interessi. Da quel momento, (anche se l'Italia era una colonia degli USA³⁸ e della Gran Bretagna sin dal 1992: il caso del Panfilo Britannia ove vi era allocato mr. Draghi Mario³⁹, con la svendita dei gioielli dell'industria agroalimentare e dei più importanti asset italiani agli speculatori quali Soros, Rothschild, etc), lo Stato Italia ha subito importante influenza degli USA e del Regno Unito, sulle decisioni delle sorti dello Stato Italia.

Forse, GAVI, soggetto di diritto privato Svizzero creato nel 2000 da Bill & Melinda Gates Foundation, potrebbe svelare gli arcani della legge 111/2023. I Gates hanno investito, nel 2014 nella propria creazione GAVI, 1,6 miliardi di dollari. Nel 2002 GAVI acquista quote di 9 società farmaceutiche per 205 milioni di dollari. GAVI ha seggi permanente per UNICEF, OMS, Banca Mondiale, e Fondazione Bill & Melinda Gates. Altri seggi sono a rotazione con la presenza di industria farmaceutica dei paesi in via di sviluppo e dei paesi industrializzati. I finanziamenti arrivano attraverso contributi diretti e con meccanismi innovativi quali IFFIm⁴⁰, AMC⁴¹ e Gavi *matching found*, (titoli obbligazionari con utili importanti). Con legge 125/2014, rubricata Disciplina generale sulla cooperazione internazionale per lo sviluppo, art. 2, destinatari e criteri, il Parlamento italiano ha destinato somme a “1. L'azione dell'Italia nell'ambito della cooperazione allo sviluppo ha come destinatari le popolazioni, le organizzazioni e associazioni civili, il settore privato, le istituzioni nazionali e le amministrazioni locali dei Paesi partner, individuati in coerenza con i principi condivisi nell'ambito dell'Unione europea e delle organizzazioni internazionali di cui l'Italia è parte. “

L'Italia sin dal 2006 partecipa a Gavi con IFFm (a mezzo art. 22 legge 125/2014) e con

Regina Elena, 299, 00161 Roma • Consigliere d'amministrazione, Societa' Exosomics SIENA, presso Siena BiotechFondazione Monte dei Paschi, Via Fiorentina, 53100 Siena • Addetto Scientifico presso l'Ambasciata d'Italia negli Stati Uniti, Direzione Generale per le Relazioni Culturali (DGRC) – Ufficio VII, Ministero degli Affari Esteri P.le della Farnesina, 1, 00194 Roma, ex art. 168, DPR 5.1.67, n. 18

³⁷ https://www.quotidianosanita.it/governo-e-parlamento/articolo.php?articolo_id=34558

³⁸ <https://osservatoriorglobalizzazione.it/progetto-italia/il-trattato-di-parigi-del-1947-e-le-limitazioni-della-sovranita-italiana/>

³⁹ http://dati.camera.it/ocd/aic.rdf/aic4_12630_11 On. Antonio Parlato

⁴⁰ https://iffim.org/sites/default/files/library/publications/iffim-updates/iffim-update-1--italiano-fund_disburse_IT.pdf

⁴¹ https://www.bancaditalia.it/pubblicazioni/interventigovernatore/integov2021/Visco_audizione_10022021.pdf

strumenti AMC (finanziaria 2008 art. 2 comma 373) per 120 milioni di euro.

L'Italia per un ventennio verserà per 635 milioni di euro, ivi per cancellare i debiti dei paesi poveri!

Premesso quanto sopra, si può capire la voglia di poter maggiormente tutelare le società estere!

I due articoli in commento sono in contrapposizione tra loro poiché le disposizioni emanate dall'art. 3 della legge 111 sono pienamente applicabili anche ai soggetti di cui all'art. 2, medesima legge. Sicuramente, il legislatore tributario, dopo i molti messaggi propagandistici (non dimentichiamoci che c'è libero il seggio del Senato in Monza, del fu Berlusconi, che ha portato a partorire il topolino⁴², forma ingegnerizzata dell'influenza USA.

Pare che il legislatore tributario, molto confuso nel voler aiutare le multinazionali, abbia dimenticato una regola generale del Diritto Comunitario: la discriminazione a rovescio.

Nella giurisprudenza, (sentenza 443/1997), la Corte costituzionale ha sostenuto che: “la disparità di trattamento tra imprese nazionali e imprese comunitarie, seppure è irrilevante per il diritto comunitario, non lo è per il diritto costituzionale italiano. Non potendo essere da questo risolta mediante l'assoggettamento delle seconde ai medesimi vincoli che gravano sulle prime, perché vi osta il principio comunitario di libera circolazione delle merci, la sola alternativa praticabile dal legislatore – in assenza di altre ragioni giustificatrici costituzionalmente fondate – è l'equiparazione della disciplina della produzione delle imprese nazionali alla discipline degli altri Stati membri nei quali non esistano vincoli alla produzione e alla commercializzazione analoghi a quelli vigenti nel nostro Paese”. Anche il Consiglio di Stato, nella sentenza 406/03, sezione IV, afferma che si verificherebbe violazione del principio di proporzionalità e di parità di trattamento se si riconoscesse a un cittadino di un altro Paese Ue di ottenere un trattamento più favorevole rispetto a una situazione giuridica analoga nella quale si trova un cittadino italiano⁴³.”

Perché mai il legislatore Tributario abbia disatteso ciò che la Corti (Costituzionale e Consiglio di Stato) hanno dettato?

⁴² <https://www.salk.edu/it/comunicato-stampa/topo-umanizzato-per-diventare-uno-strumento-di-base-per-testare-le-interazioni-farmacologiche/>

⁴³ <https://ricerca.uniba.it/bitstream/11586/412168/3/Al%2Bbando%2Ble%2Bdiscriminazioni%2Ba%2BBrovescio%28mag.giu.05%29%281%29.pdf> a firma Dott.ssa DONATELLA DEL VESCOVO

Ora, “Parlare di metodo rispetto alla tecnica legislativa italiana sembra del tutto irresponsabile, soprattutto in seguito a più recente produzione legislativa (l. 413/91, cfr Cap. II). Se oggi vi è un metodo questo consiste nel non averne alcuno⁴⁴.”

Già migliore Dottrina sin dal 1993 vedeva nella tecnica legislativa italiana una pessima qualità giuridica che, a distanza di 20 anni, non ha cambiato rotta se non per l'uso dell'intelligenza artificiale⁴⁵!

Ma la pessima tecnica legislativa ha intaccato, in modo pesante, le aziende italiane che, mentre dovrebbero essere equiparate a ciò che viene riservato per le multinazionali di altre Nazioni, gli viene riservata discriminazione a rovescio, a mezzo disparità di trattamento, penalizzando pesantemente ciò che l'inventiva dell'estro italiano produce. Ciò in sfregio agli artt. 2, 3, 23, 36 e 41 Costituzione.

“Il discorso sulla legalità tributaria nel nostro paese e le prospettive di una razionalizzazione della legislazione sembrano indurre ad un grande pessimismo. In Italia non esiste, come in tutti sappiamo, un diritto tributario come sistema organico, come complesso di regole stabili che disciplinino i rapporti tra contribuente e fisco. Eppure, il principio di legalità (art. 23 Cost.) è uno dei pilastri del sistema fiscale, posto allo scopo di contenere la discrezionalità dell'amministrazione finanziaria⁴⁶.”

Le parole scritte anni fa da De Mita, rispecchiano ciò che succede ora! E, mentre finalmente si va verso un Codice Tributario, nato già morto per discriminazione a rovescio, conferita dal Parlamento italiano al Governo dello stesso Stato si prepara a attuare una mattanza verso le proprie imprese!

Tutti noi, sin dal 2021, (ma anche prima: sin dal 1992; o ancor prima: con la crisi di Sigonella voluta da Craxi) siamo stati abituati dai vari governi che si sono succeduti a non aver avuto rispetto per la Costituzione Italiana! Detto inaudito schiaffo alla Carta Fondamentale, nel 2023, è avvenuto a mezzo Organi Indefettibili dello stesso Stato Italia che, con le note sentenze 14, 15, 16/2023 della Corte Costituzionale Italiana, si è mercificata la persona! Un docente “sierato” e morto vale circa € 77.000,00. Questo in

⁴⁴ E. DE MITA, La legalità tributaria Contributo alla semplificazione legislativa, 1. Assenza di metodo nella tecnica legislativa, Milano 1993, pag. 13.

⁴⁵ Sia consentito il rinvio a M. GIARRIZZO, Intelligenza artificiale, sviluppi nel comparto sanità e Costituzione della Repubblica Italiana, in Rivista giuridica diritto e crisi d'impresa anno I numero 2.

⁴⁶ E. DE MITA, op. cit. pag. 14

dispetto della sentenza del Tribunale dell'Unione Europea che il 13/07/2023, ha sentenziato al punto 41 detta sentenza, che non vi era un diritto né un dovere di “sierarsi”!

Mi domando: c'è ancora libertà in Italia o si deve chiedere allo zio Sam?

ANCORA PER LE NOTIFICHE DA PEC “NON DOMICILIO DIGITALE” DI ADER SONO INESISTENTI?

Un rinvio alla Corte Costituzionale, se non intervengono prima le S.U. della Cassazione, forse, è auspicabile.

Gregorio Pietro D'Amato⁴⁷

Sommario: Premessa. **1** Il domicilio digitale PEC per la notifica degli atti compresi quelli tributari, *de iure condito*. **1.2** Notifica atti di ADER **1.3** Normativa UE Normativa UE e DPCM 8 febbraio 2022 n. 58 **2.** Linee Guida per la costituzione dei domicili digitali della PA. **3** Domicilio digitale di ADER protocollo@pec.agenziaiscossione.gov.it **4.** Mancanza di autonoma personalità giuridica delle articolazioni territoriali delle Agenzia Fiscali (Cass. ordinanza n. 12614/2023 e n. 22434/2016. **5.** L'inesistenza delle notifiche effettuate da ADER da PEC non considerata ed inserita in INDICEPA come domicilio digitale **6** Effetto “salvifico” di tre sentenze della Cassazione per raggiungimento dello scopo ex art. 156 c.p.c. con notifiche ADER da domicilio digitale non inserito in INIDCEPA e prova del pregiudizio avuto da PEC non inserita in Pubblici registri con l'atto notificato **7.** Violazione Costituzionale artt. 3, 24, 111 e 113 Cost. e mancato effetto sanante della costituzione in giudizio del ricorrente **7.2** Precedenti giurisprudenziali delle notifiche effettuate da PEC non inserite in Pubblici elenchi. **7.3** Mancato effetto sanante ex art. 156 c.p.c. **7.4** Disparità di trattamento con la violazione dei principi Costituzionali di cui agli artt. 3, 24, 111 e 113 Cost. **8.** Conclusioni.

Premessa.

Il titolo pone un interrogativo, e il sottotitolo pone una questione molto rilevante, sperando che la dottrina più accorta, sottile e preparata rispetto a chi scrive ora, intende stimolarla sviluppando così un dibattito proficuo (*Dicendo homines ut dicant efficere solere - di solito, parlando, si spinge a parlare -Cicerone*), rispetto alle perplessità che s'intendono rappresentare senza pretesa di esaustività, in merito ai principi costituzionali di cui agli artt. 3, 24, 111 e 113 Cost., ed in relazione principi Costituzionali di parità di trattamento sia di ADER che per il contribuente che “**sono uguali**” di fronte alla legge, oppure, perché c'è “di mezzo il fisco” ci si deva passare sopra?

- 1. Il domicilio digitale PEC per la notifica degli atti compresi quelli tributari, *de iure condito*.**

⁴⁷ Direttore Scientifico- dottore commercialista -revisore contabile- curatore fallimentare - giornalista

Già si è avuto modo di argomentare con due distinti contributi della inesistenza delle notifiche con PEC di ADER⁴⁸ e della mancata sanatoria ex art. 156 c.p.c. con la costituzione in giudizio del contribuente⁴⁹ che viene inciso da qualsiasi atto notificatogli con PEC **non domicilio digitale** di ADER e che intenda censurare tale aspetto.

A tal fine sembra opportuno ricapitolare, anche se può sembrare dispersivo, ma che, invece, risulta necessario, per avere un quadro, il più completo possibile almeno si spera, di quali sono le norme che stabiliscono tale procedura di notifica con domicilio digitale PEC.

Si deve necessariamente riepilogare che:

- l'art. 3/bis della legge 21/01/1994 n. 53 prevede al **comma 1**: *“la notificazione con modalità telematica si esegue a mezzo di posta elettronica certificata all'indirizzo risultante da pubblici elenchi, nel rispetto della normativa, anche regolamentare, concernente la sottoscrizione, la trasmissione e la ricezione dei documenti informatici. La notificazione può essere eseguita esclusivamente utilizzando un indirizzo di posta elettronica certificata del notificante risultante da pubblici elenchi”*.

Il Comma 1/bis stabilisce: *“Fermo restando quanto previsto dal regio decreto 30 ottobre 1933, n. 1611, in materia di rappresentanza e difesa in giudizio dello Stato, la notificazione alle pubbliche amministrazioni è validamente effettuata presso l'indirizzo individuato ai sensi dell'articolo 16-ter, comma 1-ter, del decreto-legge 18 ottobre 2012, n. 179, convertito, con modificazioni, dalla legge 17 dicembre 2012, n. 221”*⁵⁰.

- **Art. 1 comma 1 lett. n/ter decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82:** *domicilio digitale: un indirizzo elettronico eletto presso un servizio di posta elettronica certificata o un servizio elettronico di recapito certificato qualificato, come definito dal regolamento (UE) 23 luglio 2014 n. 910 del Parlamento europeo e del Consiglio in materia di identificazione elettronica e servizi fiduciari per le transazioni elettroniche nel mercato interno e che abroga la direttiva 1999/93/CE, di seguito “Regolamento eIDAS”, valido ai fini delle comunicazioni elettroniche aventi valore legale*⁵¹;
- **Art. 3/bis D lgs. 82/2005:**

⁴⁸ di G.P. D'AMATO “Inesistente la notifica dell'atto tributario da domicilio PEC non inserito nei Pubblici Registri” in **“Il Quotidiano Giuridico** in Wolters Kluwer Italia Srl del 26 gennaio 2023.

⁴⁹ di G.P. D'Amato “Contenzioso tributario: insanabile la notifica da PEC ADER non inserita nei pubblici registri” in **“Il Quotidiano Giuridico** in Wolters Kluwer Italia Srl del 08 febbraio 2023.

⁵⁰ Comma inserito dall'art. 12, comma 1, lett. a), n. 1), d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 149, a decorrere dal 18 ottobre 2022, ai sensi di quanto disposto dall'art. 52, comma 1, del medesimo d.lgs. n. 149/2022. A norma dell'art. 35, comma 1, del citato d.lgs. n. 149/2022, come sostituito dall'art. 1, comma 380, lett. a), L. 29 dicembre 2022, n. 197, le disposizioni dello stesso D.lgs. n. 149/2022 hanno effetto a decorrere dal 28 febbraio 2023 e si applicano ai procedimenti instaurati successivamente a tale data. Ai procedimenti pendenti alla data del 28 febbraio 2023 si applicano le disposizioni anteriormente vigenti.

⁵¹ Lettera inserita dall'art. 1, comma 1, lett. c), D.lgs. 26 agosto 2016, n. 179, a decorrere dal 14 settembre 2016, ai sensi di quanto disposto dall'art. 66, comma 1, del medesimo D.lgs. n. 179/2016 e, successivamente, così sostituita dall'art. 1, comma 1, lett. a), n. 2), D.lgs. 13 dicembre 2017, n. 217.

- i. **Al comma 1 stabilisce:** *I soggetti di cui all'articolo 2, comma 2⁵²⁵³, i professionisti tenuti all'iscrizione in albi ed elenchi e i soggetti tenuti all'iscrizione nel registro delle imprese hanno l'obbligo di dotarsi di un domicilio digitale iscritto nell'elenco di cui agli articoli 6-bis o 6-ter.*
- ii. **Al comma 1/ter stabilisce:** *“I domicili digitali di cui ai commi 1, 1-bis e 4-quinquies sono eletti secondo le modalità stabilite con le Linee guida. Le persone fisiche possono altresì eleggere il domicilio digitale avvalendosi del servizio di cui all'articolo 64-bis, di quello reso disponibile on-line dall'Anagrafe nazionale della popolazione residente (ANPR) di cui all'articolo 62, ovvero recandosi presso l'ufficio anagrafe del proprio comune di residenza”⁵⁴.*
- iii. **Al comma 3/bis è stabilito:** *“ Con decreto del Presidente del Consiglio dei ministri o del Ministro delegato per la semplificazione e la pubblica amministrazione, sentiti l'AgID e il Garante per la protezione dei dati personali e acquisito il parere della Conferenza unificata, è stabilita la data a decorrere dalla quale le comunicazioni **tra i soggetti di cui all'articolo 2, comma 2, (rectius Pubbliche amministrazioni)** e coloro che non hanno provveduto a eleggere un domicilio digitale ai sensi del comma 1-bis, avvengono esclusivamente in forma elettronica. Con lo stesso decreto sono determinate le modalità con le quali ai predetti soggetti è attribuito un domicilio digitale ovvero altre modalità con le quali, anche per superare il*

⁵² I soggetti di cui all'art. 2 comma 2 D. lgs. 82/2055 dispone: **Le disposizioni del presente Codice si applicano:**

a) **alle pubbliche amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, nel rispetto del riparto di competenza di cui all'articolo 117 della Costituzione, ivi comprese le autorità di sistema portuale, nonché alle autorità amministrative indipendenti di garanzia, vigilanza e regolazione** (si vi, anche, l'art. 24, comma 4, D.L. 16 luglio 2020, n. 76, convertito, con modificazioni, dalla L. 11 settembre 2020, n. 120.;

b) ai gestori di servizi pubblici, ivi comprese le società quotate, in relazione ai servizi di pubblico interesse;

c) alle società a controllo pubblico, come definite nel decreto legislativo 19 agosto 2016, n. 175, escluse le società quotate di cui all'articolo 2, comma 1, lettera p), del medesimo decreto che non rientrino nella categoria di cui alla lettera b).

⁵³ **Per Pubbliche amministrazioni vanno intese quelle individuate dal D lgs. 30/03/2001 n. 165 al comma 2** dove è stabilito : “ Per amministrazioni pubbliche si intendono tutte le amministrazioni dello Stato, ivi compresi gli istituti e scuole di ogni ordine e grado e le istituzioni educative, le aziende ed amministrazioni dello Stato ad ordinamento autonomo, le Regioni, le Province, i Comuni, le Comunità montane, e loro consorzi e associazioni, le istituzioni universitarie, gli Istituti autonomi case popolari, le Camere di commercio, industria, artigianato e agricoltura e loro associazioni, tutti gli enti pubblici non economici nazionali, regionali e locali, le amministrazioni, le aziende e gli enti del Servizio sanitario nazionale, l'Agenzia per la rappresentanza negoziale delle pubbliche amministrazioni (ARAN) e le Agenzie di cui al decreto legislativo 30 luglio 1999, n. 300. Fino alla revisione organica della disciplina di settore, le disposizioni di cui al presente decreto continuano ad applicarsi anche al CONI. *(Comma così modificato dall'art. 1, comma 1, L. 15 luglio 2002, n. 145 e, successivamente, dall'art. 2, comma 2-quadecies, D.L. 29 dicembre 2010, n. 225, convertito, con modificazioni, dalla L. 26 febbraio 2011, n. 10).*

⁵⁴ Comma inserito dall'art. 5, comma 1, lett. d), D.lgs. 13 dicembre 2017, n. 217 e, successivamente, così modificato dall'art. 38, comma 2, lett. a), n. 1), D.L. 31 maggio 2021, n. 77, convertito, con modificazioni, dalla L. 29 luglio 2021, n. 108, e dall'art. 27, comma 1, lett. a), D.L. 6 novembre 2021, n. 152, convertito, con modificazioni, dalla L. 29 dicembre 2021, n. 233.

divario digitale, i documenti possono essere messi a disposizione e consegnati a coloro che non hanno accesso ad un domicilio digitale”.

Art. 6 del D. lgs. 82/2005: “Le comunicazioni tramite i domicili digitali sono effettuate agli indirizzi inseriti negli elenchi di cui agli articoli 6-bis, 6-ter e 6-quater, o a quello eletto come domicilio speciale per determinati atti o affari ai sensi dell'articolo 3-bis, comma 4-quinquies. Le comunicazioni elettroniche trasmesse ad uno dei domicili digitali di cui all'articolo 3-bis producono, quanto al momento della spedizione e del ricevimento, gli stessi effetti giuridici delle comunicazioni a mezzo raccomandata con ricevuta di ritorno ed equivalgono alla notificazione per mezzo della posta salvo che la legge disponga diversamente. Le suddette comunicazioni si intendono spedite dal mittente se inviate al proprio gestore e si intendono consegnate se rese disponibili al domicilio digitale del destinatario, salva la prova che la mancata consegna sia dovuta a fatto non imputabile al destinatario medesimo. La data e l'ora di trasmissione e ricezione del documento informatico sono opponibili ai terzi se apposte in conformità alle Linee guida”⁵⁵.

- **L'articolo 6-bis del D lgs. 7 marzo 2005, n. 82** (“Codice dell’amministrazione digitale”) prevede che al comma 1: *“al fine di favorire la presentazione di istanze, dichiarazioni e dati, nonché lo scambio di informazioni e documenti tra la pubblica amministrazione e le imprese e i professionisti in modalità telematica, è istituito, entro sei mesi dalla data di entrata in vigore della presente disposizione e con le risorse umane, strumentali e finanziarie disponibili a legislazione vigente, il pubblico elenco denominato Indice nazionale degli indirizzi di posta elettronica certificata (INI-PEC) delle imprese e dei professionisti, presso il Ministero per lo sviluppo economico”⁵⁶.*

L'art. 6 ter del decreto legislativo 7 marzo 2005, n.82, stabilisce poi al **comma 1** che: *“al fine di assicurare la pubblicità dei riferimenti telematici delle pubbliche amministrazioni e dei gestori dei pubblici servizi è istituito il pubblico elenco di fiducia denominato “Indice dei domicili digitali della pubblica amministrazione e dei gestori di pubblici servizi”, nel quale sono indicati i domicili digitali da utilizzare per le comunicazioni e per lo scambio di informazioni tra le pubbliche amministrazioni, i gestori di pubblici servizi e i privati”, disponendo al comma 3 che “le amministrazioni di cui al comma 1 e i gestori di pubblici servizi aggiornano gli indirizzi e i contenuti dell’Indice tempestivamente e comunque con cadenza almeno semestrale”.*

Art. 14/bis del D. lgs. 82/2005 stabilisce al comma 2 che: “AgID svolge le funzioni di:

lett. a) *emanazione di Linee guida contenenti regole, standard e guide tecniche, nonché di indirizzo, vigilanza e controllo sull’attuazione e sul rispetto delle norme di cui al presente*

⁵⁵ Comma sostituito dall'art. 5, comma 1, lett. a), D.lgs. 30 dicembre 2010, n. 235 e modificato dall'art. 6, comma 1, D.lgs. 26 agosto 2016, n. 179, a decorrere dal 14 settembre 2016, ai sensi di quanto disposto dall'art. 66, comma 1, del medesimo D.lgs. n. 179/2016. Successivamente, il presente comma è stato così sostituito dall'art. 7, comma 1, lett. b), D.lgs. 13 dicembre 2017, n. 217.

⁵⁶ Comma così modificato dall'art. 8, comma 1, lett. b), D.lgs. 13 dicembre 2017, n. 217.

Codice, anche attraverso l'adozione di atti amministrativi generali, in materia di agenda digitale, digitalizzazione della pubblica amministrazione, sicurezza informatica, interoperabilità e cooperazione applicativa tra sistemi informatici pubblici e quelli dell'Unione europea.

- **Art. 71 D. Lgs. 82/2005 al comma 1** stabilisce: “L’AgID, *previa consultazione pubblica da svolgersi entro il termine di trenta giorni, sentiti le amministrazioni competenti e il Garante per la protezione dei dati personali nelle materie di competenza, nonché acquisito il parere della Conferenza unificata, adotta Linee guida contenenti le regole tecniche e di indirizzo per l’attuazione del presente Codice. Le Linee guida divengono efficaci dopo la loro pubblicazione nell’apposita area del sito Internet istituzionale dell’AgID e di essa ne è data notizia nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana. Le Linee guida sono aggiornate o modificate con la procedura di cui al primo periodo*”⁵⁷
- **L’art. 16-ter del D.L. 179/2012, convertito in Legge n. 221/2012** prevede: “*a decorrere dal 15 dicembre 2013, ai fini della notificazione e comunicazione degli atti in materia civile, penale, amministrativa e stragiudiziale si intendono per pubblici elenchi quelli previsti dagli articoli 4 e 16, comma 12, del presente decreto*”, ovvero “IPA”, “Reginde”, “Inipecc”.
- **L’Art. 16 comma 6 de D l 29/11/2008 n. 185 conv. L. 28 gennaio 2009 n. 2** stabilisce: *Le imprese costituite in forma societaria sono tenute a indicare il proprio domicilio digitale di cui all'articolo 1, comma 1, lettera n-ter del decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82. Entro il 1° ottobre 2020 tutte le imprese, già costituite in forma societaria, comunicano al registro delle imprese il proprio domicilio digitale se non hanno già provveduto a tale adempimento. L'iscrizione del domicilio digitale nel registro delle imprese e le sue successive eventuali variazioni sono esenti dall'imposta di bollo e dai diritti di segreteria*⁵⁸⁵⁹.
- **L’Art. 149/bis CPC al comma 1 stabilisce:** “*L’ufficiale giudiziario esegue la notificazione a mezzo posta elettronica certificata o servizio elettronico di recapito certificato qualificato, anche previa estrazione di copia informatica del documento cartaceo, quando il destinatario è un soggetto per il quale la legge prevede l’obbligo di munirsi di un indirizzo di posta elettronica certificata o servizio elettronico di recapito certificato qualificato risultante dai pubblici elenchi oppure quando il*

⁵⁷ Il regolamento per l’adozione delle linee guida previste dal presente comma è stato emanato con Determinazione 17 maggio 2018, n. 160/2018. **Per le linee guida dell’indice dei domicili digitali delle P.A. e dei gestori di pubblici servizi si v. la Determinazione 4 aprile 2019, n. 97.**

⁵⁸ Comma così modificato dalla legge di conversione 28 gennaio 2009, n. 2 e, successivamente, dall’art. 37, comma 1, lett. a), nn. 1), 2) e 3), D.L. 16 luglio 2020, n. 76, convertito, con modificazioni, dalla L. 11 settembre 2020, n. 120.

⁵⁹ Comma così sostituito dall’art. 3, comma 11, lett. e), n. 1), d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 149, a decorrere dal 18 ottobre 2022, ai sensi di quanto disposto dall’art. 52, comma 1, del medesimo d.lgs. n. 149/2022. Per l’applicabilità e l’effetto di tale disposizione vedi l’art. 35 del medesimo d.lgs. n. 149/2022.

destinatario ha eletto domicilio digitale ai sensi dell'articolo 3-bis, comma 1-bis, del codice dell'amministrazione digitale di cui al decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82” .

1.2 Notifica atti di ADER.

> **L'art. 26 D.P.R. n. 602 del 29/09/1973** infine, dispone che: *“La notifica della cartella può essere eseguita, con le modalità di cui al decreto del Presidente della Repubblica 11 febbraio 2005, n. 68, a mezzo posta elettronica certificata, all'indirizzo del destinatario risultante dall'indice nazionale degli indirizzi di posta elettronica certificata (INI-PEC), ovvero, per i soggetti che ne fanno richiesta, diversi da quelli obbligati ad avere un indirizzo di posta elettronica certificata da inserire nell'INI/PEC, all'indirizzo dichiarato all'atto della richiesta”*

> **Art. 60 del Dpr 29/09/1973 n. 600 ultimo comma prevede:** *“ In deroga all'articolo 149-bis del codice di procedura civile e alle modalità di notificazione previste dalle norme relative alle singole leggi d'imposta non compatibili con quelle di cui al presente comma, la notificazione degli avvisi e degli altri atti che per legge devono essere notificati alle imprese individuali o costituite in forma societaria e ai professionisti iscritti in albi o elenchi istituiti con legge dello Stato può essere effettuata direttamente dal competente ufficio con le modalità previste dal regolamento di cui al decreto del Presidente della Repubblica 11 febbraio 2005, n. 68, a mezzo di posta elettronica certificata, all'indirizzo del destinatario risultante dall'indice nazionale degli indirizzi di posta elettronica certificata (INI-PEC).*

1.3 Normativa UE e DPCM 8 febbraio 2022 n. 58.

>> **REGOLAMENTO DEL PARLAMENTO EUROPEO E DEL CONSIGLIO Reg. UE n. 910/2014.** in materia di identificazione elettronica e servizi fiduciari per le transazioni elettroniche nel mercato interno e che abroga la direttiva 1999/93/CE.

I **fini ed obiettivi** nei considerando di tale Regolamento sono:

“(1) Instaurare la fiducia negli ambienti online è fondamentale per lo sviluppo economico e sociale. La mancanza di fiducia, dovuta in particolare a una percepita assenza di certezza giuridica, scoraggia i consumatori, le imprese e le autorità pubbliche dall'effettuare transazioni per via elettronica e dall'adottare nuovi servizi”

“(2) Il presente regolamento mira a rafforzare la fiducia nelle transazioni elettroniche nel mercato interno fornendo una base comune per interazioni elettroniche sicure fra cittadini, imprese e autorità pubbliche, in modo da migliorare l'efficacia dei servizi elettronici pubblici e privati, nonché dell'eBusiness e del commercio elettronico, nell'Unione europea.”

“(14) Occorre che il presente regolamento fissi talune condizioni in merito all'obbligo di riconoscimento dei mezzi di identificazione elettronica e alle modalità di notifica dei

regimi di identificazione elettronica. È opportuno che tali condizioni aiutino gli Stati membri a costruire la necessaria fiducia nei rispettivi regimi di identificazione elettronica e a riconoscere reciprocamente i mezzi di identificazione elettronica che fanno parte dei regimi notificati. (...)”

In tale Regolamento vi è data **tale definizione della PEC** (servizio elettronico di recapito certificato nel considerando:

“36) **«servizio elettronico di recapito certificato»**, un servizio che consente la trasmissione di dati fra terzi per via elettronica e fornisce prove relative al trattamento dei dati trasmessi, fra cui prove dell’avvenuto invio e dell’avvenuta ricezione dei dati, e protegge i dati trasmessi dal rischio di perdita, furto, danni o di modifiche non autorizzate;”

L’art. 43 del precitato regolamento al 2 comma stabilisce: “I dati inviati e ricevuti mediante servizio elettronico di recapito certificato qualificato godono della presunzione di integrità dei dati, dell’invio di tali dati da parte del mittente identificato, della loro ricezione da parte del destinatario identificato e di accuratezza della data e dell’ora dell’invio e della ricezione indicate dal servizio elettronico di recapito certificato qualificato”.

Orbene, tale **Reg. UE n. 910/2014. Art. 44, co. 1, lett. b)**, espressamente richiede per tale **servizio elettronico di recapito certificato (PEC)** un requisito indispensabile per l’indirizzo del soggetto mittente:

REQUISITI PER I SERVIZI ELETTRONICI DI RECAPITO QUALIFICATO (per la PEC), Art. 44:

“1. I servizi elettronici di recapito certificato qualificati soddisfano i requisiti seguenti:

a) sono forniti da uno o più prestatori di servizi fiduciari qualificati;

b) **garantiscono con un elevato livello di sicurezza l’identificazione del mittente;**”

>> **REGOLAMENTO MINISTERIALE DPCM - Dipartimento per la trasformazione digitale - Decreto ministeriale 8 febbraio 2022 n. 58:**

> **L’art. 1 Comma 1 prevede al punto o):** “livello di sicurezza significativo»: il livello di garanzia previsto dall’articolo 8 del Regolamento (UE) n. 910/2014 del Parlamento europeo e del Consiglio del 23 luglio 2014 in materia di identificazione elettronica e servizi fiduciari per le transazioni elettroniche nel mercato interno e che abroga la direttiva 1999/93/CE e dal Regolamento di esecuzione della Commissione 8 settembre 2015, n. 2015/1502, «relativo alla definizione delle specifiche e procedure tecniche minime riguardanti i livelli di garanzia per i mezzi di identificazione elettronica ai sensi dell’articolo 8, paragrafo 3, del Regolamento (UE) n. 910/2014 del Parlamento europeo e del Consiglio in materia di identificazione elettronica e servizi fiduciari per le transazioni elettroniche nel mercato interno”.

> E che al successivo **punto p)** individua quali “**mittenti**”: *le amministrazioni individuate dall'articolo 26, comma 2, lettera c), del decreto-legge 16/07/2002 n. 76 quali: “amministrazioni», le pubbliche amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, **gli agenti della riscossione** e, limitatamente agli atti emessi nell'esercizio di attività ad essi affidate ai sensi dell'articolo 52 del decreto legislativo 15 dicembre 1997, n. 446, i soggetti di cui all'articolo 52, comma 5, lettera b), numeri 1), 2), 3) e 4), del medesimo decreto legislativo”.*

Le numerose e farraginose norme appena richiamate servono per evidenziare che la notifica da parte di ADER deve avvenire solo ed unicamente da domicilio digitale di cui al quadro delle rispettive norme e normativa di dettaglio delegata dalla norma con le **Liee Guida**.

2. Linee Guida per la costituzione dei domicili digitali della PA.

Come sopra riportato l'art. 71 del D. Lgs. 82/2005 al comma 1 stabilisce che: “l'Agid adotta *Linee guida contenenti le regole tecniche e di indirizzo per l'attuazione del presente Codice*”, che ne attribuisce pertanto forza di legge attraverso **le linee guida che stabiliscono l'inserimento dei domicili digitali delle P.A. e dei gestori di pubblici servizi che sono state attuate con la Determinazione del 4 aprile 2019, n. 97.**

Come indicato nelle **linee guida dei domicili digitali delle Pubbliche amministrazione e dei gestori di pubblici registri**: cfr. pag. 4 linee guida punto 2 **Indice dei domicili digitali**: “L'Indice dei domicili digitali delle Pubbliche Amministrazioni e dei gestori di pubblici servizi [art. 6-ter del CAD], di seguito indicato con l'acronimo IPA, è l'elenco pubblico di fiducia contenente i domicili digitali da utilizzare per le comunicazioni e per lo scambio di informazioni e per l'invio di documenti validi a tutti gli effetti di legge tra le pubbliche amministrazioni, i gestori di pubblici servizi e i privati”.

Nonché nell'allegato tecnico pag. VIII punto 3.2 ***Elezione del domicilio digitale in cui è indicato***:

“Il domicilio digitale è un indirizzo elettronico eletto presso un servizio di posta elettronica certificata o un servizio elettronico di recapito certificato qualificato valido ai fini delle comunicazioni elettroniche aventi valore legale [art. 1 comma 1 lettera n-ter) del CAD]. Gli elementi identificativi di tali comunicazioni, rilevanti ai fini dei procedimenti amministrativi delle PA e dei GPS, devono essere riportati nel registro di protocollo [art. 40 bis del CAD].

*Il domicilio digitale deve essere associato a un registro di protocollo che nell'IPA è **rappresentato da una, ed una sola AOO (Area Organizzativa Omeogena)**.*

Per ogni AOO (Area Organizzativa Omeogena) deve essere eletto almeno un domicilio digitale che è distinto da qualsiasi altro domicilio digitale associato a qualsiasi altra AOO presente in IPA.

*L'indirizzo di PEC, o servizio elettronico di recapito certificato qualificato, associato ad una AOO di un Ente, **e quindi eletto a domicilio digitale**, non può essere indicato in altro Ente accreditato in IPA.*

Il domicilio digitale di una UO (Unità Organizzativa) coincide con il domicilio digitale della AOO a cui è associata, in quanto ogni UO può essere associata ad una sola AOO (Area Organizzativa Omogenea).

I domicili digitali di una PA o di un GPS coincidono con quelli indicati nelle proprie AOO”.

3. Domicilio digitale di ADER protocollo@pec.agenziariscossione.gov.it .

Come detto, le linee guida definiscono che le UO hanno lo stesso domicilio digitale della AOO, pertanto, se si effettua una ricerca delle varie PEC delle varie sedi **UO regionali di ADER:**

- i. su INDICEPA inserendo la pec ***notifica.acc(regione di appartenenza)***@pec.agenziariscossione.gov.it **non risulta come domicilio digitale**

per esempio, se prendiamo ADER Lombardia e operiamo la ricerca risulta:

Parametri di ricerca

Domicilio Digitale
notifica.acc.lombardia@pec.agenziariscossione.gov.it

Ricerca Storica

Sì No

Ricerca

Elenco riferimenti del Domicilio Digitale (0)

Periodo Validità Domicilio Digitale ↑	Codice Univoco AOO	Denominazione AOO ↑	Codice IPA	Denominazione Ente ↑	Ulteriori Informazioni
Nessun risultato.					

- ii. Mentre da INDICEPA risulta per tutte le Direzioni Regionali che rappresentano le UO il cui indirizzo e domicilio digitale risulta quello indicato come tale e vale a dire **protocollo@pec.agenziariscossione.gov.it** nel nostro caso per l'esempio considerato Lombardia:

Parametri di ricerca

Denominazione UO
Codice Univoco UO G3SJJ0
Area Geografica
Denominazione/Acronimo Ente
Codice Fiscale Ente
Codice IPA
Categoria Ente Seleziona un elemento

Ricerca

Elenco Unità Organizzative trovate (1)

Denominazione UO T	Domicilio Digitale	Indirizzo T	Denominazione Ente T	Ulteriori Informazioni
Direzione Regionale Lombardia	protocollo@pec.agenziariscossione.gov.it dal 25/01/2020 ad oggi.	Viale dell'Innovazione, 1/B - Milano (MI)	Agenzia delle Entrate - Riscossione	 AGO

Ora ADER avendo avuto molteplici sentenze di merito sfavorevoli ha pensato di tutta fretta di inserire per le varie regioni le PEC con le quali **Comunica** (non notificava che è cosa diversa) di chiedere ad AGID da che data, come prevede la normativa, sono state inserite le PEC da essa indicate.

Agid ha risposto che a seguito di richiesta di ADER del 11/11/2022 le varie PEC delle 19 Direzioni ADER regionali sono state inserite solo a far data dal 02/09/2022. Di cui in **abstract la risposta:**

Relativamente agli indirizzi PEC di AdE riscossione riferibili alle 19 Direzioni regionali dell'amministrazione, di cui all'elenco trasmesso e alla data di loro pubblicazione in IPA, sulla base dei dati detenuti dalla scrivente Agenzia si è potuto ricostruire che la terna di indirizzi PEC di interesse,

per ogni direzione regionale di AdER, è comparsa solo a partire dall'elenco PEC pubblicato in IPA in data 02/09/2022.

Ciò si desume dal fatto che nel medesimo elenco giornaliero immediatamente precedente (01/09/2022) erano presenti unicamente l'indirizzo PEC primario dell'amministrazione, protocollo@pec.agenziariscossione.gov.it (doppia occorrenza) nonché l'indirizzo fatturazioneelettronica@pec.agenziariscossione.gov.it.

Almeno ciò, vuol dire che per i contenziosi precedenti **ADER ammette** che solo a far data dal 02/09/2022 sono state inserite le PEC, quindi tutto ciò che è stato notificato prima

è inesiste se effettuato con PEC riferita alla direzione regionale e come si rileva dal precitato documento riportato.

Sempre da INDICEPA, inoltre, le PEC inserite nel nostro esempio si è considerata la direzione Lombardia risulta:

Agenzia delle Entrate - Riscossione		codice IPA: esrsrs	
Direzione Regionale Lombardia		codice univoco: G35J10	
Tipologia	Ufficio per l'erogazione di servizi		
AOO di riferimento	Codice AOO: A7D09A3		AOO
Domicili Digitali	protocollo@pec.agenziaiscossione.gov.it dal 25/01/2020 - PEC		
Pagina Web			
Indirizzo	Viale dell'Innovazione, 17B - 20126 Milano (MI) 		
Telefono		Fax	
Indirizzi Email	notifica.acc.lombardia@pec.agenziaiscossione.gov.it - PEC		
	pterzi.acc.lombardia@pec.agenziaiscossione.gov.it - PEC		
	noreply.lombardia.ipol@pec.agenziaiscossione.gov.it - PEC		

Come si rileva sono indicate come indirizzi mail MA NON COME DOMICILI DIGITALI.

4. Mancanza di autonoma personalità giuridica delle articolazioni territoriali delle Agenzia Fiscali (Cass. ordinanza n. 12614/2023 e n. 22434/2016).

Dopo il faticoso ed articolato quadro che si è rappresentato della normativa sopra riportata sub 1-2-3 nonché delle evidenze che gli indirizzi usati per tutte le direzioni regionali, oltre ad essere stati inseriti solo a far data dal 02/09/2022, gli stessi sono stati inseriti come **semplici mail PEC da INDICEPA e che l'unico domicilio digitale rimane per tutte le direzioni regionali protocollo@pec.agenziaiscossione.gov.it.**

Va ulteriormente rappresentato che le articolazioni territoriali delle agenzie fiscali quindi: sia per l'Agenzia delle entrate che per Agenzia entrate riscossione come ultimamente stabilito dalla **Cassazione con ordinanza del 10/05/2023 n. 12614** non hanno una autonoma personalità giuridica.

E come stabilito in precedenza sempre dalla Suprema **Corte con ordinanza del 04/11/2016 n. 22434** e specificamente per l'Agenzia delle Entrate.

Ciò cosa vuol dire in termini generali che mancando l'autonoma personalità giuridica per come indicato dalle linee guida **può esservi un solo domicilio digitale per AOO a cui fanno capo le UO.**

Ma ciò è vero solo per ADER in quanto per l'Agenzia delle Entrate sempre da INDICEPA, pur non avendo una personalità giuridica autonoma come ribadito dalla Cassazione, e ciò è altresì provato e facilmente documentabile sempre da INDICEPA, che l'Agenzia delle Entrate ha un solo codice fiscale ed un solo direttore responsabile anche per gli organi periferici⁶⁰, però sono state costituiti ed indicati ben 140 domicilia digitali a cui afferiscono sia le sedi centrali che per le varie Direzioni regionali e provinciali rappresentati ciascuna AOO, a cui è associato un domicilio digitale.

Se pertanto si effettua una ricerca in INDICEPA risulteranno per ciascuna diramazione dell'Agenzia delle Entrate i vari domicilia digitali e qualificati come tali da INDICEPA, nel nostro esempio rimanendo in Lombardia per la Direzione Provinciale di Milano il domicilio digitale è dp.1milano@pce.agenziaentrate.it valido dal 11/04/2019.

Mentre ADER, oltre a non poter costituire le Direzioni regionali come AOO ma come UO **non hanno pacificamente una personalità giuridica autonoma**, infatti dalla soppressione del Gruppo Equitalia in base al Dl. 22/10/2016 n. 193 convertito con modificazioni nella Legge 1° dicembre 2016 n. 225 all'art. 1 comma 1 è stabilito che: *“A decorrere dal 1° luglio 2017 le società del Gruppo Equitalia sono sciolte, a esclusione della società di Equitalia Giustizia SPA e che svolge funzioni diverse dalla riscossione. Le stesse sono cancellate d'ufficio dal registro delle imprese ed estinte, senza che sia esperita alcuna procedura di liquidazione. Dalla data di entrata in vigore del presente decreto è fatto divieto alle società di cui al presente comma di effettuare assunzioni di personale a qualsiasi titolo e con qualsivoglia tipologia di contratto di lavoro subordinato”*.

Il successivo **comma 2** ne prevede che: *“Dalla data del 1° luglio 2017, l'esercizio delle funzioni relative alla riscossione nazionale, di cui all'articolo 3, comma 1, del decreto-*

⁶⁰ **D lgs. 30/07/199 n. 300: art. 67** comma 1: *“Sono organi delle agenzie fiscali: a) il direttore dell'agenzia, scelto in base a criteri di alta professionalità, di capacità manageriale e di qualificata esperienza nell'esercizio di funzioni attinenti al settore operativo dell'agenzia”*.

Il successivo **Art. 68 comma 1**: *“Il direttore rappresenta l'agenzia e la dirige, emanando tutti i provvedimenti che non siano attribuiti, in base alle norme del presente decreto legislativo o dello statuto, ad altri organi”*.

legge 30 settembre 2005, n. 203, convertito, con modificazioni, dalla legge 2 dicembre 2005, n. 248, è attribuito all'Agenzia delle entrate di cui all'articolo 62 del decreto legislativo 30 luglio 1999, n. 300, ed è svolto dall'ente strumentale di cui al comma 3”.

Il successivo **comma 3** stabilisce che: “*Al fine di garantire la continuità e la funzionalità delle attività di riscossione, è istituito, a far data dal 1° luglio 2017, un ente pubblico economico, denominato «Agenzia delle entrate-Riscossione», ente strumentale dell'Agenzia delle entrate sottoposto all'indirizzo operativo e al controllo della stessa Agenzia delle entrate, che ne monitora costantemente l'attività, secondo principi di trasparenza e pubblicità. L'ente subentra, a titolo universale, nei rapporti giuridici attivi e passivi, anche processuali, delle società del Gruppo Equitalia di cui al comma 1 e assume la qualifica di agente della riscossione con i poteri e secondo le disposizioni di cui al titolo I, capo II, e al titolo II, del decreto del Presidente della Repubblica 29 settembre 1973, n. 602. L'ente può anche svolgere le attività di riscossione delle entrate tributarie o patrimoniali delle amministrazioni locali, come individuate dall'Istituto nazionale di statistica (ISTAT) ai sensi dell'articolo 1, comma 3, della legge 31 dicembre 2009, n. 196, con esclusione delle società di riscossione, e, fermo restando quanto previsto dall'articolo 17, commi 3-bis e 3-ter, del decreto legislativo 26 febbraio 1999, n. 46, delle società da esse partecipate. **L'ente ha autonomia organizzativa, patrimoniale, contabile e di gestione. Sono organi dell'ente il direttore, il comitato di gestione e il collegio dei revisori dei conti, il cui presidente è scelto tra i magistrati della Corte dei conti**”.*

Il successivo Comma 4 stabilisce che il Direttore dell'ADER è il direttore dell'Agenzia delle entrate.

Pertanto, ADER dipende da Agenzia delle Entrate ed il direttore responsabile è lo stesso per entrambe gli enti in quanto ente strumentale di AGE tanto che è *sottoposto all'indirizzo operativo e al controllo della stessa Agenzia delle entrate. Godendo solo di una autonomia organizzativa, patrimoniale, contabile e di gestione. Essendo un ente strumentale a cui afferisce esclusivamente alla sua Direzione avendo un Codice Fiscale diverso da quello dell'Age, ma unico per tutte le sue sedi regionali e provinciali ma quale unico direttore responsabile lo stesso direttore di Age.*

Non solo, anche da regolamento di amministrazione di ADER -deliberato dal Comitato di Gestione di Agenzia delle entrate riscossione del 22/01/2022 ed approvato dall'Agenzia

delle Entrate il 24/01/2022 ai sensi dell'art. 1 comma 5 ter del D.lgs.193/2016, subordinatamente all'approvazione del nuovo Statuto dell'Ente da parte del Ministro dell'Economia e delle Finanze, avvenuta con Decreto ministeriale del 11 luglio 2022- ne sancisce che **sono strutture organizzative** e ciò si rileva dall'artt. 3 organi e articolazioni amministrative⁶¹ dove sono individuate le strutture centrali art. 5⁶², e le Unità organizzative

⁶¹ Art. 3 Comma 1 Sono organi dell'Ente: il Direttore, il Comitato di gestione e il Collegio dei revisori dei conti che esercitano le attribuzioni loro demandate dall'articolo 1 del decreto-legge 22 ottobre 2016, n. 193, convertito, con modificazioni, della legge 1° dicembre 2016, n. 225 e dallo Statuto.

2. Il Direttore dell'Ente è il Direttore dell'Agenzia delle entrate. Il Comitato di gestione è composto dal Direttore, che lo presiede, e da due componenti nominati dall'Agenzia delle entrate tra i propri dirigenti. Il Presidente del Collegio dei revisori dei conti è scelto tra i magistrati della Corte dei conti.

3. L'Ente si articola in strutture centrali, con funzioni prevalenti di programmazione, indirizzo, coordinamento e controllo, nonché di erogazione di servizi gestionali operativi accentrati sia di corporate che di riscossione, e in strutture regionali, organizzate con logica di presidio territoriale-geografico e con funzioni di gestione e coordinamento delle relative attività operative correlate alla riscossione.

⁶² Art. 5 comma 1 Le strutture centrali dell'Ente sono costituite dalle Direzioni Centrali, dalle Aree e dalle loro articolazioni organizzative.

2. Le Direzioni Centrali sono la Direzione Centrale Internal Audit, la Direzione Centrale Relazioni Esterne e Governance, la Direzione Centrale Affari Legali e la Direzione Centrale Amministrazione Finanza e Controllo. Le Aree sono l'Area Riscossione, l'Area Innovazione e Servizi Operativi e l'Area Risorse Umane e Organizzazione. 3. La Direzione Centrale Internal Audit è competente per: la valutazione del sistema di controllo interno; la consulenza alle strutture interessate; la promozione della cultura del controllo e della gestione dei rischi; le verifiche di compliance dell'operatività dell'Ente rispetto alla normativa interna ed esterna.

4. La Direzione Centrale Relazioni Esterne e Governance è competente per: il complesso delle relazioni esterne (nazionali e internazionali, locali ed istituzionali) dell'Ente; il rapporto con la stampa ed i media, anche attraverso la gestione e l'implementazione del portale dell'Ente e dei social; gli adempimenti connessi al funzionamento degli Organi dell'Ente.

5. La Direzione Centrale Affari Legali è competente per: gli affari legali dell'Ente, gestendo i rapporti con le authority e curando la tutela legale attiva e passiva dell'Ente; la consulenza alle altre strutture in materia di diritto civile, penale e amministrativo, la compliance normativa e l'espletamento delle procedure ad evidenza pubblica e per tutte le tematiche per le quali è necessario il supporto legale, fatta eccezione per la normativa e per il contenzioso della riscossione.

6. La Direzione Centrale Amministrazione Finanza e Controllo è competente per: la gestione amministrativo-contabile e fiscale dell'Ente, nonché la gestione della tesoreria e della finanza; le attività di pianificazione, monitoraggio e controllo di gestione dell'Ente.

7. L'Area Riscossione è competente per: la programmazione, l'indirizzo, il coordinamento e il controllo delle attività di riscossione delle strutture regionali; la definizione delle linee guida strategiche in tema di gestione dell'attività di produzione ed analisi; la relazione con contribuenti; la normativa e il contenzioso della riscossione; la gestione e lo sviluppo della fiscalità locale e territoriale; il monitoraggio delle evoluzioni normative relative alle tematiche della riscossione; l'erogazione dei servizi ai contribuenti resi disponibili sul portale dell'Ente o gestiti tramite call center; le attività di indirizzo e controllo sulle strutture regionali, anche con strutture centrali di coordinamento con competenza territoriale-geografica.

8. L'Area Innovazione e Servizi Operativi è competente per: il governo delle attività accentrate finalizzate a garantire la gestione e lo sviluppo dei servizi ICT in relazione alle esigenze dell'Ente; la produzione dei documenti esattoriali; i servizi di approvvigionamento, logistica, sicurezza e gestione documentale.

9. L'Area Risorse Umane e Organizzazione è competente per: le attività connesse alla selezione, allo sviluppo ed alla gestione, anche amministrativa, del personale; le relazioni sindacali; la comunicazione interna; la progettazione del modello organizzativo; le attività per lo sviluppo e l'ottimizzazione dei processi operativi di lavorazione; la gestione del sistema normativo aziendale.

10. Il Direttore può istituire ulteriori strutture organizzative, a proprio rapporto, da dedicare a progetti o iniziative strategiche per l'Ente o a supporto delle attività di stretta competenza dello stesso.

al successivo comma 11 dove individua e definisce le strutture regionali in: “*Le Direzioni Centrali possono essere ulteriormente articolate in strutture organizzative denominate Settori e/o Uffici. Le Aree possono essere ulteriormente articolate in strutture organizzative denominate Direzioni, Settori e/o Uffici”.*

A tal fine, tutte le strutture regionali essendo individuate e considerate come Strutture organizzative e come individuate e definite dalle Linee guida di Agid come Unità Organizzative si deve rilevare che Il domicilio digitale di una UO (Unità Organizzativa) coincide con il domicilio digitale della AOO a cui è associata, in quanto ogni UO può essere associata ad una sola AOO (Area Organizzativa Omogenea).

Le cui strutture regionali organizzative sono successivamente individuazione e le cui competenze sono stabilite dal successivo art. 6⁶³.

11. Le Direzioni Centrali possono essere ulteriormente articolate in strutture organizzative denominate Settori e/o Uffici. Le Aree possono essere ulteriormente articolate in strutture organizzative denominate Direzioni, Settori e/o Uffici.

⁶³ Art. 6 comma 1 Le Strutture regionali dell’Ente sono costituite dalle Direzioni regionali, all’interno delle quali sono presenti le Aree territoriali.

2. Le Direzioni regionali sono istituite con riferimento a ciascuna regione del territorio nazionale, con l’eccezione della Regione Valle d’Aosta (accorpata nella Direzione regionale Piemonte).

3. Le Direzioni regionali, per il perimetro di competenza: a) assicurano l’efficienza, l’efficacia e la continuità operativa del servizio della riscossione e declinano, in coerenza con le linee strategiche definite a livello centrale, gli obiettivi e l’approccio operativo da adottare, tenendo conto delle caratteristiche del territorio di competenza, del magazzino di morosità e della capacità operativa regionale e territoriale; b) presidiano i livelli di qualità del servizio ai contribuenti, garantendo il governo delle interlocuzioni con i contribuenti per tutti i canali di contatto (inclusi gli sportelli), e le relazioni istituzionali e quelle con l’Agenzia delle Entrate, dell’INPS e dell’INAIL nella dimensione regionale e sub-regionale; c) monitorano l’applicazione della normativa e delle indicazioni emanate dall’Ente per il raggiungimento degli obiettivi istituzionali; d) curano la gestione operativa della pianificazione dell’analisi e della produzione a livello regionale, delle attività di produzione accentrate a livello regionale (notifica, procedure cautelari, esecutive, concorsuali, speciali, ...), dei servizi ai contribuenti (rateazioni e sospensioni), delle attività amministrative connesse agli incassi, ai riversamenti e alle rendicontazioni verso gli enti e del contenzioso della riscossione.

4. Ciascuna Direzione regionale opera sotto la responsabilità di un Direttore regionale che coordina la gestione delle attività accentrate a livello regionale e quelle di programmazione, indirizzo, coordinamento e controllo delle attività allocate presso le relative Aree territoriali.

5. Le Direzioni regionali sono articolate in strutture organizzative denominate Settori regionali e/o Uffici. La configurazione delle Direzioni regionali rispetta criteri di omogeneità definiti a livello centrale; tenendo conto anche delle esigenze di caratterizzazione connesse a logiche di dimensione (cluster) ovvero ad esigenze gestionali ed operative, può essere prevista anche l’istituzione di specifiche strutture centrali o regionali, dislocate anche fuori dal perimetro regionale di riferimento, che curano la trattazione di attività operativo-gestionali, assumendosene la competenza e responsabilità.

6. Il Direttore regionale gestisce, secondo le linee guida dell’Ente, la programmazione delle attività, secondo criteri di efficacia, efficienza ed economicità volti a promuovere sinergie e a favorire logiche di integrazione funzionale, tali da ottimizzare l’utilizzazione delle competenze professionali del personale complessivamente in servizio nella Direzione regionale.

7. Le Aree territoriali sono istituite con competenza su base provinciale ovvero anche sovra-provinciale, nell’ottica di assicurare, sotto il profilo della rilevanza gestionale, l’omogeneità delle diverse entità territoriali.

Pertanto, e come stabilito dalle Ltee Guida, l'unico domicilio digitale valido per ADER e che risulta da INDICEPA è quello della AOO di riferimento come detto in protocollo@pec.agenziariscossione.gov.it e ciò è evidenziato e ne è prova dalla semplice consultazione dei domicili digitali da INDICEPA e comunicazione Agid del 11/11/2022.

Ulteriormente a ribadire che l'ADER non ha una sua personalità giuridica oltre che generale, figuriamoci territoriale, è intervenuta la Cassazione a SU, con arresto nomofilattico del **08/06/2021 n. 15911** in cui, tra l'altro, e riguardante nello specifico della successione processuale di ADER con il precedente soggetto Gruppo Equitalia, ha stabilito il seguente principio di diritto *“Ciò induce a ritenere che la specifica disciplina del subentro ex lege del nuovo ente pubblico economico, espressamente qualificata dal D.L. n. 193 del 2016, art. 1, citato comma 3, "a titolo universale, nei rapporti giuridici attivi e passivi, anche processuali", alle cessate società del gruppo Equitalia, con l'assunzione, da parte del nuovo ente, della qualifica di agente della riscossione con i poteri e secondo le disposizioni di cui al titolo I, capo II, e al titolo II, del D.P.R. 29 settembre 1973, n. 602, descriva, pur nel quadro della riconduzione della fattispecie estintiva delle società del gruppo Equitalia ad una successione **in universum ius**, piuttosto il trasferimento tra enti pubblici, senza soluzione di continuità, del **munus publicum** riferito all'attività della riscossione, essenziale per il soddisfacimento delle esigenze della collettività, nell'ambito di un assetto organizzativo ritenuto più razionale, volto al perseguimento dei principi di efficienza e di efficacia, oltre che d'imparzialità, nell'ottica di una leale collaborazione con il contribuente, cui deve essere ispirata, secondo l'art. 97 Cost., l'azione della pubblica amministrazione. Successione nel munus che la*

8. Le Aree territoriali svolgono attività operative sul territorio, in stretto coordinamento con la Direzione Regionale, attraverso strutture organizzative denominate Uffici e Sportelli, dedicate ai servizi ausiliari, all'analisi e inesigibilità, alle procedure sul territorio ed ai servizi ai contribuenti, erogati in particolare attraverso gli sportelli e gli altri canali di contatto gestiti a livello territoriale.

9. Gli sportelli sono presidi organizzativi per la gestione di sedi aperte al pubblico in via continuativa che hanno una dotazione strutturale di risorse per l'erogazione dei servizi di pagamento e di consulenza/informazione.

10. Le Aree territoriali possono gestire anche punti periferici di servizio ai contribuenti ad apertura saltuaria.

11. L'organizzazione interna delle Direzioni regionali e delle Aree territoriali si basa sull'integrazione delle attività per processi, sullo sviluppo della polivalenza professionale nell'erogazione dei servizi rivolti alla generalità dei contribuenti, sulla valorizzazione delle conoscenze e competenze specialistiche nelle attività più complesse e sulla promozione del lavoro in gruppi.

12. Le Direzioni regionali e le relative Aree territoriali sono individuate nell'Allegato "Elenco delle Direzioni regionali e delle relative Aree territoriali".

giurisprudenza amministrativa descrive come fenomeno di natura pubblicistica, che si concretizza nel passaggio di attribuzioni tra amministrazioni pubbliche, con trasferimento sia della titolarità delle strutture burocratiche, sia dei rapporti attivi e passivi pendenti, contraddistinta da una stretta linea di continuità tra l'ente che si estingue e l'ente che subentra, senza, quindi, maturazione dei presupposti per aversi evento interruttivo ai sensi del D.lgs. 2 luglio 2010, n. 104, art. 79, comma 2, (cod. proc. amm.), che rinvia alla disciplina dell'interruzione del processo, secondo le norme del codice di procedura civile (cfr., in tal senso, Cons. Stato, sez. 5, 12 maggio 2015, n. 2354, in fattispecie riguardante il subentro della città metropolitana alla Provincia di Bologna; Cons. Stato, sez. 6, ord. 11 settembre 2014, n. 4630; Cons. Stato sez. 6, 3 luglio 2014, 3369, relativamente alla successione dell'Istituto Nazionale della Previdenza Sociale (INPS) all'Istituto Nazionale di Previdenza e Assistenza per i Dipendenti della Pubblica Amministrazione (INPDAP); TAR Lazio, sez. 3, 28 ottobre 2014, n. 10779, in fattispecie relativa al subentro dell'Autorità Nazionale Anti Corruzione (ANAC) all'Autorità per la Vigilanza sui contratti pubblici (AVCP).

*Ciò consente di affermare che la continuità sostanziale nell'esercizio, appunto, ininterrotto, della medesima attività di riscossione, già svolta dalle estinte società del gruppo Equitalia, da parte del nuovo ente pubblico economico, **Agenzia delle entrate Riscossione, strumentale di Agenzia delle entrate, si riverberi anche sul piano processuale**, senza dunque che il fenomeno legato al trasferimento del **munus publicum** comporti la necessità d'interruzione del processo in relazione a quanto disposto dagli artt. 299 e 300 c.p.c..”*

5. L'inesistenza delle notifiche effettuate da ADER da PEC non considerata ed inserita in INDICEPA come domicilio digitale.

I numerosi riferimenti quali *de iure condito* sono serviti per enucleare in maniera dettagliata ed oggettiva la normativa e arresti della suprema Corte in merito sia alla istituzione del domicilio digitale e sia a chi è riferibile il domicilio digitale non avendo **autonoma personalità giuridica le articolazioni territoriali di Ader.**

Va evidenziato che vi sono stati innumerevoli arresti delle Corti di merito più avvedute di 1 e 2 grado che hanno stabilito l'inesistenza delle notifiche effettuate da ADER che ha utilizzato un indirizzo mail qualificato come PEC ma non inserito quale domicilio

digitale.⁶⁴ Difatti tali arresti hanno, in sintesi, stabilito che si deve rilevare che tutti gli atti tributari che ha notificato, e sta notificando l'ADER e atti conseguenti sono inesistenti le notifiche essendo viziati dalla illegittima ed errata applicazione delle regole che disciplinano l'utilizzo della PEC per la notifica degli atti da parte di ADER, da indirizzo PEC **non inserito quale domicilio digitale** nei pubblici registri INDICEPA.Gov, e/o REGINDE.

Pertanto, le Corti di merito hanno stabilito ed anche ultimamente, che la notifica **di un atto tributario o qualsiasi altro atto a mezzo PEC-deve avvenire solo e soltanto da indirizzo PEC quale domicilio digitale certificato e presente nei Pubblici Registri – Ove la spedizione avvenga da altro e diverso indirizzo PEC NON certificato e quale domicilio digitale, la notificazione è INESISTENTE.**

L'unico arresto di Cassazione che ha trattato delle notifiche di ADER è la sopra richiamata ordinanza del 10/05/2023 n. 12614 (*Pres. De Stefano rel. Saija*), oltre a evidenziare la mancanza di autonoma personalità giuridica delle articolazioni territoriali, riguardava, nello specifico la censura che ADER, in tal caso era ex Equitalia Giustizia avesse effettuato la notifica a PEC del destinatario tratta dai pubblici registri rispetto a quella che quest'ultimo assumeva dovesse essere notificato.

Con tale arresto la Corte ed *incidenter tantum* ha, altresì, rilevato che seppure la Cassazione a sezioni unite regolando la giurisdizione in relazione a contestazione circa la validità dell'indirizzo PEC del soggetto mittente, le Sezioni Unite della Corte hanno, tra l'altro, affermato che: "*una maggiore rigidità formale in tema di notifiche digitali è richiesta per l'individuazione dell'indirizzo del destinatario, cioè del soggetto passivo a cui è associato un onere di tenuta diligente del proprio casellario, ma non anche del mittente*" (*Cass., Sez. Un., n. 15959/2022*). Con detto arresto, dunque, si è voluto

⁶⁴ CTR Lazio n. 3514 del 02/08/2022 e CTP Napoli 7693 e 7704/2022 e CTR n. 922/2022; CTP Roma Sez. 12 del 24/05/2022 n. 6298; CTR Lazio n. 2633/2022; CTP Catanzaro del 14/06/2022 CTP di Latina n. 702 del 21/06/2022; CTR Lazio Sez. 13 n. 3043 del 08/06/2022; CTP Ascoli Piceno 293 e 298/2022; CTP Napoli 7693 e 7704/2022, CTP di Perugia 26/08/2019, n. 379 CTP Roma n. 2799/2020, CTP di Roma n. **601/38/2020 del 17/01/2020**, CTP Milano Sez. 7 n. 2555 del 11.06.2021; CTP Agrigento Sez. 2 n. 1468 del 6.09.2021; CTR Campania dep. 06.10.2021 n. 7080; CTP Roma 11779 dep. 29.10.2021; CTP Roma 11831 dep. il 02.11.2021; CTP Ragusa 1355 dep. il 10.11.2021; CTP Reggio Calabria 07/01/2022 n. 88; CTP Taranto n. 122 dep. il 26/01/2022; CTR Campania 922 dep. il 24/01/2022, CTP Reggio Calabria n. 779 dep. il 28.02.2022; CTR Lazio 915 dep. il 28.02.2022; CTR Campania n. 2374 dep. l'8.03.2022, CTP di Perugia del 29/08/2022 n. 284 CTP di Napoli del 29/08/2022 n. 8380, CGT1 grado Napoli del 20/10/2022 n. 6906.

evidenziare che il rigoroso rispetto delle regole in tema di notifica degli atti processuali a mezzo PEC vale specialmente in relazione alla posizione del destinatario della notifica”

La Corte prosegue stabilendo che la regola di riferimento, sul tema in questione, è dettata dal D.L. n. 179 del 2012, art. 16-ter, comma 1, conv. in L. n. 221 del 2012, a mente del quale: *"A decorrere dal 15 dicembre 2013, ai fini della notificazione e comunicazione degli atti in materia civile, penale, amministrativa, contabile e stragiudiziale si intendono per pubblici elenchi quelli previsti dal D.lgs. 7 marzo 2005, n. 82, artt. 6-bis, 6-quater e 62, dall'art. 16, comma 12, del presente decreto, dal D.L. 29 novembre 2008, n. 185, art. 16, comma 6, convertito con modificazioni dalla L. 28 gennaio 2009, n. 2, nonché il registro generale degli indirizzi elettronici, gestito dal Ministero della giustizia". Inoltre, a far data dal 17.7.2020, in relazione alle notificazioni di atti processuali da effettuarsi nei confronti di una pubblica amministrazione, trova anche applicazione il disposto dell'art. 16-ter cit., comma 1-ter (comma introdotto dal D.L. n. 76 del 2020, art. 28 conv. in L. n. 120 del 2020), che pure consente l'utilizzo dell'indirizzo PEC inserito nell'elenco di cui al D.lgs. n. 82 del 2005, art. 6-ter in caso di mancata indicazione nell'elenco di cui allo stesso D.L. n. 179 del 2012, art. 16, comma 12."*

Pertanto, come sopra ricordato dal quadro normativo di riferimento vigente l'art. 3 bis L. n. 53 del 1994 sancisce che: *"la notificazione con modalità telematica si esegue a mezzo di posta elettronica certificata all'indirizzo risultante da pubblici elenchi, nel rispetto della normativa, anche regolamentare, concernente la sottoscrizione, la trasmissione e la ricezione dei documenti informatici. **La notificazione può essere eseguita esclusivamente utilizzando un indirizzo di posta elettronica certificata del notificante risultante da pubblici elenchi**".*

L'articolo 6-bis del D.lgs. 7 marzo 2005, n. 82 ("Codice dell'amministrazione digitale") prevede che "al fine di favorire la presentazione di istanze, dichiarazioni e dati, nonché lo scambio di informazioni e documenti tra la pubblica amministrazione e le imprese e i professionisti in modalità telematica, è istituito, entro sei mesi dalla data di entrata in vigore della presente disposizione e con le risorse umane, strumentali e finanziarie disponibili a legislazione vigente, il pubblico elenco denominato Indice nazionale degli indirizzi di posta elettronica certificata (INI-PEC) delle imprese e dei professionisti, presso il Ministero per lo Sviluppo Economico"; il successivo art. 6/ter, rubricato *"Indice dei domicili digitali delle pubbliche amministrazioni e dei gestori di pubblici servizi"*,

stabilisce poi che: *"al fine di assicurare la pubblicità dei riferimenti telematici delle pubbliche amministrazioni e dei gestori dei pubblici servizi è istituito il pubblico elenco di fiducia denominato "Indice dei domicili digitali della pubblica amministrazione e dei gestori di pubblici servizi", nel quale sono indicati i domicili digitali da utilizzare per le comunicazioni e per lo scambio di informazioni tra le pubbliche amministrazioni, i gestori di pubblici servizi e i privati", disponendo al comma 3 che "le amministrazioni di cui al comma 1 e i gestori di pubblici servizi aggiornano gli indirizzi e i contenuti dell'Indice tempestivamente e comunque con cadenza almeno semestrale"*

Ancora in tema di notifiche a mezzo PEC, l'art. 16-ter del D.L. n. 179/2012 (convertito in legge, con modifiche, dalla L. 17.12.2012, n. 221 con decorrenza dal 19.12.2012, rubricato "pubblici elenchi per notificazioni e comunicazioni", al comma 1, espressamente dispone: *"A decorrere dal 15 dicembre 2013, ai fini della notificazione e comunicazione degli atti in materia civile, penale, amministrativa, contabile e stragiudiziale si intendono per pubblici elenchi quelli previsti dagli articoli 6-bis, 6-quater e 62 del decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82, dall'articolo 16, comma 12, del presente decreto, dall'articolo 16, comma 6, del decreto-legge 29 novembre 2008, n. 185, convertito con modificazioni dalla legge 28 gennaio 2009, n. 2, nonché il registro generale degli indirizzi elettronici, gestito dal Ministero della Giustizia"*. Si tratta dei tre registri IPA, REGINDE e INIPEC in cui devono essere registrati gli indirizzi di provenienza delle notifiche, al fine di assicurare la necessaria certezza sulla provenienza e sulla destinazione dell'atto notificando.

Del resto già le **corti di merito** hanno stabilito che nell'ipotesi in cui venissero adoperati indirizzi non ufficiali, emergendo l'assoluta incertezza del soggetto da cui proviene l'atto impugnato – a fronte dell'oggettiva impossibilità di riferire l'indirizzo PEC utilizzato all'agente della riscossione - non potrebbe che derivare la violazione delle norme circa la certezza e l'affidabilità giuridica del contenuto dell'atto stesso e del diritto fondamentale di difesa del contribuente; al rilevato vizio dell'atto, consegue l'accertamento dell'inesistenza o nullità radicale per mancato perfezionamento della notifica telematica, che comporta l'impossibilità di operare la sanatoria ex art. 156 c.p.c.⁶⁵.

⁶⁵ La Corte di Giustizia Tributaria di II grado Catanzaro Sezione 4 del 06/04/2023 Corte Giustizia tributaria 1 grado Napoli nn.3494, 42462-3453 del 13/03/2023, Corte di Giustizia Tributaria di 1 grado di Roma n.2314\2023, depositata il 15.02.2023, Corte 1 grado Roma 3886\2013, depositata il 23.03.2023, Corte di Giustizia Tributari 1grado di Napoli n, 480 del 11/01/2023 Corte di Giustizia Tributaria di 2^ Grado del Lazio n. 754, depositata il 15.02.2023, Corte di Giustizia Tributaria di II grado del LAZIO Sezione 17 n. 6507 dep. .il 30/12/2022, Corte 1 grado Taranto n.8 e 9, depositate il 05.01.2023, Corte Giustizia Tributaria

Come sopra stabilito dalle indicate corti di merito, sub nota precedete, richiamano tutte l'arresto della **Suprema Corte dell'ordinanza del 10/02/2020 n. 3093**, e condividendolo, in cui ha stabilito il predetto principio, sostenendo che: *"la notificazione può essere eseguita esclusivamente utilizzando un indirizzo di posta elettronica certificata del notificante risultante da pubblici elenchi", precisando, altresì, che l'elencazione dei Pubblici Registri non è esclusiva, ma tassativa e fondata sulla pubblica riconducibilità dell'indirizzo al soggetto. Specificamente ha posto in evidenza come, in virtù di quanto disposto dall'art. 26, co. 5, del D. P. R. n. 602/1973 (in tema di notifica della cartella di pagamento) e dall'art. 60 del D. P. R. n. 600/1973 (in materia di notificazione dell'avviso di accertamento), il quale, a sua volta, rinvia alle norme sulle notificazioni nel processo civile ai sensi dell'art. 3 bis della legge 21/01/1994 n. 53, la notificazione via PEC, per considerarsi valida, deve essere eseguita esclusivamente ricorrendo a indirizzi PEC risultanti da pubblici elenchi, con espressa indicazione dell'elenco da cui gli stessi indirizzi sono stati estratti, in virtù del combinato disposto di cui agli art. 3 bis della legge n. 53/1994 e 16 ter del D. L. n. 179/2012 (convertito con legge n. 221/2012).*

>> A queste norme di inderogabilità della notifica del notificante (sia privato che pubblico) si ritine che vadano altresì rispettate le disposizioni come sopra richiamate sia per quanto riguarda:

REGOLAMENTO DEL PARLAMENTO EUROPEO E DEL CONSIGLIO Reg. UE n. 910/2014 i considerando n. 1-2-14 e 36 e l'art. 43 del precitato regolamento al 2 comma richiede e stabilisce espressamente che: *"I dati inviati e ricevuti mediante servizio elettronico di recapito certificato qualificato godono della presunzione di integrità dei dati, dell'invio di tali dati da parte del mittente identificato, della loro ricezione da parte del destinatario identificato e di accuratezza della data e dell'ora dell'invio e della ricezione indicate dal servizio elettronico di recapito certificato qualificato".*

Così il successivo **art. 44 comma 1 lett. a) e b)** per **REQUISITI PER I SERVIZI ELETTRONICI DI RECAPITO QUALIFICATO (per la PEC)** considera che: *"1. I servizi elettronici di recapito certificato qualificati soddisfano i requisiti seguenti:*

1grado Napoli del 29/11/2022 n. 11392, Corte Giustizia Tributaria 1grado Napoli del 15/11/2022 n. 10752, CTP Napoli n.9146/2022; CTP Napoli, n. 5911 e n. 5025 del 2022; CTP Napoli, n. 5232/2020; CTP Roma, n. 6898/2022; CTR Campania, n. 922 e n. 345 del 2022.

- a) sono forniti da uno o più prestatori di servizi fiduciari qualificati;
b) **garantiscono con un elevato livello di sicurezza l'identificazione del mittente.**

Principi che sono stati ripresi dal **REGOLAMENTO MINISTERIALE DPCM - Dipartimento per la trasformazione digitale - Decreto ministeriale 8 febbraio 2022 n. 58. In cui all'art. 1 comma 1 in merito ai livelli di sicurezza stabiliti dal Reg. UE 910/2014, individua al punto o): "livello di sicurezza significativo»: il livello di garanzia previsto dall'articolo 8 del Regolamento (UE) n. 910/2014 del Parlamento europeo e del Consiglio del 23 luglio 2014 in materia di identificazione elettronica e servizi fiduciari per le transazioni elettroniche nel mercato interno e che abroga la direttiva 1999/93/CE e dal Regolamento di esecuzione della Commissione 8 settembre 2015, n. 2015/1502, «relativo alla definizione delle specifiche e procedure tecniche minime riguardanti i livelli di garanzia per i mezzi di identificazione elettronica ai sensi dell'articolo 8, paragrafo 3, del Regolamento (UE) n. 910/2014 del Parlamento europeo e del Consiglio in materia di identificazione elettronica e servizi fiduciari per le transazioni elettroniche nel mercato interno”.**

E che al successivo **punto p)** individua quali **“mittenti”**: *le amministrazioni individuate dall'articolo 26, comma 2, lettera c), del decreto-legge 16/07/2002 n. 76 quali: “amministrazioni», le pubbliche amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, **gli agenti della riscossione** e, limitatamente agli atti emessi nell'esercizio di attività ad essi affidate ai sensi dell'articolo 52 del decreto legislativo 15 dicembre 1997, n. 446, i soggetti di cui all'articolo 52, comma 5, lettera b), numeri 1), 2), 3) e 4), del medesimo decreto legislativo”.*

Ed a queste disposizioni che vertono tutte sulla sicurezza dei domicili digitali PEC, da cui e presso cui si possono notificare-comunicare atti avente valore legale vanno aggiunte **le Linee Guida previste dall'art. 71 del D. Lgs. 82/2005** dove al **comma 1** stabilisce che: **“l'Agid adotta Linee guida contenenti le regole tecniche e di indirizzo per l'attuazione del presente Codice, che ne attribuisce pertanto forza di legge attraverso le linee guida che stabiliscono l'inserimento dei domicili digitali delle P.A. e dei gestori di pubblici servizi” che sono state attuate con la Determinazione del 4 aprile 2019, n. 97.**

Linee guida, pertanto, assumono valore di legge e in virtù delle delega ricevuta dalla norma primaria, **nonché elenco pubblico a cui far fede per i vari domicili digitali** e dove nelle stesse è stabilito che: “*L’Indice dei domicili digitali delle Pubbliche Amministrazioni e dei gestori di pubblici servizi [art. 6-ter del CAD], di seguito indicato con l’acronimo IPA, è l’elenco pubblico di fiducia contenente i domicili digitali da utilizzare per le comunicazioni e per lo scambio di informazioni e per l’invio di documenti validi a tutti gli effetti di legge tra le pubbliche amministrazioni, i gestori di pubblici servizi e i privati*”.

Come specificato nell’allegato tecnico pag. VIII **punto 3.2 Elezione del domicilio digitale in cui è indicato:**

“Il domicilio digitale è un indirizzo elettronico eletto presso un servizio di posta elettronica certificata o un servizio elettronico di recapito certificato qualificato valido ai fini delle comunicazioni elettroniche aventi valore legale [art. 1 comma 1 lettera n-ter) del CAD]. *Gli elementi identificativi di tali comunicazioni, rilevanti ai fini dei procedimenti amministrativi delle PA e dei GPS, devono essere riportati nel registro di protocollo [art. 40 bis del CAD].*

*Il domicilio digitale deve essere associato a un registro di protocollo che nell’IPA è **rappresentato da una ed una sola AOO ((Area Organizzativa Omeogena).***

Per ogni AOO (Area Organizzativa Omeogena) deve essere eletto almeno un domicilio digitale che è distinto da qualsiasi altro domicilio digitale associato a qualsiasi altra AOO presente in IPA.

A questo va aggiunto che le sedi territoriali di ADER non **hanno una autonoma personalità giuridica** **meno che mai le sue articolazioni territoriali, in generale delle Agenzia Fiscali, Cass. ordinanza n. 12614/2023 e n. 22434/2016, ed in particolare di ADER anche a seguito, e come ricordato dalle norme sopra indicate a seguito della** soppressione del Gruppo Equitalia in base al Dl. 22/10/2016 n. 193 convertito con modificazioni nella Legge 1° dicembre 2016 n. 225 all’art. 1 le precedenti Società del Gruppo Equitalia sono state soppresse e la nuova *Agenzia delle entrate-Riscossione*, è diventato ente strumentale dell’Agenzia delle entrate sottoposto all’indirizzo operativo e al controllo della stessa Agenzia delle entrate, che ne monitora costantemente l’attività, secondo principi di trasparenza e pubblicità.

L'ente ha autonomia organizzativa, patrimoniale, contabile e di gestione. Sono organi dell'ente il direttore, il comitato di gestione e il collegio dei revisori dei conti, il cui presidente è scelto tra i magistrati della Corte dei conti. Ed il suo direttore è il direttore dell'Agenzia delle Entrate.

Puntualizzando, e come sopra ricordato, che però anche se le diramazioni territoriali di AGE non hanno una autonoma personalità giudica, comunque e come previsto dalla Linee guida le sezioni territoriali si sono dotate di un autonomo domicilio digitale ed ivi pubblicata su INDICEPA essendo delle autonome AOO (**Area Organizzativa Omogenea**), mentre le sezioni territoriali di ADE sono delle UO (**Unità Organizzativa**).

Come stabilito dalle precitate Linee guida l'indirizzo di PEC, o servizio elettronico di recapito certificato qualificato, associato ad una AOO di un Ente, **e quindi eletto a domicilio digitale**, non può essere indicato in altro Ente accreditato in IPA.

Altresì, le linee guida hanno specificato che: "Il domicilio digitale di una UO (Unità Organizzativa) coincide con il domicilio digitale della AOO a cui è associata, in quanto ogni UO (unità organizzativa) può essere associata ad una sola AOO (Area Organizzativa Omogenea)".

I domicili digitali di una PA o di un GPS coincidono con quelli indicati nelle proprie AOO".

Quindi, le UO territoriali di ADER **non potranno avere mai un domicilio digitale autonomo** se non sia quello della sua AOO e, come, risulta provato in INDICEPA e come evidenziato sub paragrafo 3.

Inoltre, c'è da evidenziare che le **PEC mail** inserite solo dal 02/09/2022 e provato da AGID si veda paragrafo 3, **ma non certamente come domicili digitali**, c'è il riconoscimento esplicito di ADER che le notifiche effettuate in precedenza a tale data non erano state effettuate da PEC riferitisi ad ADER.

Si ritiene comunque che a nulla vale aver inserito da parte di ADER alle UO (unità organizzativa) delle varie Direzione delle regioni come mail PEC usata per la notifica "notifica.acc. (regione di invio)@pec.agenziariscossione.gov.it", in quanto: oltre a non essere un domicilio digitale, come previsto per legge, e come prova la stessa schermata

di INDICEPA, che invece dimostra che l'unico domicilio digitale accreditato e valido è, appunto, protocollo@pec.agenziariscossione.gov.it.

Pertanto, anche questo “maldestro” ed inopportuno inserimento da parte di ADER in INDICEPA per le varie regioni di PEC, quali semplici mail e “camuffate” come domicilia digitale è nulla ed oltretutto illegittima ed illecita.

6. Effetto “salvifico” di tre sentenze della Cassazione per raggiungimento dello scopo ex art. 156 c.p.c. con notifiche ADER da domicilio digitale non inserito in INDICEPA e prova del pregiudizio avuto da PEC non inserita in Pubblici registri con l'atto notificato.

Sono tre le sentenze di Cassazione, con motivazione uguali le prime due, e contraddittoria la terza per i pregiudizi avuti, e comunque si ritengono lacunose e con una violazione del principio Costituzionale di parità di trattamento fra le parti a non convincere.

La prima è l'Ordinanza è del 16 gennaio 2023 n. 982 in cui è stato stabilito che: *“In tema di notificazione a mezzo PEC, la notifica del ricorso per cassazione effettuata dalla Procura Generale della Corte dei Conti, utilizzando un indirizzo di posta elettronica istituzionale, rinvenibile sul proprio sito "Internet", ma non risultante nei pubblici elenchi, non è nulla, ove la stessa abbia consentito, comunque, al destinatario di svolgere compiutamente le proprie difese, senza alcuna incertezza in ordine alla provenienza ed all'oggetto, tenuto conto che la più stringente regola, di cui alla L. n. 53 del 1994, art. 3-bis, comma 1, detta un principio generale riferito alle sole notifiche eseguite dagli avvocati, che, ai fini della notifica nei confronti della P.A., può essere utilizzato anche l'Indice di cui al D.lgs. n. 82 del 2005, art. 6-ter, e che, in ogni caso, una maggiore rigidità formale in tema di notifiche digitali è richiesta per l'individuazione dell'indirizzo del destinatario, cioè del soggetto passivo a cui è associato un onere di tenuta diligente del proprio casellario, ma non anche del mittente”*.

La seconda è l'Ordinanza del 28/02/2023 n. 6015 con la quale: La Suprema Corte nel richiamare le conclusioni rese della Sezioni Unite con la Sentenza n. 15979 del 18 maggio 2022, ha ritenuto: *“infondato il motivo di ricorso addotto dalla società ricorrente, affermando che “la notifica avvenuta utilizzando un indirizzo di posta*

istituzionale, non risultante nei pubblici elenchi, non è nulla, ove la stessa abbia consentito, comunque, al destinatario di svolgere compiutamente le proprie difese, senza alcuna incertezza in ordine alla provenienza ed all'oggetto”.

La Suprema Corte, ha altresì sostenuto come non sia applicabile a tali fattispecie la più stringente disciplina, richiamata nel ricorso della società, di cui all'articolo 3-bis comma 1 della legge 21 gennaio 1994. 53, prevista in tema di notifiche da parte degli avvocati. La disposizione testé rammentata, infatti, prevede che *“La notificazione con modalità telematica si esegue a mezzo di posta elettronica certificata all'indirizzo risultante da pubblici elenchi, nel rispetto della normativa, anche regolamentare, concernente la sottoscrizione, la trasmissione e la ricezione dei documenti informatici. La notificazione può essere eseguita esclusivamente utilizzando un indirizzo di posta elettronica certificata del notificante risultante da pubblici elenchi””.*

La Suprema Corte, inoltre, ha evidenziato come una maggiore rigidità formale si debba applicare sul versante dell'indirizzo del destinatario, ma non anche per quanto concerne l'indirizzo del mittente.

Pertanto, due principi sono stati stabiliti con le due ordinanze il raggiungimento dello scopo ex art. 156 c.p.c e che la rigidità formale dell'indirizzo **PEC vale per il destinatario e non per il mittente.**

La **terza, invece**, che a parere è la più contraddittoria e priva ragionevolezza è la sentenza **Cass. civ., Sez. V, Sentenza, 03/07/2023, n. 18684 che ha salvato ADER ritenendo che:** *“In tema di notificazione a mezzo PEC della cartella esattoriale, da parte dell'agente della riscossione, l'estraneità dell'indirizzo del mittente dal registro INI-Pec non inficia "ex se" la presunzione di riferibilità della notifica al soggetto da cui essa risulta provenire, testualmente ricavabile dall'indirizzo del mittente, occorrendo invece che la parte contribuente evidenzi quali pregiudizi sostanziali al diritto di difesa siano dipesi dalla ricezione della notifica della cartella di pagamento da un indirizzo diverso da quello telematico presente in tale registro”.*

Ebbene tale arresto è abbastanza fuorviante in quanto ed è palmare l'evidenza che non ci troviamo in presenza di atti c.d. cartacei ma telematici, ed il pregiudizio è che in presenza di c.d. “virus informatico” comporta la distruzione dell'archivio dei dati del

contribuente o, peggio, il suo furto. E poi cosa impugna quale atto va a censurare e quindi porgendolo all'attenzione del Giudice tributario, tutt'al più potrà fare una denuncia di solito contro ignoti alla polizia postale per furto e/o distruzione dei dati dal proprio computer non certo ad ADER.

Francamente la motivazione di salvare a tutti i costi ADER con la motivazione della prova del danno subito non sembra essere molto convincente anzi è molto aleatoria e fuori dalla realtà. Il danno che subisce chi riceve mail con *malware* o altri pregiudizi informatici non sapendo o vedendo che ti aggredisce, come avviene per i reati commessi da malfattori comuni, è molto "tirata" come motivazione del danno che ne può subire.

Infatti, con tali raggiri informatici chi apre una mail credendo che sia di Ader ma di ADER non è **il danno è immediato** ed il computer verrà preso in ostaggio da tale programma truffaldino. Infatti, le truffe più comuni avvengono proprio con suffissi mail di uffici importanti addirittura arrivano mail che hanno come suffissi delle forze dell'ordine per indurre ad aprirle e consentire al programma in esso contenuta di carpire i dati o rovinare i dati nel computer residente di chi apre il contenuto di tale mail.

A tal fine è la stessa amministrazione finanziaria con la circolare MEF n. 1/DF del 4 luglio 2019 che precisa al punto 4.5.1. che: **"Per quanto concerne gli indirizzi PEC degli enti impositori e dei soggetti della riscossione l'indice delle pubbliche amministrazioni (IPA) è il solo elenco utilizzabile ai fini della notifica degli atti del processo tributario"** cfr. pag. 4 circolare

Pertanto, anche l'amministrazione afferma che il solo indirizzo PEC è quello contenuto nei pubblici elenchi ed all'epoca 04/07/2019 vi era solo l'indicato domicilio digitale e nemmeno le successive mail PEC che sono state inserite solo a far data dal 02/09/2022.

Del resto, anche ADER mette in guardia **da aprire mail** che hanno come indirizzo l'agenzia entrate riscossione **con comunicato del 15/07/2022**, ed allora si devono aprire o no tali mail. Se non si aprono c'è il rischio che l'atto se è d ADR diventa definitivo ma se si aprisse potrebbe contenere un c.d. virus informatico. Questo è inconcepibile che per poter dire che non viene da PEC non inserita in Pubblici registri occorre ricevere un danno di un virus informatico e chi paga poi, ed è qui la contraddizione dell'arresto sopra indicato, non certo ADER.

Non si andrà a censura qualcosa presso le Corti tributarie dopo il danno ricevuto di un fantasioso atto che di certo i malfattori allegheranno consentendo quindi di dimostrare il danno e annullare del resto un atto fantasioso che certamente non sarà ascrivibile ad ADER.

Francamente la motivazione oltre che irragionevole è altresì estranea alla realtà.

Per questo motivo le PEC se non arrivano da indirizzi inseriti in pubblici registri non possono essere considerate attendibili, e per questo che il legislatore ha stabilito che le **PEC devono pervenire solo da PEC indicate nei pubblici registri.**

7. Violazione Costituzionale artt. 3, 24, 111 e 113 Cost. e mancato effetto sanante della costituzione in giudizio del ricorrente.

Gli arresti di Cassazione pro-ADER non convincono affatto per il quadro normativo sopra riportato e per la parità di trattamento Costituzionale artt. 3, 24, 111, e 113 Cost. tra il contribuente e Agenzia riscossione, così l'arresto n. 18684/2023 è abbastanza irragionevole e, francamente, fuori dalla logica che per poter censurare un indirizzo PEC non provenite da ADER si debba subir un danno da virus informatico e, come detto, poi con chi se la deve prendere lo sventurato contribuente che riceva tale danno?

Un dato giuridico però è stato assodato da tutti gli arresti che, **pur riconoscendo che la notifica è stata effettuata da PEC che non rispetta i canoni normativi sopra evidenziati,** ha santo la nullità raggiunto lo scopo ex art. 156 c.p.c.

Va ricordato che nel nostro ordinamento la prima dimensione delle “regole” è quella della realizzabilità formale. Lo spirito del diritto romano⁶⁶, descrive il grado in cui una direttiva giuridica ha la qualità della regolarità come nel caso di specie che, prevedono che le notifiche debbono avvenire da PEC quale domicilio digitale debbano avvenire da indirizzi inseriti in pubblici elenchi che danno la sicurezza che tali domicili di invio siano riferibili al soggetto mittente. In quanto uno standard, stabilito per legge, concerne uno degli **obiettivi sostanziali dell'ordinamento giuridico**. Per tali motivi si ritiene che la stretta osservanza delle regole stabilite nell'utilizzare il domicilio digitale PEC di ADER inserito in Pubblici registri, **appartiene all'aspetto sostanziale**, e la mancanza non rappresenta una nullità formale, passibile di “sanatoria” ex art. 156 c.p.c., **ma piuttosto una sua**

⁶⁶ Di Rudolph von Jhering

insistenza giuridica sostanziale per non aver rispettato le regole del nostro ordinamento giuridico.

La legge imponendo delle regole, e, come sopra ricordato, impedisce nell'adottare un comportamento sbagliato e contro la stessa norma giuridica.

La categorizzazioni delle regole volute dal legislatore e salvaguardate dalla Costituzione anche con l'intervento correttivo del giudice delle leggi, valgono per tutti i consociati sia che si chiama cittadino o amministrazioni pubblica *-rectius ADER-*, pertanto, la rigidità delle regole stabilite per la qualificazioni del domicilio digitale quale conoscibilità certa e senza fraintendimenti o incertezze, rappresenta un elemento sostanziale per poter svolgere l'attività di tutela o richiesta di diritti o incidere nella sfera giuridica e personale di ciascuno di noi, e deve sussistere per tutti e non solo in maniera più stringente per la parte c.d. private e di meno per la parte Pubblica. La nostra Costituzione tutela e regge uno Stato democratico e non assolutista, totalitarista o una monarchia assoluta.

7.2 Precedenti giurisprudenziali delle notifiche effettuate da PEC non inserite in Pubblici elenchi.

I precedenti arresti della Cassazione in ordine all'indirizzo del mittente in tal caso come parte privata, si possono riassumere:

- i. **Cass. ordinanza del 27/06/2019 n. 17346/19**, ha osservato che la notifica effettuata con modalità telematiche è da considerarsi viziata se il notificante utilizza un *“indirizzo di posta elettronica certificata” non risultante da pubblici elenchi, secondo quanto previsto dall'art. 3-bis L.53/94”*.
- ii. **E soprattutto con l'ordinanza Cassazione n. 3093 del 10 febbraio 2020, che è stata già richiamata, ha ribadito il principio di diritto secondo cui:** *“La notificazione può essere eseguita esclusivamente utilizzando un indirizzo di posta elettronica certificata del notificante risultante da pubblici elenchi”*, **precisando, altresì, che l'elencazione dei Pubblici Registri non è esclusiva ma tassativa e fondata sulla pubblica riconducibilità dell'indirizzo al soggetto, ugualmente.**
- iii. **Cassazione Sez. L n. 12345 del 10/05/2021 dove è stabilito che:** *“A fini processuali, del resto, deve essere utilizzato quale 'domicilio digitale' qualificato a fini processuali e idoneo a garantire l'organizzazione preordinata all'effettiva difesa solo l'indirizzo pec censito nel registro generale degli indirizzi di cui all'art. 7 del d.m. n. 44 del 2011*

(ReGIndE) ovvero nel registro delle pp.aa. di cui all'art. 16, comma 12, del dl. n. 179 del 2012, esclusa essendo ogni sanatoria per raggiungimento dello scopo”.

- iv. Cassazione Sez. Ord. Sez. 6 n. 24948 del 15/09/2021 in cui è stabilito che:** “ *La notifica effettuata ad un indirizzo PEC diverso da quello comunicato al Ministero ed inserito nel Reginde deve ritenersi nulla, per come ha avuto modo di statuire questa Corte: "in tema di notificazione a mezzo PEC, ai sensi del combinato disposto dell'art. 149 bis c.p.c. e dell'art. 16 ter del d.l. n. 179 del 2012, introdotto dalla legge di conversione n. 221 del 2012, l'indirizzo del destinatario al quale va trasmessa la copia informatica dell'atto è, per i soggetti i cui recapiti sono inseriti nel Registro generale degli indirizzi elettronici gestito dal Ministero della giustizia (Reginde), unicamente quello risultante da tale registro. Ne consegue, ai sensi dell'art. 160 c.p.c., la nullità della notifica eseguita presso un diverso indirizzo di posta elettronica certificata del destinatario". (Cass. 11574/ 2018). Peraltro, anche ove il destinatario della notifica fosse il difensore e non la parte personalmente, l'indirizzo cui notificare validamente, ad esclusione di ogni altro, è comunque sempre quello risultante dal Reginde (Cass. 25948/ 2018)”.*
- v. Cassazione Civile Ord. Sez. 2 Num. 2225 del 25 gennaio 2022, dove si legge testualmente:** “*La notificazione con modalità telematica, ai sensi degli artt. 3 bis e 11 della l. n. 53 del 1994, deve essere eseguita a pena di nullità presso l'indirizzo PEC risultante dai pubblici elenchi di cui all'art. 16 ter del d.l. n. 179 del 2012, conv. con modif. in l. n. 221 del 2012, quale domicilio digitale qualificato ai fini processuali ed idoneo a garantire l'organizzazione preordinata all'effettiva difesa; ne consegue che non è idonea a determinare la decorrenza del termine breve di cui all'art. 326 c.p.c. la notificazione della sentenza effettuata ad un indirizzo di PEC diverso da quello inserito nel Reginde e comunque non risultante dai pubblici elenchi, ancorché indicato dal difensore nell'atto processuale (Sez. 6 - L, Ordinanza n. 13224 del 25/05/2018).”*
- vi. L' Ordinanza della Cassazione del 12/04/2022 n. 11744** ha stabilito che: *E' pacifico, e risulta d'altro canto, dalle ricevute di consegna ed accettazione della notifica, allegate al controricorso, che la notifica sia avvenuta non già all'indirizzo Pec del difensore inserito nel Reginde (xxx....@avvoc.....legalmail.it), ma al diverso indirizzo (xyz ..@avvoc.....legalmail.it) . La irregolarità di questa notificazione, effettuata ad un indirizzo PEC diverso da quello comunicato al Ministero della giustizia ed inserito nel Reginde, deve ritenersi nulla, per come ha avuto modo di statuire questa Corte: «in tema di*

notificazione a mezzo PEC, ai sensi del combinato disposto dell'art. 149-bis cod. proc. civ. e dell'art. 16-ter del d.l. n. 179 del 2012, introdotto dalla legge di conversione n. 221 del 2012, l'indirizzo del destinatario al quale va trasmessa la copia informatica dell'atto è, per i soggetti i cui recapiti sono inseriti nel Registro generale degli indirizzi elettronici gestito dal Ministero della giustizia (Reginde), unicamente quello risultante da tale registro. Ne consegue, ai sensi dell'art. 160 cod. proc. civ., la nullità della notifica eseguita presso un diverso indirizzo di posta elettronica certificata del destinatario» (Cass., sez. 6-1, 11/05/2018, n. 11574; Cass., sez. 6-3, 15/09/2021, n. 24948).

- vii. **Ordinanza Cass. civ., Sez. lavoro, Ord., (data ud. 17/02/2022) 02/05/2022, n. 13771 che richiama le sezioni unite Cass. SU n. 14917 del 20/07/2016 in cui è stato stabilito che:** *“l'inesistenza della notificazione è configurabile, oltre che in caso di totale mancanza materiale dell'atto, nelle sole ipotesi in cui venga posta in essere un'attività priva degli elementi costitutivi essenziali idonei a rendere riconoscibile un atto qualificabile come notificazione e precisamente allorché l'attività di trasmissione venga svolta da un soggetto non qualificato, cioè non dotato della possibilità giuridica di compiere detta attività. In ragione che le notifiche devono eseguirsi ai sensi dell'art. 60 e 137 cpc non venendo eseguite come prevede la legge da ufficiale giudiziario o messo comunale che ha la funzione di certificare la notifica e come stabilisce la normativa in tema di notifica da PEC l'indirizzo deve necessariamente essere eseguita da indirizzo risultante da pubblici registri in quanto l'attività di notifica manca uno degli elementi costitutivi previsto dalla legge infra indicata”.*

In base a quanto ora stabilito dalla Cassazione richiamata se la notifica ad un indirizzo PEC non inserito nei pubblici registri non determina la decadenza ex art. 326 c.p.c. per il notificato, ugualmente l'atto spedito da indirizzo PEC non inserito da indirizzo PEC nei pubblici registri ne determina la insistenza della stessa notifica da parte del notificante. Diversamente volendo considerare valida la notifica dell'atto *de quo*, da indirizzo PEC non inserito nei pubblici registri, significa sicuramente una disparità di trattamento con la violazione di principi Costituzionali di cui all'art. 3, 24, 111 e 113 Cost.

Sul solco di tale ferma interpretazione la unanime giurisprudenza anche di merito ha ribadito l'inesistenza assoluta della **notifica e non sanabile.**

7.3 Mancato effetto sanante ex art. 156 c.p.c.

Le Corti di merito sino ad ora, infra-richiamate, ad unanimità hanno, altresì, stabilito che la notifica dell'atto tributario a mezzo Pec deve avvenire solo e soltanto da indirizzo PEC certificato e presente nei Pubblici Registri ed ove **la spedizione avvenga da altro e diverso indirizzo PEC NON certificato, la notificazione è INESISTENTE. Ed è altresì rinviabile d'ufficio.** La notificazione è solitamente definita come una sequenza di atti di un procedimento articolato in fasi. Va ricordato come stabilito dalla Cassazione⁶⁷ che: *“l'invalidità d'un atto giuridico, compito del giudice di merito è verificare la conformità dell'atto che si sottopone al suo esame, col relativo schema legale: e quindi la sussistenza dei presupposti, il rispetto delle forme e la pertinenza dei contenuti.*

La difformità d'un atto giuridico rispetto al suo schema legale è sempre rilevabile d'ufficio, sotto qualsiasi profilo, a meno che non sia la legge a riservare espressamente una determinata eccezione all'iniziativa di parte.

Costituisce, infatti, principio generale del nostro sistema processuale quello secondo cui tutte le eccezioni non riservate espressamente dalla legge alla parte sono rilevabili anche d'ufficio. Tale principio è stato ribadito per ben due volte dalle Sezioni Unite di questa Corte: dapprima da Sez. U, Sentenza n. 1099 del 03/02/1998, Rv. 515986, e quindi da Sez. U, Ordinanza interlocutoria n. 10531 del 07/05/2013, Rv. 626194 (nello stesso senso, ex multis, Sez. 3, Ordinanza n. 13764 del 31.5.2018, non massimata).

La circostanza che un atto, per produrre i suoi effetti, sia preceduto dal compimento d'un altro atto prodromico, e che quest'ultimo non sia stato compiuto, è una eccezione sussumibile nel genus dei fatti impeditivi degli effetti giuridici dell'atto. In quanto tale, la suddetta eccezione per quanto detto è rilevabile d'ufficio, non essendovi alcuna norma che la riservi all'iniziativa della parte”.

La presenza di detti requisiti, come sopra indicati dalla legge che possono definirsi strutturali, va ritenuta idonea ai fini della riconoscibilità dell'atto come notificazione: essi, cioè, sono sufficienti a integrare la fattispecie legale minima della notificazione, rendendo qualificabile l'attività svolta come atto appartenente al tipo previsto dalla legge.

⁶⁷ Cass. Ordinanza n. 12237 del 09.05.2019, III Sezione.

Va rilevato che il codice di rito non contempla la categoria dell'inesistenza in tema di notificazione, e in genere degli atti processuali, nemmeno con riguardo alla sentenza priva della sottoscrizione del giudice, qualificata come affetta da nullità insanabile, ai sensi dell'art. 161 c.p.c., comma 2 che la dottrina e la giurisprudenza maggioritaria riconducono alla figura della inesistenza

Come si può obiettarsi che l'inesistenza non è una qualificazione giuridica *stricto sensu*, giacché quest'ultima implica un'attribuzione legale di significato. Nessuna norma, invece, la prevede e la disciplina, tant'è che non manca in dottrina chi parla al riguardo di "*inqualificazione*".

E si potrebbe completare il discorso affermando che l'inesistenza, proprio per il suo non identificarsi con una norma positiva, altro non potrebbe essere se non un effetto dell'applicazione di (altre) norme; col risultato che la statuizione minima consterebbe, nella specie, dell'attività notificatoria svolta (fatto processuale), della riconduzione di essa sotto la previsione dagli artt. 137 cpc e segg e dell'inesistenza che il giudice ne ha dedotto per differenza da tale modello legale (effetto).

Nella materia processuale la nozione d'inesistenza scaturisce dalla necessità epistemica di regolare il confine della nullità, designando i casi in cui l'atto processuale deve intendersi mancante, di guisa che non se ne può predicare neppure il vizio. Esigenza, questa, insopprimibile ove si consideri che, per contro, il *proprium* della nullità processuale (diversamente da quanto avviene - di regola - per quella sostanziale) risiede in ciò, che l'atto invalido continua a produrre gli effetti suoi propri finché il giudice non lo dichiara nullo, e che, pertanto, l'invalidità non resiste al giudicato interno.

Nel caso di specie, qua siamo di fronte ad una inesistenza sostanziale della validità dell'atto stesso e non processuale.

Se dunque in ambito processuale la categoria dell'inesistenza dell'atto, benché non prevista dal legislatore, scaturisce per via di negazione (non dalla singola norma che diversamente sarebbe applicabile, ma) dal sistema stesso ed è dotata di una propria necessitata rilevanza giuridica o, se si vuole, giudiziale (lo dimostra la vasta giurisprudenza formatasi al riguardo. Ma è la norma non scritta che designa la situazione terza tra validità e nullità dell'atto. Detto articolo, al pari d'ogni altra norma sulle notificazioni, suppone l'atto processuale e ne delinea i requisiti di forma-contenuto *ad validitatem*, sicché il relativo

scrutinio **non può che risolversi nell'alternativa tra validità e invalidità dell'atto stesso.**

Ne deriva che affermare che una notifica è inesistente non è trarre un effetto da una disposizione positiva, ma al contrario richiamare un'autonoma *regula iuris*, la cui origine epistemologica non osta a che il giudice ne ricavi gli effetti ai fini del procedere e del decidere, al pari di quanto avverrebbe ove egli applicasse una norma scritta⁶⁸.

Ebbene l'inesistenza della notifica dell'atto è rappresentata dalla violazione delle previsioni di cui all'art. 3/bis della L. 53/94 che al comma 1 stabilisce: ***“La notificazione con modalità telematica si esegue a mezzo di posta elettronica certificata all'indirizzo risultante da pubblici elenchi, nel rispetto della normativa, anche regolamentare, concernente la sottoscrizione, la trasmissione e la ricezione dei documenti informatici. La notificazione può essere eseguita esclusivamente utilizzando un indirizzo di posta elettronica certificata del notificante risultante da pubblici elenchi”***.

Pertanto, per quanto detto ut supra, se non c'è il rispetto di tutte le norme, anche regolamentari *id est* **Linee guida**, la notifica con PEC non inserita non è avvenuta secondo legge e, pertanto, la violazione ne determina la sua inesistenza.

- i. Infatti le corti ivi richiamate hanno evidenziato e stabilito che è irrituale e, quindi, illegittima la notificazione delle cartelle esattoriali effettuata tramite un indirizzo PEC non oggettivamente e con certezza riferibile all'Agenzia delle Entrate-Riscossione, poiché non risultante nell'elenco del ReGIndE (Registro Generale degli Indirizzi Elettronici gestito dal Ministero della Giustizia), né nella pagina ufficiale del sito internet del Concessionario della Riscossione, né nella pagina della CCIAA, né in quella di INDICEPA (Indice delle Pubbliche Amministrazioni), con la conseguenza che il contribuente non avrebbe alcuna garanzia circa l'effettiva provenienza della notifica PEC.

Al riguardo, occorre ricordare che in virtù di quanto disposto dall'art. 26, comma 5, del D.P.R. n. 602 del 1973 (**in tema di notifica della cartella di pagamento**) e dall'art. 60 del D.P.R. n. 600 del 1973 (**in materia di notificazione dell'avviso di accertamento**), **il quale, a sua volta, rinvia alla norme sulle notificazioni nel processo civile ai sensi dell'art. 3-bis della Legge 21 gennaio 1994 n. 53,** la notificazione con modalità telematica si esegue a mezzo di posta elettronica

⁶⁸ Cass. civ., Sez. II, Sent., (data ud. 05/12/2019) 07/05/2020, n. 8645.

certificata **dall'indirizzo/all'indirizzo risultante da pubblici elenchi**, nel rispetto della normativa, anche regolamentare, concernente la sottoscrizione, la trasmissione e la ricezione dei documenti informatici.

In particolare, l'art. 6 *bis* del D.lgs. 7 marzo 2005 n. 82 (c.d. Codice dell'Amministrazione Digitale), e dell'art. 16 *ter*, comma 1 del D.L. 18 ottobre 2012 n. 179 (modificato dall'articolo 45-bis, comma 2, lettera a), numero 1) del D.L. 24 giugno 2014, n. 90, convertito, con modificazioni, dalla Legge 11 agosto 2014, n. 114 e successivamente sostituito dall'articolo 66, comma 5, del D.lgs. 13 dicembre 2017, n. 217) in tema di “*Pubblici elenchi per notificazioni e comunicazioni*” prevede che a decorrere dal 15 dicembre 2013, ai fini della notificazione e comunicazione degli atti in materia civile, penale, amministrativa, contabile e stragiudiziale si intendono per pubblici elenchi quelli previsti dagli articoli 6-bis, 6-quater e 62 del D.lgs. 7 marzo 2005, n. 82, dall'articolo 16, comma 12, dello stesso decreto, dall'articolo 16, comma 6, del D.L. 29/11/2008, n. 185, convertito con modificazioni dalla Legge 28 gennaio 2009, n. 2, nonché il registro generale degli indirizzi elettronici, gestito dal Ministero della giustizia.

- ii. Del resto *ex plurimis* Comm. trib. prov. Campania Napoli Sez. XXIII, Sent., 08-07-2020, n. 5232 ha stabilito che: “*in virtù di una regola procedurale rinvenibile in diverse previsioni normative, ed estensibile al procedimento tributario, è priva di effetti giuridici la notificazione di una cartella di pagamento eseguita in via telematica dall'agente della riscossione utilizzando un indirizzo PEC non risultante da pubblici elenchi*”.

Dalla stessa sentenza si legge testualmente: “*Invero, la possibilità di eseguire per via telematica le notificazioni di atti civili, amministrativi e stragiudiziali è contemplata già dall'art. 3 bis L. n. 53 del 1994 laddove sancisce che "la notificazione con modalità telematica si esegue a mezzo di posta elettronica certificata all'indirizzo risultante da pubblici elenchi, nel rispetto della normativa, anche regolamentare, concernente la sottoscrizione, la trasmissione e la ricezione dei documenti informatici. La notificazione può essere eseguita esclusivamente utilizzando un indirizzo di posta elettronica certificata del notificante risultante da pubblici elenchi"*.

Ed in continuità si sono avuti gli arresti infra indicati sub nota 58.

iii. **In merito ad una procedura esecutiva disposta da ADER in tal caso della Provincia di Enna**, contro una società e nei confronti di un gruppo di istituti di credito terzi pignorati, la debitrice si è opposta sia ai sensi dell'art. 615 c.p.c. che dell'art. 617 c.p.c., altresì chiedendo la sospensione dell'azione esecutiva. Il G.E. di Enna con provvedimento del **21/03/2022** tra i motivi di opposizione ha dedotto in via preliminare la domanda di annullamento dei pignoramenti **per inesistenza giuridica della loro notifica**, in quanto promananti da un indirizzo PEC del mittente **“non istituzionale”**, in violazione degli artt. 26 - D.P.R. n. 602/73, art. 60 - D.P.R. n. 600/73, art. 3-bis, comma 1 - L. n. 53/1994, art. 6-ter - D.lgs. n. 82/2005 ed art. 16-ter - D.L. n. 179/2012.

Tutte le sentenze di merito sin qui avute univocamente hanno stabilito che sulla illegittima notificazione a mezzo PEC hanno confermato che è inesistente la notifica di un atto esattivo a mezzo PEC, **a pena di inesistenza non sanabile neppure a seguito della impugnazione dell'atto, in quanto deve essere effettuata dal Concessionario esclusivamente utilizzando un indirizzo PEC certificato e presente nei Pubblici Registri.**

Nel caso di utilizzo di indirizzi non ufficiali in quanto non riconducibili ai pubblici registri certificati, emergendo l'assoluta incertezza del soggetto da cui proviene l'atto impugnato, non può che derivare la violazione delle norme circa la certezza, l'affidabilità giuridica del contenuto dell'atto stesso e del diritto di difesa del contribuente. Ne consegue l'inesistenza giuridica della consegna informatica dell'atto tributario proveniente da soggetto non identificabile in quanto non associato ad un indirizzo oggetto di registrazione ufficiale.

Da cui la inesistenza delle notifiche provenienti da un indirizzo pec non risultante dai pubblici registri, **nonché la inapplicabilità dell'effetto sanante per raggiungimento dello scopo ex art. 156 c.p.c., perché l'atto notificato difetta del requisito indispensabile e sostanziale della certezza sia della provenienza dal soggetto notificante sia del contenuto dello stesso.**

Inesistenza della notifica mancando gli elementi costitutivi essenziali così come stabilito per inesistenza della notifica (e non nullità) dalla Cassazione Sezioni Unite nn. 14916 e 14917 del 20/07/2016. In cui è stato stabilito che: *“E' configurabile il vizio dell'inesistenza della notificazione del ricorso per Cassazione, oltre che nel caso di mancanza materiale*

dell'atto, nelle ipotesi in cui si ponga in essere un'attività priva degli elementi costitutivi essenziali idonei a rendere riconoscibile un atto qualificabile come notificazione, ricadendo ogni altra ipotesi di difformità dal modello legale, nella categoria della nullità. Tali elementi consistono: nell'attività di trasmissione, svolta da un soggetto qualificato, dotato, in base alla legge, della possibilità giuridica di compiere detta attività in modo da poter ritenere esistente ed individuabile il potere esercitato e nella fase di consegna, intesa come raggiungimento di uno qualsiasi degli esiti positivi della notificazione previsti dall'ordinamento ed in cui la stessa debba considerarsi comunque eseguita, restando esclusi soltanto i casi in cui l'atto sia restituito al mittente. In tal caso si configura, infatti, una notificazione meramente tentata ma non compiuta, dunque omessa". oltre che in caso di totale mancanza materiale dell'atto, nelle sole ipotesi in cui venga posta in essere un'attività priva degli elementi costitutivi essenziali idonei a rendere riconoscibile un atto qualificabile come notificazione, ricadendo ogni altra ipotesi di difformità dal modello legale nella categoria della nullità".

Infatti, nell'ipotesi di specie non può neanche considerarsi un errore la notifica con PEC non inserita nei pubblici registri da parte di ADER, in quanto non è riferito ad un elemento esterno all'atto, ovvero alla sua notifica, ma involge lo stesso atto notificato, assolutamente inidoneo all'istaurazione del contraddittorio s.v. **Consiglio di Stato del 28/12/2022 n. 11427**. Oltretutto, secondo il costante orientamento della Suprema Corte, pertanto, in presenza di una notifica inesistente, non può pertanto disporsi il rinnovo ex art. 291 c.p.c., applicabile alle sole ipotesi di notifica nulla.

■ **Inoltre, non opera sanatoria art. 156 c.p.c. con notifica da PEC non inserita pubblici registri.**

Il vizio della notifica inviata attraverso PEC non ufficiale comporta, una nullità insanabile, essendo minata proprio la certezza circa la sua provenienza, a fronte dell'oggettiva impossibilità di riferire quell'indirizzo all'Ader, non essendo lo stesso rintracciabile in alcun pubblico elenco ufficiale, conseguendone la sua inesistenza e impossibilità di operare la sanatoria ex art. 156 c.p.c..

La mancata dimostrazione dell'inserimento della casella di posta elettronica erariale nei registri pubblici rende la notifica della cartella o gli altri atti di ADER (intimazione e tutti gli altri atti di esazione coattiva) impugnati inesistenti e, come tale, non suscettibile di sanatoria. Atteso che all'inesistenza consegue l'impossibilità di operare la sanatoria,

escludendo qualsiasi effetto per raggiungimento dello scopo ex art. 156 c.p.c., perché: utilizzando un indirizzo PEC non certificato e non inserito in pubblici registri, il messaggio di posta elettronica difetta di un requisito indispensabile a tal fine, non consentendo al destinatario di essere messo in condizioni di conoscerne il contenuto, senza correre il rischio di essere attaccato da c.d. “*Malware*”.

Ne consegue che, laddove la notifica venga eseguita mediante un indirizzo pec non risultante da pubblici elenchi, questa non potrà che ritenersi alterata *ab origine*, non valida e, in quanto tale, viziata da nullità insanabile (inesistenza).⁶⁹

Ed ultimamente alla inesistenza della PEC di notifica da indirizzo non inserito nei pubblici registri si evidenzia l’arresto della Corte di Giustizia Tributaria di 2 grado Lombardia del 20/02/2023 e dep. il 15/03/2023 n. 1015/2023 che ha stabilito che le notifiche da indirizzi pec non inseriti in pubblici registri non produce effetto sanante ex art. 156 c.p.c.

Le forme degli atti, cioè, sono prescritte al fine esclusivo di conseguire un determinato scopo, coincidente con la funzione che il singolo atto è destinato ad assolvere nell’ambito del processo, e così, in definitiva, con lo scopo ultimo del processo, consistente nella pronuncia sul merito della situazione giuridica controversa: che il principio del “giusto processo”, di cui all’art. 111 Cost., ed all’art. 6 della Convenzione Europea per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali, comprenda, tra i valori che intende tutelare (oltre alla durata ragionevole del processo, all’imparzialità del giudice, alla tutela del contraddittorio, ecc.), il diritto di ogni persona ad un "giudice" che emetta una decisione sul merito della domanda ed imponga, pertanto, all’interprete di preferire scelte ermeneutiche tendenti a garantire tale finalità, costituisce affermazione acquisita nella giurisprudenza della Corte⁷⁰, anche alla luce di quella della Corte EDU, la quale ammette limitazioni all’accesso ad un giudice solo in quanto espressamente previste dalla legge ed in presenza di un rapporto di proporzionalità tra i mezzi impiegati e lo scopo perseguito⁷¹,

⁶⁹ in Corte di Giustizia Tributaria di 1° grado di Roma n.2314/2023, depositata il 15.02.2023 All. 38 e Corte di Giustizia Tributaria di 1 grado di Roma n. 3886 dep il 23/03/2023 all. 39 e Corte di Giustizia tributaria di 2 grado Lazio 15/02/2023 n. 54/2023 All. 40, Corte tributaria di 1 grado di Napoli sentenze n. 3494-2462-3455/2023 depositate tutte il 13.03.2023, Corte 1 Taranto n.8/2023, depositata il 05.01.2023 Corte 1 grado Taranto n.9/2023, depositata il 05.01.2023.

⁷⁰ cfr. Cass., sez. un., nn. 15144 del 2011, 17931 del 2013, 5700 del 2014, nonché’ Cass. nn. 3362 del 2009, 14627 del 2010, 17698 del 2014, 1483 del 2015.

⁷¹ v., tra altre, Omar c. Francia, 29 luglio 1998; Bellet c. Francia, 4 dicembre 1995

ponendo in rilievo la esigenza che tali limitazioni siano stabilite in modo chiaro e prevedibile ⁷².

7.4 Disparità di trattamento con la violazione dei principi Costituzionali di cui agli artt. 3, 24, 111 e 113 Cost. e art. 6 Convenzione Europea salvaguardia dei diritti dell'uomo.

La Corte di Cassazione con ORDINANZA del 08/11/2022 n. 32891 ha stabilito che:

“dallo schema tipico previsto al riguardo dal D.P.R. n. 602 del 1973, art. 26, comma 2, nella parte in cui disciplina la notificazione della cartella con le modalità di cui al D.P.R. 11 febbraio 2005, n. 68;

detta ultima disposizione, in effetti, prescrive che la notificazione a mezzo p.e.c. sia eseguita "all'indirizzo del destinatario risultante dall'indice nazionale dei registri di posta elettronica certificata (INI-PEC)"; ma siffatta previsione, secondo un'interpretazione costituzionalmente orientata, dovrebbe intendersi prescrittiva della stessa necessità anche nei confronti del mittente, avendo riguardo, in particolare: (a) al D.P.R. n. 68 del 2005, art. 4, comma 7, che prescrive che il mittente e il destinatario che intendano fruire del servizio di posta elettronica certificata devono avvalersi di uno dei gestori di cui agli artt. 14 e 15 del medesimo decreto, e all'art. 14, commi 1 e 2, che specifica come tali gestori siano "inclusi in un apposito elenco pubblico disciplinato dal presente articolo"; (b) all'art. 16, comma 2, dello stesso D.P.R., a mente del quale l'utilizzo di caselle p.e.c. rilasciate a privati da parte di pubbliche amministrazioni di cui all'art. 14, comma 2, costituisce invio valido limitatamente ai rapporti intrattenuti fra amministrazioni o fra queste e privati cui la casella p.e.c. è stata rilasciata; (c) al D.lgs. n. 82 del 2005, artt. 6 bis e 6 ter, che prevedono l'istituzione del registro INI-Pec e del "pubblico elenco di fiducia denominato "Indice dei domicili digitali della pubblica amministrazione e dei gestori di pubblici servizi", nel quale sono indicati i domicili digitali da utilizzare per le comunicazioni e lo scambio di informazioni"; (d) al D.L. n. 179 del 2012, art. 16 ter, che fa riferimento a tali pubblici elenchi per la validità della notificazione degli atti in materia civile, penale, amministrativa, contabile e stragiudiziale a decorrere dal 15 dicembre 2013 (cfr. pag. 4 Ordinanza).

⁷² v., ad es., Fallejsek c. Rep. Ceca, 15 agosto 2008.

Pertanto, anche la Cassazione ritiene che sia costituzionale e legittimo che anche il mittente (*rectius ADER*) invii gli atti da domicilio digitale inserito pubblici registri INDICEPA. Così come ultimo arresto anche della Corte di Giustizia di 2 grado della Campania n. 6906/2022 del 20/10/2022 ha stabilito che:

“Dal richiamato quadro normativo, emerge incontestabilmente che il legislatore abbia ripetutamente sancito la necessità che l'attività di notifica avvenga mediante l'utilizzo di indirizzi di posta elettronica risultanti dai pubblici elenchi: ciò, evidentemente, al fine di assicurare la necessaria certezza sulla provenienza e sulla destinazione dell'atto notificando.

Tale esigenza procedurale è stata ribadita dalla Suprema Corte che, in materia di notifica di atti civili, con l'ordinanza n. 17346/2019, ha osservato che la notifica effettuata con modalità telematiche è da considerarsi viziata se il notificante utilizza un "indirizzo di posta elettronica certificata" non risultante da pubblici elenchi a norma dell'art. 3-bis L. 53/94.

Il mancato utilizzo di PEC risultante da pubblici elenchi destituisce di ogni certezza la provenienza dell'atto e rende la notifica inesistente. Ne consegue l'impossibilità che il vizio venga sanato mediante il raggiungimento dello scopo, attraverso la conoscenza dell'atto, potendo essere in tal modo sanato atto invalido, ma non già inesistente, per incertezza assoluta della sua provenienza.”

Del resto in merito all'utilizzo esclusivo del domicilio digitale risultante dai pubblici registri la Cassazione oltre con l'**Ordinanza Sez. 2 N. 2225 del 25 gennaio 2022 ut supra cit. ha ribadito la Sez. VI - 1, Ord., (data ud. 11/01/2022) dep. il 16/02/2022, n. 5055** che:

*“è invero principio generale che, a seguito dell'istituzione del cd. "domicilio digitale", di cui al D.L. n. 179 del 2012, art. 16 sexies, convertito con modificazioni in L. n. 221 del 2012, come modificato dal D.L. n. 90 del 2014, convertito con modificazioni in L. n. 114 del 2014, **le notificazioni e comunicazioni degli atti giudiziari, in materia civile, sono ritualmente eseguite tutte** - in base a quanto previsto dal D.L. n. 179 del 2012, art. 16 ter, comma 1, modificato dal D.L. n. 90 del 2014, art. 45-bis, comma 2, lett. a), n. 1), convertito, con modificazioni, dalla L. n. 114 del 2014, e successivamente sostituito dal D.lgs. n. 217 del 2017, art. 66, comma 5, con decorrenza dal 15.12.2013 - **presso un indirizzo di posta elettronica certificata estratto da uno dei registri indicati dal D.lgs. n.***

82 del 2005, artt. 6 bis, 6 quater, e 62, nonché dallo stesso decreto, art. 16, comma 12, dal D.L. n. 185 del 2008, art. 16, comma 6, convertito, con modificazioni, dalla L. n. 2 del 2009, nonché dal registro generale degli indirizzi elettronici, gestito dal Ministero della Giustizia e, quindi, indistintamente, dal registro denominato Ini-PEC e da quello denominato Re.G.Ind.E. (v. Cass. n. 2460-21)”.

I giudici, peraltro, richiamano un precedente nel medesimo senso della **Sez. I, Sentenza (data ud. 11/12/2020) dep. il 03/02/2021, n. 2460 che aveva già stabilito e chiarito che:** “Per quanto invece attiene agli elenchi di indirizzi di posta elettronica certificata da cui le parti possono estrarre i recapiti utilizzabili ai fini della notificazione degli atti processuali, questa Corte ha in alcune occasioni affermato che l'unico registro a cui è possibile far riferimento sarebbe il Re.G.Ind.E. In particolare, secondo la pronuncia Cass. Sez. 3, Sentenza n. 3709 dell'08/02/2019, non massimata (seguita poi da Cass. Sez. 6-3, Ordinanza n. 24160 del 27/09/2019, egualmente non massimata) il "domicilio digitale" previsto dal D.L. n. 179 del 2012, art. 16 sexies convertito, con modificazioni, in L. n. 221 del 2012, come modificato dal D.L. n. 90 del 2014, a sua volta convertito, con modificazioni, in L. n. 114 del 2014, corrisponderebbe esclusivamente all'indirizzo p.e.c. che ciascun avvocato abbia indicato al Consiglio dell'Ordine di appartenenza e che, per il tramite di quest'ultimo, sia stato inserito nel Registro Generale degli Indirizzi Elettronici (Re.G.Ind.E.)

Pertanto, in tema di notificazione a mezzo p.e.c., ai sensi del combinato disposto dell'art. 149 bis c.p.c. e del D.L. n. 179 del 2012, art. 16 ter introdotto dalla Legge di conversione n. 221 del 2012, l'indirizzo del destinatario al quale va trasmessa la copia informatica dell'atto è, per i soggetti i cui recapiti sono inseriti nel Registro generale degli indirizzi elettronici gestito dal Ministero della giustizia (Re.G.Ind.E.), unicamente quello risultante da tale registro. Ne consegue, ai sensi dell'art. 160 c.p.c., la nullità della notifica eseguita presso un diverso indirizzo di posta elettronica certificata del destinatario”.

Stabilendo e chiarendo ulteriormente la Corte che anche per le Pubbliche amministrazioni: “...questa Corte, fondata sulla sostanziale equipollenza tra le risultanze dei diversi registri, INI-PEC e Re.G.Ind.E. In particolare, il D.L. n. 179 del 2012, art. 16, comma 12, -modificato dalla L. n. 228 del 2012, art. 1, comma 19, lett. b), e successivamente dal D.L. n. 90 del 2014, art. 47, comma 1, convertito, con modificazioni,

dalla L. n. 114 del 2014 - ha previsto, al fine di generalizzare il ricorso alla notificazione e comunicazione degli atti per via telematica, **l'obbligo, per le amministrazioni pubbliche di cui al D.lgs. 30 marzo 2001, n. 165, art. 1, comma 2, e successive modificazioni, di dotarsi e di comunicare al Ministero della Giustizia, entro il 30.11.2014, con le regole tecniche adottate ai sensi del D.L. n. 193 del 2009, art. 4, comma 1, convertito, con modificazioni, dalla L. n. 24 del 2010, un indirizzo di posta elettronica certificata conforme a quanto previsto dal D.P.R. n. 68 del 2005, e successive modificazioni, presso il quale ricevere le comunicazioni e notificazioni loro dirette.**”

Dal canto suo, il D.L. n. 179 del 2012, art. 16 ter, comma 1, modificato dal D.L. n. 90 del 2014, art. 45-bis, comma 2, lett. a), n. 1), convertito, con modificazioni, dalla L. n. 114 del 2014, e successivamente sostituito dal D.lgs. n. 217 del 2017, art. 66, comma 5, ha previsto che, a decorrere dal 15.12.2013, ai fini della notificazione e comunicazione degli atti in materia civile, penale, amministrativa, contabile e stragiudiziale, si intendono per pubblici elenchi quelli previsti dal D.lgs. n. 82 del 2005, art. 6 bis, comma 6 quater e art. 62 nonché dall'art. 16, comma 12 stesso decreto, dal D.L. n. 185 del 2008, art. 16, comma 6, convertito, con modificazioni, dalla L. n. 2 del 2009, nonché il registro generale degli indirizzi elettronici, gestito dal Ministero della Giustizia. Anche in questo caso, dunque, la norma non solo non prevede alcuna differenza tra i due diversi registri, INI-PEC e Re.G.Ind.E., ma addirittura li equipara espressamente.

E quindi conclude la Corte con la sentenza citata che: “...**fa riferimento esclusivamente alla natura pubblica dell'elenco da cui è attinto l'indirizzo di posta elettronica certificata utilizzato ai fini della notificazione**”.

“In definitiva, in base ai convergenti dati normativi ed all'insegnamento delle Sezioni Unite, deve affermarsi il seguente principio di diritto: "A seguito dell'istituzione del cd. "domicilio digitale" di cui al D.L. 18 ottobre 2012, n. 179, art. 16 sexies convertito con modificazioni in L. 7 dicembre 2012, n. 221 come modificato dal D.L. 24 giugno 2014, n. 90 convertito con modificazioni in L. 11 agosto 2014, n. 114 le notificazioni e comunicazioni degli atti giudiziari, in materia civile, sono ritualmente eseguite - in base a quanto previsto dal D.L. n. 179 del 2012, art. 16 ter, comma 1, modificato dal D.L. n. 90 del 2014, art. 45-bis, comma 2, lett. a), n. 1), convertito, con modificazioni, dalla L. n. 114 del 2014, e successivamente sostituito dal D.lgs. 13 dicembre 2017, n. 217, art. 66, comma

5, con decorrenza dal 15.12.2013 - presso un indirizzo di posta elettronica certificata estratto da uno dei registri indicati dal D.lgs. n. 82 del 2005, artt. 6 bis, 6 quater e 62 nonché dall'art. 16, comma 12 stesso decreto, dal D.L. n. 185 del 2008, art. 16, comma 6, convertito, con modificazioni, dalla L. n. 2 del 2009, nonché il registro generale degli indirizzi elettronici, gestito dal Ministero della Giustizia e, quindi, indistintamente, dal registro denominato INI-PEC e da quello denominato Re.G.Ind.E.".

Sembra superfluo ribadire l'irragionevolezza e illogicità che invece presenta la sentenza del **03/07/2023, n. 18684** è **pacifica la contraddittoria Costituzionale della motivazione per avere stabilito che solo in caso di danno da virus informatico si può censurare la notifica avvenuta da ADER con PEC non inserita in pubblici registri.**

8. Conclusioni

Dopo il corposo elaborato che si è sin qui rappresentato si deve concludere che il domicilio digitale PEC per ADER deve rispettare la sequenza normativa nazionale e UE comprese le linee guida e con le indicazioni delle Cassazione per le unità territoriali prive di personalità giuridica.

Le alternative per derimere la questione o la Cassazione interviene a SU anche ai sensi del nuovo art. 363, comma 3, c.p.c., che assegna alla Corte di Cassazione di enunciare il principio di diritto nell'interesse della legge, o in alternativa di rinviare alla Corte Costituzionale per evidente disparità di trattamento di cui agli artt. 3, 24, 111 e 113 Cost. tra i privati e la PA.

Non si può certamente asserire che, anche se si tratta di interessi superiori, comunque, anche l'amministrazione pubblica deve rispettare la legge, anzi a maggiore ragione deve dare il buon esempio e nessun effetto "salvifico" è tollerabile.

Come già detto sub paragrafo 7 nel nostro ordinamento la prima dimensione delle "regole" è quella della realizzabilità formale. Lo spirito del diritto romano⁷³, descrive il grado in cui una direttiva giuridica ha la qualità della regolarità come nel caso di specie che, prevedono che le notifiche debbono avvenire da PEC quale domicilio digitale debbano avvenire da indirizzi inseriti in pubblici elenchi che danno la sicurezza che tali domicilia di invio siano riferibili al soggetto mittente. In quanto uno standard, stabilito per legge, concerne uno degli **obiettivi sostanziali dell'ordinamento giuridico**. Per tali motivi si ritiene che la

⁷³Si v. nota sub. n.66.

stretta osservanza delle regole stabilite nell'utilizzare il domicilio digitale PEC di ADER inserito in Pubblici registri, **appartiene all'aspetto sostanziale**, e la mancanza non rappresenta una nullità formale, passibile di "sanatoria" ex art. 156 c.p.c., **ma piuttosto una sua insistenza giuridica sostanziale per non aver rispettato le regole del nostro ordinamento giuridico.** La legge imponendo delle regole, e, come sopra ricordato, impedisce nell'adottare un comportamento sbagliato e contro la stessa norma giuridica. La categorizzazioni delle regole volute dal legislatore e salvaguardate dalla Costituzione anche con l'intervento correttivo del giudice delle leggi, valgono per tutti i consociati sia che si chiama cittadino o amministrazione pubblica *-rectius* ADER-, pertanto, la rigidità delle regole stabilite per la qualificazioni del domicilio digitale quale conoscibilità certa e senza fraintendimenti o incertezze, rappresenta un elemento sostanziale per poter svolgere l'attività di tutela o richiesta di diritti o incidere nella sfera giuridica e personale di ciascuno di noi, e deve sussistere per tutti e non solo in maniera più stringente per la parte c.d. private e di meno per la parte Pubblica. La nostra Costituzione tutela e regge uno Stato democratico e non assolutista, totalitarista o una monarchia assoluta.

Se fosse capitato al contribuente certamente sarebbe stata sanzionata la sua notifica dell'atto di inesistenza.

Avere e domandare Giustizie è un Diritto, oltre, che Costituzionale un Diritto Naturale.

Scriveva Marco Tullio Cicerone in *de legibus* "La giustizia non si identifica con l'ossequio alle leggi scritte: *"se la volontà popolare, o un decreto del sovrano, o una disposizione della magistratura fossero sufficienti a far sì che una cosa diventi giusta, allora basterebbe un semplice voto della maggioranza per far considerare giusta e legittima la rapina, l'adulterio o la falsificazione di testamenti"*⁷⁴. Ma la vera legge è solo quella norma: *"che distingue ciò che è giusto e ciò che è ingiusto secondo la natura stessa delle cose ... In caso diverso, una legge non solo non dovrebbe essere considerata tale, ma neppure dovrebbe averne il nome"*⁷⁵.

⁷⁴ Cic. *De leg.* 1, 16, 43-44.

⁷⁵ Cic. *De leg.* 2, 6, 13

ESAME DI ABILITAZIONE FORENSE 2022 E LA *LONGA MANUS* DEI “SEGUACI DI DAVOS”

Giarrizzo Mauro⁷⁶

Il Ministero della Giustizia, in data 20 settembre 2022, ha emanato regolare “Bando di esame di abilitazione all'esercizio della professione forense - sessione 2022”. Bando pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana n. 75 serie concorsi ed esami del 20/09/2022.

Fin qui nulla di eccepire! Se non che, in data 24 marzo 2022, il Governo della Repubblica Italiana, ha cessato lo stato di emergenza SARS-Cov-2, giusta decreto-legge 24/2022⁷⁷.

Infatti, a mezzo detto decreto legge 24 marzo 2022, n. 24, rubricato “ Disposizioni urgenti per il superamento delle misure di contrasto alla diffusione dell'epidemia da COVID-19, in conseguenza della cessazione dello stato di emergenza.”, pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana n. 70 serie ordinaria del 24/03/2022, entrato in vigore il 25/03/2022 ha disposto, all'art. 3, rubricato “*Disciplina del potere di ordinanza del Ministro della salute in materia di ingressi nel territorio nazionale e per la adozione di linee guida e protocolli connessi alla pandemia da COVID-19*”, quanto segue:

“1. Al decreto-legge 22 aprile 2021, n. 52, convertito, con modificazioni, dalla legge 17 giugno 2021, n. 87, **a decorrere dal 1° aprile 2022**, l'articolo 10-bis è sostituito dal seguente:

“Art. 10-bis (Disciplina del potere di ordinanza del Ministro della salute in materia di ingressi nel territorio nazionale e per la adozione di linee guida e protocolli connessi alla pandemia da COVID-19). - 1. *Fermo restando quanto previsto all'articolo 32 della legge 23 dicembre 1978, n. 833, a decorrere dal 1° aprile 2022 e fino al 31 dicembre 2022, in conseguenza della cessazione dello stato di emergenza e in relazione all'andamento epidemiologico, il Ministro della salute, con propria ordinanza:*

a) di concerto con i Ministri competenti per materia o d'intesa con la Conferenza delle regioni e delle province autonome, può adottare e aggiornare linee guida e protocolli volti a regolare lo svolgimento in sicurezza dei servizi e delle attività economiche, produttive e sociali;

⁷⁶Specialista in Professioni Legali

⁷⁷ <https://www.gazzettaufficiale.it/eli/id/2022/03/24/22G00034/sg>

b) sentiti i Ministri competenti per materia, può introdurre limitazioni agli spostamenti da e per l'estero, nonché imporre misure sanitarie in dipendenza dei medesimi spostamenti.”

Da quanto affermato dallo stesso Governo della Repubblica Italiana, (e il Ministro della Giustizia, che è il Guardasigilli della medesima Repubblica, che ha apposto il proprio visto di conformità), lo stato di emergenza epidemiologica SARS-Cov-2, inesistenti in Costituzione fin dal 31/01/2020 e attuato con la svendita dei Diritti Fondamentali, conquistati dopo il cambiamento del regime fascista, e derubricati in concessioni, da parte dei governi Conte 1, Conte 2 e Draghi 1, giusta tessera verde di tipo fascista, per lo spostamento e/o per il vivere nella civiltà giuridica italiana, è cessato dal 01/04/2022!

Vorrei ricordare le tragiche vicende che hanno portato alla mercificazione della persona umana, avallate dalla Corte Costituzionale, giusta sentenza 14/2022 che, (seguendo la scienza e non il diritto, così il Presidente della Corte Costituzionale in una sua intervista a un quotidiano), rispondendo ai desiderata del Governo, per salvaguardare Big Pharma e le ricerche militari Cino-Americane e Franco – Inglesi, giusta dichiarazione del Ch.mo Prof. Joseph Tritto scienziato di chiara fama (Sars-Cov-2 è virus ingegnerizzato e creato dai militari in Wuhan), hanno riportato l'Italia al periodo *pre habeas corpus*⁷⁸.

A avviso di chi scrive, e seguendo la teoria del Ch.mo prof. A. Spataro⁷⁹ dell'Università degli Studi Mediterranea di Reggio Calabria, oltre che a creare tecniche di creazione/manipolazione Costituzionale, restano, (detti Giudici Costituzionali, a mio parere), soggetti al quale è affidato un mandato con rappresentanza, ex 1704 Codice Civile⁸⁰, stante il fatto che da ultimo, con la nomina da parte del Presidente della Repubblica di un Giudice Costituzionale che era stato a servizio presso l'Ufficio Legislativo del Presidente del Consiglio dei Ministri, i medesimi Giudici Costituzionali rendicontano non a Costituzione ma a chi li ha nominati! A nulla vale il mandato imperativo stante la sentenza 14/2022 e le successive!

⁷⁸ <https://www.treccani.it/enciclopedia/habeas-corpus>

⁷⁹ Le motivazioni delle sentenze della Corte come “tecniche” di creazione di norme costituzionali, in AA.VV., La motivazione delle decisioni della Corte costituzionale (Atti del Seminario della Facoltà di Giurisprudenza di Messina del 7-8 maggio 1993), a cura di A. Ruggeri, Torino Giappichelli, 1994, 356 ss. e già in Nomos n. 3/1993, 83 ss., nonché, da ultimo, in Revista Cuadernos de Derecho Público, n. 24/2005, 9 ss., e in Palestra del Tribunal Constitucional, Revista mensual de Jurisprudencia de Lima (Perù), 2006, 539 ss..

⁸⁰ <https://www.brocardi.it/codice-civile/libro-quarto/titolo-iii/capo-ix/sezione-i/art1704.html> “Se al mandatario è stato conferito il potere di agire in nome del mandante, si applicano anche le norme del capo VI del titolo II di questo libro”.

Si può immaginare chi, senza essere stato democraticamente eletto dal Popolo Sovrano, ex art. 1 Costituzione, vuole imporre le scelte di soggetti oltre oceano, riportando lo Stato democratico Italia a semplice colonia americana che, con oltre 120 basi Nato, fa sì che tutto venga deciso in altri lidi e non nel Parlamento della Repubblica Italiana.

Così anche per l'abilitazione forense 2022 che nella procedimentalizzazione dell'atto del bando, comprende lo stato di necessità SARS-Cov-2, pur in presenza di decreto-legge, il n. 24/2022 che ha cessato detto incostituzionale stato di necessità da SARS-Cov-2.

In attuazione di ben due decreti-legge speciali, (il 31/2021 e il 73/2022), si è sottratto alla regolamentazione ordinaria dell'art. 47 legge 247/2012, richiamato nell'art. 12 del bando di abilitazione forense del 2022.

Cosa rappresentano i due decreti-legge? Nel primo, il decreto-legge 13 marzo 2021, n. 31, recante *“misure urgenti in materia di svolgimento dell'esame di Stato per l'abilitazione all'esercizio della professione di avvocato durante l'emergenza epidemiologica da COVID-19⁸¹”*, convertito, con modificazioni, nella legge 15 aprile 2021, n. 50, che all'art. 3, sana la possibilità di escludere una delle tre categorie professionali che il legislatore ha voluto mettere a guardia di eventuali soprusi corporativi, giusta TAR Molise 82. Il secondo, l'art. 39-bis del decreto-legge 21 giugno 2022, n. 73, rubricato *“Disposizioni in materia di svolgimento della sessione dell'anno 2022 dell'esame di Stato per l'abilitazione all'esercizio della professione di avvocato”*, introdotto dalla legge di conversione 4 agosto 2022, n. 122; che, in contrasto con l'art. 47 Legge 247/2012, bloccano le sottocommissioni ricomprendendo solo due categorie di commissari una delle quali è *“ad abundantiam”* quella degli Avvocati.

Ma perché solo due categorie di sottocommissari, mentre il Ministero emana Sottocommissioni con le tre componenti?

E, pur in presenza di cessazione dello stato di emergenza SARS-Cov-2, si è voluto regolamentare il bando con il terrore dell'epidemia inesistente?

Ora, ci si chiede a che titolo due decreti-legge, il 31/2021 e il 73/2022, possano contenere

81 Il legislatore d'emergenza ha confuso il virus SARS-Cov-2 e la malattia Covid-19 conseguenza del virus creato nei laboratori di Wuhan dai militari americani e cinesi con l'apporto di denaro francese e inglese!

82 Così TAR Molise, Sez. I, sentenza 08/06/2016, n.335<< il Collegio rileva in contrario come la partecipazione ai lavori della Commissione anche di categorie professionali diverse dagli avvocati costituisca un logico predicato della ratio che pervade la riforma e che è tesa a limitare i conflitti di interesse e le logiche corporative interne alla categoria forense.

la Covid-19 se l'emergenza è cessata dal 01 aprile 2022? E' forse la corporazione di Big Pharma, che ha propri referenti in Parlamento a voler dettare le condizioni? E l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, chiamato in causa dal massimo Organo di Giustizia Amministrativa Siciliana (Il Consiglio di Giustizia Amministrativa, che, come noto, è una Sezione del Consiglio di Stato), a riferire sulla valenza giuridica dell'art. 22 Regio Decreto-legge 27 novembre 1933, n. 1578 o dell'art. 47 Legge 247/2012?

Il quesito fu sciolto nel dicembre 2018 e si disse che la Commissione (ivi anche le Sottocommissioni) devono rispettare il collegio perfetto con la composizione di ciascuna delle tre categorie: Avvocati, Magistrati, Docenti Universitari specialisti nelle materie giuridiche.

Perché mai, il 20/09/2022, nel bando per abilitazione forense 2022 si sono inseriti due decreti legge che sono regolarmente superate con il decreto legge 24/2022, (almeno il 31/2021, mentre non si capisce la valenza giuridica del decreto 73/2022 art. 39bis che ha messo in discussione la cessazione dello stato emergenziale), stante il fatto che l'inesistente stato di emergenza covid-19 (voluto e divulgato dai militari cino americani, con sovvenzioni dei Francesi e degli Inglesi), sferra i propri tentacoli nel bando per l'abilitazione forense 2022! La solita manina dei servi di Davos?

Il dubbio, per l'Italia, di essere colonia americana resta, mentre il cosiddetto trattato di Parigi del 47, ove lo Stato Italia fu diviso tra Americani, inglesi, francesi avvalora sempre di più la sudditanza ai vincitori non solo di oltre oceano! Prova ne è il possesso del nostro ORO di Stato, che dovrebbe essere detenuto dalla Banca d'Italia, ma è sparso per il mondo ivi negli USA!

E che dire: Viva l'autodeterminazione dei Popoli! Viva la prerogativa della Costituzione Italiana che costituisce uno Stato quasi Sovrano e quasi Libero soprattutto dallo zio Sam!

SOCIETARIO -TRIBUTARIO

L'AVVISO DI ACCERTAMENTO PRECEDENTE ALLA TRASFORMAZIONE VA NOTIFICATO IN CAPO ALLA SOCIETA' TRASFORMATA.

**Anche nel caso che la trasformazione non riguardi l'intero complesso
aziendale**

*Anna Fiore*⁸³

*Gregorio Pietro D'Amato*⁸⁴

Sommario: 1 Principio giuridico della trasformazione societaria. 2. Avviso di accertamento alla società trasformata per debiti della precedente forma società. 3. Per concretizzarsi il trasferimento d'azienda non è necessario che l'imprenditore trasferisca l'intero complesso aziendale

1. Principio giuridico della trasformazione societaria.

La giurisprudenza da sempre ha affermato che la trasformazione di una società da un tipo ad un altro previsto dalla legge, ancorché connotato di personalità giuridica, non si traduce nell'estinzione di un soggetto e nella correlativa creazione di uno nuovo in luogo di quello precedente, ma configura una vicenda meramente evolutiva e modificativa del medesimo soggetto, la quale comporta soltanto una variazione di assetto e di struttura organizzativa, senza incidere sui rapporti processuali e sostanziali facenti capo all'originaria organizzazione societaria che ad esso fanno capo, infatti l'art. 2948 c.c. dispone: il principio di continuità dei rapporti giuridici a seguito della trasformazione della società, consentendo che il soggetto titolare dell'impresa conservi i diritti e gli obblighi ad essa precedenti nonché prosegua i rapporti sostanziali e processuali⁸⁵.

Poiché alla luce dell'art. 2498 c.c., a seguito della trasformazione, l'ente trasformato conserva i diritti e gli obblighi e prosegue nei rapporti dell'ente che ha effettuato la trasformazione, la trasformazione della società, compresa quella di una società di persone in società di capitali, comporta soltanto il mutamento formale di un'organizzazione

⁸³ Dottoressa commercialista revisore contabile

⁸⁴ Direttore Scientifico- dottore commercialista -revisore contabile- curatore fallimentare – giornalista.

⁸⁵ Cass. del 22.10.2020, n. 23030; Consiglio di Stato del 19.7.2018, n. 4389; C. App. Brescia, 8.2.2017; Cass. 19.5.2016, n. 10332; Cass.5.2013, n. 10598; Cass. 18.6.2009 n. 14165; Cass. 10.02.2009 n. 3269, Cass. 31.7.2008 n. 20893; Cass. 13.6.2008 n. 16080.

societaria già esistente, ma non la creazione di un nuovo ente che si distingua dal vecchio, sicché l'ente trasformato, quand'anche consegua la personalità giuridica di cui prima era sprovvisto, non si estingue per rinascere sotto altra forma, né dà luogo a un nuovo centro di imputazione di rapporti giuridici, ma sopravvive alla vicenda modificativa senza soluzione di continuità e senza perdere la identità soggettiva⁸⁶.

La trasformazione di una società da un tipo ad un altro previsto dalla legge, ancorché connotato di personalità giuridica, non si traduce nell'estinzione di un soggetto e nella correlativa creazione di uno nuovo in luogo di quello precedente, ma configura una vicenda meramente evolutiva e modificativa del medesimo soggetto, la quale comporta soltanto una variazione di assetto e di struttura organizzativa senza incidere sui rapporti processuali e sostanziali facenti capo all'originaria organizzazione societaria. Pertanto, la circostanza che nell'atto introduttivo del giudizio sia stata indicata come parte istante la società anteriore alla trasformazione è ininfluente, purché non induca incertezza sull'identificazione della parte impugnante e l'impugnazione sia stata proposta da procuratore munito di "*ius postulandi*" per averne avuto il relativo potere dal legale rappresentante all'epoca abilitato a rilasciare la procura in nome e per conto della società⁸⁷.

Ancora la giurisprudenza⁸⁸ ha stabilito che l'istituto della trasformazione, di cui agli artt. 2498 c.c. e ss., ricomprendendo in sé una congerie di figure diverse e anche molto dissimili tra loro, non si presta a una ricostruzione unitaria delle tematiche che le singole figure vengono a proporre.

I creditori di titolo anteriore alla cancellazione dell'"ente originario" si avvantaggiano del regime di responsabilità proprio della relativa struttura. A tale regime rimane ancorata, di conseguenza, la fallibilità dell'"ente originario", che l'intervenuta trasformazione non è idonea a impedire.

Del resto, la giurisprudenza⁸⁹ ha stabilito che in caso di trasformazione, la norma dell'art. 10 L.F. trova comunque applicazione nei confronti dell'"ente originario" per le tempistiche in esso stabilite. La soggettività fallimentare di questo ente non è diversa da quella che

⁸⁶ TAR Lazio Roma 13.2.2007 n. 1337; Cass. Civ., Sez. lav., 12-11-2003, n. 17066.

⁸⁷ Cass. civ., Sez. III, Sentenza, 20/06/2011, n. 13467.

⁸⁸ Cass. civ., Sez. I, Sent., (data ud. 09/09/2020) 25/01/2021, n. 1519.

⁸⁹ Cass. civ., Sez. I, Ordinanza, 28/03/2023, n. 8680; Cass., Sez. VI, 16/11/ 2016, n. 23393; Cass., Sez. I, 26/07/2013, n. 18138; Cass. civ., Sez. I, Sent., (data ud. 13/06/2013) 26/07/2013, n. 18138.

viene riconosciuta a una qualunque società cancellata dal registro e dichiarata fallita nel corso dell'anno successivo.

Lo strumento di tutela dei creditori dato dall'opposizione, che è previsto dalla legge in relazione alle operazioni di trasformazione, non può in alcun modo considerarsi sostitutivo di quello rappresentato dal fallimento, posto che, per la categoria dei creditori anteriori alla trasformazione, appronta una tutela di intensità sensibilmente inferiore.

In ogni caso, non può ritenersi valida la notifica effettuata alla vecchia sede legale della società: questa va eseguita presso la sede legale dell'ente uscito dalla trasformazione.

2. Avviso di accertamento alla società trasformata per debiti della precedente forma società.

In ragione dei principi stabiliti dalla giurisprudenza per la trasformazione la **Cassazione civ., Sez. V, con Ordinanza (data ud. 11/10/2023) depositata il 19/10/2023, n. 29119 ha stabilito** che: l'avviso di accertamento afferente a un periodo di imposta anteriore alla trasformazione è correttamente notificato al legale rappresentante della società risultante dalla trasformazione stessa, non implicando, questa, alcun mutamento del soggetto passivo del rapporto tributario.

L'arresto prende spunto da una controversia che aveva visto notificati gli atti impositivi che sono scaturiti da una verifica fiscale e successivamente all'emissione del p.v.c., la società di persone si è trasformata in società di capitali. In considerazione di tale trasformazione societaria, l'avviso di accertamento relativo alla società in accomandita semplice, di poi trasformata è stato notificato al legale rappresentante della società di capitali così trasformatasi nonché ai soci che in precedenza rivestivano la qualifica di società di persone, mentre la verifica fiscale riguardava la preesistente società Sas.

Sul punto deve rilevarsi che l'art. 2498 c.c. dispone che: "*con la trasformazione, l'ente trasformato conserva i diritti e gli obblighi e prosegue in tutti i rapporti anche processuali dell'ente che ha effettuato la trasformazione*".

Dunque, poiché a seguito del processo di trasformazione, si ha un trasferimento integrale dei rapporti giuridici preesistenti, la notificazione di un avviso che contesti fatti gestionali verificatisi ante trasformazione deve necessariamente e correttamente essere intestato e

notificato al soggetto risultante dalla trasformazione, in quanto soggetto subentrato in tutti i diritti e obblighi anteriori alla trasformazione.

Con il recente arresto la Corte richiama un precedente e datato della stessa Corte n. 4510/1981 il cui principio non è stato sottoposto a rivisitazione, e che ha affermato che: *"in ipotesi di trasformazione di una società in accomandita semplice in società di capitali, l'avviso di accertamento, per imposta di ricchezza mobile afferente un periodo anteriore a detta trasformazione, va notificato al legale rappresentante della società risultante dalla trasformazione stessa, tenuto conto che questa determina un semplice mutamento organizzativo dell'ente, senza incidere sui rapporti giuridici in atto"*.

Successivamente, la giurisprudenza di legittimità ha più volte affermato il principio secondo cui: *"la trasformazione di una società da un tipo ad un altro previsto dalla legge, ancorché connotato di personalità giuridica, non si traduce nell'estinzione di un soggetto e nella correlativa creazione di uno nuovo in luogo di quello precedente, ma configura una vicenda meramente evolutiva e modificativa del medesimo soggetto, la quale comporta soltanto una variazione di assetto e di struttura organizzativa, senza incidere sui rapporti processuali e sostanziali facenti capo all'originaria organizzazione societaria"*⁹⁰

Ancora, con la sentenza n. 3269/2009, la Corte ha ribadito che: *"la trasformazione di una società di persone in società di capitali non comporta l'estinzione di un soggetto e la creazione di un altro soggetto, ma la semplice modificazione della struttura e dell'organizzazione societaria, che lascia immutata l'identità soggettiva dell'ente ed immutati i rapporti giuridici ad essa facenti capo"*, ritenendo la validità della notifica di una cartella di pagamento indirizzata alla società con la denominazione anteriore alla trasformazione, purché non implicante una situazione d'incertezza sull'identificazione della parte stessa; tale considerazione presuppone l'assunto che, in caso di trasformazione, la notifica vada fatta, di regola, al soggetto risultante dalla trasformazione.

Va ulteriormente precisato che, nel caso in esame, gli avvisi di accertamento nei confronti dei soci dipendono dalla imputazione per trasparenza dei redditi della società di persone,

⁹⁰ Cass. n. 7258/1990; Cass. n. 9569/2007; Cass. n. 21961/2010; Cass. n. 18373/2016; Cass. n. 25846/2014.

ex art. 5 T.u.i.r., applicabile anche alle società in accomandita semplice, forma che la società rivestiva negli anni oggetto di verifica fiscale.

3. Per concretizzarsi il trasferimento d'azienda non è necessario che l'imprenditore trasferisca l'intero complesso aziendale.

Con ordinanza della Cass. civ., Sez. V, (data ud. 07/07/2023) e depositata il 18/09/2023, n. 26716 è stato ribadito un principio secondo cui per potersi parlare di trasferimento d'azienda non è necessario che l'imprenditore trasferisca l'intero complesso aziendale di cui è titolare, spogliandosi di tutti i beni, diritti e rapporti giuridici che la compongono, ma occorre verificare se nel complesso dei beni ceduti permanga un residuo di organizzazione che costituisca un insieme organicamente finalizzato ex ante all'esercizio dell'attività d'impresa, di per sé idoneo a consentire la continuazione di quella determinata attività. L'elemento dell'autonomia funzionale va integrato con quello della "preesistenza", secondo cui "l'autonomia dell'entità ceduta deve, in ogni caso, preesistere al trasferimento".

La Corte motiva questa sua statuizione sulla circostanza che poiché le leggi fiscali non dettano una nozione di azienda, occorre fare riferimento alle norme civilistiche e, in particolare, all'art. 2555 c.c. che definisce l'azienda come il complesso dei beni organizzati dall'imprenditore per l'esercizio dell'impresa, dovendosi verificare, quindi, se i beni ceduti, considerati nel loro insieme, costituiscano un'organizzazione autonoma idonea a consentire di esercitare un'attività imprenditoriale.

Sulla scorta di tale assunto la Corte ha più volte affermato, in tema di distinzione tra assoggettabilità ad imposta di registro della cessione d'azienda e assoggettabilità ad IVA della cessione di singoli beni, che, in presenza di una cessione di beni atti, nel loro complesso e nel loro collegamento, all'esercizio d'impresa, si deve ravvisare una cessione d'azienda soggetta ad imposta di registro, mentre solo la cessione di singoli beni, inidonei di per sé ad integrare la potenzialità produttiva propria dell'impresa, deve essere assoggettata ad IVA⁹¹.

Nel solo tracciato dalla stessa Corte in merito alla cessione di azienda che si concretizza anche nel caso in cui i beni ceduti nella loro complessità siano potenzialmente utilizzabili per attività d'impresa, senza che abbia rilievo il requisito

⁹¹ Cass. n. 897 del 25/01/2002; Cass. n. 23857 del 19/11/2007; Cass. n. 1405 del 22/01/2013; Cass. n. 10740 del 08/05/2013

*"dell'attualità dell'esercizio dell'impresa né la mancata cessione delle relazioni finanziarie, commerciali e personali"*⁹².

Con arresti della suprema Corte⁹³, a tale proposito, è stato precisato che non occorre che la cessione riguardi la totalità dei beni aziendali o di un determinato ramo aziendale, essendo sufficiente che il complesso degli elementi trasferiti conservi un residuo di organizzazione che ne dimostri l'attitudine, sia pure con la successiva integrazione del cessionario, all'esercizio dell'impresa, dovendo comunque trattarsi di un insieme organicamente finalizzato *ex ante* all'esercizio dell'attività d'impresa.

La suprema Corte ha stabilito che⁹⁴ per qualificare il trasferimento come cessione d'azienda o di ramo d'azienda, non è necessaria la cessione di tutti gli elementi che normalmente costituiscono l'azienda, ma occorre verificare se nel complesso dei beni ceduti permanga un residuo di organizzazione, che costituisca un insieme organicamente finalizzato *ex ante* all'esercizio dell'attività d'impresa, di per sé idoneo a consentire l'inizio o la continuazione di quella determinata attività.

E con specifico riferimento al trasferimento del ramo d'azienda, previsto dall'art. 2112 c.c., sempre la giurisprudenza della Corte⁹⁵, formatasi in ambito lavoristico, ha chiarito che, anche in relazione al testo modificato dal D.lgs. n. 276 del 2003, art. 32 costituisce elemento costitutivo della cessione l'autonomia funzionale del ramo ceduto, ovvero la sua capacità, già al momento dello scorporo dal complesso cedente, di provvedere ad uno scopo produttivo con i propri mezzi funzionali ed organizzativi e, quindi, di svolgere, autonomamente dal cedente e senza integrazioni di rilievo da parte del cessionario, il servizio o la funzione cui risultava finalizzato nell'ambito dell'impresa cedente al momento della cessione.

Il supremo collegio con l'ordinanza, ut supra citata, n. 26716/2023 per qualificare ed individuare l'elemento costitutivo dell'autonomia funzionale ritiene che vada integrato con il requisito della **preesistenza**, anche in armonia con la giurisprudenza della Corte di Giustizia secondo la quale l'impiego del termine "**conservi**" nell'art. 6, par. 1, commi

⁹² Cass. n. 9162 del 16/04/2010; Cass. n. 27290 del 17/11/2017.

⁹³ Cass. n. 22710 del 25/09/2018; n. 34858 del 17/11/2021; n. 22327 del 15/07/2022.

⁹⁴ Cass. n. 21481 del 9/10/2009, n. 9575 dell'11/05/2016; n. 22327/2022.

⁹⁵ Cass. n. 28593 dell'8/11/2018; Cass. n. 19034 del 31/07/2017.

1 e 4 della direttiva 2001/23/CE, "*implica che l'autonomia dell'entità ceduta deve, in ogni caso, preesistere al trasferimento*"⁹⁶.

Pertanto, con la pronuncia nomofilattica della Cassazione n. 26716/2023 occorre per una corretta ricognizione degli elementi legali identificativi del trasferimento del ramo d'azienda, verificare se, in concreto, alla luce dei principi in precedenza indicati, il complesso dei cespiti ceduti costituisca già una entità aziendale e, come tale, fosse effettivamente idoneo a consentire l'autonomo esercizio dell'attività imprenditoriale per la quale la società cessionaria era stata costituita.

Pertanto, si qualifica come trasformazione anziché un trasferimento di ramo d'azienda e con tutte le conseguenze del caso, anche per quanto riguarda gli atti di accertamento inerenti alla gestione svolta con la precedente "forma" giuridica dall'azienda trasformata, ed in special modo si valutino le implicazioni della trasformazione da società di persone in società di capitali per le conseguenze che riverberano sui soci della precedente struttura societaria avente carattere personale.

⁹⁶ Corte di Giustizia, 6 marzo 2014, C458/12; Corte di Giustizia, 13 giugno 2019, C-664/2017; Cass. n. 22249 del 4/08/2021; Cass. n. 11678 dell'11/04/2022

LA RIFORMA CARTABIA NEL PROCESSO DI FAMIGLIA, MINORENNI E PERSONE

*Maria Rosaria Avino*⁹⁷

Sommario: 1. Introduzione. - 2. I prodromi della riforma - 3. Le nuove norme sul processo di famiglia e la “legittimazione” dei poteri d’ufficio del giudice. - 4. I provvedimenti temporanei ed urgenti (art. 473-bis.22 c.p.c. e indifferibili (art. 473-bis.15 c.p.c.). - 5. Il potere officioso di nomina del curatore speciale del minore. - 6. I poteri officiosi del giudice nella fase di esecuzione/attuazione dei provvedimenti. - 7. I poteri officiosi del giudice nelle ipotesi di violenza domestica o di genere. - 8. I poteri officiosi del giudice nel procedimento speciale di convalida delle misure di pubblica autorità a favore dei minori ex art. 403 c.c. (brevi note). - 9. Invito alla mediazione familiare. - 10. Conclusioni.

1. Introduzione

Il legislatore con il decreto legislativo 10 ottobre 2022, n. 149, in attuazione della legge delega n. 206 del 2021, ha introdotto nel codice di procedura civile oltre settanta nuovi articoli disciplinanti un procedimento uniforme per le controversie in materia di stato delle persone, famiglia e minorenni valevole per tutti i procedimenti familiari contenziosi di competenza del tribunale ordinario, dei minorenni e giudice tutelare, salvo espressa deroga di legge. Ne restano esclusi solamente i procedimenti di adozione e quelli di competenza delle sezioni specializzate in materia di immigrazione. Il riferimento è, quindi, ai giudizi di separazione, divorzio, affidamento e mantenimento figli nati fuori del matrimonio, ai procedimenti “*de potestate*”, ma anche ai procedimenti di stato quali, ad esempio, il disconoscimento di paternità, l’impugnazione del riconoscimento, l’accertamento giudiziale di maternità e paternità, la contestazione e il reclamo dello stato di figlio, nonché il mutamento di sesso. Sono altresì ricompresi i procedimenti per la nomina dell’amministratore di sostegno. L’importanza di una tale scelta normativa consiste nell’aver semplificato e razionalizzato il complessivo sistema della tutela dei diritti in ambito familiare, ambito fino ad oggi caratterizzato da una pluralità di riti e procedimenti, l’uno diverso dall’altro (soprattutto il rito ordinario e il procedimento camerale, oltre al modello processuale attuato dai tribunali per i minorenni), ma anche nell’aver previsto, al suo interno, ampie garanzie e nuovi strumenti soprattutto a tutela dei minori; il tutto nel quadro della più ampia riforma di rilievo ordinamentale finalizzata alla creazione di un

⁹⁷ Avvocato in Napoli Diritto di famiglia e tutela minorile

tribunale unico per le persone, i minorenni e le famiglie, volta anche ad eliminare i persistenti problematici profili di riparto di competenze tra tribunale ordinario e tribunale per i minorenni attualmente disciplinati nel rinnovato art. 38 *disp. att. c.c.*.

Le disposizioni di cui si tratta sono rappresentate dalle nuove norme di cui all'art. 473-*bis* ss. c.p.c., inserite nel Titolo IV bis rubricato “*Norme per il procedimento in materia di persone, minorenni e famiglie*”, del II libro del codice di procedura civile, le quali creano un rito speciale a cognizione piena sostitutivo rispetto a quello ordinario che affianca, nello stesso libro, il rito lavoro nonché il nuovo procedimento semplificato di cognizione di cui all'art. 281- *decies* c.p.c.

Il Titolo IV bis si divide, a sua volta, in Capi e Sezioni. Infatti, al Capo I sono previste alcune disposizioni generali, al Capo II le norme sul procedimento, al Capo III alcune disposizioni speciali per singoli procedimenti tramite sezioni specifiche, in considerazione del vasto ambito di applicazione delle norme in commento.

Le principali caratteristiche del rito si ricavano innanzitutto dalla lettura delle “*Disposizioni generali*”, guida per l'interprete nella comprensione della ratio e della struttura. Il riferimento è, in particolare, all'art. 473-*bis*.2 dedicato significativamente ai “*Poteri del giudice*”.

Infatti, la riforma Cartabia rivede il ruolo del giudice nel contenzioso di famiglia, delineando un giudice attivo, dotato di ampi poteri di direzione processuale, formale e materiale i quali si esplicano in ogni ambito che comporti la tutela dei soggetti più deboli.

Sulla tutela soggetti più deboli il legislatore concentra primariamente la propria attenzione, ritenendo che il giudice possa e debba esercitare d'ufficio amplissimi poteri che coprono la fase di cognizione, della cautela ed anche dell'esecuzione/attuazione dei suoi provvedimenti. Aspetto che ha immediatamente suscitato critiche, potendo in tal modo il processo assumere una “*marcata impronta inquisitoria*”, anche considerati gli ampi poteri acquisiti dal pubblico ministero per effetto del nuovo art. 473-*bis*.3, norma parimenti collocata nelle disposizioni generali. Infatti, secondo parte della dottrina è significativa anche la scelta formale del legislatore “*di aprire l'intera normativa sul nuovo rito di famiglia, specificando subito quali sono gli intensi poteri istruttori del giudice e del p.m.*”, il che darebbe conto della gerarchia di valore delle nuove regole processuali e

dell'impostazione inquisitoria da esse espressa. Ciò che maggiormente si critica del nuovo rito familiare è proprio la marcata impronta inquisitoria dimenticando che i processi di famiglia sono, e rimangono, processi di parti (contrapposte), nei quali, almeno in linea teorica, dovrebbero continuare a trovare pieno riconoscimento i fondamentali principi, anche di rango costituzionale, su cui si regge il nostro diritto processuale civile, primi fra tutti il principio della domanda (art. 24, comma 1°, Cost. e art. 99 c.p.c.) e il principio di terzietà ed imparzialità del giudice (art. 111, comma 2°, Cost.). Ciò sempre con la piena consapevolezza che spesso i procedimenti in materia di famiglia hanno ad oggetto situazioni giuridiche indisponibili, soprattutto con riguardo alla tutela dei minori, in relazione alle quali, stante la loro dimensione anche pubblicistica, si giustifica pienamente un'adeguata attribuzione al giudice di poteri istruttori officiosi.

2. I prodromi della riforma.

La riforma del processo civile arricchisce il ruolo del giudice nel contenzioso della famiglia; infatti, ai poteri già previsti dalla previgente normativa, se ne aggiungono altri, contenuti sia in norme di portata generale sia in disposizioni specifiche riguardanti particolari materie sia ancora, in questioni che le controversie familiari nella loro accezione più ampia variamente presentano.

I procedimenti relativi allo stato delle persone, ai minorenni e alle famiglie sono sempre stati caratterizzati dall'accentuata aspirazione di addivenire, per quanto possibile, ad un accertamento pieno dei fatti o alla ricerca della c.d. "verità materiale" in virtù dei particolari diritti che si vogliono tutelare e che presentano in gran parte carattere indisponibile. Ciò è confermato dall'intervento obbligatorio del pubblico ministero ai sensi dell'art. 70 c.p.c. per finalità di natura pubblicistica. Infatti, il ruolo svolto dal pubblico ministero, portavoce di interessi generali nel processo sui diritti, è quello di supplenza all'attività difensiva delle parti per non pregiudicare la tutela del diritto.

Dalla specialità dei giudizi in materia familiare e dei minori si è fatta derivare, anche nel passato, la devianza di molte norme dal loro percorso ordinario o addirittura dai principi che regolano istituti processuali. Dottrina e giurisprudenza della Corte di Cassazione⁹⁸ in materia ritengono che il giudice della crisi familiare è giunto ad assumere provvedimenti

⁹⁸ Cass., sez. VI, ord. 10 febbraio 2022, n. 4381.

diversi, e talvolta anche contrari, rispetto a quelli richiesti dalle parti non solo di carattere personale, inerenti all'affidamento, al collocamento o alle modalità di frequentazione dei figli minori, ma più in generale tutte le misure atte a disciplinare l'educazione, l'istruzione ed il mantenimento degli stessi. L'utilizzo di poteri officiosi è stato, in questo ambito generale, ritenuto privo di vincoli temporali o sistematici e si è sviluppato in ogni contesto processuale che abbia visto in discussione i diritti esistenziali del minore, indipendentemente dalla natura decisoria o istruttoria del provvedimento e dal suo grado di stabilità, valendo allo stesso modo per provvedimenti definitivi ovvero provvisori.

In linea generale, le norme sulle quali si è fatto leva, prima della attuale riforma, per giustificare l'esercizio di poteri officiosi dal parte del giudice in seno ai procedimenti della famiglia, sono state rappresentate anzitutto dall'art. 337-ter commi 2 e 6 c.c. nelle parti in cui si afferma che *“il giudice adotta i provvedimenti relativi alla prole con esclusivo riferimento all'interesse morale e materiale di essa”*; *“adotta ogni altro provvedimento relativo alla prole”*; *“ove le informazioni di carattere economico fornite dai genitori non risultino sufficientemente documentate il giudice dispone un accertamento della polizia tributaria sui redditi e sui beni oggetto della contestazione anche se intestati a soggetti diversi”*.

Sul versante istruttorio, la disposizione di riferimento era rappresentata dall'art. 337-octies c.c. rubricata, non a caso, *“Poteri del giudice e ascolto del minore”*, secondo la quale *“prima dell'emanazione anche in via provvisoria dei provvedimenti di cui all'art. 337-ter il giudice può assumere ad istanza di parte o d'ufficio mezzi di prova”*.

Gli artt. 337-ter e 337-octies c.c. ribadivano lo stesso *“concetto” espresso* dalla normativa sul divorzio all'art. 5, comma 9, legge div. ma con una formula più ampia (non richiedendosi il requisito della contestazione che invece la legge sul divorzio richiama). Secondo tale norma – la cui applicabilità è stata estesa anche al giudizio di separazione – i coniugi debbono presentare all'udienza di comparizione la dichiarazione personale dei redditi e ogni documentazione relativa al loro patrimonio personale e comune e, in caso di contestazione, il tribunale dispone indagini sui redditi, sui patrimoni e sull'effettivo tenore di vita, valendosi, se del caso, anche della polizia tributaria. Era stato però abrogato dalla riforma sulla filiazione del 2013 per effetto del d.lgs. 28 dicembre 2013, n. 154, l'art. 6, comma 9 legge div. in cui l'esistenza di poteri officiosi del giudice era espressa in modo

chiaro laddove si sottolineava che “il giudice nell’emanare i provvedimenti relativi all’affidamento dei figli e al contributo per il loro mantenimento, deve tener conto dell’accordo tra le parti e che i provvedimenti possono essere diversi rispetto alle domande delle parti o al loro accordo, ed emessi dopo l’assunzione di mezzi di prova dedotti dalle parti o disposti d’ufficio dal giudice, ivi compresa, quando sia strettamente necessario in considerazione della loro età, l’audizione dei figli minori”. La legge della filiazione ha quindi “consacrato” l’esistenza di poteri officiosi del giudice laddove si dovessero adottare provvedimenti riguardanti persone minori di età sia pur utilizzando un linguaggio non espresso in tal senso che invece il legislatore del divorzio aveva inteso fare proprio.

Si aggiunga che i poteri officiosi – se non a questo punto tecnicamente “inquisitori” – del giudice della famiglia sono stati ritenuti “coniugabili” con il principio dispositivo in tema di prove giacché tale ampiezza di poteri sarebbe stata temperata, da un lato, dalla necessità di instaurazione del contraddittorio anche nell’ambito dell’esame delle risultanze istruttorie e, dall’altro, dal riconoscimento del diritto delle parti di formulare esse stesse istanze istruttorie.

Di conseguenza, al giudice, nei procedimenti “separativi” e di divorzio, sono stati progressivamente riconosciuti non solo poteri di direzione del processo ma anche poteri in materia di trattazione e di istruzione della causa tanto che, a tutela del coniuge debole così come dei figli, esso ha potuto disporre d’ufficio i mezzi di prova che ritenesse rilevanti e concludenti, sempre nei limiti dei fatti costitutivi delle pretese e delle eccezioni dedotte dalle parti, quando si controverteva sull’assegno per il coniuge.

A ciò si aggiunga il potere del giudice di disporre la consulenza tecnica d’ufficio come “mezzo di prova”, sia quella di carattere psicodiagnostico per i diritti di carattere personale sia la perizia preposta a ricostruire il patrimonio e i redditi dell’obbligato relativamente ai diritti economici. La consulenza tecnica ha assunto così spiccate e preminenti finalità istruttorie attraverso le quali ha avuto modo espandersi l’iniziativa officiosa nel processo su situazione indisponibile.

Inoltre, sempre in base all’art. 5, comma 9 legge div. nella parte in cui la norma è applicabile anche alla separazione, afferma che i coniugi debbono presentare all’udienza di comparizione la dichiarazione personale dei redditi e ogni documentazione relativa al loro patrimonio personale e comune. Infatti, alcuni tribunali avevano rafforzato il

contenuto del decreto presidenziale di fissazione dell'udienza con un ordine di produzione documentale o di autodichiarazioni certificate e sostitutive di notorietà indicative di tutte le fonti di redditi e tipologie di beni mentre altre volte si è operato nello stesso modo ma durante lo svolgimento della prima udienza di comparizione innanzi al giudice istruttore; si imponeva così, una corretta comunicazione corredata di potenziali conseguenze in caso di mancata, reticente, parziale o non veritiera dichiarazione (ai sensi dell'art. 116, comma 2, c.p.c.) e/o ai fini delle spese giudiziali.

L'obbligo di produzione delle ultime dichiarazioni dei redditi presentate dai coniugi di cui agli artt. 706, comma 3, c.p.c. e 4, comma 6, legge div., quale unico effettivo onere di produzione documentale in *limine litis* al fine di consentire al presidente di emanare con cognizione di causa i provvedimenti temporanei ed urgenti, non è mai stato considerato sufficiente ad acclarare l'effettiva situazione patrimoniale della parte gravata dell'obbligo di mantenimento. Infatti, le dichiarazioni dei redditi, in quanto svolgono una funzione tipicamente fiscale, in una controversia relativa a rapporti estranei al sistema tributario non rivestono valore vincolante per il giudice, il quale, nella sua valutazione discrezionale, può disattenderle, fondando il suo convincimento su altre risultanze probatorie.

Il dato problematico è che tali poteri sono stati esercitati con vari mezzi, stabilendo oneri in capo alle parti ma anche attraverso l'istituto dell'esibizione documentale che trova, come noto, disciplina nell'art. 210 c.p.c. creando problemi di coordinamento con i limiti imposti dalla norma, principalmente quello dell'istanza di parte. L'esibizione processuale, è collocata, infatti, tra i mezzi di prova a disposizione delle parti in base al principio dettato dall'art. 115 c.p.c. e non tra i "Poteri del giudice".

3. Le nuove norme sul processo di famiglia e la "legittimazione" dei poteri d'ufficio del giudice.

Le nuove norme per il procedimento in materia di persone, minorenni e famiglie attuate dal d.lgs. n. 149 del 2022 consacrano inequivocabilmente il percorso evolutivo sopra indicato e si sono fatte portavoce di tutte le summenzionate esigenze. Nell'alveo del nuovo rito di cui all'art. 473-*bis*.11 ss. c.p.c., ispirato a criteri di rapidità ed efficacia, è prevista anzitutto la norma di portata generale, l'art. 473-*bis*.2 c.p.c. rubricata "Poteri del giudice", secondo la quale "a tutela dei minori il giudice può d'ufficio nominare il curatore speciale nei casi previsti dalla legge, adottare i provvedimenti opportuni in deroga all'art. 112 e

disporre mezzi di prova al di fuori dei limiti di ammissibilità previsti dal codice civile, nel rispetto del contraddittorio e del diritto alla prova contraria”. Al secondo comma si prevede “con riferimento alle domande di contributo economico, il giudice può anche d’ufficio ordinare l’integrazione della documentazione depositata dalle parti e disporre ordini di esibizione e indagini sui redditi, sui patrimoni e sull’effettivo tenore di vita, anche nei confronti di terzi, valendosi se del caso della polizia tributaria”.

La riforma quindi approva, nei casi riguardanti minori di età, la deroga al basilare principio della corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato, poiché il giudice non è vincolato alle domande svolte dalle parti dovendo adottare la decisione ritenuta più opportuna nell’interesse dei figli a prescindere dalle deduzioni dei genitori. Il *thema decidendum* è ricalcato interamente sui provvedimenti nell’interesse di figli minori per i quali i principi di cui agli artt. 99 e 112 c.p.c. non vigono.

Circa il potere officioso del giudice di ordinare l’integrazione della documentazione depositata dalle parti, la disposizione va letta in combinato disposto con l’art. 473-*bis*.12, comma 3, c.p.c. in cui si afferma che in caso “di domande di contributo economico o in presenza di figli minori” al ricorso vanno allegati “a) le dichiarazioni dei redditi degli ultimi tre anni; b) la documentazione attestante la titolarità di diritti reali su beni immobili e beni mobili registrati, nonché di quote sociali; c) gli estratti conto dei rapporti bancari e finanziari relativi agli ultimi tre anni”.

L’odierna riforma del processo di famiglia predilige e offre dignità normativa a quelle prassi cd. di corretta informazione già sperimentate in giurisprudenza e, solo nel caso in cui la documentazione depositata dalle parti si riveli insufficiente o incompleta, attribuisce al giudice il potere officioso di disporre l’integrazione.

Le nuove norme impongono alle parti di giocare “a carte scoperte”, tanto che, qualora ciò non accada, offrono al giudice il potere di approfondire la propria conoscenza a fini di accertamento in merito ai redditi ed alle sostanze delle parti, al fine di adottare la decisione più opportuna relativa al mantenimento dei figli.

In aggiunta, il nuovo art. 473-*bis*.18, c.p.c., rubricato “*Dovere di leale collaborazione*”, dispone che il comportamento della parte che rispetto alle proprie condizioni economiche rende informazioni o effettua produzioni documentali inesatte o incomplete è valutabile ai

sensi dell'art. 116, comma 2, c.p.c., dell'art. 92, comma 1, e dell'art. 96 c.p.c., in tal modo determinando specificamente il tipo di sanzione in cui incorre la parte che non rispetta l'obbligo di allegazione della documentazione richiesta dall'art. 473-bis.12, comma 3, c.p.c.. Gli stessi obblighi gravano sul convenuto. Il nuovo art. 473-bis.16 c.p.c. dispone infatti che la comparsa di risposta deve contenere le indicazioni previste dagli artt. 167 e l'art. 473-bis.12, commi 2, 3 e 4, c.p.c., ossia la medesima documentazione allegata dall'attore.

Sul versante istruttorio, pertanto, la riforma del processo di famiglia conferisce al giudice il potere di disporre d'ufficio mezzi di prova a tutela dei minori, "anche al di fuori dei limiti stabiliti dal codice civile", sempre garantendo il contraddittorio e il diritto alla prova contraria, disciplinando i poteri istruttori officiosi di indagine patrimoniale.

4. I provvedimenti temporanei ed urgenti (art. 473-bis.22 c.p.c. e indifferibili (art. 473-bis.15 c.p.c.).

Circa i provvedimenti temporanei ed urgenti (art. 473-bis.22 c.p.c. ed indifferibili (art. 473-bis.15 c.p.c.), trattandosi di materia in cui occorre assicurare la difesa di parti titolari di diritti sensibili è stabilito (analogamente a quanto dettato dalla normativa previgente per l'udienza presidenziale *ex art. 708 c.p.c.*) anzitutto che il giudice possa adottare i provvedimenti temporanei ed urgenti che reputi opportuni nell'interesse delle parti, nel limite delle rispettive domande e anche d'ufficio per i minori, per i figli maggiorenni non economicamente autosufficienti e per i figli maggiorenni portatori di handicap grave ai sensi dell'art. 3, comma 3, legge 5 febbraio 1992, n. 104, che costituiscono titolo esecutivo e titolo per l'iscrizione di ipoteca giudiziale, disciplinando il regime della loro reclamabilità. Ai sensi dell'art. 473-bis.22, comma 1, c.p.c., infatti, se all'udienza fissata per la comparizione delle parti la conciliazione non riesce, il giudice sentite le parti e i rispettivi difensori e assunte ove occorra sommarie informazioni, dà con ordinanza i provvedimenti temporanei ed urgenti che ritiene opportuni nell'interesse delle parti, nei limiti delle domande da queste proposte, e dei figli.

A norma dell'art. 473-bis.24 c.p.c., avverso tali provvedimenti è proponibile reclamo con ricorso alla corte d'appello. Il reclamo è ammesso anche contro i provvedimenti emessi in corso di causa che sospendono o introducono sostanziali limitazioni alla responsabilità

genitoriale nonché quelli che prevedono sostanziali modifiche dell'affidamento e della collocazione dei minori ovvero ne dispongono l'affidamento a soggetti diversi dai genitori.

Fondamentale novità della riforma è poi l'art. 473-*bis*.15 c.p.c. il quale prevede che i suddetti provvedimenti provvisori ed urgenti possano essere emessi inaudita altera parte dal presidente o dal giudice da lui delegato in caso di pregiudizio imminente e irreparabile o quando la convocazione delle parti, cioè la previa instaurazione del contraddittorio, “potrebbe pregiudicare l'attuazione dei provvedimenti” che evidentemente rappresentano, sul piano tecnico, i due presupposti cui la riforma ha ancorato la possibilità di emettere i provvedimenti provvisori ed urgenti inaudita altera parte.

Il primo di questi due requisiti coincide perfettamente con quello previsto dall'art. 669-*sexies*, comma 2, c.p.c. con riguardo alla tutela cautelare ordinaria, e fa riferimento, verosimilmente, ad eventuali provvedimenti provvisori a carattere conservativo, laddove si corra il rischio che a causa dell'instaurazione del contraddittorio la controparte venga a conoscenza della misura provvisoria richiesta e modifichi lo status quo al fine di renderla concretamente inattuabile. Il secondo requisito sembrerebbe riferirsi, invece, a possibili misure a carattere anticipatorio, rispetto alle quali vi sia la necessità di neutralizzare il rischio di un pregiudizio imminente e irreparabile connesso alla previa instaurazione del contraddittorio. Si tratta dello stesso requisito che l'art. 700 c.p.c. prevede per la concessione dei provvedimenti d'urgenza, benché anche per questi ultimi l'art. 669-*sexies*, comma 2, c.p.c. richieda che per essere autorizzati inaudita altera parte vi sia il pericolo che “la convocazione della controparte (possa) pregiudicare l'attuazione del provvedimento”.

Si tratta di un'ampia manifestazione di potere officioso del giudice della famiglia che la riforma ha potenziato, aumentandone l'ambito di estensione.

5. Il potere officioso di nomina del curatore speciale del minore.

Ai sensi dell'art. 473-*bis*.2 c.p.c., invece, “a tutela dei minori il giudice può d'ufficio nominare il curatore speciale nei casi previsti dalla legge”. Entrano nel merito gli artt. 473-*bis*.7 e 473-*bis*.8 c.p.c. secondo i quali il giudice nomina il tutore del minore quando dispone, anche con provvedimento temporaneo, la sospensione o la decadenza dalla responsabilità genitoriale di entrambi i genitori ed il curatore del minore quando dispone,

all'esito del procedimento, limitazioni della responsabilità genitoriale. La disposizione prevede che il provvedimento di nomina del curatore debba contenere l'indicazione:

- a) della persona presso cui il minore ha la residenza abituale;
- b) degli atti che il curatore ha il potere di compiere nell'interesse del minore, e di quelli per i quali è necessaria l'autorizzazione del giudice tutelare;
- c) degli atti che possono compiere i genitori, congiuntamente o disgiuntamente;
- d) degli atti che può compiere la persona presso cui il minore ha la residenza abituale;
- e) della periodicità con cui il curatore riferisce al giudice tutelare circa l'andamento degli interventi, i rapporti mantenuti dal minore con i genitori, l'attuazione del progetto eventualmente predisposto dal tribunale.

In particolare, ai sensi dell'art. 473-*bis*.8 c.p.c. rubricato puntualmente “*Curatore speciale del minore*”, il giudice provvede alla nomina del curatore speciale del minore, anche d'ufficio e a pena di nullità degli atti del procedimento:

- a) nei casi in cui il pubblico ministero abbia chiesto la decadenza dalla responsabilità genitoriale di entrambi i genitori, o in cui uno dei genitori abbia chiesto la decadenza dell'altro;
- b) in caso di adozione di provvedimenti ai sensi dell'art. 403 c.c. o di affidamento del minore ai sensi degli art. 2 e ss. della legge 4 maggio 1983, n. 184;
- c) nel caso in cui dai fatti emersi nel procedimento venga alla luce una situazione di pregiudizio per il minore tale da precluderne l'adeguata rappresentanza processuale da parte di entrambi i genitori;
- d) quando ne faccia richiesta il minore che abbia compiuto quattordici anni.

In ogni caso il giudice può nominare un curatore speciale quando i genitori appaiono per gravi ragioni temporaneamente inadeguati a rappresentare gli interessi del minore. Ai figli minori, ai sensi dell'art. 473- *bis*.9 c.p.c., sono equiparati i figli maggiorenni portatori di handicap grave.

Quindi, la riforma stabilisce che sia prevista la nomina, anche d'ufficio, del curatore speciale del minore – con modifiche agli artt. 336 c.c., 78, 79 e 80 c.p.c. – nonché la nomina

del tutore del minore, parimenti anche d'ufficio, nel corso e all'esito dei procedimenti in materia di persone minorenni e famiglie e in caso di adozione di provvedimenti ai sensi degli artt. 330 e 333 c.c. (sul piano sostanziale il tutore è nominato in caso di morte o altre cause che impediscono l'esercizio della responsabilità genitoriale, mentre sul piano processuale l'assenza del genitore o del tutore rende necessaria la sostituzione del rappresentante legale naturale o del tutore e del protutore e la nomina del curatore speciale). Prima della riforma, invece, la nomina del curatore speciale avveniva solo a seguito di domanda di parte. In tal modo, il minore d'età, già parte sostanziale dei procedimenti che vedono come parti i propri genitori, pare assumere definitivamente la qualità di parte processuale anche nelle controversie che non abbiano ad oggetto lo status di figlio.

6. I poteri officiosi del giudice nella fase di esecuzione/attuazione dei provvedimenti.

Le nuove norme conferiscono al giudice poteri officiosi anche in fase attuativo-esecutiva dei provvedimenti con alcune nuove disposizioni in riferimento al problema della tutela esecutiva soprattutto dei provvedimenti di carattere personale. Ai sensi dell'art. 473-*bis*.38 c.p.c. specificamente rubricato "Attuazione dei provvedimenti sull'affidamento", per l'attuazione dei provvedimenti sull'affidamento del minore e per la soluzione delle controversie in ordine all'esercizio della responsabilità genitoriale è competente il giudice del procedimento in corso, che provvede in composizione monocratica. Se non pende un procedimento è competente, in composizione monocratica, il giudice che ha emesso il provvedimento da attuare o, in caso di trasferimento del minore, quello individuato ai sensi dell'art. 473- *bis*.11, primo comma, ossia quello del luogo in cui il minore ha la residenza abituale.

Le nuove disposizioni stabiliscono che quando sia instaurato successivamente tra le stesse parti un giudizio che abbia ad oggetto la titolarità o l'esercizio della responsabilità genitoriale,-- il giudice dell'attuazione, anche d'ufficio, senza indugio e comunque entro quindici giorni adotta i provvedimenti urgenti che ritiene necessari nell'interesse del minore e trasmette gli atti al giudice di merito. I provvedimenti adottati conservano la loro efficacia fino a quando sono confermati, modificati o revocati con provvedimento emesso dal giudice del merito.

Il giudice, sentiti i genitori, coloro che esercitano la responsabilità genitoriale, il curatore e il curatore speciale, se nominati, e il pubblico ministero, tenta la conciliazione delle parti e in difetto pronuncia ordinanza con cui determina le modalità dell'attuazione e adotta i provvedimenti opportuni, avendo riguardo all'interesse superiore del minore. Il giudice stesso può autorizzare l'uso della forza pubblica, con provvedimento motivato, soltanto se assolutamente indispensabile e avendo riguardo alla preminente tutela della salute psicofisica del minore. L'intervento è posto in essere sotto la vigilanza del giudice e con l'ausilio di personale specializzato, anche sociale e sanitario, il quale adotta ogni cautela richiesta dalle circostanze. Nel caso in cui sussista pericolo attuale e concreto, desunto da circostanze specifiche e oggettive, di sottrazione del minore o di altre condotte che potrebbero pregiudicare l'attuazione del provvedimento, il giudice determina le modalità di attuazione con decreto motivato, senza la preventiva convocazione delle parti. Con lo stesso decreto dispone la comparizione delle parti davanti a sé nei quindici giorni successivi, e all'udienza provvede con ordinanza. Avverso l'ordinanza pronunciata dal giudice ai sensi del presente articolo è possibile proporre opposizione nelle forme dell'articolo 473-bis.12 c.p.c. La riforma prende poi posizione specificamente sul problema delle inadempienze o violazione dei provvedimenti personali (ma anche di natura economica). All'art. 473-bis.39 – che sostituisce nella sostanza l'abrogato art. 709-ter c.p.c. – si prevede infatti che: *“in caso di gravi inadempienze, anche di natura economica, o di atti che arrechino pregiudizio al minore od ostacolino il corretto svolgimento delle modalità dell'affidamento e dell'esercizio della responsabilità genitoriale, il giudice può d'ufficio modificare i provvedimenti in vigore e può, anche congiuntamente:*

a) ammonire il genitore inadempiente;

b) individuare ai sensi dell'art. 614-bis la somma di denaro dovuta dall'obbligato per ogni violazione o inosservanza successiva ovvero per ogni giorno di ritardo nell'esecuzione del provvedimento;

c) condannare il genitore inadempiente al pagamento di una sanzione amministrativa pecuniaria, da un minimo di 75 euro a un massimo di 5.000 euro a favore della Cassa delle ammende.

Nei casi di cui al primo comma, il giudice può inoltre condannare il genitore inadempiente al risarcimento dei danni a favore dell'altro genitore o, anche d'ufficio, del minore”.

Sono state recepite le indicazioni della legge delega di riforma 26 novembre 2021, n. 206, la quale conteneva la previsione che venissero dettate disposizioni per individuare modalità di esecuzione dei provvedimenti relativi ai minori, prevedendo che queste fossero determinate dal giudice in apposita udienza in contraddittorio con le parti, salvo che sussista il concreto e attuale pericolo, desunto da circostanze specifiche ed oggettive, di sottrazione del minore o di altre condotte che potessero pregiudicare l'attuazione del provvedimento, che in caso di mancato accordo l'esecuzione avvenisse sotto il controllo del giudice, anche con provvedimenti assunti nell'immediatezza, e che nell'esecuzione fosse sempre salvaguardato il preminente interesse alla salute psicofisica del minore; oltre a limitare l'uso della forza pubblica, sostenuto peraltro da adeguata e specifica motivazione, ai soli casi in cui fosse assolutamente indispensabile e posto in essere per il tramite di personale specializzato. Successivamente, l'invito della legge delega a procedere al riordino della disciplina di cui all'art. 709-ter c.p.c., si è risolto nel conferire al giudice il potere di adottare anche d'ufficio, previa instaurazione del contraddittorio, provvedimenti ai sensi dell'art. 614-bis c.p.c. in caso di inadempimento agli obblighi di fare e di non fare anche quando relativi ai minori.

7. I poteri officiosi del giudice nelle ipotesi di violenza domestica o di genere.

Le nuove norme dedicate alle ipotesi di violenza domestica o di genere, vale a dire gli artt. da 473-bis.40 a 473-bis.46 c.p.c., conferiscono al giudice ampi poteri d'ufficio. Compatibilmente con la corsia preferenziale che la riforma del processo di famiglia attribuisce ai procedimenti in cui siano allegati abusi familiari o condotte di violenza domestica o di genere poste in essere da una parte nei confronti dell'altra o dei figli minori, il legislatore della riforma ha infatti inteso fornire al giudice stesso maggiori strumenti per intervenire tempestivamente a tutela dei soggetti vittime di violenza e in particolare dei minori, al fine di emettere misure di salvaguardia e di protezione di soggetti che hanno subito violenza, prevedendo canali privilegiati.

Le principali norme di riferimento sono determinate anzitutto dall'art. 473-bis.42 c.p.c. ai sensi del quale il giudice può abbreviare i termini del procedimento fino alla metà e compiere ogni attività anche d'ufficio e senza alcun ritardo e, al fine di accertare le condotte, disporre mezzi di prova anche al di fuori dei limiti di ammissibilità previsti dal codice civile (sia pur, come esplicitamente affermato, nel rispetto del contraddittorio e del

diritto alla prova contraria). Con specifico riguardo all'attività istruttoria, ai sensi del nuovo art. 473- *bis*.44 c.p.c., il giudice, dopo aver proceduto all'interrogatorio libero delle parti sui fatti allegati, assume sommarie informazioni da persone informate dei fatti e può disporre d'ufficio la prova testimoniale formulandone i capitoli, e acquisire anche atti e documenti presso gli uffici pubblici. Può anche acquisire rapporti di intervento e relazioni di servizio redatti dalle forze dell'ordine, se non relativi a un'attività di indagine coperta da segreto. Il giudice, infine, ai sensi dell'art. 473-*bis*.46 c.p.c., qualora all'esito dell'istruzione, anche sommaria, ravvisi la fondatezza delle allegazioni, adotta i provvedimenti più idonei a tutelare la vittima e il minore tra cui gli ordini di protezione di cui all'art. 473-*bis*.70 e 71 c.p.c. e disciplina il diritto di visita individuando modalità idonee a non compromettere la loro sicurezza.

8. I poteri officiosi del giudice nel procedimento speciale di convalida delle misure di pubblica autorità a favore dei minori ex art. 403 c.c. (brevi note).

Ai sensi del rinnovato art. 403 c.c. qualora il minore si trovi esposto nell'ambiente familiare a grave pregiudizio e pericolo per il suo benessere fisico, il provvedimento di allontanamento e di sua messa in sicurezza può essere adottato dalla pubblica autorità, ovvero da un organo amministrativo. La pubblica autorità, poi, trasmette la decisione al pubblico ministero, il quale chiede la convalida nelle 72 ore successive al Tribunale per i minorenni, il quale la concede nelle 48 ore ancora successive con decreto, ovvero con provvedimento privo del contraddittorio, con il quale nomina, sempre senza contraddittorio, il curatore speciale del minore.

Soltanto successivamente, e con un termine, non perentorio, di ulteriori 15 giorni, viene fissata una udienza "di comparizione personale delle parti" (chi siano le parti non è indicato, e i genitori non sono espressamente nominati), a seguito della quale si provvede alla conferma, modifica o revoca del decreto di convalida. Si tratta di una ampia manifestazione dell'esercizio di poteri officiosi da parte del giudice sebbene la riforma sia intervenuta nell'intento di limitare gli abusi e le carenze di tutela cui la disciplina previgente si prestava.

9. Invito alla mediazione familiare.

Tra i nuovi poteri officiosi del giudice nei procedimenti familiari sicuramente si può annoverare, seppur in senso lato, anche l'invito alle parti ad esperire un tentativo di mediazione familiare nell'ottica deflattiva del contenzioso (art. 473- *bis*. 10 c.p.c.). Infatti, è previsto che il giudice, in tutti i procedimenti disciplinati dal nuovo rito, possa invitare le parti ad esperire un tentativo di mediazione. Non è prevista alcuna forma di mediazione obbligatoria, ma è rafforzata la c.d. "mediazione demandata" dal giudice. Al giudice è così rimesso un primo vaglio della sussistenza di presupposti per la mediazione della controversia.

Recependo buone prassi presenti in alcuni tribunali la presenza all'interno dello stesso ufficio giudiziario di un elenco di mediatori formato ai sensi delle disposizioni di attuazione del codice di procedura civile, è ritenuta suscettibile di rendere le parti più disponibili al percorso, in quanto la volontà, spesso embrionale, di comporre il conflitto familiare, intercettata dal giudice che formula l'invito alla mediazione, può essere vanificata dalla ricerca sul territorio di mediatori familiari qualificati: la possibilità di attingere per la scelta a un mediatore familiare inserito in un elenco vagliato dal tribunale presumibilmente, nell'intento riformatore, renderà più rapido e più efficace l'invito alla mediazione, con maggiori probabilità di successo del percorso. L'invito alla mediazione può dirsi incisivo nella misura in cui l'art. 473- *bis*. 10 c.p.c. stabilisce che il giudice può subordinare l'adozione dei provvedimenti provvisori e urgenti di cui all'art. 473-*bis*. 22 c.p.c. al tentativo della mediazione.

10. Conclusioni.

Le riflessioni svolte sul nuovo processo di famiglia evidenziano sicuramente luci e ombre soprattutto relativamente alla scelta del legislatore di aprire l'intera normativa sul nuovo rito di famiglia, evidenziando e specificando subito quali sono gli intensi poteri istruttori del giudice e del p.m., ponendo tutti dinanzi alla gerarchia di valore delle nuove regole processuali e quindi anche all'impostazione che esse esprimono. Molta parte della dottrina, infatti, critica, in termini di impostazione generale, la marcata impronta inquisitoria di tale rito. Il tutto dovrebbe favorire un'analisi quanto più possibile completa e immediata da parte del giudice e l'adozione di eventuali provvedimenti provvisori, soprattutto nell'interesse del minore.

Tante le novità introdotte dalla riforma Cartabia che fanno discutere e su cui, dal punto di vista pratico, si sono riscontrate già pronunce di merito discordanti. Ad oggi, dunque, non c'è uniformità di orientamento tra i tribunali, per cui occorrerà attendere, auspicando un intervento del Ministero su tanti aspetti pratici della riforma.

IL DIRITTO SUCCESSORIO: “VADEMECUM” DI SOPRAVVIVENZA LA TUTELA PATRIMONIALE IN MATERIA SUCCESSORIA

Vittorio Francesco Bottaro⁹⁹

Sommario: 1 Introduzione. 2. Eredità attiva e patrimonio individuale dei delati passivo. Eredità passiva e patrimonio individuale dei delati attivo.

1. Introduzione.

Dopo avere disquisito del mandato senza rappresentanza, quale contratto *inter vivos*¹⁰⁰ prestantesi come strumento di tutela patrimoniale, suscettibile di molteplici applicazioni e con interessanti finalità, sia per il mandante, sia per il mandatario, si rende ora opportuno un esame delle strategie e delle soluzioni per un'efficace, analoga tutela in sede successoria.

Viste le interessanti applicazioni, che si profilano nell'approfondimento di tale materia, si ritiene così utile dedicare questo scritto all'argomento in questione.

Nella presente illustrazione si intende - brevemente - descrivere come “proteggersi” in due differenti eventualità, vale a dire quando il *de cuius* è titolare di un patrimonio fiorente o comunque senza passività di sorta, mentre coloro che sono chiamati all'eredità *ex artt.* 457, 459, 460 e 461 cod. civ. (detti anche “delati”) siano, invece, indebitati in misura rilevante e, al contrario, quando sia il *de cuius* ad avere beni di valore, ma anche un passivo ereditario superiore all'attivo, con chiamati all'eredità o “delati” titolari di beni ed attività, al netto di debiti o con obbligazioni di poca importanza.

1. Eredità attiva e patrimonio individuale dei delati passivo.

Sono svariate le situazioni in cui il *de cuius* è titolare di un ingente patrimonio, ma i suoi successori si trovano, invece, indebitati e quindi in grossa difficoltà a ricevere beni ed attività che infatti, in virtù della cd. “confusione ereditaria”, rischierebbero di essere aggrediti dai loro creditori personali.

In dette eventualità occorre sì consentire ai chiamati all'eredità di poter acquisire *mortis causa* le sostanze necessarie al pagamento dei propri debiti, ma problematiche si pongono

⁹⁹ Avvocato in Milano

¹⁰⁰ S.v. in questa rivista giuridica scientifica anno I n°. 2, maggio - giugno 2023, pagg. 91 segg.

quando l'esposizione debitoria è davvero imponente e nei casi in cui nell'eredità del defunto risultano compresi cespiti di particolare valore economico od affettivo.

Non esistono, in tali ipotesi, soluzioni - per così dire - certe e definitive. Appare, quindi, necessario “ritagliare”, volta per volta e caso per caso, le soluzioni più idonee ed efficaci quando, allo studio dell'avvocato, si presentano clienti che intendano ricevere un'efficace consulenza in materia testamentaria, proprio perché in procinto di “*stendere*” il proprio atto di ultima volontà, ma sono assai preoccupati per le condizioni economico-patrimoniali dei soggetti a cui il loro averi dovranno essere devoluti, col forte e fondato timore che importanti beni di famiglia possano “*finire in bocca*” ai creditori degli eredi.

Si evidenziano, qui di seguito, alcune soluzioni che, seppur pienamente conformi al dato normativo e agli orientamenti dominanti in dottrina e giurisprudenza, tengono conto delle contingenze concrete che spesso si verificano nelle situazioni oggetto della presente trattazione.

Nello stabilire quale tecnica il testatore potrebbe adottare per evitare che un suo successore, fortemente indebitato, sia aggredito dai creditori personali di quest'ultimo (una volta apertasi la successione), occorre concentrarsi, con particolare attenzione, soprattutto sull'eventualità che il successore in questione sia legittimario.

In tal caso - infatti - vanno, a monte, considerate e risolte svariate problematiche.

In primis, bisogna comprendere, preliminarmente, se il testatore, al fine di proteggere il proprio patrimonio dalle eventuali, possibili e probabili azioni esperibili dai creditori personali di un suo successore, in seguito all'apertura della successione, possa - così facendo - integrare un motivo illecito *ex art. 626 c.c.*

Tale norma recita: “*Il motivo illecito rende nulla la disposizione testamentaria, quando risulta dal testamento ed è il solo che ha determinato il testatore a disporre*”.

In effetti, l'art. 2740 c.c. dispone che “*Il debitore risponde dell'adempimento delle obbligazioni con tutti i suoi beni presenti e futuri*”.

Le limitazioni della responsabilità non sono ammesse se non nei casi stabiliti dalla legge”.

Si ritiene, tuttavia, che il desiderio del testatore di scongiurare che i suoi beni, dopo la sua morte, siano aggrediti dai creditori personali di un proprio successore legittimario, rientri

perfettamente nella sfera di libertà del testatore medesimo, anche alla luce del fatto, che prima del decesso, tali creditori non vantano alcuna pretesa sul patrimonio ereditario e, quindi, non sono legittimati all'esercizio di alcuna azione a tutela di siffatte loro pretese.

Ergo, il succitato desiderio del testatore non integra alcun motivo illecito e, comunque, tale motivo non deve risultare - così come non risulta - dal testamento e non è il solo ed unico che determina a disporre il testatore medesimo.

In secundis, occorre chiedersi se i creditori personali del legittimario possano - o meno - agire contro questi con l'azione revocatoria (artt. 2901 e segg. c.c.) e con quella surrogatoria (art. 2900 c.c.), a tutela delle proprie ragioni, allorché il legittimario stesso sia stato leso o pretermesso riguardo alla quota necessaria, spettantegli *ex lege*.

Altre azioni, che i creditori personali dell'erede legittimario hanno a propria disposizione, discendono dall'applicazione degli istituti di cui agli artt. 481, 524 e 557 c.c.

Ma andiamo con ordine.

L'art. 481 c.c. introduce nel nostro sistema giuridico la cd. "*actio interrogatoria*", in virtù della quale: "*Chiunque vi ha interesse può chiedere che l'autorità giudiziaria fissi un termine entro il quale il chiamato dichiara se accetta o rinuncia all'eredità. Trascorso questo termine senza che abbia fatto la dichiarazione, il chiamato perde il diritto di accettare*".

L'art. 524 c.c. stabilisce che: "*Se taluno rinuncia, benché senza frode, a un'eredità con danno dei suoi creditori, questi possono farsi autorizzare ad accettare l'eredità in nome e luogo del rinunziante, al solo scopo di soddisfarsi sui beni ereditari fino alla concorrenza dei loro crediti*."

Il diritto dei creditori si prescrive in cinque anni dalla rinuncia".

L'art. 557 c.c. prevede che: "*La riduzione delle donazioni e delle disposizioni lesive della porzione di legittima non può essere domandata che dai legittimari e dai loro eredi o aventi causa*."

Essi non possono rinunciare a questo diritto, finché vive il donante né con dichiarazione espressa né prestando il loro assenso alla donazione.

I donatari e i legatari non possono chiedere la riduzione né approfittarne. Non possono chiederla né approfittarne nemmeno i creditori del defunto, se il legittimario avente diritto alla riduzione ha accettato con il beneficio dell'inventario”.

A questo punto, si deve, innanzitutto, prendere le mosse dalle ultime due norme, sopra trascritte letteralmente.

L'art. 524 c.c. presuppone la *vocatio in ius* e la delazione (legittima o testamentaria) del patrimonio ereditario al successore chiamato, mentre quest'ultimo presupposto non ricorre (almeno necessariamente) nella fattispecie di cui all'art. 557 c.c.

Ergo, il testatore può non istituire erede un proprio legittimario, onde lasciare i beni ereditari direttamente ad un altro soggetto (a titolo universale o particolare).

Se il successore indebitato non è un legittimario, *nulla quaestio*, ma *quid iuris* qualora egli sia invece un erede necessario?

⇒ Il delato legittimario può rimanere inerte o rinunciare espressamente soltanto all'azione di riduzione.

Nelle summenzionate due ipotesi, se il legittimario è stato solo leso e non preterito nella sua quota di legittima, egli è erede (allorché, ovviamente, non rinunci all'eredità, ma accetti di essere stato istituito in una quota inferiore, rispetto a quella spettantegli *ex lege*) e anche i suoi creditori personali possono esperire il rimedio di cui al citato art. 557 c.c. (non si ritiene, per contro, applicabile l'art. 524 c.c., poiché manca il presupposto della rinuncia all'eredità, giacché il legittimario, per quanto lesa, è - comunque - già erede; per lo stesso motivo non si reputa applicabile neppure il rimedio di cui all'art. 481 c.c.). In realtà l'art. 557 c.c. parla solo dei creditori del *de cuius*. Peraltro, la dottrina e la giurisprudenza, di gran lunga maggioritarie, ritengono che la lettera della norma sia estendibile pure ai creditori personali del legittimario, giacché i creditori del defunto (in forza del dettato del terzo comma e sempre che l'erede necessario non abbia accettato con il beneficio dell'inventario), una volta apertasi la successione ed esperita vittoriosamente l'azione di riduzione, per via della cd. “confusione ereditaria” - che determina l'immedesimazione del patrimonio del *de cuius* con quello dell'erede - diventano altresì creditori personali di quest'ultimo e quindi non si vede come possano, invece, escludersi dal rimedio posto dall'art. 557 c.c., in esame, pure coloro che erano già - *ab origine* - i suoi creditori personali

(in tal senso, **Cass. Civ. 20.06.2019 n° 16623**). Tale sentenza esclude, peraltro, dal novero degli aventi causa del legittimario i propri creditori personali, ritenendo dunque applicabile il primo comma dell'art. 557 c.c. soltanto nei confronti degli acquirenti di diritti ereditari.

La tutela delle ragioni di credito deriverebbe così, in linea teorica, dall'esercizio di due azioni in successione: l'azione revocatoria della rinuncia all'azione di riduzione e l'esercizio, in via surrogatoria, dell'azione di riduzione da parte dei creditori del legittimario.

Con l'azione revocatoria: *“Il creditore, ottenuta la dichiarazione di inefficacia, può promuovere, nei confronti dei terzi acquirenti, le azioni esecutive o conservative sui beni che formano oggetto dell'atto impugnato”* (cfr. art. 2902 c.c.). Quest'azione però, appare - dal punto di vista pratico - inadeguata a fornire ai creditori *de quibus* uno strumento efficace di protezione delle proprie ragioni, in merito a quanto si discerne. Infatti, con la rinuncia all'azione di riduzione il legittimario (debitore) non diminuisce il suo patrimonio e quindi il creditore non trova beni su cui poter esercitare azioni esecutive o conservative. In effetti, la rinuncia all'azione di riduzione non costituisce un atto dispositivo del patrimonio, il quale possa essere dichiarato inefficace al fine di consentire al creditore personale di compiere su quel bene i precitati atti esecutivi o conservativi. Non solo, non è - peraltro - esperibile l'azione revocatoria, rispetto ad atti che si sostanzino nella rinuncia ad una facoltà, per effetto della quale non resta modificato - né attivamente né passivamente - il compendio patrimoniale del debitore, con la conseguenza che la dichiarazione di inefficacia di tali atti, in esito di accoglimento della revocatoria, non consentirebbe il soddisfacimento del creditore particolare del legittimario.

Nell'eventualità, invece, che il legittimario sia stato del tutto pretermessso, i suoi creditori personali possono sì surrogarsi a quest'ultimo *ex art. 2900 c.c.*, ma non avendo - il legittimario preterito - la qualità di erede, innanzitutto non sarà applicabile, nei loro riguardi, l'art. 524 c.c., poiché non sussiste alcuna eredità a cui rinunciare. O meglio:

- a) L'art. 524 c.c. costituisce, in tal caso, unicamente uno strumento soddisfattivo a tutela dei creditori personali del legittimario pretermesso, sino alla concorrenza dei loro crediti. In altre parole, come rilevato dalla Suprema Corte, l'azione di riduzione, esercitata in virtù del combinato disposto degli artt. 557, 542 e 2900 c.c., consente ai creditori personali il recupero di quella *pars bonorum* sufficiente a soddisfare le

proprie ragioni, ma non determina - in base al meccanismo contemplato dall'art. 524 c.c. - l'acquisto automatico della qualità di erede in capo al legittimario pretermesso;

- b) L'esercizio dell'azione *ex art. 524 c.c.* comporta una sostituzione eccezionale dei creditori nell'esercizio dell'azione di riduzione - come sottolineato dalla Cassazione menzionata - ed il contenuto patrimoniale dell'azione esercitata dai creditori è limitato a quanto necessario a soddisfare le loro ragioni.

Ne consegue che i creditori personali dovranno, nell'inerzia del loro debitore legittimario preterito, agire con l'art. 557 c.c. e, una volta esperito vittoriosamente tale ultimo rimedio, saranno costretti (non conseguendosi la qualità di "erede") ad attivarsi ai sensi e per gli effetti dell'art. 481 c.c., affinché, tramite l'*actio interrogatoria*, venga fissato un termine, entro cui il legittimario dichiari se accettare o rinunciare all'eredità e - in caso di inerzia, perdendo il legittimario medesimo il diritto di accettare - i creditori potranno così surrogarsi a quest'ultimo attraverso lo strumento offerto loro dall'art. 524 c.c. Il tutto, però, comporta un dispendio di tempo, di energie, oltre che di danaro, non certo indifferente per i creditori stessi, con un effetto dissuasivo nel determinarli ad attivarsi, considerata - oltretutto - quell'alea di incertezza che circonda ogni azione giudiziaria.

⇒ Il delato legittimario non resta inerte.

L'azione surrogatoria è quella per cui: "*Il creditore, per assicurare che siano soddisfatte o conservate le sue ragioni, può esercitare i diritti e le azioni che spettano al proprio debitore e che questi trascura di esercitare, purché i diritti e le azioni abbiano contenuto patrimoniale e non si tratti di diritti o di azioni che, per loro natura o per disposizione di legge, non possono essere esercitati se non dal loro titolare*" (art. 2900 c.c.). Di conseguenza il presupposto della menzionata azione è l'inerzia da parte del debitore. Ne consegue che l'azione surrogatoria non può essere esercitata, allorché manchi l'inerzia del debitore. Non è esperibile, qualora il debitore abbia comunque dimostrato la volontà di gestire quello specifico rapporto giuridico, a prescindere dal merito delle sue scelte.

Alla luce di tutto quanto è stato sin qui analizzato, approfondito e chiarito si può, pertanto, individuare il rimedio più sicuro ed efficace, per garantire al testatore, che attribuendo parte del proprio patrimonio ad un successore legittimario indebitato, che tale suo successore non abbia a subire, una volta apertasi la successione, l'aggressione da parte dei propri creditori personali o, quantomeno, affinché ogni rischio sia circoscritto al massimo.

Una prima soluzione consiste nell'attribuire al legittimario, attraverso un legato in sostituzione di legittima, beni e diritti che siano, per loro natura, impignorabili o di difficile pignorabilità. Tali possono essere il diritto di abitazione, il diritto d'uso, il diritto agli alimenti, che può essere previsto anche sottoforma del cd. "vitalizio alimentare", figura - quest'ultima - atipica, ma pacificamente ammessa tanto in dottrina, quanto in giurisprudenza, dove il pagamento della rendita è previsto a titolo di alimenti.

È, d'altronde, prudente che l'ammontare dei beni e/o dei diritti, attribuiti a titolo particolare, esaurisca la legittima o, in caso contrario, che non ne sia significativamente inferiore.

È poi importante sottolineare che è vero che *"il legato si acquista senza bisogno di accettazione, salva la facoltà di rinunciare"* (art. 649, primo comma, c.c.). E', tuttavia, parimenti vero che, proprio alla luce di tutto quanto è stato dianzi valutato, risulta prudente ed opportuno che il legittimario legatario, in sostituzione di legittima, rilasci una dichiarazione scritta di voler conseguire il legato, rendendo così definitivo il proprio acquisto e determinando, dunque, **l'inesperibilità dell'azione di riduzione**, il tutto in conformità al disposto dell'art. 551, secondo comma, c.c.

Il testatore - contestualmente - può nominare erede un altro soggetto, unito da uno stretto rapporto di parentela con il legittimario legatario in sostituzione di legittima. Frequente è l'ipotesi in cui il legittimario in predicato sia il figlio del testatore e l'erede un suo nipote (figlio di tale figlio).

Tuttavia, nella prassi, potrebbe ricorrere la probabilità che l'erede, nel tempo, rischi di mettere a repentaglio i beni devolutigli, non rivelandosi affidabile nella gestione di quella porzione di compendio ereditario ricevuta, in luogo del diretto beneficiario, che - invece - è stato istituito dal testatore unicamente come legatario *ex art. 551 c.c.*

In tal caso, una valida risorsa consiste nel cd. "doppio testamento". Il testatore, in altre parole, predispose due testamenti olografi in ordine cronologico successivo: un primo testamento con la previsione del legato in sostituzione di legittima e la nomina di erede ed un secondo testamento, revocativo del precedente, con la sostituzione dell'erede "indegno", magari consentendo al successore indebitato di essere istituito a titolo

universale, in quanto - oramai - decorso un lasso di tempo sufficiente, anche ai fini della prescrizione, a scongiurare il rischio di subire azioni da parte dei propri creditori personali.

Qualora, peraltro, il successore indebitato non sia un legittimario del testatore, tutto risulta essere più semplice ed agevole da gestire.

Ad ogni modo, se detto successore - legittimario o meno - è sposato, un rimedio alternativo, efficace e sufficientemente sicuro, è rappresentato dal fondo patrimoniale. In altri termini, il testatore può prevedere il sunnominato legato in sostituzione di legittima, a favore del proprio successore indebitato, nominare erede il coniuge di tale successore e costituire un fondo patrimoniale, per far fronte ai bisogni di siffatta famiglia, destinando, a tale scopo, determinati beni immobili o mobili registrati o titoli di credito. Un'ulteriore garanzia del suddescritto strumento, che consente al legittimario legatario in sostituzione di esercitare un controllo concreto verso il proprio coniuge, è rappresentata dalle previsioni di cui agli artt. 168, ultimo comma e 169 c.c.

La prima di queste due norme dispone, per l'appunto, che *“L'amministrazione dei beni costituenti il fondo patrimoniale è regolata dalle norme relative all'amministrazione della comunione legale”*, mentre la seconda statuisce che *“Se non è stato espressamente consentito nell'atto di costituzione, non si possono alienare, ipotecare, dare in pegno o comunque vincolare beni del fondo patrimoniale se non con il consenso di entrambi i coniugi ...”*.

È pacifico che il fondo patrimoniale, in forza di quanto permesso dall'art. 170 c.c., protegge i coniugi e la loro famiglia solo dai creditori per obbligazioni nascenti da vicende e questioni lavorative, non assicurando - per contro - analoga tutela contro i debiti familiari (qual è, ad esempio, il mutuo relativo alla casa di abitazione).

Infine, un meccanismo efficiente per ricevere, in alternativa, una protezione resistente e durevole contro eventuali possibili aggressioni del *relictum* ereditario, ad opera dei creditori personali del successore del *de cuius*, è sempre costituito dal *trust*, in merito al quale - tuttavia - si lascia al Direttore di codesta preziosa rivista giuridica l'onere e l'onore di approfondire e trattare ogni sua specifica applicazione nella materia di cui ci si sta occupando, stante le ricerche, gli studi e le pubblicazioni per cui il Direttore è famoso su questo particolare fronte.

Ad ogni modo, un'idea interessante può essere quella di costituire un *trust* ad opera di colui che vorrebbe fare testamento: il disponente però, in luogo del testamento, costituisce/istituisce un *trust* con atto *inter vivos* (notarile), attribuendo al *trustee* l'intestazione di propri beni, affinché siano amministrati nell'interesse del beneficiario indebitato (che, così, non viene istituito erede del *settlor*) e nei limiti dell'atto istitutivo di detto *trust*, con la previsione del successivo trasferimento di siffatti beni a tale beneficiario - dopo un considerevole tempo dalla costituzione del *trust* in parola - con la fondata convinzione che, nel frattempo, la situazione patrimoniale del beneficiario menzionato si sia appianata e risolta.

2. Eredità passiva e patrimonio individuale dei delati attivo.

L'unico efficace meccanismo di protezione del patrimonio del delato, che sia attivo, a fronte di un asse ereditario, che invece verta in condizioni di passività, consiste, se esistono singoli cespiti liberi da pesi, vincoli, oneri, gravami, privilegi, sequestri e da iscrizioni e trascrizioni pregiudizievoli (oltre che da pegni, in caso di beni mobili), nell'attribuire al successore del testatore questi singoli beni ed attività, non *in universum ius*, ma unicamente a titolo di legato.

Il legatario, infatti, non risponde dei debiti ereditari, ai sensi e per gli effetti dell'art. 756 c.c. e si acquista, come si è visto, senza bisogno di accettazione *ex art.* 649 c.c.

Peraltro, i creditori del *de cuius* potranno esperire il rimedio di cui all'art. 650 c.c. (introduttore l'“*actio interrogatoria*” relativa al legato): “*Chiunque ha interesse può chiedere che l'autorità giudiziaria fissi un termine entro il quale il legatario dichiari se intende esercitare la facoltà di rinunciare. Trascorso questo termine senza che abbia fatto alcuna dichiarazione, il legatario perde il diritto di rinunciare*”.

Si verifica qui l'esatto opposto di quanto, invece, avviene per l'*actio interrogatoria* di cui all'art. 481 c.c.

In materia di legato, difatti, il legatario, restando silente, perde il diritto di rinunciare, consolidandosi quindi il legato a suo favore, mentre, in caso di successione *mortis causa* a titolo universale, l'erede, rimanendo inerte, perde il diritto di accettare e dunque si considera rinunziante.

Nella fattispecie in osservazione, sarà così sufficiente che il legatario di un'eredità passiva, qualora subisse l'*actio interrogatoria* contemplata dall'art. 650 c.c., rimanga fermo per tutto il tempo fattogli fissare dall'adita autorità giudiziaria, acquisendo - in tal modo - il legato in proprio favore e non rispondendo, conseguentemente, dei debiti ereditari.

DIRITTO SANITARIO

DIRIGENZA MEDICA E MANCATO CONFERIMENTO INCARICO: IL RISARCIMENTO DEL DANNO

Nota a sentenza Corte di Cassazione Sez. Lavoro (ud. 01/02/2023) dep. 27/03/2023 n. 8663.

*Corrado Riggio*¹⁰¹

In merito alla dirigenza medica ed al mancato conferimento degli incarichi occorre ricordare, preliminarmente, che la retribuzione di posizione dei dirigenti medici e sanitari si compone di una parte fissa ed una parte variabile e risulta essere correlata anche all'incarico ricoperto. Relativamente a tale materia vi è un'interessante e recente decisione della Suprema Corte di Cassazione, sezione lavoro, recante numero 8663 del 27/03/2023.

Con l'arresto nomofilattico in commento i Supremi Giudici hanno affermato che la determinazione degli incarichi ed il relativo riconoscimento non sono lasciati al libero arbitrio dell'azienda bensì, a precisi obblighi contrattuali che impongono all'amministrazione l'adozione di determinati provvedimenti all'esito di specifiche procedure le quali, non solo devono essere attivate, ma anche concluse secondo tempistiche ragionevoli e senza possibilità di rinvio a proprio piacimento e senza un'adeguata motivazione.

Nel caso *de quo*, la Corte ha esaminato il caso di un dirigente medico, dipendente di una azienda Sanitaria territoriale, titolare di un incarico professionale di alta specializzazione ex articolo 27 lettera C) del CCNL Dirigenza medica, il quale aveva convenuto in giudizio la sua azienda al fine di richiedere il risarcimento del danno da inadempimento contrattuale per non aver effettuato le procedure di graduazione delle funzioni dirigenziali, con la relativa pesatura degli incarichi, necessarie al fine di poter ottenere la liquidazione della c.d. parte variabile dell'indennità di posizione aziendale. A questo punto, impugnata la Sentenza di rigetto emessa dal Tribunale, la Corte d'Appello riformava la prima decisione rilevando che il riconoscimento dell'indennità di posizione variabile era correlata al completamento di un iter procedurale che prevedeva l'approvazione del provvedimento di

¹⁰¹ Avvocato- Cultore Diritto Sanitario Università Roma 3

graduazione delle funzioni dirigenziali fondato, ai sensi dell'articolo 53 del CCNL di settore del 05.12.1996, sulla diversa pesatura di ciascun incarico in base all'importanza ed alla complessità dello stesso, non procrastinabile senza alcuna adeguata motivazione in tal senso.

Tale mancata attivazione delle procedure appena descritte, pur non potendo consentire la sostituzione del Giudice all'attività amministrativa nella determinazione dell'importo dovuto, era da considerarsi come un vero e proprio inadempimento contrattuale dell'amministrazione, con conseguente responsabilità del datore di lavoro ai sensi e per gli effetti dell'articolo 1218 c.c. e relativo riconoscimento del ristoro patrimoniale.

La Sentenza della Corte d'Appello oggetto di gravame veniva impugnata dall'Azienda Sanitaria dinanzi la Corte di Cassazione, la quale nel respingere i motivi di doglianza sollevati dall'amministrazione pubblica rispetto al presupposto della domanda risarcitoria formulata dal Dirigente medico, ha richiamato un suo stesso precedente ¹⁰²ritenendolo uguale al caso in esame dove veniva affermato che in tema di dirigenza medica del settore sanitario pubblico, la P.A. è tenuta a dare inizio ed a completare, nel rispetto dei principi di correttezza e buona fede, il relativo procedimento per l'adozione del provvedimento di graduazione delle funzioni dirigenziali e di pesatura degli incarichi, nel cui ambito la fase di consultazione sindacale, finalizzata anche a determinare l'ammontare delle risorse destinate al pagamento della quota variabile della retribuzione di posizione definita in sede aziendale e dipendente dalla graduazione delle funzioni, risulta avere un carattere endo-procedimentale.

~~Pertanto~~, alla luce di ciò, secondo la Corte il mancato rispetto dei termini interni che ne scandiscono lo svolgimento, l'omessa conclusione delle trattative entro la data fissata dal contratto collettivo e le eventuali problematiche concernenti il fondo espressamente dedicato, ai sensi e per gli effetti del medesimo contratto collettivo, alla quantificazione

¹⁰² Cassazione, sezione lavoro del 09.03.2023 n. 7110.

della c.d. quota variabile, non fanno venir meno di per se l'obbligo gravante sulla P.A. di attivare e concludere la procedura diretta all'adozione di tale provvedimento.

In materia di dirigenza pubblica, il provvedimento di graduazione delle funzioni integra un elemento costitutivo della parte variabile della retribuzione di posizione, con la conseguenza che, in sua mancanza, detta componente non può essere determinata né con riferimento soltanto all'importanza e complessità dell'incarico ricoperto né, in maniera indifferenziata, in proporzione alla disponibilità dell'apposito fondo aziendale¹⁰³.

Pertanto, in tal caso, la mancata attivazione e conseguente finalizzazione della procedura suindicata legittima il Dirigente medico che ne sia interessato a richiedere, non tanto l'esecuzione dell'obbligazione non adempiuta, quanto piuttosto il risarcimento del danno per aver definitivamente perduto la chance di vedersi riconosciuta e, quindi, liquidata la parte variabile della retribuzione di posizione.

Per quanto concerne, invece, l'onere probatorio, la Cassazione ha stabilito che spetterà al dipendente allegare un documento **quale la fonte legale o convenzionale** che attesti il diritto vantato e l'inadempimento del datore di lavoro al proprio obbligo, mentre di contro sarà onere del datore di lavoro fornire la prova dei fatti estintivi o impeditivi dell'altrui pretesa o che l'inadempimento è avvenuto per causa a lui non imputabile.

Per la quantificazione del danno, lo stesso potrà essere ricondotto nell'ambito della perdita di chance di poter acquisire un vantaggio economico che, a fronte della prova della sua effettiva sussistenza e del possibile vantaggio perso a causa della condotta inadempiente della P.A., potrà essere liquidato dal Giudice adito facendo ricorso al principio dell'equità **fornendo la relativa prova pure mediante presunzioni o secondo parametri di probabilità.**

Per l'esattezza, in tema di risarcibilità dei danni conseguiti da fatto illecito o da inadempimento, nell'ipotesi di responsabilità contrattuale, il nesso di causalità va inteso in

¹⁰³ Cass., Sez. L, n. 20480 del 28 settembre 2020

modo da ricomprendere nel risarcimento anche i danni indiretti e mediati che si presentino come effetto normale secondo il principio della c.d. regolarità causale¹⁰⁴

Pertanto, in conclusione, la Cassazione ha sancito il chiaro principio in virtù del quale dinanzi alla richiesta di un Dirigente medico che reclami la mancata attivazione delle procedure di graduazione delle funzioni, a nulla varrà obiettare immotivati ritardi organizzativi essendo onere delle Aziende di attivarsi in maniera celere per iniziare a portare a compimento, nel rispetto dei principi di buona fede e correttezza tutti gli atti necessari per l'adozione dei provvedimenti di graduazione delle funzioni e di pesatura degli incarichi affinché coloro che ne abbiano diritto possano ottenere, sia pure a titolo di perdita di chance, quanto dovuto, ivi inclusa la parte variabile della retribuzione di posizione.

¹⁰⁴ Cass., Sez. 3, n. 15274 del 4 luglio 2006.

GIURISPRUDENZA TRIBUTARIA

NON SI VERIFICA LA RESPONSABILITÀ DEI SOCI DI CAPITALI PER DEBITI TRIBUTARI DELLA SOCIETÀ ESTINTA

Nota a Cass. civ., Sez. V, ordinanza (ud. 28/09/2023) dep. 17/10/2023, n. 28817.

*Gregorio Pietro D'Amato*¹⁰⁵

Sommario: 1 Questione processuale della richiesta dei debiti tributari al socio società di capitali estinta affrontata dalla Cassazione n. 28817/2023 - 2 La responsabilità per i debiti sociali delle società di capitali dopo l'estinzione della società. - 3. Legittimazione processuale del socio rispetto all'avviso di accertamento. - 4. Notifica di avviso di accertamento dopo 5 anni estinzione società; e responsabilità dei soci per l'attribuzione di attivo societario nei 2 anni antecedenti la liquidazione. 4.1. La notifica di avvisi di accertamento entro i 5 anni dall'estinzione della società ex art. 2495 c.c. - 4.2 L'art. 36, 3 comma del DPR 602/73 per i soci che ricevono attivo nei 2 anni antecedenti la liquidazione. - 5. La decisione della Cassazione 17/10/2023, n. 28817 per i debiti tributari per la società di capitali estinta- 6. Cenni sulla natura delle responsabilità del liquidatore in caso di accertamento tributario

1. Questione processuale della richiesta dei debiti tributari al socio società di capitali estinta affrontata dalla Cassazione n. 28817/2023.

La questione processuale afferisce ad una richiesta da parte dell'Agenzia delle entrate dei debiti tributari gravanti su di una società di capitali estinta, il cui pagamento è stato richiesto per intero ad un ex socio, indipendentemente da ogni considerazione in ordine alle vicende liquidatorie della società ed ai capitali eventualmente distribuiti.

L'Agenzia aveva interposto gravame alla sentenza della CTR che ha ritenuto: le imposte iscritte a ruolo nei confronti del socio sono relative ad importi asseritamente dovuti dalla Srl ed a lui richiesti in qualità di socio. Essendo stati ritenuti giuridicamente inesistenti gli accertamenti emessi nei confronti della società, per essere la stessa estinta, tali accertamenti, in quanto inesistenti, non possono essere posti a base di un'iscrizione a ruolo e di una cartella di pagamento nei confronti del socio.

Il fatto che le sentenze dei giudici tributari con le quali gli accertamenti suddetti sono stati ritenuti inesistenti non sono ancora passate in giudicato non ha alcun rilievo, in quanto le

¹⁰⁵ Direttore Scientifico- dottore commercialista -revisore contabile- curatore fallimentare - giornalista

stesse, annullando gli accertamenti, li hanno resi non idonei a supportare iscrizioni a ruolo e cartelle di pagamento, tanto più a carico di un socio di una società di capitali.

2. La responsabilità per i debiti sociali delle società di capitali dopo l'estinzione della società.

L'art. 2495, comma 3, c.c. (riprendendo, peraltro, quanto già stabiliva in proposito il previgente art. 2495, comma 2 *con efficacia dal 1^a gennaio 2004 al 14 settembre 2020*) stabilisce, a tal riguardo, che i creditori possono agire nei confronti dei soci della dissolta società di capitali sino alla concorrenza di quanto **questi ultimi abbiano riscosso in base al bilancio finale di liquidazione**. È prevista, inoltre, anche la possibilità di agire (deve intendersi, però, per risarcimento dei danni) nei confronti del liquidatore, se il mancato pagamento del debito sociale è dipeso da colpa di costui; ma di tale ulteriore previsione non si è occupata la Corte, non essendo stata esercitata azione alcuna contro il liquidatore nella vertenza in commento.

Un'analogia disposizione è dettata, per le società in nome collettivo, dall'art. 2312, comma 2, c.c. salvo che, in tal caso, pur dopo la dissoluzione dell'ente ma coerentemente con le caratteristiche del diverso tipo societario, non opera la limitazione di responsabilità di cui godono i soci di società di capitali. La stessa regola si ripropone per la società in accomandita semplice, ma l'ultrattività dei principi vigenti in pendenza di società fa sì che, anche dopo la cancellazione, l'accomandante risponda solo entro i limiti della sua quota di liquidazione (art. 2324 c.c.).

Lo scarso tessuto normativo cui s'è fatto cenno non sembra autorizzare la conclusione che, con l'estinzione della società derivante dalla sua volontaria cancellazione dal registro delle imprese, si estinguano anche i debiti ancora insoddisfatti che ad essa facevano capo. Se così fosse, si finirebbe col consentire al debitore di disporre unilateralmente del diritto altrui (magari facendo venir meno, di conseguenza, le garanzie, prestate da terzi, che a quei debiti eventualmente accedano), e ciò pare tanto più inammissibile in un contesto normativo nel quale l'art. 2492 c.c., neppure accorda al creditore la legittimazione a proporre reclamo contro il bilancio finale di liquidazione della società debitrice, il cui deposito prelude alla cancellazione.

Ipotizzare - come pure si è fatto da taluni - che la volontaria estinzione dell'ente collettivo comporti, perciò, la cessazione della materia del contendere nei giudizi contro di esso

pendenti per l'accertamento di debiti sociali tuttora insoddisfatti significherebbe imporre un ingiustificato sacrificio del diritto dei creditori; sacrificio che non verrebbe sanato dalla possibilità di agire nei confronti dei soci, alle condizioni indicate dalla citata disposizione dell'art. 2495 c.c. , se quest'azione fosse concepita come diversa ed autonoma rispetto a quella già intrapresa verso la società, non foss'altro che per la necessità di dover riprendere il giudizio da capo con maggiori oneri e col rischio di non riuscire a reiterare le prove già espletate.

Come è stato osservato dalla Corte regolatrice **con 3 arresti a Sezioni unite del 12/03/2013 n. 6070-6071-6072** in cui è stato affermato che : *“per non vulnerare il diritto di difesa tutelato dall'art. 24 della Costituzione, deve escludersi che la cancellazione dal registro, pur provocando l'estinzione dell'ente debitore, determini al tempo stesso la sparizione dei debiti insoddisfatti che la società aveva nei riguardi dei terzi, è del tutto naturale immaginare che questi debiti si trasferiscano in capo a dei successori e che, pertanto, la previsione di chiamata in responsabilità dei soci operata dal citato art. 2495 implichi, per l'appunto, un meccanismo di tipo successorio, che tale è anche se si vogliono rifiutare improprie suggestioni antropomorfe derivanti dal possibile accostamento tra l'estinzione della società e la morte di una persona fisica.*

La ratio della norma dianzi citata, d'altronde, palesemente risiede proprio in questo: nell'intento d'impedire che la società debitrice possa, con un proprio comportamento unilaterale, che sfugge al controllo del creditore, espropriare quest'ultimo del suo diritto. Ma questo risultato si realizza appieno solo se si riconosce che i debiti non liquidati della società estinta si trasferiscono in capo ai soci, salvo i limiti di responsabilità nella medesima norma indicati”.

Così il dissolversi della struttura organizzativa su cui riposa la soggettività giuridica dell'ente collettivo fa naturalmente emergere il sostrato personale che, in qualche misura, ne è comunque alla base e rende perciò del tutto plausibile la ricostruzione del fenomeno in termini successori, che però trova il limite che la responsabilità dei soci e trova giustificazione nel *“carattere strumentale del soggetto società: venuto meno questo, i soci sono gli effettivi titolari dei debiti sociali nei limiti della responsabilità che essi avevano secondo il tipo di rapporto sociale prescelto”.*

Ulteriormente è stato altresì affermato dalla Cass. 3 aprile 2003, n. 5113 il fatto che il debito del quale, in situazioni di tal genere, possono essere chiamati a rispondere i soci della società cancellata dal registro non si configura come un debito nuovo, quasi traesse la propria origine dalla liquidazione sociale, ma s'identifica col medesimo debito che faceva capo alla società, conservando intatta la propria causa e la propria originaria natura giuridica. Come, nel caso della persona fisica, la scomparsa del debitore non estingue il debito, ma innesca un meccanismo successorio nell'ambito del quale le ragioni del creditore sono destinate ad essere variamente contemperate con quelle degli eredi, così, quando il debitore è un ente collettivo, non v'è ragione per ritenere che la sua estinzione (alla quale, a differenza della morte della persona fisica, concorre di regola la sua stessa volontà) non dia ugualmente luogo ad un fenomeno di tipo successorio, sia pure sui generis, che coinvolge i soci ed è variamente disciplinato dalla legge a seconda del diverso regime di responsabilità da cui, *pendente societate*, erano caratterizzati i pregressi rapporti sociali.

Sempre la Suprema Corte ha avuto modo di affermare¹⁰⁶ con due arresti che nessun ingiustificato pregiudizio viene arrecato alle ragioni dei creditori, del resto, per il fatto che i soci di società di capitali rispondono solo nei limiti dell'attivo loro distribuito all'esito della liquidazione. Infatti, se la società è stata cancellata senza distribuzione di attivo, ciò evidentemente vuoi dire che vi sarebbe stata comunque incapacienza del patrimonio sociale rispetto ai crediti da soddisfare. D'altro canto, alla tesi - pure in sé certamente plausibile - che limita il descritto meccanismo successorio all'ipotesi in cui i soci di società di capitali (o il socio accomandante della società in accomandita semplice) abbiano goduto di un qualche riparto in base al bilancio finale di liquidazione, ravvisandovi una condizione da cui dipenderebbe la possibilità di proseguire nei confronti di detti soci l'azione originariamente intrapresa dal creditore sociale verso la società

Come ricordato con tre arresti **le SU 6070-6071-6072 del 12/03/2013** hanno affermato i seguenti principi: *“Qualora all'estinzione della società, conseguente alla sua cancellazione dal registro delle imprese, non corrisponda il venir meno di ogni rapporto giuridico facente capo alla società estinta, si determina un fenomeno di tipo successorio, cosicché le obbligazioni si trasferiscono ai soci, che ne rispondono, nei limiti di quanto*

¹⁰⁶ Cass. 16 maggio 2012, nn. 7676 e 7679, nonché da Cass. 9 novembre 2012, n. 19453.

riscosso a seguito della liquidazione o illimitatamente, a seconda che, pendente societate, essi fossero o meno illimitatamente responsabili per i debiti sociali. Altresì, si trasferiscono ai soci, in regime di contitolarità o di comunione indivisa, i diritti ed i beni non compresi nel bilancio di liquidazione della società estinta, ma non anche le mere pretese, benché azionate o azionabili in giudizio, né i diritti di credito ancora incerti o illiquidi la cui inclusione in detto bilancio avrebbe richiesto un'attività ulteriore, giudiziale o stragiudiziale, il cui mancato espletamento da parte del liquidatore consente di ritenere che la società vi abbia rinunciato”.

Nella sostanza, dunque, in caso di estinzione della società, i soci subentrano, con dette limitazioni, nel medesimo debito della società stessa, debito che - lo si ripete - conserva "intatta la propria causa e la propria originaria natura giuridica".

Successivamente la giurisprudenza della Corte¹⁰⁷ è approdata, a sottolineare come il socio sia comunque destinato a subentrare nella posizione debitoria, e che addirittura la mancata utile partecipazione, non consenta neanche di escludere a priori lo stesso interesse ad agire del creditore non potendo il fenomeno successorio essere escluso in base al solo esame del bilancio di liquidazione.

Tanto che la giurisprudenza successiva s'è assestata in questo ultimo senso¹⁰⁸, da considerarsi ormai "diritto vivente"

Risulta indiscutibile essendo, pertanto, la legittimazione passiva in capo al socio ex art. 2495, comma 3 c.c., in relazione alle pretese dei creditori sociali, occorre qui evidenziare come l'ipotesi del subentro del socio stesso nei debiti della società vada tenuta distinta da quella della responsabilità del liquidatore, pure disciplinata dall'art. 2495, comma 3: quale che sia la fonte di una tale ultima obbligazione¹⁰⁹, non v'è dubbio che essa abbia comunque natura risarcitoria, perché basata sulla prova del mancato pagamento dei debiti sociali e del collegamento di tale mancanza con l'ascrivibilità a colpa del liquidatore stesso (ossia ad un suo comportamento *lato sensu* negligente), ed è "illimitata"¹¹⁰, tanto che, secondo

¹⁰⁷ Cass. n. 9094/2017, Cass. n. 20358/2015.

¹⁰⁸ *ex plurimis* Cass. n. 15035/2017; Cass. n. 9672/2018; Cass. n. 14446/2018; Cass. n. 897/2019; Cass. n. 12758/2020 e, da ultimo, Cass., Sez. Un., n. 619/2021.

¹⁰⁹ ne è discussa, in dottrina, l'origine contrattuale o extracontrattuale, seppur da ultimo la già citata Cass. n. 521/2020 ne abbia affermato quella aquiliana, in linea con Cass. n. 24039/2006, resa sul testo previgente dell'art. 2456 c.c., che al tempo regolava la questione.

¹¹⁰ Cass. n. 521/2020.

attenta dottrina, l'azione contro il liquidatore è compatibile con quella nei confronti dei soci e può a questa cumularsi.

In altre parole, mentre il socio subentra nello stesso debito della società ex art. 2495, comma 3 c.c. e risponde in proporzione alla quota sociale posseduta (in caso di s.r.l.) e nei limiti di quanto ricevuto, l'obbligazione del liquidatore in discorso non ha limitazioni e origina un debito di natura diversa, che col primo concorre in ottica soddisfattiva delle ragioni creditorie quale risarcimento del danno.

3. Legittimazione processuale del socio rispetto all'avviso di accertamento.

Il limite di responsabilità dei soci di cui all'art. 2495 c.c., non incide sulla loro legittimazione processuale rispetto all'atto di accertamento emesso nei loro confronti ma, al più, sull'interesse ad agire dei creditori sociali, interesse che, tuttavia, non è di per sé escluso dalla circostanza che i soci non abbiano partecipato utilmente alla ripartizione finale potendo, ad esempio, sussistere beni e diritti che, sebbene non ricompresi nel bilancio di liquidazione della società estinta, si sono trasferiti ai soci". Ciò che radica la giurisdizione in capo al giudice tributario della domanda volta ad escludere la legittimità della pretesa fiscale azionata nei confronti del socio che non ha ricevuto alcunché in sede di liquidazione della società cancellata¹¹¹. Principi, questi ultimi, dunque univocamente indirizzati ad attrarre all'interno del contenzioso tributario sotto il profilo dell'art. 2945 c.c. **Cass. civ., Sez. Unite, Ord., (data ud. 01/12/2020) 15/01/2021, n. 619.**

4. Notifica di avviso di accertamento dopo 5 anni estinzione società; e responsabilità dei soci per l'attribuzione di attivo societario nei 2 anni antecedenti la liquidazione.

4.1 La notifica di avvisi di accertamento entro i 5 anni dall'estinzione della società ex art. 2495 c.c..

Con norma pacificamente pro-fisco, visti tempi che l'amministrazione finanziaria impiega per effettuare controlli ed accertamenti ed il legislatore ne è consapevole, è stata attribuita una prerogativa all'amministrazione finanziaria prevista con l'art. 28 comma 4 del D lgs. 21/11/2014 n. 175 in cui è stabilito: *“Ai soli fini della validità e dell'efficacia degli atti di liquidazione, accertamento, contenzioso e riscossione dei tributi e contributi, sanzioni e*

¹¹¹ Ex plurimis, Cass. n. 897/2019, Cass., 8 marzo 2017, n. 5988; Cass., 7 aprile 2017, n. 9094; Cass., 16 giugno 2017, n. 15035; Cass., 24 gennaio 2018, n. 1713; Cass., 19 aprile 2018, n. 9672; Cass., 5 giugno 2018, n. 14446; Cass., 18 dicembre 2019, n. 33582, Cass. n. 12758/2020, Cass. n. 26402/2020.

interessi, l'estinzione della società di cui all'articolo 2495 del codice civile ha effetto trascorsi cinque anni dalla richiesta di cancellazione del Registro delle imprese”.

La norma inoltre è stata “fatta salva” anche dalla Corte Costituzionale per un superiore principio di “beneficio pubblico” con declaratoria di infondatezza della questione sollevata con sentenza 26 maggio - 8 luglio 2020, n. 142 (Gazz. Uff. 15 luglio 2020, n. 29 1^a Serie speciale), ha dichiarato: *“non fondate le questioni di legittimità costituzionale dell’art. 28, comma 4, sollevate in riferimento agli artt. 3 e 76 della Costituzione. L’art. 28, co. 4, D.lgs. n. 175 del 2014, nel favorire l’adempimento dell’obbligazione tributaria verso le società cancellate dal registro delle imprese, non determina alcuna ingiustificata disparità di trattamento tra l’Amministrazione finanziaria e gli altri creditori sociali in violazione dell’art. 3 Cost. Tanto per la forte ragione che non è configurabile una piena equiparazione fra le obbligazioni pecuniarie di diritto comune e quelle tributarie, per la particolarità dei fini e dei presupposti di queste ultime, che si giustificano con la garanzia del regolare svolgimento della vita finanziaria dello Stato.*

Sono infondate le questioni di legittimità costituzionale dell’art. 28, 4° comma, D.lgs. 21 novembre 2014, n. 175, nella parte in cui, anche a fronte dell’estinzione della società di capitali o di persone, consente all’amministrazione finanziaria di effettuare le attività di controllo e di accertamento negli ordinari termini previsti dalla disciplina tributaria, nonché di notificare i relativi atti direttamente all’originario debitore, in riferimento agli artt. 3 e 76 Cost”.

Ed ancora il Giudice delle Leggi ha stabilito che: *“Non è fondata la questione di legittimità costituzione dell’art. 28, co. 4, D.lgs. n. 175/2014 per eccesso di delega ex art. 76 Cost., atteso che la norma è conforme agli obiettivi di razionalizzazione dell’azione amministrativa in materia di attuazione e accertamento dei tributi e, anzi, si pone in linea di continuità e complementarità rispetto a tali obiettivi”.*

Pertanto, e facendo tesoro di quanto detto dalla Corte Costituzionale e nel prendere atto che ora l’amministrazione anche in seguito all’introduzione della fattura elettronica ha a disposizione tutti dati immediatamente, forse, il termine dei 5 anni può rappresentare un termine eccessivamente lungo rispetto alla disponibilità attuale dei dati che l’AGE è in possesso grazie ai nuovi incombenti delegati ai contribuenti, che sono essi stessi parte attiva nel fornire tutti dati all’AGE. Ma questo è un altro discorso.

Tornando alla natura della proroga disposta dal precitato articolo, sempre, la **Cassazione** – che rappresenta ormai l'unico giudice e baluardo rimasto alla tutela della corretta applicazione della legge ed in special modo tributaria, e speriamo che “resista” – **con ordinanza della Sez. I del 27/06/2023 n. 18310** ha stabilito che : *“Il differimento quinquennale dell'estinzione della società per effetto della cancellazione della stessa dal Registro delle imprese è previsto dall'art. 28, comma 4, del D.lgs. n. 175/2014, quale disposizione di natura sostanziale, operante solo nei confronti dell'Amministrazione finanziaria e degli altri enti creditori o di riscossione indicati, con riguardo a tributi o contributi; tale disposizione implica che il liquidatore conservi tutti i poteri di rappresentanza della società sul piano sostanziale e processuale, con la conseguenza che egli è legittimato non soltanto a ricevere le notificazioni degli atti impositivi, ma anche ad opporsi ad essi, conferendo mandato alle liti, mentre sono privi di legittimazione i soci, poiché gli effetti previsti dall'art. 2495, comma 2, c.c. rectius ora 3 comma, sono posticipati anche ai fini dell'efficacia e validità degli atti del contenzioso*¹¹².

Dovendosi escludere che a seguito della mancata percezione di somme in base al bilancio finale di liquidazione, la riscossione nei confronti dei soci delle imposte dichiarate e non versate dalla S.r.l. estinta, nella vigenza dell'art. 28, comma 4, D.lgs. n. 175/2014, in quanto costoro, pur essendo immediatamente qualificabili come successori del sodalizio, ancorché cancellato dal registro delle imprese in data successiva all'entrata in vigore della norma che ne differisce gli effetti estintivi per un quinquennio, **rispondono delle obbligazioni societarie nei limiti di quanto eventualmente percepito sulla base del piano di riparto di cui al bilancio finale di liquidazione** (Comm. trib. prov. Sicilia Catania, Sez. XI, 04/11/2021, n. 8245).

4.2 L'art. 36, 3 comma del DPR 602/73 per i soci che ricevono attivo nei 2 anni antecedenti la liquidazione.

L'art. 36 del Dpr 29/09/1973 al comma 3 dal 13/12/2014 (Comma così modificato dall'art. 28, comma 5, lett. b), D.lgs. 21 novembre 2014, n. 175), che è in stretta correlazione con il menzionato comma 4 dell'art. 28 del D. lgs. 175/2014 stabilisce che: *“I soci o associati, che hanno ricevuto nel corso degli ultimi due periodi d'imposta precedenti alla messa in*

¹¹² Cass. civ., Sez. V, Sentenza, 16/12/2022, n. 36892 ass. civ., Sez. VI - 5, Ordinanza, 21/02/2020, n. 4536

liquidazione danaro o altri beni sociali in assegnazione dagli amministratori o hanno avuto in assegnazione beni sociali dai liquidatori durante il tempo della liquidazione, sono responsabili del pagamento delle imposte dovute dai soggetti di cui al primo comma nei limiti del valore dei beni stessi, salvo le maggiori responsabilità stabilite dal codice civile. Il valore del denaro e dei beni sociali ricevuti in assegnazione si presume proporzionalmente equivalente alla quota di capitale detenuta dal socio od associato, salva la prova contraria.”

Per tale previsione valgono le analoghe e sopra ricordate considerazioni sub par. 2 riguardo alla responsabilità dei soci disciplinata dal D.P.R. n. 602 del 1973, art. 36, comma 3.

Al riguardo, si rende però necessario preliminarmente evidenziare che l'art. 36 cit. è stato al centro di un significativo intervento normativo apportato dal D.lgs. n. 175 del 2014, che in linea generale (con l'art. 28, comma 7) ne ha esteso l'applicabilità a tutte le imposte, anche indirette, mediante la modifica del D.lgs. n. 46 del 1999, art. 19 (che dapprima lo limitava alle sole imposte dirette), lo ha in parte modificato nei commi 1 e 3 (con l'art. 28, comma 5), ma soprattutto ha stabilito (con l'art. 28, comma 4) il principio della "sopravvivenza fiscale" della società cancellata, essendosi espressamente previsto che: "*Ai soli fini della validità e dell'efficacia degli atti di liquidazione, accertamento, contenzioso e riscossione dei tributi e contributi, sanzioni e interessi, l'estinzione della società di cui all'art. 2495 c.c. ha effetto trascorsi cinque anni dalla richiesta di cancellazione del Registro delle imprese*".

Come espresso dall'insegnamento della Giurisprudenza di cassazione¹¹³ il complesso intervento normativo, in vigore dal 13.12.2014, pone indubbiamente una serie di interrogativi sistematici, tra l'altro non mancando in dottrina voci che giungono addirittura ad escludere *tout court* la compatibilità dell'art. 2495 c.c. con l'ambito tributario, per essere la responsabilità dei soci (per le imposte non pagate dalla società, cancellata ma ancora "in vita" ai fini fiscali) interamente regolata dal "nuovo" art. 36 cit., divenuta norma speciale e di chiusura del sistema. Di tutto ciò, però, non mette conto farsi carico in questa sede, giacché la sopravvenienza normativa in discorso non poteva trovare applicazione nella vicenda affrontata dai giudici interamente dipanatasi nell'egida della previgente

¹¹³ Cass. civ., Sez. V, Ord., (data ud. 14/04/2021) 05/11/2021, n. 31904

disciplina¹¹⁴ (sull'applicabilità delle nuove disposizioni collegate alla "sopravvivenza fiscale" della società alle sole cancellazioni eseguite dal 13.12.2014 in poi, trattandosi di normativa di carattere sostanziale).

Con i citati arresti osserva la Corte che le obbligazioni di cui al D.P.R. n. 602 del 1973, art. 36 sono affatto diverse da quelle della società per imposte non versate, che ne costituiscono il presupposto: in altre parole, la responsabilità del liquidatore, dell'amministratore o del socio, regolata dall'art. 36 cit., consegue all'esistenza di una o più obbligazioni sociali tributarie rimaste inadempite sul piano fisiologico, e ad essa si affianca, quanto ai soci specialmente, in ottica di recupero e di garanzia (*lato sensu* intesa) in favore del fisco. Detta responsabilità, dunque, sorge *ex lege*, alla sussistenza dei presupposti di cui allo stesso art. 36, ossia, riguardo agli stessi soci, l'aver essi percepito, nel corso degli ultimi due periodi di imposta precedenti alla messa in liquidazione, danaro o altri beni sociali in assegnazione dagli amministratori o l'aver avuto in assegnazione beni sociali dai liquidatori durante il tempo della liquidazione, e nei limiti del valore dei beni stessi, fatte salve le maggiori responsabilità stabilite dal codice civile.

Così come per i liquidatori e gli amministratori¹¹⁵, dunque, non è revocabile in dubbio come anche l'obbligazione del socio, D.P.R. n. 602 del 1973, ex art. 36, comma 3, abbia natura civilistica e non tributaria, oltre che sussidiaria, "*non ponendo la norma alcuna successione o coobbligazione nei debiti tributari a carico di tali soggetti*"¹¹⁶; ciò giustifica, a ben vedere, non solo la previsione di cui al comma 5, circa la necessità di emissione di autonomo avviso di accertamento, ma anche quella di cui al comma 6, circa l'impugnabilità di detto avviso in sede tributaria (previsione altrimenti pleonastica).

Ne discende, in definitiva, quanto al socio "successore", che almeno nel sistema antecedente al D.lgs. n. 175 del 2014, altro è la responsabilità ex art. 2495 c.c., comma 2, ed ora comma 3, altra cosa è quella ex art. 36, comma 3, DPR 602/73.

Dovendo ricordare che la responsabilità afferente ad una distinzione di carattere essenziale del socio "successore", che non sia comunque condivisibile, perché - come già evidenziato

¹¹⁴ Cass. n. 6743/2015, che peraltro ne evidenziava il sospetto di incostituzionalità per eccesso di delega ma risoltosi con la declaratoria di non fondatezza le censure dalla Corte costituzionale, con sentenza 26 maggio - 8 luglio 2020, n. 142

¹¹⁵ su cui si vedano Cass. n. 11968/2012; Cass. n. 8701/2014; Cass. n. 17020/2019; Cass. n. 29969/2019

¹¹⁶ Così, espressamente, Cass. n. 7327/2012.

(v. supra, par. 2) - detta responsabilità è quella del liquidatore, benché regolate dal medesimo art. 2495 c.c., comma 3, operano su piani diversi: la prima consiste nel subentro nel medesimo debito sociale, la seconda ha natura risarcitoria.

5 La decisione della Cassazione 17/10/2023, n. 28817 per i debiti tributari per la società di capitali estinta.

Dopo il breve e sintetico *excursus* normativo e giurisprudenziale in merito alla responsabilità dei soci e con accenno al liquidatore per le obbligazioni afferenti al fisco per la società estinta in merito alla sentenza in commento, deve ricordarsi in via preliminare e come esplicitato dalla Corte regolatrice che tra la società di capitali ed i soci non appare configurabile un rapporto di solidarietà in ordine al pagamento dei debiti tributari.

Soltanto a seguito dell'estinzione della società i creditori, tra cui il Fisco, possono agire nei confronti dei soci per far valere i loro crediti non soddisfatti soltanto **"fino alla concorrenza delle somme riscosse in base al bilancio finale di liquidazione" (art. 2495 c.c., comma 3)**¹¹⁷.

Parimenti anche per i soci accomodanti nelle società di persone che ai sensi dell'art. 2313 c.c. rispondono limitatamente per la quota conferita, come per i soci di società di capitali, ai sensi dell'art. 2342 c.c. i soci accomandanti per i diritti dei creditori dopo la liquidazione: *"..i creditori sociali che non sono stati soddisfatti nella liquidazione della società possono far valere i loro crediti anche nei confronti degli accomandanti, limitatamente alla quota di liquidazione"*.

Invero non appare agevolmente comprensibile, né è stato illustrato dall'Amministrazione finanziaria, perché la pretesa avanzata nei confronti della società sia stata azionata, con richiesta di onorare per intero il debito fiscale, incluse sanzioni ed accessori, nei confronti del mero (ex) socio, pacificamente non avente ruolo di liquidatore. La ragione sembra potersi individuare solo nel fatto che al liquidatore gli era già stato notificato l'avviso di accertamento emesso nei confronti della società e, poiché lo aveva opposto tardivamente, era risultato soccombente in quel giudizio.

¹¹⁷ Art. 2495 3 comma: *"Ferma restando l'estinzione della società, dopo la cancellazione i creditori sociali non soddisfatti possono far valere i loro crediti nei confronti dei soci, fino alla concorrenza delle somme da questi riscosse in base al bilancio finale di liquidazione, e nei confronti dei liquidatori, se il mancato pagamento è dipeso da colpa di questi [c.c. 31, 2312, 2324]. La domanda, se proposta entro un anno dalla cancellazione, può essere notificata presso l'ultima sede della società"*

La Corte rievoca tuttavia, che nella vicenda in esame l'Amministrazione finanziaria non ha mai comunicato al socio, mediante apposito avviso di liquidazione, le ragioni della pretesa vantata nei suoi confronti. L'Amministrazione finanziaria ha emesso la cartella esattoriale a lui notificata a titolo personale perché l'impugnativa del socio avverso l'avviso di accertamento redatto nei confronti della società, non nei suoi confronti, era stato dichiarato inammissibile, ma non ha formato alcuna richiesta di pagamento nei confronti del socio, prima di notificargli l'atto esattivo, e non disponeva di un titolo nei suoi confronti.

Invero, non si è neppure mancato di chiarire che "in tema di società di capitali, la disciplina dettata dall'art. 2495 c.c., comma 2, come mod. dal D.lgs. n. 6 del 2003, art. 4, nella parte in cui ricollega alla cancellazione dal registro delle imprese l'estinzione immediata della società, implica che nei debiti sociali subentrano "ex lege" i soci, sicché il Fisco, ove le proprie ragioni nei confronti dell'ente collettivo siano state definitivamente accertate (ad esempio, per mancata tempestiva impugnazione dell'atto impositivo, ovvero per intervenuta estinzione del relativo giudizio, o infine per intervenuto giudicato sostanziale) può procedere all'iscrizione a ruolo dei tributi non versati sia a nome della società estinta, sia a nome dei soci (**"pro quota", in relazione ai relativi titoli di partecipazione**), e ciò ai sensi del D.P.R. n. 602 del 1973, art. 12, comma 3, e art. 14, lett. b), nonché azionare comunque il credito tributario nei confronti dei soci stessi, non occorrendo procedere all'emissione di autonomo avviso di accertamento, ai sensi dell'art. 36, comma 5, D.P.R. cit., relativo al diverso titolo di responsabilità di cui al precedente comma 3 (nel testo antecedente alla modifica apportata dal D.lgs. n. 175 del 2014, art. 28, comma 5), di natura civilistica e sussidiaria. Ne discende che con l'impugnazione della cartella di pagamento conseguentemente loro notificata, i soci - ferma la definitività dell'accertamento nei confronti della società e la sua incontestabilità nel merito - possono lamentare l'inesistenza originaria o sopravvenuta del titolo formatosi nei confronti della società, oppure contestare il fondamento della propria responsabilità, dimostrando di non aver conseguito utili dalla liquidazione¹¹⁸.

Pertanto, conclude la Corte che nel caso di specie le ragioni di credito fiscale azionate dall'Amministrazione finanziaria non risultano definitivamente accertate, e l'Ente impositore non ha agito nei confronti del socio per far valere la sua (limitata) responsabilità

¹¹⁸ Cass. sez. V, 5.11.2021, n. 31904.

in quanto tale, **bensì gli ha indebitamente richiesto di rispondere di ogni onere tributario gravante sulla società.**

6. Cenni sulla natura delle responsabilità del liquidatore in caso di accertamento tributario.

Nel caso del liquidatore che anziché soddisfare le pretese del fisco non rispetti i gradi di privilegio per i creditori o ancora che distribuisca attivo ai soci, **la Cassazione Sez. VI - 5, con Ordinanza (ud. 15/12/2022) e depositata il 31/01/2023, n. 2906** ha avuto modo di stabilire sul punto che: *“in tema di riscossione, la responsabilità dei liquidatori e degli amministratori per le imposte non pagate con le attività della liquidazione, prevista dal D.P.R. n. 602 del 1973, art. 36, trova la sua fonte in un'obbligazione civile propria "ex lege" in relazione agli artt. 1176 e 1218 c.c., sicché, non avendo natura strettamente tributaria, a carico dei predetti non vi è alcuna successione o coobbligazione nei debiti tributari per effetto della cancellazione della società dal registro delle imprese”¹¹⁹.*

Non si è mancato di specificare che l'azione di responsabilità nei confronti del liquidatore verso i creditori ex art. 2495 c.c. si fonda sulla inosservanza degli obblighi suoi propri attinenti alla fase della liquidazione (ad esempio, rispettando i gradi di privilegio), mentre quella ex D.P.R. n. 602 del 1973, art. 36 è riconducibile agli artt. 1176 e 1218 c.c. ed integra una ipotesi di responsabilità propria *ex lege* (esercitabile solo se i ruoli in cui siano iscritti i tributi della società possano essere posti in riscossione e se sia acquisita legale certezza che i medesimi non siano stati soddisfatti con le attività della liquidazione) in funzione del prioritario soddisfacimento dei crediti tributari, sicché, estinta la società contribuente, non si realizza alcuna forma di successione nei confronti del liquidatore, ma sorgono ipotesi di responsabilità nuove e fondate su differenti presupposti, ancorché implicino l'esistenza della obbligazione tributaria. In ultima analisi, quello verso l'amministratore o liquidatore è credito dell'amministrazione finanziaria non strettamente tributario, ma più che altro civilistico, il quale trova titolo autonomo rispetto all'obbligazione fiscale vera e propria, costituente mero presupposto della responsabilità stessa (S.U. 2767 del 1989)¹²⁰.

In definitiva l'ex liquidatore della società risponde dei debiti tributari di quest'ultima nei limiti di legge, pertanto, non in quanto coobbligato solidale, bensì per fatto proprio.

¹¹⁹ Cass. sez. VI-V, 25.6.2019, n. 17020.

¹²⁰ Cass. sez. V, 19.11.2019, n. 29969, Cass. sez. V, 13.7.2012, n. 11968.

DIRITTO PENALE

IL PROVVEDIMENTO DEL GIUDICE DI PACE, CHE ACCERTA LA NULLITÀ DELLA NOTIFICAZIONE EX ART. 20 BIS DECRETO LEGISLATIVO 274/2000.

**Nota a sentenza Cassazione Sezioni Unite Penali (ud. 13/07/2023) dep. il 18/10/2023
n. 42603.**

Giarrizzo Mauro¹²¹

“nulla è impossibile a Dio (Luca 1,37)”

Con la sentenza in commento, le Sezioni Unite della Suprema Corte di Cassazione con arresto del 18/10/2023 n. 42603, nel dare ragione al Giudice di Pace di Livorno, rievocano, anche per i P.M., le norme del Codice di procedura Penale, che vietano, in modo chiaro e inequivocabile, il ricorso a impugnative richiamate con erronei provvedimenti di abnormità, contra le sentenze del Giudice di Pace che “applica(no) una pena diversa da quella pecuniaria”.

Il principio di tassatività, disposta per i mezzi di impugnazione, di cui al Decreto legislativo 274/2000, si rinviene nell’art. 36¹²². Lo stesso decreto legislativo 274/2000, all’art. 2¹²³

121Specialista in Professioni Legali

122[https://www.csm.it/documents/21768/112811/Decreto+Legislativo+28+agosto+2000+n.+274/18336a55-2f7d-438c-907a-455a0c28ec23#:~:text=particolari%20\(1\).-](https://www.csm.it/documents/21768/112811/Decreto+Legislativo+28+agosto+2000+n.+274/18336a55-2f7d-438c-907a-455a0c28ec23#:~:text=particolari%20(1).-)
Art.,dinanzi%20al%20giudice%20di%20pace. CAPO VI Disposizioni sulle impugnazioni. ARTICOLO N.36 Impugnazione del pubblico ministero. 1. Il pubblico ministero può proporre appello contro le sentenze di condanna del giudice di pace che applicano una pena diversa da quella pecuniaria. 2. Il pubblico ministero può proporre ricorso per cassazione contro le sentenze del giudice di pace.

123[https://www.csm.it/documents/21768/112811/Decreto+Legislativo+28+agosto+2000+n.+274/18336a55-2f7d-438c-907a-455a0c28ec23#:~:text=particolari%20\(1\).-](https://www.csm.it/documents/21768/112811/Decreto+Legislativo+28+agosto+2000+n.+274/18336a55-2f7d-438c-907a-455a0c28ec23#:~:text=particolari%20(1).-)
Art.,dinanzi%20al%20giudice%20di%20pace. ARTICOLO N.2 Principi generali del procedimento davanti al giudice di pace. 1. Nel procedimento davanti al giudice di pace, per tutto ciò che non è previsto dal presente decreto, si osservano, in quanto applicabili, le norme contenute nel codice di procedura penale e nei titoli I e II del decreto legislativo 28 luglio 1989, n. 271, ad eccezione delle disposizioni relative: a) all'incidente probatorio; b) all'arresto in flagranza e al fermo di indiziato di delitto; c) alle misure cautelari personali; d) alla proroga del termine per le indagini; e) all'udienza preliminare; f) al giudizio abbreviato; g) all'applicazione della pena su richiesta; h) al giudizio direttissimo; i) al giudizio immediato; l) al decreto penale di condanna. 2. Nel corso del procedimento, il giudice di pace deve favorire, per quanto possibile, la conciliazione tra le parti.

rimanda alle norme del Codice di Procedura Penale per quanto applicabili. È l'art. 568 C.P.P.¹²⁴ che decide i mezzi di impugnazione.

Il giudice di pace, quando decide su una citazione a giudizio immediata, ex art. 20 bis Decreto legislativo 274/2000, può disporre la trasmissione al PM per la successiva notificazione, stante il fatto che lo stesso giudice di pace non ha poteri di rinnovarla nel dibattimento. Infatti, "...omissis... Il d.lgs. n. 274 del 2000 regola solo l'impugnazione del pubblico ministero (art. 36), dell'imputato (art. 37) e del querelante che abbia adito il giudice con il ricorso immediato previsto dall'art. 21 (art. 38, quando la parte privata impugni "anche agli effetti penali" così mantenendo quel potere d'iniziativa anche sul piano sanzionatorio che aveva già esercitato con la citazione diretta dell'imputato a giudizio) non l'impugnazione esperibile dalla parte civile, come nel caso dell'odierna fattispecie. Ne consegue che, ai sensi dell'art. 2 del medesimo decreto (che rinvia, per quanto non diversamente previsto per i procedimenti davanti al Giudice di pace, alle norme del codice di procedura penale), deve farsi riferimento al disposto dell'art. 576 c.p.p., secondo il quale la parte civile può proporre impugnazione "ai soli effetti della responsabilità civile contro la sentenza di proscioglimento pronunciata nel giudizio"¹²⁵.

Gli Ermellini, rievocando lo storico percorso giuridico del "provvedimento abnorme" che ha portato alla decisione, con deposito del 18/10/2023, dando ragione al giudice di pace che in dibattimento non può che restituire gli atti al PM per nullità della notificazione.

124<https://www.brocardi.it/codice-di-procedura-penale/libro-nono/titolo-i/art568.html> art. 568: 1. La legge stabilisce i casi nei quali i provvedimenti del giudice sono soggetti a impugnazione e determina il mezzo con cui possono essere impugnati.

2. Sono sempre soggetti a ricorso per cassazione, quando non sono altrimenti impugnabili, i provvedimenti con i quali il giudice decide sulla libertà personale e le sentenze, salvo quelle sulla competenza che possono dare luogo a un conflitto di giurisdizione o di competenza a norma dell'articolo 28.

3. Il diritto di impugnazione spetta soltanto a colui al quale la legge espressamente lo conferisce. Se la legge non distingue tra le diverse parti, tale diritto spetta a ciascuna di esse.

4. Per proporre impugnazione è necessario avervi interesse.

4-bis. Il pubblico ministero propone impugnazione diretta a conseguire effetti favorevoli all'imputato solo con ricorso per cassazione.

5. L'impugnazione è ammissibile indipendentemente dalla qualificazione a essa data dalla parte che l'ha proposta. Se l'impugnazione è proposta a un giudice incompetente, questi trasmette gli atti al giudice competente.

“La materia delle impugnazioni del Pubblico Ministero è regolata da una serie di disposizioni (6/6)¹²⁶: - Art. 36 D.Lvo n. 274/2000 (Impugnazione del pubblico ministero):
1. Il pubblico ministero può proporre appello contro le sentenze di condanna del giudice di pace che applicano una pena diversa da quella pecuniaria ((ulteriore parte soppressa nel 2006)). 2. Il pubblico ministero può proporre ricorso per cassazione contro le sentenze del giudice di pace. - Art. 10, commi 1 e 3 del Codice Antimafia (D.Lvo n. 159/2011): 1. Il procuratore della Repubblica, il procuratore generale presso la corte di appello e l'interessato e il suo difensore hanno facoltà di proporre ricorso alla corte d'appello, anche per il merito. ... 3. Avverso il decreto della corte d'appello, è ammesso ricorso in cassazione per violazione di legge, da parte del pubblico ministero e dell'interessato e del suo difensore, entro dieci giorni. La Corte di cassazione provvede, in camera di consiglio, entro trenta giorni dal ricorso. Il ricorso non ha effetto sospensivo. ...omissis... Art. 593 cod. proc. pen. (segue) 1. Salvo quanto previsto dagli articoli 443, comma 3, 448, comma 2, 579 e 680, l'imputato può appellare contro le sentenze di condanna mentre il pubblico ministero può appellare contro le medesime sentenze solo quando modificano il titolo del reato o escludono la sussistenza di una circostanza aggravante ad effetto speciale o stabiliscono una pena di specie diversa da quella ordinaria del reato. ... omissis... Art. 593 cod. proc. pen. L'intervento della Corte Costituzionale. La Corte costituzionale, con sent. 24 gennaio-6 febbraio 2007, n. 26,, ha dichiarato: a) l'illegittimità dell'articolo 1 della legge n. 46 del 2006, nella parte in cui, sostituendo l'art. 593 del codice di procedura penale, esclude che il pubblico ministero possa appellare contro le sentenze di proscioglimento, fatta eccezione per le ipotesi previste dall'art. 603, comma 2, del medesimo codice, se la nuova prova è decisiva; b) l'illegittimità del comma 2 dell'art. 10 della stessa legge n. 46 del 2006, nella parte in cui prevede che l'appello proposto contro una sentenza di proscioglimento dal pubblico ministero prima della data di entrata in vigore della medesima legge è dichiarato inammissibile.”

I fatti: Il Giudice di pace di Livorno, con ordinanza resa all'udienza del 23 maggio 2022, ha dichiarato la nullità del decreto di citazione a giudizio emesso nei confronti di XXXX e XXXXX, imputati del reato di cui all'art. 14, comma 5-ter e comma 5-quater, d. lgs.25

¹²⁶https://www.ca.milano.giustizia.it/allegato_corsi.aspx?File_id_allegato=3886

luglio 1998, n. 286¹²⁷, oltre che di un terzo soggetto, XXXXX, imputato del reato di cui all'art. 10-bis dello stesso decreto legislativo. Il decreto legislativo 286/1998 è il “Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero”.

In merito, il Giudice, giusti suoi poteri, ha rilevato, per XXX, che la citazione a giudizio fu notificata presso il difensore di ufficio nonostante quest'ultimo, interpellato ai sensi dell'art. 162, comma 4-bis cod. proc. pen. - introdotto dalla legge 23 giugno 2017, n. 103 - , avesse rifiutato l'indicazione di domiciliatario; e, per XXX, che la citazione fu notificata al difensore di ufficio presso il cui studio professionale l'imputato aveva eletto domicilio e che però il difensore, come dallo stesso dichiarato all'udienza, non era stato interpellato per il necessario assenso alla domiciliazione ai sensi, ancora una volta, dell'art. 162, comma 4-bis cod. proc. pen., aggiungendo che, in ogni caso, dal verbale di identificazione redatto nei confronti di XXX risultava comunque un domicilio dichiarato.

La conseguenza, ex lege (art. 20 bis D.Lgs 274/2000 stante il fatto che detto articolo non prescrive la rinnovazione e trattandosi di penale non si può ricorrere all'analogia¹²⁸) giusta art. 14 preleggi, art. 25 Costituzione, e artt. 1 e 199 cp., la nullità delle citazioni a giudizio con la restituzione al PM per gli atti di propria competenza.

Il Procuratore della Repubblica presso il Tribunale di Livorno, ricevuti gli atti, ha proposto ricorso per cassazione deducendo l'abnormità dell'ordinanza che, dichiarata la nullità, che ha determinato la regressione del procedimento. Lo stesso PM, per un imputato, richiama la prevalente giurisprudenza di legittimità secondo cui, pur quando il difensore non presti l'assenso alla domiciliazione, le notifiche degli atti sono validamente effettuate con consegna di copia allo stesso difensore, secondo quanto previsto dall'art. 161, comma 4, cod. proc. pen. Ha quindi denunciato l'abnormità dell'impugnata ordinanza che ha determinato una irrimediabile stasi procedimentale, dal momento che la rinnovazione della notifica della citazione a giudizio non può che esser fatta con le stesse modalità di cui al menzionato art. 161, comma 4, già osservate. Mentre per altra posizione ha osservato che dalla lettura del verbale di identificazione, nomina del difensore ed elezione di domicilio

¹²⁷<https://www.normattiva.it/uri-res/N2Ls?urn:nir:stato:decreto.legislativo:1998-07-25;286>.

¹²⁸https://www.questionegiustizia.it/rivista/articolo/salti-mentali-analogia-e-interpretazione-nel-diritto-penale_580.php

si trae che il difensore di ufficio eletto domiciliatario, a tal fine interpellato, aveva prestato il consenso alla domiciliazione, con la conseguenza che la notifica era validamente effettuata. Mentre il difensore solo all'udienza ha dichiarato il non consenso alla domiciliazione.

Il ricorso investe la Prima Sezione della Corte di Cassazione che verificato il contrasto, lo ha rimesso alle Sezioni Unite della medesima Cassazione, il 31/01/2023, con due questioni rilevanti: 1) Se sia abnorme, e avulso del sistema processuale e idoneo a creare stasi procedurale, la nullità della citazione a giudizio dichiarata in dibattimento, ex art. 20- bis d.lgs. 274/2000, per vizi inerenti alla notificazione, e disponga la trasmissione degli atti al pubblico ministero.

In merito al primo punto, vi sono due orientamenti. Quello prevalente si esprime per l'abnormità, con ricorribilità per cassazione. L'abnormità sussisterebbe a condizione che il vizio della citazione afferisca al procedimento di notificazione, perché solo in tali ipotesi la restituzione degli atti è pronunciata in violazione delle norme del codice di rito che attribuiscono al giudice del dibattimento il potere di rinnovare la citazione e la sua notificazione e rimane estranea al sistema determinando una indebita regressione del procedimento, (combinato disposto degli artt. 484, comma 2-bis, 420-quater, comma 1 e 420, comma 2, cod. proc. pen.)¹²⁹; principio adottato anche dinanzi i Giudici di Pace a prescindere dalla modalità di instaurazione del giudizio.

L'altro orientamento (minoritario), dichiara che non è abnorme detto provvedimento di restituzione degli atti al P.M. in ragione della nullità del procedimento di notificazione del decreto di citazione¹³⁰, che ha escluso l'abnormità del provvedimento, poiché non possono essere qualificati "anomali" i provvedimenti che siano espressione dei poteri riconosciuti al giudice dall'ordinamento e che non determinino la stasi del procedimento, in virtù del principio di tassatività delle impugnazioni. Così facendo la Sezione Prima che ha rimesso alle Sezioni Unite ha definito l'esclusione dell'abnormità del provvedimento del giudice di pace, stante il combinato disposto degli artt. 20bis e 20ter D.Lgs 274/2000, non producendo alcuna irreversibile situazione di stallo.

¹²⁹ così Sez. U, n. 28807 del 29/05/2002, Manca, Rv. 221999.

¹³⁰ così: Sez. 2, n. 24633 del 17/07/2020, Bonculescu, Rv. 279668; Sez. 6, n. 9571 del 16/10/2019, dep. 2020, P., Rv. 278622; Sez. 1, n. 2263 del 14/05/2014, dep. 2015, Tahiri, Rv. 261998. Pronunce che hanno preso i natali da quanto statuito da Sez. U, n. 25957 del 26/03/2009, Toni e altri, Rv. 243590

La seconda situazione giuridica e cioè se debba procedersi alla notificazione dell'atto introduttivo del giudizio ai sensi dell'art. 157, ed eventualmente dell'art. 159, cod. proc. pen., o invece effettuarsi la notificazione allo stesso difensore ai sensi dell'art. 161, comma 4, cod. proc. pen., nel caso in cui l'imputato abbia eletto domicilio presso il difensore di ufficio, quest'ultimo non abbia prestato assenso alla domiciliazione secondo quanto disposto dall'art. 162, comma 4-bis, cod. proc. pen. e l'imputato non abbia provveduto a nuove e diverse elezioni di domicilio.

Se il difensore d'ufficio non presti l'assenso alla domiciliazione, l'atto va comunque notificato al medesimo difensore in forza del disposto dell'art. 161, comma 4, cod. proc. pen., per evitare che si determini una situazione di stallo non altrimenti superabile (giusta Sez. 2, n. 27935 del 03/05/2019, Betancur, Rv. 276214 e Sez. 2, n. 10358 del 14/01/2020 Romanov, Rv. 278427). Rifiuto che determina l'inidoneità del domicilio eletto e quindi determina la condizione per procedere alla notificazione mediante consegna di copia allo stesso (Sez. 5, n. 33882 del 04/05/2017, Moros Vega, Rv. 271609). Altro orientamento, invece, rendere inoperante la disposizione dell'art. 162, comma 4-bis, cod. proc. pen. eludendone la finalità, sicché, se il difensore non accetta la domiciliazione e l'imputato non provvede ad una nuova e diversa elezione di domicilio, si deve procedere mediante notifica secondo le disposizioni degli artt. 157 e 159 cod. proc. pen. (Sez. 1, n. 17096 del 09/03/2021, Austin, Rv. 281198; Sez. 5, n. 325856 del 14/06/2022, Stroe, Rv. 283566), causando dell'inefficacia della elezione, con radicale insussistenza della notificazione. In tal modo la disposizione dell'art. 162, comma 4-bis, cod. proc. pen. si inserisce coerentemente in un quadro normativo che rifugge da meccanismi presuntivi di conoscenza legati alla mera regolarità formale del procedimento di notificazione e garantisce «che l'assenza al processo dell'imputato sia ascrivibile ad una determinazione di rinuncia volontaria e non alle disfunzioni che possono crearsi nel rapporto professionale con un difensore di ufficio, destinatario di un'elezione di domicilio rifiutata e resa priva di efficacia, in linea con le argomentazioni e il principio di diritto espresso da Sez. U, n. 23948 del 28/11/2019, Ismail, Rv. 279420.

Il Procuratore generale ha depositato requisitoria con cui ha concluso con la richiesta di annullamento senza rinvio dell'ordinanza impugnata e di trasmissione degli atti al Giudice di pace di Livorno per dar corso alla rinnovazione di notificazione da parte del giudice del dibattimento e ha chiesto la declaratoria del principio di diritto: ove l'imputato elegga

domicilio presso il difensore d'ufficio e questi non accetti l'elezione, si deve procedere, se l'imputato non abbia provveduto ad effettuare una nuova e diversa elezione di domicilio, mediante notifica secondo le previsioni degli artt. 157 e 159 cod. proc. pen.

La Suprema Corte di Cassazione, analizzando il precedente legislativo e arrivando fino alla riforma Cartabia, ha voluto dare corso a nuovo indirizzo giurisprudenziale, rievocando l'importante differenza che esiste tra avvocato nominato d'ufficio e avvocato di fiducia. Differenza che appare di importanza monumentale, stante il fatto che il primo è nominato per dare impulso ex art. 24 Cost. alla prima difesa dell'imputato; il secondo sta nel fatto della fiducia comprovata dall'incarico affidato dal cliente imputato. È nella fiducia che viene posta la base della difesa, e il rifiuto di eleggere domicilio presso l'avvocato nominato d'ufficio va verso la giusta direzione che lo Stato Italia ha sottoscritto in primis con la CEDU, ma anche con altri importanti Convenzioni come quella sulle torture introdotto dalla legge 14/07/2017, n. 110, che ha previsto il delitto di tortura nell'ordinamento italiano, (giusta Cassazione Sez. 3 n. 32380).

La sentenza Toni non può operare in funzione di una restrizione dell'area dell'abnormità strutturale, ossia quando la regressione è disposta in carenza di potere e ex art. 173, comma 3, disp. att. cod. proc. pen., viene emesso il seguente principio di diritto: “il provvedimento con cui il giudice del dibattimento dichiara la nullità dell'atto di citazione a giudizio per vizi relativi alla sua notificazione e disponga la trasmissione degli atti al pubblico ministero è abnorme, perché avulso dal sistema processuale”.

Questo principio non può essere applicabile al ricorso portato in evidenza alle SS. UU., perché non applica l'art. 20 del D.lgs 274/2000, ma la citazione immediata, della Polizia Giudiziaria, è ex art. 20bis medesimo decreto legislativo che non consente al giudice del dibattimento di rinnovare esso stesso la citazione. Come argomentato dalle Sezioni Unite della Suprema Corte di Cassazione, la notificazione è atto che conduce alla conoscenza del procedimento penale. Vista con interesse dal sistema giuridico italiano, poiché lo Stato Italia, tra le tante Convenzioni internazionali sottoscritte e ratificate a mezzo legge nazionale, ha obbligo giuridico con la CEDU che all'art. 6, rubricato” *diritto a un equo processo*”, descrive le condotte che gli Organi dello Stato Italia, devono attuare. La notificazione è tra gli atti che portano a avere diritto a un equo processo!

La stessa nostra Costituzione, ex art. 111, ne dispone il riferimento, ma, giusta sentenza Corte Costituzionale n. 14/2023, i diritti inalienabili sono stati mercificati a semplice tantundem¹³¹ (Questa espressione ricorre nell'applicazione di diversi istituti nel nostro diritto civile. Essa designa in generale l'obbligazione di un soggetto che, avendo ricevuto una determinata quantità di danaro (o di altre cose fungibili), si obbliga a restituire non le stesse cose ma altrettante cose della stessa specie e qualità.), con la moneta avente corso di legalità: ti vaccini, ti ammali e muori... ti rimborsano € 77.000,00... la fungibilità in economia (meglio: denaro) di una docente! Lex mercatoria¹³². Poiché i diritti indisponibili, depositati in Costituzione, sono stati sdoganati, è auspicabile la protezione di norme di rango internazionali, ove i soggetti addetti ai lavori possano averne conoscenza!

La cosa che resta inspiegabile è come il PM, pur in carenza di mezzi di impugnazione dinanzi la Suprema Corte di Cassazione, abbia comunque adito con provvedimento fatto solo per aggirare le rigorose norme penali sul “principio della tassatività oggettiva” che ha dato origine all'importante sentenza di cui in commento!

Cosa dire: Poiché una delle parti resta senza essere condannata alle spese, (il PM che non ha voluto effettuare la ri-notificazione) stante il fatto che l'Erario dello Stato sborsa somme per procedure inutili, si auspica che la Corte dei Conti voglia recuperare il costo delle spese!

Nei fatti è il cittadino contribuente che, pur non ricevendo un servizio idoneo a degno della nostra cosiddetta civiltà giuridica, è costretto a dover sempre pagare!

¹³¹<https://www.brocardi.it/T/tantundem-eiusdem-generis.html> “Tantundem eiusdem generis”

Traduzione La stessa quantità (di cose) dello stesso genere.

¹³² <https://www.diritto.it/la-lex-mercatoria-definizione-e-caratteri/> La Lex mercatoria è un sistema di norme e regole di tipo consuetudinario, nate in forma spontanea tra gli appartenenti a determinati settori commerciali (ad esempio nel settore del credito, dei trasporti di merci o persone, delle assicurazioni, e più di recente nelle transazioni informatiche), finalizzato alla regolamentazione di rapporti contrattuali ed extracontrattuali aventi elementi di internazionalità.

DIRITTO DEI TRUST

**IL LEGITTIMARIO DEL DISPONENTE CHE RITIENE DI ESSERE LESO
NELLA QUOTA DI LEGITTIMA NON PUO' CHIEDERE LA NULLITA',
INESISTENZA, SIMULAZIONE O INVALIDITA' DEL TRUST DOVE E' EGLI
STESSO UN BENEFICIARIO *CONTINGENT*. È ESPERIBILE L'AZIONE DI
RIDUZIONE NEL CASO RICORRANO LE CONDIZIONI**

IL GUARDIANO NON È LITISCONSORZIO NECESSARIO

Nota a Sentenza del Tribunale di Salerno del 05 maggio 2023 n. 2340

*Gregorio Pietro D'Amato*¹³³

Sommario. 1 Fatti di causa. 2. Esito della Controversia 2.1 Mancanza di legittimazione passiva del Guardiano. 2.2 La meritevolezza e causalità del trust. 2.3 Infondatezza della censura della simulazione del trust. 2.4 Infondatezza della pretesa incapacità prevista dagli artt. 1425 e 428 c.c 2.5 Infondatezza della pretesa circonvenzione di incapace ex art. 643 c.p 2.6 Inesistenza la richiesta azione di riduzione. 2.7 Il rendiconto del trust. 3. Conclusioni

1. Fatti di causa

Con sentenza **del 04/05/2023 n 2340** il **Tribunale di Salerno** ha rigettato una azione intentata da uno dei beneficiari di un trust *contingent*, ossia con posizioni non ancora definite, che conveniva in giudizio dinanzi al Tribunale di Salerno sia il trustee del Trust che il Guardiano, e le cui richieste sono state nei confronti di quest'ultimi: *“dichiarare inesistente, nullo, simulato, invalido e, comunque, inefficace il trust costituito per notar .. - dichiarare e statuire che il Trust in parola e ogni altra disposizione patrimoniale apparentemente effettuata dal Disponente sono frutto di circonvenzione del medesimo di poi de cuius, versante in stato di incapacità naturale al momento della sua costituzione e, pertanto annullare ogni e qualsiasi disposizione pregiudizievole all'odierno erede del de cuius Disponente ed in ogni modo dichiarare in subordine, la lesione di legittima della quota ereditaria spettante ad esso odierno attore per le disposizioni dell'invalido ed inopponibile Trust, di cui in oggetto; - ordinare la presentazione del rendiconto da parte del Trustee”*

L'attore esponeva di essere figlio del Disponente, deceduto in Salerno il 2016 e di avere scoperto, rientrato dall'estero, dove risiede, che tutto il patrimonio del defunto genitore era

¹³³ Direttore Scientifico- dottore commercialista -revisore contabile- curatore fallimentare - giornalista

stato destinato per ben 45 anni in un trust denominato “Trust.....”, essendo di fatto il padre stato spogliato di tutti i suoi averi benché al momento della redazione dello stesso egli avesse già 80 anni e fosse gravemente malato.

Il trust, peraltro, disponeva che beneficiari sarebbero stati oltre all'attuale attore e sorella di questi i nipoti del disponente.

L'attore lamenta quale elementi di sospetto della genuinità del trust, l'esistenza di debiti del Disponente antecedenti alla istituzione del trust, la completa espiazione del Disponente di tutti i suoi averi, l'avanzata età del “guardiano” del trust, i rapporti tra la parte disponente ed il trustee (zio e nipote), i rapporti tra le parti guardiano e trustee (madre e figlio), le pessime condizioni di salute del Disponente, la sostanziale diseredazione dei figli legittimi del Disponente, la lunghissima durata del trust ben oltre la vita non solo del disponente, ma anche della normale aspettativa dei figli, la gratuità della disposizione in favore del trust, la acausalità della disposizione.

Tra le innumerevoli osservazioni avanzate da parte dell'attore per la richiesta di nullità del trust, di cui:

- i. contrastante con il principio di responsabilità patrimoniale del debitore;
- ii. la inefficacia del trust per “simulazione e lesione di legittima”;
- iii. l'annullabilità del medesimo per la incapacità naturale del *de cuius* disponente, sussistendo i requisiti del grave pregiudizio a carico dell'incapace e della malafede dell'altro contraente.

Avverso le osservazioni dell'attore si costituivano sia il Trustee che il Guardiano e deducevano che il *de cuius* Disponente era rientrato in Italia nel 2004 dopo aver trascorso numerosi anni in Germania dove ancora risiedono il figlio e l'ex coniuge, precisando che dopo la separazione il figlio non aveva mantenuto alcun rapporto con il padre, abbandonandolo completamente nonostante fosse affetto da un patologia ... purtroppo in via di terminale.

I convenuti contestavano altresì la legittimazione passiva sia del Trustee e Guardiano per essere stati convenuti come persone fisiche e che nei giudizi di nullità o inefficacia del trust l'unico legittimato passivo è il disponente laddove il trustee potrebbe essere invocato in giudizio solo come “terzo proprietario” dei beni.

Escludevano, poi, i convenuti, che il trust potesse essere ritenuto nullo per lesione pretesa di legittima, perché il legittimario leso può sempre agire in riduzione ed aggredire le disposizioni lesive della integrità della sua quota di riserva.

Va rilevato che nel corso della controversia è emerso che lo schema di trust delineato con l'allegato atto pubblico prevedeva la devoluzione dei beni al trust, con piena facoltà di gestione al trustee, che sarebbe poi stato tenuto ad assegnare, al termine del trust, i beni al medesimo devoluti ed i frutti prodotti dagli stessi, ai beneficiari del trust.

I beneficiari del reddito del trust erano individuati nello stesso disponente (e, in caso di premorienza, in un nipote del Disponente ed in caso di sua scomparsa, dei suoi discendenti, nonché gli ulteriori loro discendenti.

Così nella medesima data con atto separato sono stati devoluti beni immobili del Disponente.

I beneficiari finali del trust erano individuati nello stesso disponente se ancora in vita, altrimenti, in ragione della quota disponibile di 1/3, un suo nipote o i suoi discendenti; ulteriori beneficiari finali, al termine del trust, ma nei limiti della quota residua, erano individuati nei figli del disponente, una figlia e il fratello dell'odierno attore.

Il guardiano del trust era individuato in altra persona sorella del Disponente.

2. Esito delle Controversia

2.1. Mancanza di legittimazione passiva del Guardiano.

Con tale arresto, condivisibile in alcuni aspetti e pregevole in materia di Trust, il Tribunale di Salerno in via preliminare ha accolto l'eccezione del **difetto di legittimazione passiva** fondata solo per quanto riguarda la posizione della convenuta n.q. di Guardiano del trust, in quanto non ha poteri di disposizione dei beni, ma solo di mero controllo dell'operato del trustee.

Il Tribunale a tal fine ed in continuità con gli arresti della Suprema Corte di Cassazione dove a più riprese ed anche di recente ha ribadito che, nei rapporti con i terzi, è il solo trustee il soggetto legittimato passivamente rispetto alle azioni che interessino il trust.

E questo sia che l'azione afferisca con riguardo alla azione **di riduzione che all'azione revocatoria**.

Il trust, come noto, è un ente privo di personalità giuridica, costituendo un mero insieme di beni e rapporti destinati ad un fine determinato, formalmente intestati al trustee, il quale è l'unico soggetto che, nei rapporti con i terzi, è titolare dei diritti conferiti nel patrimonio vincolato e costituisce, quindi, l'unica persona di riferimento con i terzi, non quale legale rappresentante, ma quale soggetto che dispone del diritto, sia pure in funzione della realizzazione del programma stabilito dal disponente nell'atto istitutivo a vantaggio del o dei beneficiari¹³⁴. Al riguardo la S.C. ha infatti evidenziato che l'interesse alla corretta amministrazione del patrimonio in trust non integra una posizione di diritto soggettivo attuale in favore dei beneficiari, ai quali sono attribuite dall'atto istitutivo soltanto facoltà, non connotate da realtà, assoggettate a valutazioni discrezionali del trustee; in particolare è stato precisato che nell'azione revocatoria ordinaria avente ad oggetto l'atto di dotazione di un bene in "trust" (come nel caso di specie), poiché l'estensione del litisconsorzio necessario è proiezione degli elementi costitutivi della fattispecie, il beneficiario è litisconsorte necessario soltanto nel caso in cui tale atto sia stato posto in essere a titolo oneroso (il che non è stato rilevato da nessuna parte nel caso in esame), dal momento che, solo in questa ipotesi, lo stato soggettivo del terzo rileva quale elemento costitutivo della fattispecie¹³⁵; il trustee, invece, è sempre litisconsorte necessario, in quanto (come detto) unico soggetto di riferimento nei rapporti con i terzi¹³⁶.

In particolare, la sentenza del tribunale di Salerno ha dato continuità all'interpretazione nomofilattica resa con l'ultimo arresto della Cassazione n. **5073/2023**¹³⁷ in cui è stato

¹³⁴ Cass. civ., Sez. VI - 3, Ord., (data ud. 21/11/2019) 26/05/2020, n. 9648Cass. 19376/2017; Cass. 2043/2017; Cass. 12718/2017; Cass. 25478/2015.

¹³⁵ Cass. 13388/2018.

¹³⁶ In: Il Quotidiano Giuridico in IPSOA del 09/11/2018 di G.P. D'Amato **“Trust: i beneficiari non titolari di diritti attuali non sono legittimati nella revocatoria.** *La Cassazione civile, con l'ordinanza n. 9637/2018, ha stabilito che la valutazione astratta della meritevolezza di tutela è stata compiuta, una volta per tutte, dal legislatore con la legge 16 ottobre 1989, n. 364 (Ratifica ed esecuzione della convenzione sulla legge applicabile ai trusts e sul loro riconoscimento, adottata a L'Aja il 1° luglio 1985). Infatti, riconoscendo piena validità alla citata convenzione de L'Aja, ha dato cittadinanza nel nostro ordinamento, se così si può dire, all'istituto, per cui non è necessario che il giudice provveda di volta in volta a valutare se il singolo contratto risponda al giudizio previsto dal citato art. 1322 c.c. Ribadendo l'orientamento della stessa Corte con il precedente n. 19376/2017 in cui ha affermato che l'interesse alla corretta amministrazione del patrimonio in trust non integra una posizione di diritto soggettivo attuale in favore dei beneficiari ai quali siano attribuite dall'atto istitutivo soltanto facoltà, non connotate da realtà, assoggettate a valutazioni discrezionali del trustee; conseguentemente, deve escludersi che i beneficiari non titolari di diritti attuali sui beni siano legittimati passivi e litisconsorti necessari nell'azione revocatoria avente ad oggetto i beni conferiti nel trust, spettando invece la legittimazione, oltre che al debitore, al trustee, in quanto unico soggetto di riferimento nei rapporti con i terzi”.*

¹³⁷ Cass. civ., Sez. II, Ord., (data ud. 18/01/2023) 17/02/2023, n. 5073.

precisato che, in caso di trust *inter vivos* con effetti *post mortem* di tipo discrezionale - nel quale, cioè, l'individuazione dei beneficiari e/o la determinazione dell'entità delle quote loro spettanti è rimessa alla discrezionalità del trustee - la tutela dei diritti successori dei legittimari nei confronti del relativo atto istitutivo e dei successivi atti di conferimento è assicurata non già dal mancato riconoscimento del trust - in conseguenza della sua nullità per contrasto con l'ordine pubblico interno, ai sensi dell'art. 13 della Convenzione dell'Aja del 1° luglio 1985, resa esecutiva in Italia con L. n. 364 del 1989 - bensì dall'azione di riduzione, i cui legittimati passivi devono individuarsi nei beneficiari, ove il trustee **abbia già eseguito il programma del disponente**, dando corso alle relative disposizioni patrimoniali (ovvero allorquando i beneficiari medesimi siano comunque individuabili con certezza), e **nel trustee nella contraria ipotesi in cui il trust non abbia ancora avuto esecuzione** (oltre che nel C.D.. trust di scopo, nel quale manca una specifica individuazione dei beneficiari).

L'interesse alla corretta amministrazione del patrimonio in trust non integra una posizione di diritto soggettivo attuale in favore dei beneficiari ai quali siano attribuite dall'atto istitutivo soltanto facoltà, non connotate da realtà, assoggettate a valutazioni discrezionali del trustee; conseguentemente, deve escludersi che i beneficiari non titolari di diritti attuali sui beni siano legittimati passivi e litisconsorti necessari nell'azione revocatoria avente ad oggetto i beni conferiti nel trust, spettando invece la legittimazione, oltre che al debitore, al trustee, in quanto unico soggetto di riferimento nei rapporti con i terzi¹³⁸.

Deve, dunque, escludersi, rispetto alla spiegata azione, la sola legittimazione passiva del Guardiano e, altresì, è esclusa la sussistenza di un litisconsorzio necessario degli ulteriori beneficiari, non godendo, essi, di diritti attuali sui beni devoluti al trust.

Non si palesa, a ben vedere, ammissibile, la domanda di nullità del trust per pretesa violazione dell'art. 2740 c.c. e per il preteso effetto distorsivo di privare i creditori della garanzia patrimoniale generica: rispetto a siffatta doglianza l'attore, quale legittimario del Disponente, non ha alcun interesse, non rivestendo la qualità di creditore del *de cuius*.

2.2. La meritevolezza e causalità del trust.

¹³⁸ Cassazione civile, sez. III, 19/04/2018, n. 9637. Cassazione civile, sez. III, 03/08/2017, n. 19376 e C App. di Milano Sez. 4 del 15/06/2023 n. 1978. Corte appello, L'Aquila sez. I, 31/07/2020.

Il Tribunale di Salerno, altresì, rigettato la lamentata acausalità del trust, posto che il negozio di trasferimento dei beni al trustee trova la propria causa nell'attuazione delle finalità del trust in quanto la stessa regolamentazione legislativa dell'istituto del trust postula il riconoscimento della meritevolezza degli interessi tutelati dal richiamato strumento giuridico e dei fini che esso, tramite il sistema della segregazione patrimoniale, consente di perseguire.

Così non ha pregio la doglianza dell'elevata durata del trust essendo perfettamente in linea con la causa stessa del trust, perché, se esso esaurisse i propri effetti prima della morte del disponente, sortirebbe l'effetto di far conseguire i beni del trust allo stesso disponente, svuotandosi di ogni funzione.

2.3 Infondatezza della censura della simulazione del trust.

Scrutinando le ulteriori censure dell'attore, che va ricordato è il legittimario del Disponente e beneficiario a valle dello stesso trust, per la dedotta nullità per simulazione del trust, in quanto a detta dell'attore sarebbe stato costituito, per eludere pretese creditorie di terzi e ledere i diritti dei legittimari.

Nel rigettare il Tribunale di Salerno tale ulteriore censura ed in particolare l'azione di simulazione (assoluta o relativa) la giurisprudenza ha stabilito che dà luogo al litisconsorzio necessario fra tutti i partecipanti all'accordo simulatorio, giacché l'accertamento da svolgere comporta il mutamento della situazione giuridica unica e necessariamente comune a tutti i soggetti che hanno concorso a realizzare la fattispecie apparente, nei confronti dei quali la sentenza che accerta la simulazione è destinata a spiegare i suoi effetti¹³⁹.

2.4 Infondatezza della pretesa incapacità prevista dagli artt. 1425 e 428 c.c.

Ulteriormente il Tribunale ha affrontato la lamentata domanda di annullamento del trust per pretesa incapacità del Disponente prevista dagli artt. 1425 e 428 c.c. e quella di nullità del negozio per contrasto con norma imperativa, essendo il contratto frutto di circonvenzione di incapace.

¹³⁹ Secondo un orientamento oggi consolidato Cass. n. 22054-04, Cass. n. 8957-14, Cass. n. 13145-17; Cass. civ., Sez. Unite, Ord., (data ud. 22/06/2021) 17/09/2021, n. 25163.

Parimenti le lamentele così avanzate sono state rigettate con motivazione condivisibile, in quanto nell'ipotesi di annullabilità per incapacità di intendere e volere del disponente, è noto che l'art. 428 c.c. dispone che: *“Gli atti compiuti da persona che, sebbene non interdetta, si provi essere stata per qualsiasi causa, anche transitoria, incapace d'intendere o di volere al momento in cui gli atti sono stati compiuti, possono essere annullati su istanza della persona medesima o dei suoi eredi o aventi causa, se ne risulta un grave pregiudizio all'autore. L'annullamento dei contratti non può essere pronunciato se non quando, per il pregiudizio che sia derivato o possa derivare alla persona incapace d'intendere o di volere o per la qualità del contratto o altrimenti, risulta la malafede dell'altro contraente”*.

Mentre l'art. 1425 c.c., poi, dispone: *“Il contratto è annullabile se una delle parti era legalmente incapace di contrarre.*

È parimenti annullabile, quando ricorrono le condizioni stabilite dall'articolo 428, il contratto stipulato da persona incapace di intendere o di volere”.

La domanda di annullamento ex art. 428 – 1425 c.c., come noto, presuppone la prova dell'incapacità di intendere e di volere della parte al momento della conclusione dell'accordo, non essendo a tal fine sufficiente la mera suggestionabilità o debolezza psichica¹⁴⁰.

L'accoglimento della domanda di annullamento del contratto ai sensi degli artt. 428 e 1425 c.c., avente fondamento sulla dedotta sussistenza di una incapacità naturale transitoria, pone a carico della parte che tale domanda propone la prova particolarmente rigorosa di detta incapacità e, dunque, l'offerta di mezzi idonei atti a dimostrare che, al momento della conclusione del contratto, le facoltà intellettive e volitive del contraente erano compromesse al punto di impedire la formazione di una volontà cosciente¹⁴¹.

Il Tribunale di Salerno richiamando sia arresti di merito che di legittimità secondo l'insegnamento della giurisprudenza, ai fini della sussistenza dell'incapacità di intendere e di volere, costituente causa di annullamento del contratto ex art. 428 c.c. , non occorre che la parte sia in uno stato patologico tale da far venir meno, in modo totale e assoluto, le proprie facoltà psichiche, intellettive e volitive, ma è sufficiente che tali facoltà siano

¹⁴⁰ Tribunale Milano, Sez. spec. Impresa, 04/04/2022, n. 2913.

¹⁴¹ Tribunale Roma, Sez. XVII, Sentenza, 09/02/2023, n. 2226.

perturbate al punto da impedire la formazione di una volontà cosciente ed una seria valutazione del contenuto e degli effetti del negozio. La prova di tale stato menomativi può essere fornita con ogni mezzo, anche in base ad indizi e presunzioni, che anche da soli, se del caso, possono essere decisivi per la sua configurabilità, essendo il giudice libero di utilizzare, ai fini del proprio convincimento, anche le prove raccolte in un giudizio intercorso tra le stesse parti o tra altre¹⁴².

Invero, l'incapacità naturale, causa dell'annullamento del negozio, non esige l'incapacità totale ed assoluta del soggetto in quanto il legislatore protegge già chi, anche per stato di mente transeunte grandemente scemato, non sia stato in grado di formarsi una volontà cosciente sul contratto. La prova normalmente poggia su indizi e presunzioni¹⁴³.

Il Tribunale anche sulla scorta di tali rigorosi elementi e specificamente richiamati nella motivazione per l'incapacità ne ha rigetto la richiesta in quanto l'attore assumeva che il proprio genitore, al momento della costituzione del trust fosse affetto, sin da tre anni prima del decesso, da una sindrome “che senza dubbio *iam illo tempore* ne minava grandemente la capacità di autodeterminazione”.

Tuttavia, poiché la “perturbazione” della capacità di intendere e volere non può desumersi *sic et simpliciter* dalla avanzata età del disponente né dal fatto che egli fosse afflitto da una patologia ..., avrebbe costituito onere dell'attore dare evidenza della dedotta circostanza, anche a mezzo presunzioni.

A norma dell'art. 428, comma 2, c.c., l'annullamento dei contratti non può essere pronunciato se non quando, per il pregiudizio che sia derivato o possa derivare alla persona incapace d'intendere o di volere o per la qualità del contratto o altrimenti, risulti la malafede dell'altro contraente.

È stato, al riguardo, statuito dalla Suprema Corte che, ai fini dell'annullamento del contratto per incapacità naturale a differenza di quanto previsto per l'annullamento dell'atto unilaterale non rileva, di per sé, il pregiudizio che il contratto provochi o possa provocare all'incapace, poiché tale pregiudizio rappresenta solamente un indizio della malafede dell'altro contraente.

¹⁴² Tribunale, Bari, sez. II, 03/01/2022, n. 6.

¹⁴³ Cassazione civile, sez. lav., 17/02/2021, n. 4176.

La diversità di disciplina contenuta nell'art. 428 c.c. sottende la differente rilevanza sociale degli atti unilaterali rispetto a quella dei contratti, poiché nei primi è preminente l'interesse dell'incapace a controllare le conseguenze degli atti compiuti, mentre nei secondi è prioritario l'interesse alla certezza del contratto e alla tutela dell'affidamento della controparte che, non essendo in malafede, abbia confidato nella sua validità¹⁴⁴.

2.5 Infondatezza della pretesa circonvenzione di incapace ex art. 643 c.p..

Parimenti è stata disattesa e rigetta la censura per il dedotto profilo di nullità del trust per pretesa intervenuta circonvenzione di incapace, giova rammentare che il contratto stipulato per effetto di circonvenzione d'incapace è nullo, ai sensi dell'art. 1418 c.c., per contrasto con norma imperativa (ossia l'art. 643 c.p.).

Il Tribunale ha evidenziato che ai fini della declaratoria di nullità del contratto, ove non sia intervenuto giudicato penale, il giudice civile può accertare in via autonoma *ed incidenter tantum* l'effettiva sussistenza del reato di circonvenzione nei suoi elementi costitutivi, ossia: 1. un rapporto evidentemente squilibrato fra vittima ed agente, tale da porre quest'ultimo nelle condizioni di manipolare la volontà della vittima, incapace di opporre alcuna resistenza per l'assenza o la diminuzione della capacità critica; 2. l'induzione a compiere un atto che importi per la vittima un effetto giuridico dannoso; 3. l'abuso dello stato di vulnerabilità mediante lo sfruttamento della debolezza della vittima al fine di procurare a sé o ad altri un profitto; d) l'oggettiva riconoscibilità della minorata capacità, in modo che chiunque possa abusarne per raggiungere i suoi fini illeciti¹⁴⁵.

Per la controversia invece è intervenuto, tra l'altro, non un giudicato penale ma addirittura il procedimento penale che risulta archiviato dal g.i.p. ex art. 409 c.p.c., co. 5, proprio alla luce della evanescenza della pretesa incapacità di intendere e volere del disponente¹⁴⁶.

¹⁴⁴ Cass. n. 29962/2022; Cass. civ., Sez. II, Ord., (data ud. 30/05/2023) 11/07/2023, n. 19630.

¹⁴⁵ Tribunale Milano, Sez. spec. Impresa, 04/04/2022, n. 2913.

¹⁴⁶ S.v per lo stesso Trust il commento G.P. D'AMATO in: "Il Quotidiano Giuridico del 28/07/2017 in Ipsoa **Ordinanza di archiviazione del 3 luglio 2017 il GIP di Salerno**. Il trust non determina automaticamente la violazione dell'art. 643.c.p Il delitto di cui all'art. 643 c.p. richiede che sia accertato un abuso dello stato di infermità o di deficienza della persona indotta a compiere un atto dannoso per sé o per altri e l'istituzione di un trust non ne determina automaticamente la violazione senza la prova certa della circonvenzione d'incapace. Inoltre, è da ritenersi altresì inammissibile l'azione in tema di delitto di circonvenzione di persone incapaci il terzo eventualmente danneggiato in conseguenza degli atti dispositivi compiuti all'incapace medesimo non assume la veste di persona offesa, che spetta soltanto all'incapace circonvenuto.

2.6 Inesistenza la richiesta azione di riduzione.

Ulteriore rigetto va evidenziato dal Tribunale di Salerno in merito all'azione di riduzione per lesione della legittima dove ha correttamente osservato che il legittimario che agisce **ha l'onere di indicare i limiti in cui la riserva di legittima è stata lesa, ciò individuando con esattezza sia la massa ereditaria sia la quota violata.** Tale obbligo ovviamente non sussiste nel caso in cui il legittimario sia stato del tutto pretermesso dalle disposizioni testamentarie in quanto in tal caso la violazione nei suoi confronti è lampante¹⁴⁷.

Anzi nel caso in esame, addirittura, parte convenuta ha dimostrato e provato che all'attore oltre ad essere stati donati in vita dei beni e da questi non indicati vi era altresì altri legittimari che dovevano essere considerati e che i beni ricevuti avrebbero valore nettamente superiore ai beni devoluti in Trust.

Va, dunque, osservato che, sebbene l'attore in riduzione, che si dichiara totalmente pretermesso, non sia, di regola, tenuto ad indicare con precisione i beni della massa ereditaria ed a quantificare l'entità della lesione – dipendente, come è chiaro, anche dal numero di legittimari - (discendendo la evidenza della lesione dalla stessa totale pretermissione), in caso di contestazione **della pretermissione, dovrebbe costituire onere della parte attrice dare evidenza della effettiva consistenza dell'asse relitto.**

Anche a non voler per assurdo tener conto della possibile esistenza di altri legittimari, avendo sempre parte convenuta allegato e provato, in particolare, l'esistenza di beni relitti ulteriori in capo al *de cuius*, ritiene il Tribunale che cada anche il postulato della completa pretermissione dell'attore, con conseguente risorgere **dell'onere di precisa indicazione della composizione dell'asse relitto, del suo valore patrimoniale e della entità della lamentata lesione.**

In tal senso richiama il Tribunale di Salerno anche la Suprema Corte (cfr. **Cassazione civile sez. II, 17/02/2023, (ud. 18/01/2023, dep. 17/02/2023), n.5073**), ove si legge: *“Come riferito nelle pronunce emesse nei gradi di merito, non risulta che sia stato conferito nel trust l'intero patrimonio del de cuius, il che sottende che vi siano altri beni caduti in successione, di cui però non si indica né la consistenza né l'ammontare, potendosi*

¹⁴⁷ Tribunale Benevento, sez. I, 09/06/2022, n. 1385.

peraltro anche ipotizzare che, avuto riguardo ai beni destinati ad essere oggetto di riunione fittizia, le ragioni dell'attrice quale legittimaria ben potrebbero trovare soddisfacimento anche sulla base dei soli beni relitti. Peraltro, ed in relazione al caso in esame, non può però sostenersi che sia stata offerta la prova che gli atti impugnati abbiano effettivamente pregiudicato la quota di riserva”.

Rispetto agli atti di devoluzione dei propri beni al trust (atti che, per pacifica giurisprudenza hanno valore di liberalità non donative), agisce per la declaratoria di inefficacia di donazioni – *rectius* liberalità non donative – fatte anche a persone non chiamate come coeredi: come chiarito, infatti, sopra, i beneficiari del trust sono anche soggetti non legittimari né vi è stata istituzione ereditaria testamentaria (essendo la successione aperta *ab intestato*), di tal ch  deve ritenersi che per la proposizione dell'azione di riduzione l'attore avrebbe dovuto previamente accettare l'eredit  con beneficio di inventario.

Il legittimario che agisca in riduzione come stabilito dal Tribunale di Salerno con l'arresto in commento, ha l'onere di precisare entro quali limiti sia stata lesa la sua quota di riserva, indicando gli elementi patrimoniali che contribuiscono a determinare il valore della massa ereditaria nonch , di conseguenza, quello della quota di legittima violata¹⁴⁸.

Secondo il pi  recente e condivisibile orientamento della Corte, l'onere di allegazione   soddisfatto una volta che, richiamata la quota di legittima prevista per legge, il legittimario assuma che, per effetto delle disposizioni testamentarie ovvero in conseguenza delle donazioni, come nel caso di specie, poste in essere in vita in favore di altri soggetti, ed al netto di quanto ricevuto dall'erede, residui una lesione.

Non pu , invece, imporsi anche la quantificazione in termini di valore dei vari elementi destinati ad essere presi in considerazione ai fini della precisazione del *relictum* e del *donatum*, n  che l'individuazione della lesione debba avvenire in termini aritmetici con una sua precisa indicazione numerica, essendo viceversa sufficiente che si sostenga che, proprio alla luce del complesso assetto patrimoniale del defunto, quale scaturente dalle vicende successorie, il valore attivo pervenuto al legittimario sia inferiore a quanto gli compete per legge.

¹⁴⁸ Cass. civ., Sez. II, Ord., (data ud. 01/12/2022) 16/12/2022, n. 36990.

Il giudice deve procedere alle operazioni di riunione fittizia prodromiche al riscontro della lesione sulla base delle indicazioni complessivamente provenienti dalle parti, nei limiti processuali segnati dal regime delle preclusioni per l'attività di allegazione e di prova¹⁴⁹

Eventuali carenze riguardo all'effettiva esistenza delle componenti patrimoniali destinate ad incrementare il *relictum o il donatum*, assumono rilievo soprattutto ai fini del rigetto della domanda o del suo accoglimento in misura inferiore rispetto a quanto richiesto, risolvendosi sul diverso piano del soddisfacimento dell'onere della prova¹⁵⁰.

Come del resto chiarito dalla Cassazione a cui si riporta il Tribunale di Salerno ove alla morte del disponente il trust abbia avuto completa esecuzione, il legittimato passivo dell'eventuale azione di riduzione sarà il beneficiario finale.

Mentre in ipotesi di trust ancora "in esecuzione" l'azione andrà rivolta nei confronti del trustee. Il beneficiario è del pari legittimato in caso di trust non ancora completamente eseguito, ma sia certa la sua individuazione, perché in ipotesi già operata dal disponente, essendo in tal caso solo differito il momento della concreta attribuzione del vantaggio al beneficiario stesso.

Tale conclusione non convince del tutto in quanto, in tal caso il legittimario leso, per la natura (*contingent già individuato*) e qualificazione del trust (discrezionale) si ritiene che potrà agire in riduzione aggredendo immediatamente le attribuzioni liberali delle quali è avvantaggiato l'altro beneficiario, e quindi, si ritiene solo se il trustee abbia conferito dei beni al beneficiario medesimo (e da questi ritenuti in misura lesiva) o ad altri quali beni finali ma non del reddito, senza quindi dover attendere l'attivazione del trustee, la cui partecipazione al giudizio di riduzione sarebbe giustificata al fine solo di renderne al medesimo opponibile l'esito.

Pertanto, nel caso di trust discrezionali l'azione di riduzione può essere esperita nel corso della durata del trust contro i beneficiari che abbiano già ottenuto la distribuzione e dunque si siano già "arricchiti" o allo stesso legittimario che si senta leso dalla attribuzione effettuata in suo favore dal Trustee.

¹⁴⁹ Cass. 18199/2020.

¹⁵⁰ Cass. 28272/2018; Cass. 18199/2020.

Resta invece ferma la legittimazione del trustee, oltre che nei cd. trust di scopo, nei quali manca una specifica individuazione dei beneficiari, nel caso di trust discrezionale, che non abbia ancora ricevuto attuazione, dovendosi contemperare la certezza dell'esistenza di una liberalità lesiva, con l'incertezza del beneficiario finale, senza però che ciò possa andare a discapito del legittimario che intenda perseguire il proprio diritto alla quota di riserva.

2.7 Il rendiconto del trust.

L'ultima parte della sentenza del Tribunale di Salerno attiene alla domanda di esibizione del conto rivolta nei confronti del convenuto trustee, e che seguirà un procedimento separato. Per tale valutazione operata dal Tribunale si deve evidenziare che il procedimento di rendiconto, basato sul presupposto dell'esistenza dell'obbligo legale o negoziale di una delle parti di rendere il conto all'altra (facendo conoscere il risultato della propria attività in quanto influente nella sfera di interessi patrimoniali anche altrui), si ricollega all'esistenza di un rapporto di natura sostanziale. In merito a tale evidenza del Tribunale di Salerno non convince del tutto tale conclusione in quanto **si deve rilevare che: ai sensi dell'art. 2 della Convenzione de L'Aia¹⁵¹ è previsto che:**

“Ai fini della presente Convenzione, per trust s'intendono i rapporti giuridici istituiti da una persona, il costituente - con atto tra vivi o mortis causa - qualora dei beni siano stati posti sotto il controllo di un trustee nell'interesse di un beneficiario o per un fine specifico.

Il trust presenta 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**”.*

Pertanto, per le previsioni della Convenzione il **trustee è investito del potere e onerato dell'obbligo, di cui deve rendere conto, di amministrare, gestire o disporre beni**

¹⁵¹ Legge 16 ottobre 1989, n. 364: Ratifica ed esecuzione della convenzione sulla legge applicabile ai trusts e sul loro riconoscimento, adottata da L'Aja il 1° luglio 1985. (Pubblicata nel Suppl. Ord. alla G.U. n. 261 del 8 novembre 1989)

secondo i termini del trust in ragione di ciò, va detto che il rendiconto unitamente alle disposizioni ed ai sensi delle disposizioni dell'atto istitutivo del trust in questione.

Pertanto, il trustee ha il dovere di fornire a chi ne abbia diritto (secondo le disposizioni della legge applicabile al trust e delle sue norme dell'atto istitutivo) le informazioni circa l'attività di gestione e amministrazione svolta dal trustee medesimo¹⁵².

Tale obbligo informativo, in particolare, concerne gli atti di gestione posti in essere e la trasformazione giuridica o materiale che – per effetto di detti atti di gestione – il patrimonio

¹⁵² Cfr. Court of appeal e High court [Nuova Zelanda] Auckland, 22 dicembre 2003, in Trust, 2006, 428, secondo cui «nel caso di un trust discrezionale in cui il trustee può liberamente scegliere, nell'ambito di una classe, quali soggetti beneficiare, i beneficiari, pur vantando una mera aspettativa, hanno comunque diritto di ricevere informazioni sull'amministrazione del trust, onde confrontarne la corrispondenza con i termini dell'atto istitutivo; questo diritto, tuttavia, può essere compresso dal giudice quando vi siano particolari ragioni che suggeriscano una riservatezza di tipo personale o commerciale; oppure quando ciò è giustificabile in base alla particolare natura dell'interesse dei beneficiari; o quando si tratti di evitare gli effetti indesiderati che dall'eventuale divulgazione potrebbero derivare nei confronti del trustee, dei beneficiari o di terze persone; ma anche in base a valutazioni aventi ad oggetto l'opportunità di divulgare interamente o parzialmente i documenti ovvero la necessità di imporre limitazioni al loro uso ovvero, nei trust di famiglia, onde evitare che, a seguito di una tale informativa, si inaspriscano i rapporti tra il trustee ed i beneficiari, o tra questi ultimi»; Court of appeal [Gran Bretagna] Jersey, 10 settembre 2004, in Trust, 2006, 282, secondo cui «l'autorità giudiziaria può ordinare la divulgazione di documenti inerenti il trust e la sua gestione qualora, dopo aver verificato gli interessi delle parti in causa, reputi che la stessa possa contribuire a risolvere una controversia; in particolare, se le circostanze lo richiedano, il giudice è eccezionalmente dotato del potere di ordinare la divulgazione di tali documenti a soggetti la cui posizione giuridica beneficiaria sia incerta»; Royal Court [Gran Bretagna] Jersey, 5 luglio 2013, in Trust, 2014, 74, secondo cui «è illegittimo il comportamento del trustee che rifiuti informazioni ad un beneficiario quando il trust venne istituito dal padre del beneficiario medesimo e quest'ultimo non dispone di dati sufficienti per formulare richieste specifiche»; Court of appeal e High court [Nuova Zelanda], 4 febbraio 2016, in Trust, 2017, 93, secondo cui «il beneficiario di un trust discrezionale che nulla abbia ricevuto nel corso e al termine del trust è legittimato a rivolgersi al giudice per chiedere l'accesso alla documentazione del trust e il giudice, così come il trustee al quale l'accesso era stato infruttuosamente richiesto, deve prendere in esame tutte le circostanze, inclusa la specifica richiesta di riservatezza espressa dal disponente, e così decidere di non consentire alcun accesso»; Royal Court Jersey, 16 ottobre 2017, in Trust, 2019, 204, secondo cui «ciascun beneficiario di un trust discrezionale ha diritto ad estrarre copia dell'atto istitutivo e degli atti di assegnazione dei beni in trust, di modifica dell'atto istitutivo e di aggiunta e revoca dei beneficiari, nonché dei verbali delle assemblee del trustee, salvo che essi contengano le ragioni delle decisioni assunte dal trustee nell'esercizio dei suoi poteri discrezionali di assegnazione dei beni in trust, dei rendiconti del trust e dei bilanci della società holding la cui partecipazione totalitaria è inclusa nel fondo in trust; la corte può imporre al trustee di istituire un archivio nel quale collocare qualsiasi documento relativo direttamente o indirettamente al trust che si trovi in suo legittimo possesso, eccetto i documenti che esplichino le ragioni dell'esercizio da parte del trustee dei propri poteri discrezionali di assegnazione dei beni in trust e le lettere di desiderio, affinché possa essere ispezionato da ciascun beneficiario sulla base delle regole determinate dalla corte medesima»; Corte per il trust e i rapporti fiduciari [S. Marino], 5 dicembre 2017, in Foro It., 2018, IV, 163; in Trust, 2018, 222, secondo cui «nel diritto sammarinese, la Corte per il trust e i rapporti fiduciari, adita dal trustee di un trust istituito in favore dei familiari del disponente con istanza di autorizzazione a compiere un atto non rientrante nei propri poteri (nella specie, destinare la massima parte del fondo in trust a transigere un'azione proposta dalla curatela del fallimento del disponente), può concedere l'autorizzazione qualora tale atto, pur sostanzialmente privando i beneficiari di ogni spettanza patrimoniale, sia da considerare a loro vantaggio (nella specie, in quanto prospetticamente permetta di attribuire maggiori cespiti alla curatela e sperabilmente non esaurisca il fondo nella sua interezza, oltre ad evitare la detenzione carceraria del disponente per procedimenti penali pendenti)».

vincolato in trust abbia subito: al contrario, il trustee non è tenuto (salvo un'espressa previsione in tal senso all'interno dell'atto istitutivo) a fornire le ragioni o le motivazioni che abbiano determinato il compimento di detti atti; né è tenuto a rivelare il contenuto di eventuali *letter of wishes* che egli abbia ricevuto.

Uno dei principali strumenti informativi di cui il trustee dispone (e alla cui redazione il trustee è tenuto) è il cosiddetto "rendiconto della gestione": si tratta del documento dal quale risultano i movimenti finanziari relativi al patrimonio in trust, la consistenza del patrimonio vincolato in trust nonché il riepilogo – espresso in dati contabili, tecnici ed esplicativi – dell'attività concretamente esercitata dal trustee; come appare evidente, il rendiconto consente, dunque, di fornire piena contezza delle attività di gestione svolta dal trustee, permettendo a chi abbia diritto a ottenere queste informazioni, di averne notizia e di tenere memoria degli atti di gestione concretamente posti in essere dal trustee.

Le specifiche ipotesi di obbligo di rendiconto individuate dal legislatore non hanno carattere tassativo e il rendiconto può essere richiesto in tutti i casi in cui da un rapporto di natura sostanziale discende il dovere, legale o negoziale, di una delle parti di far conoscere il risultato della propria attività, in quanto influente nella sfera patrimoniale altrui"¹⁵³

Nell'ordinamento di Jersey – tra l'altro il trust *de quo* è regolamentato da tale legge- , si prevede, anzitutto, che il dovere di informazione del trustee possa essere appositamente regolamentato nell'atto istitutivo, potendosi sia individuare il soggetto (o i soggetti) aventi diritto a ricevere informazioni, sia determinare in quali limiti tali soggetti abbiano diritto a essere informati e nel caso ***de quo il guardiano***, sia, addirittura, imporre al trustee un obbligo di fornire informazioni; inoltre, in considerazione che nell'atto istitutivo, è sancito che è il guardiano ha diritto a ottenere informazioni sulla gestione del trust è a quest'ultimo dovrà essere consegnato per previsione dell'atto istitutivo il rendiconto.

Si ritiene il trustee che gli eredi-beneficiari del disponente deceduto non abbiano alcuna legittimazione ad interferire nelle vicende del trust, non essendo titolari di alcun **diritto definitivo ma semplicemente di una mera aspettativa**, e che solamente al termine di durata del trust la loro posizione diverrà definitiva perché in quel momento il fondo apparterrà loro in qualità di Beneficiari finali.

Questa posizione di mera aspettativa è fondata per il trustee su quella disposizione dell'atto istitutivo se ivi prevista e contemplata ed inerente alla riservatezza secondo la quale non

¹⁵³ Cass. civ., sez. III, 22.9.2017, n. 22063.

sono dovute informazioni pertinenti al trust fino a quando gli eredi **non vanteranno diritti definitivamente acquisiti.**

Un ultimo arresto di merito specifica il Tribunale di Campobasso 12/08/2022:

“A fronte del chiaro ed inequivoco tenore letterale del trust come sopra riportato, si evince che gli odierni reclamanti non risultano beneficiari attuali ed immediati del trust, non essendo inclusi tra i beneficiari del reddito ivi espressamente indicati; la posizione giuridica dei reclamanti, invero, può essere inquadrata come mera aspettativa di diritto, di tal che gli stessi diverranno titolari di un diritto soggettivo rispetto ai beni del trust (se e nella misura in cui residueranno alla scadenza del termine finale del 31.12.2027), essendo eredi universali del disponente, solo all’esito del verificarsi della condizione sospensiva (quale è, appunto, l’esistenza di detti beni alla scadenza del trust) – è opportuno ribadire, sul punto, che la migliore giurisprudenza di legittimità ha chiarito che i beneficiari finali acquistano i beni non per via successoria, ma in base al trust quale atto di disposizione inter vivos (cfr. Sezioni Unite Civili Ordinanza del 12.07.2019 n. 18831) - . All’attualità, non risultano titolari di un interesse giuridicamente rilevante e meritevole di tutela in fase di cognizione sommaria cautelare, in ragione dell’evidente carenza di legittimazione attiva, anche a fronte degli obblighi di riservatezza gravanti sul trustee. Sul punto, si osserva che, nella fattispecie in esame, interpretando il trust in atti nel modo che più vicino possibile alla volontà del disponente, la posizione giuridica dei beneficiari è - e non potrebbe essere diversamente - quella rigidamente predeterminata dal disponente all’atto istitutivo, sia per quanto attiene al quantum dei diritti che siano stati devoluti ad ogni beneficiario, sia per quanto attiene al quando e al quomodo i beneficiari potranno avvantaggiarsi delle posizioni giuridiche devolute a loro favore. Il quadro negoziale appena riferito esclude che allo stato i beneficiari finali possano vantare una posizione di diritto definitiva.”

In sostanza, secondo l’ordinanza emanata dal giudice cautelare, il difetto di legittimazione attiva dei reclamanti rispetto alla partecipazione alla vita del trust era dovuto alla sussistenza in capo agli stessi di una mera aspettativa di diritto - quale il diritto di divenire titolari dei beni residui del trust alla sua scadenza - in quanto eredi del disponente e dunque beneficiari finali.

La condizione di beneficiari finali, dunque, sebbene cristallizzata dall'intervenuto decesso del disponente, secondo il giudice non conferiva loro un diritto attuale ma solo una aspettativa di diritto che si sarebbe concretizzato soltanto alla cessazione del trust.

Del tutto irrilevante, infine, è la questione relativa alla mancata presentazione della rendicontazione dell'attività gestoria da parte del trustee, infatti, il ricorrente beneficiario non è emerso dai fatti indicati nella sentenza che **non ha in alcun modo dedotto in relazione a quale specifica attività il trustee avrebbe dovuto presentare il rendiconto.**

Non esiste un dovere di informazione specifico in capo al trustee nei confronti dei beneficiari discrezionali (quei beneficiari che godono di una mera aspettativa di diventare titolari di un *interest*), bensì soltanto **nei confronti di coloro i quali abbiano un interesse fisso** quali in tal caso i beneficiari del reddito (un trust per beneficiari è definito fisso se attribuisce a beneficiari specificamente individuati diritti rideterminati e non modificabili sul reddito del trust.¹⁵⁴

Nella prassi inglese, tuttavia, il trustee era solito assumere un atteggiamento di estrema cautela in merito alla divulgazione, il più delle volte nel rispetto della volontà del disponente che desiderava mantenere un elevato grado di riservatezza ma anche poiché, qualora una violazione di tale dovere avesse depauperato il fondo in trust, il trustee avrebbe dovuto risponderne personalmente.

A tale dovere di informazione è susseguito uno speculare “diritto all'informazione” a favore dei beneficiari, alla luce di un'interpretazione estensiva del succitato principio da parte della dottrina; principio tutt'altro che “assoluto”, poiché ancora ad oggi in via di composizione.

Con la sentenza riguardante “*Armitage v Nurse*”, arresto giurisprudenziale della *Court of Appeal of England and Wales* del 1997, *L.J. Millett* affermava in modo incisivo che si può rinvenire un nucleo irriducibile di obblighi gravanti sul trustee nei confronti dei beneficiari, i quali sono legittimati a farli valere. E più precisamente: qualora i beneficiari finali non godano di diritti esigibili da esercitare in tal caso solo al termine del trust, il trust non verrebbe neppure in essere¹⁵⁵.

¹⁵⁴ sul punto si veda M. Lupoi, *Trusts*, I ed., Milano, 1997, pag. 166; II ed., Milano, 2001, pag. 216.

¹⁵⁵ *There is an irreducible core of obligations owed by the trustees to the beneficiaries and enforceable by them which is fundamental to the concept of a trust. If the beneficiaries have no rights enforceable against the trustees there are no trusts*”; V.D. Hayton, “Trustees’ duties to provide information & the significance of letters of wishes”.

Il legislatore di Jersey è di recente intervenuto sul testo normativo alla luce di esigenze emerse in corso di controversie giudiziali. L'art. 29 della Legge è stato dunque riscritto: l'atto istitutivo attribuisce a determinati soggetti diritti di informazione, il beneficiario può avanzare richiesta di visionare i documenti contabili del trust, **il trustee può declinare tale richiesta qualora ritenga sia nell'interesse di uno o più beneficiari** e, si ritiene, come nel caso *de quo*. Non grava inoltre sul trustee l'obbligo di motivare l'esercizio dei propri poteri e delle conseguenti decisioni. Il comma 5 della Legge di *Jersey* contiene una disposizione che consente al beneficiario, al trustee, al guardiano e a qualunque altri laddove il giudice acconsenta di ricorrere all'autorità giudiziaria perché si pronunci in merito a quali siano le informazioni che una persona abbia il diritto di ottenere.

Con pronuncia **del Tribunale di Napoli del 13 marzo 2012**, il giudice procedeva ad analizzare alcuni precedenti giurisprudenziali stranieri per valutare la posizione dei beneficiari rispetto al diritto all'informazione.

In prima battuta poneva l'attenzione su quelle clausole contenute nell'atto istitutivo che enunciano le facoltà del pieno proprietario in capo al trustee e la piena discrezionalità nell'esercizio di qualunque sua funzione.

Poneva inoltre l'attenzione sulla clausola di riservatezza che dispone che documenti e informazioni relativi al trust non debbano essere comunicate ad alcuno salvo ipotesi predeterminate.

In ultima analisi rimarcava quanto previsto nell'atto istitutivo relativamente alla posizione dei beneficiari: questi ultimi non avrebbero goduto di alcun diritto di informazione salvo non fossero stati detentori di una posizione quesita.

Attingendo a precedenti pronunce già trattate in questa sentenza, il Presidente della Corte oltre ad affermare l'effettiva mancanza di un diritto di accesso ai documenti del trust in capo ai beneficiari dichiarava che: i beneficiari avrebbero dovuto instaurare un procedimento al fine di ottenere una pronuncia che preventivamente accertasse la loro posizione beneficiaria e il correlativo diritto di accesso ai documenti. Soltanto poi, se del caso, invocare un inadempimento del trustee e chiederne la revoca.

Il giudice rettificava il ruolo positivo e costruttivo della Corte ritenendo, tuttavia, nel caso ivi scrutinato mancanti i presupposti per la revoca, essendo i beneficiari titolari di una posizione di mera aspettativa.

Possiamo notare come il giudice, chiamato a pronunciarsi in merito alle controversie instauratesi tra beneficiari e trustee, si sia sempre attenuto alle precise obbligazioni a carico di quest'ultimo contenute nelle relative clausole in seno all'atto istitutivo.

Sono proprio le clausole il primo criterio cui il giudice fa riferimento al fine di valutare l'operato del trustee, che in ambedue i casi rifiuta di procedere alla divulgazione delle informazioni richieste dai beneficiari.

Il trustee, nella sentenza emanata dal Tribunale di Napoli, può porre in essere tutti gli atti che potrebbe compiere l'ordinario proprietario e - come espressamente previsto nell'atto istitutivo - può farlo nella più ampia e insindacabile discrezionalità. Inoltre, la clausola di riservatezza contenuta nell'atto gli impedisce di divulgare informazioni relative al trust salvo ipotesi specifiche. Alla luce di disposizioni così cristalline, il giudice reputa la condotta del trustee del tutto legittima, rigettandone l'istanza di revoca.

3. Conclusioni

Con l'arresto del Tribunale di Salerno condivisibile in parte *qua* sia per avere nuovamente chiarito che il Guardiano non è il soggetto passivo in caso di azione avverso il trust e così l'inesistenza delle azioni di nullità, simulazione e l'acausalità del trust, e così che il beneficiario *contingent* non può chiedere la nullità del trust ma solo può agire con l'azione di riduzione trattandosi di un trust *inter vivos e* discrezionale e non *mortis causa*.

Una perplessità però è quella del *modus operandi* dell'azione di riduzione che la giurisprudenza pone¹⁵⁶ dove individuando che il legittimato passivo sarà, dunque, il trustee da parte di un beneficiario *contingent* e con un trust discrezionale, e solo nella misura in cui i beni costituiti in trust si trovino ancora presso il trustee nel momento dell'esercizio dell'azione stessa.

Mentre quando il programma stabilito nell'atto istitutivo abbia invece avuto completo svolgimento, con il passaggio ai destinatari finali del residuo del patrimonio segregato, saranno soltanto i beneficiari ad assumere il ruolo di legittimati passivi dell'azione di riduzione.

¹⁵⁶ Trib. Udine, 14 agosto 2015, Trib. Lucca, 23 settembre 1997, App. Firenze, 9 agosto 2001.

Per quanto attiene ad un beneficiario già individuato nell'atto istituito ed avente posizione *contingent*, ed il trust discrezionale è terminato, e così i beni sono stati attribuiti agli altri beneficiari, ad esclusione di quest'ultimo che si sente leso della legittima, sembra coerente che l'azione vada espletata nei confronti degli altri beneficiari che si sono "arricchiti" in più rispetto al legittimario leso, ma sempre una volta effettuata la ricognizione di ciò che ognuno ha ricevuto dal disponente in vita ed alla fine del trust, e che il legittimario leso debba evidenziare i limiti in cui la riserva di legittima è stata lesa, **ciò individuando con esattezza sia la massa ereditaria sia la quota violata.**

Nascono dei dubbi invece se sia possibile esperire ed il *modus operandi* dell'azione di riduzione da parte di un beneficiario *contingent* quando il Trust discrezionale è ancora in esecuzione. Considerando tale evenienza significa considerare il Trustee come soggetto nei cui confronti il legittimario deve agire, qualificando il Trustee, pertanto, quale beneficiario diretto della liberalità. Tale interpretazione non convince del tutto in quanto "cozza" con lo stesso inquadramento dato dalla stessa Corte di Cassazione e sentenze di merito, e come questa in commento, in quanto e come giustamente affermano che il Trust è un ente privo di personalità giuridica, costituendo un mero insieme di beni e rapporti destinati ad un fine determinato, formalmente intestati al trustee, il quale è l'unico soggetto che, nei rapporti **con i terzi**, è titolare dei diritti conferiti nel patrimonio vincolato e costituisce, quindi, l'unica persona di riferimento con i terzi, non quale legale rappresentante, ma quale soggetto che dispone del diritto, sia pure in funzione della realizzazione del programma stabilito dal disponente nell'atto istitutivo a vantaggio del o dei beneficiari¹⁵⁷.

Come chiarito anche dai giudici di legittimità, il trust può essere annoverato tra le c.d. liberalità non donative (art. 809 cod. civ.). Al riguardo la Cassazione ha infatti evidenziato che l'interesse alla corretta amministrazione del patrimonio in trust non integra una posizione di diritto soggettivo attuale in favore dei beneficiari, ai quali sono attribuite dall'atto istitutivo soltanto facoltà, non connotate da realtà, assoggettate a valutazioni discrezionali del trustee, non solo ma come detto nelle numerosissime sentenze di Cassazione che il passaggio devolutivo dei beni al trustee non costituisce

¹⁵⁷ Cass. civ., Sez. VI - 3, Ord., (data ud. 21/11/2019) 26/05/2020, n. 9648Cass. 19376/2017; Cass. 2043/2017; Cass. 12718/2017; Cass. 25478/2015.

nessun arricchimento, mentre operando tale azione di riduzioni nei confronti del trustee si avrebbe una *fictione iure* di **arricchimento** di cui agli artt. 555 e 564 c.c, contraria agli innumerevoli arresti che stabiliscono la tassazione fissa **per mancanza di arricchimento** nei confronti del trustee, in conformità dell'art. 53 della Cost. con la devoluzione in trust e l'attribuzione dei beni al trustee.

Deve ritenersi consolidato il principio secondo cui il trasferimento dal "settlor" al "trustee" di immobili (e partecipazioni sociali) o altri assets per una durata predeterminata o fino alla morte del disponente, i cui beneficiari siano i discendenti di quest'ultimo, avviene a titolo gratuito e non determina effetti traslativi, poiché non comporta l'attribuzione definitiva al trustee, che è tenuto solo ad amministrarli ed a custodirli, in regime di segregazione patrimoniale, in vista del suo ritrasferimento ai beneficiari del "trust". Detto atto, pertanto, è soggetto a tassazione in misura fissa, sia per quanto attiene all'imposta di registro che alle imposte ipotecarie e catastali, è quanto stabilito dalla consolidata giurisprudenza di legittimità¹⁵⁸

In merito *ex plurimis* va ricordata la sentenza della **Cassazione del 09/09/2022 n 26606** che fa una corretta disamina di tale caratteristica del passaggio dei beni dal disponente al Trustee. L'atto dispositivo del settlor a favore del trustee avviene a titolo gratuito e non determina effetti traslativi, poiché non comporta l'attribuzione definitiva dei beni allo stesso, il quale è tenuto solo ad amministrarli ed a custodirli, in regime di segregazione patrimoniale, in vista del loro trasferimento ai beneficiari del trust.

La costituzione del trust non produce, quindi, effetti incrementativi della capacità contributiva del disponente, poiché il suo patrimonio non acquisisce miglioramenti e nemmeno li realizza a favore degli eventuali terzi beneficiari, giacché tale effetto migliorativo nella sfera giuridica di questi ultimi si realizza solo quando il trustee abbia compiuto l'attività per la quale ha ottenuto l'attribuzione strumentale e temporanea della titolarità dei beni.

Si tratta di atto avente un contenuto sostanzialmente programmatico ed attuativo degli scopi di segregazione e di costituzione del vincolo di destinazione, che non comportano alcun incremento di ricchezza, **giacché l'attribuzione dei beni al trustee avviene in via strumentale e temporanea, senza effetti traslativi nel significato rilevante ai fini**

¹⁵⁸ Corte Suprema di Cassazione, V sez.civ. ordinanza n. 26905 – 20 settembre 2023; Corte Suprema di Cassazione, V sez. civ. n. 26606 – 09 settembre 2022

dell'imposizione (e cioè nel senso di un effettivo e stabile passaggio di ricchezza), ma per consentire a questi l'amministrazione e la custodia, a volte la vendita dei beni, in regime di segregazione patrimoniale, in vista del perseguimento dello scopo del trust¹⁵⁹.

“L'apposizione del vincolo sui beni conferiti nel trust, in quanto tale, determina l'utilità rappresentata dalla separatezza dei beni (limitativa della regola generale di cui all'art. 2740 cod. civ.), la quale non concreta, di per sé, alcun effettivo e definitivo incremento patrimoniale in capo al trustee, ma soltanto al beneficiario finale, ave esistente” ma in un momento successivo, quando il trust ha raggiunto lo scopo per cui è stato costituito¹⁶⁰.

“Prima di questo momento, l'utilità, insita nell'apposizione del vincolo, si risolve, dal lato del conferente, in un 'autorestrizione del potere di disposizione, mediante la segregazione e, dal lato del trustee, in un 'attribuzione patrimoniale meramente formale, separata dai beni personali del trustee¹⁶¹.

“La strumentalità dell'atto istitutivo e di dotazione del trust ne giustifica pertanto, nei termini indicati, la neutralità fiscale, tenuto conto che l'indice di ricchezza, al quale deve sempre collegarsi l'applicazione del tributo, non prende consistenza prima che il trust abbia attuato la propria funzione¹⁶².

In base a tali arresti risulta alquanto contraddittorio considerare il trustee quale legittimato passiamo per l'azione di riduzione, ancora in vigenza del trust: 1 se non ha attribuito ancora nulla agli altri beneficiari, 2 non è lui il soggetto che si arricchisse per essere “ridotto” da quanto non ha ricevuto non essendo lui il titolare.

Mentre un discorso a parte, e sinteticamente, merita il caso in cui il Disponente con il Trust abbia completamente pretermesso il legittimario, o avendolo comunque indicato quale beneficiario *contingent*, però, attraverso le disposizioni dell'atto istitutivo del trust è stato preterito di fatto attraverso le disposizioni regolamentari il trust.

¹⁵⁹ Cass., Sez. 5, 24 dicembre 2020, n. 29507; Cass., Sez. 6 -5, 4 gennaio 2021, n. 13; Cass., Sez. 6/-5, 15 ottobre 2021, n. 28400; Cass., Sez. 6, 26 ottobre 2021, n. 30119; Cass., Sez. 5, 14 marzo 2022, nn. 8147, 8:148 e 8149; Cass., Sez. 5, 22 marzo 2022, n. 9173.

¹⁶⁰ Cass. n. 19747/2022.

¹⁶¹ Cass., Sez. 5", 24 dicembre 2020, n. 29507; Cass., Sez. 6"-5, 26 ottobre 2021, n. 30119; Cass., Sez. 5", 6 dicembre 2021, n. 38731, Cass. n. 19747/2022.

¹⁶² Cass., Sez. 5, 23 aprile 2020, n.8082; Cass., Sez. 5, 24 dicembre 2020, n. 29507; Cass., Sez. 6-5, 15 ottobre 2021, n. 28400; Cass., Sez. 6-5, 26 ottobre 2021, n. 30119; Cass., Sez. 5, 6 dicembre 2021, n. 38731 Cass. n. 19747/2022.

In tal caso si è dell'opinione che intervenga a supporto la convenzione dell'Aia del 1° luglio 1985 ratificata dalla Legge 16 ottobre 1989, n. 364 con gli artt. 13¹⁶³ e 15¹⁶⁴, in quanto assodato che risulta perfettamente compatibile un trust discrezionale, sono le previsioni dell'atto istituito tali da determinare e rendere di fatto e giuridicamente preterito il legittimario a contrastare con l'ordine pubblico interno secondo le richiamate disposizioni della convenzione (art. 13 e 15).

Dal mancato riconoscimento del trust, discenderebbe anche la sua nullità in quanto verrebbe a mancare la giustificazione causale dell'attribuzione dal disponente al trustee.

Così a conforto come espresso da dottrina: *“È per questi motivi che il trust c.d. discrezionale con effetti post mortem non potrà trovare riconoscimento nel nostro ordinamento, con tanto di conseguente nullità (non per il trust, che non rileva nel diritto domestico, ma) degli atti dispositivi in favore del trustee, destinati a cadere per mancanza di causa giustificativa”*¹⁶⁵.

¹⁶³ Art. 13 Convenzione 1° luglio 1985” Nessuno Stato è tenuto a riconoscere un trust i cui elementi importanti, ad eccezione della scelta della legge da applicare, del luogo di amministrazione e della residenza abituale del trustee, sono più strettamente connessi a Stati che non prevedono l'istituto del trust o la categoria del trust in questione.

¹⁶⁴ Art. 15 Convenzione 1 luglio 1985: “La Convenzione non ostacolerà l'applicazione delle disposizioni di legge previste dalle regole di conflitto del foro, allorché non si possa derogare a dette disposizioni mediante una manifestazione della volontà, in particolare nelle seguenti materie: a) la protezione di minori e di incapaci; b) gli effetti personali e patrimoniali del matrimonio; c) i testamenti e la devoluzione dei beni successori, in particolare la legittima; d) il trasferimento di proprietà e le garanzie reali; e) la protezione di creditori in casi di insolvibilità; f) la protezione, per altri motivi, dei terzi che agiscono in buona fede. Qualora le disposizioni del precedente paragrafo siano di ostacolo al riconoscimento del trust, il giudice cercherà di realizzare gli obiettivi del trust con altri mezzi giuridici”.

¹⁶⁵ Così R. Grimaldi, R. Pardolesi “Il trust discrezionale e i mille modi per ledere i diritti dei legittimari” In Trusts, 2023, N°3 (maggio-giugno).

I NEW INVESTIGATIVE TOOLS TRA VUOTO NORMATIVO E PROSPETTIVE DE IURE CONDENDO¹⁶⁶

Stefano Banaudi¹⁶⁷

Sommario: 1. Libertà e sicurezza: i c.d. strumenti di osservazione occulta. – 2. Il captatore informatico (c.d. *trojan horse*). – 3. Le perquisizioni *online*. – 4. Il pedinamento elettronico tramite *GPS*. – 5. L'utilizzo dei droni a fini di *law enforcement*. – 6. Le videoriprese. – 7. Il riconoscimento facciale e l'impiego del *SARI*. – 8. Il cacciatore di *IMSI*. – 9. Conclusioni

1. Libertà e sicurezza: i c.d. strumenti di osservazione occulta.

Come osservava Damaska agli albori del nuovo millennio, “guardare al futuro del processo penale, oggi significa soprattutto parlare della progressiva adozione di modelli scientifici nell'indagine sui fatti (perché) un numero sempre più elevato di fatti rilevanti nel processo (può ormai essere dimostrato) soltanto con strumenti tecnici sofisticati”¹⁶⁸.

A questo proposito, non si può non constatare che l'evoluzione scientifica e tecnologica ha inciso profondamente anche sulle dinamiche dell'accertamento penale, cosicché si è assistito, nel corso dell'ultimo ventennio, al proliferare di penetranti strumenti investigativi, che hanno reso sempre più delicato il bilanciamento tra le opposte e contrapposte esigenze di libertà e sicurezza. In via preliminare, una rassegna dei principali ritrovati della tecnica che hanno innovato, nella prospettiva *de qua*, le investigazioni penali, impone di focalizzare l'attenzione su un problema atavico del nostro ordinamento, ovvero l'imbarazzante *vulnus* normativo dal quale è affetta la disciplina dei mezzi di ricerca della prova. Il tema è tutt'altro che marginale, nella misura in cui coinvolge direttamente il rapporto tra individuo e autorità. In effetti, posto che il contributo tecnologico consente ormai di superare le “barriere fisiche”, si rende quant'altro mai necessario ricorrere a “barriere giuridiche” che tutelino la nostra libertà. Ad onta di ciò, si registra uno iato tra il “dover essere” codicistico e l’“essere” della prassi, dovuto, per lo più, alla carenza di una base normativa. Questo dato appare ancora più allarmante, se si

¹⁶⁶ Contributo tratto in parte dalla Tesi di laurea in Giurisprudenza Università di Genova dal Titolo “Tecnologie di controllo nel procedimento penale” del 16/10/2023 Sintesi a cura dell'autore e avv. Carminati Andrea di Albenga.

¹⁶⁷ Dottore in Giurisprudenza.

¹⁶⁸ M. DAMASKA, *Il diritto delle prove alla deriva*, Bologna, 2003, p. 205.

considera come sovente gli algoritmi, sottesi agli strumenti che assicurano una sicurezza totale, siano delle vere e proprie *black box*. Senza contare il rischio che vengano annichiliti gli spazi riservati. Si contrappongono, quindi, un modello “assolutistico”, caratterizzato dall’impiego massiccio dei ritrovati della tecnica, e i valori della democrazia; in breve, l’intelligenza artificiale e i diritti. Tuttavia, nell’ipersecuritaria realtà globalizzata, non si può certo liquidare come una romantica sensibilità novecentesca l’attenzione alla protezione dei dati, il trattamento dei quali incide proprio sulle libertà fondamentali.

2. Il captatore informatico (c.d. *trojan horse*)

Emblema dello “sfruttamento” tecnologico a fini di *law enforcement* e in fase di repressione, il captatore informatico è stato definito “un Giano bifronte”¹⁶⁹: nell’intento di delineare lo stato dell’arte relativo a questo insidioso mezzo di ricerca della prova, di esso è stato posto in luce il duplice impiego, sia a fini repressivi che esplorativi. Se si considera quella che è stata l’«odissea»¹⁷⁰ del captatore informatico, disciplinato prima in via pretoria e solo successivamente in via legislativa, è agevole riscontrare come il legislatore nostrano faticchi a tenere il passo degli sviluppi della prassi.

Strumenti “diabolici” e dalla capacità intrusiva sconfinata, «i “captatori” sono *virus* (riconducibili alla classe dei *trojan horses*) che “conquistano i diritti d’amministrazione” del sistema in cui vengono iniettati, assumendone il controllo”¹⁷¹. La loro potenzialità investigativa è a dir poco sorprendente: sono capaci di “leggere ciò che è archiviato nel dispositivo, dai documenti di testo alla rubrica degli indirizzi *e-mail*, dall’elenco dei contatti ai siti “preferiti” sino ad ogni singola comunicazione scambiata in *chat* con programmi di messaggistica come *Whatsapp*, *Telegram*, *Messenger*; può gestire i *software* che vi sono installati; controllare e scaricare le immagini e i filmati presenti nelle gallerie; collegarsi ad *Internet*; registrare i dati in partenza e quelli in arrivo (*omissis*); memorizzare i pulsanti premuti sulla tastiera dell’apparecchio (*omissis*); inserire dati nuovi o distruggere quelli esistenti, alterando irreversibilmente l’archivio; fotografare quel che viene visualizzato sullo schermo (*omissis*); se l’apparecchio è un portatile o uno *smartphone* dotato di *gps*, può “tracciarne” gli spostamenti; può accendere il microfono o la *cam*,

¹⁶⁹ W. NOCERINO, *Il captatore informatico: un Giano bifronte. Prassi operative vs risvolti giuridici*, in *Cass. pen.*, 2020, p. 824.

¹⁷⁰ F. CAJANI, *L’odissea del captatore informatico*, in *Cass. pen.*, 2016, p. 4140.

¹⁷¹ A. CAMON, *Cavalli di Troia in Cassazione*, in *Arch. nuova proc. pen.*, 2017, p. 91.

trasformandoli in una “cimice informatica” che consente di svolgere un’intercettazione ambientale o una ripresa video”¹⁷². Questi *virus* possono essere inoculati fisicamente nell’apparecchio di cui ci si sia impadroniti ovvero essere mandati da lontano, ad esempio come allegato ad una *e-mail* o sotto le vesti di una comunicazione inviata da servizi di messaggistica o, ancora, come aggiornamento di un *software*.

Come ricordato, lo strumento in discorso viene attenzionato dapprima soltanto dalla giurisprudenza. La prima pronuncia della Cassazione sull’argomento¹⁷³ concerne l’utilizzo del captatore al fine di esaminare i *file* memorizzati sul *computer* di un dipendente pubblico, collocato all’interno del suo ufficio. In questa vicenda, la Corte, pur senza dedicare la dovuta attenzione ai profili del diritto alla riservatezza e del domicilio informatico, esclude la possibilità di applicare la disciplina delle intercettazioni, non essendo l’oggetto del controllo una comunicazione, e conclude nel senso della legittimità della manovra in forza della norma in tema di prove atipiche (art. 189 c.p.p.).

Qualche tempo dopo, la Corte viene chiamata a confrontarsi con i captatori quali strumenti per azionare a distanza il microfono di un apparecchio ed eseguire così un’intercettazione ambientale¹⁷⁴. In particolare, il quesito che viene posto alle Sezioni Unite è “se – anche nei luoghi di privata dimora *ex art.* 614 c.p., pure non singolarmente individuati e anche se ivi non si stia svolgendo l’attività criminosa – sia consentita l’intercettazione di conversazioni o comunicazioni tra presenti, mediante l’installazione di un “captatore informatico” in dispositivi elettronici portatili (*omissis*)”. Come si intuisce, si tratta di una vicenda dai contorni più delicati rispetto a quella del 2009, in quanto l’introduzione del *malware* all’interno di un cellulare, anziché di un *computer* fisso, è in grado di rendere lo strumento d’indagine assai più invasivo. In questa occasione, la Corte, proprio in considerazione della natura itinerante dei dispositivi adoperati come microspie, afferma che il captatore è utilizzabile per realizzare intercettazioni “tra presenti” nei soli procedimenti per delitti di criminalità organizzata: in tali casi, infatti, trova applicazione la disciplina di cui all’art. 13 del d.l. n. 151 del 1991, convertito dalla l. n. 203 del 1991, che, derogando ai presupposti fissati dall’art. 266, c. 2 c.p.p., consente la captazione anche nei luoghi di privata dimora, senza che sia necessario che tali luoghi siano sedi di attività

¹⁷² *Ibidem sub nota prec.*

¹⁷³ Cass. sez. V, 14 ottobre 2009, n. 16556, Virruso ed altri.

¹⁷⁴ Cass., Sez. un. 28 aprile 2016, n. 26889, Scurato.

criminosa in atto. Al contrario, viene escluso l'utilizzo del mezzo di ricerca della prova per i reati comuni, in quanto, non essendo possibile formulare *ex ante* una previsione dei luoghi di privata dimora nei quali il dispositivo portatile potrebbe essere introdotto al momento dell'autorizzazione, si renderebbe impossibile verificare il rispetto della condizione di legittimità prevista dall'art. 266, c. 2 c.p.p., il quale presuppone, per la legittimità delle captazioni in luoghi domiciliari, che sia in atto l'attività criminosa.

La sentenza *de qua* ha suscitato un acceso dibattito, nell'ambito del quale si sono manifestate posizioni contrastanti. L'approdo finale è stato il d.lgs. n. 216/2017 (c.d. riforma Orlando), che, superando l'asserita incompatibilità tra impiego del captatore e applicazione della disciplina codicistica, ha ammesso l'inserimento del captatore informatico nei dispositivi elettronici portatili, ai fini d'intercettazione delle comunicazioni fra presenti, anche nei procedimenti per reati comuni e non solo di criminalità organizzata (art. 266, comma 2, primo periodo, c.p.p, nuovo testo). Per altro verso, tuttavia, il legislatore sembra far rientrare dalla finestra ciò che ha fatto uscire dalla porta: infatti, lo stesso decreto n. 216, nel consentire le intercettazioni domiciliari attraverso il captatore nei soli casi in cui ricorra una condizione analoga a quella prevista dall'art. 266, c. 2 c.p.p., ovvero il motivo di ritenere che nei luoghi domiciliari si stia svolgendo l'attività criminosa, mantiene la distinzione tra delitti comuni e delitti di criminalità organizzata, facendo salvi i reati di cui all'art. 51, c. 3-bis e 3-quater c.p.p., rispetto ai quali l'uso del captatore è sempre consentito ai sensi del nuovo c. 2-bis dell'art. 266 c.p.p.¹⁷⁵

Com'è noto, il legislatore è nuovamente intervenuto in materia con la l. 9 gennaio 2019, n. 3, per poi completare il mosaico normativo con la l. n. 7 del 2020 (c.d. riforma Bonafede). Tra le novità più rilevanti si segnala l'ampliamento delle ipotesi in cui l'art. 266, c. 2-bis c.p.p. consente sempre l'utilizzo del captatore informatico, nell'ambito delle quali sono ricompresi, oltre ai reati dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione, anche quelli commessi dagli incaricati di pubblico servizio. Allo stato dell'arte, pertanto, anche in procedimenti relativi ai più gravi reati contro la pubblica amministrazione l'intercettazione tra presenti mediante *trojan* risulta sempre consentita e

¹⁷⁵ Parla, al riguardo, di una presunzione legale assoluta di «continuità della condotta criminosa», R. ORLANDI, *Usi investigativi dei cosiddetti captatori informatici. Criticità e inadeguatezza di una recente riforma*, in *Riv.it. dir. proc. pen.*, 2018, p. 554.

potrà ordinariamente avvenire all'interno del domicilio: in tal caso, l'autorizzazione dovrà essere sempre subordinata alla previa indicazione delle ragioni che consentono l'attivazione del *virus* anche nei luoghi indicati dall'art. 614 c.p.

Rebus sic stantibus, la normativa oggi vigente per il captatore informatico risulta, per molti versi, insoddisfacente. Anzitutto, restano oscure le ragioni per le quali il legislatore abbia inserito, all'art. 266, c. 2 e 2-bis c.p.p., un riferimento al solo "dispositivo elettronico portatile". A destare le maggiori perplessità, tuttavia, è soprattutto la mancanza di una disciplina riferita a ciò che non costituisce intercettazione in senso stretto: si tratta di un *vulnus* non indifferente, considerata la mole di dati che questo performante strumento intrusivo è in grado di raccogliere. In altri termini, l'utilizzo del *trojan* è stato affrontato solo dal punto di vista del suo utilizzo all'interno delle c.d. intercettazioni ambientali, lasciando privo di base giuridica lo spinoso problema delle perquisizioni da remoto degli archivi di *computer*, *tablet* e *smartphone*, nonché quello relativo alla possibilità di utilizzare programmi che effettuano *screenshot*.

3. Le perquisizioni online

Come si è avuto modo di osservare in occasione dell'esame del captatore informatico, il codice di rito, limitandosi a regolarne l'utilizzo ai soli fini della realizzazione di un'intercettazione tra presenti, trascura le innumerevoli potenzialità di questo insidioso strumento investigativo. Resta così scoperta la delicata materia delle c.d. perquisizioni *online*, condotte appunto attraverso l'invio, normalmente a mezzo *e-mail*, di un *trojan* capace di creare un particolare collegamento tra il *computer* sul quale viene installato e un altro dispositivo remoto, tale per cui l'utente di quest'ultimo è in grado di assumere il pieno controllo del primo sistema informatico. Si suole distinguere, nell'ambito delle perquisizioni *online*, tra attività di *online search* e attività di *online surveillance*: mentre le prime consentono di acquisire copia della generalità degli elementi salvati nella memoria del dispositivo "bersaglio", le seconde sono tese ad un controllo immediato e continuativo del flusso informativo del sistema digitale¹⁷⁶. Con la locuzione "perquisizioni *online*" si allude, pertanto, a quell'"insieme di operazioni volte ad esplorare e monitorare un sistema

¹⁷⁶ V., sul punto, A. BALSAMO, *Le intercettazioni mediante virus informatico tra processo penale italiano e Corte europea*, in *Cass. pen.*, 2015, p. 2274 e nt. 3; S. MARCOLINI, *Le cosiddette perquisizioni on-line (o perquisizioni elettroniche)*, in *Cass. pen.*, 07/08, 2010, p. 2855 ss.

informatico, rese possibili dall'infiltrazione segreta nello stesso, che consentono sia di acquisire dati salvati sul *computer*, e quindi precostituiti, sia di captare flussi di dati in tempo reale"¹⁷⁷. Proprio in ragione della loro vocazione poliedrica, le perquisizioni *online* rappresentano un istituto di natura ibrida, oltre che di difficile inquadramento giuridico, che pone notevoli problematiche di ordine processuale in punto di tutela dei diritti fondamentali.

Dal punto di vista della qualificazione giuridica, le perquisizioni *online* si pongono “a cavallo” tra le intercettazioni e le perquisizioni. Se, per un verso, l'istituto in discorso differisce dalle perquisizioni “tradizionali” per il fatto di essere finalizzato all'acquisizione occulta di elementi utili a fini investigativi in un contesto spaziale e temporale indefinito¹⁷⁸, per altro verso l'evoluzione tecnologica degli strumenti di osservazione occulta sembra aver messo in crisi la stessa nozione di intercettazione, così come intesa dalle Sezioni Unite “Torcasio”¹⁷⁹: in particolare, si è detto che “a vacillare sono soprattutto i criteri basati sulla necessaria concomitanza tra attività captative segreta e interlocuzione tra i soggetti coinvolti nella comunicazione/conversazione, nonché lo stesso inquadramento di quest'ultima”¹⁸⁰.

4. Il pedinamento elettronico tramite GPS.

Uno dei più controversi mezzi atipici di ricerca della prova è indubbiamente il pedinamento elettronico effettuato tramite GPS. Se possiamo definire il pedinamento “tradizionale” come quell'attività mediante la quale si segue con circospezione una persona, al fine di spiare i comportamenti e la cui utilità dipende dal fatto che la persona occultamente seguita non si accorga di esserlo, la prassi investigativa si è oggi arricchita di sistemi elettronici che consentono di localizzare una persona o una cosa a distanza rispetto all'inquirente. Invariata la funzione, a cambiare sono, come s'intuisce, le modalità

¹⁷⁷ F. IOVENE, *Le c.d. perquisizioni online tra nuovi diritti fondamentali ed esigenze di accertamento penale*, in *Dir. pen. cont.*, n. 3-4/2014, 2014, p. 330.

¹⁷⁸ Le perquisizioni “tradizionali”, infatti, pur essendo un atto “a sorpresa”, sono conoscibili dall'indagato per mezzo della consegna del decreto motivato e del successivo deposito degli atti nella segreteria del pubblico ministero.

¹⁷⁹ V., sul punto, Cass., sez. un., 28 maggio 2003, Torcasio, che qualifica l'intercettazione di comunicazioni o conversazioni come una «captazione occulta e contestuale di una comunicazione o conversazione tra due o più soggetti».

¹⁸⁰ L. PARLATO, *Le perquisizioni on-line: un tema che resta un tabù*, in G. GIOSTRA-R. ORLANDI (a cura di), *Revisioni normative in Tema di Intercettazioni: Riservatezza, Garanzie Difensive e Nuove Tecnologie Informatiche*, Torino, 2021, p. 344.

di espletamento, in quanto gli spostamenti della persona da pedinare vengono esaminati da remoto, attraverso strumenti tecnologici, che permettono di evitare lo spostamento fisico dell'operatore sul luogo d'interesse.

Si distinguono due sistemi per mezzo dei quali il pedinamento a distanza può realizzarsi. Il primo è quello di localizzazione cellulare, che sfrutta il sistema di “celle” di copertura della telefonia mobile, in cui il territorio terrestre viene suddiviso: in questo modo la potenza del segnale radio di ogni cella telefonica viene analizzata in relazione alle coordinate geografiche della rispettiva stazione radio base, collegata con il dispositivo mobile o terminale e la distanza da tale stazione viene determinata in base alla conoscenza dell'attenuazione dell'ambiente di radiopropagazione¹⁸¹. Dall'altro lato, il pedinamento a distanza può avvenire mediante sistemi di tipo satellitare. Il riferimento è qui alla tecnologica *Global Positioning System* (GPS), che permette di determinare con estrema precisione la posizione di un oggetto sulla superficie terrestre, in termini di latitudine, longitudine e altezza, nonché di seguirne il movimento e calcolarne la velocità, grazie ad una rete di 24 satelliti collocati a circa 20.000 Km d'altezza e suddivisi in 6 rotte orbitali¹⁸²: in forza di ciò, i satelliti trasmettono un segnale radio e attraverso l'elaborazione dei segnali ricevuti da parte del ricevitore sulla Terra avviene la localizzazione. L'impiego di questa tecnologia nelle indagini avviene tipicamente attraverso l'installazione occulta della stazione che riceve il segnale satellitare sull'autovettura del soggetto, i cui spostamenti intende monitorare l'organo inquirente.

La portata dirompente di questi innovativi strumenti di monitoraggio rispetto alla tradizionale fisionomia del pedinamento si coglie *ictu oculi*, ma, come anche gli altri mezzi ad elevato tasso tecnologico, questi strumenti di indagine pongono non pochi dubbi dal punto di vista delle ricadute processuali. Per questa ragione, nel silenzio della legge, la giurisprudenza si è a lungo affaticata nel tentativo di chiarificare la natura giuridica della geolocalizzazione, pervenendo ad una soluzione non del tutto convincente. La posizione oggi dominante è, infatti, nel senso di ritenere il pedinamento elettronico tramite GPS niente più che una forma di “pedinamento” eseguita con strumenti tecnologici, non

¹⁸¹ R. OLIVIERI, *I sistemi di geolocalizzazione e l'analisi forense degli smartphone*, in G. COSTABILE-A. ATTANASIO-M. IANULARDO (a cura di), *IISFA Memberbook 2014. Digital forensics. Condivisione della conoscenza tra i membri dell'IISFA ITALIAN CHAPTER*, Forlì, 2015, pp. 141 ss.

¹⁸² M. TORRE, *Indagini informatiche e processo penale*, Firenze, 2016, p. 159.

assimilabile in alcun modo all'attività di intercettazione prevista dagli artt. 266 ss. c.p.p.¹⁸³: per l'effetto, questa forma di attività investigativa non necessiterebbe di alcuna autorizzazione preventiva da parte del giudice per le indagini preliminari, poiché, costituendo un mezzo atipico di ricerca della prova, rientra nella libera competenza della polizia giudiziaria. In altri termini, ad avviso della Suprema Corte, la rilevazione della persona pedinata attraverso il sistema di monitoraggio GPS non implicherebbe la compressione di alcun diritto fondamentale.

A tale orientamento è possibile muovere ragionevoli critiche, considerato che il bene giuridico leso attraverso questo tipo di attività investigativa pare, in effetti, riconducibile al diritto alla riservatezza, tutelato dagli artt. 2, 17 e 8 della CEDU, come conferma la giurisprudenza della Corte di Strasburgo. In particolare, in una pronuncia del 2009¹⁸⁴, la Corte e.d.u. ha rilevato che il pedinamento elettronico interferisce con il diritto al rispetto della vita private e deve, per questo, essere supportato da adeguate garanzie e da una solida base legale, nonché risultare proporzionato rispetto al sussistente livello di gravità. In altri termini, ad onta degli insegnamenti provenienti dalla Corte di Strasburgo, sembra ad oggi non essere chiaro alla giurisprudenza italiana che il pedinamento elettronico tramite GPS è un'attività investigativa ontologicamente diversa dal pedinamento tradizionale.

5. L'utilizzo dei droni a fini di *law enforcement*.

Mentre l'impiego dei droni non pone di per sé particolari problemi in termini di tutela della *privacy*, i performanti strumenti tecnici di cui sono dotati rendono invece imprescindibile una riflessione sulla compatibilità di un impiego generalizzato dei velivoli a pilotaggio remoto con il rispetto delle libertà e dei diritti fondamentali degli individui¹⁸⁵. La questione assume contorni ancora più delicati allorché l'impiego di mezzi aerei a pilotaggio remoto da parte delle forze di polizia avvenga a fini di *law enforcement*. A tal

¹⁸³ T. BENE, *Il pedinamento elettronico: tecnica di investigazione e tutela dei diritti fondamentali*, in A. SCALFATI (a cura di), *Le indagini atipiche*, Torino, 2019, p. 443 ss. In questo senso, v. Cass., sez. II, 4 aprile 2019, n. 23172.

¹⁸⁴ Corte e.d.u., sent. 2 settembre 2009, *Uzun c. Germania*.

¹⁸⁵ In materia, tra gli altri, si veda D. BOCCHESI, *Il diritto alla privacy nell'era dei droni*, in *El transporte como motor del desarrollo socioeconómico*, di M. V. PETIT LAVALL, A. PUETZ (a cura di), *Instituto Universitario de Derecho del Transporte (IDT)*, 2018, p. 395 s.; A. DAVOLA, *L'acquisizione di dati da parte dei privati nelle operazioni con SAPR*, in E. PALMERINI-M. A. BIASIOTTI-G. F. AIELLO (a cura di), *Diritto dei droni. Regole, questioni e prassi*, Milano, 2018, p. 137 ss.; N. TRIGGIANI, *Le videoriprese investigative e l'uso dei droni*, in A. SCALFATI (a cura di), *Le indagini atipiche*, Torino, 2019, p. 161 ss.

riguardo, viene in rilievo il decreto del Ministro dell'Interno del 29 aprile 2016¹⁸⁶, che, per quanto in maniera non del tutto esaustiva, ne regola l'utilizzo. Sebbene non sia dato rinvenire all'interno di questo provvedimento alcuna indicazione in punto di rispetto e tutela dei dati personali, non pare comunque potersi prescindere, nei casi in cui le forze di polizia si avvalgano di droni per finalità investigative e di prevenzione dei reati, dal d.lgs. 22 dicembre 2018, n. 151, che ha recepito nel nostro ordinamento la direttiva UE n. 680/2016, dedicata alla tutela delle persone fisiche rispetto al trattamento dei dati personali effettuato da parte delle autorità competenti per scopi di prevenzione, indagine, accertamento e perseguimento dei reati o esecuzione di sanzioni penali.

Nel d.p.r. 29 settembre 2000, n. 367¹⁸⁷, si rinviene poi un riferimento normativo, per quanto generale, alla possibilità di effettuare rilevamenti e riprese aeree sul territorio nazionale, da parte di pubbliche autorità o enti privati, per l'espletamento dei rispettivi compiti istituzionali, senza necessità di preventivi atti di assenso e anche ove il trattamento non sia contemplato da una fonte primaria o di regolamento. La previsione in questione sembra porsi in contrasto con il regolamento ENAC¹⁸⁸ sui mezzi aerei a pilotaggio remoto; tuttavia, da un confronto tra la normativa ENAC e quella europea, nell'allegato al reg. di esecuzione UE 2019/947 viene ribadito, con riferimento alle operazioni della categoria *specific*, l'obbligo dell'operatore UAS di «predisporre procedure volte a garantire che tutte le operazioni rispettino il regolamento (UE) 2016/679 relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati».

Da ultimo, vi è il profilo concernente l'applicazione della normativa elaborata dal Garante della protezione dei dati personali in materia di sorveglianza e, più in particolare, del provvedimento n. 1712680 dell'8 aprile 2010¹⁸⁹. Il punto è se tale provvedimento, in attesa di una più puntuale normativa di settore sul tema, sia da tenersi in considerazione

¹⁸⁶ Si tratta del decreto recante le modalità di utilizzo da parte delle Forze di polizia degli aeromobili a pilotaggio automatico.

¹⁸⁷ D.p.r. 29 settembre 2000, n. 367, Regolamento recante norme per la semplificazione dei procedimenti relativi a rilevamenti e riprese aeree sul territorio nazionale e sulle acque territoriali.

¹⁸⁸ Ai sensi dell'art. 29 del regolamento, rubricato "Protezione dei dati e *privacy*", «laddove le operazioni svolte attraverso *Unmanned Aircraft Systems* (UAS) possano comportare un trattamento di dati personali, tale circostanza deve essere menzionata nella documentazione sottoposta ai fini del rilascio della pertinente autorizzazione».

¹⁸⁹ Pubblicato in G.U. del 29 aprile 2010, n. 99.

per i trattamenti di dati effettuati dalle Forze di polizia con finalità di controllo del territorio, tutela dell'ordine e della pubblica sicurezza. In proposito, il d.p.r. 15 gennaio 2018, n. 15, prevede, agli artt. 22, 23 e 24, particolari modalità del trattamento dei dati attraverso sistemi di videosorveglianza e di ripresa fotografica, audio e video, in ordine all'adempimento delle finalità istituzionali delle Forze di polizia. L'auspicio pare quindi quello di un'armonizzazione tra le normative di riferimento in materia di tutela dei dati personali e di impiego dei droni, nonché di una tempestiva definizione delle "linee guida", in relazione ai velivoli a pilotaggio remoto in uso alle Forze di polizia, da parte del dipartimento di pubblica sicurezza. Alla luce del tracciato quadro normativo, si può pacificamente concludere per la doverosità di un più elevato livello di uniformità della disciplina relativa alla tutela della *privacy* e dei dati personali acquisiti durante operazioni di *law enforcement* e implicanti l'esercizio dei mezzi aerei a pilotaggio remoto.

6. Le videoriprese

Il termine "videoriprese" designa un'eterogenea pluralità di fattispecie. Occorre anzitutto distinguere tra videoriprese effettuate al di fuori di un procedimento penale e videoriprese effettuate dalla polizia giudiziaria al fine di investigare su di una *notitia criminis*. Mentre le prime costituiscono, ai sensi dell'art. 234 c.p.p., un "documento", cioè una prova rappresentativa di un fatto, le seconde possono essere "documentative", ai sensi dell'art. 141-bis c.p.p., ovvero "investigative", ai sensi dell'art. 189 c.p.p. È invero con riferimento a queste ultime che si registra, nel nostro ordinamento, una lacuna normativa, non essendo stato capace il legislatore di disciplinare questo penetrante strumento investigativo, suscettibile di incidere sui diritti fondamentali delle persone.

A fronte del vuoto normativo, la giurisprudenza ha progressivamente fissato alcuni punti fermi in materia, svolgendo, anche in questo caso, un ruolo di "supplente". Un primo importante approdo risale al 2002, quando la Corte costituzionale¹⁹⁰, tracciando uno spartiacque fondato sull'oggetto delle videoriprese, opera una distinzione tra comportamenti comunicativi e comportamenti non comunicativi¹⁹¹. Mentre nel secondo

¹⁹⁰ C. cost., sent. 11 aprile 2002, n. 135, in *Giur. cost.*, 2002, p. 2185.

¹⁹¹ Critico, in ordine alla suddivisione tra comportamenti comunicativi e non comunicativi, è A. CAMON, *Captazione di immagini*, in *dir. proc. pen.*, 2013, p. 142, il quale osserva come tale impostazione «fornisc(a) uno scopo formalmente legittimo a manovre che, nella realtà, puntano a tutt'altro. Nemmeno i più ingenui potrebbero veramente pensare che, nella pratica, s'installino videocamere nelle abitazioni altrui sperando che per avventura uno dei soggetti sotto controllo sia muto e comunichi a gesti, o che sia così impaurito

caso, venendo registrata soltanto l'immagine, non è possibile ricondurre l'attività di videoripresa ad uno specifico paradigma normativo, nel primo caso ci si trova innanzi ad un'intercettazione di comunicazioni, regolamentata dalla prima o dalla seconda parte del c. 2 dell'art. 266 c.p.p., a seconda che la videoripresa sia effettuata rispettivamente in luoghi pubblici o riservati ovvero nel domicilio¹⁹². È appena il caso di precisare che «l'atipicità delle videoriprese di comportamenti non comunicativi presenta (*omissis*) risvolti problematici in quelle ipotesi in cui, venendo in gioco il bene della inviolabilità del domicilio di cui all'art. 14 Cost., sia necessario ossequiare il corredo di garanzie lì compendiate nella riserva di legge e di giurisdizione»¹⁹³: in effetti, la stessa Consulta riconosce che «l'ipotesi della videoregistrazione che non abbia carattere di intercettazione di comunicazioni potrebbe perciò essere disciplinata soltanto dal legislatore, nel rispetto delle garanzie costituzionali dell'art. 14 Cost.».

Rimasto lettera morta il monito volto alla predisposizione di una specifica base normativa disciplinante il ricorso alle videoriprese in ambienti riconducibili alla nozione di domicilio, le Sezioni Unite «(Prisco)» del 2006¹⁹⁴ sono tornate a confrontarsi con la materia, tentando una più completa sistematizzazione della stessa. Anzitutto, in ordine all'ammissibilità e utilizzabilità delle videoriprese investigative, la Corte nega che il difetto di una normativa *ad hoc* valga ad escludere *tout court* l'ammissibilità degli strumenti investigativi in questione, operando anche nella fase delle indagini preliminari il principio sancito all'art. 189 c.p.p.¹⁹⁵. Ciò premesso, viene ad affrontare il «cuore» del problema, ovvero la regolamentazione delle videoriprese investigative in ambito domiciliare e, mediante «un argomento che si atteggia come generale *actio finium regundorum* dell'operatività del principio di atipicità rispetto a strumenti probatori che incidano su beni

dall'eventualità d'essere ascoltato da scambiare biglietti con gli astanti. L'obiettivo di catturare una comunicazione è remoto, improbabile, meramente teorico; eppure, un effetto lo produce: rende legittima la lesione dell'intimità domiciliare. Lo squilibrio fra mezzi (dirompenti) e fini (talmente lontani da non essere raggiunti mai) è però insopportabile», sottolineando altresì come anche la valutazione *ex post* in ordine ai contenuti comunicativi si basi su confini tutt'altro che lineari, cosicché «l'utilizzabilità della prova viene ancorata a parametri evanescenti».

¹⁹² In altri termini, i «dialoghi» sono destinati a confluire nel fascicolo per il dibattimento *ex art.* 268, c. 7 c.p.p.

¹⁹³ V. BONINI, *Videoriprese investigative e tutela della riservatezza: un binomio che richiede sistemazione legislativa*, in *Proc. pen. giust.*, 2019, p. 339.

¹⁹⁴ Cass., sez. un., 28 marzo 2006, n. 26795, Prisco.

¹⁹⁵ In particolare, secondo la Cassazione, «il contraddittorio previsto dall'art. 189 c.p.p. non riguarda la ricerca della prova ma la sua assunzione e interviene, dunque, (*omissis*) quando il giudice è chiamato a decidere sull'ammissione della prova».

costituzionalmente tutelati”¹⁹⁶, osserva come “l’art. 189 c.p.p. (*omissis*) presuppone la formazione lecita della prova e soltanto in questo caso la rende ammissibile”, cosicché “non può considerarsi “non disciplinata dalla legge” la prova basata su un’attività che la legge vieta, come nel caso delle riprese visive di comportamenti non comunicativi avvenuti in ambito domiciliare”. In questo modo, la Sezioni Unite riconoscono nella riserva di legge costituzionalmente imposta, quale quella in tema di inviolabilità del domicilio *ex* art. 14 Cost., un ostacolo all’operare dell’art. 189 c.p.p. come base normativa per l’ammissione di una prova atipica. In altri termini, «la mancanza di una previsione di legge funge al contempo da presupposto operativo dell’art. 189 c.p.p. e da motivo di esclusione della legittimità di ogni attività incidente sul bene di cui all’art. 14 Cost.»¹⁹⁷. Quanto alle videoriprese effettuate in luoghi pubblici, in cui cioè non vi è alcuna aspettative di riservatezza, ovvero in luoghi riservati, come una *toilette* o un *privé* di un *night club*, si è in presenza, secondo le Sezioni Unite, di un mezzo di ricerca della prova atipico: se nel primo caso i risultati potranno essere acquisiti ai sensi dell’art. 189 c.p.p., nel secondo caso, trattandosi di un atto che viene ad incidere sulla riservatezza, si renderà necessaria un’autorizzazione con provvedimento motivato dell’autorità giudiziaria.

Una precisazione si impone con riguardo alla particolare ipotesi delle violenze sessuali. La Cassazione¹⁹⁸ ha infatti statuito che le riprese audiovisive, disposte previa autorizzazione del giudice, delle effusioni e dei rapporti sessuali tra l’indagato e la vittima di violenza sessuale, intrattenuti all’interno di un domicilio privato, sono utilizzabili, in quanto questi vanno considerati alla stregua di comportamenti comunicativi, ancorché di tipo non verbale, espressivi di interazione e idonei a trasmettere contenuti del pensiero o stati d’animo.

7. Il riconoscimento facciale e l’impiego del SARI

Si parla di riconoscimento facciale con riferimento a quei *tool* che consentono, tramite un algoritmo basato sull’intelligenza artificiale, di associare alla foto o al video di un volto di uno sconosciuto una o più immagini, contenute in una banca dati di dimensioni variabili,

¹⁹⁶ V. BONINI, *Videoriprese investigative*, cit., p. 340.

¹⁹⁷ *Ibidem sub nota precedente*.

¹⁹⁸ V. Cass., sez. III, 22 luglio 2020, n. 31515.

di soggetti le cui generalità sono già note¹⁹⁹. Questo tipo di operazioni può avvenire secondo due distinte modalità: si distingue, infatti, il riconoscimento facciale *real-time* da quello che si realizza su immagini o video già agli atti. La procedura di riconoscimento facciale si sviluppa in due fasi, delle quali la prima consiste nella raccolta dell'immagine e nella trasformazione della stessa in un *template* biometrico, mentre la seconda coincide con il riconoscimento dell'individuo grazie al confronto tra il *template* iniziale dello stesso con uno o più *template* differenti. La procedura mediante la quale si accerta che una persona è realmente chi dice di essere prende il nome di “autenticazione” e si basa appunto, come nel caso della modalità di accesso ad alcune *app* in uso sugli *smartphone*, sul confronto tra il viso di quella persona e un *template* preesistente in un *database*. È invece definito “identificazione” il processo di riconoscimento del singolo soggetto rispetto ad un gruppo indistinto di individui, come avviene, ad esempio, nel contesto di una manifestazione pubblica. Tali strumenti ci consentono di cogliere come i nostri corpi siano divenuti “una “miniera a cielo aperto” dalla quale attingere dati ininterrottamente”²⁰⁰, essendo ormai “oggetto di un processo di de-composizione ove ogni aspetto viene raccolto, conservato e consegnato ad una macchina”²⁰¹.

Negli Stati Uniti si discute dell'utilizzo del riconoscimento facciale all'interno del processo penale già dalla fine degli anni Novanta. Il vero *boom*, tuttavia, si è avuto nel 2020, a seguito del noto “scandalo *Clearview*”, quando è emerso che la polizia americana si serviva di una *app* di riconoscimento facciale che operava su un *database* contenente miliardi di dati rubati da *social network* come *Facebook*, *Twitter* o *Instagram*. La vicenda *Clearview* offre certamente un saggio emblematico dei più rilevanti nodi critici posti dall'evoluzione tecnologica connessa alla raccolta e all'elaborazione dei dati, all'estrazione di conoscenze predittive e all'adozione di decisioni correlate. In particolare, traccia una vera e propria mappatura dei profili di criticità che compongono una delle maggiori sfide che il diritto si trova ad affrontare nel campo dei *Big Data*, offrendo l'occasione per evidenziare la “valenza euristica” del diritto alla protezione dei dati personali, in rapporto alla complessità delle sfide di ordine etico, sociale, politico e

¹⁹⁹ V., in proposito, J. DELLA TORRE, *Quale spazio per i tools di riconoscimento facciale nella giustizia penale?*, in DI PAOLO-PRESSACCO (a cura di), *Intelligenza artificiale e processo penale*, cit., p. 7 ss.

²⁰⁰ S. RODOTÀ, *Trasformazioni del corpo*, in *Politica dir.*, 2006, p. 6.

²⁰¹ Cfr. F. PAOLUCCI, *Riconoscimento facciale e diritti fondamentali: è la sorveglianza un giusto prezzo da pagare?*, in *Media Laws – Rivista di diritto dei Media*, 2021, n. 1, p. 208.

giuridico che lo sviluppo delle tecnologie pone. Le immagini conservate nel *database* della società statunitense risultano essere state elaborate mediante tecniche biometriche al fine di estrarre le caratteristiche identificative di ognuna di esse²⁰²: tali immagini sono poi arricchite con meta-dati associati – come il titolo dell'immagine o della pagina *web*, il *link* della fonte, la geolocalizzazione, il genere, la data di nascita, la nazionalità, la lingua –, in modo tale che, quando il *software* identifica una corrispondenza, estrae dal *database* tutte le relative immagini, presentandole al cliente del servizio come risultato della ricerca unitamente ai meta-dati e permettendo così di risalire ad ogni singola pagina sorgente. Di fronte alle censure avanzate dai reclamanti, che hanno denunciato un trattamento dei loro dati personali in assenza del consenso, la strategia difensiva di *Clearview* è stata nel senso che il servizio offerto dalla società risulterebbe, in fin dei conti, equivalente a quello offerto da *Google Search* e, in ogni caso, funzionale ad agevolare l'attività delle Forze di polizia in ordine alla repressione dei reati.

In Italia esiste dal 2017 un sistema di riconoscimento facciale, in dotazione alla polizia giudiziaria, denominato SARI (Sistema Automatico di Riconoscimento Immagini). Si tratta di un sistema di intelligenza artificiale che opera attraverso algoritmi di riconoscimento delle sembianze facciali, comparando l'immagine captata con tutte quelle presenti nella banca dati del sistema, al fine di rinvenire quella corrispondente o più affine al soggetto ricercato. Il SARI opera in due modalità, *Enterprise* o *Real-Time*. Mentre la prima²⁰³ “rappresenta la forma di automazione di un sistema di riconoscimento da sempre esistente, che non genera particolari lesioni dei diritti individuali, e, in quanto tale, è stato ritenuto utilizzabile dall'Autorità garante della protezione dei dati personali”²⁰⁴, la

²⁰² Per una più completa panoramica sulle modalità di funzionamento dell'algoritmo, cfr. il sito *web* della società all'indirizzo <https://www.clearview.ai>.

²⁰³ Con l'identificazione attraverso SARI *Enterprise*, l'operatore inserisce in una banca dati di circa dieci milioni di elementi l'immagine di un soggetto, al fine di individuarne l'identità: il sistema si sostituisce all'operatore nella ricerca all'interno delle banche dati, comparando l'immagine del soggetto da ricercare con le altre presenti nell'archivio, in cerca di una possibile corrispondenza. Al termine della ricerca, il sistema propone un elenco di foto segnaletiche somiglianti al soggetto da identificare, tra cui l'operatore dovrà individuare quella più affine al ricercato. L'uso di tale modalità operativa velocizza le operazioni di riconoscimento, limitando l'apporto degli investigatori che non devono più inserire manualmente dati anagrafici o altri dati identificativi del soggetto agevolando l'attività d'indagine, così come accaduto nel caso di specie.

²⁰⁴ L. SAPONARO, *Le nuove frontiere tecnologiche dell'individuazione personale*, in *Arch. pen.*, 2022, n. 1, p. 6.

seconda²⁰⁵ “lungi dall’essere una semplice videoripresa, (*omissis*) crea problemi di invasività nella sfera della *privacy* del singolo, ben più rilevanti di quelli connessi ai semplici impianti preposti alla sorveglianza”²⁰⁶.

Il difetto di un riferimento normativo, unitamente alla necessità di un inquadramento giuridico dello strumento *de quo*, induce a ricondurlo all’alveo delle pre-investigazioni – quali “atti e attività realizzate quando la *notitia criminis* non si è manifestata in alcuni o tutti i suoi contorni costitutivi”²⁰⁷ – nei casi in cui la ricerca effettuata attraverso il SARI sia precedente alla formazione definitiva della notizia di reato, ovvero a quello delle indagini atipiche²⁰⁸ laddove tale sistema automatico venga utilizzato per l’individuazione personale, dopo l’iscrizione della notizia di reato, in sostituzione dei “tradizionali” sistemi identificativi previsti dal codice di rito. I dati biometrici rilevati attraverso il SARI²⁰⁹, idonei a identificare in modo univoco un soggetto, sono dati personali, così come indicati all’art. 4, lett. b) del Codice della *privacy*²¹⁰, che li qualifica come “qualunque informazione relativa ad una persona fisica identificata o identificabile, anche indirettamente, mediante riferimento a qualsiasi altra informazione, ivi compreso un numero di identificazione personale”. In particolare, una definizione di dati biometrici si rinviene all’allegato A del provvedimento del Garante della *privacy* 12/11/2014, che li definisce come dati ricavati da «proprietà biologiche, aspetti comportamentali, caratteristiche fisiologiche, tratti biologici o azioni ripetibili, laddove tali caratteristiche o

²⁰⁵ Si tratta di un sistema di riconoscimento mobile, che può essere installato ovunque e fungere da sistema di videosorveglianza, in quanto prevede la possibilità di registrare le riprese mediante telecamere installate in una determinata area geografica. La procedura consente di analizzare in tempo reale i volti ripresi, in particolare alcuni dati biometrici degli stessi, di confrontarli con altri presenti in una banca dati predefinita (la c.d. *watch list*) e, qualora attraverso un algoritmo di riconoscimento venga rilevata una corrispondenza tra il volto ripreso e quello presente nella *watch list*, generare un *alert* che consente agli operatori di intervenire. Diversamente, la procedura di identificazione genera una *candidate list*, cioè una lista di soggetti simili a quello da individuare dove, come nel caso precedente, sarà compito dell’operatore trovare il volto più affine al ricercato sulla base di vari parametri. In entrambe le ipotesi sarà un “uomo” e non il sistema ad effettuare l’individuazione, circostanza che, teoricamente, dovrebbe rappresentare una garanzia di tutela dei diritti individuali dei singoli.

²⁰⁶ L. SAPONARO, *Le nuove frontiere tecnologiche*, cit., p. 7-8.

²⁰⁷ A. SCALFATI, *Il fermento pre-investigativo*, in ID. (a cura di), *Pre-investigazioni (Espedienti e mezzi)*, Torino, 2020, p. 1.

²⁰⁸ In tema v., per tutti, A: SCALFATI (a cura di), *Le indagini atipiche*, II ed., Torino, 2019.

²⁰⁹ Cfr. T. ALESCI, *Il corpo umano fonte di prova*, Milano, 2017, p. 89.

²¹⁰ D.lgs. 196/2003, modificato dal d.lgs.101/2018.

azioni sono tanto proprie di un certo individuo quanto misurabili»²¹¹. S'intuisce facilmente che, in ragione della loro particolare sensibilità, i dati biometrici, come consentono una rapida identificazione del soggetto, allo stesso tempo danno luogo ad una significativa lesione del diritto alla *privacy*.

In attuazione della Direttiva 2016/680, l'art. 7 del d.lgs. 51/2018, nel disporre l'assoluta necessità di una disciplina normativa, stabilisce che il trattamento dei dati biometrici possa essere autorizzato “solo se strettamente necessario e assistito da garanzie adeguate per i diritti e le libertà dell'interessato e specificamente previsto dal diritto dell'Unione europea e da legge o, nei casi previsti dalla legge da regolamento”, e, comunque, “necessario per salvaguardare un interesse vitale dell'interessato o di un'altra persona fisica o se ha ad oggetto dati resi manifestamente pubblici dall'interessato”. Inoltre, l'art. 23 dello stesso decreto prevede che “se il trattamento, per l'uso di nuove tecnologie e per la sua natura, per l'ambito di applicazione, per il contesto e per le finalità, presenta un rischio elevato per i diritti e le libertà delle persone fisiche, il titolare del trattamento, prima di procedere al trattamento, effettua una valutazione del suo impatto sulla protezione dei dati personali”. In virtù di quest'ultima disposizione, il Ministero dell'Interno ha redatto e sottoposto al Garante della protezione dei dati personali, nella sua veste di autorità di controllo, un documento di valutazione relativo ai rischi per i diritti e la libertà delle persone fisiche derivanti dall'impiego del sistema di riconoscimento facciale. Nel pronunciarsi sulla questione, il Garante si è espresso negativamente²¹² in ordine alla richiesta del Ministero concernente l'installazione del SARI *Real time* in spazi pubblici, ponendo l'accento sull'intrusività del sistema di captazione dei dati rispetto al “diritto alla vita privata e alla dignità delle persone, unitamente al rischio di ripercussioni negative su altri diritti umani e sulle libertà fondamentali”, consentendo tale sistema di individuare tutti i soggetti presenti in un determinato luogo. Secondo l'Autorità di controllo, peraltro, “i riferimenti codicistici richiamati dal Ministero, a sostegno della legittimità del SARI, risultano troppo labili per consentire il sistema di riconoscimento

²¹¹ A titolo esemplificativo, possono annoverarsi, tra i dati biometrici, la scansione della retina, l'immagine dell'iride, le caratteristiche vocali, le impronte digitali, il colore della pelle ovvero le caratteristiche comportamentali di un individuo come il modo di muovere le mani o di camminare.

²¹² Provvedimento n. 127 del 25 marzo 2021.

biometrico facciale, né può effettuarsi un'applicazione analogica della disciplina utilizzata in tema di videoriprese²¹³.

In definitiva, la mancanza di una disciplina espressa dedicata al SARI pone capo ad un irriducibile contrasto con la Carta di Nizza e con la CEDU, nonché con la Direttiva 2016/680. Inoltre, il difetto di dati che informino sull'utilizzo pratico del *tool* e su eventuali *bias* cognitivi sembra porsi in maniera stridente anche con la Carta etica del Consiglio d'Europa in tema di intelligenza artificiale²¹⁴. Il rischio di una “sorveglianza di massa”, segnalato dal Garante, può essere arginato solo con un'adeguata disciplina normativa, che impedisca un uso indiscriminato del sistema di captazione di immagini in discorso. In effetti, “legittimare il Sistema di riconoscimento facciale in tempo reale, senza alcun vincolo legislativo, ribalterebbe completamente il delicato rapporto tra individuo e autorità”²¹⁵, atteso che, mentre «nella videosorveglianza “comune” l'obiettivo è quello di controllare un luogo ed eventualmente, in un momento successivo, qualora si verificano dei reati, cercare di individuare il colpevole”, “nella sorveglianza “di massa” l'obiettivo non è più controllare un luogo, ma controllare le persone presenti in quel luogo, con l'effetto che i dati dei soggetti presenti potranno essere analizzati e utilizzati per valutazioni diverse”²¹⁶.

8. Il cacciatore di IMSI

Dopo aver colonizzato gli Stati Uniti, i c.d. *IMSI catchers*²¹⁷ sono da qualche anno sbarcati in Europa, occupando l'attenzione anche del nostro ordinamento²¹⁸. Apparecchi portatili delle dimensioni di una valigetta, questi strumenti sfruttano alcune vulnerabilità delle reti di comunicazione, fingendo di essere un ponte radio, per indurre i cellulari nei dintorni ad agganciarsi e carpirne così i codici identificativi. La captazione dei codici costituisce, in realtà, solo l'antecedente di tutta una serie di operazioni ulteriori, che spaziano dalla realizzazione di un “pedinamento elettronico” fino all'inoculazione di un *trojan horse*. I

²¹³ L. SAPONARO, *Le nuove frontiere tecnologiche*, cit., p. 14.

²¹⁴ Ci si riferisce alla *European ethical Charter on the use of Artificial Intelligence in judicial systems and their environment* del dicembre 2018, promanante dall'*European Commission for the efficiency of justice* (CEPEJ).

²¹⁵ L. SAPONARO, *Le nuove frontiere tecnologiche*, cit., p. 17.

²¹⁶ *Ibidem*.

²¹⁷ Anche detti *cell-site simulators* o *Stingray* (dal nome del modello più famoso).

²¹⁸ Cfr., per una più completa disamina di questa nuova tecnologia, A. CAMON, *Il cacciatore di IMSI*, in *Arch. pen.*, 2020, n. 1, p. 177 ss.

modelli in commercio sono, per lo più, dotati anche di ulteriori funzioni aggiuntive: in particolare, «possono (*omissis*) interrompere il servizio, impedendo la connessione alla rete; registrare il contenuto delle comunicazioni inviate e ricevute; fare chiamate o mandare messaggi per conto del telefono “in ostaggio”; cambiare il contenuto dei messaggi inviati; esplorare e registrare quanto è archiviato nel dispositivo sotto controllo”²¹⁹.

Sebbene negli USA le agenzie di *law enforcement* utilizzino gli *IMSI catchers* da più di un ventennio, sporadici sono i casi in cui i giudici se ne sono occupati. Di qualche rilievo è, tuttavia, la presa di posizione del *Department of Justice*²²⁰, che, sollecitato da stampa, associazioni di tutela delle libertà civili e giuristi, supera, dopo qualche perplessità iniziale, il suo orientamento “*liberal*” e, facendo applicazione analogica della disciplina del *Pen/Trap statute*, raccomanda ai *prosecutors* di munirsi preventivamente di un’ autorizzazione giurisdizionale. Senonché, pur a seguito della modifica apportata nel 2001 al *Patriot Act*, resta assai agevole munirsi di un *pen-trap order*, essendo sufficiente dimostrare che le informazioni cercate sono pertinenti ad un’indagine in corso²²¹. Questa è la situazione sino al 2018, quando la Corte Suprema²²², pur senza prendere una posizione espressa sugli *IMSI catchers*, statuisce che, per ottenere dalle compagnie telefoniche le registrazioni delle “celle” agganciate nel corso del tempo da un telefono, occorre un mandato fondato su una *probable cause*, salvo che il pedinamento sia di breve durata, come accade tipicamente con l’impiego dello *Stingray*. Lungi dal risolvere definitivamente tutte le questioni, la soluzione offerta nel caso *Carpenter* pone piuttosto in risalto le ambascie procurate dalle sempre più penetranti forme di controllo tecnologico. Accanto ai dubbi inerenti all’esigenza o meno di un mandato, questione di non poco conto è poi quella attinente all’estensione del controllo affidato al giudice, attese le peculiarità delle indagini condotte con lo strumento dello *Stingray*. In effetti, gli *IMSI catchers* sono in grado di registrare le informazioni provenienti dalla generalità dei telefoni che si trovano entro una

²¹⁹ A. CAMON, *Il cacciatore di IMSI*, cit., p. 179-180.

²²⁰ ELECTRONIC SURVEILLANCE UNIT, *Electronic Surveillance Manual: Procedures and Case Law Forms*, U.S. DEPT OF JUSTICE 40 (2005), reperibile anche online (<https://www.justice.gov/criminal/foia/docs/elec-sur-manual.pdf>), 46.

²²¹ Uno *standard* talmente basso che la funzione del giudice chiamato a rilasciare l’autorizzazione viene considerata «*ministerial in nature*».

²²² *Carpenter v. United States*, 585 U.S. (2018).

determinata area, circostanza che ripropone, anzitutto in termini qualitativi, i rischi connessi al passaggio da una sorveglianza mirata ad una più ampia e indistinta²²³.

Venendo allo scenario sul versante europeo, si registra come l'Italia faccia eccezione rispetto alla gran parte degli altri Paesi, in seno ai quali la discussione sull'impiego degli *IMSI catchers* a fini investigativi è sfociata in una vera e propria disciplina legislativa²²⁴. Ad onta di ciò, le Forze di polizia italiane si servono da anni dei c.d. cacciatori di IMSI, ma, quando la Cassazione, ormai qualche anno fa, si è confrontata con questo mezzo d'indagine²²⁵, ha dovuto fare i conti con la mancanza di una solida riflessione scientifica in materia. Il caso prende le mosse da un procedimento contro un'associazione per delinquere finalizzata al traffico internazionale di stupefacenti: perlustrata la zona con lo *Stingray*, la polizia giudiziaria riesce a recuperare il codice IMEI del telefono di uno degli indagati e lo trasmette al pubblico ministero, che è così in grado di chiedere ed ottenere l'autorizzazione per l'intercettazione. Secondo la difesa, l'ordinanza cautelare disposta sulla base degli esiti dell'intercettazione sarebbe illegittima, in quanto, per mettere in campo lo *Stingray*, occorrerebbe l'autorizzazione di un magistrato. Tre sono i nuclei concettuali attorno ai quali gravitano le argomentazioni della S.C., la quale, dopo essersi domandata se lo strumento *de quo* possa essere accostato ad altri istituti tipici, respinge il ricorso:

- 1) in primo luogo, l'operazione risulta di per sé inidonea a svelare il contenuto delle comunicazioni e non può, pertanto, essere equiparata ad un'intercettazione;
- 2) in secondo luogo, non raccoglie informazioni sui contatti e telefonici, circostanza che preclude alla possibilità di un accostamento all'acquisizione dei tabulati;
- 3) in terzo luogo, non si pone in contrasto con alcuna delle disposizioni facenti parte della c.d. costituzione integrata.

Secondo gli Ermellini, quindi, l'operazione in questione non può che essere ricondotta agli atti investigativi atipici, suscettibili di essere compiuti dalla polizia giudiziaria di propria

²²³ Lo scenario si fa anche più inquietante se si considera che lo *Stingray* è stato adoperato per controllare i partecipanti a manifestazioni politiche, con conseguente rischio di una schedatura su basi ideologiche.

²²⁴ Tanto per fare degli esempi, il codice di procedura penale francese si occupa degli *IMSI catchers* nell'art. 706-95-20, modificato nel 2019; l'StPO tedesco, nell'art. 100i, introdotto nel 2002 e novellato nel 2017; in Austria una prima regolamentazione, per quanto blanda e collocata fuori dal codice, è intervenuta nel 2005, per poi essere ripensata nel 2018, quando le relative norme sono confluite all'interno del codice (§ § 132, 134 e 137 StPO).

²²⁵ Cass., sez. IV, 12 giugno 2018, n. 41385, in *Mass. Uff.*, n. 273929-01.

iniziativa. Che una simile conclusioni lasci alquanto insoddisfatti è forse superfluo rilevarlo, se non altro nella misura in cui la Corte dimostra di non avere alcuna consapevolezza dell'opportunità di una regolamentazione in via legislativa di questo strumento investigativo. I giudici, infatti, sembrano non comprendere fino in fondo le potenzialità insite nel cacciatore di IMSI, in quanto, se è forse eccessivo affermare che questo ponga in essere «una sorta di controllo online per cui ogni attività del soggetto monitorato viene captata»²²⁶, certo è che alcuni suoi esemplari dispongono di capacità intrusive assai sofisticate, al punto da registrare il contenuto delle comunicazioni. Peraltro, questa tesi trova conforto nelle parole della Corte costituzionale, che, in una pronuncia del 1973²²⁷, ha chiarito che il rispetto dell'art. 15 Cost. esige “garanzie che attengono alla predisposizione anche materiale dei servizi tecnici necessari per le intercettazioni (*omissis*), in modo che l'autorità giudiziaria possa esercitare anche di fatto il controllo necessario ad assicurare che si proceda alle intercettazioni autorizzate, solo a queste e solo nei limiti dell'autorizzazione”. Senonché, mentre il legislatore si è mostrato ricettivo rispetto ai moniti della Corte, affidando ad un decreto ministeriale il compito di fissare i requisiti che debbono presentare i *softwares* al fine di essere impiegati per le intercettazioni mediante captatore²²⁸, nulla di analogo è stato fatto, invece, per gli *IMSI catchers*, che restano, ad oggi, “scoperti” da un punto di vista legislativo e continuano a porre, in ragione dei loro connotati, interrogativi rispetto ai quali un intervento della dottrina risulta quant'altri mai auspicabile.

9. Conclusioni

Dal celebre modello panottico fino al mondo orwelliano dominato dal Grande Fratello, quella della sorveglianza costituisce una dimensione ineliminabile della modernità. Le tecnologie dell'informazione e della comunicazione, unitamente alla pluralità degli strumenti di monitoraggio elettronico a nostra disposizione, l'hanno resa una pratica oggi sempre più ricorrente e pervasiva della vita quotidiana. I dilemmi etici che essa pone si apprezzano inevitabilmente anche sul piano dell'accertamento penale, posto che l'autorità

²²⁶ W. NOCERINO, *Le intercettazioni e i controlli preventivi. Riflessi sul procedimento probatorio*, Milano, 2018, p. 154.

²²⁷ Corte cost., n. 34 del 1973.

²²⁸ V., in particolare, l'art. 2, c. 3 d.l. 30 dicembre 2019, n. 161.

giudiziaria è in grado di acquisire una mole sempre più cospicua di dati e, per giunta, prima ancora che il *trial* vero e proprio abbia inizio. L'evoluzione tecnologica ha, in effetti, sortito sul procedimento penale un duplice effetto: la rapida obsolescenza della prova dichiarativa, che abdica al ruolo di prova regina, e la trasfigurazione delle indagini preliminari, che da “fase che non pesa e che non conta» divengono «gigantesca istruzione sommaria”. In altri termini, il baricentro del procedimento penale sembra essersi spostato dal dibattimento e la raccolta di elementi decisivi ai fini del giudizio anticipata ad un momento in cui la garanzia del contraddittorio non opera ancora, circostanza che si pone in maniera stridente con un modello di stampo accusatorio. Strumenti sempre più sofisticati consentono di frugare nella vita delle persone come mai prima d'ora, rafforzando l'assunto di Carnelutti secondo il quale il processo è già di per sé una pena. A fronte di ciò, mentre fuori dai confini nazionali si ragiona di “domicilio informatico” e di *computer forensics*, il legislatore nostrano è rimasto inerte, sottraendosi ad una cruciale sfida di civiltà. Quello che ha fatto, anzi, è stato ripensare, ora in prospettiva “garantista” ora “giustizialista”, la disciplina delle intercettazioni di conversazioni o comunicazioni, mentre, per tutto ciò che esula dall'intercettazione in senso stretto, si è prontamente trincerato dietro lo scudo dell'art. 189 c.p.p., lasciando alla giurisprudenza il delicato onere di riportare a sistema il frastagliato panorama dei mezzi di ricerca della prova di cui si avvale l'organo inquirente. Il risultato è una imbarazzante situazione di vuoto normativo, che costringe l'interprete ad un notevole sforzo ermeneutico per ritagliare una soluzione di volta in volta confacente al caso di specie.