



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI NAPOLI FEDERICO II
FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA

INNOVAZIONE E DIRITTO

COMITATO DI DIREZIONE

Prof. Raffaele Perrone Capano (DIRETTORE)

Prof. Carlo Amatucci

Prof. Daria Coppa

Prof. Lorenzo Del Federico

Prof. Eugenio Della Valle

Prof. Maria Cecilia Fregni

Prof. Alessandro Giovannini

Prof. Maurizio Logozzo

Prof. Enrico Marelli

Prof. Giuseppe Melis

Prof. Salvatore Muleo

Prof. Mario Nussi

Prof. Marilena Rispoli (Diritto commerciale)

Prof. Francesco Santoni (Diritto del lavoro)

Prof. Alessandra Stefanelli (Diritto dell'Economia)

Prof. Marco Versiglioni

COMITATO SCIENTIFICO

Prof. Carlos Maria Lopez Espadafor Università di Jaén

Prof. Angeles Garcia Frias Università di Salamanca

Prof. Daniel Gutman - Università Paris Sorbonne Pantheon

Prof. Carlos Vargas Vasserot - Università di Almeria

Prof. J. A. Rozas Valdes - Università di Barcellona

Prof. Antonella Sciarrone Alibrandi

Prof. Andrea Amatucci

Prof. Fabrizio Amatucci

Prof. Emilio Balletti

Prof. Massimo Basilavecchia

Prof. Alessandro Bellavista

Prof. Gian Luigi Bizzioli

Prof. Marina Brollo
Prof. Silvia Cipollina
Prof. Alberto Comelli
Prof. Angelo Contrino
Prof. Roberto Cordeiro Guerra
Prof. Alfonsina De Felice
Prof. Luigi Ferlazzo Natoli
Prof. Valerio Ficari
Prof. Stefano Fiorentino
Prof. Franco Fichera
Prof. Gianfranco Gaffuri
Prof. Franco Gallo
Prof. Alessandro Garilli
Prof. Cesare Glendi
Prof. Antonia Irace
Prof. Agostino E. La Scala
Prof. Stefano Liebman
Prof. Raffaello Lupi
Prof. Corrado Magnani
Prof. Alberto Marcheselli
Prof. Giuseppe Marini
Prof. Giovanni Marongiu
Prof. Maurizio Sebastiano Messina
Prof. Severino Nappi
Prof. Leonardo Perrone
Prof. Roberto Pessi
Prof. Angela Principe
Prof. Giovanni Puoti
Prof. Gaetano Ragucci
Prof. Francesco Randazzo
Prof. Maurizio Ricci

Prof. Claudio Sacchetto

Prof. Livia Salvini

Prof. Salvatore Sammartino

Prof. Vittorio Santoro

Prof. Roberto Schiavolin

Prof. Dario Stevanato

Prof. Giuliano Tabet

Prof. Francesco Tesauro

Prof. Giuseppe Tinelli

Prof. Loris Tosi

Prof. Alessandro Turchi

Prof. Lucia Venditti

Prof. Giuseppe Zizzo

Prof. Antonello Zoppoli

REDAZIONE

Dott. Ernesto Aceto, Dott. Marcello D'Aponte, Dott. Gabriella Gimigliani, Dott. Valeria Maresca, dott. Gennaro Rotondo, Dott. Roberto Sgobbo, Dott. Maria Villani, Dott. Salvatore Villani

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

PRIMA PARTE

La política tributaria en España en los últimos tres años

Di Carlos María López Espadafor

Rilevabilità *Ex Officio* Dell'incertezza Normativa Oggettiva Da Parte Del Giudice Tributario

di *Leda Rita Corrado*

Abuso Del Diritto E Legge Delega Fiscale

di *Maurizio Logozzo*

L'evoluzione Storica Della Vigilanza In Italia

di *Marilena Rispoli Farina*

Recenti interventi normativi a favore dei soggetti operanti nel settore del microcredito. Caratteri soggettivi e profili tipologici di un modello imperfetto

di *Luigi Scipione*

SECONDA PARTE

Il diritto di accesso nei procedimenti tributari (nota a consiglio di stato, 26 settembre 2013, n. 4821)

di *Fabrizio D'alessandro*

Il diritto al contraddittorio negli accertamenti tributari fondati su dati bancari (nota a cassazione civile, sezione tributaria, 29 gennaio 2014, n. 1860)

di *Valeria Garattini*

Nota a sentenza n. 1332 emanata il 5.3.2013 dalla iii sezione del consiglio di stato: art. 38, comma 1, lett. G), d.lgs. N. 163/2006 e rateizzazione del debito fiscale

di *Andrea Marone*

L' assoggettamento ad irap dell'imprenditore familiare, la portata esemplificativa dell'art. 3 del decreto istitutivo e l'applicabilità del termine previsto dall'art. 38 del d.p.r. 1973 n. 602 al rimborso dell'imposta illegittimamente versata.

(nota a cassazione civile, sezione v, 8 maggio 2013, n. 10777)

di *Valentina Zampaglione*

LA POLÍTICA TRIBUTARIA EN ESPAÑA EN LOS ÚLTIMOS TRES AÑOS¹

di Carlos María López Espadafor*

Abstract:

In questo articolo cerchiamo di spiegare la politica fiscale spagnola negli ultimi tre anni. Le politiche fiscali degli ultimi governi in Spagna non paiono conformi agli schemi tradizionali di ispirazione dei diversi schieramenti politici. L'attuale governo sta sviluppando una serie di riforme fiscali interessanti. Queste riforme rompono con le raccomandazioni dell'Unione Europea e del Fondo Monetario Internazionale. Così facendo si sta tentando una ripresa economica e una riduzione del disavanzo pubblico in Spagna.

In this paper we try to explain the Spanish tax policy in the past three years. Tax policies of the last governments are not adjusted in Spain to the traditional schemes of the different policy options. The current government is developing an interesting series of tax reforms. These reforms break with the recommendations of the European Union and the International Monetary Fund. Even so it is getting an economic recovery and a reduction of the public deficit in Spain.

Sommario: 1. Introducción. 2. La política fiscal: ingreso *versus* gasto público. 3. La perspectiva del federalismo fiscal. 4. Antecedentes y distintas opciones de política tributaria. 5. La reforma que viene.

1. Introducción.

Lo primero que desearía hacer es agradecer al Profesor Perrone Capano su invitación para publicar este artículo, habiendo sido él quien me propuso este título de la política tributaria en España en los últimos tres años. Hablar de los últimos tres años de política

Catedrático de Derecho Financiero y Tributario, Universidad de Jaén

¹ “La politica tributaria spagnola negli ultimi tre anni”, traduzione a cura di Dott. Ernesto Aceto Assegnista di ricerca in Diritto Tributario Università degli Studi di Napoli “Federico II”

tributaria en España necesariamente nos lleva a hablar de la política tributaria de un concreto gobierno, el que ganó las elecciones, con mayoría absoluta, en el mes de noviembre de 2011. Se trata de un gobierno que, si la presente legislatura se agota con normalidad, podrá prorrogar su mandato hasta finales del año 2015. Este gobierno está presidido por Mariano Rajoy, presidente también Partido Popular, partido político de corte liberal-conservador que goza de mayoría absoluta en el Congreso y en el Senado, con lo cual, cualquier iniciativa legislativa del citado gobierno se aprueba sin ningún problema, sin perjuicio de que algunas de las medidas inicialmente anunciadas hayan sufrido algunas modificaciones en función de la presión de los agentes sociales.

De todos modos, no es un gobierno que haya cedido excesivamente a las presiones internacionales sobre su política económica. Las instituciones de la Unión Europea y del Fondo Monetario Internacional en ocasiones han intentado marcar una serie de orientaciones a la política fiscal española que el citado gobierno en muchos casos ha desoído, bajo la legitimación de que su política económica y, más en concreto, su política fiscal, ha conseguido sacar a España de la recesión y llevarla al crecimiento, aunque aún no alcance los niveles deseables.

Por ejemplo, la primavera de 2014 ha estado presidida por una serie de indicaciones de la Unión Europea y del Fondo Monetario Internacional a España para que se dé un incremento en los tipos de gravamen del Impuesto sobre el Valor Añadido en nuestro país y de que no se concedan aún rebajas fiscales, hasta que las cuentas públicas españolas estén más saneadas. Frente a ello, el Gobierno de Mariano Rajoy ha respondido con un anteproyecto de reforma tributaria que no prevé la subida del Impuesto sobre el Valor Añadido y que plantea la rebaja de los tipos de gravamen en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, suprimiendo incluso la tributación en este impuesto para las rentas más bajas. Se trataría con ello de liberar rentas en las familias españolas, para que éstas las puedan destinar al consumo, reactivando éste y, así también, la economía en general.

2. La política fiscal: ingreso *versus* gasto público.

Además de las reformas tributarias operadas, la política económica en España ha estado presidida en estos últimos años por un fortísimo recorte del gasto público. Por ejemplo, la convocatoria de nuevas plazas de funcionarios públicos ha estado y sigue estando bloqueada en la administración, con una tasa de reposición del cero por ciento de los funcionarios que se jubilan; no obstante, en algunos ámbitos de la administración más necesitados sí existe una cierta tasa de reposición, aunque baja, del total de funcionarios que se jubilan cada año; por ejemplo, en la universidad española, cada universidad sólo puede sacar cada año a concurso un diez por ciento de las plazas que han desaparecido anualmente, es decir, del total de profesores que se jubilan sólo se puede reponer un diez por ciento.

En relación a los límites en la reposición de plazas de funcionarios públicos también debemos destacar una excepción directamente vinculada a la lucha contra el fraude fiscal, habiéndose ampliado los citados límites en el ámbito de la administración tributaria, con una oferta de empleo público proporcionalmente mucho mayor que en otros campos de la administración pública. Se trata de conseguir mayores medios personales en la inspección tributaria, como mecanismo de mayor lucha contra el fraude fiscal y, así, como vía esencial para obtener una mayor recaudación tributaria y, en función de ello, unos mayores ingresos públicos efectivos.

Pero sobre la economía española pesa fuertemente, desde siempre, una gran losa, como es la excesiva tasa de paro, seguramente por los males estructurales de nuestra economía y el mal planteamiento de los sectores productivos y de su articulación territorial. Cuando se ven las actuales tasas de paro tras la crisis económica en algunos Estados europeos, tales porcentajes nos recuerdan las tasas de paro existentes en España en los tiempos de bonanza económica.

La desocupación en España, con la incipiente recuperación económica, ha pasado de cifras que superaban la barrera psicológica del veinticinco por ciento de parados a porcentajes ligeramente más bajos. En un panorama en el que la cuarta parte de la población

activa no trabaja, resulta casi un milagro el crecimiento económico y la recuperación, aunque aún leve, que se está dando en la economía española. Es extraordinariamente alto el porcentaje de ciudadanos que no tributan al no obtener rentas al estar desocupados y que, al mismo tiempo, además de no aportar ingresos al Estado en concepto de Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, tienen que recibir de éste la correspondiente prestación o ayuda social, en definitiva, al mismo tiempo, mayor gasto público. Incluso el Papa Francisco en algún momento ha hecho alusión al elevadísimo porcentaje de desempleo juvenil en España.

El Gobierno de Mariano Rajoy llegó a su vez ante el declive del Gobierno socialista de José Luis Rodríguez Zapatero, en plena crisis económica, con el desgaste propio de ello. A ello le seguirá obviamente el desgaste de los sacrificios necesarios en las cuentas públicas que ahora recaerán sobre Mariano Rajoy, sin perjuicio de que en el último año de su mandato aproveche para adoptar algunas medidas más electoralistas, como es habitual en cualquier gobierno. Pero en el fondo el ciudadano cada vez es más consciente de la mayor o menor habilidad de los distintos políticos, más allá de su ideología, en el manejo de los fondos públicos.

En materia de gasto público, los gobiernos conservadores y socialistas han solido moverse por los esquemas tradicionales de estas dos líneas políticas; gobiernos socialdemócratas con un mucho mayor gasto público y social, que ha desembocado siempre en un importante déficit público, seguidos de gobiernos conservadores-liberales que han tenido que contener el gasto. Pues bien, frente a estos definidos esquemas en materia de gasto público, en materia tributaria las líneas políticas han estado mucho más desdibujadas en España, no respondiendo siempre a lo habitual de cada una de esas dos líneas políticas, tal y como tendremos ocasión de comprobar en este trabajo.

Antes de seguir y dado que estamos hablando de políticas tributarias y, en función de ello, de líneas políticas, queremos dejar claro que este artículo no lo escribimos desde ninguna afiliación política, porque, además, siempre hemos entendido que ésta es la única forma de construir una verdadera ciencia jurídico-tributaria.

Más allá de las tradicionales líneas políticas, no sólo en nuestra Europa, sino en el mundo globalizado actual, lo que habrá que defender siempre es la mejor gestión financiero-tributaria, que será aquella que ayude al crecimiento y a colmar las necesidades sociales.

Vamos a hablar de una política económica y, más en concreto, de una política tributaria, que ha empezado a crear crecimiento, pero que no ha conseguido hasta ahora un crecimiento del empleo que sea verdaderamente destacable; digamos que ésta es la gran asignatura pendiente.

3. La perspectiva del federalismo fiscal.

El problema también en España es que, bajo el marco de nuestro Estado autonómico, con un nivel de descentralización política y administrativa mucho mayor que el de otros Estados que se califican de federales, no se puede hablar de una sola política tributaria, sino de muchas, dado que cada Comunidad Autónoma o región, dentro de los límites que permiten nuestra Constitución y las leyes, concreta la cuantificación de los impuestos cedidos a aquéllas dentro de los márgenes de los límites legales; el problema es que tales márgenes determinan unas diferencias impositivas marcadísimas entre Comunidades Autónomas de distinto signo político. Por ejemplo, en el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones llama especialmente la atención las desorbitadas diferencias fiscales entre Comunidades Autónomas como la de Madrid, de gobierno liberal-conservador, y Andalucía, de gobierno de coalición entre socialistas y comunistas, que lleva a muchos ciudadanos a buscar su residencia fiscal en otra Comunidad Autónoma, residencia fiscal que se confirma en la nueva Comunidad una vez transcurridos tres años; esto lleva incluso a una ingeniería tributaria en previsión de las futuras herencias; ésta sería una de las diferencias más acusadas entre Comunidades Autónomas, aunque se puedan encontrar, aunque no tan acusadas, en relación a otros impuestos.

En líneas generales, se puede decir que el sistema de financiación de las Comunidades Autónomas se basa esencialmente en impuestos de titularidad estatal cedidos

total o parcialmente a aquéllas. Los impuestos propios creados por cada parlamento autonómico representan una recaudación muy marginal dentro de los presupuestos autonómicos y los posibles recargos autonómicos sobre impuestos estatales han tenido una existencia casi nula.

Es más, los impuestos más importantes del sistema tributario español se encuentran cedidos por el Estado total o parcialmente a las Comunidades Autónomas, de tal forma que cualquier reforma tributaria incide en éstas, que son titulares de las competencias más representativas económicamente, como son las de sanidad y educación.

Así, por ejemplo, el cincuenta por ciento del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas se encuentra cedido a las Comunidades Autónomas, así como el cien por cien del Impuesto sobre el Patrimonio (inicialmente dejado de aplicar y después rescatado ante los problemas de déficit público con la crisis económica) y del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, además de la cesión del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados.

En relación a estos impuestos las Comunidades Autónomas pueden asumir competencias normativas sobre los elementos de cuantificación de los mismos, en relación a la parte cedida o a la cesión total según los supuestos, lo que nos puede llevar, por ejemplo, a que en algunas Comunidades de mayoría socialdemócrata los tipos de gravamen máximos del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas estén por encima de los tipos máximos fijados por el Estado que veremos en su momento; el Estado fija unos tipos de gravamen para el 50 por ciento de la base del impuesto y al mismo tiempo fija otros supletorios por si las Comunidades Autónomas no aprueban otros específicos para los residentes en su Comunidad. También por ejemplo, en la línea ya adelantada, podemos encontrar Comunidades de mayoría liberal conservadora donde la tributación por el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones se limita a una tributación ínfima; de todos modos, el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones es una de las figuras tributarias más criticadas en el Ordenamiento tributario español.

De otro lado, pero ya sin que las Comunidades Autónomas puedan asumir competencias normativas sobre estos otros impuestos, dada su armonización fiscal conforme a Directivas de la Unión Europea, se encuentra cedido a aquéllas el cincuenta por ciento del Impuesto sobre el Valor Añadido y el cincuenta y ocho por ciento de las accisas, que en España reciben la denominación de Impuestos Especiales. No obstante, existe algún otro impuesto especial, como el Impuesto Especial sobre Determinados Medios de Transporte, impuesto de matriculación, no armonizado conforme a directivas de la Unión Europea y que se encuentra cedido al cien por cien a las Comunidades Autónomas.

Pero el crecimiento del federalismo fiscal en España no siempre se ha hecho de una forma ordenada, sino más bien todo lo contrario. Piénsese en que en la no tan larga actual etapa constitucional española, que se remonta sólo a 1978, en diversas legislaturas, los grandes partidos políticos españoles, el Partido Socialista Obrero Español o el Partido Popular, han pactado para conseguir el gobierno con partidos nacionalistas, vascos o catalanes; también han estado los pactos con Coalición Canaria, aunque en realidad éste sería más bien un partido regionalista, que un partido nacionalista. Esto ha supuesto considerables incrementos en la cesión impositiva a las Comunidades Autónomas, sin perjuicio de cesiones que también se han hecho a las mismas en legislaturas en que un solo partido político tenía mayoría absoluta en el Congreso.

Distintos son los sistemas de convenio o concierto económico con Navarra o el País Vasco donde se pacta con el Estado el porcentaje con el que estas Comunidades Autónomas contribuyen a los gastos de competencia de aquél.

También habrá que ver a qué quebranto en las cuentas públicas nos podría llevar en el futuro el desafío soberanista catalán.

4. Antecedentes y distintas opciones de política tributaria.

Dejando a un lado por ahora las anteriores, si nos remontamos a las últimas seis legislaturas en España, debemos recordar que a varias legislaturas de gobierno socialista

presididas por Felipe González, le siguieron dos legislaturas de gobierno conservador presididas por José María Aznar, a las que le siguieron a su vez otras dos legislaturas de gobierno socialista presididas por José Luis Rodríguez Zapatero, hasta llegar a la legislatura actual de gobierno conservador presidido por Mariano Rajoy.

Es de común conocimiento en la disciplina económico-tributaria que las opciones políticas liberal-conservadoras apuestan por un mayor peso de los impuestos indirectos, como el Impuesto sobre el Valor Añadido, mientras que las opciones políticas socialdemócratas apuestan por un mayor peso de impuestos progresivos como el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas. Pues bien, la política tributaria española en las últimas legislaturas ha roto con los esquemas tradicionales demostrando lo trasnochados que pueden resultar tales esquemas políticos.

Cuando terminó el gobierno socialista de Felipe González, en España existía un tipo de gravamen máximo del cincuenta y seis por ciento en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas. Una de las propuestas del programa político de José María Aznar era reducir el tipo máximo de gravamen de este impuesto al cuarenta por ciento. Además, al llegar al poder, el gobierno de José María Aznar encargó un informe a una comisión de expertos para la reforma tributaria, informe que, entre otras cosas, se fijó en la Sentencia que había dictado el Tribunal Constitucional alemán el 22 de junio de 1995, fijando una tributación máxima por renta y patrimonio en el cincuenta por ciento de la renta; se hacía esta referencia a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional alemán, porque el Tribunal Constitucional español nunca ha sido capaz de pronunciarse claramente al respecto².

² En un alarde de inspiración, el Tribunal Constitucional español en el fundamento jurídico 9 de su Sentencia 150/1990, de 4 de octubre, señala que sería «evidente el resultado confiscatorio de un Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas cuya progresividad alcanzara un tipo medio de gravamen del 100 por 100 de la renta». Una tributación del 100% en la imposición sobre la renta, obviamente en hipótesis de laboratorio, privaría al sujeto de cualquier renta que después hubiese podido destinar al consumo, con lo cual se cerraría, en función de ello, la posibilidad de una posterior imposición sobre el consumo. De todos modos, en la práctica, aunque no se haya concretado en un determinado porcentaje, lo que está claro es que para no considerar la imposición sobre la renta como confiscatoria el tipo de gravamen debería estar bastante por debajo de ese límite del 100%. Por otra parte, en materia de imposición sobre la renta, la existencia de un mínimo exento (plasmado de una u otra manera, según el sistema fiscal de que se trate), ante un hipotético tipo de gravamen del 100%, haría que la tributación efectiva siempre estuviese por debajo de ese porcentaje, por muy alta que fuese, a lo que habría que añadir el juego, en el mismo sentido, de los otros tipos más bajos, dentro de la hipotética escala de tipos de gravamen. Pero, al margen de todo ello, tipos de gravamen muy altos en la imposición sobre la renta

Quizás entre el cuarenta por ciento de su promesa electoral y el límite del cincuenta por ciento que el informe destacó que se había impuesto en Alemania, en la primera legislatura de Aznar el tipo máximo de gravamen del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas se redujo del cincuenta y seis por ciento al cuarenta y ocho por ciento. De este modo al menos se conservaba la visión psicológica del cuatro de la decena en la promesa electoral y se empezó a mover por primera vez por debajo del cincuenta por ciento. Posteriormente se rebajó el tipo de gravamen máximo de este impuesto al cuarenta y cinco por ciento.

Quizás uno de los grandes errores de Aznar que hizo que la burbuja inmobiliaria en España tuviese después unas consecuencias más acusadas, fue el promover un importante incremento en la deducción por inversión en vivienda habitual. Hasta una inversión ligeramente de algo más de nueve mil euros anuales, el contribuyente podía deducir hasta un veinticinco por ciento de la mitad de la inversión –después un veinte-, y un quince por ciento del resto. De este modo, por ejemplo, un sujeto, hasta el citado límite, podía deducir entre un veinticinco y un quince por ciento de lo que pagaba anualmente de intereses y de amortización por su préstamo hipotecario. Esto impulsó extraordinariamente la construcción y compraventa de viviendas y, en función de ello, provocó un extraordinario incremento de la economía española. De todos modos, el siguiente gobierno tampoco supo atajar a tiempo este problema.

Al llegar el gobierno socialista de José Luis Rodríguez Zapatero, lo lógico hubiese sido, si se querían seguir los tradicionales esquemas de política económica, que, como responsable de un partido socialdemócrata hubiese bajado los impuestos indirectos y hubiese aumentado la progresividad en los impuestos directos. Frente a ello, lo que hizo

desincentivarían la producción y tendrían unos efectos económicos difícilmente pensables. De todos modos, parece excesivamente simplista el hecho de que el Tribunal Constitucional se permita decir que una tributación del 100 por 100 en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas sería confiscatoria. En todo este tema debemos pensar siempre no sólo en la carga fiscal provocada por un impuesto, sino también y esencialmente en las situaciones de plurimposición, en cuanto acumulaciones de impuestos sobre un mismo objeto de gravamen.

inicialmente es bajar el tipo máximo de gravamen en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas hasta el cuarenta y tres por ciento.

Piénsese que los impuestos directos se basan en índices directos de capacidad económica, como son la renta y el patrimonio, índices que de una forma más clara y precisa nos pueden decir cuál es la capacidad económica global del contribuyente. Frente a ello, los impuestos indirectos se basan en índices indirectos de capacidad económica, como el consumo y tráfico de bienes, que sólo de una forma indirecta nos pueden indicar que existan manifestaciones de capacidad contributiva. Piénsese en que algunos actos de consumo de productos básicos los deben realizar tanto los ricos como los pobres y que a ambos, por dicho concepto, se les repercutiría una misma carga tributaria. Piénsese también en que la progresividad suele ser una nota característica de los impuestos directos frente a los indirectos.

Cuando en 2011 llega el gobierno conservador de Rajoy, éste se encuentra con un elevadísimo déficit público, que intenta frenar con drásticos recortes en el gasto público, frente a lo que había venido haciendo el gobierno de Zapatero, que aun estando ante los primeros atisbos de la crisis económica, mantuvo notables incrementos que había realizado en gastos públicos.

A finales de 2011, al haber entrado un gobierno conservador-liberal, lo esperable bajo los tradicionales esquemas políticos es que en materia tributaria para luchar contra el déficit público se hubiese centrado primero en subir el Impuesto sobre el Valor Añadido y otros impuestos indirectos, antes que subir el Impuesto sobre la Renta de las personas Físicas. Frente a ello, lo que hizo primero en 2012 fue subir el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, con el consiguiente nuevo tipo máximo de gravamen más alto; con esto el reparto de la carga de la crisis económica sobre los ciudadanos se hacía de forma más solidaria³ y más justa⁴. El tipo de gravamen para las rentas más altas en este Impuesto se

³ LOMBARDI, *Solidarietà politica, solidarietà economica e solidarietà sociale nel quadro del dovere costituzionale di prestazione tributaria*, *Temì tributaria* (1964): 597.

⁴ FORTE, *Note sulle norme tributarie costituzionali italiane (a proposito dei contributi di Benvenuto Grizzotti al Diritto Finanziario)*, *Jus*, I (1957): 388.

sitúa, en principio en el cincuenta y dos por ciento. Ahora bien, esto es así si las Comunidades Autónomas no han adoptado una norma distinta y se aplicasen las normas fijadas con carácter supletorio por el Estado. Dado que este impuesto se encuentra cedido parcialmente a las Comunidades Autónomas, éstas pueden incrementar –o reducir- dentro de ciertos límites los tipos de gravamen en su territorio en relación a la parte cedida, con lo que en algunas Comunidades el tipo de gravamen máximo puede llegar hasta el cincuenta y seis por ciento.

Esta preferencia del gobierno liberal-conservador de Rajoy por subir primero el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, rompe los esquemas tradicionales en materia de las distintas concepciones de política tributaria en relación a la interpretación del principio constitucional de capacidad económica⁵.

Sólo después de haber subido el Impuesto sobre las Renta de las Personas Físicas y antes las constantes presiones de la Unión Europea dicho gobierno terminó claudicando para subir también el Impuesto sobre el Valor Añadido.

En relación a este último impuesto debemos recordar que el Informe de la Comisión de Expertos para la Reforma del Sistema Tributario de este mismo año encargado por el gobierno, presenta como una de sus recomendaciones que algunos productos y servicios pasen a tributar del tipo reducido al tipo general del Impuesto sobre el Valor Añadido, fijado actualmente en España en el veintiuno por ciento.

5. La reforma que viene.

La reforma fiscal que ha proyectado el gobierno pretende una importante rebaja de los tipos de gravamen en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas. Sin perjuicio de las modificaciones que puedan introducir las Comunidades Autónomas en relación a la parte

⁵ BERLIRI, *L'obbligo di contribuire in proporzione della capacità contributiva come limite alla potestà tributaria*, *Scritti scelti di Diritto Tributario (1990)*: 491. GIARDINA, *Le basi teoriche del principio della capacità contributiva* (1961). MANZONI, *Il principio della capacità contributiva nell'Ordinamento costituzionale italiano* (1965). MOSCHETTI, *Il principio della capacità contributiva* (1973).

cedida, el tipo máximo de este impuesto bajaría, en un primer año, del cincuenta y dos por ciento actual ya citado al cuarenta y siete por ciento como tipo máximo y, en un segundo año, dicho tipo máximo bajaría al cuarenta y cinco por ciento. Esto sí entroncaría ya con los tradicionales esquemas de la política tributaria liberal conservadora.

Al mismo tiempo, el tipo general –que tiene algunas excepciones en otros tipos más reducidos- del Impuesto sobre Sociedades bajaría del treinta por ciento al veintiocho por ciento en un primer año y al veinticinco por ciento en un segundo año.

Las instituciones de la Unión Europea y el Fondo Monetario Internacional ven con desconfianza esta bajada de impuestos, que entienden que podría romper con el ritmo de recaudación que está consiguiendo frenar el déficit público.

De todos modos, el gobierno entiende que al bajar los tipos de gravamen del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas se liberarán mayores rentas a disposición de los contribuyentes y éstos podrán destinarlas al consumo, con lo que reactivando éste se reactivaría la economía en mayor medida con una mayor recaudación por el Impuesto sobre el Valor Añadido –aunque no se incrementen los tipos de gravamen de éste- y por los demás impuestos, compensando la citada bajada impositiva. Más dinero en manos del contribuyente se espera que genere mayor consumo, mayor crecimiento empresarial y así menor desempleo y más nuevos contribuyentes tributando por el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas.

Es una apuesta arriesgada en tiempos de incipiente recuperación económica, que algunos tachan de electoralista ante las elecciones del próximo año y que el tiempo nos dirá si logra o no sus objetivos.

Frente a este importantísimo cambio en los tipos de gravamen, curiosamente en la opinión pública el aspecto de la reforma más criticado fue el intento del gobierno de promover con esta reforma también una considerable limitación de la exención y, así, una mayor tributación de las indemnizaciones por despido, máxime ante la situación de crisis

empresarial que hemos venido atravesando. De todos modos, la presión de los sindicatos y de la opinión pública consiguió que la propuesta del gobierno no siguiese adelante, dejando sometidas a tributación sólo las indemnizaciones más elevadas.

Más allá de todo lo expuesto, sigue existiendo el gran problema de la economía sumergida en España, que mantiene al margen de cualquier tributación un importante volumen de rentas ocultas, que cuanto menos en cualquier cálculo siguen suponiendo más del veinte por ciento del movimiento económico total.

La política tributaria spagnola negli ultimi tre anni

Di Carlos Maria Lopez Espadafor

Sommario: 1. Introduzione. 2. La politica fiscale: la spesa pubblica e il reddito. 3. Gli obiettivi del federalismo fiscale. 4. Le precedenti e diverse opzioni di politica fiscale. 5. La riforma che verrà.

1 Introduzione

La prima cosa che vorrei fare è ringraziare il professor Perrone Capano per il suo invito a pubblicare questo articolo, considerato che lui stesso mi ha chiesto un'analisi della politica fiscale in Spagna negli ultimi tre anni. Parlare degli ultimi tre anni della politica tributaria in Spagna ci porta necessariamente a parlare della politica fiscale di un determinato governo, che ha vinto le elezioni con una maggioranza assoluta nel novembre 2011. Questo governo, se gli equilibri politici rimarranno stabili, resterà in carica fino alla fine del 2015. Esso è guidato da Mariano Rajoy, che è anche presidente del Partito Popolare, partito politico di ispirazione liberale - conservatrice che gode di una maggioranza assoluta sia alla Camera sia al Senato, per cui qualsiasi iniziativa legislativa del governo può essere approvata senza alcun problema, anche se alcune misure annunciate hanno subito alcune modifiche in base alla pressione delle parti sociali.

In ogni caso, non è un governo che ha ceduto eccessivamente alle pressioni internazionali sulla sua politica economica. Le istituzioni dell'unione Europea e del Fondo Monetario Internazionale talvolta hanno cercato di stabilire linee guida per la politica fiscale spagnola

che il governo ha spesso ignorato in base alla legittimazione di quella politica economica e, più in particolare, di quella fiscale, che è riuscita a tirare la Spagna fuori dalla recessione e a favorire la crescita, anche se ancora non sono stati raggiunti i livelli desiderati.

Ad esempio, nella primavera del 2014 la Spagna è stata destinataria di una serie di indicazioni stabilite dall'Unione Europea e dal Fondo Monetario Internazionale, volte ad un aumento delle aliquote dell'imposta sul Valore Aggiunto senza concedere nessun tipo di agevolazione fiscale, fino al risanamento dei conti pubblici spagnoli. Il governo di Mariano Rajoy ha risposto a queste indicazioni mediante un progetto preliminare di riforma tributaria, il quale non prevede l'aumento dell'imposta sul Valore Aggiunto, ma la diminuzione delle aliquote dell'imposta sul Reddito delle Persone Fisiche, esonerando dall'imposizione i percettori di redditi più bassi. Si vuole in questo modo aumentare il reddito disponibile delle famiglie spagnole, affinché queste possano destinare parte delle proprie risorse economiche ai consumi, riattivando così questi ultimi e di conseguenza anche l'economia generale del Paese.

2. La politica fiscale: la spesa pubblica e il reddito

Oltre alle riforme fiscali operate, la politica economica spagnola è stata caratterizzata, negli ultimi anni, da una forte riduzione della spesa pubblica. Ad esempio, l'offerta di nuovi posti di lavoro come funzionari pubblici è stata e continua ad essere bloccata per quanto riguarda il settore dell'amministrazione, con un tasso di sostituzione pari allo zero per cento dei funzionari in pensione. Tuttavia, in alcuni settori dell'amministrazione, in cui la necessità è maggiore, il tasso di sostituzione sul totale dei funzionari che ogni anno vanno in pensione, seppur basso risulta almeno esistente. Ad esempio, nell'ambito universitario spagnolo, ogni università può offrire mediante concorso solo il dieci per cento dei posti che annualmente si liberano, ossia, può essere occupato solo il dieci per cento del totale dei professori in pensione.

Per quanto riguarda i limiti sulla sostituzione dei posti di lavoro come funzionari pubblici va sottolineata la presenza di un'eccezione, direttamente collegata alla lotta contro l'evasione fiscale, avendo ampliato i suddetti limiti nell'ambito dell'amministrazione tributaria, con un'offerta di lavoro pubblico proporzionalmente molto più grande rispetto a quella presente

in altri settori della pubblica amministrazione. Per combattere la frode fiscale, bisognerebbe dunque aumentare i controlli fiscali così da ottenere un incremento effettivo delle entrate pubbliche.

Ma sull'economia spagnola pesa fortemente, da sempre, un grande macigno, ossia il problema di un elevato tasso di disoccupazione, sicuramente dovuto ai problemi strutturali dell'economia stessa, al mal funzionamento dei settori produttivi ed alla loro articolazione territoriale. Gli attuali tassi di disoccupazione presenti in alcuni Stati Europei dopo la crisi economica, ci ricordano i tassi di disoccupazione esistenti in Spagna nei periodi di crescita economica.

La disoccupazione in Spagna, con l'imminente ripresa economica, è passata da cifre esorbitanti pari al 25% di disoccupati, a percentuali leggermente più basse. In un territorio in cui un quarto della popolazione attiva non lavora, risulta quasi un miracolo immaginare l'effettiva presenza, seppur lieve, di una imminente ripresa e crescita economica. È straordinariamente alta la percentuale di cittadini disoccupati e quindi senza reddito che non versano i contributi e che, allo stesso tempo quindi, oltre a non apportare entrate allo Stato, a titolo d'Imposta sul Reddito delle Persone fisiche, ricevono anche da quest'ultimo la corrispondente assistenza sociale, causando in definitiva un aumento della spesa pubblica. Anche Papa Francesco, in alcune occasioni, ha fatto riferimento all'elevata percentuale di disoccupazione giovanile esistente in Spagna.

Il Governo di Mariano Rajoy è arrivato a sua volta dinanzi al declino del Governo socialista di José Luis Rodríguez Zapatero, logorato dal degrado prodotto dalla profonda crisi economica. A questo seguirà sicuramente anche il logoramento prodotto dai sacrifici necessari per il risanamento dei conti pubblici, che ricadrà ora su Mariano Rajoy, senza considerare che come ogni governo, anch'esso potrà approfittare, nell'ultimo anno del suo mandato, dell'adozione di alcune misure maggiormente elettorali. Ma in fondo, il cittadino è sempre più cosciente della maggiore o minore abilità dei vari politici che si presentano. Il cittadino, al di là della propria ideologia politica, considera, oggi soprattutto, l'uso che i politici fanno dei propri fondi pubblici.

In materia di spese pubbliche, i governi conservatori e socialisti hanno seguito gli schemi tradizionali di questi due orientamenti politici; governi socialdemocratici con un numero

elevato di spese pubbliche e sociali, che hanno portato sempre ad un importante deficit pubblico, seguiti da governi liberal-conservatori che hanno dovuto poi contenere le spese pubbliche e sociali del paese. Al contrario di quanto appena detto in materia di spesa pubblica, le linee politiche seguite in materia tributaria sono state in Spagna molto meglio distribuite, e come avremo modo di verificare nel presente lavoro, spesso, non hanno seguito gli schemi tradizionali dei due orientamenti politici sopra menzionati.

Prima di procedere, dato il nostro esplicito riferimento a due orientamenti politici in materia tributaria, ci teniamo a chiarire che il presente articolo non è di parte, ossia non è dettato da nessun orientamento politico, poiché consideriamo che l'unico modo per costruire una vera e propria scienza giuridico - fiscale sia quello di scrivere in modo imparziale.

Al di là degli orientamenti politici tradizionali, non solo nella nostra Europa, ma in tutto il mondo, l'obiettivo che occorrerà salvaguardare e considerare sempre, è quello di una migliore gestione finanziaria e fiscale dei Paesi, come unico modo per poter colmare tutte le diverse necessità sociali e favorire la crescita economica.

Parleremo di una politica economica, e più concretamente di una politica fiscale che ha iniziato a contribuire ad una crescita economica, ma che non ha ottenuto gli stessi importanti risultati in materia di occupazione; diciamo che questo continua ad essere il grande problema irrisolto del Paese.

3. Gli obiettivi del federalismo fiscale

In Spagna inoltre il problema è che, trattandosi di uno Stato fondato sul principio dell'autonomia, con un livello di decentramento politico ed amministrativo molto più grande rispetto a quello degli altri Stati definiti federali, non si può parlare di un'unica politica fiscale, ma di molte politiche fiscali, in quanto ogni Comunità Autonoma o regione, nei limiti stabiliti dalla Costituzione spagnola e dalla legge, determina la quantificazione delle imposte ad esse cedute secondo i limiti legali. Il problema è che tali limiti legali determinano differenze fiscali notevoli tra le Comunità Autonome ancor più accentuate se di diverso orientamento politico. Ad esempio, nell'imposta sulle Successioni e Donazioni richiamano

l'attenzione soprattutto le esorbitanti differenze fiscali esistenti tra la Comunità Autonoma di Madrid, governo liberal - conservatore, e l'Andalusia, governo di coalizione tra socialisti e comunisti, che costringe molti cittadini a cercare la propria residenza fiscale in altre Comunità Autonome: residenza fiscale che viene poi confermata nella nuova Comunità Autonoma solo dopo tre anni.

Tutto questo conduce quindi ad una vera e propria ingegneria fiscale da parte dei cittadini in vista anche di future successioni. Questa è una delle differenze più forti ed evidenti tra le diverse Comunità Autonome. Ed anche se possiamo trovarne delle altre, relative ad altre imposte, nessuna sarà così rilevante.

In linea generale, possiamo dire quindi che il sistema finanziario delle Comunità Autonome si basa principalmente sulle imposte statali cedute totalmente o parzialmente ad esse. Le imposte proprie create da ogni parlamento autonomo rappresentano una risorsa economica molto marginale nei bilanci delle Comunità Autonome e le possibili addizionali autonome sulle imposte statali hanno avuto un'esistenza quasi nulla.

Inoltre, le imposte più importanti del sistema fiscale spagnolo sono state cedute dallo Stato totalmente o parzialmente alle Comunità Autonome. In questo modo, ogni riforma fiscale può incidere su di esse, che sono le titolari delle competenze economiche più rappresentative dello Stato, come ad esempio la sanità e l'istruzione.

Così, ad esempio, il cinquanta per cento dell'imposta sul Reddito delle Persone Fisiche viene ceduto alle Comunità Autonome, così come il cento per cento dell'imposta sul Patrimonio (inizialmente non applicata ed in seguito introdotta a causa del deficit pubblico dovuto alla crisi economica) e dell'imposta sulle Successioni e Donazioni, oltre alla cessione dell'imposta di Registro e sugli Atti Giuridici Documentati.

Rispetto a quest'imposte le Comunità Autonome possono assumere poteri fiscali sugli elementi di quantificazione delle stesse, in relazione alla parte ceduta o alla cessione totale a seconda del caso. In alcune Comunità di maggioranza socialdemocratica, ciò può comportare, ad esempio, che le aliquote massime dell'imposta sul Reddito delle Persone Fisiche superino le aliquote massime stabilite dallo Stato. Lo Stato fissa un tipo di aliquota pari al 50 per cento della base imponibile ed allo stesso tempo fissa altri parametri nel caso in cui le Comunità Autonome non ne approvino altri specifici per i propri residenti. Quindi ad

esempio, seguendo questa linea di ragionamento, possiamo trovare Comunità di maggioranza liberal - conservatrice in cui il contributo per l'Imposta sulle Successioni e Donazioni è minimo. Ad ogni modo, l'Imposta sulle Successioni e Donazioni è una delle forme di imposizione fiscale più criticate dell'ordinamento giuridico tributario spagnolo.

D'altra parte bisogna considerare che (evitando che le Comunità Autonome possano assumere poteri fiscali anche su queste altre imposte, data la loro armonizzazione fiscale conforme alle direttive dell'Unione Europea) le Comunità Autonome già percepiscono il cinquanta per cento dell'imposta sul Valore Aggiunto ed il cinquantotto per cento delle accise, che in Spagna ricevono la denominazione di Imposte Speciali. Tuttavia, esiste anche un'altra accisa, come la cosiddetta Imposta Speciale su Determinati Mezzi di Trasporto, tassa di immatricolazione, non armonizzata, conforme alle Direttive dell'Unione Europea e ceduta al cento per cento alle Comunità Autonome.

Ma la crescita del federalismo fiscale in Spagna non sempre è avvenuta in maniera regolare, anzi è accaduto esattamente il contrario. Si pensi che, nell'attuale e non molto lunga fase costituzionale spagnola, che risale al 1978, in diverse legislature, i grandi partiti politici spagnoli, come il Partito Socialista Operaio Spagnolo o il Partito Popolare Spagnolo, per costituire il governo, hanno fatto accordi con partiti nazionalisti, baschi e catalani. Hanno inoltre acconsentito ad accordi con la Coalizione Canarie, nonostante questa rappresenti un partito regionalista, piuttosto che un partito nazionalista. Nelle Comunità Autonome tutto questo ha causato notevoli aumenti nella determinazione-attribuzione del potere impositivo, senza considerare quelle cessioni di imposte avvenute quando un solo partito politico aveva la maggioranza assoluta alla Camera dei Deputati.

Diversi sono i sistemi di accordo o intesa economica con la Navarra o con il Paese Basco in cui è stata pattuita con lo Stato la percentuale con la quale queste Comunità Autonome contribuiscono alle spese di competenza di quest'ultimo.

Rimane ancora da vedere quale danno economico presente nei conti pubblici potrebbe portare in futuro ad una sfida sovrana catalana.

4. Le precedenti e diverse opzioni di politica

Lasciando da parte momentaneamente le precedenti legislature, se consideriamo solo le ultime sei legislature in Spagna, dobbiamo ricordare che alle diverse legislature del governo socialista presiedute da Felipe González, seguirono due legislature del governo conservatore del leader Jose Maria Aznar, alle quali succedettero poi altre due legislature di stampo socialista presiedute da Jose Luis Rodriguez Zapatero, fino a giungere all'attuale legislatura caratterizzata dal governo conservatore presieduto da Mariano Rajoy.

È generalmente risaputo che in materia economico-tributaria le ideologie politiche liberal - conservatrici puntano soprattutto sulle imposte indirette, come ad esempio l'Imposta del Valore Aggiunto. Le ideologie politiche socialdemocratiche puntano invece sulla maggiore importanza delle imposte progressive come ad esempio l'Imposta sul Reddito delle Persone Fisiche. Ebbene, la politica fiscale spagnola nelle ultime legislature sta infrangendo i vecchi schemi tradizionali dimostrando che tali sistemi politici sono ormai antichi e dunque superati.

Quando terminò il governo socialista di Felipe González, in Spagna l'aliquota massima dell'Imposta sul Reddito delle Persone Fisiche aveva raggiunto il 56%. Una delle proposte del programma politico di Jose Maria Aznar fu quella di ridurre l'aliquota massima della suddetta Imposta al quaranta per cento. Inoltre, una volta al potere, il governo di José María Aznar affidò ad una commissione di esperti l'incarico per la realizzazione di una relazione sulla riforma fiscale. La relazione che, tra l'altro, venne adottata nello stesso periodo della sentenza pronunciata dalla Corte Costituzionale tedesca il 22 giugno 1995, stabilì un'aliquota massima pari al 50% per l'insieme delle imposte sul reddito e sul patrimonio. Nella relazione si fece riferimento alla giurisprudenza della Corte Costituzionale tedesca, perché la Corte Costituzionale spagnola non è mai stata capace di pronunciarsi chiaramente sull'argomento⁶.

⁶ In uno sfoggio d'ispirazione, la Corte Costituzionale spagnola nel fondamento giuridico 9 della Sentenza n. 150/1990, del 4 ottobre, afferma che «risulta ovvio il fine confiscatorio di una Imposta sui Redditi delle Persone Fisiche la cui progressività raggiungerà un'aliquota media di imposta pari al 100 per 100 del reddito complessivo». Una tassazione del 100% in materia di imposizione sul reddito, naturalmente secondo delle ipotesi, priverebbe il soggetto di qualsiasi reddito. Reddito che avrebbe potuto destinare al consumo, e quindi ciò annullerebbe anche la possibilità di una successiva imposizione sul consumo.

Ad ogni modo, nella pratica, anche se non è stata stimata un'esatta percentuale, risulta chiaro che per non considerare l'imposizione sul reddito come confiscatoria l'aliquota d'imposta dovrebbe essere fissata abbastanza sotto il limite 100%. D'altra parte, in materia di imposta sui redditi, l'esistenza di un'esenzione minima (plasmata a seconda del sistema fiscale di riferimento), di fronte ad una ipotetica aliquota d'imposta del 100%, implicherebbe che la tassazione effettiva fosse fissata sempre al di sotto di questa percentuale, per quanto

Forse, tra il quaranta per cento della relativa promessa elettorale ed il limite del 50% che la relazione aveva messo in rilievo nell'impostazione effettuata in Germania, nella prima legislatura di Aznar, l'aliquota massima dell'imposta sui Redditi delle Persone Fisiche venne ridotta dal 56% al 48%. In questo modo almeno si preservava la visione psicologica del decimale che iniziava con la cifra 4, promessa in campagna elettorale e ci si muoveva, per la prima volta, al di sotto del cinquanta per cento.

Successivamente l'aliquota dell'imposta sul reddito venne ridotta al quarantacinque per cento. Forse uno degli errori più grandi di Aznar fu quello di promuovere una significativa detrazione sugli investimenti nell'edilizia che causò conseguenze, molto gravi sulla bolla immobiliare spagnola. Fino ad un investimento di poco più di nove mila euro annui, il contribuente poteva detrarre fino ad un venticinque per cento della metà dell'investimento - successivamente il venti - e poi un quindici per cento del resto dell'importo. In questo modo, un soggetto, fino al surriferito limite, poteva detrarre, ad esempio, fra il venticinque e il quindici per cento di quello che pagava annualmente di interessi e di ammortamento per il suo mutuo ipotecario. Ciò ha notevolmente incentivato la costruzione e la compravendita di immobili e, quindi, ha prodotto uno straordinario incremento dell'economia spagnola. In ogni modo, anche il governo successivo non riuscì a risolvere tempestivamente questo problema.

Con l'instaurazione del governo socialista di Jose Luis Rodriguez Zapatero, la cosa più logica sarebbe stata per il leader del partito Socialdemocratico, volendo seguire gli schemi tradizionali della politica economica, quella di ridurre le imposte indirette ed aumentare la progressività nelle imposte dirette. Rispetto a ciò invece, inizialmente ridusse l'aliquota massima dell'imposta sui Redditi delle Persone Fisiche fino al quarantatre per cento.

elevata sia, a cui andrebbero aggiunte poi anche altre aliquote più basse, secondo quanto stabilito dalla tabella delle aliquote d'imposta. Ma, indipendentemente da ciò, delle aliquote sul reddito molto alte scoraggerebbero la produzione ed avrebbero effetti economici difficilmente concepibili. In ogni modo, sembra eccessivamente semplicistico che la Corte Costituzionale si permetta di stabilire che l'imposizione del 100 per 100 nell'Imposta sui Redditi delle Persone Fisiche sia confiscatoria. Inoltre non si deve considerare solo l'onere fiscale causato da un'imposta, ma anche e principalmente i casi di sovra - imposizione per quanto riguarda l'accumulo di più imposte su uno stesso oggetto di tassazione.

Si pensi che le imposte dirette sono basate su indici diretti di capacità economica, come lo sono ad esempio il reddito ed il patrimonio, indici che in un modo più chiaro e preciso consentono di stabilire quale sia la capacità economica globale del contribuente. Rispetto a ciò, le imposte indirette sono basate sugli indici indiretti di capacità economica, come il consumo e lo scambio di merci, che soltanto in modo indiretto possono indicarci che esistono manifestazioni di capacità contributiva. Si consideri che alcune transazioni commerciali dei prodotti di prima necessità devono essere realizzate sia dai ricchi che dai poveri e che su entrambi inciderebbe lo stesso onere fiscale. Si pensi anche che la progressività normalmente è caratteristica delle imposte dirette e non di quelle indirette.

Nel 2011, si instaurò il governo conservatore di Rajoy che dovette fronteggiare l'elevatissimo deficit pubblico. Si tentò di risolvere questa problematica provvedendo a drastici tagli nelle spese pubbliche, rispetto a quanto aveva invece effettuato il governo di Zapatero, che anche trovandosi dinanzi ai primi indici della crisi economica, mantenne notevoli incrementi nella spesa pubblica.

Alla fine del 2011, con l'instaurazione di un governo liberal conservatore, in base ai tradizionali schemi politici si sperava speravano che in materia fiscale, per combattere il deficit pubblico, ci si concentrasse soprattutto sull'aumento dell'imposta sul Valore Aggiunto o sulle altre imposte indirette prima di aumentare l' Imposta sui Redditi delle Persone Fisiche.

Invece, rispetto a quanto previsto nel 2012 il governo aumentò l'Imposta sui Redditi delle Persone Fisiche con un conseguente aumento anche dell'aliquota. In questo modo, la ripartizione dell'onere della crisi economica sui cittadini, si realizzava in maniera più solidale⁷ e più giusta⁸.L'aliquota d'imposta per i redditi più alti si stabilì, inizialmente al cinquantadue per cento. Occorre tuttavia precisare che questa percentuale è applicabile solo se le Comunità Autonome non adottano degli standard differenti e solo se applicano gli standard fissati a carattere suppletorio dallo Stato. Poiché questa imposta viene parzialmente ceduta

⁷LOMBARDI, *Solidarietà politica, solidarietà economica e solidarietà sociale nel quadro del dovere costituzionale di prestazione tributaria*, *Temì tributaria* (1964): 597.

⁸ORTE, *Note sulle norme tributarie costituzionali italiane (a proposito dei contributi di Benvenuto Grizzotti al Diritto Finanziario)*, *Jus*, I (1957): 388.

alle Comunità Autonome, quest'ultime possono incrementare - o ridurre-, entro determinati limiti le aliquote d'imposta nel loro territorio rispetto alla parte assegnata. Mediante ciò in alcune Comunità l'aliquota massima d'imposta può arrivare fino al cinquantasei per cento.

La preferenza del governo liberal conservatore di Rajoy di innalzare innanzitutto l'Imposta sui Redditi delle Persone Fisiche, rompe gli schemi tradizionali in materia delle diverse concezioni di politica fiscale ed in relazione all'interpretazione del principio costituzionale di capacità economica⁹.

Solo dopo aver aumentato l'Imposta sul Reddito delle Persone Fisiche e a causa delle costanti pressioni dell'Unione Europea, questo governo finì per cedere aumentando così anche l'Imposta sul Valore Aggiunto.

Per quanto riguarda quest'ultima imposta dobbiamo ricordare che la Relazione della Commissione di Esperti sulla Riforma del Sistema Fiscale di quest'anno, ordinata dal governo, afferma che alcuni prodotti e servizi debbano passare da una tassazione ridotta ad una tassazione generale dell'imposta sul Valore Aggiunto, attualmente fissata in Spagna al 21% .

5. La riforma che verrà

La riforma fiscale progettata dal governo prevede una significativa riduzione delle aliquote d'imposta sull'imposta sui Redditi delle Persone Fisiche. A prescindere dalle modifiche che possono introdurre le Comunità Autonome rispetto alla parte ceduta, l'aliquota massima di quest'imposta si abbasserebbe, durante il primo anno, dal cinquantadue per cento attuale al quarantasette per cento come percentuale massima e, durante il secondo anno, questo tasso si abbasserebbe ulteriormente al quarantacinque per cento. Ciò è associabile agli schemi tradizionali della politica fiscale liberal conservatrice.

⁹⁹ BERLIRI, *L'obbligo di contribuire in proporzione della capacità contributiva come limite alla potestà tributaria*, *Scritti scelti di Diritto Tributario (1990)*: 491. GIARDINA, *Le basi teoriche del principio della capacità contributiva* (1961). MANZONI, *Il principio della capacità contributiva nell'Ordinamento costituzionale italiano* (1965). MOSCHETTI, *Il principio della capacità contributiva* (1973).

Allo stesso tempo, l'aliquota generale - che ha alcune eccezioni in altre aliquote maggiormente ridotte - dell'imposta sulle Società si abbasserebbe dal trenta per cento al ventotto per cento durante il primo anno ed al venticinque per cento durante il secondo anno.

Le istituzioni dell'Unione Europea e del Fondo Monetario Internazionale sono diffidenti verso questa riduzione delle imposte, in quanto pensano che da un momento all'altro questo equilibrio nel gettito delle imposte che sta frenando il deficit pubblico potrebbe interrompersi.

In ogni caso il governo ha capito che con l'abbassamento delle aliquote dell'imposta sui Redditi delle Persone Fisiche, ci saranno maggiori redditi a disposizione dei contribuenti e quest'ultimi potranno destinarli al consumo. In questo modo si riattiverà in misura maggiore anche l'economia del paese e si avrà una conseguente emaggre riscossione anche dell'imposta sul Valore Aggiunto - senza l'aumento delle aliquote - e delle altre imposte, compensando così la riduzione delle aliquote dell'imposta sui redditi. Ci si aspetta che più soldi nelle mani dei contribuenti possano generare un consumo maggiore, un aumento dello sviluppo imprenditoriale e dunque una minore disoccupazione ed infine incrementare il numero di contribuenti soggetti all'Imposta sui Redditi delle Persone Fisiche.

È una scommessa rischiosa in tempi di avvio della ripresa economica, che alcuni hanno definito come propaganda elettorale effettuata in vista delle elezioni del prossimo anno e che solo il tempo potrà confermare se raggiungerà o meno i suoi obiettivi.

Dato questo importante cambiamento nella distribuzione del carico fiscale, l'aspetto della riforma più criticato nell'opinione pubblica è stato stranamente il tentativo del governo di promuovere, attraverso questa riforma, anche una limitazione significativa delle esenzioni e, così, una maggiore contribuzione delle indennità di licenziamento, soprattutto dinanzi alla situazione di crisi imprenditoriale che stiamo vivendo. In ogni caso, la pressione dei sindacati e dell'opinione pubblica ha fatto in modo che la proposta del governo non andasse avanti, lasciando soggette ad imposta solo le indennità più elevate.

Al di là di tutto ciò che è stato esposto nel presente lavoro, in Spagna continua ad esserci l'enorme problema dell'economia sommersa. Infatti, in Spagna, vi è ancora un grande ed importante volume di redditi occulti non soggetto a tassazione, il quale almeno secondo alcuni calcoli corrisponde al venti per cento del movimento economico totale.

RILEVABILITÀ *EX OFFICIO* DELL'INCERTEZZA NORMATIVA OGGETTIVA DA PARTE DEL GIUDICE TRIBUTARIO

di Leda Rita Corrado ^(*)

ABSTRACT

L'ordinamento tributario italiano prevede che le sanzioni amministrative non siano irrogate qualora sussista incertezza normativa oggettiva. Tale rimedio, disciplinato sin dall'inizio del XX secolo, ha grande rilevanza pratica. Ciononostante sembra tuttora irrisolta la problematica processuale concernente la configurabilità, in capo al giudice tributario, del potere di rilevare *ex officio* il vizio di omessa disapplicazione delle sanzioni amministrative da parte dell'ufficio procedente.

The Italian tax system excludes the infliction of administrative penalties when there is the objective regulatory uncertainty. Such a remedy, ruled since the beginning of the 20th Century, has a great practical significance. However, it seems still unresolved the procedural question whether the issue is liable to be raised ex officio by the Tax Court.

SOMMARIO: 1. Lo stato dell'arte. – 2. La coesenzialità tra potere sanzionatorio e obbligo di disapplicazione. – 3. I limiti dei poteri decisorii dell'organo giudicante. – 4. Processo tributario e *iura novit curia*. – 5. Il potere di rilievo officioso nel processo civile e nel processo amministrativo. – 5.1. Le specificità del processo tributario rafforzano la *ratio* del potere officioso. – 6. Il potere di rilevare d'ufficio il vizio di omessa disapplicazione di sanzioni amministrative in caso di incertezza normativa oggettiva. – 7. Il potere di rilievo *ex officio* è esercitabile anche nel giudizio di legittimità. – 8. Modalità di esercizio del potere d'ufficio e principio del contraddittorio. – 8.1. La questione officiosa può investire sia profili di diritto sia profili di fatto. – 8.2. Gli strumenti di tutela in caso di omessa instaurazione del contraddittorio. – 9. Conclusioni.

1. Lo stato dell'arte.

Con lo studio che qui s'introduce ci si propone di verificare *a)* se sia configurabile, in capo al giudice tributario, il potere di rilevare *ex officio* il vizio di omessa disapplicazione delle sanzioni amministrative qualora sussista incertezza normativa oggettiva

^(*) Dottoranda di ricerca in Scienze Giuridiche (curriculum Diritto tributario) – Università degli Studi di Milano-Bicocca.

¹, nonché *b*) nel caso di stimata rilevanza *ex officio*, quali siano le forme di esercizio di tale potere officioso, vale a dire se il giudice tributario debba previamente sottoporre la questione alle parti ovvero se possa definirla senza attivare un contraddittorio specifico.

Quanto al primo profilo, la dottrina pressoché unanime si è espressa a favore della rilevanza d'ufficio. Due sono le traiettorie argomentative proposte.

Alcuni autori ² hanno fatto leva sulla parallela questione di successione di leggi nel tempo generata dall'ipertrofia legislativa che caratterizza l'ordinamento tributario anche in questa materia ³. Il potere di disapplicazione delle sanzioni amministrative per incertezza normativa tributaria è infatti regolato in tre disposizioni: la più risalente (art. 8, d.lgs. 31 dicembre 1992, n. 546 ⁴) è stata collocata tra le disposizioni generali sul processo tributario concernenti i poteri del giudice, mentre quelle successive sono state inserite l'una nella disciplina generale delle sanzioni amministrative tributarie (art. 6, comma 2, d.lgs. 18 dicembre 1997, n. 472 ⁵), l'altra nel cosiddetto «Statuto dei diritti del contribuente» (art. 10, comma 3, l. 27 luglio 2000,

¹ L'istituto assume grande rilevanza nella pratica quotidiana, come dimostra la più recente giurisprudenza di legittimità: ad esempio si veda Cass., Sez. VI civ. – T, ord., 24 febbraio 2014, n. 4394, in *Corr. trib.*, 2014, 967 ss., con nota di G. FERRANTI, *L'obiettivo incertezza sulle condizioni per l'esclusione dall'Irap riguarda solo il passato?*, ove la Sesta Sezione della Corte di Cassazione ha statuito che l'incertezza normativa oggettiva sulla nozione di «autonoma organizzazione» rilevante ai fini Irap sussiste per i periodi d'imposta anteriori al 2007, anno nel quale il Giudice di legittimità ha risolto il contrasto giurisprudenziale sul presupposto per l'applicazione del tributo nei confronti di esercenti arti e professioni e imprenditori individuali.

² *Ex multis* A. COLLI VIGNARELLI, *Errore scusabile ed abbandono delle sanzioni tributarie*, nota a *Comm. trib.* II grado Palermo, 5 febbraio 1987, n. 48, in *Rass. trib.*, 1987, II, 1140 e s., il quale motiva l'esercizio *ex officio* del potere sulla base del «parallelismo con le norme penali in tema di errore» e con «la iniquità» che deriverebbe dal «far dipendere dall'abilità dei difensori della parte l'applicazione di un principio di giustizia e di civiltà giuridica come quello dell'errore scusabile»; V. FICARI, *La disapplicazione delle sanzioni amministrative nei procedimenti tributari*, in *Rass. trib.*, 2002, 473 ss., in particolare 497, il quale, rilevata la necessità di un coordinamento tra discipline definite in tempi fra loro successivi e diverse per sede di provenienza, disposto letterale e condizioni di esistenza, individua una comunanza di elementi, vale a dire l'identico nucleo funzionale e il fondamento costituzionale unitario; M. LOGOZZO, *Dichiarazione di non applicabilità delle sanzioni*, in AA.VV., *Il processo tributario – Giurisprudenza sistematica di diritto tributario* (collana diretta da F. TESAURO), Torino, 1998, 156 e 176 ss.; ID., *La scusante dell'illecito tributario per obiettiva incertezza della legge*, in *Riv. trim. dir. trib.*, 2012, 411 ss.; M. MICCINESI, *Sub art. 8, d.lgs. 31 dicembre 1992, n. 546 «Errore sulla norma tributaria»*, in T. BAGLIONE, S. MENCHINI, M. MICCINESI (a cura di), *Il nuovo processo tributario. Commentario*, Milano, 1997, 97; P. RUSSO, *Manuale di diritto tributario*, Milano, 2007, 421.

³ Per una disamina critica del problema, sia consentito rinviare a L. R. CORRADO, *Note in tema di incertezza normativa oggettiva e ignoranza inevitabile*, nota a Cass., Sez. trib., 23 marzo 2012, n. 4685, in *Riv. trim. dir. trib.*, 2013, 201 ss., ove sono reperibili più ampi riferimenti giurisprudenziali e dottrinali. Nella pratica, sintomatico della confusione imperante è il richiamo di tutte le disposizioni in materia che ricorre sia negli atti introduttivi dei giudizi, sia nelle pronunce che li definiscono.

⁴ L'art. 8, d.lgs. 31 dicembre 1992, n. 546, rubricato «Errore sulla norma tributaria», statuisce che «la Commissione tributaria dichiara non applicabili le sanzioni non penali previste dalle leggi tributarie quando la violazione è giustificata da obiettive condizioni di incertezza sulla portata e sull'ambito di applicazione delle disposizioni alle quali si riferisce».

⁵ L'art. 6, comma 2, d.lgs. 18 dicembre 1997, n. 472 esclude la punibilità dell'autore della violazione «quando essa è determinata da obiettive condizioni di incertezza sulla portata e sull'ambito di applicazione delle disposizioni alle quali si riferiscono [...]». In vigore dal 1° aprile 1998 (art. 30, d.lgs. n. 472 del 1997), si applica alle violazioni non ancora contestate o per le quali la sanzione non sia stata irrogata alla data di entrata in vigore (art. 25, commi 1 e 2, d.lgs. n. 472 del 1997).

n. 212⁶). Secondo questo primo orientamento dottrinale, l'art. 8, d.lgs. n. 546 del 1992 sarebbe ancora in vigore poiché solo esso conferisce al giudice tributario il potere-dovere di disapplicare la sanzione indipendentemente dalla domanda.

Altri autori⁷ osservano che, con l'impugnazione del provvedimento, la domanda si può considerare virtualmente espressa in ragione del rapporto di necessaria connessione con l'oggetto della lite – per così dire – principale. La cosiddetta teoria della «domanda implicita» è stata elaborata con l'intento di rispondere alla granitica presa di posizione della giurisprudenza di legittimità⁸ sulla questione: la Corte di Cassazione, ponendo sul contribuente l'onere di allegare la ricorrenza dei «positivi elementi di confusione»⁹ idonei a giustificare la disapplicazione delle sanzioni amministrative, esclude che il giudice tributario di merito possa decidere d'ufficio sull'applicabilità dell'esimente. Di diverso avviso è – curiosamente – l'Amministrazione finanziaria, la quale, commentando la riforma del contenzioso tributario,

⁶ Tra le disposizioni dello «Statuto dei diritti del contribuente» poste a tutela dell'affidamento e della buona fede, l'art. 10, comma 3, l. 27 luglio 2000, n. 212 prescrive che «le sanzioni non sono comunque irrogate quando la violazione dipende da obiettive condizioni di incertezza sulla portata e sull'ambito di applicazione della norma tributaria [...]; in ogni caso non determina obiettiva condizione di incertezza la pendenza di un giudizio in ordine alla legittimità della norma tributaria». Questa disciplina è entrata in vigore dal 1° agosto 2000 (art. 21, l. n. 212 del 2000). L'ultimo periodo è stato introdotto dall'art. 1, comma 1, d.l. 17 giugno 2005, n. 106, convertito, con modificazioni, dalla l. 31 luglio 2005, n. 156.

⁷ Pur con alcune discrepanze, si vedano ad esempio E. DELLA VALLE, *L'esimente dell'obiettiva incertezza*, in G. TABET, F. TESAURO (a cura di), *La riforma delle sanzioni amministrative e tributarie*, Torino, 2000, 121; A. GIOVANNINI, *Errore e sanzioni amministrative tributarie: la buona fede oggettiva esclude la pena*, cit., 617; C. GLENDI, *L'errore sulla norma tributaria*, in *Corr. trib.*, 1997, 1612 e 1616, il quale ritiene superfluo invocare la teoria sulla «domanda implicita»; R. LUPI, *Manuale giuridico professionale di diritto tributario*, 3° ediz., Milano, 2001, 720, nota (45), secondo cui «subordinare la disapplicazione delle sanzioni a domanda di parte ha sapore eccessivamente formalistico, poiché, quando la parte chiede l'annullamento dell'accertamento in ordine all'imposta, sollecita sempre anche un provvedimento del giudice che elimini le sanzioni. Il riconoscimento dell'obiettiva incertezza senza apposita sollecitazione è quindi solo un'apparente deroga al principio della domanda: si tratta piuttosto di un accoglimento parziale della domanda del contribuente (se la tesi del ricorrente non è sufficiente all'annullamento totale dell'imposta, ad essa viene attribuito pregio limitatamente alla disapplicazione delle sanzioni)»; anche se con riferimento alla disciplina anteriore all'introduzione dell'art. 39 bis, d.p.r. 26 ottobre 1972, n. 636, si veda altresì C. MAGNANI, *La tutela giurisdizionale contro i provvedimenti sanzionatori dell'Amministrazione finanziaria*, in AA.VV., *Le sanzioni in materia tributaria*, Milano, 1979, 173, il quale, pur ritenendo necessaria la «tipizzazione di un motivo di impugnazione del provvedimento sanzionatorio diretto all'annullamento di tale atto» (sul punto cfr. C. GLENDI, *L'oggetto del processo tributario*, Padova, 1984, 247 e s., testo e nota (273)), ammette che «potrebbe sostenersi che nella contestazione della sussistenza della violazione è insita *a fortiori* e quindi implicita quella della obiettiva incertezza sulla qualificazione normativa».

⁸ Come sentenza pilota viene solitamente citata Cass., Sez. trib., 29 settembre 2003, n. 14476, in *Corr. trib.*, 2003, 3994 ss., con nota di M. LOGOZZO, *L'inapplicabilità delle sanzioni per obiettiva incertezza delle norme tributarie* (in senso conforme alla massima che ne è stata tratta, Cass., Sez. trib., 20 aprile 2006, n. 9320, in *CED Cass.*, Rv. 590965; Id., 25 ottobre 2006, n. 22890, *ibidem*, Rv. 22890; Id., 27 marzo 2009, n. 7502, *ibidem*, Rv. 607155; Id., 14 marzo 2012, n. 4031, *ibidem*, Rv. 622002; Id., 26 ottobre 2012, n. 18434, *ibidem*, Rv. 624156). In realtà questa pronuncia pare porsi «a cavallo» tra i due plessi normativi gravitanti attorno all'art. 39 bis, d.p.r. n. 636 del 1972 e all'art. 8 d.lgs. n. 546 del 1992: si deve infatti rilevare che in motivazione la Corte di Cassazione nulla spiega sul caso di specie, ma, dopo aver ricordato che il ricorso per cassazione menziona entrambe le disposizioni, si limita ad osservare che l'esimente è stata tenuta ferma dalla norma processuale.

⁹ Espressione tratta da Cass., Sez. I civ., 18 luglio 2003, n. 11233, in *CED Cass.*, non massimata.

ha testualmente affermato che «l'incertezza interpretativa può essere rilevata dal giudice anche se non dedotta in giudizio dal contribuente»¹⁰.

2. La coesistenzialità tra potere sanzionatorio e obbligo di disapplicazione.

Il primo bivio concettuale dinanzi al quale bisogna porsi riguarda la configurabilità, in capo all'Amministrazione finanziaria, dell'obbligo di disapplicare le sanzioni amministrative in caso di incertezza normativa oggettiva.

Nonostante il contrario orientamento della giurisprudenza di legittimità¹¹, la questione può dirsi ormai superata alla luce della disciplina vigente: secondo la dottrina¹², mentre l'art. 8, d.lgs. n. 546 del 1992 si rivolge specificamente al giudice, attribuendogli un «potere-dovere» da esercitare a sanzione irrogata, gli artt. 6, comma 2, d.lgs. n. 472 del 1997 e 10, comma 3, l. n. 212 del 2000 si riferiscono indistintamente all'Amministrazione finanziaria e al giudice tributario, obbligando la prima a non irrogare la sanzione amministrativa e demandando al secondo il compito di sindacare il mancato riconoscimento dell'incertezza normativa oggettiva. In tal senso si sono altresì espresse sia l'Amministrazione finanziaria¹³ sia la Commissione Parlamentare Consultiva in materia di riforma fiscale¹⁴.

¹⁰ Circolare del 23 aprile 1996, n. 98/E, recante chiarimenti in merito a «La nuova disciplina del processo tributario» introdotta con il d.lgs. n. 546 del 1992.

¹¹ Per tutte si veda Cass., Sez. trib., 28 novembre 2007, n. 24670, commentata da F. BATISTONI FERRARA, *L'incertezza obiettiva quale causa di non punibilità ed i poteri del Fisco*, in *Corr. trib.*, 2008, 203 ss., nonché da A. COLLI VIGNARELLI, *La Suprema Corte interviene in tema di «obiettive condizioni di incertezza» della normativa tributaria*, in *Rass. trib.*, 2008, 470 ss., e da A. GIOVANNINI, *Potere punitivo e incertezza della legge*, in *Giur. it.*, 2008, 2081 ss.

¹² F. BATISTONI FERRARA, *L'incertezza obiettiva quale causa di non punibilità ed i poteri del Fisco*, cit., 203 ss.; ID., *La remissione di questione pregiudiziale interpretativa alla Corte di Giustizia CE attesta l'esistenza di obiettiva incertezza sul significato della norma tributaria*, nota a Cass., Sez. trib., 13 marzo 2009, n. 6105, in *GT – Riv. giur. trib.*, 2010, 238 ss.; A. COLLI VIGNARELLI, *La Suprema Corte interviene in tema di «obiettive condizioni di incertezza» della normativa tributaria*, cit., 482; L. DEL FEDERICO, *Cause di non punibilità in tema di illecito amministrativo tributario*, in *Corr. trib.*, 2002, 2749 ss.; ID., *Le garanzie dello Statuto in tema di illecito tributario*, in G. MARONGIU (a cura di), *Lo Statuto dei diritti del contribuente*, Torino, 2004, 35, il quale osserva che, anche prima dell'introduzione dello Statuto dei diritti del contribuente, la collocazione dell'art. 6, comma 2, d.lgs. n. 472 del 1997 nella legge generale sulle sanzioni amministrative permetteva all'Amministrazione finanziaria di applicare la scusante; E. DELLA VALLE, *L'esimente dell'obiettiva incertezza*, cit., 120; V. FICARI, *La disapplicazione delle sanzioni amministrative nei procedimenti tributari*, cit., 499; A. GIOVANNINI, *Potere punitivo e incertezza della legge*, cit., 2081 ss.; ID., *Sub art. 8, d.lgs. 31 dicembre 1992, n. 546 «Errore sulla norma tributaria»*, in C. GLENDI, C. CONSOLO (a cura di), *Commentario breve alle leggi del processo tributario*, Padova, 2008, 98; M. LOGOZZO, *Dichiarazione di non applicabilità delle sanzioni*, cit., 156 e 176; ID., *L'ignoranza della legge tributaria*, Milano, 2002, 123; ID., *La ragionevolezza dell'interpretazione erronea quale presupposto dell'obiettiva incertezza della legge tributaria*, nota a Cass., Sez. trib., 25 giugno 2009, 14987, in *GT – Riv. giur. trib.*, 2009, 1068; ID., *La scusante dell'illecito tributario per obiettiva incertezza della legge*, cit., 405, ove si richiamano anche i lavori preparatori; R. LUPI, *Manuale giuridico professionale di diritto tributario*, cit., 716; ID., *Diritto tributario – Parte generale*, 8° ediz., Milano, 2005, 286; anche se con riguardo all'art. 39 bis, d.p.r. n. 636 del 1972, cfr. anche C. MAGNANI, *La tutela giurisdizionale contro i provvedimenti sanzionatori dell'Amministrazione finanziaria*, cit., 172 e s.; G. MARONGIU, *Lo Statuto dei diritti del contribuente*, Torino, 2008, 143, il quale rileva che «il giudizio circa “le incertezze” non deve ritenersi di esclusiva pertinenza delle Commissioni tributarie. E infatti, se si considera che il precetto non è più contenuto (solo) nel decreto sul processo tributario ma nello Statuto e si riflette sulla sua letterale formulazione (l'art. 10 statuisce che “... le sanzioni non sono comunque irrogate ...”) emerge, con evidenza, la possibilità di riconoscere siffatto potere (che a me pare un potere-dovere) anche all'Amministrazione».

¹³ Cfr. circolare del 10 luglio 1998, n. 180, in tema di «Disposizioni generali in materia di sanzioni amministrative per le violazioni di norme tributarie - Decreto legislativo 18 dicembre 1997, n. 472 e successive

Questa soluzione è corroborata da considerazioni di carattere logico-sistematico.

L'Amministrazione finanziaria è il soggetto titolare del potere sanzionatorio¹⁵, vale a dire l'autorità pubblica cui spetta «in via esclusiva» avviare e condurre il procedimento di accertamento dell'illecito amministrativo tributario e, se del caso, irrogare la corrispondente sanzione con un provvedimento decisorio, sia esso emesso autonomamente oppure nell'ambito di un atto impositivo¹⁶.

Nell'esercizio del potere sanzionatorio, compito dell'ufficio procedente è verificare la colpevolezza del contribuente.

Secondo la dogmatica penale¹⁷, questo elemento costitutivo autonomo del reato costituzionalmente richiesto presuppone – tra l'altro – la «conoscibilità» del carattere illecito del fatto¹⁸, posto che il rimprovero per la condotta può essere rivolto al suo autore soltanto a condizione che, prima di agire, egli sia stato posto in grado di percepirne il carattere antiggiuridico. Tra consociati e Stato esiste un rapporto sinallagmatico: i primi hanno l'obbligo di osservare le norme in quanto il secondo – qui nella veste di Legislatore – adempia preventivamente il suo obbligo di favorire al massimo la riconoscibilità sociale del loro contenuto precettivo. Il principio di legalità *ex art. 25*, comma 2, Cost., rafforzato dalle garanzie formali di cui all'*art. 73*, comma 3, Cost., impone allo Stato l'adempimento di doveri costituzionali attinenti a struttura, formulazione e contenuti delle norme sanzionatorie: se lo Stato non garantisce una sufficiente determinatezza della fattispecie illecita, i consociati non

modificazioni ed integrazioni». Talvolta è la stessa Direzione Centrale Normativa e Contenzioso ad indicare alle articolazioni territoriali dell'Amministrazione finanziaria la necessità di non irrogare le sanzioni in caso di «prima applicazione» di norme tributarie (si veda, ad esempio, la circolare del 15 gennaio 2003, n. 2/E, § 8).

¹⁴ COMMISSIONE PARLAMENTARE CONSULTIVA IN MATERIA DI RIFORMA FISCALE, *Relazione illustrativa dello schema di decreto legislativo recante principi generali in materia di sanzioni amministrative per le violazioni di norme tributarie*, reperibile all'indirizzo <http://www.camera.it/bicamerale/fiscale/relazgov/472.htm>.

¹⁵ L'*art. 16*, comma 1, d.lgs. n. 472 del 1997, rubricato «Procedimento di irrogazione delle sanzioni», recita come segue: «La sanzione amministrativa e le sanzioni accessorie sono irrogate dall'ufficio o dall'ente competenti all'accertamento del tributo cui le violazioni si riferiscono».

¹⁶ Cfr. F. TESAURO, *Profili sistematici del processo tributario*, Padova, 1980, 91.

¹⁷ Questa impostazione ha ricevuto il crisma della Consulta nella sentenza Corte Cost., 24 marzo 1988, n. 364, commentata da G. FIANDACA, *Principio di colpevolezza ed ignoranza scusabile della legge penale: «prima lettura» della sentenza n. 364 del 1988*, in *Foro it.*, 1988, I, 1385 ss.; G. FLORA, *La difficile penetrazione del principio di colpevolezza: riflessioni per l'anniversario della sentenza costituzionale sull'art. 5 c.p.*, in *Giur. it.*, 1989, I, 337 ss.; E. GRANDE, *La sentenza n. 364 del 1988 della Corte Costituzionale e l'esperienza di «common law»: alcuni possibili significati di una pronuncia in tema di errore di diritto*, in *Foro it.*, 1990, I, 415 ss.; G. MANCUSO, *Sulla parziale incostituzionalità della norma relativa all'ignoranza della legge penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1988, 1156 ss.; F. MANTOVANI, *Ignorantia legis scusabile ed inescusabile*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, 379 ss.; F. MUCCIARELLI, *Errore e dubbio dopo la sentenza della Corte costituzionale 364/1988*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1996, 223 ss.; T. PADOVANI, *L'ignoranza inevitabile della legge penale e la declaratoria di incostituzionalità parziale dell'art. 5 c.p.*, in *Legisl. Pen.*, 1988, 448 ss.; F. C. PALAZZO, *Ignorantia legis: vecchi limiti ed orizzonti nuovi della colpevolezza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1988, 920 ss.; D. PULITANÒ, *Una sentenza storica che restaura il principio di colpevolezza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1988, 686 ss.; G. VASSALLI, *L'inevitabilità dell'ignoranza della legge penale come causa generale di esclusione di colpevolezza*, in *Giur. cost.*, 1988, 3 ss.; nonché, per il settore tributario, R. BETTIOL, *L'errore su legge extrapenale e legge tributaria*, in *Rass. trib.*, 1988, 316 ss.; M. LOGOZZO, *L'ignoranza della legge tributaria*, cit., 99 ss.; A. LOVISOLO, *Disciplina fiscale e «ignoranza inevitabile della legge penale»: prime considerazioni*, in *Dir. prat. trib.*, 1988, II, 743 ss.; G. PUOTI, *L'incostituzionalità parziale dell'art. 5 c.p.: considerazioni sulla sentenza n. 364 del 1988 nell'ottica del diritto tributario*, in *Giur. cost.*, 1988, I, 1504 ss.

¹⁸ G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale – Parte generale*, 6° ediz., Bologna, 2009, 193, 321 e 397.

possono essere chiamati a rispondere per la sua violazione, non essendo possibile osservare un precetto privo di un contenuto riconoscibile.

Posto che anche nel microcosmo tributario trovano applicazione i richiamati principi del diritto punitivo¹⁹, l'Amministrazione finanziaria «deve» valutare la sussistenza della scusante dell'oggettiva impossibilità di conoscenza del precetto²⁰ e, qualora tale verifica dia esito positivo, astenersi dall'irrogare la sanzione amministrativa²¹. L'eventuale irrogazione si traduce in un «vizio» del provvedimento sanzionatorio²² del quale il contribuente può dolersi provocando il sindacato giurisdizionale sulla legittimità dell'atto.

Tra Amministrazione finanziaria e giudice tributario esiste una netta dicotomia di ruolo: coerentemente con la matrice amministrativistica del diritto tributario²³, la prima istituzione pubblica è titolare del potere punitivo, mentre la seconda interviene solo su istanza del privato per verificare la correttezza dell'attività amministrativa così come si è espressa nel provvedimento sanzionatorio, rigettandone la domanda oppure accogliendola mediante annullamento – totale o parziale – dell'atto impugnato²⁴. Analogamente a quanto avviene in ambito amministrativo²⁵, il rapporto tra funzione sanzionatoria e funzione giurisdizionale è mediato dalla decisione del consociato di impugnare il provvedimento chiedendone l'annullamento e lamentando in controtelaio l'improprio esercizio di un potere autoritativo.

¹⁹ In ambito tributario, la disciplina delle sanzioni amministrative è stata uniformata ai principi dettati dal Codice Penale, come imposto con la delega contenuta nell'art. 3, comma 133, lett. d, l. 23 dicembre 1996, n. 662 (*amplius* L. R. CORRADO, *Note in tema di incertezza normativa oggettiva e ignoranza inevitabile*, cit., 202 e s., testo e nota (36)).

²⁰ L'oggettiva impossibilità di conoscenza del precetto è ricondotta alla categoria dogmatica delle cause di esclusione della responsabilità o scusanti, elementi che lasciano intatta l'antigiuridicità obiettiva del fatto e fanno venir meno soltanto la possibilità di muovere un rimprovero all'autore (G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale – Parte generale*, cit., 413 e s.).

²¹ Cfr. F. BATISTONI FERRARA, *La remissione di questione pregiudiziale interpretativa alla Corte di Giustizia CE attesta l'esistenza di obiettiva incertezza sul significato della norma tributaria*, cit., 238 ss.; A. COLLI VIGNARELLI, *La Suprema Corte interviene in tema di «obiettive condizioni di incertezza» della norma tributaria*, cit., 482, testo e nota (18), secondo il quale «se l'autore della violazione non è punibile, necessariamente la sanzione non va irrogata dall'organo cui la funzione sanzionatoria è istituzionalmente demandata: nel nostro caso, l'ufficio tributario», in capo al quale «sussiste [...] un vero obbligo in proposito»; V. FICARI, *La disapplicazione delle sanzioni amministrative nei procedimenti tributari*, cit., 499.

²² Per tutti si veda F. BATISTONI FERRARA, *La remissione di questione pregiudiziale interpretativa alla Corte di Giustizia CE attesta l'esistenza di obiettiva incertezza sul significato della norma tributaria*, cit., 238 ss.

²³ R. LUPI, *Evasione fiscale, paradiso e inferno*, Milano, 2008, 304.

²⁴ Cfr. M. BASILAVECCHIA, *Funzione impositiva e forme di tutela*, Torino, 2009, 315 e s.

²⁵ C. MAGNANI, *Il processo tributario: contributo alla dottrina generale*, Padova, 1965, 60; F. TESAURO, *Profili sistematici del processo tributario*, cit., 191; nonché, più di recente, M. BASILAVECCHIA, *Funzione impositiva e forme di tutela*, cit., 71 e s., il quale ricorda inoltre che anche la più recente giurisprudenza costituzionale affronta le problematiche del processo tributario «sulla base di una costante assimilazione e di un continuo confronto con le tecniche di tutela proprie della giustizia amministrativa» (per tutte si vedano Corte Cost., ord., 9 novembre 2007, n. 377, in materia di responsabile del procedimento, e Id., ord., 24 luglio 2009, n. 244, in materia di contraddittorio endoprocedimentale).

3. I limiti dei poteri decisorii dell'organo giudicante.

Le argomentazioni da ultimo espresse aprono la via ad un successivo passaggio logico, concernente i limiti dei poteri decisorii dell'organo giudicante.

Anche in ambito sanzionatorio²⁶ il processo tributario, dal punto di vista dell'azione, è strutturato come un giudizio d'impugnazione per vizi formali o sostanziali, mentre, dal punto di vista della decisione, è rivolto a sollecitare il sindacato giurisdizionale sulla legittimità del provvedimento²⁷. Come riconosciuto dalla giurisprudenza di legittimità²⁸, «da un lato, vengono in rilievo i vizi relativi alla regolarità formale degli atti o del procedimento o, in più generale, inerenti all'osservanza di norme di azione e, dall'altro, il riesame del merito del rapporto [...] avviene in funzione dell'atto impugnato, in quanto il giudice deve direttamente accertare, nei limiti della contestazione, i presupposti materiali e giuridici della pretesa dell'amministrazione assunti a fondamento del provvedimento medesimo»: la tutela giurisdizionale «non può che consistere nella invalidazione del provvedimento», non potendo il giudice tributario sostituirsi all'Amministrazione finanziaria nella ricerca dei presupposti del rapporto²⁹. Tali caratteristiche circoscrivono il giudizio alla pretesa effettivamente avanzata

²⁶ Come rileva C. MAGNANI, *La tutela giurisdizionale contro i provvedimenti sanzionatori dell'Amministrazione finanziaria*, cit., 171, se «il provvedimento sanzionatorio non rappresenta altro che una delle *species* di atti impugnabili dinanzi alle commissioni tributarie secondo una disciplina affatto unitaria», «il problema della individuazione dell'oggetto del processo [...] non ammette [...] soluzione diversa da quella che, sistematicamente, va data al problema della individuazione dell'oggetto del processo tributario in generale. [...] L'azione proponibile dinanzi alle commissioni è diretta non già ad accertare un rapporto ma ad annullare, totalmente o in parte, l'atto illegittimo impugnato».

Sulla natura costitutiva del processo tributario, E. ALLORIO, *Diritto processuale tributario*, 4° ediz., Torino, 1962, *passim* ma, in particolare, 106 ss. e 576 ss.; C. GLENDI, *L'oggetto del processo tributario*, cit., *passim*, ma, in particolare, 505 ss.; F. TESAURO, *Profili sistematici del processo tributario*, cit., *passim*, ma, in particolare, 62 ss.; ID., *Giusto processo e processo tributario*, in *Rass. trib.*, 2006, 11 ss.; ID., *Istituzioni di diritto tributario – Parte generale*, 9° ediz., Torino, 2006, 221 ss.

²⁷ F. TESAURO, *Profili sistematici del processo tributario*, cit., 50; in senso conforme, R. LUPI, *Manuale giuridico professionale di diritto tributario*, cit., 803.

²⁸ Sia con riferimento alla regolamentazione prevista dall'abrogato d.p.r. n. 636 del 1972, come modificato dal d.p.r. 3 novembre 1981, n. 739 (cfr. Cass., Sez. I civ., 6 luglio 1999, n. 6954, in *CED Cass.*, Rv. 528301), sia in base alla disciplina dettata dal d.lgs. n. 546 del 1992 (cfr. Cass., Sez. trib., 18 giugno 2003, n. 9754, *ibidem*, Rv. 564393).

²⁹ *Excerpta* da Cass., Sez. unite civ., 2 aprile 1986, n. 2246, in *CED Cass.*, Rv. 445400; in senso conforme, Id., 3 marzo 1986, n. 1322, in *CED Cass.*, Rv. 444760, e Id., 3 giugno 1987, n. 4853, in *Giur. it.*, 1988, I, 428 ss., con nota di R. LUPI, *Motivazione e dimostrazione dell'accertamento di valore ai fini delle imposte sui trasferimenti*, in dottrina, cfr. F. TESAURO, *Giustizia tributaria e giusto processo*, in *Rass. trib.*, 2013, 309 ss.

La medesima questione oggetto del presente scritto è stata analizzata dalla diversa prospettiva che caratterizzava il vecchio rito del contenzioso tributario: con riferimento all'art. 39 *bis*, d.p.r. n. 636 del 1972, la giurisprudenza di legittimità ha escluso che il giudice tributario fosse vincolato al principio della domanda *ex art.* 99 c.p.c. perché titolare di un «potere-dovere» di «carattere sostanziale che storicamente si riannoda all'*origine puramente amministrativa dell'organo decidente*» (Cass., Sez. I civ., 10 aprile 1990, n. 2979, in *CED Cass.*, Rv. 466534). Questo indirizzo è stato accolto anche dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione (Cass., Sez. unite civ., 23 giugno 1993, n. 6951, in *Dir. prat. trib.*, 1995, II, 833 ss., con nota di L. PESCE MAINERI, *Giurisdizione della Corte d'Appello in tema di sanzioni non penali*), le quali hanno circoscritto la rilevabilità d'ufficio solo di fronte ai giudici tributari speciali, escludendola davanti alla Corte d'appello (*contra* C. MAGNANI, *La tutela giurisdizionale contro i provvedimenti sanzionatori dell'Amministrazione finanziaria*, cit., 173, secondo cui «il generico riferimento agli organi del contenzioso tributario non solo rende incontrovertibile la competenza funzionale, rispettivamente, della commissione tributaria centrale e della Corte d'appello, ma fornisce all'interprete un dato testuale a favore della

con l'atto impugnato³⁰ alla stregua dei presupposti di fatto e di diritto in esso indicati ma entro i limiti delle contestazioni mosse dal contribuente nel ricorso introduttivo³¹: come nella litografia dell'artista olandese M. C. Escher intitolata «Mani che disegnano» (1948), la materia del contendere è delimitata, da un lato, dalla pretesa tributaria – nel duplice senso che il fondamento e l'entità di questa non possono avere latitudine diversa da quanto cristallizzato nell'atto impositivo – e, dall'altro, dai motivi specifici dedotti nel ricorso introduttivo dal contribuente³². Questa simmetria è stata valorizzata anche dalla Corte Costituzionale quando ha osservato che, come «i motivi del ricorso [...] non sono successivamente modificabili – salva, naturalmente, l'integrazione “resa necessaria dal deposito di documenti non conosciuti a opera delle altre parti o per ordine della commissione” (art. 24, comma 2, d.lgs. n. 546 del 1992) –», così, secondo una «interpretazione costituzionalmente adeguata dei poteri dell'Amministrazione finanziaria», «deve escludersi che [essa] possa avanzare una pretesa che [...] sia diversamente motivata o fondata su nuovi presupposti»³³.

Motivazione dell'atto impugnato e motivi del ricorso concorrono nel limitare simmetricamente i «poteri decisori» del giudice tributario, al quale è preclusa qualsiasi

sindacabilità del vizio anzidetto da parte della Corte di cassazione quale motivo di ricorso riconducibile all'ipotesi della violazione o falsa applicazione di norme di diritto (art. 360, n. 3, c.p.c.)».

³⁰ Così Cass., Sez. trib., 22 marzo 2002, n. 4125, in *CED Cass.*, Rv. 553201; in senso conforme Cass., Sez. unite civ., 26 ottobre 1988, n. 5783, in *Giust. civ.*, 1989, I, 961 ss., con nota di S. SOTGIU, *Alla ricerca di un «contenuto minimo» nella motivazione degli avvisi di accertamento delle imposte di trasferimento*; Id., 13 luglio 1989, n. 3285, in *CED Cass.*, Rv. 463357; Id., 17 agosto 1990, n. 8351, *ibidem*, Rv. 468889; Id., 4 gennaio 1993, n. 8, *ibidem*, Rv. 480139; nonché, nella Sezione Tributaria, Cass., Sez. trib., 26 febbraio 2001, n. 2769, *ibidem*, Rv. 544191; Id., 19 ottobre 2001, n. 12774, *ibidem*, Rv. 549745; Id., 12 maggio 2003, n. 7231, *ibidem*, Rv. 562901; Id., 14 dicembre 2005, n. 27653, *ibidem*, Rv. 27653.

³¹ Cass., Sez. trib., 7 marzo 2002, n. 3345, in *CED Cass.*, Rv. 552900; Id., 23 dicembre 2005, n. 28680, *ibidem*, Rv. 586222; Id., 17 febbraio 2006, n. 3532, *ibidem*, Rv. 587924; Id., 3 aprile 2006, n. 7766, *ibidem*, Rv. 588677; Id., 28 aprile 2006, n. 9999, *ibidem*, Rv. 590003; Id., 12 luglio 2006, n. 15849, *ibidem*, Rv. 592037; Id., 22 settembre 2006, n. 20516, *ibidem*, Rv. 593415; Id., 13 ottobre 2006, n. 22010, *ibidem*, Rv. 593678; Id., 11 maggio 2007, n. 10779, *ibidem*, Rv. 597732; Id., 13 novembre 2008, n. 27065, *ibidem*, Rv. 605583; Id., 19 marzo 2009, n. 6620, *ibidem*, Rv. 607542; Id., 21 aprile 2011, n. 9183, *ibidem*, Rv. 617837; Id., 24 giugno 2011, n. 13934, *ibidem*, Rv. 618474; Id., 22 settembre 2011, n. 19337, *ibidem*, Rv. 619083; Id., ord., 6 ottobre 2011, n. 20433, *ibidem*, Rv. 619741.

³² Nella giurisprudenza di legittimità *ex multis* Cass., Sez. I civ., 18 giugno 1998, n. 6065, in *CED Cass.*, Rv. 516568; Cass., Sez. trib., 26 marzo 2002, n. 4334, *ibidem*, Rv. 553299; Id., 22 settembre 2006, n. 20516, *ibidem*, Rv. 593415; Id., 3 agosto 2007, n. 17119, *ibidem*, Rv. 600352; Cass., Sez. unite civ., 23 dicembre 2008, nn. 30055, 30056 e 30057, in *Rass. trib.*, 2009, 481 ss., con nota di M. CANTILLO, *Profili processuali del divieto di abuso del diritto: brevi note sulla rilevanza d'ufficio*; Cass., Sez. trib., 11 maggio 2012, n. 7393, in *CED Cass.*, Rv. 622622; Id., 22 febbraio 2013, n. 4535, in bancadati *DeJure*; Cass., Sez. VI civ. – T, 20 maggio 2013, n. 12282, *ibidem*; Cass., Sez. trib., 19 marzo 2009, n. 6620, in *CED Cass.*, Rv. 607542; Id., 19 ottobre 2012, n. 17949, in bancadati *DeJure*; Id., 20 febbraio 2013, n. 4145, in *CED Cass.*, Rv. 625103.

In dottrina, M. BASILAVECCHIA, *Funzione impositiva e forme di tutela*, cit., 69; A. GIOVANNINI, *Riflessioni in margine all'oggetto della domanda nel processo tributario*, in *Riv. dir. trib.*, 1998, 35 ss.; R. LUPI, *Manuale giuridico professionale di diritto tributario*, cit., 785 e s., 804; F. TESAURO, *Manuale del processo tributario*, Torino, 2009, 80.

³³ Corte Cost., 16 aprile 2014, n. 98, con la quale è stata dichiarata l'illegittimità dell'art. 17 bis, comma 2, d.lgs. n. 546 del 1992, nel testo originario (vale a dire anteriore alla sostituzione dello stesso ad opera dell'art. 1, comma 611, lett. a, n. 1, l. 27 dicembre 2013, n. 147), ove si stabiliva la sanzione dell'inammissibilità del ricorso per la mancata presentazione del reclamo, nonché la rilevanza d'ufficio di tale inammissibilità in ogni stato e grado del giudizio.

funzione supplente e sostitutiva rispetto alle scelte fissate negli atti di accesso al processo. Secondo l'insegnamento di Allorio, «il limite principale della funzione decisoria nel processo tributario è dato [...] dalla lite considerata nel complesso»: il giudice «decide sin dove c'è la lite; oltre quel segno, la sua potestà s'arresta e il suo giudizio non può inoltrarsi»³⁴. Entro detti confini la cognizione del giudice investe la legittimità dell'atto in vista del suo annullamento ed è esercitata secondo una complessa intelaiatura di poteri e obblighi processuali delle parti e del giudice stesso³⁵.

La motivazione del provvedimento, enunciando «i presupposti in fatto e le ragioni giuridiche che hanno determinato la decisione della amministrazione, in relazione alle risultanze dell'istruttoria»³⁶, è diretta a garantire il pieno esercizio del diritto di difesa del contribuente³⁷, ponendolo, fin dal momento della notificazione del provvedimento, in condizione di avere una adeguata informazione non soltanto delle circostanze di fatto, ma anche del titolo giuridico della pretesa impositiva, così da consentirgli prima di valutare la fondatezza della pretesa e l'opportunità di esperire l'azione giudiziale con pienezza di cognizione e senza inammissibili riduzioni del lasso di tempo a disposizione dovute alla necessità di acquisire i necessari elementi conoscitivi, poi, in caso di scelta per l'impugnazione giudiziale, di contestare efficacemente l'*an* e il *quantum debeatur*³⁸. Nell'ambito di un rapporto con il contribuente improntato alla leale collaborazione³⁹, tale funzione inibisce all'Amministrazione finanziaria di modificare la motivazione di un atto unilaterale e autoritativo nel corso del giudizio adducendo ragioni diverse rispetto a quelle enunciate nell'atto impugnato⁴⁰. Inaccettabile è *a fortiori ratione* il riconoscimento di poteri decisori

³⁴ E. ALLORIO, *Diritto processuale tributario*, cit., 308 e s.; nella dottrina più recente si vedano G. MARONGIU E ALTRI, *Lezioni di diritto tributario*, 4^o ediz., Torino, 165; R. LUPI, *Manuale giuridico professionale di diritto tributario*, cit., 805 e s., 807; F. TESAURO, *Manuale del processo tributario*, cit., 197.

³⁵ M. LOGOZZO, *L'Amministrazione finanziaria «non ignora» l'obiettivo incertezza della legge tributaria*, in *Corr. trib.*, 2003, 759 ss.

³⁶ Così è fraseggiato l'art. 3, comma 1, l. 7 agosto 1990, n. 241 con riferimento al provvedimento amministrativo in generale.

In ambito tributario, di analogo tenore sono sia l'art. 7, comma 1, primo periodo, l. n. 212 del 2000, sia le previsioni riguardanti i singoli tributi (per le imposte sui redditi l'art. 42, commi 2 e 3, d.p.r. 29 settembre 1973, n. 600, per l'imposta sul valore aggiunto l'art. 56, comma 5, d.p.r. 26 ottobre 1972, n. 633, per l'imposta di registro l'art. 52, comma 2 *bis*, d.p.r. 26 aprile 1986, n. 131) e le sanzioni amministrative (art. 16, comma 2, d.lgs. n. 472 del 1997, modificato dall'art. 7, comma 1, d.lgs. 26 gennaio 2001, n. 32).

³⁷ Cass., Sez. trib., 30 novembre 2009, n. 25197, in *CED Cass.*, Rv. 610909.

³⁸ Cass., Sez. trib., 22 agosto 2002, n. 12394, in *CED Cass.*, Rv. 557029; Id., 12 luglio 2006, n. 15842, *ibidem*, Rv. 591759; Id., 27 novembre 2006, n. 25064, *ibidem*, Rv. 595876; Id., 30 gennaio 2007, n. 1905, *ibidem*, Rv. 597024; Id., 14 maggio 2007, n. 10965, *ibidem*, Rv. 599231; Id., 30 ottobre 2009, n. 23009, *ibidem*, Rv. 610011; Id., 20 settembre 2013, n. 21564, in bancadati *DeJure*.

³⁹ Cass., Sez. trib., 6 luglio 2012, n. 11370, in bancadati *DeJure*; Cass., Sez. unite civ., 4 settembre 2012, n. 14828, *cit.*

⁴⁰ In dottrina, R. LUPI, *Manuale giuridico professionale di diritto tributario*, cit., 103; P. RUSSO, *Manuale di diritto tributario. Il processo tributario*, Milano, 2005, 123.

In giurisprudenza, Cass., Sez. trib., 29 ottobre 2008, n. 25909, in *CED Cass.*, Rv. 605428; Id., 28 giugno 2012, n. 10806, *ibidem*, Rv. 623225; Id., 4 aprile 2014, n. 7961, in bancadati *DeJure*, ove si afferma che il giudice tributario non è ammesso a mutare la motivazione della pretesa erariale rilevando una presunta natura elusiva

sostitutivi in capo al giudice tributario ⁴¹: come è già stato ricordato sopra, la funzione sanzionatoria è esercitata in via esclusiva dall'Amministrazione finanziaria, mentre il sindacato giurisdizionale non si svolge in nessun caso mediante sostituzione del provvedimento impugnato – pena la violazione del principio d'imparzialità ⁴² – ma unicamente attraverso la sua eliminazione ⁴³, fermo per il primo soggetto il potere di rimozione dell'atto in sede di autotutela ⁴⁴.

I motivi del ricorso ⁴⁵ esprimono sotto quali profili il contribuente si duole dell'atto impugnato ⁴⁶, specificando le ragioni giustificative della domanda di annullamento ⁴⁷ mediante l'indicazione dei precetti normativi che si assumono violati ⁴⁸ e la descrizione del

delle operazioni imponibili *ex art. 37 bis*, d.p.r. n. 600 del 1973 laddove l'atto impositivo non richiami in motivazione le norme o i principi coerenti con tale doglianza (nel caso di specie, gli avvisi di accertamento erano stati emessi ai sensi degli artt. 39, d.p.r. n. 600 del 1973 e 54, d.p.r. n. 633 del 1972).

Anche secondo un indirizzo della giurisprudenza amministrativa (Cons. Stato, Sez. IV, 7 maggio 2007, n. 1975, in bancadati *DeJure*; Cons. Stato, Sez. VI, 22 maggio 2007, n. 2596, *ibidem*; Cons. Stato, Sez. IV, 2 aprile 2008, n. 1498, *ibidem*; Cons. Stato, Sez. V, 18 dicembre 2012, n. 6507, in bancadati *Leggi d'Italia*), è inammissibile l'integrazione postuma in sede giudiziale della motivazione dell'atto amministrativo (cfr. E. MARELLO, *La motivazione contraddittoria come vizio dell'avviso di accertamento*, nota a Cass., Sez. trib., 30 novembre 2009, n. 25197, in *Giur. it.*, 2010, 967 ss.).

⁴¹ Come efficacemente affermato da E. ALLORIO, *Diritto processuale tributario*, cit., 310 e s., «questo non è solo, precisamente, un eccedere i limiti della lite, quanto un compiere atto che non è di giudice, ma d'amministratore, sostituendo all'imposizione qual è l'imposizione quale sarebbe dovuta essere. L'imposizione tributaria per la causale *a* è qualcosa di diverso, anche oggettivamente, dall'imposizione per la causale *b*; perciò il giudice tributario, quando respinge la domanda d'annullamento dell'imposizione col dire che questa avrebbe potuto riferirsi correttamente e legittimamente a una causale diversa da quella cui si richiamò, non tiene ferma l'imposizione impugnata, ma pone in essere una nuova imposizione».

Secondo la giurisprudenza di legittimità (Cass., Sez. I civ., 29 marzo 1996, n. 2935, in *GT – Riv. giur. trib.*, 1997, 542 ss., con nota di L. ROVELLI, *I poteri dei giudici e dell'ufficio per la modifica delle modalità di accertamento*; Cass., Sez. I civ., 18 giugno 1999, n. 6112, in *CED Cass.*, Rv. 527658; Cass., Sez. trib., 22 febbraio 2002, n. 2531, *ibidem*, Rv. 552421; Id., 5 maggio 2010, n. 10812, *ibidem*, Rv. 613284; Id., 25 marzo 2011, n. 6938, in bancadati *DeJure*; Id., 6 luglio 2012, n. 11370, *ibidem*), il giudice tributario deve limitarsi a verificare la legittimità dell'operato dell'ufficio tributario senza operare una diversa qualificazione della fattispecie sottoposta al suo esame, atteso che è precluso al giudicante il potere amministrativo sostanziale spettante all'Amministrazione finanziaria.

⁴² F. TESAURO, *Il processo tributario nella giurisprudenza costituzionale*, in L. PERRONE e C. BERLIRI (a cura di), *Diritto tributario e Corte Costituzionale*, Napoli, 2006, 253; in giurisprudenza, Cass., Sez. trib., 29 marzo 2011, n. 7158, in bancadati *DeJure*.

⁴³ Così C. GLENDI, *L'oggetto del processo tributario*, cit., 421; in tal senso si sono espressi anche M. BASILAVECCHIA, *Funzione impositiva e forme di tutela*, cit., 316 e R. LUPI, *Manuale giuridico professionale di diritto tributario*, cit., 802 e s.

⁴⁴ *Amplius* C. CALIFANO, *Sostituzione dell'atto impugnato e cessazione della materia del contendere*, in *Rass. trib.*, 2012, 1266 ss.

⁴⁵ Come già l'art. 15, comma 1, lett. *d*, d.p.r. n. 636 del 1972, l'art. 18, comma 2, lett. *e*, d.lgs. n. 546 del 1992 impone l'indicazione dei motivi nel ricorso.

⁴⁶ R. LUPI, *Manuale giuridico professionale di diritto tributario*, cit., 785 e s.

⁴⁷ C. GLENDI, *L'oggetto del processo tributario*, cit., 422; F. TESAURO, *Manuale del processo tributario*, cit., 199.

⁴⁸ «Anche per le liti su atti sanzionatori si registra uno spettro molto ampio di motivi deducibili, che [...] potranno riguardare: presupposti e condizioni per l'esercizio del potere (ad esempio, mancato rispetto della decadenza e della prescrizione, non difformità dalla risposta ad interpello); struttura formale dell'atto impugnato (sottoscrizione, minimo e massimo edittale, fatti contestati e indicazione della norma violata; irregolarità istruttorie (ad esempio la mancata considerazione di deduzioni offerte dal trasgressore o l'esercizio di poteri istruttori in violazione delle norme che li limitano); merito (ad esempio per dimostrare l'esistenza di scriminanti, come l'obiettiva incertezza sull'applicazione della norma)»: così si è espresso M. BASILAVECCHIA, *Funzione impositiva e forme di tutela*, cit., 69.

comportamento della Pubblica Amministrazione che si ritiene difforme dal paradigma legale⁴⁹. Nell'ambito di un giudizio di impugnazione a critica vincolata, i motivi di ricorso non possono che coincidere con i vizi dell'atto impugnato⁵⁰ e concorrere alla identificazione della domanda quale *causa petendi*⁵¹. Come la completa predeterminazione dei motivi di ricorso⁵² costituisce il necessario *pendant* dell'obbligo di motivazione degli atti impugnabili, allo stesso modo il divieto di allargamento dei primi⁵³ corrisponde a quello di integrazione della seconda, entrambi concorrendo a realizzare una effettiva parità delle parti⁵⁴: tale equilibrio processuale non può essere alterato dal giudice tributario, al quale non è consentito accogliere la domanda di annullamento per ragioni diverse da quelle che il contribuente abbia prospettato⁵⁵.

⁴⁹ Cfr. A. SANDULLI (a cura di), *Diritto processuale amministrativo*, Milano, 2007, 175 e s.

⁵⁰ F. TESAURO, *Profili sistematici del processo tributario*, cit., 191 e s., ove si richiama, per il processo amministrativo, A. ROMANO, *La pregiudizialità nel processo amministrativo*, Milano 1958, 334 e 339 ss.

⁵¹ Così F. TESAURO, *Profili sistematici del processo tributario*, cit., 191, nonché ID., *Manuale del processo tributario*, cit., 142.

Come nitidamente spiega E. ALLORIO, *Diritto processuale tributario*, cit., 114 e s., «la ragione, per cui si chiede l'annullamento dell'atto d'imposizione tributaria, non è indifferente per diritto. Non è la stessa cosa se si domandi che venga eliminata un'imposizione di ricchezza mobile per inesistenza o infruttuosità del cespite, o perché l'atto d'imposizione venne formulato dopo che la finanza era decaduta per "prescrizione" dalla potestà d'imporre, o per irregolarità formale dell'imposizione, o infine perché la legge stabilisce, nel caso, l'esenzione dall'imposta. I quattro esempi addotti, corrispondenti ad altrettanti vizi dell'atto d'imposizione, configurano quattro distinti diritti d'impugnazione, la cui affermazione dà luogo a differenti controversie».

⁵² Art. 18, comma 2, lett. e, d.lgs. n. 546 del 1992.

⁵³ I motivi del ricorso introduttivo possono essere integrati esclusivamente nel caso di deposito di documenti non conosciuti ad opera delle altre parti o per ordine del giudice ex art. 24, comma, 2, d.lgs. n. 546 del 1992.

⁵⁴ Cfr. P. RUSSO, *Manuale di diritto tributario. Il processo tributario*, cit., 125.

Sulla natura del processo tributario quale «processo di parti», si vedano C. GLENDI, *L'oggetto del processo tributario*, cit., 480 e s.; C. MAGNANI, *Il processo tributario: contributo alla dottrina generale*, cit., 103; F. TESAURO, *Manuale del processo tributario*, cit., 197; mentre, per il processo amministrativo, cfr. C. E. GALLO, *Manuale di giustizia amministrativa*, 4^o ediz., Torino, 2009, 85.

⁵⁵ Si è autorevolmente espresso in tal senso E. ALLORIO, *Diritto processuale tributario*, cit., 310 e s.

Facendo proprio l'insegnamento del chiaro Autore, la giurisprudenza di legittimità ha affermato che «nel processo tributario, caratterizzato dalla introduzione della domanda nella forma della impugnazione dell'atto tributario per vizi formali o sostanziali [...], l'indagine [...] non può che essere limitata ai motivi di contestazione dei presupposti di fatto e di diritto della pretesa dell'Amministrazione, che il contribuente deve specificamente dedurre nel ricorso introduttivo di primo grado (cfr. Cass., Sez. trib., 3 aprile 2006, n. 7766, in *CED Cass.*, Rv. 588677), con la conseguenza che [...] il Giudice deve attenersi all'esame di tali motivi e non può *ex officio* annullare il provvedimento impositivo per vizi di invalidità diversi da quelli dedotti dal contribuente, anche se per ipotesi risultanti dagli stessi elementi acquisiti al giudizio, in quanto tali ulteriori profili di illegittimità dell'atto debbono ritenersi estranei rispetto all'oggetto del *thema controversum* come definito dalle scelte rimesse al ricorrente (cfr. Cass., Sez. trib., 22 gennaio 2007, n. 1327, in *CED Cass.*, Rv. 596516)» (*excerpta* da Cass., Sez. trib., 22 settembre 2011, n. 19337, in *CED Cass.*, Rv. 619083; in senso conforme, Id., 11 marzo 2010, n. 5929, *ibidem*, Rv. 612160; Id., 5 dicembre 2012, n. 21779, *ibidem*, Rv. 624265).

Analoga posizione è stata espressa in materia di opposizione avverso l'ingiunzione di pagamento di una somma di denaro a titolo di sanzione amministrativa ex artt. 22 ss., l. 24 novembre 1981 n. 689: secondo la giurisprudenza di legittimità (Cass., Sez. unite civ., 19 aprile 1990, n. 3271, in *CED Cass.*, Rv. 466731; in senso conforme, Cass., Sez. III, 12 agosto 2000, n. 10796, *ibidem*, Rv. 539575; Cass., Sez. lav., 22 febbraio 2001, n. 2582, *ibidem*, Rv. 544048; Cass., Sez. I civ., 28 maggio 2002, n. 7790, *ibidem*, Rv. 554740; Id., 27 agosto 2003, n. 12544, *ibidem*, Rv. 566298; Id., 21 luglio 2005, n. 15333, *ibidem*, Rv. 582976; Cass., Sez. II civ., 11 gennaio 2006, n. 217, *ibidem*, Rv. 585920; Cass., Sez. lav., 15 maggio 2008, n. 12321, *ibidem*, Rv. 603211; Cass., Sez. II civ., 18 gennaio 2010, n. 656, *ibidem*, Rv. 611248; Cass., Sez. lav., 5 agosto 2010, n. 18288, *ibidem*, Rv. 614484; cfr. A. SANDULLI (a cura di), *Diritto processuale amministrativo*, cit., 175 e s.), l'oggetto del giudizio è delimitato, per l'opponente, dalla *causa petendi* fatta valere con l'opposizione stessa, e, per la Pubblica Amministrazione, dal

4. Processo tributario e *iura novit curia*.

Si giunge così al fulcro della questione oggetto di questo studio.

Nulla quaestio se il contribuente impugna il provvedimento irrogativo di sanzioni amministrative domandandone l'annullamento mediante formulazione di specifico motivo di ricorso nel quale sia allegata l'esistenza di incertezza normativa oggettiva. *Quid* però se tale censura è omessa? In caso di inerzia del contribuente, è configurabile un potere di rilievo officioso in capo al giudice tributario?

A tutta prima i principi generali sopra enunciati sulla struttura del processo tributario porterebbero ad escludere la configurabilità di siffatto potere.

Tali limiti non possono essere superati alla luce del principio *iura novit curia*.

In ambito processualcivilistico si suole dire che, mentre l'oggetto del giudizio è circoscritto dalle parti rispetto ad allegazione e prova del fatto secondo il brocardo *iudex iuxta alligata et probata iudicare debet*, la cognizione del giudice è indifferente per quanto concerne il diritto in forza di quanto enunciato dall'art. 113, comma 1, c.p.c. in armonia con l'art. 101, comma 2, Cost.⁵⁶: il giudicante è pertanto libero di assegnare una diversa qualificazione giuridica ai fatti e ai rapporti dedotti in lite nonché all'azione esercitata in causa, ricercando le norme giuridiche applicabili alla concreta fattispecie sottoposta al suo esame e ponendo a fondamento della sua decisione principi di diritto diversi da quelli erroneamente richiamati dalle parti⁵⁷, senza che ciò muti l'oggetto del processo⁵⁸ e senza che si configuri un vizio di ultrapetizione⁵⁹.

Il principio *iura novit curia* non può invece operare nel processo tributario⁶⁰. Poiché il sindacato giurisdizionale non interviene per dirimere controversie tra soggetti privati in

divieto di dedurre motivi o circostanze diverse da quelle enunciate con la ingiunzione a sostegno di detta pretesa. Ne consegue che il giudice, salve le ipotesi d'inesistenza, non ha il potere di rilevare d'ufficio ragioni di illegittimità del provvedimento opposto o del procedimento che l'ha preceduto.

⁵⁶ L'identificazione del fondamento positivo nell'art. 113, comma 1, c.p.c. è sostenuta da G. A. MICHELI, *Iura novit curia*, in *Riv. dir. proc.*, 1961, 576, e da E. T. LIEBMAN, *Manuale di diritto processuale civile. Principi*, 5° ediz., Milano, 1992, 329, mentre V. ANDRIOLI, *Lezioni di diritto processuale civile*, 2° ediz., Napoli, 1961, vol. I, 244 e s., ritiene che il principio *iura novit curia* riceva copertura dall'art. 101, comma 2, Cost.; *contra* S. SATTA, *Iura novit curia*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1955, 381, e E. GRASSO, *Dei poteri del giudice*, in E. ALLORIO (diretto da), *Commentario del codice di procedura civile*, vol. I, tomo 2, Torino, 1973, 1262.

⁵⁷ Cass., Sez. III civ., 25 giugno 2003, n. 10009, in *CED Cass.*, Rv. 564508; Cass., Sez. lav., 24 luglio 2012, n. 12943, *ibidem*, Rv. 12943.

⁵⁸ C. MANDRIOLI, *Diritto processuale civile. I – Nozioni introduttive e disposizioni generali*, 20° ediz., Torino, 2009, 170 e s.

⁵⁹ Cass., Sez. lav., 20 maggio 1986, n. 3350, in *CED Cass.*, Rv. 446312; Cass., Sez. II civ., 9 giugno 1987, n. 5040, *ibidem*, Rv. 453642; Cass., Sez. I civ., 2 febbraio 1995, n. 1222, *ibidem*, Rv. 490206; Cass., Sez. II civ., 31 marzo 2006, n. 7620, *ibidem*, Rv. 589275.

⁶⁰ Cfr. G. FRANSONI, *Preclusioni processuali, rilevanza d'ufficio e giusto processo*, in *Rass. trib.*, 2013, 449 ss.; *contra* A. GIOVANNINI, *Il divieto d'abuso del diritto in ambito tributario come principio generale dell'ordinamento*, in *Rass. trib.*, 2010, 982 ss.

Quanto ai motivi di ricorso nel processo amministrativo, C. E. GALLO, *Manuale di giustizia amministrativa, cit.*, 137 e s., ritiene «sufficiente l'individuazione dei principi di diritto non accompagnata dalla esatta indicazione

posizione di parità, ma è finalizzato alla verifica di corrispondenza tra le modalità di concreto esercizio dei poteri autoritativi e il paradigma legale che li disciplina, le ragioni giuridiche cristallizzate nella motivazione dell'atto impugnato e nei motivi di ricorso concorrono nel delineare la lite tributaria e, con essa, i limiti della funzione decisoria: il riconoscimento di un siffatto potere in capo al giudice tributario si risolverebbe, nel primo caso, nella sanatoria giudiziale del vizio di motivazione del provvedimento⁶¹ e, nel secondo caso, nella pronuncia di una sentenza inficiata da un vizio di ultrapetizione per violazione del principio della corrispondenza fra chiesto e pronunciato, corollario del principio della domanda cristallizzato nell'art. 112 c.p.c.⁶²

Anche se qui si nega che il principio *iura novit curia* possa operare nel processo tributario, bisogna osservare che l'opposta opinione non muterebbe le modalità di esercizio del potere officioso: secondo la consolidata giurisprudenza di legittimità⁶³, qualora il giudice ritenga di

delle disposizioni legislative, quando la censura prospettata ne consenta l'agevole identificazione: in questo caso si fa applicazione del principio *iura novit curia*, in forza del quale il giudice è tenuto a ricostruire autonomamente il quadro normativo in relazione al quale egli è chiamato a valutare la fondatezza della domanda».

⁶¹ La dottrina si è espressa in senso critico a proposito della configurabilità di un potere di modificazione della ragione giuridica del provvedimento tributario: A. FEDELE, *Assetti negoziali e forme d'impresa tra opponibilità, simulazione e riqualificazione*, in *Riv. dir. trib.*, 2010, I, 1123 ss.; G. GAFFURI, *Aspetti critici della motivazione relativa agli atti d'imposizione e l'esecutività degli avvisi di accertamento*, in *Riv. dir. trib.*, 2011, I, 598; F. TESAURO, *La motivazione degli atti d'accertamento antielusivi ed i suoi riflessi processuali*, in *Corr. trib.*, 2009, 3634 ss.; ID., *Elusione fiscale. Introduzione*, in *Giur. it.*, 2010, 1724; ID., *Elusione e abuso nel diritto tributario italiano*, in *Dir. prat. trib.*, 2012, I, 705, secondo il quale il principio *iura novit curia* «non ha nulla a che vedere con [i] poteri di rilievo d'ufficio, ma significa soltanto che le norme non sono un tema di prova, perché il giudice le conosce; non vuol dire che le applica d'ufficio, oltre i limiti dell'art. 112 c.p.c.».

Al contrario, la giurisprudenza di legittimità ha talora ammesso la configurabilità del potere del giudice di qualificare autonomamente la fattispecie posta a fondamento della pretesa fiscale (oltre alle pronunce in tema di abuso del diritto citate *infra*, si vedano Cass., Sez. trib., 9 ottobre 2009, n. 21446, in *Riv. dir. trib.*, 2010, 91 ss., con nota di A. SALVATI, *Potere sostitutivo del giudice e divieto di decisioni a sorpresa*; in senso conforme, Cass., Sez. trib., 6 marzo 2002, n. 3257, in *CED Cass.*, Rv. 553397; Id., 31 marzo 2009, n. 8239, in *bancadati DeJure*; Id., 10 dicembre 2009, n. 28968, in *CED Cass.*, Rv. 605824; Id., 30 giugno 2006, n. 15134, *ibidem*, Rv. 591294; Id., 13 agosto 2010, n. 18702, in *bancadati DeJure*; Id., 13 luglio 2012, n. 11935, in *CED Cass.*, Rv. 623322).

⁶² Così G. FRANSONI, *Preclusioni processuali, rilevanza d'ufficio e giusto processo*, *cit.*, 449 ss.; M. LOGOZZO, *L'ignoranza della legge tributaria*, *cit.*, 204.

Corollario del principio in parola è la coincidenza tra lessico e morfologia di avvocati e giudici, come narra F. RABELAIS nell'episodio di *Pantagruel* in cui l'eroe eponimo, assunte le vesti di giudice in una controversia «fieramente oscura e difficile» (libro II, capitoli X – XIII), pronuncia sentenza riproducendo le argomentazioni prive di senso delle parti (cfr. B. C. CAVALLONE, «*Comme vous aultres, Messieurs*» (*François Rabelais, teorico del processo e del giudizio*), in *Riv. dir. proc.*, 2008, 433 ss.).

⁶³ Cass., Sez. III civ., 23 ottobre 1989, n. 4290, in *CED Cass.*, Rv. 463915, ove si precisa che il principio della corrispondenza tra il chiesto ed il pronunciato non osta alla attribuzione all'attore del bene della vita reclamato per ragioni giuridiche diverse da quelle dallo stesso prospettate, ancorché evincibili dalle difese del convenuto. Vengono interpretate in tal senso anche Cass., Sez. I civ., 21 novembre 2001, n. 14637, in *Giur. it.*, 2002, 1363 ss., con nota di S. CHIARLONI, *La sentenza «della terza via» in Cassazione: un altro caso di formalismo delle garanzie?*, e in *Giust. civ.*, 2002, I, 1611 ss., con nota di F. P. LUISO, *Questione rilevata di ufficio e contraddittorio: una sentenza «rivoluzionaria»?* (nella specie, la Suprema Corte ha cassato con rinvio la sentenza che aveva deciso di un'opposizione a ordinanza-ingiunzione facendo perno sulla questione della sussistenza in astratto del potere sanzionatorio, non sollevata dalle parti né a queste sottoposta dal giudice) e Cass., Sez. unite civ., 25 luglio 2002, n. 10955, in *CED Cass.*, Rv. 556223 (ove è stato riconosciuto in capo al giudice il potere officioso di applicazione – previa attivazione del contraddittorio sulla relativa questione – di una norma di previsione di un termine prescrizione diverso rispetto a quello indicato dalle parti).

dover decidere la controversia sulla base di una norma diversa da quella invocata dalle parti, egli ha l'obbligo di provocare il contraddittorio sul punto in ossequio al dovere di collaborazione⁶⁴.

5. *Il potere di rilievo officioso nel processo civile e nel processo amministrativo.*

Trattando di poteri officiosi dell'organo giudicante, pare opportuno richiamare una icastica affermazione di Calamandrei: «una giurisdizione esercitata d'ufficio ripugnerebbe, per una ragione psicologica prima che giuridica, al concetto che modernamente ci siamo fatti della funzione del giudice, il quale, per conservarsi imparziale, deve attendere d'essere richiesto e limitarsi a rendere giustizia a chi la domanda [...]. Fino a quando la giustizia sarà resa da uomini, l'onnipotenza dello Stato non potrà distruggere la necessità logica e psicologica [...] di affidare a due diversi organi quelle due attività complementari ma ben distinte, e tali da non poter essere confuse senza ridurre la giustizia a un puerile soliloquio, che sono rispettivamente la funzione di chiedere e quella di rispondere, di proporre un problema e di risolverlo, di denunciare un torto e di ripararlo»⁶⁵.

Bisogna tuttavia rilevare che le norme che consentono al giudice di porre rimedio a negligenze delle parti, conferendogli un potere-dovere suppletivo, sono tutt'altro che rare nel diritto processuale e trovano fondamento costituzionale proprio nel «principio di uguaglianza» tutte le volte in cui la disparità di trattamento abbia una ragionevole giustificazione in esigenze di funzionale e corretta amministrazione della giustizia⁶⁶. Se da un lato è vero che il principio di imparzialità, intervenendo nel rapporto tra giurisdizione e decisione, argina il rischio – anche soltanto astratto – di una impropria assunzione da parte del giudice di poteri processuali dei litiganti tale da trasformarlo in una sorta di alleato dell'uno o dell'altro, dall'altro esso deve essere interpretato elasticamente quando sia necessario riequilibrare i poteri processuali delle parti adeguandoli ai loro diversi ruoli. A ciò si aggiunga che l'esercizio di poteri d'ufficio non è di per sé indice di parzialità del giudice: che tale condotta possa giovare alla parte che sia rimasta inerte è infatti soltanto una delle sue conseguenze naturali, dovendo essere sempre consentito a controparte di esercitare il proprio

⁶⁴ Cfr. S. CHIARLONI, *Questioni rilevabili d'ufficio, diritto di difesa e «formalismo delle garanzie»*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1987, 569 ss.

⁶⁵ Così P. CALAMANDREI, *Istituzioni di diritto processuale civile secondo il nuovo codice*, Padova, 1943, 2° ediz., 102, come riportato da A. PROTO PISANI, *Art. 99*, in E. ALLORIO (diretto da), *Commentario del codice di procedura civile*, cit., 1051 e s.

Il principio della domanda è valorizzato non soltanto come espressione dell'imparzialità del giudice (cfr. altresì E. T. LIEBMAN, *Fondamento del principio dispositivo*, in *Riv. dir. proc.*, 1960, 561 ss., riprodotto in ID., *Problemi del processo civile*, Napoli, 1962, 11 ss.), ma anche quale essenza stessa della giurisdizione (F. CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*, 3° ediz., Roma, 1951, 58 e ss.).

⁶⁶ Cfr. Corte Cost., 3 giugno 1992, n. 241; Cass., Sez. unite pen., 21 novembre 1992, n. 11227, in *CED Cass.*, Rv. 191606; Corte Cost., 26 marzo 1993, n. 111; Id., 26 giugno 2009, n. 184.

diritto di difesa attraverso strumenti di reazione adeguati, che le consentano cioè di contrastare efficacemente i potenziali effetti pregiudizievoli ⁶⁷.

È di tutta evidenza che dietro l'impulso costante della giurisprudenza i modelli processuali si evolvono inesorabilmente verso forme di tutela sempre più intensa ⁶⁸. Due esempi di tale tendenza possono essere tratti l'uno dal sistema civile, l'altro da quello amministrativo. Nella cornice dell'art. 2907, comma 1, c.c. – in forza del quale «alla tutela giurisdizionale dei diritti provvede l'autorità giudiziaria su domanda di parte e quando la legge lo dispone, anche [...] d'ufficio» – s'inscrive ⁶⁹ il potere-dovere del giudice ordinario di rilevare d'ufficio sia la nullità del contratto in generale *ex art.* 1421 c.c. ⁷⁰ sia la nullità delle clausole vessatorie nei contratti con i consumatori *ex art.* 36, comma 3, d.lgs. 6 settembre 2005, n. 206 (il cosiddetto «Codice del consumo») ⁷¹, diretto non soltanto alla protezione del contraente inerte, poiché, svolgendo un ruolo di supplenza, riequilibra la posizione di inferiorità in cui egli verta, ma anche al perseguimento di finalità di interesse generale, perché consente di sanzionare il disvalore di un assetto negoziale illegittimo anche nel caso in cui rimanga inattiva la parte interessata a far valere il vizio. Per quanto concerne invece il processo amministrativo, il potere di declaratoria *ex officio* della nullità del provvedimento, dapprima enucleato dai principi generali nelle controversie il cui oggetto erano la validità e l'esecutività di atti ⁷² lesivi principalmente di interessi pubblici ⁷³, è stato codificato nell'art. 31, comma 4, c.p.a. e declinato dalla giurisprudenza secondo una lettura talora minimale (il giudice può procedere di ufficio solo se tale declaratoria risulta funzionale all'accoglimento o al rigetto della domanda di annullamento

⁶⁷ Cfr. Corte Cost., 26 febbraio 2010, n. 73.

⁶⁸ Cfr. P. STELLA RICHTER, *Dopo il Codice del Processo Amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, 876 ss.

⁶⁹ N. IRTI, *Risoluzione di contratto nullo?*, nota a Cass., Sez. I civ., 18 aprile 1970, n. 1127, in *Foro pad.*, 1971, I, 742 ss.

⁷⁰ Nella giurisprudenza di legittimità, Cass., Sez. unite civ., 4 settembre 2012, n. 14828, in *NGCC*, 2013, I, 28 ss., con nota di C. SCOGNAMIGLIO, *Il giudice e le nullità: punti fermi e problemi aperti nella giurisprudenza della Corte di Cassazione*, in senso conforme, Cass., Sez. II civ., 9 giugno 2008, n. 15194, in *CED Cass.*, Rv. 603862; Id., 10 agosto 2009, n. 18191, *ibidem*, Rv. 609134; Cass., Sez. III civ., 27 aprile 2010, n. 10062, *ibidem*, Rv. 612587; Id., 23 agosto 2011, n. 17495, *ibidem*, Rv. 619075; Cass., Sez. lav., 4 aprile 2013, n. 8172, *ibidem*, Rv. 626404; Cass., Sez. III civ., 12 aprile 2013, n. 8936, *ibidem*, Rv. 626018.

In dottrina, sui rapporti tra domanda di risoluzione e rilievo officioso della nullità si vedano i contributi di C. CONSOLO, *Nullità del contratto, suo rilievo totale o parziale e poteri del giudice*, in AA.VV., *Disponibilità della tutela giurisdizionale (cinquant'anni dopo)*, Milano, 2011, 7 ss.; E. GRASSO, *La pronuncia d'ufficio*, vol. I, Milano, 1967, *passim*; N. IRTI, *Risoluzione di contratto nullo?*, *cit.*, 736 ss.

⁷¹ Come ricorda L. VALLE, *La nullità delle clausole vessatorie: le pronunce della Corte di giustizia dell'Unione europea e il confronto con le altre nullità di protezione*, in *Contratto e impresa*, 2011, 1373 ss., il rilievo d'ufficio rappresenta il profilo della disciplina del rimedio contro le clausole vessatorie sul quale si è concentrata maggiormente l'attenzione della Corte di Giustizia dell'Unione Europea (cfr. Corte Giust., 4 giugno 2009, c. C-243/08, Pannon GSM Zrt; Corte Giust., 6 ottobre 2009, c. C-40/08, Asturcom Telecomunicaciones SL; Corte Giust., 9 novembre 2010, c. C-137/2008, VB Pénzügyi Lízing Zrt; Corte Giust., 14 giugno 2012, c. C-618/10, Banco Español de Crédito SA; Id., 21 febbraio 2013, c. C-472/11, Banif Plus Bank Zrt), non essendo questo un elemento di disciplina previsto espressamente dagli artt. 6 e 7 della direttiva 93/13/CEE e mancando nella disciplina di recepimento di più di un ordinamento nazionale.

⁷² Consiglio di Stato, Sez. VI, 20 gennaio 2009, n. 265, in bancadati *DeJure*.

⁷³ Consiglio di Stato, ad. plen., 29 febbraio 1992, n. 2, in bancadati *DeJure*.

dell'atto impugnato ⁷⁴), talaltra massimale (il rilievo d'ufficio, dando corpo ad una parentesi di giurisdizione oggettiva espressamente prevista dalla legge, costituisce un potere-dovere del giudice, vale a dire una potestà il cui esercizio è sempre obbligatorio come corollario del suo ruolo di imparziale garante dell'esatta applicazione delle regole processuali ⁷⁵).

5.1. *Le specificità del processo tributario rafforzano la ratio del potere officioso.*

«La valutazione fondata sul diritto si pratica, nel ragionare umano, solo quando si è su una base di parità, mentre, se vi è disparità di forze, i più forti esigono quanto è possibile e i più deboli approvano»: così gli Ateniesi si rivolgevano ai Melii secondo il racconto di Tucidide ⁷⁶. Il diritto del più forte oggi non trova spazio nell'ordinamento processuale tributario.

Le riflessioni stimulate dalle parole di Calamandrei ⁷⁷ assumono un significato ancor più pregnante per la nostra materia: il processo tributario è infatti «destinato alla definizione e alla realizzazione d'un rapporto di diritto pubblico, quale il rapporto d'imposta» e «di codesta funzione eminentemente pubblicistica reca le tracce nella struttura, evidentemente pubblicistica anch'essa» ⁷⁸. Da ciò consegue che le problematiche che tale peculiare fisionomia genera necessitano soluzioni che talvolta si discostano da quelle proprie del diritto processuale comune ⁷⁹ e costituiscono ragionevoli alterazioni del modello impugnatorio: le strettoie processuali possono cedere alla forza espansiva dei poteri officiosi del giudice in maniera tale da riequilibrare la posizione di forza dell'Amministrazione finanziaria nei confronti del contribuente – manifestata attraverso l'esecutorietà del provvedimento amministrativo – tutte le volte in cui essa non è giustificata.

A questa logica rispondono alcune regole processuali concernenti non soltanto il potere di disapplicazione di regolamenti o atti generali illegittimi *ex art. 7*, comma 5, d.lgs. n. 546 del 1992 ⁸⁰ o il principio del *favor rei* *ex art. 3*, comma 3, d.lgs. n. 472 del 1997 ⁸¹, ma anche la

⁷⁴ Consiglio di Stato, Sez. IV, 28 ottobre 2011, n. 5799, in bancadati *DeJure*.

⁷⁵ Consiglio giust. amm. Sicilia, Sez. giurisd., 27 luglio 2012, n. 721, in bancadati *DeJure*.

⁷⁶ TUCIDIDE, *La guerra del Peloponneso*, libro V, capitolo 3, § 89, trad. it. a cura di L. CANFORA, Torino, 1996, 755.

⁷⁷ P. CALAMANDREI, *Istituzioni di diritto processuale civile secondo il nuovo codice*, cit., 1051 e s.

⁷⁸ E. ALLORIO, *Diritto processuale tributario*, cit., 5 e s.

⁷⁹ E. ALLORIO, *Diritto processuale tributario*, cit., 45 ss.

⁸⁰ Si veda anche la giurisprudenza di legittimità secondo cui il potere del giudice tributario di non applicare un regolamento o un atto generale rilevante ai fini della decisione se lo ritiene illegittimo *ex art. 7*, comma 5, d.lgs. n. 546 del 1992 può essere esercitato anche d'ufficio perché è espressione di un principio generale dell'ordinamento (cristallizzato nell'art. 5, l. 20 marzo 1865, n. 2248, allegato E, a mente del quale «le autorità giudiziarie applicheranno gli atti amministrativi ed i regolamenti generali e locali in quanto siano conformi alle leggi») dettato per tutelare l'interesse di rilevanza pubblicistica all'applicazione in giudizio di tali atti soltanto se legittimi (Cass., Sez. trib., 10 giugno 2008, n. 15285, in *CED Cass.*, Rv. 603588; Id., 13 giugno 2012, n. 9631, *ibidem*, Rv. 622999).

⁸¹ Secondo la giurisprudenza di legittimità, il principio del *favor rei*, cristallizzato nell'art. 3, comma 3, d.lgs., n. 472 del 1997, è applicabile anche d'ufficio ed in ogni stato e grado del giudizio, a condizione che via sia un procedimento ancora in corso e che il provvedimento impugnato non sia definitivo, perché «natura e scopo, squisitamente pubblicistici, del principio del *favor rei* [...] non possono non prevalere, a pena della sua vanificazione, sul principio dispositivo del processo civile e, quindi, sulla specifica regola che subordina

disciplina processuale dell'incertezza normativa oggettiva: l'art. 39 *bis*, d.p.r. 26 ottobre 1972, n. 636 prima, poi l'art. 8, d.lgs. n. 546 del 1992⁸² hanno consentito al giudice tributario di rilevare *ex officio* il vizio di omessa disapplicazione delle sanzioni amministrative in presenza di incertezza normativa oggettiva, senza subordinare l'esercizio di tale potere ad alcuna sollecitazione di parte⁸³. A differenza di quanto ritengono i suoi detrattori⁸⁴, l'art. 8, d.lgs. n. 546 del 1992 non è un'incrostazione legislativa reiterata acriticamente per decenni con un atteggiamento di ossequiosa riverenza⁸⁵, ma, ponendosi in linea di stretta continuità con la legislazione che l'ha preceduto, ne costituisce il precipitato.

6. *Il potere di rilevare d'ufficio il vizio di omessa disapplicazione di sanzioni amministrative in caso di incertezza normativa oggettiva.*

L'art. 8, d.lgs. n. 546 del 1992 è tuttora vigente: esso non interferisce con l'ambito di operatività dell'art. 6, comma 2, d.lgs. n. 472 del 1997 e dell'art. 10, comma 3, l. n. 212 del 2000, disposizioni che conformano il potere sanzionatorio obbligando *expressis verbis* l'Amministrazione finanziaria a non irrogare la sanzione amministrativa in caso di incertezza normativa oggettiva, ma opera esclusivamente in ambito processuale, poiché solo esso sancisce la rilevabilità *ex officio* del vizio da parte del giudice tributario in caso di omessa disapplicazione. Varie sono le argomentazioni che possono essere richiamate a favore di questa tesi interpretativa.

l'esercizio della funzione giurisdizionale di legittimità alla proposizione dei motivi per i quali si chiede la cassazione della sentenza impugnata» (*excerpta* da Cass., Sez. trib., 27 marzo 2001, n. 4408, in *CED Cass.*, Rv. 545205; in senso conforme, Cass., Sez. I civ., 24 novembre 1999, n. 13046, *ibidem*, Rv. 531460; Cass., Sez. trib., 12 febbraio 2001, n. 1945, *ibidem*, Rv. 543787; Id., 27 marzo 2001, n. 4408, *ibidem*, Rv. 545205; Id., 22 ottobre 2001, n. 12865, *ibidem*, Rv. 549779; Id., 19 luglio 2002, n. 10599, *ibidem*, Rv. 556010; Id., 27 luglio 2005, n. 15772, *ibidem*, Rv. 583261; Id., 30 agosto 2006, n. 18775, *ibidem*, Rv. 593703; Id., 14 marzo 2007, n. 5959, *ibidem*, Rv. 597036; Id., 28 maggio 2007, n. 12434, *ibidem*, Rv. 600107; Id., 18 gennaio 2008, n. 1055, *ibidem*, Rv. 601553; Id., 31 marzo 2008, n. 8243, *ibidem*, Rv. 602524; Id., 9 aprile 2008, n. 9217, in *bancadati DeJure*; Id., 24 aprile 2009, n. 9779, in *CED Cass.*, Rv. 607997; Id., 22 luglio 2009, n. 17069, *ibidem*, Rv. 609108; Id., 24 gennaio 2013, n. 1656, *ibidem*, non massimata).

⁸² Per una sintetica ricostruzione dell'evoluzione del quadro normativo, sia consentito rinviare a L. R. CORRADO, *Note in tema di incertezza normativa oggettiva e ignoranza inevitabile*, cit., 196 ss.

⁸³ M. LOGOZZO, *L'ignoranza della legge tributaria*, cit., 204 e s.

⁸⁴ Le critiche paiono invece fondate per quanto concerne le norme di carattere sostanziale contenute negli artt. 6, comma 2, d.lgs. n. 472 del 1997 e 10, comma 3, l. n. 212 del 2000 (*amplius* L. R. CORRADO, *Note in tema di incertezza normativa oggettiva e ignoranza inevitabile*, cit., 203 ss.).

Analoghe valutazioni sono state espresse con riferimento all'art. 15, d.lgs. 10 marzo 2000, n. 74: per tutti si veda E. MUSCO, F. ARDITO, *Diritto penale tributario*, 2° ediz., Bologna, 2012, 52, secondo cui «la scelta di uniformare il diritto tributario penale al diritto penale comune avrebbe dovuto escludere la necessità di una disposizione normativa volta a regolare gli effetti dell'errore di diritto, ma evidentemente la forza della consuetudine nel considerare «singolare e/o speciale» il settore del diritto tributario ha forzato la mano al Legislatore ed ha prodotto la norma *de qua*. È indubbio, però, che la comune logica penalistica avrebbe attribuito *ex se* rilevanza all'errore di diritto».

⁸⁵ Cfr. l'ampia digressione storica enunciata in Corte Cost., 14 giugno 1973, n. 91 per argomentare la declaratoria d'illegittimità costituzionale dell'art. 781 c.c. per violazione del principio di uguaglianza *ex art. 3 Cost.*

La prima poggia sulla collocazione della disciplina *de qua* nel discorso legislativo: la *sedes materiae* dell'art. 8, d.lgs. n. 546 del 1992 è infatti rappresentata dalle disposizioni generali sul processo tributario concernenti i poteri del giudice.

La seconda argomentazione è di carattere squisitamente letterale. L'art. 8, d.lgs. n. 546 del 1992 è così fraseggiato: «la Commissione tributaria dichiara non applicabili le sanzioni non penali previste dalle leggi tributarie quando la violazione è giustificata da obiettive condizioni di incertezza sulla portata e sull'ambito di applicazione delle disposizioni alle quali si riferisce». È lapalissiano il senso «fatto palese dal significato proprio delle parole» *ex* art. 12 Preleggi: il sintagma verbale «dichiara» non può essere interpretato in altro modo se non nel senso di «deve dichiarare». Se è vero che l'uso tecnico-giuridico delle regole semantiche e sintattiche della lingua italiana è caratterizzato da costanza, coerenza e congruenza, il modo indicativo deve essere considerato equivalente all'impiego del verbo servile seguito da un infinito, vale a dire un predicato verbale inteso come espressivo di obbligo o dovere. Questa lettura è armonica rispetto all'esegesi di altre disposizioni del nostro ordinamento, come l'art. 1421 c.c., nel quale si attribuisce al giudice il potere-dovere di rilevare d'ufficio la nullità contrattuale⁸⁶, o l'art. 453, comma 1, c.p.p., ove s'individuano i casi d'instaurazione del rito immediato su iniziativa del pubblico ministero⁸⁷.

La terza argomentazione è di tipo teleologico. La cristallizzazione legislativa del potere officioso di rilievo del vizio di omessa disapplicazione delle sanzioni amministrative in caso di incertezza normativa oggettiva costituisce eccezione al principio generale *iudex ne procedat ex officio*⁸⁸ giustificata dalla stessa *ratio* del principio di colpevolezza, scolpito dalla Corte Costituzionale come esigenza di «garantire al privato la certezza di libere scelte d'azione: per garantirgli, cioè, che sarà chiamato a rispondere [...] solo per azioni da lui controllabili e mai per comportamenti che solo fortuitamente producano conseguenze [...] vietate; e, comunque, mai per comportamenti realizzati nella “non colpevole” e, pertanto, inevitabile ignoranza del precetto. A nulla varrebbe, infatti [...], garantire la riserva di legge statale, la tassatività delle leggi ecc. quando il soggetto fosse chiamato a rispondere di fatti che non può, comunque, impedire od in relazione ai quali non è in grado, senza la benché minima sua colpa, di ravvisare il dovere d'evitarli nascente dal precetto. Il principio di colpevolezza, in questo senso, più che completare, costituisce il secondo aspetto del principio, garantistico, di legalità, vigente in ogni Stato di diritto»⁸⁹. *Mutatis mutandis*, nel microcosmo sanzionatorio tributario, «per la platea dei soggetti tenuti ad applicar[e i tributi] e per gli interessi che entrano in gioco,

⁸⁶ Le Sezioni Unite della Corte di Cassazione ritengono che l'art. 1421 c.c., nonostante la sua *littera legis* («la nullità [...] può essere rilevata d'ufficio dal giudice»), ponga in capo al giudice non una facoltà ma un dovere di rilevare la nullità del contratto a partire dal momento in cui egli dispone degli elementi di diritto e di fatto necessari a tal fine (Cass., Sez. unite civ., 4 settembre 2012, n. 14828, *cit.*).

⁸⁷ Cfr. P. TONINI, *Manuale di procedura penale*, 13° ediz., Milano, 2012, 768 ss.

⁸⁸ Cfr. F. GALGANO, *Tutto il rovescio del diritto*, Milano, 2007, 98.

⁸⁹ *Excerpta* da Corte Cost., 24 marzo 1988, n. 364, *cit.*

non si può prescindere dall'esigenza della conoscibilità della legge, non della conoscibilità astratta, che deriva dalla pubblicazione sulla Gazzetta Ufficiale, ma di quella effettiva, concreta, possibile»⁹⁰: da ciò deriva l'obbligo dello Stato di apprestare rimedi processuali che consentano di tutelare il contribuente qualora incorra in errore di diritto per ignoranza incolpevole. Questo potere officioso soddisfa inoltre un'altra norma fondamentale posta a presidio dei rapporti tra Legislatore e consociati nel sistema di valori garantito negli artt. 2 e 3 Cost., vale a dire il principio di tutela dell'affidamento nella certezza del diritto, la cui *vis expansiva* emerge sempre più intensa nella giurisprudenza di legittimità⁹¹: non è infatti un caso che esso sia richiamato espressamente nella rubrica dell'art. 10, l. n. 212 del 2000, vale a dire in una delle disposizioni che regolano l'incertezza normativa oggettiva.

Ultimo ma non meno importante è l'argomento sistematico. Seguendo quale direttiva metodologica il principio dell'unità dell'ordinamento giuridico – che, com'è noto, si traduce in una sorta di «presunzione relativa» secondo cui un certo istituto mantiene il medesimo significato nei vari settori in cui opera – nelle pagine precedenti sono state richiamate disposizioni che pongono norme analoghe a quella oggetto del presente lavoro e vevoli sia nel processo civile che in quello amministrativo. Altri esempi possono essere tratti dal giudizio penale: nonostante l'accoglimento di un sistema processuale prevalentemente accusatorio imponga al giudice di decidere soltanto su richiesta di parte, si ritiene che il principio della domanda debba subire temperamenti al fine di tutelare diritti di libertà indisponibili per espresso enunciato costituzionale (art. 13, comma 1, Cost.)⁹². Limitando la disamina alle disposizioni che incidono sul potere decisionale del giudice, fondamentale è l'art. 521, comma 1, c.p.p., con il quale, sotto la rubrica «Correlazione tra l'imputazione contestata e la sentenza», si dispone che il giudice, al momento della deliberazione della sentenza, può dare al fatto storico, accertato nel corso del dibattimento, una definizione giuridica diversa da quella enunciata nell'imputazione⁹³, purché il reato non ecceda la sua competenza, né risulti

⁹⁰ M. LOGOZZO, *L'ignoranza della legge tributaria*, cit., 27.

⁹¹ Cfr. Cass., Sez. trib., 28 gennaio 2010, n. 1823, in *CED Cass.*, Rv. 611696 e Id., 5 maggio 2010, n. 10822, *ibidem*, Rv. 613280, nelle quali si esclude che il contribuente incorra nella decadenza del suo diritto all'impugnazione ove l'Amministrazione finanziaria non abbia adeguatamente ottemperato all'obbligo di indicare il termine per l'impugnazione e l'autorità cui è possibile ricorrere; Id., 11 settembre 2009, n. 19623, *ibidem*, Rv. 609534 e Cass., Sez. VI civ. – T, ord., 12 marzo 2012, n. 3907, *ibidem*, Rv. 621317, ove si è affermato che, ai fini del rimborso dell'Iva indebitamente versata, il termine di decadenza decorre non dalla data del versamento dell'imposta, ma dall'emanazione della circolare con la quale l'Amministrazione finanziaria ha riconosciuto la non debenza del tributo; Id., ord., 16 gennaio 2013, n. 959, in *bancadati DeJure*, con la quale è stata rimessa alle Sezioni Unite della Corte di Cassazione la questione concernente l'individuazione del *dies a quo* nel computo del termine per il rimborso di tributi incompatibili con il diritto europeo; cfr, inoltre, con riguardo al complementare principio di buona fede, Cass., Sez. trib., 22 gennaio 2013, n. 1429, in *Giur. it.*, 2013, 1443 ss., con nota di M. C. FREGNI, *Cedu e indennità di esproprio*.

⁹² P. TONINI, *Manuale di procedura penale*, cit., 169.

⁹³ Ad esempio, se è contestata una circonvenzione di incapace ex art. 643 c.p., può ritenere sussistente una truffa ex art. 640 (P. TONINI, *Manuale di procedura penale*, cit., 707).

L'art. 597, commi 2 e 3, c.p.p. consente al giudice di appello di riqualificare giuridicamente il fatto. La giurisprudenza ritiene che tale potere debba essere riconosciuto anche alla Corte di Cassazione (Cass., Sez. VI

attribuito alla cognizione del tribunale in composizione collegiale anziché monocratica. Può inoltre richiamarsi l'art. 309, comma 9, c.p.p., secondo cui il Tribunale del riesame può annullare o riformare il provvedimento che dispone la misura cautelare coercitiva anche «per motivi diversi da quelli enunciati» nell'impugnazione ovvero confermarlo «per ragioni diverse da quelle indicate nella motivazione del provvedimento stesso»: secondo la consolidata giurisprudenza di legittimità⁹⁴, all'effetto interamente devolutivo che caratterizza l'impugnazione per riesame consegue che il giudice può sanare, con la propria motivazione, le carenze argomentative dell'ordinanza che ha applicato la misura coercitiva.

7. *Il potere di rilievo ex officio è esercitabile anche nel giudizio di legittimità.*

A parere di chi scrive anche alla Corte di Cassazione spetta il potere di rilevare d'ufficio il vizio di omessa disapplicazione di sanzioni amministrative in caso di incertezza normativa oggettiva⁹⁵. L'unico elemento che potrebbe deporre in senso contrario è rappresentato dalla *lettera legis* dell'art. 8, d.lgs. n. 546 del 1992: l'utilizzo del sintagma nominale «la commissione tributaria» quale soggetto sembrerebbe tuttavia conseguenza della pedestre reiterazione della formulazione letterale del previgente art. 39 *bis*, d.p.r. n. 636 del 1972⁹⁶.

Militano a favore della tesi proposta sia l'argomento topografico, trattandosi di disciplina collocata tra le disposizioni generali sul processo tributario concernenti i poteri del giudice, sia il diritto vivente, avendo la stessa Suprema Corte statuito che il potere officioso in parola è conferito senza limitazioni riferibili al grado ed allo stato del giudizio⁹⁷.

A ciò si aggiunga che il riconoscimento di un potere officioso di tal fatta riequilibrerebbe⁹⁸ almeno in parte la radicata consuetudine della Corte di Cassazione⁹⁹ di rilevare *ex officio*¹⁰⁰ la

pen., 8 ottobre 1997, n. 9103, in *CED Cass.*, Rv. 208616; Id., 27 ottobre 2004, n. 41972, *ibidem*, Rv. 229901; Cass., Sez. IV pen., 14 marzo 2008, n. 11335, *ibidem*, Rv. 238969).

⁹⁴ Cass., Sez. unite pen., 3 luglio 1996, n. 7, in *CED Cass.*, Rv. 205257; Cass., Sez. I pen., 9 dicembre 1998, n. 4753, *ibidem*, Rv. 211887; Cass., Sez. VI pen., 10 marzo 2006, n. 8590, *ibidem*, Rv. 233499.

⁹⁵ *Contra* M. LOGOZZO, *La scusante dell'illecito tributario per obiettiva incertezza della legge*, *cit.*, 413.

⁹⁶ L'articolo 39 *bis*, d.p.r. n. 636 del 1972, inserito dall'art. 26, n. 739 del 1981 con effetto dal 1° gennaio 1982, a sua volta si caratterizzava rispetto alla disciplina previgente per la sostituzione del riferimento agli «organi del contenzioso tributario» con quello alla «Commissione tributaria».

⁹⁷ Si vedano in tal senso Cass., Sez. I civ., 11 marzo 1995, n. 2820, in *CED Cass.*, Rv. 491079 e Id., 14 gennaio 2000, n. 354, *ibidem*, Rv. 532835, richiamate da M. LOGOZZO, *L'obiettiva incertezza della legge nella violazione degli obblighi tributari*, in *Rass. trib.*, 1998, 975 ss., e F. TESAURO, *Manuale del processo tributario*, *cit.*, 199.

Da tale principio sono stati tratti i corollari secondo cui tale potere è esercitabile anche in fase di rinvio (Cass., Sez. I civ., 11 marzo 1995, n. 2820, *cit.*) e la richiesta diretta a sollecitarne l'esercizio, avanzata per la prima volta in appello, non è inammissibile perché non può ritenersi domanda nuova in senso stretto, non proponibile nel giudizio di appello *ex art.* 345, comma 1, c.p.c. (Cass., Sez. trib., 21 marzo 2001, n. 4053, in *CED Cass.*, Rv. 544982; Id., 27 marzo 2006, n. 6943, *ibidem*, Rv. 588272; Cass., Sez. VI civ. – T, 17 aprile 2014, n. 8935, in *bancadati DeJure*).

⁹⁸ Come già rilevato in L. R. CORRADO, R. LUPI, *Elusione, sanzioni e obiettive condizioni di incertezza*, in *Dialoghi tributari*, 2009, 518 ss.

⁹⁹ Cass., Sez. trib., 21 ottobre 2005, n. 20398, in *Rass. trib.*, 2006, 295 ss., con nota di D. STEVANATO, *Le «ragioni economiche» nel dividend washing e l'indagine sulla «causa concreta» del negozio: spunti per un approfondimento*; Id., 14 novembre 2005, n. 22932, in *GT – Riv. giur. trib.*, 2006, 223 ss., con nota di M. BEGHIN, *L'usufrutto azionario tra lecita pianificazione fiscale, elusione tributaria e interrogativi in ordine alla funzione giurisdizionale*; Id., 29 settembre 2006, n.

violazione del principio generale antielusivo di elaborazione pretoria del divieto di abuso del diritto – sempreché ciò non sia precluso, nella fase di impugnazione, dal giudicato interno eventualmente già formatosi sul punto o, nel giudizio di legittimità, dalla necessità di indagini di fatto – stante la sua origine sovranazionale per i tributi armonizzati e la sua diretta derivazione dai principi di capacità contributiva e di progressività dell'imposizione *ex art. 53 Cost.* per le fattispecie a rilevanza meramente interna non riconducibili *ratione materiae* o *ratione temporis* né a norme impositive con *ratio* antielusiva né alla clausola antielusiva speciale contenuta prima nell'art. 10, l. 29 dicembre 1990, n. 408, poi nell'art. 37 *bis*, d.p.r. n. 600 del 1973¹⁰¹. Un'altra situazione in relazione alla quale potrebbe ritenersi giustificata anche in sede di legittimità la rilevabilità *ex officio* del vizio di omessa disapplicazione delle sanzioni amministrative si configura quando la Corte di Cassazione rimette d'ufficio alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea una questione pregiudiziale *ex art. 267 TFUE*, non rientrando nella disponibilità delle parti l'uniforme e corretta interpretazione del diritto europeo: ad esempio il Giudice di legittimità ha dimostrato una «particolare sensibilità»¹⁰² rispetto al

21221, in *Dir. prat. trib.*, 2007, II, 723 ss., con nota di A. LOVISOLO, *Il principio di matrice comunitaria dell'abuso del diritto entra nell'ordinamento giuridico italiano: norma antielusiva di chiusura o clausola generale antielusiva? L'evoluzione della giurisprudenza della Suprema Corte*; Cass., Sez. unite civ., 23 dicembre 2008, nn. 30055, 30056 e 30057, *cit.*; Cass., Sez. trib., 11 maggio 2012, n. 7393, in *CED Cass.*, Rv. 622622; Id., 15 novembre 2013, n. 25671, *ibidem*, Rv. 628458.

Si segnala in particolare Cass., Sez. trib., 19 ottobre 2012, n. 17949, *cit.*, ove è stata dichiarata la nullità della sentenza impugnata per violazione del contraddittorio in presenza dell'applicazione *ex officio* della clausola generale antielusiva dell'abuso del diritto.

¹⁰⁰ Cfr. le critiche espresse da M. BASILAVECCHIA, *Elusione e abuso del diritto: una integrazione possibile*, in *GT – Riv. giur. trib.*, 2008, 741; M. BEGHIN, *Abuso del diritto: la confusione persiste*, nota a Cass., Sez. trib., 4 aprile 2008, n. 8772, in *GT – Riv. giur. trib.*, 2008, 650; M. CANTILLO, *Profili processuali del divieto di abuso del diritto: brevi note sulla rilevabilità d'ufficio*, *cit.*, 475 ss.; A. CONTRINO, *Il divieto di abuso del diritto fiscale: profili evolutivi, (asseriti) fondamentali giuridici e connotati strutturali*, in *Dir. prat. trib.*, 2009, I, 467 e s.; V. FICARI, *Poteri del giudice ed oggetto del processo: autonomia versus regolamentazione?*, in *Rass. trib.*, 2007, 364; R. LUPI, D. STEVANATO, *Tecniche interpretative e pretesa immanenza di una norma generale antielusiva*, nota a Cass., Sez. unite civ., 23 dicembre 2008, nn. 30055, 30056 e 30057, in *Corr. trib.*, 2009, 411; E. MARELLO, *Elusione fiscale e abuso del diritto: profili procedurali e processuali*, in *Giur. it.*, 2010, 1731 ss.; G. MARONGIU, *Abuso del diritto vs. irretroattività*, in *Rass. trib.*, 2012, 1151 ss.; M. NUSSI, *Abuso del diritto: profili sostanziali, procedurali-processuali e sanzionatori*, nota a Comm. trib., prov. Milano, Sez. VIII, 19 maggio 2009 ed altre, in *Giust. trib.*, 2009, 324; A. Poddighe, *Abuso del diritto e contraddittorio processuale*, nota a Comm. trib. prov. Pisa, Sez. II, 24 giugno 2009, n. 107, in *Rass. trib.*, 2009, 1833 ss.; G. RAGUCCI, *Rilevabilità d'ufficio dell'eccezione di abuso del diritto e difesa del contribuente*, in *Giust. trib.*, 2009, 150 ss.; F. TESAURO, *Elusione e abuso nel diritto tributario italiano*, *cit.*, 701 ss.

¹⁰¹ *Amplius* L. R. CORRADO, *La ricerca di una fonte per il principio generale antielusivo all'ombra della Corte di Giustizia*, nota a Corte Giust., 29 marzo 2012, c. C-417/10, 3M Italia S.p.A., in *Dir. prat. trib. int.*, 2012, 703 ss.

¹⁰² L'espressione appartiene a L. DEL FEDERICO, *La Corte di giustizia chiamata a pronunciarsi sulle agevolazioni per i redditi delle fondazioni bancarie: le problematiche comunitarie, processuali e sostanziali*, *cit. infra*, 557 ss.

In effetti la Corte di Cassazione è tenuta a rivolgersi alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea *ex art. 267, § 3, TFUE*, essendo un organo giurisdizionale nazionale avverso le cui decisioni non può porsi un ricorso giurisdizionale di diritto interno. Particolarmente persuasiva è inoltre la giurisprudenza europea che ha affermato la responsabilità dello Stato membro per i danni causati ai singoli dai suoi organi giurisdizionali superiori (Corte Giust., 13 giugno 2006, c. C-173/03, Traghetti del Mediterraneo S.p.A.; si veda inoltre Corte Giust., 24 novembre 2011, c. C-379/10, Commissione Europea c. Repubblica Italiana, con la quale è stata contestata all'Italia la violazione degli obblighi ad essa incombenti in forza del principio generale di responsabilità degli Stati membri per violazione del diritto dell'Unione da parte di uno dei propri organi giurisdizionali di ultimo grado *ex art. 258 TFUE* per aver escluso «qualsiasi responsabilità dello Stato italiano per i danni arrecati ai singoli a

problema della compatibilità tra diritto interno e diritto europeo nel filone contenzioso relativo alle agevolazioni tributarie a favore delle fondazioni bancarie¹⁰³.

L'esegesi prospettata è altresì armonica rispetto alla tendenza in atto all'allargamento della cognizione nel giudizio di legittimità oltre il perimetro del *devolutum*. Quanto al processo penale, il potere di dare al fatto una definizione giuridica diversa da quella enunciata nell'imputazione *ex art.* 521, comma 1, c.p.p. (già menzionato sopra) rientra nel novero delle questioni rilevabili di ufficio in ogni stato e grado del processo che la Corte di Cassazione decide *ex art.* 609, comma 2, c.p.p.¹⁰⁴. Nel processo civile, ne è conferma il riconoscimento del potere di rilevare d'ufficio la questione della violazione del giudicato – interno ed esterno – anche in sede di legittimità¹⁰⁵. In passato la giurisprudenza di legittimità era concorde nel ritenere che la questione della violazione del giudicato esterno, costituendo una eccezione in senso stretto, rientra cioè fra le eccezioni che possono essere proposte soltanto dalle parti,

seguito di una violazione del diritto dell'Unione imputabile a un organo giurisdizionale nazionale di ultimo grado, qualora tale violazione risulti da interpretazione di norme di diritto o da valutazione di fatti e prove effettuate dall'organo giurisdizionale medesimo» e limitato «tale responsabilità ai soli casi di dolo o colpa grave, ai sensi dell'art. 2, commi 1 e 2, l. 13 aprile 1988, n. 117, sul risarcimento dei danni cagionati nell'esercizio delle funzioni giudiziarie e sulla responsabilità civile dei magistrati»).

¹⁰³ Con Cass., Sez. trib., ord., 30 aprile 2004, n. 8319, in *Riv. dir. trib.*, 2004, II, 557, con nota di L. DEL FEDERICO, *La Corte di giustizia chiamata a pronunciarsi sulle agevolazioni per i redditi delle fondazioni bancarie: le problematiche comunitarie, processuali e sostanziali* e in *Rass. trib.*, 2004, 1055, con nota di P. LAROMA JEZZI, *Gli aiuti fiscali: i poteri del giudice nazionale e la nozione di impresa tra diritto tributario e diritto comunitario della concorrenza*, la Suprema Corte ha rimesso d'ufficio alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea la questione relativa alla compatibilità del regime fiscale agevolativo stabilito in favore delle fondazioni bancarie dagli artt. 10 *bis*, l. 29 dicembre 1962, n. 1745, e 6, d.p.r. 29 settembre 1973, n. 601 (*amplius* L. R. CORRADO, *Le agevolazioni alle fondazioni bancarie* (rassegna di giurisprudenza), in *Dir. prat. trib.*, 2009, II, 1069 ss.), sia con le norme e i principi in materia di concorrenza e di aiuti di Stato, sia in relazione ai principi di non discriminazione, di libertà di stabilimento e di circolazione dei capitali. In tale occasione, la Suprema Corte ha richiamato quelle pronunce in cui la Corte del Lussemburgo aveva censurato norme processuali interne che impedivano al giudice nazionale di valutare d'ufficio la compatibilità di un provvedimento di diritto interno con una disposizione europea non invocata dal singolo entro un determinato termine (Corte Giust., 14 dicembre 1995, c. C-312/93, Peterbroeck; Id., 14 dicembre 1995, c. C-430/93 e C461/93, van Schijndel; Id., 27 febbraio 2003, c. C327/00, Santex; sull'impatto di tali pronunce e sugli atti impositivi viziati per violazione del diritto europeo, cfr. L. DEL FEDERICO, *Tutela del contribuente ed integrazione giuridica europea*, Milano, 2010, 257 ss.). Il Giudice del Lussemburgo si è pronunciato con la sentenza Corte Giust., sentenza 10 gennaio 2006, c. C-222/04, Ministero dell'Economia e delle Finanze c. Cassa di Risparmio di Firenze s.p.a., Fondazione Cassa di Risparmio di San Miniato e Cassa di Risparmio di San Miniato s.p.a., in *Rass. trib.*, 2006, 1093 ss., con nota di T. DI T'ANNO, *La Corte di Giustizia e la vexata quaestio della natura delle Fondazioni bancarie*.

Secondo le Sezioni Unite della Corte di Cassazione (Cass., Sez. unite civ., 29 dicembre 2006, n. 27619, in *Dir. prat. trib.*, 2008, II, 211 ss., con nota di V. FICARI, *A agevolazioni fiscali alle fondazioni (ex) bancarie ed aiuti fiscali di Stato: mala tempora currunt*), «i principi di effettività e di non discriminazione comportano l'obbligo per le autorità nazionali di applicare, anche d'ufficio, le norme di diritto [europeo], se necessario attraverso la disapplicazione del diritto nazionale che sia in contrasto con tali norme, senza che possano ostarvi preclusioni, non operanti in casi analoghi». Da ciò consegue che «il carattere chiuso del giudizio di cassazione non impedisce che venga applicato il diritto [europeo] nella sua interezza, indipendentemente da specifiche domande proposte nel giudizio di merito o introdotte coi motivi di ricorso, col solo limite dell'avvenuta definizione del rapporto controverso, così come avviene per le questioni di legittimità costituzionale e per lo *ius superveniens*».

¹⁰⁴ Cass., Sez. VI pen., 8 ottobre 1997, n. 9103, in *CED Cass.*, Rv. 208616; Id., 27 ottobre 2004, n. 41972, *ibidem*, Rv. 229901; Cass., Sez. V pen., 7 febbraio 2007, n. 4984, *ibidem*, Rv. 236318; Cass., Sez. IV pen., 14 marzo 2008, n. 11335, *ibidem*, Rv. 238969; Cass., Sez. II pen., 13 ottobre 2009, n. 39841, *ibidem*, Rv. 245236.

¹⁰⁵ Cfr. F. TESAURO, *Manuale del processo tributario*, cit., 199, testo e note (13) e (14).

non potesse essere rilevata d'ufficio *ex art. 112 c.p.c.*¹⁰⁶, tantomeno in sede di legittimità¹⁰⁷. Anche sulla spinta della dottrina¹⁰⁸, si è successivamente affermato l'opposto indirizzo¹⁰⁹, secondo il quale l'eccezione di giudicato esterno costituisce eccezione in senso lato (arg. *ex artt. 395 n. 1 e 39, comma 1, c.p.c.*, intesi come espressione legislativa del principio del *ne bis in idem*¹¹⁰), con la conseguenza che essa è rilevabile d'ufficio. Il contrasto è stato composto dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione¹¹¹, affermando che, poiché nel nostro ordinamento vige il principio della rilevabilità *ex officio* delle eccezioni, mentre la necessità dell'istanza di parte deriva solo dall'esistenza di una eventuale specifica previsione normativa¹¹², l'esistenza di un giudicato esterno è rilevabile d'ufficio al pari di quella del giudicato interno, dal momento che non solo essi hanno la medesima autorità *ex art. 2909 c.c.*, ma

¹⁰⁶ Così *ex plurimis* Cass., Sez. II civ., 10 giugno 1965, n. 1172, *ibidem*, Rv. 312247; Id., 19 febbraio 1997, n. 1509, *ibidem*, Rv. 502528; Id., 16 luglio 1997, n. 6476, *ibidem*, Rv. 506026, che ha negato la deduzione dell'eccezione di giudicato esterno per il solo fatto della produzione di una sentenza pronunciata fra le stesse parti in un altro giudizio.

¹⁰⁷ Cass., Sez. unite civ., 11 novembre 1991, n. 12011, in *CED Cass.*, Rv. 474575.

¹⁰⁸ Sulla nozione di «eccezione» si veda, per una rassegna delle varie opinioni, M. MONTANARI, *Sub art. 112 C.P.C.*, in C. CONSOLO, F. P. LUISO (a cura di), *Codice di procedura civile commentato*, I, Milano, 2000, 1041 ss.; nonché, in particolare, L. P. COMOGLIO, *Difesa, eccezione, riconvenzionale*, in L. P. COMOGLIO, C. FERRI, M. TARUFFO (a cura di), *Lezioni sul processo civile*, vol. I, 4° ediz., Bologna, 2007, 266 ss.; G. FABBRINI, *Eccezione*, in *Enc. giur.*, XII, Roma, 1989, 1 ss.; E. GRASSO, *Dei poteri del giudice*, in *Comm. c.p.c. diretto da E. Allorio*, I, Torino, 1973, 1273; R. ORIANI, *Eccezione*, in *Digesto civ.*, XIII, Torino, 1995, 262; C. MANDRIOLI, *Diritto processuale civile. I – Nozioni introduttive e disposizioni generali*, cit., 143 ss.; S. PUGLIATTI, *Eccezione (teoria generale)*, in *Enc. dir.*, XIV, Milano, 1965, 151 ss.

¹⁰⁹ Cass., Sez. lav. 23 ottobre 1995, n. 11018, in *CED Cass.*, Rv. 494341; Cass., Sez. lav., 24 maggio 1996, n. 4819, *ibidem*, Rv. 497776; Id., 14 giugno 1999, n. 5886, *ibidem*, Rv. 527453.

¹¹⁰ Cfr. E. T. LIEBMAN, *Efficacia ed autorità della sentenza ed altri scritti sulla cosa giudicata*, Milano, 1983, 41 e 173, nonché ID., *Manuale di diritto processuale civile. Principi*, 6° ediz., Milano, 2002, 315.

¹¹¹ Secondo Cass., Sez. unite civ., 25 maggio 2001, n. 226, in *Foro it.*, 2001, I, 2810 ss., con nota di M. S. IOZZO, *Eccezione di giudicato esterno e poteri del giudice (anche di legittimità)*, il giudicato, costituendo un comando o precetto che rende certa la situazione giuridica concreta, è da assimilarsi, per la sua intrinseca natura e per gli effetti che produce, agli elementi normativi astratti: dall'inclusione delle relative questioni nella sfera delle questioni di diritto deriva che «il giudice di legittimità può direttamente accertarne l'esistenza e la portata con cognizione piena che si estende al diretto riesame degli atti del processo ed alla diretta valutazione ed interpretazione degli atti processuali, mediante indagini ed accertamenti, anche di fatto, indipendentemente dall'interpretazione data al riguardo dal giudice del merito». Alla luce dei principi generali, «la rilevabilità d'ufficio può operare nelle ipotesi in cui sugli stessi non è intervenuta una pronuncia, mentre, in presenza di una pronuncia sul giudicato, il giudice del gravame, ivi compresa la Corte di Cassazione, può decidere la relativa questione solo in presenza di impugnazione della pronuncia stessa».

In senso conforme a tale indirizzo si sono espresse Cass., Sez. unite civ., 9 agosto 2001, n. 10977, in *CED Cass.*, Rv. 548914; Id., 17 ottobre 2002, n. 14750, *ibidem*, Rv. 557955; Cass., Sez. III civ., 20 gennaio 2006, n. 1099, *ibidem*, Rv. 586500; Cass., Sez. unite civ., 28 novembre 2007, n. 24664, *ibidem*, Rv. 600071; Id., 9 maggio 2008, n. 11501, *ibidem*, Rv. 603167; Cass., Sez. VI civ. – I, 6 giugno 2011, n. 12159, *ibidem*, Rv. 618244, ove si esclude la violazione dei principi del giusto processo; nonché, in ambito tributario, Cass., Sez. trib., 15 maggio 2002, n. 7032, *ibidem*, Rv. 554411, ove si ribadisce che il giudicato deve risultare da atti che non siano prodotti per la prima volta in cassazione, operando in tale ultimo caso la preclusione di cui all'art. 372 c.p.c., che vieta nel giudizio di legittimità il deposito di atti e documenti non prodotti nei precedenti gradi, tranne di quelli che riguardano la nullità della sentenza impugnata e l'ammissibilità del ricorso e del controricorso; Id., 16 maggio 2002, n. 7155, *ibidem*, Rv. 554471; Id., 21 maggio 2002, n. 7403, *ibidem*, Rv. 554411; Id., 20 gennaio 2003, n. 799, *ibidem*, Rv. 559882; Id., 1° aprile 2003, n. 4972, *ibidem*, Rv. 561683; Id., 8 settembre 2003, n. 13088, *ibidem*, Rv. 566631.

¹¹² Cfr. Cass., Sez. unite civ., 3 febbraio 1998, n. 1099, in *CED Cass.*, Rv. 512186.

corrispondono entrambi all'unica finalità rappresentata dall'eliminazione dell'incertezza delle situazioni giuridiche e dalla stabilità delle decisioni, le quali non interessano soltanto le parti in causa, risultando l'autorità del giudicato riconosciuta non nell'interesse del singolo soggetto che lo ha provocato, ma nell'interesse pubblico dell'intera comunità.

8. Modalità di esercizio del potere d'ufficio e principio del contraddittorio.

Comprovata la configurabilità del potere officioso, è necessario acclarare attraverso quali modalità esso debba essere esercitato dal giudice tributario.

La rilevazione d'ufficio del vizio di omessa disapplicazione delle sanzioni amministrative costituisce premessa per una sentenza di «terza via», vale a dire perché il giudice decida la controversia secondo una prospettazione diversa da quelle prevedibili dalle parti sulla base delle proprie difese: ne consegue che dovrà essere garantito il formarsi del contraddittorio ¹¹³ ex artt. 101, comma 2 ¹¹⁴, e 384, comma 3, c.p.c. ¹¹⁵.

¹¹³ Per un primo orientamento nella sconfinata letteratura processualciviltistica sul principio del contraddittorio si vedano V. ANDRIOLI, *Commento al codice di procedura civile*, vol. IV, Napoli, 1964, 83 ss.; A. ATTARDI, *Le nuove disposizioni sul processo civile*, Padova, 1991, *passim*; F. BENVENUTI, voce *Contraddittorio (dir. amm.)*, in *Enc. dir.*, IX, Milano, 1961, 738 ss.; E. BETTI, *Diritto processuale civile italiano*, Roma, 1936, 88 ss.; P. CALAMANDREI, *Istituzioni di diritto processuale civile secondo il nuovo codice*, Padova, 1941, 184 ss.; F. CARNELUTTI, *Diritto e processo*, Napoli, 1958, 100 ss.; V. COLESANTI, *Principio del contraddittorio e procedimenti speciali*, in *Riv. dir. proc.*, 1974, 577 ss.; L. P. COMOGLIO, *Principi costituzionale e processo di esecuzione*, in *Riv. dir. proc.*, 1994, 450 ss.; ID., *La garanzia costituzionale dell'azione e il processo civile*, Padova, 1970, 17 ss.; C. CONSOLO, F. P. LUIISO, B. SASSANI, *La riforma del processo civile*, vol. I, Milano, 1991, *passim*; V. DENTI, *Intorno ai concetti generali del processo di esecuzione*, in *Riv. dir. proc.*, 1955, 125 ss.; E. FAZZALARI, *Istituzioni di diritto processuale civile*, 6° ediz., Padova, 1992, 85 ss.; ID., voce *Procedimento (Teoria generale)*, in *Enc. dir.*, XXXV, Milano, 1986, 819 ss.; E. GRASSO, *La collaborazione nel processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 1966, 580 ss.; ID., *La pronuncia d'ufficio*, Milano, 1967, 105 ss. e 315 ss.; G. MARTINETTO, voce *Contraddittorio (principio del)*, in *Nov. dig. it.*, IV, Torino, 1959, 459 ss.; A. NASI, voce *Contraddittorio (principio del)*, in *Enc. dir.*, IX, Milano, 1961, 724 ss.; N. PICARDI, *Il principio del contraddittorio*, in *Riv. dir. proc.*, 1998, 673 ss.; A. PROTO PISANI, *Diritto processuale civile*, Napoli, 1994, *passim*; E. REDENTI, *Diritto processuale civile*, vol. II, Milano, 1957, *passim*; G. F. RICCI, *La riforma del processo civile*, Torino, 2009, 6 ss.; E. F. RICCI, *Principio dispositivo come problema di diritto vigente*, in *Riv. dir. proc.*, 1974, 380 ss.; S. SATTA, *Commentario al codice di procedura civile*, vol. II, Milano, 1959, 357 ss.; M. TARUFFO, *Note sul diritto alla condanna e all'esecuzione*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1986, 658 ss.; G. TARZIA, *Il contraddittorio nel processo esecutivo*, in *Riv. dir. proc.*, 1978, 193 ss.; G. VERDE, *Profili del processo civile - Parte generale*, Napoli, 1988, 124 ss.

¹¹⁴ Il comma 2 dell'art. 101 c.p.c. (rubricato «Principio del contraddittorio»), inserito dall'art. 45, comma 13, l. 18 giugno 2009, n. 69 nel Libro I del Codice di rito tra i principi fondamentali della disciplina del processo (C. MANDRIOLI, A. CARRATTA, *Come cambia il processo civile*, Torino, 2009, 32), dispone quanto segue: «Se ritiene di porre a fondamento della decisione una questione rilevata d'ufficio, il giudice riserva la decisione, assegnando alle parti, a pena di nullità, un termine, non inferiore a venti e non superiore a quaranta giorni dalla comunicazione, per il deposito in cancelleria di memorie contenenti osservazioni sulla medesima questione».

La novella, rendendo esplicita e generale una sanzione già desumibile dal sistema (C. CONSOLO, *Le sezioni unite sulla causalità del vizio nelle sentenze della terza via: a proposito della nullità, indubbia ma peculiare poiché sanabile allorché emerga l'assenza in concreto di scopo del contraddittorio eliso*, nota a Cass., Sez. unite civ., 30 settembre 2009, n. 20935, Cass., Sez. III civ., 7 luglio 2009, n. 15901 e Cass., Sez. unite civ., 1° febbraio 2008, n. 2435, in *Corr. giur.*, 2010, 352 ss.; F. P. LUIISO, *Poteri di ufficio del giudice e contraddittorio*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2011, 65; C. MANDRIOLI, A. CARRATTA, *Come cambia il processo civile*, cit., 31 e s.), assicura l'attuazione di un contraddittorio effettivo mediante meccanismi di attivazione delle parti operanti non soltanto nel promovimento dell'azione (art. 101, comma 1, c.p.c.) e nel corso dell'istruzione della causa (art. 183, commi 1, 4 e 8, c.p.c.) ma anche nella fase decisoria (L. P. COMOGLIO, *Questioni rilevabili d'ufficio e contraddittorio*, in AA.VV., *Libro dell'anno del Diritto Treccani 2012*, Roma, 2012, 621 ss.) e rafforza le garanzie di terzietà e imparzialità dell'organo giudicante e, sia pure indirettamente, la ragionevole durata del processo, valori di «giustizia procedurale» già desunti dalle norme costituzionali d'origine

Tra i doveri inderogabili del giudice rientrano l'instaurazione e l'attuazione del contraddittorio¹¹⁶ su «qualsiasi “questione” rilevabile d'ufficio (di fatto o di diritto), che sia dotata *ex se* di piena rilevanza decisoria (e sia, quindi, di per sé “decisiva”), richiedendo come tale il contributo argomentativo (ed eventualmente l'apporto probatorio) delle parti medesime»¹¹⁷: l'accertamento dialettico della «verità» (storica ed ontologica) dei fatti controversi, condizione necessaria – anche se non sempre sufficiente – affinché sia pronunciata una decisione «giusta», richiede che alle parti siano «attribuite *a priori* le medesime possibilità di azione e difesa [...] nel reciproco sforzo di influire a proprio vantaggio, ed in misura effettiva, sulla formazione del convincimento del giudice» e che questi, in forza di attribuzioni ufficiose da qualificare come *poteri-doveri del cui esercizio deve dare conto attraverso un provvedimento adeguatamente motivato*, attui un controllo attivo e costante «quale supremo garante

(artt. 2, 3, 24, 25, 101-104, 111-113 Cost.) e definitivamente consacrati nel riformato art. 111, comma 2, Cost. (L. P. COMOGLIO, *Etica e tecnica del «giusto processo»*, Torino, 2004, 1-8, 47 ss., 151-223, 225-280).

¹¹⁵ Sostituito dall'art. 12, d.lgs. 2 febbraio 2006, n. 40, l'art. 384, comma 3, c.p.c. costituisce *lex specialis* per il giudizio di legittimità, disponendo che, «se ritiene di porre a fondamento della sua decisione una questione rilevata d'ufficio, la Corte riserva la decisione, assegnando con ordinanza al pubblico ministero e alle parti un termine non inferiore a venti e non superiore a sessanta giorni dalla comunicazione per il deposito in cancelleria di osservazioni sulla medesima questione».

In dottrina M. BOVE, *La Corte di cassazione come giudice di terza istanza*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2004, II, 962, 973; A. CARRATTA, *La riforma del giudizio in cassazione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2006, 1127; L. P. COMOGLIO, *Etica e tecnica del «giusto processo»*, cit., 73; L. P. COMOGLIO, C. FERRI, M. TARUFFO (a cura di), *Lezioni sul processo civile*, vol. I, 3° ediz., Bologna, 2005, 665; C. MANDRIOLI, *Diritto processuale civile. II – Il processo ordinario di cognizione*, 20° ediz., Torino, 2009, 561; B. SASSANI, *Il nuovo giudizio di cassazione*, in *Riv. dir. proc.*, 2006, 238.

¹¹⁶ L'operatività di tale principio è pacificamente riconosciuta sia nel processo amministrativo (cfr. artt. 2, 73, comma 3, e 105, comma 1, c.p.a., nonché, già anteriormente, Consiglio di Stato, ad. plen., 24 gennaio 2000, n. 1, in bancadati *DeJure*; Id., 2 dicembre 2010, n. 3, *ibidem*; Consiglio di Stato, Sez. V, 19 giugno 2012, n. 3557, *ibidem*) sia nel processo tributario (per tutti si vedano AA.VV., *Giusto processo e riti speciali*, Milano, 2009, 349, testo e nota (81); L. P. COMOGLIO, *Atti d'istruzione delegata e contraddittorio nel contenzioso tributario*, in *Riv. dir. fin. sc. fin.*, 1973, 468 ss.; C. GLENDI, *L'oggetto del processo tributario*, cit., 529 e s., secondo il quale «il principio del contraddittorio, oltre ad operare sul piano della domanda e delle allegazioni delle parti, investe direttamente anche il giudice e ne vincola, sotto questo profilo, il potere di rilievo *ex officio*. In altri termini, il giudice tanto nella conoscenza dei fatti, quanto nella individuazione della norma applicabile, non solo deve tener conto degli apporti resi dalle parti, attraverso la deduzione dei motivi e lo svolgimento in genere di ogni loro difesa, ma deve altresì sottoporre al solo esame, prima di decidere, anche ogni altro dato di fatto e di diritto che in ipotesi fosse loro sfuggito e che, viceversa, lo stesso giudice ritenga rilevante ai fini della decisione. Tutto questo discende dai principi costituzionali»; C. MAGNANI, *Il processo tributario: contributo alla dottrina generale*, cit., 67 ss. e 11, ove si osserva – già nel 1965 – che «“imparzialità e indipendenza del giudice”, “principio del contraddittorio”, “diritti di difesa”, “garanzie processuali” non sono soltanto formule più o meno precise che evocano un determinato giudizio di valore, ma costituiscono l'intrinseco contenuto precettivo di norme costituzionali, il concreto strumento con il quale è in atto una profonda trasformazione del processo tributario»; G. MARONGIU E ALTRI, *Lezioni di diritto tributario*, cit., 165; F. TESAURO, *Parità delle armi e processo tributario*, in *Riv. dir. fin. sc. fin.*, 1977, I, 134 ss.; ID., *Giusto processo e processo tributario*, in *Rass. trib.*, 2006, 11 ss.; ID., *Giustizia tributaria e giusto processo*, in *Rass. trib.*, 2013, 309 ss.).

¹¹⁷ Le parole riportate nel testo appartengono a L. P. COMOGLIO, *Questioni rilevabili d'ufficio e contraddittorio*, cit., 633.

Cfr. Corte Giust., 21 febbraio 2013, c. C-472/11, *Banif Plus Bank Zrt*, cit., secondo cui il principio del contraddittorio – rientrante tra i requisiti di una tutela giurisdizionale effettiva dei diritti spettanti ai singoli in forza del diritto europeo, quale garantita dall'articolo 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea – impone al giudice nazionale che abbia rilevato d'ufficio il carattere abusivo di una clausola contrattuale di informarne le parti della controversia e di dare loro la possibilità di discuterne in contraddittorio secondo le forme previste al riguardo dalle norme processuali nazionali.

della “correttezza” del procedimento e della “lealtà” del comportamento di tutti i soggetti processuali»¹¹⁸.

Le modalità di esecuzione di tale attività officiosa devono essere esaminate in prima battuta secondo una prospettiva – per così dire – fisiologica.

La diretta presa di contatto tra giudice e parti rappresenta un importante mezzo di partecipazione fattiva al processo¹¹⁹: ciononostante nel giudizio tributario di merito la discussione in pubblica udienza è solo eventuale, essendo condizionata alla richiesta di una delle parti *ex art. 34, d.lgs. n. 546 del 1992*. Nel caso in cui la controversia sia trattata in camera di consiglio *ex art. 33 d.lgs. n. 546 del 1992*, l’attivazione del contraddittorio sul rilievo officioso non pare compromessa, poiché l’art. 101, comma 2, c.p.c. impone in ogni caso al giudice di pronunciare ordinanza con cui riservare la decisione e assegnare alle parti un termine per il deposito di memorie. Eventuali preclusioni derivanti dall’assenza delle parti non paiono lesive del diritto di difesa perché derivanti da una loro manifestazione di carenza d’interesse ad essere presenti alla trattazione della causa¹²⁰.

Nel giudizio di legittimità, la riserva di decisione deve essere deliberata nella camera di consiglio successiva all’udienza e tener luogo della decisione *ex art. 380 c.p.c.*, mentre la questione è decisa sulla base delle osservazioni del pubblico ministero e delle parti¹²¹.

8.1. *La questione officiosa può investire sia profili di diritto sia profili di fatto.*

Una precisazione è d’obbligo: l’accertamento giudiziale sulla sussistenza dell’incertezza normativa oggettiva può costituire¹²² non soltanto una questione di puro diritto¹²³ ma anche

¹¹⁸ Così si è espresso L. P. COMOGGIO, *Questioni rilevabili d’ufficio e contraddittorio*, cit., 630.

Come osserva C. MANDRIOLI, *Diritto processuale civile. I – Nozioni introduttive e disposizioni generali*, cit., 527, il principio del contraddittorio «[e, più a monte, il principio dell’uguaglianza non solo formale tra le parti, salvi i limiti nell’ambito della ragionevolezza, trovano] la loro rispondenza, oltre che nella regola di uguaglianza di cui all’art. 3, comma 1, Cost., nel diritto alla difesa che l’art. 24, comma 2, Cost. definisce “inviolabile”. [Ciò deve] essere inteso sia nel senso che la portata di quest’ultimo diritto trascende gli aspetti tecnici della difesa per assurgere ad imprescindibile necessità di consentire ai destinatari del provvedimento del giudice di influire sul contenuto di tale provvedimento, e sia nel senso che la regola del contraddittorio, enunciata dall’art. 101 c.p.c., va intesa come espressione concreta della suddetta ampia portata con riguardo al meccanismo introduttivo ed all’ulteriore svolgimento di ogni tipo di procedimento».

¹¹⁹ Cfr. C. GLENDI, *L’oggetto del processo tributario*, cit., 530.

¹²⁰ AA.VV., *Giusto processo e riti speciali*, cit., 371 e s.; cfr. Corte Cost. 20 aprile 1998, n. 141; Id., ord., 9 luglio 1998, n. 260.

¹²¹ B. SASSANI, *Il nuovo giudizio di cassazione*, cit., 239.

¹²² «È ben vero che si può distinguere fra questioni di diritto e di fatto, ma ciò solo *ex post*, quando cioè – segnalata dal giudice alle parti la questione rilevata di ufficio – esse replicheranno in concreto sollevando profili di fatto o di diritto. Non essendo possibile stabilire *ex ante* se alla questione rilevata di ufficio faranno seguito repliche in fatto o in diritto, il comportamento del giudice che rileva la questione deve sempre essere lo stesso: segnalare la questione alle parti ed attendere le loro osservazioni. Soltanto all’esito di queste si saprà se la questione rilevata di ufficio potrà qualificarsi di diritto (perché le parti solleveranno solo profili di interpretazione e/o applicazione della norma) oppure di fatto (perché le parti solleveranno profili attinenti all’esistenza del fatto storico rilevante o addurranno fatti impeditivi dell’effetto)» (F. P. LUISO, *Poteri di ufficio del giudice e contraddittorio*, cit., 67).

una questione mista di fatto e di diritto qualora richieda un'indagine non soltanto sulla interpretazione della norma ma anche sul fatto ¹²⁴.

La rilevanza di elementi in fatto può affiorare sotto due profili. In primo luogo, l'accertamento giudiziale dell'incertezza normativa oggettiva può vertere sulla valutazione di alcune figure sintomatiche operanti come meri fatti-indice ¹²⁵: a titolo meramente esemplificativo, rientrano in tale novero 1) l'adozione di norme di interpretazione autentica ¹²⁶ o meramente esplicative di norma implicita preesistente; 2) la mancanza di precedenti giurisprudenziali ¹²⁷, la sussistenza di un indirizzo giurisprudenziale favorevole al contribuente ¹²⁸, solo successivamente superato ¹²⁹, ovvero la formazione di orientamenti giurisprudenziali contrastanti, magari accompagnati dalla sollecitazione, da parte dei Giudici comuni, di un intervento chiarificatore della Corte Costituzionale o della Corte di Giustizia dell'Unione Europea ¹³⁰; 3) la mancanza di una prassi amministrativa ¹³¹ o l'adozione di prassi amministrative discordanti ¹³²; 4) il contrasto tra prassi amministrativa e orientamento giurisprudenziale; 5) il dissenso tra opinioni dottrinali. In secondo luogo, al giudice è richiesto di valutare la diligenza esigibile dal soggetto agente alla stregua di criteri oggettivi, tenendo altresì conto del livello di competenze professionali che eventualmente caratterizzi il singolo ¹³³: il rimprovero di colpevolezza non può infatti essere mosso nei confronti del contribuente che abbia adempiuto al proprio dovere di informazione attraverso l'espletamento di ogni accertamento utile a conseguire la conoscenza della disciplina applicabile al caso concreto.

¹²³ Come sostiene la consolidata giurisprudenza di legittimità, Cass., Sez. trib., 24 agosto 2007, n. 18039, in bancadati *DeJure*; Id., 28 novembre 2007, n. 24670, *cit.*; Id., 21 marzo 2008, n. 7765, in bancadati *DeJure*; Id., 24 ottobre 2008, n. 25676, in *CED Cass.*, Rv. 605171; Id., 25 giugno 2009, n. 14987, in bancadati *DeJure*; Id., 11 settembre 2009, n. 19638, in *CED Cass.*, Rv. 609769.

¹²⁴ V. FICARI, *La disapplicazione delle sanzioni amministrative nei procedimenti tributari*, in *Rass. trib.*, 2002, 473 ss.; con riferimento all'art. 39 *bis*, d.p.r. n. 636 del 1972, C. GLENDI, *L'istanza del contribuente obbliga le Commissioni a decidere sulla richiesta di non applicare le sanzioni*, nota a Cass., Sez. trib., 10 aprile 1990, n. 2981, in *Corr. trib.*, 1990, 1666, il quale qualifica come «accertamento di fatto» la verifica circa la sussistenza delle «obiettive condizioni di incertezza»; M. LOGOZZO, *L'ignoranza della legge tributaria*, *cit.*, 140 e s.; *contra* R. LUPI, *Manuale giuridico professionale di diritto tributario*, *cit.*, 721.

¹²⁵ Cass., Sez. trib., 28 novembre 2007, n. 24670, *cit.*

¹²⁶ Cass., Sez. trib., 10 novembre 2006, n. 24064, in *CED Cass.*, Rv. 593946.

¹²⁷ Cass., Sez. trib., 8 marzo 2000, n. 2604, in *Dir. prat. trib.*, 2001, II, 547 ss., con nota di G. MARONGIU, *Indennità, reddito di lavoro dipendente e conseguenze dell'obiettiva incertezza*; Id., 5 settembre 2006, n. 19115, in bancadati *DeJure*.

¹²⁸ Cass., Sez. trib., 13 dicembre 2007, n. 26142, in bancadati *DeJure*.

¹²⁹ Cass., Sez. trib., 9 dicembre 2002, n. 17515, in *CED Cass.*, Rv. 559089; Id., 3 luglio 2003, n. 10495, *ibidem*, Rv. 564765; Id., 19 gennaio 2005, n. 1039, *ibidem*, Rv. 579408; Id., 28 novembre 2005, n. 25161, *ibidem*, Rv. 585478; Id., 30 gennaio 2006, n. 1958, *ibidem*, Rv. 586719; Id., 6 febbraio 2006, n. 2478, *ibidem*, Rv. 588566; Id., 23 giugno 2006, n. 14670, *ibidem*, Rv. 591773; Id., 20 giugno 2007, n. 14378, in *GT – Riv. giur. trib.*, 2007, 925 ss., con nota di F. BATISTONI FERRARA, *Indennità per differenza del canone di locazione ed errore sulla norma tributaria*.

¹³⁰ Cass., Sez. trib., 13 marzo 2009, n. 6105, in *GT – Riv. giur. trib.*, 2010, 238 ss., con nota di F. BATISTONI FERRARA, *La remissione di questione pregiudiziale interpretativa alla Corte di giustizia CE attesta l'esistenza di obiettiva incertezza sul significato della norma tributaria*

¹³¹ Cass., Sez. trib., 28 dicembre 2011, n. 29401, in *Corr. trib.*, 2012, 810 ss., con nota di M. LOGOZZO, *Le istruzioni per le dichiarazioni non escludono l'obiettiva incertezza della legge tributaria*.

¹³² Cass., Sez. trib., 27 giugno 2008, n. 17602, in *CED Cass.*, Rv. 604188.

¹³³ *Amplius* L. R. CORRADO, *Note in tema di incertezza normativa oggettiva e ignoranza inevitabile*, *cit.*, 211 ss.

La qualificazione *de qua* non pone problemi in merito alla sussistenza dell'obbligo di attivazione del contraddittorio, configurabile non soltanto per le *quaestiones facti* e per le *quaestiones mixtae* ma anche per le *quaestiones iuris*¹³⁴, bensì rileva con riguardo alle limitazioni connesse al grado del giudizio.

Quanto al giudizio di merito, nel caso in cui le osservazioni contenute nelle memorie depositate dalle parti *ex art.* 101, comma 2, c.p.c. investano questioni di puro diritto, il giudice deve pronunciare la sentenza tenendo conto di quanto dedotto dalle parti. Qualora invece, a seguito dell'allegazione di fatti resi rilevanti dalla rilevazione officiosa, diventi necessario il compimento di ulteriori attività di trattazione e istruzione, il giudice deve ordinare la regressione della causa dalla fase decisoria a quella istruttoria, al fine di consentire alle parti l'esercizio di ogni potere di allegazione, argomentazione e prova¹³⁵, eventualmente disponendo la rimessione in termini *ex art.* 153, comma 2, c.p.c.¹³⁶.

¹³⁴ L. P. COMOGLIO, *La garanzia costituzionale dell'azione ed il processo civile*, Padova, 1970, 144 ss.

¹³⁵ Secondo G. FRANSONI, *Preclusioni processuali, rilevanza d'ufficio e giusto processo*, *cit.*, 449 ss., «il giudice non deve limitarsi a riservare la decisione assegnando alle parti un termine per «osservazioni», ma deve consentire alle parti di esercitare, indipendentemente dalla preclusioni maturate, tutti i poteri che sono consequenziali alla natura della questione officiosamente rilevata» (cfr. Cass., Sez. trib., 19 ottobre 2012, n. 17949, *cit.*); F. P. LUISO, *Poteri di ufficio del giudice e contraddittorio*, 67.

¹³⁶ La disciplina processualciviltica della restituzione nel termine costituisce «precipitato normativo espressione di un principio generale di superiore giustizia [...] coesistente alla garanzia costituzionale dell'effettività della tutela processuale» (Cass., Sez. II civ., ord., 17 giugno 2010, n. 14627, in *CED Cass.*, Rv. 613684), come conferma l'esperienza del processo amministrativo (cfr. Consiglio di Stato, ad. plen., ord., 19 aprile 1996, n. 2, ove è stata ribadita la concedibilità d'ufficio dell'errore scusabile ed è stato affermato il carattere generale dell'istituto; Consiglio di Stato, Sez. VI, 20 gennaio 2000, n. 257; Consiglio di Stato, Sez. IV, 29 luglio 2003, n. 4352; Consiglio di Stato, Sez. V, 28 maggio 2004, n. 3451), nel cui ambito la rimessione in termini per errore scusabile, contemplata prima dall'art. 36, comma 2, r.d. 26 giugno 1924, n. 1054 (rinnovazione o integrazione della notificazione del ricorso al Consiglio di Stato in sede giurisdizionale nei casi di errore scusabile) e dall'art. 34, l. 6 dicembre 1971, n. 1034 (rimessione in termini o rinnovazione del ricorso al Consiglio di Stato in caso di errore scusabile), ora nell'art. 37 c.p.a. (a mente del quale «Il giudice può disporre, anche d'ufficio, la rimessione in termini per errore scusabile in presenza di oggettive ragioni di incertezza su questioni di diritto o di gravi impedimenti di fatto»; sull'estensione del meccanismo della rilevanza d'ufficio anche alla rimessione in termini processualciviltica, cfr. E. D'ALESSANDRO, *L'errore scusabile fa il suo ingresso nel processo civile: il mutamento di un precedente e consolidato orientamento giurisprudenziale quale giusta causa di rimessione in termini ai fini della proposizione del ricorso per cassazione*, nota a Cass., Sez. II civ., ord., 2 luglio 2010, n. 15811, in *Corr. giur.*, 2010, 1483 ss.).

Per alcune applicazioni recenti dell'istituto, cfr., in tema di notificazione del ricorso per cassazione nei confronti degli eredi della parte defunta, Cass., Sez. unite civ., ord., 21 gennaio 2005, n. 1238, in *Foro it.*, 2005, I, 2401 ss., con nota di R. CAPONI, *Un passo delle Sezioni unite della Cassazione verso la rimessione nei termini di impugnazione* e Id., ord., 27 aprile 2006, n. 9590, in *CED Cass.*, Rv. 589286; in tema di inammissibilità del ricorso per cassazione conseguente ad un mutamento nell'interpretazione consolidata della giurisprudenza di legittimità a proposito delle norme regolatrici del processo, Cass., Sez. II civ., ord., 17 giugno 2010, n. 14627, *cit.*, ove si sottolinea che la portata del principio costituzionale del «giusto processo» «non si esaurisce in una mera sommatoria delle garanzie strutturali formalmente enumerate nell'art. 111 Cost., comma 2, Cost. (contraddittorio, parità delle parti, giudice terzo ed imparziale, durata ragionevole di ogni processo), ma rappresenta una sintesi qualitativa di esse (nel loro coordinamento reciproco e nel collegamento con le garanzie del diritto di azione e di difesa), la quale risente dell'effetto espansivo dell'art. 6 Cedu e della corrispondente giurisprudenza della Corte di Strasburgo (come già sostenuto in Corte Cost., 4 dicembre 2009, n. 317, § 8 del «considerato in diritto»), nonché, in senso conforme, Id., ord., 2 luglio 2010, n. 15809, in *CED Cass.*, Rv. 613934, Id., ord., 2 luglio 2010, n. 15811, in *bancadati DeJure*, e Cass., Sez. unite civ., 17 luglio 2011, n. 15144, in *Foro it.*, 2011, I, 3343 ss., con nota di R. CAPONI, *Retroattività del mutamento di giurisprudenza: limiti*.

Quanto al giudizio di legittimità, il potere di rilevazione officiosa sconta i limiti strutturali propri di tale grado ¹³⁷: ne consegue che, qualora sia necessario l'esercizio di estesi poteri di allegazione, argomentazione e prova, la Suprema Corte deve cassare con rinvio la pronuncia impugnata ¹³⁸.

8.2. *Gli strumenti di tutela in caso di omessa instaurazione del contraddittorio.*

Vengono poi in rilievo gli strumenti di cui le parti possono servirsi per tutelarsi rispetto alle conseguenze pregiudizievoli derivanti dall'omessa instaurazione del contraddittorio sulla questione rilevata d'ufficio.

La violazione dell'art. 101, comma 2, c.p.c. è sanzionata con la nullità della sentenza di primo o secondo grado, da farsi valere «soltanto nei limiti e secondo le regole proprie [dei] mezzi di impugnazione» ex art. 161, comma 1, c.p.c.: nell'atto introduttivo del giudizio di appello, le parti devono dedurre il vizio ed effettuare le attività che avrebbero compiuto se il giudice avesse instaurato il contraddittorio, mentre nel ricorso per cassazione, qualora siano involti profili di fatto, potranno limitarsi ad allegare i fatti rilevanti, le richieste istruttorie e le produzioni documentali dovendo essere differite al giudizio di rinvio ¹³⁹.

Quid iuris se il contraddittorio non è instaurato dalla Corte di Cassazione?

Il silenzio dell'art. 384, comma 3, c.p.c. indurrebbe a ritenere che l'eventuale violazione del suo precetto si traduca in una nullità non deducibile in alcuna sede impugnatoria perché coperta dal giudicato ¹⁴⁰: *de iure condito* parrebbe che la Suprema Corte possa astenersi dal provocare il contraddittorio qualora in fase decisoria rilevi d'ufficio il vizio di omessa disapplicazione di sanzioni amministrative in caso di incertezza normativa oggettiva, mai sollevato e discusso né nel corso dei giudizi di merito, né in sede di ricorso per cassazione, né durante la trattazione della causa in pubblica udienza. Tale interpretazione non pare accettabile perché, svuotando di significato il precetto dell'art. 384, comma 3, c.p.c. ¹⁴¹, determinerebbe una ingiustificata lesione del diritto di difesa.

Questo rimedio è stato applicato anche in ambito tributario: ad esempio si veda Cass., Sez. VI civ. - T, 11 marzo 2013, n. 6048, in *CED Cass.*, Rv. 625941, ove si riconosce che la restituzione nel termine «costituisce espressione del principio della effettività della tutela giurisdizionale scolpito sia nell'art. 111 Cost., sia nell'art. 6 Cedu».

¹³⁷ Cfr. Cass., Sez. trib., 24 gennaio 2007, n. 1540, in *Rass. trib.*, 2007, 1503, con nota di A. COLLI VIGNARELLI, *Il principio di «non contestazione» si applica anche nel processo tributario*, nonché Cass., Sez. unite civ., 7 aprile 2014, nn. 8053 e 8054, in *CED Cass.*, Rv. 629829 e 629832, secondo cui «il Legislatore delegato del 1992 non ha istituito un giudizio tributario di legittimità, ma, semplicemente, ha esteso il giudizio ordinario di legittimità alla materia tributaria, che prima ne era esclusa» (arg. ex artt. 1, comma 2, e 62, d.lgs. n. 546 del 1992).

¹³⁸ G. FRANSONI, *Preclusioni processuali, rilevanza d'ufficio e giusto processo*, cit., 449 ss.

¹³⁹ F. P. LUISO, *Poteri di ufficio del giudice e contraddittorio*, cit., 67 e s.

¹⁴⁰ L. P. COMOGGIO, *Requiem per il processo «giusto»*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, II, 53 testo e nota (29); C. MANDRIOLI, *Diritto processuale civile. II – Il processo ordinario di cognizione*, cit., 569, testo e nota (164), ove ampi riferimenti bibliografici.

¹⁴¹ Ad esempio una lettura restrittiva dell'art. 384, comma 3, c.p.c. è stata formulata in Cass., Sez. VI civ. – III, ord., 20 luglio 2011, n. 15964, in *CED Cass.*, Rv. 619163, secondo cui la norma ivi espressa deve riferirsi

Poiché costituisce diretta espressione di un principio incompressibile – quello del «giusto processo» – «rafforzato e “coperto”»¹⁴² da disposizioni costituzionali (art. 111 Cost.) e pattizie (art. 6 Cedu), la fattispecie *de qua* potrebbe rappresentare una delle ipotesi ristrettissime ed eccezionali¹⁴³ in cui il dogma della inoppugnabilità delle pronunce di ultima istanza merita di essere ridimensionato attraverso un più ampio utilizzo delle impugnazioni straordinarie delle pronunzie cassatorie¹⁴⁴.

Questa tendenza è già presente nel rito civile, come dimostrano le novelle legislative¹⁴⁵ e le sentenze additive con le quali la Corte Costituzionale¹⁴⁶ è ripetutamente intervenuta potenziando i mezzi di impugnazione straordinari al fine di assicurare l'effettività del diritto di difesa in ogni stato e grado del procedimento¹⁴⁷.

Anche nel rito penale la sacrale monoliticità dei provvedimenti di ultima istanza pronunciati dalla Corte di Cassazione¹⁴⁸ è stata scalfita dal rafforzamento dei rimedi

unicamente all'ipotesi in cui la Corte di Cassazione ritenga di dover decidere la causa nel merito *ex art.* 384, comma 2, c.p.c.

¹⁴² L. P. COMOGLIO, *Requiem per il processo «giusto»*, cit., 56.

¹⁴³ L. P. COMOGLIO, *Requiem per il processo «giusto»*, cit., 56.

¹⁴⁴ «Superata da tempo la concezione in qualche modo “mistica” del giudicato, è ormai da tutti riconosciuto che la definitività propria del giudicato, lungi dal rappresentare un valore ontologico, è stipulativamente condizionata, nel senso che si assume legislativamente raggiunta la definitività del giudizio allorquando risultano non attivati o comunque esauriti gli ordinari strumenti attraverso i quali il giudizio reso potrebbe risultare diversamente formulato. In questo senso, anche nel nostro ordinamento, si parla propriamente di relatività del giudicato, alludendo ai casi in cui, sia pure eccezionalmente, è consentito superare la barriera della stabilità propria del giudizio espresso con una sentenza non più suscettibile di rimedi ordinari (cd. formazione della cosa giudicata in senso formale)» (C. GLENDI, *Limiti del giudicato e Corte di giustizia europea*, in *Corr. trib.*, 2010, 330).

¹⁴⁵ Cfr. artt. 391 *bis* (rubricato «Correzione degli errori materiali e revocazione delle sentenze della corte di cassazione») e 391 *ter* c.p.c. (rubricato «Altri casi di revocazione ed opposizione di terzo»), inseriti nel codice di rito il primo dall'art. 67, l. 26 novembre 1990, il secondo dall'art. 17, d.lgs. 2 febbraio 2006, n. 40.

¹⁴⁶ Corte Cost. 30 gennaio 1986, n. 17, in *Foro it.*, 1986, I, 313 ss., con nota di A. PROTO PISANI, *La Corte costituzionale estende la revocazione per errore di fatto ex art. 395, n. 4, c.p.c. alle sentenze della Cassazione*, con la quale è stata dichiarata l'incostituzionalità dell'art. 395 prima parte e n. 4 c.p.c. «nella parte in cui non prevede la revocazione di sentenze dalla Corte di Cassazione rese su ricorsi basati sul n. 4 dell'art. 360 c.p.c. e affette dall'errore di cui al n. 4 dell'art. 395 dello stesso codice» (la revocazione delle sentenze pronunciate dalla Corte di Cassazione e viziata da errore di fatto *ex art.* 395, n. 4, è ora espressamente prevista dall'art. 391 *bis* c.p.c., introdotto dall'art. 67, l. 26 novembre 1990, n. 535); Id., 31 gennaio 1991, n. 36, in *Giur. cost.*, 1991, 223 ss., con nota di F. RIGANO, *Brevi riflessioni sul ruolo «costituzionale» della corte di cassazione*, con la quale è stata dichiarata l'incostituzionalità dell'art. 395, n. 4, c.p.c. «nella parte in cui non prevede la revocazione di sentenze della Corte di cassazione per errore di fatto nella lettura di atti interni al suo stesso giudizio»; Id., 9 luglio 2009, n. 207, in *Riv. dir. proc.*, 2010, 951 ss., con nota di A. A. ROMANO, *L'ordinanza che dichiara l'inammissibilità del ricorso per cassazione è soggetta a revocazione per errore di fatto*, con la quale è stata dichiarata l'incostituzionalità dell'art. 391 *bis*, comma 1, c.p.c., come modificato dall'art. 16, d.lgs. 2 febbraio 2006, n. 40, «nella parte in cui non prevede la esperibilità del rimedio della revocazione per errore di fatto, ai sensi dell'art. 395, comma 1, n. 4, c.p.c., per le ordinanze pronunciate dalla Corte di Cassazione a norma dell'art. 375, comma 1, n. 1, dello stesso codice».

¹⁴⁷ Cfr. anche Corte Giust., 3 settembre 2009, c. C-2/08, Fallimento Olimpclub S.r.l., nonché Cass., Sez. trib., 19 maggio 2010, n. 12249, in *CED Cass.*, Rv. 613781 e Id., 15 dicembre 2010, n. 25320, *ibidem*, Rv. 615368, in merito alla necessità di garantire l'effettività del primato del diritto europeo su quello nazionale anche al di là del principio dell'autorità di cosa giudicata *ex art.* 2909 c.c.

¹⁴⁸ Il principio della inoppugnabilità dei provvedimenti emessi dalla Cassazione è stato più volte affermato dalla Corte Costituzionale (Corte Cost., 4 febbraio 1982, n. 21; Id., 5 luglio 1995, n. 294) e dalla Corte di Cassazione (Cass., Sez. unite pen., 29 settembre 1994, n. 8, in *CED Cass.*, Rv. 198543; Id., 6 dicembre 1996, n.

straordinari *ultra rem indicatam* al dichiarato scopo di assicurare il «rispetto [...] dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali» *ex art.* 117, comma 1, Cost. La rimozione del giudicato non conforme a norme pattizie o a pronunce vincolanti degli organi di giustizia europea è stata garantita non soltanto attraverso l'intervento del Legislatore o della Corte Costituzionale, ma anche mediante soluzioni ermeneutiche¹⁴⁹. Con l'introduzione del ricorso straordinario per errore di fatto interno al giudizio di legittimità *ex art.* 625 *bis* c.p.p.¹⁵⁰, il Legislatore ha raccolto i ripetuti inviti della Corte Costituzionale a rimuovere le compromissioni del diritto di difesa *ex art.* 24 Cost. e del ruolo demandato alla Corte di Cassazione dall'*art.* 111 Cost. predisponendo uno specifico strumento di tutela processuale per garantire la giustizia sostanziale¹⁵¹ e uniformando l'ordinamento processuale penale all'*art.* 4, § 2, VII Protocollo Cedu, ove si prevede la possibilità di «riapertura del processo [...] se fatti sopravvenuti o nuove rivelazioni o un vizio fondamentale nella procedura antecedente sono in grado di inficiare la sentenza intervenuta». A sua volta la Consulta ha ampliato i casi di revisione della sentenza o del decreto penale di condanna dichiarando l'illegittimità costituzionale dell'*art.* 630 c.p.p. «nella parte in cui non prevede un diverso caso di revisione della sentenza o del decreto penale di condanna al fine di conseguire la riapertura del processo, quando ciò sia necessario, ai sensi dell'*art.* 46, § 1, Cedu, per conformarsi ad una sentenza definitiva della Corte europea dei diritti dell'uomo»¹⁵². La soluzione interpretativa è quella potenzialmente più feconda di sviluppi innovativi: ad esempio la Corte di Cassazione ha dato esecuzione al *dictum* della Corte Edu restituendo il ricorrente nel termine per proporre impugnazione contro una sentenza contumaciale *ex art.* 175, comma 2, c.p.p. (caso Somogyi¹⁵³) oppure dichiarando l'ineseguibilità del giudicato *ex art.* 670 c.p.p. (caso Dorigo¹⁵⁴). Ai fini del presente studio è paradigmatica l'applicazione in via analogica del ricorso straordinario per errore materiale o di fatto *ex art.* 625 *bis* c.p.p. per l'ipotesi di modificazione della qualificazione giuridica del fatto contestato (nella specie, ostativa alla declaratoria d'estinzione per prescrizione), operata *ex officio* in sede di legittimità senza il previo contraddittorio sulla diversa imputazione (caso Drassich¹⁵⁵). Secondo la Corte

19, *ibidem*, Rv. 206177; Cass., Sez. III pen., 24 febbraio 2000, n. 93, *ibidem*, Rv. 215528; Cass., Sez. unite pen., 30 aprile 2002, n. 16102, *ibidem*, Rv. 221279; Cass., Sez. II pen., 10 aprile 2003, n. 16941, *ibidem*, Rv. 224648).

¹⁴⁹ Secondo Corte Costituzionale (cfr. Corte Cost., 27 marzo 1987, n. 115), «è proprio l'ordinamento stesso che è tutto decisamente orientato a non tenere conto del giudicato, e quindi a non mitizzarne l'intangibilità, ogniqualvolta dal giudicato resterebbe sacrificato il buon diritto del cittadino».

Anche nella dottrina penalistica si afferma che «il principio dell'intangibilità del giudicato, lungi dal dover pretendere una assoluta osservanza, è suscettivo di deroga tutte le volte in cui dalla sua intangibilità derivi un ingiusto sacrificio dei diritti del condannato» (G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale – Parte generale, cit.*, 677).

¹⁵⁰ Inserito dall'*art.* 6, comma 6, l. 26 marzo 2001, n. 128.

¹⁵¹ Corte Cost., 5 luglio 1995, n. 294, *cit.*; Corte Cost., 28 luglio 2000, n. 395.

¹⁵² Corte Cost., 7 aprile 2011, n. 113.

¹⁵³ Cass., Sez. I pen., 3 ottobre 2006, n. 32678, in *CED Cass.*, Rv. 235035.

¹⁵⁴ Cass., Sez. I pen., 25 gennaio 2007, n. 2800, in *CED Cass.*, Rv. 235447.

¹⁵⁵ Cass., Sez. VI pen., 11 dicembre 2008, n. 45807, in *CED Cass.*, Rv. 241753.

Edu¹⁵⁶, il principio del giusto processo *ex art. 6, § 1 e § 3, lett. a e b*, Cedu¹⁵⁷ implica che all'imputato sia riconosciuto «il diritto di essere informato non solo del motivo dell'accusa, ossia dei fatti materiali che gli vengono attribuiti e sui quali si basa l'accusa, ma anche, e in maniera dettagliata, della qualificazione giuridica data a tali fatti», in modo che egli possa esercitare il diritto di preparare la propria difesa su questo punto «in maniera concreta ed effettiva». Ciò vale *a fortiori ratione* quando il contraddittorio sia violato da parte di un giudice di ultima istanza: la Corte di Strasburgo sostiene infatti che «il giudice deve rispettare il principio del contraddittorio e dare alle parti la possibilità di conoscere e discutere tutte le questioni fondamentali per l'esito del procedimento, in particolare quando esso rigetta un ricorso per cassazione o pone fine a una causa sulla base di un motivo sollevato d'ufficio». Quando è stata pronunciata sentenza di condanna «all'esito di un procedimento inficiato da inosservanze delle esigenze dell'articolo 6 della Convenzione, un nuovo processo o una riapertura del procedimento, su richiesta dell'interessato, rappresenta in linea di principio un mezzo appropriato per porre rimedio alla violazione constatata». Ritenendo dovere primario della giurisdizione «verificare, mediante la corretta e rigorosa applicazione dei criteri ermeneutici, se la disciplina processuale abbia già una regola che, in considerazione dei contenuti e della specificità del caso, renda percorribile l'attuazione di un *decisum* del giudice europeo», la Corte di Cassazione ha identificato tale «mezzo appropriato» nella revocazione della sentenza *ex art. 625 bis c.p.p.*¹⁵⁸.

¹⁵⁶ Corte Edu, Sez. II, 11 dicembre 2007, causa *Drassich contro Italia* (ricorso n. 25575/04), in particolare §§ 31-34 e 46.

Nel caso di specie, non era prevedibile da parte dell'imputato che il reato di corruzione per atto contrario ai doveri di ufficio (art. 319 c.p.) potesse essere modificato nel reato di corruzione in atti giudiziari (art. 319 *ter* c.p.), perché quest'ultimo è un reato autonomo e non circostanza aggravante e richiede un elemento intenzionale specifico in ordine al quale non era stata data alla difesa la possibilità di confrontarsi.

¹⁵⁷ L'art. 6 Cedu, rubricato «Diritto a un equo processo», dispone quanto segue: «1. Ogni persona ha diritto a che la sua causa sia esaminata equamente, pubblicamente ed entro un termine ragionevole da un tribunale indipendente e imparziale, costituito per legge, il quale sia chiamato a pronunciarsi sulle controversie sui suoi diritti e doveri di carattere civile o sulla fondatezza di ogni accusa penale formulata nei suoi confronti. [...] 3. In particolare, ogni accusato ha diritto di: (a) essere informato, nel più breve tempo possibile, in una lingua a lui comprensibile e in modo dettagliato, della natura e dei motivi dell'accusa formulata a suo carico; (b) disporre del tempo e delle facilitazioni necessarie a preparare la sua difesa; [...]».

¹⁵⁸ Cass., Sez. VI pen., 11 dicembre 2008, n. 45807, *cit.*, secondo cui «non è da revocare in dubbio che la regola – racchiusa nell'art. 521, comma 1, c.p.p. – caratterizzi una funzione indefettibile del giudice, quella della corretta qualificazione giuridica del fatto e delle relative conseguenze sanzionatorie. Regola che diviene ancor più cogente nel giudizio di legittimità perché da contenuto e significato alla funzione della Corte di cassazione chiamata ad assicurare «l'esatta osservanza e l'uniforme interpretazione della legge». A conferma di ciò, l'inosservanza delle disposizioni a tutela della correlazione tra accusa e sentenza è prevista come nullità dall'art. 522, comma 1, c.p.p.: secondo la giurisprudenza (Cass., Sez. I pen., 11 maggio 2011, n. 18590, in *CED Cass.*, Rv. 250275), si tratta di una nullità intermedia poiché si è violato il principio del contraddittorio (cfr. P. TONINI, *Manuale di procedura penale, cit.*, 709).

Si vedano inoltre Cass., sez VI, 18 settembre 2009, n. 36323, in *CED Cass.*, Rv. 244974; Id., 13 febbraio 2013, n. 7195, *ibidem*, Rv. 254720; Cass., Sez. II pen., 14 gennaio 2013, n. 1625, *ibidem*, Rv. 584452; Id., 12 settembre 2013, n. 37413, *ibidem*, Rv. 256651; nonché in particolare Cass., Sez. V pen., 28 aprile 2010, n. 16507, *ibidem*, Rv. 247244 (caso Scoppola), in cui la Suprema Corte, dopo aver revocato *in parte qua* la sentenza di legittimità che aveva formato il giudicato, ha annullato senza rinvio, limitatamente al trattamento sanzionatorio,

Quanto sopra enunciato conferma che nel sistema processuale interno – sia in ambito civile, sia in quello penale – possono essere innestati financo per via esegetica rimedi impugnatori straordinari che consentano di reagire contro violazioni delle garanzie «minime» del processo «giusto» – «e tale è [...] il “contraddittorio tra le parti”, assicurato ad esse, “in condizioni di parità”, dinanzi al “giudice terzo e imparziale”, *prima* che quest’ultimo sia chiamato a pronunciarsi definitivamente sulla lite»¹⁵⁹ – poste in essere nei giudizi di ultima istanza¹⁶⁰. Alla luce di ciò, sembra corretto sostenere che l’eventuale violazione dell’art. 384, comma 3, c.p.c. costituisca motivo deducibile con la revocazione della sentenza della Corte di Cassazione *ex* artt. 391 *bis* e 391 *ter* c.p.c.¹⁶¹, valorizzandone una interpretazione costituzionalmente orientata¹⁶²; diversamente opinando, la tutela effettiva dei diritti fondamentali attinenti al processo «equo» potrebbe essere garantita mediante ricorso alla Corte Edu per violazione dell’art. 6 Cedu¹⁶³, ripercorrendo la defatigante *via crucis* già seguita per sancire l’applicabilità analogica dell’art. 625 *bis* c.p.p., oppure sollecitando un intervento

la sentenza del giudice di merito sostituendo la pena inflitta in violazione degli artt. 6 e 7 Cedu (ergastolo) con quella ritenuta equa dalla Corte Edu (anni trenta di reclusione), sussistendo, da un lato, il diritto del ricorrente a una modifica della pena, da determinare secondo la legalità della Convenzione, dall’altro «per lo Stato e, specificamente, per gli organi investiti del potere giudiziario, l’obbligo positivo di determinare una pena rispondente alla legalità sancita dalla Convenzione, allo specifico fine di eliminare le conseguenze pregiudizievoli scaturite dalla violazione accertata».

¹⁵⁹ L. P. COMOGGIO, *Requiem per il processo «giusto», cit.*, 61, nota (74).

¹⁶⁰ Cfr. Corte Cost., 30 aprile 2008, n. 129.

¹⁶¹ Le sentenze della Corte di Cassazione pronunciate in ambito tributario sono revocabili nei limiti delineati dagli artt. 391 *bis* e 391 *ter* c.p.c. (A. TURCHI, *Art. 64, d.lgs. 31 dicembre 1992, n. 546 «La revocazione nel processo tributario», in F. TESAURO (a cura di), Codice commentato del processo tributario*, Torino, 2011, 741).

¹⁶² La dottrina processualcivile ha ripetutamente segnalato il fatto che la violazione del contraddittorio nel giudizio di fronte alla Corte di Cassazione rimane di frequente priva di rimedio: per tutti si vedano C. BESSO MARCHEIS, *La sentenza civile inesistente*, Torino, 1997, 284; G. BALENA, *L’impugnazione delle sentenze di Cassazione*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, 114 ss.; F. CIPRIANI, *Cassazione e revocazione nel sistema delle impugnazioni*, in *Foro It.*, 2001, I, 599; A. PARISI, *Cassazione sostitutiva e questioni assorbite in appello: rimedio revocatorio?*, in *Corr. giur.*, 2004, 973; ID., *Figure di preclusione al rilievo delle nullità assolute*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2002, 1412; nonché, da ultimo, C. MANDRIOLI, *Diritto processuale civile. I – Nozioni introduttive e disposizioni generali, cit.*, 514, testo e note (39) e (40); e G. F. RICCI, *Il giudizio civile di cassazione*, Torino, 2013, 649 ss.

A favore della soluzione indicata nel testo si sono espressi in particolare L. P. COMOGGIO, *Questioni rilevabili d’ufficio e contraddittorio, cit.*, 640, il quale ammette che la nullità potrebbe teoricamente integrare (o presupporre) un «errore di fatto» revocatorio *ex* art. 391 *bis* c.p.c.; F. P. LUISO, *Poteri di ufficio del giudice e contraddittorio, cit.*, 69, secondo cui la nullità può essere fatta valere attraverso la revocazione *ex* art. 391 *bis* c.p.c., nonché ID., *Invalidità della sentenza e mezzi di gravame*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, 20, testo e nota (15), ove l’Autore osserva altresì che Corte di Cassazione utilizza l’art. 391 *bis* c.p.c. «come strumento per far valere i vizi propri del processo di cassazione, dando quindi all’errore di fatto un significato ben diverso da quello che la stessa Corte gli attribuisce quando si tratti di sentenza di merito» (cfr. ad esempio Cass., Sez. unite civ., 30 dicembre 2004, n. 24170, in *CED Cass.*, Rv. 578553, secondo cui la revocazione della sentenza (o dell’ordinanza) di cassazione è consentita per vizi del procedimento di cui non si sia tenuto conto per un errore percettivo riguardante anche l’esame degli atti dello stesso processo di cassazione (nel caso di specie, è stata ritenuta deducibile come causa di errore revocatorio la mancata comunicazione della fissazione dell’udienza a tutte le parti costituite); nonché Cass., Sez. trib., 11 ottobre 2006, n. 21718, *ibidem*, Rv. 593273, ove, in applicazione di tale principio, la Suprema Corte ha revocato una propria ordinanza, con la quale era stata dichiarata l’estinzione di due giudizi, promossi dal medesimo ricorrente con distinti ricorsi avverso la stessa sentenza e non ancora riuniti, sull’erroneo presupposto che il ricorrente avesse rinunciato ad entrambi i ricorsi).

¹⁶³ Cfr. C. GAMBA, *L’integrazione dell’art. 101 c.p.c., il contraddittorio sulle questioni rilevate d’ufficio e la «scommessa aperta» dell’ordinamento processuale*, in M. TARUFFO (diretto da), *Il processo civile riformato*, Bologna, 2010, 178-179.

della Corte Costituzionale ¹⁶⁴ nelle forme della sentenza additiva o quanto meno del monito al Legislatore.

9. Conclusioni.

In chiusura del presente scritto corre l'obbligo di tirare le fila delle considerazioni fin qui svolte.

In ordine alla questione *sub a)*, se sia configurabile, in capo al giudice tributario, il potere di rilevare *ex officio* il vizio di omessa disapplicazione delle sanzioni amministrative qualora sussista incertezza normativa oggettiva, si delinea un ampio novero di argomenti (topografico, letterale, teleologico e sistematico) a sostegno della risposta affermativa, che si rivela altresì compatibile con le peculiarità ontologiche del processo tributario. Sembra inoltre possibile riconoscere la configurabilità del potere *de quo* anche in capo alla Corte di Cassazione, consentendo tale soluzione di riequilibrare parzialmente l'ormai radicata consuetudine di rilevare *ex officio* il cosiddetto «abuso del diritto» anche in sede di legittimità.

In ordine alla questione *sub b)*, quali siano le forme di esercizio del potere officioso, l'ordinamento interno e internazionale configurano quale dovere inderogabile del giudice la sollecitazione del contraddittorio sulla questione. Le modalità concrete di esecuzione delle conseguenti attività di allegazione, argomentazione e prova richiedono di essere modulate diversamente a seconda che le osservazioni delle parti investano profili di puro diritto oppure rendano rilevanti nuovi fatti. Quanto alle conseguenze patologiche dell'omessa instaurazione del contraddittorio nel giudizio di ultima istanza, la necessità di garantire una tutela effettiva dei diritti fondamentali del «giusto processo» induce a ritenere che la nullità della sentenza sia deducibile attraverso l'applicazione analogica dei rimedi straordinari *ultra rem iudicatam*.

¹⁶⁴ *Contra* Cass., Sez. trib., 16 settembre 2011, n. 18897, in *CED Cass.*, Rv. 618996, secondo cui è manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 391 *bis* c.p.c. nella parte in cui non prevede come causa di revocazione la nullità del provvedimento decisorio della Corte di Cassazione. Il Collegio rileva tuttavia che la questione è stata sollevata «senza neppure indicare la norma costituzionale rispetto alla quale il citato art. 391 *bis* c.p.c. si porrebbe in contrasto».

ABUSO DEL DIRITTO E LEGGE DELEGA FISCALE¹

di Maurizio Logozzzo

ABSTRACT

One of the most important principles of the 2014 Law for the reform of the tax system approved by the Parliament last March concerns the codification of the "abuse of rights".

The essay examines the reform in different perspectives, highlighting the need for the Italian Government to enact the reform of the "abuse of rights" principle in tax law according to the instructions given by the European Commission in the Recommendation of 6th December 2012 on aggressive tax planning.

Uno dei più importanti argomenti (temi) affrontati dalla legge delega di riforma del sistema fiscale approvata dal Parlamento nel marzo scorso riguarda la codificazione dell' "abuso del diritto" tributario.

Lo studio esamina la riforma nei suoi diversi aspetti prospettici, mettendo in evidenza la necessità che il Governo, nell'esercizio della delega, inquadri la regolamentazione del divieto di abuso del diritto tributario nel solco delle indicazioni stabilite dalla Commissione Europea nella raccomandazione del 6 dicembre 2012 sulla pianificazione fiscale aggressiva.

SOMMARIO: 1. Introduzione. - 2. Principi e criteri direttivi della legge delega. - 3. Definizione della condotta abusiva. - 4. Garanzie procedurali. - 5. Abuso del diritto e sanzioni. - 6. L'abuso del diritto negli ordinamenti stranieri. - 7. Abuso e certezza del diritto.

1. Introduzione.

L'abuso del diritto in materia tributaria si sta presentando come un vero campo di confronto dialettico tra giurisprudenza, dottrina ed amministrazione finanziaria. Il dibattito si è particolarmente acceso negli ultimi anni a causa degli impulsi giurisprudenziali della Corte di Giustizia UE e della Corte di Cassazione.

Il divieto dell'abuso del diritto, per la prima volta elaborato, come è noto, dalla Corte di Giustizia UE, non è però unanimemente condiviso, in quanto sia nell'ordinamento italiano che in quello dell'Unione Europea non è presente una disposizione normativa che lo preveda espressamente.

¹ Il saggio riproduce, senza variazioni sostanziali, la relazione tenuta alla Tavola rotonda dal titolo "La legge delega fiscale. L'abuso del diritto e il processo tributario", organizzata il 23 maggio 2014 presso l'Università Cattolica del Sacro Cuore di Milano dal Master universitario di secondo livello in Diritto Tributario istituito presso la Facoltà di Economia e dall'Associazione Italiana dei Professori di Diritto Tributario (AIPDT).

L'ingresso nel campo fiscale di questo divieto, di creazione esclusivamente giurisprudenziale, è parso in contrasto con la consolidata posizione della dottrina, che sosteneva come le condotte elusive non potessero essere considerate oggetto di sindacato, in mancanza di una disposizione che ne rilevasse il disvalore in quanto contrarie al corretto comportamento fiscale.

In tale contesto, la Legge delega fiscale (L. 11 marzo 2014, n. 23) prevede, all'art. 5, la revisione delle vigenti disposizioni antielusive anche al fine di armonizzare il principio generale del divieto dell'abuso del diritto con la Raccomandazione della Commissione Europea n. 772 del 6 dicembre 2012 in materia di pianificazione fiscale aggressiva.

La difficoltà di scandire in termini chiari e ragionevoli su quali basi il divieto di abusare delle norme nell'ambito tributario possa fondatamente poggiare è dimostrato dalle stesse pronunce della Corte di Cassazione, che hanno reso questo divieto – ad oggi – diritto “vivente” nel nostro Paese.

Basta consultare una qualsiasi banca dati per constatare che sull'abuso del diritto, la sola Corte di Cassazione, ha emesso, dal 2008 ad oggi, circa 5.000 sentenze, di cui 1.700 nel solo anno 2013 e già più di 500 fino a maggio del 2014: occorre però prescindere che, la stessa giurisprudenza fa confusione tra evasione, simulazione, frode alla legge e comportamenti fiscali propriamente abusivi. Si tratta di nozioni completamente diverse, che non possono essere ricondotte al tema dell'abuso del diritto, per cui ben venga una disposizione che finalmente circoscriva il fenomeno in questione.

La Cassazione ha individuato la radice del divieto di condotte abusive in un principio generale antiabuso da considerarsi immanente nell'ordinamento perché diretta espressione del principio di capacità contributiva di cui all'art. 53 della Costituzione.

Di qui, la dilatazione a tutti i tributi (persino all'ICI) dell'originario divieto di fonte europea, previsto per le sole imposte armonizzate (in particolare, per l'IVA e le accise).

Le posizioni giurisprudenziali hanno, di conseguenza, suscitato il vivo interesse della dottrina, che si è assai diffusamente occupata dell'abuso del diritto tributario, fino ad indurre il legislatore ad intervenire con la legge delega, approvata lo scorso marzo dopo un iter lungo e tormentato.

Finalmente, esiste ora un dato normativo, punto di partenza rispetto al quale possono essere evidenziate una serie di questioni concrete, che dovranno essere affrontate dal

legislatore delegato e sulle quali la dottrina dovrà contribuire a fornire le linee guida, concernenti, in particolare:

- 1) il coordinamento tra i principi della legge delega e quelli espressi dalla Commissione Europea;
- 2) la definizione della “condotta abusiva” alla luce di tali principi;
- 3) l’attuazione di un sistema di garanzie procedimentali;
- 4) le conseguenze dell’abuso con riguardo al profilo sanzionatorio.

2. Principi e criteri direttivi della legge delega.

Con riguardo alla prima questione, la legge delega prevede una serie di principi interni, che vanno coordinati, per espressa previsione della stessa legge, con quelli contenuti nella Raccomandazione della Commissione Europea del 6 dicembre 2012.

Il provvedimento della Commissione si incentra sul contrasto alla “pianificazione fiscale aggressiva”, definita come lo «sfruttamento a proprio vantaggio degli aspetti tecnici di un sistema fiscale o delle disparità esistenti tra due o più sistemi fiscali al fine di ridurre l’ammontare dell’imposta dovuta».

Tale finalità, per la Commissione, deve essere perseguita mediante due vie: la prima è quella di rivedere le convenzioni contro le doppie imposizioni per evitare fenomeni di “salto d’imposta” o di doppia detrazione; la seconda, che rileva ai nostri fini, quella di adottare una norma generale antiabuso, che abbia una comune matrice, in tutti gli ordinamenti degli Stati membri.

La raccomandazione è quella di prevedere una clausola che, in presenza di una operazione “artificiosa” posta in essere “essenzialmente” allo scopo di eludere l’imposizione, consenta alle Autorità fiscali di ignorare la “forma” delle operazioni poste in essere, riconducendo le stesse, ai fini fiscali, alla loro sostanza economica.

Emergono tre importanti aspetti:

- secondo la Commissione, l’operazione è abusiva se, a prescindere dalle intenzioni soggettive, contrasta oggettivamente con «l’obiettivo, lo spirito e le finalità delle disposizioni fiscali che sarebbero altrimenti applicabili»;
- l’operazione è abusiva (o “artificiosa”) se si concretizza in un comportamento “non ragionevole” sotto il profilo economico e commerciale, ovvero sia quando essa è “mancante di sostanza commerciale”;

- l'operazione è abusiva se la finalità elusiva rappresenta lo scopo "essenziale".

Si tratta, come si vede, di concetti non ben definiti, giacché non è facile né individuare quale sia la "condotta ragionevole", né quando la finalità elusiva costituisca lo scopo "essenziale" dell'operazione.

Il dato certo è che la legge delega appare difficilmente coordinabile con il principio di "essenzialità" fissato dalla Commissione Europea, giacché, mentre per quest'ultima lo scopo di ottenere vantaggi fiscali indebiti deve rappresentare la causa "essenziale" dell'operazione, per il legislatore delegante è sufficiente che essa costituisca semplice causa "prevalente" dell'operazione medesima.

Non si tratta di una sottigliezza linguistica, perché il concetto di "essenzialità" si traduce nella necessità che il risparmio fiscale costituisca una condizione senza la quale l'operazione non sarebbe stata posta in essere.

Diversamente, il concetto di "prevalenza" comporta che la finalità fiscale diventi "abusiva" ogniqualvolta si tratti della "principale" finalità perseguita con l'operazione. Ciò anche se tale finalità sia accompagnata da ragioni extrafiscali "non prevalenti", che da sole sarebbero sufficienti a determinare l'interesse all'operazione, anche a prescindere dal profilo fiscale.

Il concetto di "essenzialità" appare quindi più ristretto del concetto di "prevalenza", con la conseguenza che la normativa interna risulta molto più rigorosa rispetto ai principi dell'Unione Europea cui dovrebbe uniformarsi.

Di tale differenza il legislatore delegato dovrà tenere conto, perché la legge delega impone di "coordinare" i principi di matrice europea con quelli positivizzati dall'art. 5, L. 11 marzo 2014, n. 23.

E' questo il primo problema, cioè che la legge delega non ha tenuto in sufficiente considerazione i principi europei, preferendo appiattirsi sulla giurisprudenza della Corte di Cassazione, di cui è stata ripresa pedissequamente la massima fissata con riguardo all'abuso del diritto per i tributi non armonizzati.

Non a caso, la giurisprudenza riconduce l'abuso del diritto alla finalità di conseguire un "indebito vantaggio fiscale" quale scopo non già "essenziale" o "esclusivo", ma solamente "principale" dell'operazione giuridica posta in essere in assenza di apprezzabili ragioni economiche.

Si privilegia così il dato "quantitativo" (mediante la comparazione di tutte le finalità dell'operazione) rispetto a quello "qualitativo" su cui si sofferma la Raccomandazione della

Commissione Europea, che richiede, da un lato, l'essenzialità del fine fiscale e, dall'altro, l'insussistenza della "sostanza economica" dell'operazione.

La Raccomandazione invita a prevedere un rimedio in relazione a costruzioni artificiose "mancanti di sostanza commerciale", mentre la legge delega prevede che siano abusivi dei comportamenti economici, che, pur avendo una "sostanza commerciale", siano caratterizzati da una "prevalente" finalità fiscale.

Rispetto all'affermazione per cui lo scopo fiscale deve costituire la "causa prevalente" dell'operazione, la legge delega stabilisce inoltre che la condotta abusiva è esclusa solo ove l'operazione sia giustificata da ragioni extrafiscali "non marginali".

Anche qui, il coordinamento tra principi interni ed europei appare difficoltoso per il legislatore delegato, perché la nozione di ragioni extrafiscali "non marginali" non viene minimamente toccata dalla Raccomandazione europea.

Resta fermo che, a prescindere dall'opera di coordinamento che verrà effettuata in sede di emanazione dei decreti delegati, l'abuso del diritto continua ad essere dominato da concetti giuridicamente poco rigorosi e "malleabili", che aprono la strada a valutazioni concrete rispetto ad un quadro normativo che, in astratto, non offre alcuna certezza.

Certo, non si tratta di concetti nuovi nell'ordinamento: si pensi alla "non scarsa importanza" dell'inadempimento che determina la risoluzione del contratto ai sensi dell'art. 1455 cod. civ., da valutare dal Giudice su un piano concreto e fattuale.

Tuttavia, in una materia in cui vige il principio di legalità e non dovrebbero esserci margini di incertezza, viene lasciato all'amministrazione finanziaria e al Giudice tributario il potere di valutare in fatto la "prevalenza" e la "non marginalità" delle ragioni, fiscali ed extrafiscali, dell'operazione.

Tutto ciò, in un sistema processuale che vede ormai escluso l'accesso al sindacato di legittimità innanzi alla Cassazione con riguardo alla motivazione delle sentenze di merito (sappiamo che la Corte si è recentemente pronunciata a favore dell'applicabilità della nuova formulazione dell'art. 360, comma 1, n. 5, cod. proc. civ. anche all'impugnazione delle sentenze tributarie, escludendo in tal modo la censura per insufficiente o contraddittoria motivazione).

3. Definizione della condotta abusiva.

Il problema fondamentale rimane, anche dopo la legge delega, quello di individuare i contorni della condotta abusiva, definita come «uso distorto di strumenti giuridici idonei ad ottenere un risparmio d'imposta senza violazione di disposizioni di legge», con la precisazione che «lo scopo di ottenere indebiti vantaggi fiscali deve costituire causa prevalente dell'operazione» (mi permetto di sottolineare che la norma parla “impropriamente” di vantaggi fiscali “indebiti”, visto che il carattere “indebito” del vantaggio fiscale è il risultato della valutazione finale dell'amministrazione finanziaria o del Giudice, e non un requisito della condotta abusiva) e con l'ulteriore precisazione che non ricorre una condotta abusiva «se l'operazione è giustificata da ragioni extrafiscali non marginali».

Tutto ciò, in base alla premessa che al contribuente è, in via generale, garantita la scelta tra diverse operazioni comportanti un diverso carico fiscale.

Francamente, non pare che il contribuente abbia tutta questa libertà, ma – anzi – sembra che gli venga “caldamente suggerito” di porre in essere, sempre e comunque, l'operazione fiscalmente più onerosa (al limite neutra) al fine di evitare contestazioni da parte dell'amministrazione finanziaria. Questo avviene già nella pratica, in quanto risulta frequente che, per fini prudenziali, le imprese scelgano l'operazione fiscalmente più gravosa.

La “fluidità” dei concetti quantitativi di “prevalenza” e “non marginalità” determina, difatti, un quadro normativo tutto fuorché chiaro in ordine al concetto di “condotta abusiva”, aprendo il fianco ad apprezzamenti in fatto i cui esiti dipendono dal grado di preparazione degli operatori coinvolti e, in ultima analisi, dalla valutazione discrezionale dell'amministrazione finanziaria e del Giudice tributario.

Non esiste un criterio oggettivo, dal momento che l'art. 5 della legge delega non fa che riproporre la massima della Cassazione, con tutti i suoi limiti derivanti dalla impossibilità di riconoscere, in via preventiva, quale condotta sia abusiva e quale non lo sia, in un contesto ove prevale la valutazione discrezionale in ordine alla “sostanza economica” dell'operazione.

La soluzione è quella di privilegiare i principi formulati dalla Commissione Europea, che paiono, nella loro visione “qualitativa”, più certi e maggiormente in linea con la necessità di salvaguardare la libertà economica.

Anche perché la Raccomandazione incoraggia gli Stati Membri ad adottare lo stesso approccio generale nei confronti della pianificazione fiscale aggressiva, sicché appare auspicabile che il concetto di abuso – proprio perché nasce in ambito europeo e trova la sua

sede applicativa anche nei fenomeni abusivi internazionali – venga ricondotto dal legislatore delegato ai criteri e ai principi espressi dalla Commissione Europea.

4. Garanzie procedimentali.

Quanto ai profili applicativi, va condivisa la legge delega laddove prevede la «garanzia di un efficace contraddittorio con l'amministrazione finanziaria», l'obbligo di motivazione dell'accertamento a pena di nullità e l'onere probatorio in capo alla stessa amministrazione finanziaria.

Si tratta di aspetti che in realtà sembravano ovvii già in assenza della delega e ricavabili in via interpretativa mediante l'estensione analogica delle disposizioni già esistenti sia in ordine alla motivazione degli atti sia con riguardo al contraddittorio preventivo previsto dall'art. 37-bis, D.P.R. n. 600/1973 per le ipotesi antielusive (è noto che l'analogia è pacificamente ammessa per le norme applicative e per le garanzie procedimentali).

Tuttavia, non c'è nulla di ovvio nel nostro Paese.

Si pensi che la Cassazione ha creato la figura dell'abuso del diritto (questa sì, frutto di un'interpretazione che si pone in contrasto con il divieto dell'analogia delle norme impositive e con il principio di legalità) e ha ritenuto che nelle ipotesi di abuso non fosse necessaria alcuna garanzia procedimentale (anzi, trattasi di questione rilevabile d'ufficio). Dopodiché, ha “ribaltato” le carte in tavola, sollevando la questione di legittimità costituzionale proprio dell'art. 37-bis, D.P.R. n. 600/1973 nella parte in cui, diversamente a quanto previsto (in via giurisprudenziale) in tema di abuso del diritto, prevede la necessità del preventivo contraddittorio con l'amministrazione finanziaria.

Insomma, la giurisprudenza ha “creato” una nuova fattispecie impositiva in violazione del principio di legalità, ha stabilito che in relazione ad essa non vi è l'obbligo del contraddittorio preventivo ed ora addirittura pretende di estendere l'assenza dell'obbligo del contraddittorio in relazione alle fattispecie antielusive previste espressamente dall'art. 37-bis, D.P.R. n. 600/1973, rispetto alle quali l'omissione del contraddittorio è sanzionata con la nullità dell'atto impositivo.

La Corte Costituzionale dovrebbe occuparsi di ben altre questioni.

Fortunatamente, a seguito della legge delega almeno il rischio della declaratoria di incostituzionalità del contraddittorio obbligatorio previsto dall'art. 37-bis dovrebbe essere scongiurato, visto che anche in materia di abuso del diritto ne è ora sancita l'obbligatorietà.

Ma non alimentiamo speranze prima del tempo!

Quanto al contenuto della prova a carico dell'amministrazione finanziaria, ritengo che i principi della delega siano perfettamente condivisibili, anche se – come già accaduto con l'art. 37-bis – vi è il rischio che rimangano disattesi da parte di una giurisprudenza che sovente interpreta in modo riduttivo l'onere a carico degli enti impositori, sia in punto di motivazione dell'accertamento, sia con riguardo al profilo probatorio.

Visto l'alto grado di discrezionalità che caratterizza gli accertamenti basati sull'abuso del diritto, incentrati su valutazioni economiche complesse, sarebbe stato invece opportuno, a mio avviso, confermare espressamente la previsione di cui all'art. 37-bis, comma 6, D.P.R. n. 600/1973, la quale stabilisce che per gli accertamenti antielusivi la riscossione di imposte, interessi e sanzioni debba avvenire solo a seguito della sentenza di primo grado.

In tal modo, sarebbe garantito un vaglio della pretesa da parte di un organo terzo ed imparziale, prima di procedere alla riscossione rispetto ad accertamenti caratterizzati da un alto grado di incertezza.

Sarebbe auspicabile che i decreti attuativi prevedano, in ipotesi di abuso del diritto, che la riscossione possa essere effettuata solo dopo la pronuncia di primo grado.

5. Abuso del diritto e sanzioni.

Quanto alle sanzioni amministrative e penali, l'art. 8 della legge delega ha il pregio di affrontare la questione della punibilità dei comportamenti fiscali abusivi (come ben sappiamo, una delle più problematiche).

La delega ha stabilito, quanto alle sanzioni penali, che il Governo è delegato ad «individuare i confini tra le fattispecie di elusione e quelle di evasione fiscale e delle relative conseguenze sanzionatorie».

Prima conseguenza: l'elusione o abuso del diritto (i due termini sono ormai considerati sinonimi, come dimostra la rubrica dell'art. 5 della delega “abuso del diritto ed elusione fiscale”) ha rilevanza penale, ma le relative fattispecie dovrebbero essere punite in maniera meno severa rispetto alle condotte evasive (in realtà la delega non lo dice, ma sembra l'unico significato logico attribuibile rispetto alla previsione delle “relative conseguenze sanzionatorie” di evasione ed elusione).

Seconda conseguenza: l'introduzione di specifiche ipotesi delittuose (come delitti autonomi o come forme circostanziate dei reati già previsti dal D.Lgs. n. 74/2000) per le condotte di

elusione, determina, in virtù del principio di irretroattività della legge penale sfavorevole e di retroattività di quella favorevole al reo, che le condotte elusive commesse prima dell'entrata in vigore dei decreti delegati non saranno punibili, o quantomeno saranno punite in forza della normativa sanzionatoria più favorevole che verrà adottata.

La delega, sotto tale profilo, traccia una via abbastanza delineata (chiarire i confini tra evasione ed elusione e differenziare il trattamento sanzionatorio), ma i problemi di fondo rimangono sempre quelli della definizione del concetto di "abuso del diritto", che portano ad un'incertezza che, in materia penale, assume particolare rilevanza, considerato il principio di stretta legalità e di precisione della norma penale.

Non è infatti chiaro cosa si intende per "fattispecie di elusione", se tali debbano cioè intendersi quelle di "abuso del diritto" di cui all'art. 5 della legge delega, ovvero quelle di elusione codificata di cui all'art. 37-bis, D.P.R. n. 600/1973 ovvero entrambe (come a me pare).

Sul punto, gli ordinamenti stranieri (su cui mi soffermerò brevemente prima di concludere) tendono a distinguere nettamente tra fattispecie elusive rilevanti sul piano sanzionatorio (in specie penale) e fattispecie elusive rilevanti soltanto sul piano impositivo, mentre non è chiaro se la legge delega voglia uniformare, sotto il profilo sanzionatorio penale, tutte le forme di elusione-abuso, ovvero riferirsi ad una nozione di "elusione" diversa da quella dettata dalla clausola anti-abuso.

La situazione è ancora più incerta con riguardo alle sanzioni amministrative, visto che la delega si limita a stabilire genericamente che le stesse dovranno essere commisurate secondo principi di "proporzionalità" ed in base alla gravità dei comportamenti, sicché la distinzione tra "evasione" ed "elusione" rileverebbe esclusivamente ai fini della modulazione quantitativa della sanzione.

Sul punto, il Governo dovrà lavorare, perché il profilo sanzionatorio, che richiede maggiore attenzione e garanzie, è quello che sulla base della legge delega è il più incerto e carente.

6. L'abuso del diritto negli ordinamenti stranieri.

Concludo illustrando brevemente cosa accade negli altri Paesi, perché è importante affrontare questo tentativo di codificazione dell'abuso del diritto con la mente aperta e lo sguardo rivolto all'estero.

Gli approcci di contrasto ai comportamenti fiscali abusivi adottati nei vari ordinamenti possono essenzialmente essere divisi in due gruppi.

Un primo gruppo è costituito da ordinamenti (quali la Danimarca, la Norvegia e gli Stati Uniti d'America) che non hanno codificato nel proprio ordinamento una disposizione antielusiva generale: il contrasto all'elusione, in tali ordinamenti, viene effettuato attraverso interpretazioni antielusive.

Tra i principali paesi occidentali rileva evidenziare il percorso evolutivo riscontrabile nella Gran Bretagna, che aveva inizialmente assunto un approccio "formalistico", contrastando i fenomeni abusivi con specifiche disposizioni (più di 300 clausole antielusive).

Tale approccio è stato modificato nei primi anni '80, nel senso di contrastare l'elusione mediante l'interpretazione antielusiva della legge tributaria; ciò fino a quando, con il *Finance Act* del 2013, è stata introdotta anche nel Regno Unito una specifica clausola generale antiabuso.

Il secondo gruppo di Paesi, quello più certamente numeroso (Australia, Nuova Zelanda, Hong Kong, Sud Africa, Irlanda, Canada, Svezia, Germania, Spagna), si caratterizza per la presenza di una norma generale antiabuso, spesso dettata in risposta ad un approccio "garantista" da parte delle Corti tributarie nella gestione dei casi elusivi. L'Australia, in tale ambito, si è mossa per prima, approvando una disposizione antielusiva generale fin dal 1915; in Svezia, la disposizione antielusiva generale è stata emanata nel 1981; in Canada, la combinazione di una tradizione interpretativa restrittiva e l'assenza di giurisprudenza basata su dottrine antiabuso, hanno portato, nel 1988, all'emanazione di una clausola espressa.

Passando velocemente in rassegna le economie emergenti, Paesi come India e Cina hanno inserito una serie di clausole antielusive che rafforzano i poteri delle amministrazioni fiscali nella lotta contro la pianificazione fiscale aggressiva; vista la tendenza in atto al consolidamento di una clausola ad ampio raggio e maggiormente incisiva, ordinamenti storicamente all'avanguardia in materia di clausole antiabuso generali, come l'Australia o la Nuova Zelanda, dopo aver constatato i limiti delle proprie disposizioni antielusive, stanno rivedendo le loro legislazioni.

Nel tentativo di fornire una panoramica delle principali caratteristiche della clausola antiabuso, rileva evidenziare che non esiste un modello uniforme sebbene, nella quasi totalità delle clausole introdotte nei vari ordinamenti, sia possibile ravvisare degli elementi comuni.

Il più importante è la facoltà, per l'amministrazione finanziaria, di riqualificare o disconoscere la fattispecie elusiva al fine di ricondurla all'effettiva sostanza economica in modo tale da tassare il contribuente sulla base dell'operazione ricostruita *ex post* dall'amministrazione medesima.

Tutte le cd. GAAR (*General Anti Abuse Rule*, clausole antiabuso) contengono infatti elementi in base ai quali viene ripristinata la tassazione "ordinaria" dell'operazione, cancellando i benefici fiscali conseguiti per mezzo dell'operazione abusiva.

Il fondamento per rideterminare le conseguenze fiscali delle operazioni abusive è, per i Paesi di *civil law* (si pensi alla Spagna), la categoria della "frode alla legge", mentre per quelli di *common law* (Australia, Nuova Zelanda, Sudafrica, Stati Uniti) il costante riferimento alla "dottrina della sostanza economica" (*economic substance doctrine*), che dà risalto all'effettiva sostanza dell'operazione.

Relativamente al beneficio o vantaggio fiscale ritratto dall'operazione, esso rileva se costituisce lo scopo unico (Brasile, Francia), predominante (Australia) o principale (Sud Africa) dell'operazione.

In alcuni ordinamenti, quali gli Stati Uniti d'America, l'assenza di uno scopo commerciale è invece pre-requisito per l'applicazione della clausola antielusiva; altri Paesi, inoltre, prevedono un approccio "intenzionale" (Canada, Sud Africa, India), valorizzando la buona fede degli operatori e, in tal senso, avvicinando l'abuso a forme di "frode alla legge", per cui la clausola opera solo se vi è l'intenzionalità elusiva della condotta.

7. Abuso e certezza del diritto.

Ciò che emerge negli altri ordinamenti (in particolare quelli che permettono l'applicazione della clausola antiabuso laddove manchi la "sostanza economica dell'operazione" e sia presente l'intenzionalità della condotta elusiva) è la forte attenzione alla certezza del diritto alla conoscibilità della legge e alla prevedibilità delle conseguenze giuridiche, quali valori rispetto ai quali l'interesse fiscale deve sempre cedere il passo: l'abuso del diritto deve essere definito con precisione, perché altrimenti la certezza dei rapporti giuridici e la stessa "credibilità" dell'ordinamento viene a mancare.

E' proprio questa attenzione ai valori fondamentali dell'ordinamento e al rispetto dei ruoli istituzionali che ha condotto il Consiglio Costituzionale francese a dichiarare

l'incostituzionalità della modifica alla norma antiabuso approvata con la legge finanziaria del 2013 (sentenza n. 685 del 29 dicembre 2013).

Il Parlamento francese aveva sostituito la vecchia formulazione della legge – che identificava come abusiva la condotta rivolta “all’esclusivo scopo di eludere o ridurre l’onere fiscale” – allargando le maglie dell’abuso a tutti i casi in cui l’elusione costituisse “motivo principale” della condotta.

Il Consiglio costituzionale ha dichiarato l’illegittimità della modifica perché la nuova formulazione conferiva un «margine di apprezzamento importante all’amministrazione finanziaria», in contrasto ai superiori principi che impongono al legislatore di «adottare disposizioni di legge sufficientemente precise e norme non equivoche al fine di proteggere le persone da interpretazioni contrarie alla Costituzione o dal rischio di arbitrio, senza che si debba riversare sulle autorità amministrative o giudiziarie il compito di creare regole, compito che la Costituzione assegna alla legge».

Ci si chiede cosa direbbe la Corte francese in merito alla nostra legge delega: “Causa prevalente”, “Ragioni extrafiscali non marginali”, “Uso distorto”, “Vantaggio Indebito”... i confini dell’abuso sono tracciati da un coacervo di termini linguistici fluidi e di portata incerta, che mettono in pericolo la certezza del diritto.

Concludo ricordando Allorio e il suo insegnamento sul rispetto del rigore del linguaggio giuridico, che dovrebbe costituire punto di riferimento comune, anche culturale, di tutti gli operatori del diritto. Senza rigore del linguaggio giuridico il diritto diventa incerto, l’incertezza si trasforma in arbitrio e si apre la strada alla “abusiva” interpretazione del diritto.

L'EVOLUZIONE STORICA DELLA VIGILANZA IN ITALIA*

di Marilena Rispoli Farina*

<< “Papà, spiegami allora a cosa serve la storia” Così un giovinetto, che mi è molto caro, interrogava, qualche anno fa, uno storico. Del libro che si leggerà, vorrei poter dire che è la mia risposta>>

(Marc Bloch, *Apologia della storia, Introduzione*)

ABSTRACT

Il processo di revisione delle regole e dei controlli a cui è stato dato avvio a seguito della crisi finanziaria ha impresso importanti cambiamenti al quadro normativo.

In questo contesto di cambiamenti di portata epocale, va sottolineata la lungimiranza del legislatore italiano nell'aver costruito, nel corso degli anni, un impianto normativo all'avanguardia.

Nel presente lavoro, al fine di cogliere le opportunità e i rischi del profondo processo di modificazione in atto, è sorto pertanto lo stimolo per ripercorre le fasi principali, le motivazioni sottostanti, le finalità che hanno accompagnato, nel nostro paese, l'evoluzione della vigilanza bancaria, a partire dalla legge bancaria del '36 fino ai nostri giorni.

The process of reviewing the rules and controls that have been initiated as a result of the financial crisis has given important changes to the regulatory framework.

In this context of epochal changes, should be emphasized the foresight of the Italian legislature in having built, over the years, a regulatory system abreast of the times.

In this paper, in order to seize the opportunities and risks of the profound process of change taking place, was born therefore the incentive to retrace the main steps, the underlying reasons, the purposes that have accompanied, in our country, the evolution of banking supervision, as of the Banking Act of '36 until today.

ABSTRACT

In inglese

SOMMARIO: 1.Premessa. – 2. Continuità o frattura nelle leggi sulla “Tutela del risparmio”. – 3. La riforma bancaria del '36. – 4. L'evoluzione del sistema dei controlli. – 5. L'affermarsi del modello della “banca universale”. – 6. Uno sguardo al presente.

1. Premessa.

La lezione di Franco Belli è la lezione della storia e di come la storia sia strumento indispensabile di conoscenza per spiegare la realtà presente¹.

Sulle vicende storiche che hanno accompagnato la formazione della legislazione italiana in materia bancaria e finanziaria Franco Belli si è soffermato in numerosissimi saggi², raccolti in particolare negli “Appunti per un corso di legislazione bancaria”³. Il testo, con il passare degli anni, si è arricchito di nuovi elementi grazie ad una continua rivisitazione e aggiornamento della materia bancaria, che nel contempo si andava accrescendo, fino a culminare nella più recente edizione del 2010⁴, recante la dizione definitiva di “Corso di legislazione bancaria”.

Sul tema della vigilanza, con particolare riguardo alla vigilanza bancaria, Franco Belli ci ha regalato contributi di estrema raffinatezza, che denotano profonda conoscenza delle vicende storiche, economiche e politiche che hanno accompagnato la formazione della disciplina bancaria italiana, nonché dell’intenso dibattito che sia in sede giuridica che economica ne ha segnato le tappe.

Da queste pagine emerge una profonda cultura⁵, che sa coniugare i profili più squisitamente tecnici degli istituti con l’approfondimento storico⁶, come del resto denotano

Il testo riproduce la Relazione al Convegno “Sistema creditizio e finanziario: problemi e prospettive”, Convegno in Ricordo di Franco Belli, Siena, Aula Magna del Rettorato, 9 e 10 Maggio 2013.

*Ordinario di Diritto Commerciale presso Università degli Studi di Napoli “Federico II” Dipartimento di Giurisprudenza

¹ Marc Bloch sostiene che la storiografia analizza <<il passato in funzione del presente e il presente in funzione del passato>>. Lo storico non è solamente uno studioso dedito a ricerche del passato che non hanno alcuna utilità nella società contemporanea: il <<recupero della memoria>> è per Bloch un punto di riflessione importante per ogni società, che da una migliore conoscenza del passato potrà meglio risolvere i problemi del presente. Il rinvio è a M. BLOCH, *Apologie pour l'histoire ou Métier d'historien*, opera incompiuta del 1949, ed. italiana *Apologia della storia o mestiere di storico*, traduzione di G. Gouthier, Einaudi, Torino, 2009.

² Tra i primi, *Legge bancaria e politica del credito*, in *Impresa, ambiente e pubblica amministrazione*, 1975, 537 ss.

³ *Appunti per un corso di legislazione bancaria*, Anno accademico 2002-2003, dispense varie, Università di Siena, Facoltà di Economia R.M. Goododwin.

⁴ *Corso di legislazione bancaria*, Tomo I, Firenze, Pacini Editore, 2010.

⁵ Il termine ha varie accezioni. Per cultura assumiamo il concetto moderno (e più corrente) che identifica il bagaglio di conoscenze e di pratiche acquisite ritenute fondamentali e che vengono trasmesse di generazione in generazione. In latino *cultus*, venne a indicare non solo il coltivare, il far crescere, ma anche la cura in generale per qualcosa, e in senso specifico tanto il servizio religioso verso gli dei, quello cioè che tuttora chiamiamo culto, quanto la coltivazione degli esseri umani, in particolare dei giovani, cioè la loro educazione.

⁶ Come si può non ricordare l’importante *Agli origini della istituzioni capitalistiche in Italia. Il sindacato governativo sulle società commerciali e gli Istituti di credito*, (1866-1869) redatto con A. SCIALOJA, in *Riv. Trim. Dir. Pub.*, 1972, 1514.

anche altri studi, sulla nozione di banca⁷, sui servizi⁸, sulla Banca centrale europea⁹, sulle crisi finanziarie¹⁰.

Bisogna anche aggiungere che della formazione culturale acquisita Franco Belli è stato testimone, sia nella veste di appassionato ricercatore che di maestro attento a trasmettere ai suoi studenti – i tanti che negli anni hanno frequentato il bellissimo Chiostro di San Francesco che ospita la Facoltà di Economia di Siena “Richard Goodwin” – il bagaglio delle sue conoscenze e il “gusto” per lo studio e la ricerca. Del resto, come ebbe a dire Hannah Arendt, <<L’insegnante è il testimone del mondo>>.

La storia quindi come metodo, come approccio alla ricerca giuridica, è il fondamentale messaggio che Franco Belli ci ha trasmesso e che i suoi allievi, ancora sgomenti per la sua precoce scomparsa, sono intenzionati a raccogliere e a portare avanti.

Raccolgono il messaggio anche i tanti studiosi, giovani e meno giovani, che hanno offerto a Franco Belli le loro riflessioni, perché ne hanno condiviso il percorso culturale, l’esperienza di ricerca e di insegnamento e l’amicizia, offerta senza alcuna parsimonia.

2. Continuità o frattura nelle leggi sulla “Tutela del risparmio”.

Nell’affrontare il tema della vigilanza bancaria, nei suoi sviluppi più moderni, si possono prendere le mosse dal saliente passaggio dalla legge bancaria del 1926 a quella del 1936, che segna il tramonto della banca “mista”¹¹, vale a dire del modello operativo di banca che aveva avuto un ruolo determinante nello sviluppo economico italiano a partire dall’inizio del Novecento, e l’introduzione della modello della banca “specializzata”. Al mutare del modello di banca, fa da contraltare l’introduzione di un diverso modello di vigilanza.

L’idea che la banca “mista” in Italia avesse esaurito il suo ruolo si era già fatta strada alla fine degli anni Venti, dopo le ripetute crisi che l’avevano investita¹². Non di facile soluzione il problema dei compiti ridefiniti da assegnare a questi organismi e della predisposizione di strutture che potessero sostituirli. Molto più vivace in proposito era stato il dibattito che si era sviluppato dopo il salvataggio operato, nel 1907, della Società Bancaria Italiana, che aveva impiegato in operazioni di riporto, costituzioni di società e finanziamenti ad imprese operanti nel settore manifatturiero una percentuale considerevole dei depositi raccolti tra la clientela, e

⁷ *Teorie creditizie e legislazione bancaria*, in M. RISPOLI FARINA (a cura di) *La nuova legge bancaria*, Jovene, Napoli, 1995, 73.

⁸ *I servizi*, in ANGELICI, F. BELLI, M. PORZIO e M. RISPOLI FARINA, *I contratti delle banche*, UTET libreria, Torino, 1988.

⁹ F. BELLI e V. SANTORO, *La banca centrale europea*, Milano Giuffrè, 2003

¹⁰ F. BELLI, G. MINERVINI, A. PATRONI GRIFFI e M. PORZIO (a cura di), *Banche in crisi (1960-1985)*, Laterza, Roma-Bari 1987.

¹¹ F. BELLI, *Corso*, cit., 116-118, analizza il modello della banca mista “alla tedesca”.

¹² Sulle funzioni della banca mista e sui progetti di riforma cfr. G. MIRAULO, *Ordinamento bancario e tutela del risparmio*, Tipografia delle Mantellate, Roma, 1927. Sui provvedimenti normativi del 1926, diretti alla «tutela del risparmio» cfr., da ultimo F. BELLI, *Le leggi bancarie del 1926 e del 1936-38*, in *Banca e industria tra le due guerre*, II, Il Mulino, Bologna, 233, ove un’ampia panoramica della legislazione di riassetto del settore creditizio emanata prima del 1936.

che non era più in grado di restituirli per gli effetti disastrosi che la depressione mondiale comportò sul complesso del sistema industriale italiano¹³. Si affermò, allora, in più sedi, la necessità di una «divisione del lavoro tra le banche) che sostanzialmente volevano fare di tutto, e finanziarie ogni tipo di impresa industriale, per conseguire più utili.

Di qui una serie di proposte miranti ad evitare quegli «investimenti che potessero trasformarsi in immobilizzazioni di durata indefinita o indefinibile», culminanti nella creazione di «organismi speciali destinati a soddisfare le esigenze finanziarie delle industrie», che fu uno dei temi di maggior rilievo del primo congresso dell'Assonime, tenuto a Torino nel 1911.

Nel successivo biennio, la *Rivista delle società commerciali* fu teatro di un acceso confronto tra i sostenitori di un progetto predisposto dall'industriale cotoniero Cantoni, imperniato sulla costituzione di un organismo che operasse esclusivamente nel comparto del Credito mobiliare, con il compito di concedere mutui a medio-lungo termine al settore industriale cotoniero, provvedendo alla raccolta attraverso l'emissione di nuove obbligazioni, coperte da garanzie reali¹⁴. All'idea di creare istituti specializzati per gruppi di industrie, da conformare sulla falsariga della normativa del credito fondiario, si opponeva l'opportunità di predisporre un unico istituto per l'industria¹⁵ che godesse delle stesse agevolazioni del credito fondiario, ma che operasse con proprie obbligazioni «in rappresentanza di quelle da esso possedute in portafoglio ed emesse dalle società finanziate».

Un sistema più articolato quindi, che consentiva di ridurre i rischi nella concessione dei crediti, e superare i limiti imposti dalle norme del Codice di Commercio alle società anonime in tema di emissioni di obbligazioni¹⁶, al quale tuttavia si preferiva, comunque, un unico istituto, che emettesse obbligazioni in via diretta, in base a espresse disposizioni legislative, e potesse effettuare non solo mutui alle imprese contro garanzia reale sugli impianti, ma anche «consentire prestiti contro garanzia delle annualità dovute ad imprese industriali dal Governo e da corpi locali»¹⁷.

È a queste proposte che certamente bisogna riferirsi per ritrovare gli antecedenti, in primo luogo, del CREDIOP, del Credito alla cooperazione, dello ICIPU, del Credito Navale, che verranno realizzate negli anni Venti, e a cui in particolare Alberto Beneduce, personaggio di primo piano nel panorama economico e politico dell'epoca¹⁸, imprimerà il marchio di una

¹³ F. BONELLI, *La crisi del 1907. Una tappa dello sviluppo industriale italiano*, Fondazione Einaudi, Torino, 1971.

¹⁴ *Rivista delle società commerciali*, nelle annate 1911-12; in particolare, *Il credito industriale*, editoriale della *Rivista*, I, n. 2, luglio 1911, che è riportato in C. PACE e G. MORELLI (a cura di), *Origini e identità del credito speciale*, in, Franco Angeli, Milano, 1983, 36 ss.

¹⁵ Op. ult. cit., 47.

¹⁶ L'art. 171 limitava la facoltà delle Società di emettere obbligazioni, commisurandola al capitale esistente in base all'ultimo bilancio approvato.

¹⁷ V. il commento al dibattito nell'introduzione di G. MORELLI, in *Origini e identità del credito speciale*, cit., 11 ss.

¹⁸ Sulla figura di Alberto Beneduce si veda IRI, *ATTI della giornata di studio per la celebrazione del 50° anniversario dell'istituzione dell'IRI*. Caserta, 11 novembre 1983. Contributi di ARMANI, AVAGLIANO, BARATTABARONE, BONELLI, BOTTIGLIERI, CASSESE, CESARINI, DENITTO,

soluzione eclettica: «pubblica», nella forma, «privata», in un certa misura, nelle modalità operative.

Soluzione che, da chi come Alfredo De Gregorio affrontava il problema delle crisi bancarie nell'ottica della tutela dei depositi, nella seconda metà degli anni Venti, appariva «importante», ma destinata a far rinunciare del tutto ai vantaggi «conseguiti a favore delle industrie con il sistema della banca mista», mentre appariva probabilmente più mediata «la distinzione, nell'ambito delle banche, di una sezione di deposito e una di credito mobiliare dotate di autonomia giuridica e contabile. La prima da destinare ad impieghi di attività «rapidamente realizzabili», la seconda nelle varie operazioni di credito mobiliare (e tra cui «acquisto e vendita di titoli, partecipazioni finanziarie in genere ovvero un complesso di operazioni implicanti una più o meno accentuata immobilizzazione, che non potevano compiersi con il denaro dei depositanti»¹⁹).

La legge bancaria del 1926, dedicata alla “tutela del risparmio”, fu quindi preceduta da un intenso dibattito sui benefici della banca “mista” e sull'opportunità di modificarne l'assetto. Alcune proposte di riforma, quali il progetto Tucci e l'autorevole opinione di Alfredo De Gregorio²⁰, si limitavano ad offrire alcuni temperamenti al sistema di tipo garantistico²¹; timido anche l'accento a creare un Istituto con capitale pubblico privato, per fronteggiare le perdite dei depositanti²². L'idea, avanzata da alcuni, di attuare una divisione tra banche di deposito e banche di credito mobiliare, veniva considerata poco opportuna per lo sviluppo industriale.

Di tali incertezze porta il segno la legge bancaria del 1926, che a sua volta si inquadra in un complesso di provvedimenti voluti dal regime fascista per attuare una politica di difesa monetaria e di stabilizzazioni della lira²³, ed era ispirato ad una logica deflattiva.

La legge introduceva il sistema dell'autorizzazione alla costituzione dell'impresa bancaria, all'inizio delle operazioni e per l'apertura di sedi e filiali, nonché nei procedimenti di fusione tra banche, nell'ottica di favorire le concentrazioni per rafforzare il sistema bancario minato dalle crisi che iniziavano a manifestarsi sempre più frequenti. Fissava, inoltre, limiti di capitale,

FEDERICI; GALOTTA, GUARINO, LONGO, MELIS, MELOGRANI; PADULO, PIGA, PRODI, RISPOLIFA RINA, SARACENO, VILLARI. ED INDUSTRIA, Roma, 1983.

¹⁹ V.A. DE GREGORIO, *Prolusione al corso di scienza bancaria*, tenuta all'Università di Roma nel 1925, in *Archivio Giuridico*, 1926, 234. Era questo il cosiddetto sistema «gemellare» già attuato, si diceva con scarso successo in Francia, e riproposto nel 1918 dal Progetto Ciuffelli in Italia.

Com'è noto, attraverso le Sezioni speciali o Autonome (oltre che in altre forme) è poi avvenuto lo «sconfiamento» delle attività delle aziende di credito nel medio e lungo termine. Cfr., in proposito, S. SIGLIANTI, *Separazione e integrazione tra credito a breve e credito a medio e lungo termine*, in *Bancaria*, 1957, e G. OPPO, *Sull'autonomia delle Sezioni di credito speciale*, in *B.B.T.C.*, 1979, I, 1 ss.

²⁰ V.A. DE GREGORIO, *Prolusione al corso di scienza bancaria*, cit., 234.

²¹ Si proponeva di creare un Fondo comune di garanzia dei depositanti, di tipo assicurativo, sulla falsariga di esempi statunitensi, già operanti, da utilizzare in ipotesi di fallimento delle banche.

²² Il dibattito sulle esigenze di “tutela del risparmio” era assai vivo, fin dall'inizio del secolo. Uno dei maggiori paladini fu Cesare Vivante. Per ampi riferimenti F. BELLÌ, *Corso di Legislazione bancaria*, cit., 128.

²³ Il clima politico ed economico del momento emerge dal discorso di Pesaro di Mussolini, riportato in R. DE FELICE (a cura di), *Mussolini il duce. Gli anni del consenso (1929-36)*, Einaudi, Torino, 1974, 426.

diversificati a seconda della forma giuridica prescelta e dell'ambito geografico di attività²⁴, e affidava l'esercizio dei nuovi poteri al Ministero delle Finanze, sentito il parere della Banca d'Italia, istituto che con altro e contestuale provvedimento era nel contempo divenuta Unico Istituto di emissione. La legge non introduceva divieti alla possibilità di detenere azioni in imprese industriali, né di operare investimenti a medio e lungo termine, ma sanciva la necessità di osservare una proporzione tra patrimonio e depositi.

Nei confronti di questo primo significativo intervento normativo, il Giannini scriverà che le leggi del 1926 sanciscono l'intervento dello Stato al fine di prevenire il danno derivabile da un esercizio <<sregolato>> dell'attività creditizia²⁵, a differenza dei successivi provvedimenti emanati tra il 1936 e 1938 (la cd. legge bancaria), che introducono invece la <<possibilità di indirizzare il credito>>²⁶.

Illuminante e conciso il giudizio sul mutamento di ottica tra la legge del '26 e quella del '36, ma il passaggio tra le due leggi non è stato indolore, né poi di facile interpretazione.

A parte la constatazione, mai sufficientemente indagata, della sostanziale inapplicazione della legge del '26²⁷, la quale avrebbe dovuto almeno temperare, se non eliminare, i guasti della eccessiva commistione banca-industria, vi è da ricordare che le grandi banche proseguirono la loro politica di acquisizione delle azioni di società industriali da loro medesime contemporaneamente finanziate. Il sopraggiungere degli effetti della crisi del '29 trovò, dunque, il nostro sistema impreparato e il crollo dei valori delle azioni industriali si riflesse inesorabilmente sui bilanci bancari, imponendo allo Stato di intervenire, come in molte altre occasioni precedenti, in soccorso delle banche²⁸.

Come è stato accertato, attraverso indagini storiche condotte su fonti di archivio²⁹, l'intervento legislativo dello Stato fu preceduto da un complesso di interventi, costituiti da *Accordi* tra lo Stato e le tre grandi banche maggiormente colpite dalla crisi: la Commerciale, il Banco di Roma, il Credito Italiano, con i quali le banche si impegnavano, a fronte dell'intervento di risanamento finanziario, ad astenersi dai finanziamenti a medio a lungo

²⁴ F. BELLI, *Corso di Legislazione bancaria*, cit., 133.

²⁵ M.S. GIANNINI, *Osservazioni sulla disciplina della funzione creditizia*, in *Scritti giuridici in onore di Santi Romano*, vol. II, Cedam, Padova, 1939, 726.

²⁶ Così ancora M.S. GIANNINI, *Osservazioni sulla disciplina della funzione creditizia*, cit., 709, secondo cui <<Fine immediato dello Stato è l'ottimo impiego del credito>>.

²⁷ Da addebitare a impreparazione alle nuove funzioni da parte della Banca d'Italia e riluttanza dello stesso Stringher. Così A. LYTTTELTON, *The Seizure of power. Fascism in Italy 1919-1929*, London, Weinfeld & Nicolson, 1973, trad. it., *La conquista del potere. Il fascismo dal 1919 al 1929*, Bari, Laterza 1973, 584, nt 132.

²⁸ Tra gli studi più recenti P. PECORARI, *Crisi e scandali bancari nella storia d'Italia*, Istituto veneto di Scienze, lettere e arti, 2006.

²⁹ L. VILLARI, *Il capitalismo italiano del novecento*, Laterza, Bari, 1972, 313-327; M. RISPOLI FARINA, *Il controllo sull'attività creditizia; dalla tutela del risparmio al dirigismo economico*, in M. PORZIO (a cura di), *La legge bancaria. Note e documenti sulla sua storia segreta*, Il Mulino, Bologna, 1981, 91.

termine e a ridurre gli immobilizzi nei confronti delle imprese industriali attenendosi al «cauto esercizio» del credito commerciale (*rectius* del credito a breve)³⁰.

Le complesse operazioni di “ingegneria finanziaria” che furono portate a termine per smobilizzare le banche holding e riportarle all’esclusivo «cauto esercizio del credito commerciale», inibendo loro con le Convenzioni del 1934 qualsiasi operazione che potesse concretarsi in un immobilizzo nel settore industriale, e la predisposizione di una struttura che risultasse adeguata alle esigenze del credito mobiliare (IMI) portano, infatti, l’impronta di Alberto Beneduce³¹.

Indizi e testimonianze³² concordano nell’attribuirgli un ruolo fondamentale anche nella preparazione della cosiddetta «legge bancaria» cioè nella serie di provvedimenti che costituiscono la formalizzazione, sul piano giuridico, del nuovo assetto dato al settore creditizio dopo l’intervento dell’IRI, e che consentono un intervento, in via amministrativa, sul complesso degli enti creditizi, nelle varie fasi dell’attività dell’impresa bancaria (costituzione, esercizio, momenti patologici) al fine di controllarne il corretto funzionamento e indirizzarne l’attività.³³

3. La riforma bancaria del '36.

Che le leggi su «La difesa del risparmio e la disciplina della funzione creditizia» siano state redatte negli ambienti IRI, da uno staff composto, oltre che da Beneduce, da Menichella, Saraceno e De Gregorio, unico giurista presente, è da anni dato acquisito³⁴. Documentare

³⁰ M. RISPOLI FARINA, *Il controllo...*, cit.

³¹ In particolare sull’IMI cfr. F. Cesarini, «Alle origini del credito industriale: la gestione dell’IMI dalla costituzione ai provvedimenti per l’autarchia (1931-1938)», in *Banca e industria tra le due guerre*, cit, II, p 81 segg. In E. Cianci, *Nascita dello Stato imprenditore in Italia*, Mursia, Milano, 1977, p. 6.5, si accenna al tentativo operato da Stringher, su sollecitazione di Beneduce, di trasformare il Consorzio Sovvenzioni sui valori industriali, in un istituto di credito mobiliare a favore del settore industriale, con la creazione di un’apposita Sezione. Su questo tronco si innesterà poi il progetto di costituzione di un’apposito ente, che diventerà l’IMI, redatto da Beneduce in alternativa al programma di intervento per la Comit presentato al Governo da Toeplitz (cfr. i particolari in E. Cianci, *op cit.*, p. 12.5 e 137) nell’ottobre del 1931.

³² Cfr. soprattutto, E. Cianci, *op. cit.*, p. 123 segg., ove ulteriori riferimenti.

³³ Per «legge bancaria» si intendeva riferirsi alla normativa risultante dal R.D.L. 12 marzo 1936 n. 37.5 e dal R.D.L. 17 luglio 1937 n. 1400, convertiti nelle leggi 17 marzo 1938, n. 141 e 7 aprile 1938, n. 636. Essa (art. 1) dà rilievo pubblico alla attività di raccolta del risparmio (tra il pubblico, sotto ogni forma) e di erogazione del credito, sottoponendo ad una serie di controlli (nella fase costitutiva, di concentrazione, di diffusione territoriale, dell’attività, e in quella di crisi dell’impresa) le aziende di credito di cui all’art. 5 operanti, tendenzialmente, nel breve termine e gli istituti di credito operanti nel settore del medio e lungo termine o, meglio, nell’ambito del credito speciale. Scopo di tali controlli che poi, con la legge 13 febbraio 1981, n. 23, furono resi omogenei per il settore dei crediti speciali, ma che uniformi del tutto per i due comparti, è, nel loro complesso, di assicurare l’efficienza e la stabilità del settore creditizio, in una prospettiva, secondo alcuni, meramente garantista, di tutela dei risparmiatori, per altri di utilizzazione del «governo del credito», come strumento di direzione dell’economia. Nella vastissima bibliografia in proposito cfr: G. Ferri, «La validità attuale della legge bancaria», in *Rivista del diritto commerciale*, 1974, I, 219, M. Nigro, *Profili pubblicitici del credito*, Giuffrè, Milano, 1969, e M. Porzio, *Il governo del credito*, Liguori, Napoli, 1976, 13 segg., ove ulteriori riferimenti.

³⁴ Si veda S. Cassese, «La preparazione della riforma bancaria del 1936, in Italia», in *Storia contemporanea*, 1974, 3 segg., R. Faucci, «Appunti sulle istituzioni economiche del tardo fascismo, 1935-1943», in *Quaderni storici*, 1975, 607 segg., v. inoltre i documenti riportati in M. Porzio, *La legge bancaria*, cit. t., 322 segg. .

tuttavia, attraverso dati precisi e inconfutabili, l'azione personalmente svolta da Beneduce e quella degli altri autorevoli componenti nella formulazione del testo normativo è impresa alquanto complessa. Stralci di verbali di riunioni, qualche appunto, uno scambio di vedute con il Ministro Thaon di Revel, sono gli elementi «testuali» di cui si può disporre e che, forse, altre approfondite indagini potrebbero ulteriormente arricchire³⁵. Tra il dicembre 1935 e il marzo 1936, inoltre, fase di stesura del provvedimento sul credito, si era già creato un notevole affiatamento nel *brain trust* dell'IRI, in particolare tra Menichella e Beneduce, il che rende difficile enucleare con assoluta precisione il pensiero di quest'ultimo nell'ambito del materiale documentario di sicura provenienza IRI³⁶.

L'indagine può essere allora affrontata partendo dal vasto bagaglio di esperienze acquisite nel campo finanziario, sia come *manager* pubblico che privato, in particolare da Beneduce, al fine di verificare quanto del retro terra culturale di questi sia rinvenibile nella legge bancaria, o meglio nel disegno organizzativo del sistema creditizio che da essa traspare. Inoltre, è ai lavori preparatori «ufficiosi» e non a quelli ufficiali, che come si è sottolineato si tennero all'IRI, che bisogna far riferimento, quindi anche a studi preliminari, il cui contenuto non sarà del tutto recepito nel decreto n. 375, ma che appaiono fondamentali anche nell'interpretazione di alcune norme, che hanno destato fin dall'entrata in vigore del provvedimento, notevoli difficoltà di carattere esegetico. L'impostazione del progetto di lavoro per la redazione del «codice bancario» viene fatta in sede IRI, sul finire del novembre 1935.

Essa è l'attuazione di precise direttive adottate in sede politica³⁷, miranti ad estendere a tutti gli istituti che raccoglievano depositi tra il pubblico la disciplina già predisposta per le tre grandi banche con le Convenzioni³⁸ e a rafforzare la struttura del credito industriale, per

³⁵ Cfr. in particolare: AIRI, *Cartella Riforma bancaria e del credito*, IRI, «La destinazione da darsi alle partecipazioni bancarie dell'IRI, con particolare riflesso alla possibilità di potenziare l'organizzazione creditizia del paese», datt. 18 novembre 1935 pubblicato in M. Porzio, *La legge bancaria*, cit., 306 segg.; IRI, «Schema di riforma dell'ordinamento creditizio», datt. 5 novembre 1935; A.T.R. 23.11. «Beneduce a T.d.R.», Roma 16 dicembre 1935, manoscritto; 23.126, IRI, «Resoconto riunione tra Bianchini, Azzolini, Beneduce e Frignani», dattil., Roma, 12 aprile 1935

³⁶ Pare sia quasi sicuramente da attribuire a Menichella lo *Studio sui problemi del risanamento bancario*, del dicembre 1933, che riveste importanza fondamentale in quanto contiene il primo «modulo» di organizzazione della struttura creditizia elaborato in sede IRI. Esso è stato da me ritrovato nell'Archivio della Banca d'Italia (Archivio riservato del Direttorio. Archivio Azzolini: cartella n. 71) nel corso della ricerca sulle «Origini della legge bancaria», diretta da M. Porzio e finanziata dal CNR, i cui risultati furono presentati al Convegno di Salerno del giugno 1978. In M. Porzio, *La legge bancaria*, cit., p. 255 segg. (9) Cfr. A.T.R., 23, 126, IRI, «Resoconto della riunione tra Bianchini, Azzolini etc», cit., in M. Porzio, *La legge bancaria*, cit., 301 segg.

³⁷ Cfr. A.T.R., 23, 126, IRI, «Resoconto della riunione tra Bianchini, Azzolini etc», cit., in M. Porzio, *La legge bancaria*, cit., p. 301 segg.

³⁸ I testi delle Convenzioni del marzo 1934, sono in AIRI, accompagnati dai verbali sintetici delle riunioni preliminari. Cfr., *Cartella Banco Roma*, II, 1933-35, e *Cartella Credito Italiano*, I, 1929-34. Per la Commerciale, v. L. Avagliano, «Banche, crisi economica e programmazione in Italia», in *Rassegna economica*, 1976, p. 413. Cfr. anche G. Toniolo, «Crisi economica e smobilizzo pubblico delle banche miste», in *Industria e banca nella grande crisi, 1929-1934*, p. 338 e il testo della Convenzione della Commerciale in L. Villari, *Il capitalismo italiano del Novecento*, Laterza, Bari, 1972, pp. 313-327. Negli obblighi che le banche contrattualmente assumevano nei confronti del Governo possono già trovarsi elementi relativi alle modalità di separazione dell'esercizio del credito a breve da quello a medio e

evitare che una ripresa dell'economia inducesse banche ed altri istituti a riprendere il finanziamento dell'industria nelle modalità anteriori all'intervento IRI ³⁹).

lungo termine e alle forme di controllo, funzionali al mantenimento degli impegni, che saranno sviluppati nella legge bancaria. Cfr. in tal senso M. Rispoli Farina, *Il controllo sull'attività creditizia* cit in M. Porzio, *La legge bancaria*, cit., 88 segg.

³⁹ Linee sulla riforma del credito che divergono leggermente da quanto l'IRI aveva elaborato sul finire del 1933, quando le operazioni di salvataggio-risanamento erano ancora in attuazione (cfr. «Studio sui problemi del risanamento bancario», (cfr. ante) in M. Porzio, *La legge bancaria*, cit., . 255 segg.). Allora veniva delineato un sistema in cui le maggiori banche, divenute esclusivamente di credito ordinario ed opportunamente ristrutturate, dovevano svolgere la loro azione solo nei grandi centri regionali, annettendo a sé anche le funzioni di risconto nei confronti delle banche piccole e medie.

Per le esigenze del credito mobiliare, si riteneva che alle operazioni a lungo termine provvedessero largamente gli istituti di diritto pubblico, ma che per il finanziamento a medio termine la struttura estremamente accentrata dell'IMI presentasse delle gravi lacune. Di qui l'opportunità di istituire organismi periferici «attivi», in grado di far fronte alle necessità delle medie e piccole industrie. Propedeutico a tale assetto definitivo si presentava il problema, di difficile soluzione, della sistemazione dei pacchetti azionari delle banche che, tramite complesse operazioni di ingegneria finanziaria, erano stati acquisiti dall'IRI. Se, infatti, per le azioni di natura industriale, riscattate dai patrimoni bancari, l'IRI era nella prospettiva di restituirle, seppure gradualmente, al risparmio privato, per quel che concerneva le azioni bancarie manifestava gravi perplessità ad adottare lo stesso criterio. Il timore che se le partecipazioni fossero state restituite ai privati, potessero essere di nuovo oggetto di forti speculazioni, per tentativi di «scalata», era ancora di fresca memoria. Se le azioni fossero state acquisite dai gruppi industriali, avrebbero consentito il ricostituirsi di quegli insani legami tra banca e industria che si tentava, drasticamente, di dissaldare e avrebbero costretto lo Stato e, per esso, l'IRI a nuovi interventi di salvataggio.

La critica dell'IRI alla commistione di funzioni di industriale e di banchiere realizzatasi nella figura del dirigente bancario, e, quindi, in sostanza all'azione svolta negli anni precedenti dalla banca mista, riecheggiava la polemica sferrata dagli economisti di puro stampo liberale contro questo sistema di banca, ed in particolare contro la Comit - *langa manus* del capitale tedesco - negli anni precedenti la prima guerra mondiale. Essa però sembrava trovare finalmente uno sbocco risolutivo nella definitiva distruzione di un modello, e nella creazione delle premesse per uno sviluppo diverso. La logica di stampo tecnocratico e razionalizzatore che ispirava l'azione IRI, prefigurava la formazione di una nuova generazione di managers industriali sotto la guida e direzione degli esperti IRI, preposti, per particolari competenze, ai vari settori industriali in cui la Sezione Smobilizzi avrebbe potuto articolarsi.

Per il settore bancario, in particolare, come soluzione immediatamente operativa, si ipotizzava di «congelare» le partecipazioni bancarie che lo Stato deteneva attraverso l'IRI presso un'apposita sezione di tale Ente, o, in via alternativa, di devolvere tali pacchetti all'Istituto di emissione, in modo del tutto definitivo. «L'una e l'altra delle soluzioni proposte» si argomentava, «non elimina anzi chiarisce il diritto dello Stato e conseguentemente il suo dovere di esercitare il controllo bancario dei grandi Istituti bancari».

Il controllo statale veniva così legittimato in base alla proprietà delle azioni, diritto acquisito, d'altra parte, come contropartita dello sforzo finanziario che la collettività aveva sopportato per sanare le perdite del sistema bancario dal 1920 in poi. Non era quindi sufficiente la predisposizione di una organizzazione della struttura creditizia con delimitazione di funzioni per l'esercizio del credito ordinario e per quello mobiliare, ma si rivelava necessario un intervento di tipo «cautelare», volto cioè ad evitare ulteriori dissesti. «Sono ancora troppo elevate le cifre dei depositi che vengono affidati alle banche, perché lo Stato», si sosteneva, «li lascia in balia dei dirigenti delle banche stesse» ... «facilissimi all'espansione creditizia, ma incapaci di giudicare e tanto meno di dirigere la vita delle aziende produttive».

Sul piano dei rimedi, non si precisavano ancora nel documento le modalità di estrinsecazione del controllo, anche se si suggeriva, nelle conclusioni, come migliore soluzione quella che privilegiasse la Banca d'Italia, organismo che, comunque, avrebbe dovuto continuare a esercitare nei confronti delle banche di piccole e medie dimensioni i poteri di controllo estrinseci, derivanti dai provvedimenti sulla «tutela del risparmio» del settembre 1926.

Il controllo azionario «proprietario» presentava il vantaggio di una vigilanza di carattere permanente, e per così dire automatica. Elementi che non erano sicuramente presenti in un'altra funzione di spettanza della Banca d'Italia, il risconto.

Esso, sosteneva (l'IRI, «non ha mai funzionato come controllo e non può funzionare come controllo. Quando le banche hanno la possibilità di fare a meno di ricorrere all'Istituto di Emissione (questi) rimane cieco circa la loro vita (...), quando le banche rovesciano sull'Istituto di Emissione pacchi di cambiali per chiederne il risconto sotto l'affanno del ritiro dei depositi, l'Istituto di Emissione non ha altra alternativa che quella di provvedere a fornire i fondi e di segnalare al Governo il fenomeno patologico ormai scoppiato nella sua manifestazione di insanabilità».

E evidente il riferimento alle vicende che avevano preceduto la nascita dell'IRI, che avevano visto le banche incalzate dalle imprese industriali, colpite dagli effetti della crisi mondiale, per ottenere il rinnovo dei crediti a breve. In seguito alla riduzione di liquidità conseguente alla concessione dei crediti e al diminuito afflusso di

L'IRI affronta il problema alla radice, sostenendo la necessità che lo Stato assuma nelle sue mani la funzione creditizia (la «potente leva del credito»), sia per ragioni di carattere contingente – l'autarchia – che richiedeva l'utilizzazione di tutte le risorse finanziarie disponibili, che di carattere definitivo. È opportuno che lo Stato possa disporre di uno strumento per il raggiungimento di «fini sociali» che esso si assegni, manovrabile «elasticamente», di volta in volta, senza dovere in ogni momento legiferare per indirizzare l'azione degli organismi preposti al credito⁴⁰

Si attua in tal modo una convergenza tra la politica economica propugnata dal regime, che andava prefigurando un «piano regolatore dell'economia italiana» nell'ambito del quale si affermava che il credito dovesse essere «di assoluta pertinenza dello Stato»⁴¹, e l'adesione alle teorie nittiane, di cui era esponente Beneduce, favorevoli ad un intervento dello Stato nel processo economico in veste non di mero sostegno, ma di propulsore dell'attività dei privati, da attuarsi in primo luogo con l'utilizzazione delle risorse finanziarie del paese.

Visione che, in una certa misura, è già alla base della creazione dell'INA. ente con il quale si intendevano riservare allo Stato gli ingenti proventi dell'esercizio dell'attività di assicurazione sulla vita attuato dalle società assicuratrici italiane ed estere operanti in Italia, – al fine di poterle poi ulteriormente indirizzare verso opere di rilevante interesse pubblico –⁴²

depositi e in presenza degli immobilizzi costituiti dalle azioni industriali, le banche erano state costrette a un sempre più largo risconto presso l'Istituto di Emissione, né quest'ultimo aveva potuto o voluto fare alcunché per arginare il fenomeno.

L'attribuzione di una nuova e particolare funzione di controllo pareva assumere quindi il significato di una responsabilizzazione dell'Istituto di Emissione che si riteneva non avesse assunto una posizione rigorosa nei confronti delle acrobazie bancarie degli ultimi anni, rinunciando a valersi dei poteri istituzionali conferiti dalla legge del 1926 e risultava inoltre direttamente esposto nei confronti di una delle grandi banche. Del resto, il documento IRI sottolineava che, se l'intervento di salvataggio nel suo complesso era dettato dall'esigenza di ridare liquidità alle banche esso, come «programma di risanamento» era da inquadrarsi anzitutto nella tutela dell'Istituto di Emissione, per sottrarlo alla posizione anomala in cui verteva, A fine 1932, come ha ricordato Saraceno (Cfr. P. Saraceno, «Nuovi assetti introdotti nel nostro sistema economico dalle misure richieste dalla grande crisi 1929-35», in *Industria e banca nella grande crisi 1929-34*, a cura di G. Toniolo, Etas, Milano 1978, p. 10. Nonché Id., *L'Istituto per la ricostruzione industriale*, III, «Origini, ordinamenti e attività svolte», UTET, Torino 1956, pp. 13 e 14), la Banca d'Italia era esposta verso istituti vari di salvataggio e verso banche di deposito per operazioni poi trasferite all'IRI, per un importo di 7,4 miliardi di lire, pari al 4807, della circolazione complessiva. Al 30 giugno 1933, pochi mesi dopo la creazione dell'IRI, tale esposizione si presentava già notevolmente ridotta. Cfr. M. Rispoli Farina, «Il controllo sull'attività Creditizia», cit in *La legge bancaria*, cito 92 segg

⁴⁰ Cfr. AIRI, *Cartella Riforma bancaria e del credito*, «L'apprestamento difensivo della nazione nel campo del credito», datt. 5 novembre 1935.

⁴¹ Per il discorso tenuto alla Seconda Assemblea Nazionale delle Corporazioni, cfr. R. De Felice, *Mussolini il Duce - Gli anni del consenso 1929-36*, Einaudi, Torino 1974, p. 687 segg.

⁴² Il progetto sul monopolio delle assicurazioni sulla vita, fu presentato dal Governo Giolitti nel giugno 1911. Esso si inseriva nel più vasto disegno della politica giolittiana di favorire l'espansione industriale, combattere alcuni monopoli privati, potenziare e difendere il bilancio dello Stato contro la concorrenza e le pressioni dei grandi interessi precostituiti. In particolare rafforzando le finanze, favorendo investimenti in titoli di Stato e ampliando la competenza bancaria si mirava a realizzare una certa autonomia dello Stato nei confronti delle forze economiche. (Sull'interventismo giolittiano cfr. G. Carocci, *Giolitti e l'età giolittiana*, Einaudi, Torino 1971, p. 37 segg. e V. Foa, «Introduzione» a P. Grifone, *Il capitale finanziario in Italia*, Einaudi, TOMO 1971, p. XX). Il disegno di legge sulle assicurazioni, elaborato da Nitti, con l'assistenza di Beneduce, fu difeso personalmente da Giolitti, contro le resistenze delle compagnie di assicurazione e della Banca commerciale, sostenendo ne la necessità immediata per costituire la Cassa per la vecchiaia e l'invalidità (Cfr. il saggio di A. Scialoja «L'Istituto nazionale delle Assicurazioni ed il progetto giolittiano di un monopolio di Stato delle assicurazioni sulla vita», in *Quaderni storici*

alla cui costituzione Beneduce collaborò ampiamente.

L'idea di creare dei collettori del risparmio privato, da utilizzare per fini pubblici, trova un ulteriore e più articolato sviluppo nella creazione di particolari enti pubblici, denominati poi «enti Beneduce», destinati al finanziamento di particolari investimenti (costruzione di opere pubbliche, o di pubblica utilità, anche nel settore industriale), con la predisposizione di specifici circuiti di intermediazione finanziaria. La peculiare forma giuridica che viene «creata» per questi organismi, l'ente pubblico a struttura corporativa (o consortile), si contraddistingue per elasticità di funzionamento, minori vincoli operativi e burocratici ⁴³ dai precedenti interventi dello stato nell'attività economica che caratterizzano il fine '800 e il periodo fino alla prima guerra mondiale con lo strumento della cosiddetta impresa organo ⁽⁴⁴⁾, superandone le rigidità operative, ispirandosi all'organizzazione interna e al «modulo imprenditoriale» delle società anonime ⁴⁵).

La struttura associativa consente di far confluire negli enti le risorse a loro volta raccolte

n' 18, 1971, . 917 segg.). Con il monopolio, e con l'INA, egli affermava che si sarebbe affidato allo Stato un potente istituto finanziario, che poteva garantirne l'autonomia di fronte a tutte le classi sociali, in quanto «Lo Stato deve dirigere, non essere diretto».

Dopo le modifiche, introdotte dallo stesso Nitti, il monopolio fu rinviato nella sua introduzione, attuandosi una soluzione transitoria, che consentiva alle società private di continuare la loro attività per 10 anni, ma cedendo all'INA una percentuale dei rischi assicurati e impiegando la metà dei premi riscossi in titoli di Stato, con un contrailo del Ministero industria e commercio sulle tariffe. Rinunciatosi nel 1923 al monopolio, l'INA estese la sua attività ad altri settori assicurativi, dimostrandosi inoltre un importante strumento di accumulazione di capitali a favore del settore pubblico, come si rileva nel testo.

M.S. Giannini ha ravvisato nell'INA la prima ipotesi di ente pubblico economico realizzato nel nostro ordinamento (cfr. idem, «*Le imprese pubbliche in Italia*», in *Rivista delle società*, 1958, p. 232). Alfredo Rocco, in un commento al progetto Nitti (in *Rivista del diritto commerciale*, 1911, p. 554), rilevava i caratteri di autonomia amministrativa e giuridica dell'INA, che ne facevano una persona giuridica distinta dallo Stato, a cui esso delegava una propria funzione, con un'organizzazione più semplice e sciolta di quella di un'amministrazione statale, che imitava quella delle società anonime, pur essendo amministrata in parte da funzionari dello Stato.

Significativo è il sistema di vigilanza, anche se non diretta, che l'INA esercita sulle imprese private di assicurazione, attraverso la cessione che esse devono effettuare, di una quota nei rischi assunti. In tal modo è quindi possibile l'acquisizione di dati del mercato dell'attività assicurativa.

È questo un esempio, molto lontano, di una struttura verticistica di controllo sull'attività delle imprese, che si prefigurerà nella legge bancaria.

⁴³ L'impresa organo, come strumento di intervento dello Stato presenta limiti di natura strutturale, che vanno dalla sottoposizione alla legislazione amministrativa e alle norme sulla contabilità pubblica, alle duplicazioni dell'attività preparatoria o successiva di controllo e contemporanea (amministrativistica) dei negozi privati posti in essere con i terzi, alla rigidità imposta dal bilancio preventivo e dalle autorizzazioni per ogni atto amministrativo implicante spese eccedenti la misura prevista. Cfr. M.S. Giannini, *Le imprese pubbliche*, cit., . 247.

⁴⁴ Tra di esse venivano ricordate, prima delle riforme più recenti, la Cassa depositi e prestiti, l'Amministrazione autonoma delle Ferrovie dello Stato, delle Poste e Telegrafi, l'Azienda di Stato per i servizi telefonici. Cfr. M.S. Giannini, *Le imprese pubbliche*, cit. p. 234 segg., S. Cassese, «L'amministrazione dello stato liberaldemocratico» in *La formazione dello Stato amministrativo*, Giuffrè, Milano, 1974, p. 16 segg.

⁴⁵ Il modello delle imprese-ente pubblico non ha autonomia normativa, gli atti precettivi generali valgono come clausole generali di contratto. Gli atti di determinazione della loro vita sono negozi di diritto comune, sul piano delle delibere delle società private. L'attività dell'ente è soggetta al diritto privato e il rapporto con il personale tende a conformarsi come rapporto di diritto privato. I beni a destinazione aziendale hanno regime pubblicistico. Lo Stato ha potere di nominare e revocare i preposti all'ente e di formulare direttive per attuare i propri indirizzi politici. Un Ministro (c.d. vigilante) ha la responsabilità politica dell'ente, ne approva i bilanci, sceglie i titolari delle cariche e può sciogliere i consigli di amministrazione e nominare i commissari straordinari. Cfr. M.T. Cirenei, *Le imprese pubbliche*, Giuffrè, Milano, 1983, p. 43 segg.

dai partecipanti, nella maggior parte dei casi di natura pubblica, in un processo «a cascata». Al Consorzio di credito per le opere pubbliche (1919) partecipano la Cassa Depositi e Prestiti, l'INA, l'INPS, l'ICCRI, le Casse di Risparmio, enti che sottoscrivono anche il capitale dell'Istituto di Credito per le imprese di pubblica utilità (1924), insieme con società italiane esercenti l'assicurazione sulla vita. All'IMI (1932), la Cassa Depositi e Prestiti e gli enti partecipanti al Consorzio Sovvenzioni sui Valori Industriali ⁴⁶.

Non bisogna dimenticare che la Cassa Depositi e Prestiti, amministrazione autonoma inserita nell'organizzazione del Ministero del tesoro, attraverso la rete capillare delle Casse di risparmio postali, raccoglieva una ingentissima massa di depositi, con un circuito parallelo e per certi versi complementare rispetto alla rete degli sportelli delle banche ordinarie di deposito ⁴⁷).

Alla creazione di un canale «privilegiato» di raccolta si affiancava la specializzazione funzionale di tali enti, che erano destinati a settori di rilevanza pubblica (è l'ipotesi del CREDIOP, dell'ICIPU, del Credito Navale, l'IMI ha una posizione a sé). Essi venivano ad affiancarsi ad altre ipotesi di «crediti speciali», regolate per legge il credito fondiario e quello agrario – distinguendosene per non essere diretta emanazione del sistema bancario ⁴⁸

⁴⁶ Il CREDIOP, nato per finanziare opere pubbliche, superando i limiti imposti alla Cassa Depositi e Prestiti sia dai mezzi propri che dai destinatari dell'attività (esclusivamente iniziative di soggetti pubblici) trovava il suo antecedente in un progetto dell'età giolittiana (1906): una Banca dei lavori pubblici che, sulla falsariga delle cartelle del Credito fondiario, avrebbe dovuto emettere obbligazioni - per non gravare direttamente sullo Stato con l'elevato costo della realizzazione di opere pubbliche - sottoposta a vigilanza pubblica. Il progetto fu poi ripreso nel 1916 e infine attuato nel 1919, alla fine della prima guerra mondiale, in relazione alla necessità di attuare opere di bonifica agricola. Ad esso lavorò Beneduce in qualità di amministratore delegato dell'INA, su sollecitazione di Stringher, e di Nitti che si oppose all'ingresso delle banche private nell'ente, sia per sottolineare il perseguimento di un fine pubblico, alieno da private speculazioni, sia per timore della partecipazione di soggetti eccessivamente oberati dai finanziamenti all'industria. Il capitale iniziale fu quindi sottoscritto dall'INA, dalla Cassa Depositi e prestiti, dalla Cassa Nazionale per le assicurazioni sociali. Beneduce si adoperò per il decollo dell'ente, superando notevoli difficoltà relative al collocamento delle obbligazioni da esso emesse, valendosi a tale scopo dell'iniziativa di istituti di credito locali e Casse di Risparmio.

Per ulteriori riferimenti all'attività del CREDIOP cfr. L. De Rosa, *Banche e lavori pubblici in Italia fra le due guerre (1919-1939)*, Giuffrè, Milano, 1979. L'ICIPU, creato con R.D.L. 20 maggio 1924, n. 731 aveva per scopo la concessione di mutui a imprese private, concessionarie di imprese di pubblica utilità. Esso consentì alle banche di smobilizzare le anticipazioni operate ad imprese idroelettriche, con una attività collaterale al CREDIOP. Si specializzò quindi nel finanziamento di questo comparto del settore manifatturiero, cfr. G. De Rosa, *op. cit.*, 145 segg.; P. Grifone, *Il capitale finanziario in Italia*, cit., 65. Ai due enti citati si deve la creazione di un mercato dei titoli obbligazionari assistiti da particolari facilitazioni, che si consoliderà solo negli anni Trenta e avrà particolare sviluppo con le «convertibili in azioni» emesse dall'IRI. Per l'IMI cfr. F. Cesarini, «Alle origini del credito industriale: la gestione dell'IMI dalla costituzione ai provvedimenti per l'autarchia (1931-1938)» in *Banca e industria*, cit., II . 81 segg.

⁴⁷ Per le funzioni e la struttura della Cassa Depositi e Prestiti, di utile consultazione la voce di A. Senesi, in *Enciclopedia bancaria*, Sperling e Kupfer, Milano, I, 1942, 365

⁴⁸ Un panorama dei singoli crediti speciali è in M. Tondo, «I crediti speciali», in *Enciclopedia della banca e della Borsa*, CEL, Milano 1967. Cfr. inoltre M.S. Giannini «Rilievi sugli istituti di credito medio e medie piccole imprese», in *Banca, borsa, titoli di credito*, 1954, I, 850 e A. Giannini «I crediti speciali», *ivi*, 1959, p. 103 segg. ove un'analisi dei cosiddetti crediti «specializzati». Per il credito agrario e fondiario cfr. le rispettive voci di E. Dini e G. Dell'Amore, in *Enciclopedia Bancaria*, I, 1942, p. 541 e 559. Una ricostruzione accurata dello sviluppo della legislazione in tema di credito industriale è in D. La Rocca, «Credito speciale e credito agevolato. Profili istituzionali», in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1983, 113 segg.

Segue: Il principio della specializzazione per settori era quindi già «praticato», nei fatti, da Beneduce, all'inizio degli anni Trenta. D'altro canto egli andava sempre più asserendo il necessario ridimensionamento delle banche di deposito che dovevano «essere sollevate dalle operazioni finanziarie» per potersi dedicare «più particolarmente alle operazioni aventi carattere commerciale» (così nella Relazione all'assemblea della Bastogi del 10 giugno 1932). Accanto ad esse, con funzione di stabilizzazione del mercato finanziario, potevano affiancarsi «accreditate società di rinvestimenti azionari, indipendenti da interessi particolari di gruppo, gestite con rigidità di criteri» che fungevano quindi da intermediari specializzati, affiancati alle banche e agli istituti di credito speciale. Un suggerimento che veniva, quindi, dall'osservatorio di operatore finanziario nel settore privato, che a pieno titolo Beneduce deteneva dal 1926, quale presidente del Consiglio di amministrazione della Bastogi⁴⁹. L'azione portata avanti alla guida della Società per le Strade Ferrate Meridionali costituisce una posizione strategica di indiscusso rilievo per il controllo di settori industriale-finanziario⁵⁰.

All'attività di finanziamento diretto, essa era venuta aggiungendo quella di partecipazione nelle imprese industriali e, successivamente, di intermediazione di titoli pubblici e privati⁵¹. Sul finire del 1935, si può dire quindi che il *brain trust* dell'IRI e in particolare Beneduce avessero una visione totale, da più punti di osservazione, del mercato finanziario e creditizio italiano, dall'azione dei principali istituti di finanziamento pubblici (cui dopo l'IMI si era aggiunta l'IRI), nella connessione con gli altri gangli del settore creditizio, alla situazione delle tre grandi banche risanate dall'azione dell'IRI e quindi in possesso dello Stato, nonché di quella dei grandi gruppi finanziari privati, con le necessità di ristrutturazione finanziaria ed industriale delle imprese di cui detenevano il controllo. Appare allora ancora più evidente, come l'idea del «controllo totalitario del credito» rappresenti, da un lato, la razionalizzazione dell'assetto ormai imposto agli enti creditizi (divisione dei compiti tra il comparto del credito a breve e quello del medio e lungo termine, con estensione delle regole del primo a tutte le aziende che raccoglievano depositi a breve, e «recezione», nel secondo, dei crediti «speciali» già esistenti) ma sia anche l'occasione per affidare allo Stato il ruolo di mediazione tra i flussi finanziari, in vario modo attinti dal mercato.

In relazione a tale finalità l'organismo destinato ad attuare il «comando unico», assume, nel progetto IRI, struttura particolarissima.

Esso poteva paragonarsi ad una *holding*, che comprendesse nello stesso tempo la funzione

⁴⁹ Le notizie su Beneduce sono riportate in E. Cianci, *op. cit.*, . 123.

⁵⁰ Grifone, *Il capitale finanziario in Italia*, Einaudi, Torino, 1971, p. 26, 39, 88 segg.

⁵¹ Per l'attività della Bastogi cfr. M. De Luca, *Il credito di media e lunga scadenza all'Industria italiana dall'unificazione ad oggi*, Zanichelli, Bologna, 1962, 199 segg., e A. Ferrari, *Gli intermediari finanziari non bancari*, Franco Angeli, Milano, 1978, 118, nota 8.

«di stanza di compensazione tra i diversi cicli del credito, nei suoi diversi rami, con sfogo verso l'attrezzatura della Banca d'Italia per il regolamento del meccanismo»⁵².

L'ente avrebbe dovuto estendere la propria azione a tutti i soggetti capaci di erogare credito (alle aziende di credito ordinario, agli istituti di diritto pubblico, alle Casse di Risparmio a base interprovinciale, agli organismi di credito fondiario, all'IMI, all'IRI, al CREDIOP, Credito navale, agli altri enti privati esercenti il credito (tranne quelli a carattere locale) e anche alle società finanziarie a carattere «formalmente», si sottolinea, privato.

A tale scopo la *holding* avrebbe dovuto investire il proprio patrimonio in quote rappresentative del capitale degli enti dipendenti (azioni delle banche e titoli rappresentativi del capitale degli altri enti), che avrebbero fatto confluire «al centro» tutte le disponibilità raccolte, a vario titolo, sul mercato attraverso i depositi, le emissioni di obbligazioni etc. Organismi statali di raccolta del risparmio come INA, Cassa depositi e prestiti, pur essendo esclusi dall'esercizio diretto del credito avrebbero dovuto trasferire le proprie disponibilità all'Ente di controllo, dietro corrispettivo. Un coordinamento con l'azione della *holding* sarebbe stato assicurato da una rappresentanza istituzionale negli organi direttivi.

Il nuovo organismo, da denominare Sovrintendenza al risparmio, avrebbe poi impartito direttive «di massima» in merito ai criteri da adottare nell'erogazione del credito (per settori industriali, per localizzazione geografica), per la determinazione dei tassi di finanziamento etc.

Pur mantenendo «individualità economica» distinta, si diceva, da un lato gli enti di credito commerciale, dall'altro quelli per il credito a media e lunga scadenza, il che assumeva particolare rilievo ai fini di mantenere una netta distinzione tra credito industriale e credito commerciale, la Sovrintendenza avrebbe potuto «effettuare spostamenti dall'uno all'altro degli enti dipendenti delle disponibilità finanziarie». Soluzione che soddisfaceva l'esigenza in primo luogo di dare una direzione unitaria al sistema creditizio (che poi troverà riscontro nella legge bancaria con i poteri attribuiti al complesso degli organi di vertice, Comitato dei Ministri, Ispettorato del Credito), ma anche di superare le inefficienze del sistema finanziario in relazione ai capitali da investire a più lunga scadenza.

L'ipotesi iniziale era di creare una «finanziaria» che gestisse le partecipazioni degli enti creditizi e ne indirizzasse l'attività, in un prosieguo, probabilmente, della Sezione Smobilizzi dell'IRI, che già deteneva il possesso azionario delle azioni delle tre grandi banche e nel convincimento che l'adozione di uno strumento privatistico tradizionale, quale la partecipazione azionaria, garantisse un controllo sulla gestione più efficace.

Successivamente la versione definitiva degli strumenti da adottare appariva notevolmente ridimensionata e più vicina a quella accolta nella legge, auspicandosi l'opportunità di varie

⁵² AIRI, *Cartella Riforma bancaria e del credito*. IRI, «L'apprestamento difensivo della nazione nel campo del credito», cit., . 8.

fasi per realizzare il «comando unico» *sul* credito, come controllo basato sulla acquisizione del «controllo» proprietario sugli enti.

L'accentramento in un unico organismo «tecnico» delle varie competenze in tema di controllo già spettanti alla Banca d'Italia in base alle leggi del 1926 sulle aziende che raccoglievano depositi e ai vari ministeri sugli organismi pubblici operanti nel settore dei «crediti speciali» era considerato, per il momento, un obiettivo prioritario. Successivamente, superata una serie di difficoltà di carattere tecnico e finanziario, poteva pensarsi a realizzare l'acquisizione delle quote patrimoniali degli enti creditizi, e quindi attuare la fase, ottimale, del «controllo proprietario».

La versione definitiva della «legge bancaria», che attribuiva all'Ispettorato per il credito e il risparmio, organo pubblico dipendente da un Direttorio di Ministri presieduto dal Capo dello Stato, il controllo sul mercato creditizio, rappresentava la realizzazione, successivamente rielaborata e ridimensionata, dell'originario progetto. Nella serie di poteri (v. in particolare quelli discendenti dagli artt. 31, 32, 33, 35) attribuiti all'Ispettorato possono tuttavia ravvisarsi la gamma degli atti che un ente pubblico-holding potrebbe porre in essere nei confronti degli enti dipendenti. Nella stesura materiale della legge si intese quindi «amministrativizzare» i poteri tipici di un soggetto di natura privatistica, traducendo in provvedimenti amministrativi gli impulsi che derivano dal controllo basato sulla partecipazione azionaria.

Evidente è quindi il segno impresso da Beneduce sia con riferimento all'esperienza condotta attraverso l'IRI, ente pubblico che controllava, attraverso le partecipazioni azionarie, una grossa parte del settore industriale e di quello creditizio, che al ruolo giocato con la Bastogi, nel mercato finanziario. La Società Italiana per le Strade Ferrate Meridionali, che si era «specializzata» nel finanziamento delle imprese idroelettriche, aveva essa stessa assunto il ruolo di «stanza di compensazione» tra flussi finanziari raccolti nei vari segmenti del mercato per far fronte alle esigenze di ampliamento, ristrutturazione, eccetera delle imprese partecipate⁵³.

Segue: Il sistema di intervento nell'organizzazione creditizia e finanziaria italiana che emerge dalla «legge bancaria» rappresenta quindi lo sviluppo di premesse poste da Beneduce in successive tappe della propria attività. Scopo finale appare quello di assicurare uno sviluppo del sistema produttivo stabile e continuo nel tempo con la predisposizione di una struttura controllata dallo Stato. L'Ispettorato per il Credito e il Risparmio appare la «cinghia di trasmissione» degli impulsi del potere politico da trasformare in norme di comportamento per le singole imprese bancarie, o per gruppi di esse, sulla base dell'esercizio di poteri di

⁵³ De Luca, *op. cit.*, che illustra le operazioni di raccolta di risparmio operata anche sui mercati esteri dalla società. Cfr. F. Bonelli, «Alberto Beneduce (1877-1944)»>>, in *I protagonisti dell'intervento pubblico in Italia*, a cura di A. Mortara, Franco Angeli, Milano, 1984.

controllo preesistenti, e di nuova istituzione, accentrati in un unico organismo.

La distinzione dei vari ruoli e funzioni tra gli organismi operanti nel settore creditizio consentiva innanzitutto che i rischi tipici dell'attività imprenditoriale nei settori industriali non fossero addossati alle banche di credito ordinario. La tecnica normativa adottata, che non cristallizzava in maniera rigida i rapporti tra le varie sezioni del credito (non a caso, probabilmente, nel testo della legge si fa riferimento alla raccolta del risparmio, ma non alla erogazione del credito, «a breve» «a medio e lungo termine») conferisce all'apparato di controllo la possibilità di gestire la liquidità all'interno di queste, a seconda delle disponibilità del mercato finanziario e delle esigenze delle imprese.

Conferma di tale lettura della legge può venire da un ulteriore studio che l'IRI elaborò in merito alla proposta, che doveva essere discussa in sede di corporazione della Previdenza e del credito, di consentire agli istituti di credito ordinario l'esercizio del credito a medio termine, in considerazione dell'eccesso di disponibilità rispetto alle possibilità di impiego, che tra il 1936 e l'inizio del 1937 si manifestò per le banche di deposito⁵⁴

Ribadito che «non può concepirsi in una sana organizzazione funzionale degli organi del credito che i rischi connessi con la gestione di iniziative prettamente tipiche dell'imprenditore (...) siano assunti da istituti raccoglitori di depositi e attrezzati per il credito ordinario e per la funzione di banca e non attrezzati per il credito mobiliare» e che «si tratta di evitare che la funzione del banchiere venga confusa con quella dell'imprenditore», l'IRI sosteneva «la necessità di una diversa distribuzione territoriale delle banche di deposito da attuarsi con l'obiettivo di ridurre il numero degli sportelli», al fine di dirottare il risparmio verso i titoli di Stato, e la «costituzione di un ordinamento creditizio che consentisse il trasferimento di capitali dal mercato a breve scadenza (banche di deposito) al mercato a medio termine (credito mobiliare) e più precisamente nella creazione di istituti e di titoli che consentissero di accumulare i rischi ed i relativi alti redditi in un settore diverso da quello in cui i capitali sono raccolti attraverso l'incetta dei depositi.

Per ottenere ciò basterebbe puntare sull'Istituto Mobiliare Italiano, quale centro propulsore di istituzioni regionali da attuarsi con gradualità e perspicacia e in piena collaborazione con le banche di deposito e le casse di risparmio».

Ritenuta l'attrezzatura esistente, rappresentata dagli Istituti di credito fondiario, dal CREDIOP, dall'ICIPU, dall'Istituto per il credito navale, sufficiente alle esigenze del lungo termine, l'IRI sosteneva che gli obiettivi prima indicati fossero «di competenza dell'Ispettorato per la difesa del Risparmio e l'esercizio del credito che ha a disposizione tutte le leve di comando per porre in atto i mezzi necessari per influire sul conto economico delle

⁵⁴Cfr. AIRI, *Cartella Banche*, Fascicolo Corporazione della Previdenza e del Credito, IRI, «*Note sulla proposta di consentire agli Istituti di credito ordinario l'esercizio del credito a medio termine*», Roma, 10 febbraio 1937. Lo studio fu inviato da Beneduce al Ministro delle Corporazioni (il 18 febbraio 1937) e a Thaon di Revel (12 febbraio 1937). V. in M. Porzio, *La legge bancaria*, CiL, . 332 segg

banche di credito ordinario e per utilmente avvalersi degli estesi poteri di comando e di disciplina in materia di determinazione dei tassi e di politica degli investimenti che il r.d. 12 marzo 1936 gli conferisce»⁵⁵.

4. L'evoluzione del sistema dei controlli.

La legge bancaria non può essere considerata la fase conclusiva del processo di centralizzazione dei flussi finanziari perseguito da Beneduce. Il decreto 12 marzo 1936, n. 375, infatti, mentre conferiva all'Ispettorato per il Credito e il Risparmio poteri di indirizzo e controllo sull'attività delle aziende operanti nel breve periodo, elencate per categorie all'art. 5, trasferiva al Comitato dei Ministri (art. 41) l'insieme dei poteri di competenza di vari Ministri sulla base delle leggi e dei decreti disciplinanti l'attività del CREDIOP (1921), dell'ICIPU (1924), del Credito Navale (1928), dell'IMI (1931), nonché della legislazione sul credito agrario e fondiario. Tali provvedimenti, a ben vedere, prevedevano controlli di legittimità formale sull'operato degli enti in parola, che esulavano da un indirizzo sulla gestione⁵⁶

La scelta non era casuale, ma va ancora una volta riportata all'articolazione e allo sviluppo del «comando unico» del credito così come proposta dall'IRI. In tale sede si era dubitato, in via generale, dell'opportunità di estendere l'azione della Sovrintendenza al Risparmio agli istituti di diritto pubblico che ricorrevano all'emissione di titoli obbligazionari, oltre che agli organismi raccoglitori di risparmio sotto forma di depositi anche se, si diceva, «Pare certo che la diversa tecnica della raccolta del risparmio non differenzi sostanzialmente la natura di questi istituti dalle ordinarie Banche e dalle Casse di Risparmio»

La realizzazione del controllo, basata sull'acquisizione del «controllo proprietario», che era l'obiettivo iniziale del progetto IRI, si presentava per gli enti in parola particolarmente complessa e richiedeva soprattutto l'esame della consistenza economica dei singoli istituti. Essa andava pertanto rinviata a successive fasi di sviluppo della Sovrintendenza, ritenendosi comunque opportuno attuare un accentramento delle funzioni di vigilanza già previste dalle leggi vigenti.

Di qui derivò la previsione, nella legge bancaria, di penetranti poteri di carattere amministrativo a favore dell'Ispettorato, nei confronti delle aziende di cui all'art. 5, e di controlli di portata diversa per il settore del medio e lungo termine di competenza del Comitato dei

⁵⁵ *Ivi*, p. 350. L'intreccio tra i due comparti del credito si è poi realizzato con il fenomeno della cosiddetta doppia intermediazione. Le banche di credito ordinario, partecipando al capitale di costituzione di istituti di credito a medio termine o sottoscrivendone le obbligazioni hanno indirettamente finanziato anche a medio e lungo termine le imprese industriali non assumendo tuttavia il rischio diretto di tale operazione. Cfr. S. Siglienti, «Separazione e integrazione», cit., p. II, V. Santoro, «Separazione di gestione» ecc., cit., in *La legge bancaria*, cit., 76 segg.

⁵⁶ Nel documento IRI «*La destinazione da darsi alle partecipazioni bancarie dell'IRI*», cit., in *La legge bancaria*, cit., 315, si legge «in merito ai controlli esercitati dal Ministero delle finanze sulle banche di diritto pubblico (Banco di Napoli, ecc) e sugli istituti di credito speciali (CREDIOP, ICIPU, IMI, IRI)>>, che trattavasi di «controllo estrinseco, riflettente l'osservanza delle leggi e degli statuti, non già l'indirizzo di merito di ciascuno degli istituti nello svolgimento della funzione creditizia».

Ministri. La differenza non sfuggì ai commentatori più attenti della legge, che rilevarono una finalità non uguale dei poteri di controllo, rispettivamente, per le aziende, e per gli istituti speciali⁵⁷.

Un altro elemento che va tenuto presente, in quanto direttamente connesso, è che quando si articolò la struttura dell'organo di controllo si affermò l'opportunità che la «presidenza e la responsabilità» dell'ente che avrebbe assunto la denominazione di «Sovrintendenza alle banche e al risparmio», andasse affidata al Governatore della Banca d'Italia, affinché questa ultima conservasse «la sua fisionomia di massimo regolatore delle funzioni bancarie e del risparmio».

Allora, di fronte alla possibile obiezione del perché non attribuire la funzione del «comando unico» *sic et simpliciter* all'Istituto di emissione, si adducevano delle motivazioni di carattere «pratico». Esse andavano dalla necessità di poter disporre liberamente di funzionari prescelti dagli Istituti di credito, cioè esperti del settore, senza essere vincolati dall'apparato (burocratico?) della Banca d'Italia, alla difficoltà di risolvere i rapporti patrimoniali che sarebbero insorti tra quest'ultima e lo Stato, una volta che si fosse deciso di realizzare la fase del controllo patrimoniale.

Lo Stato, infatti, avrebbe dovuto rilevare le azioni della Banca, allora normale società anonima, presso i privati. A meno che, si proseguiva, «non si pensi anche alla trasformazione della Banca d'Italia, da società per azioni possedute dai privati ad organismo di diritto pubblico con disinteressamento dei privati». «Si noti» - si diceva ancora - «che parte notevole del capitale della Banca d'Italia appartiene già alle Casse di risparmio»⁵⁸

Sebbene la trasformazione in ente pubblico sia stata attuata dalla legge, all'art. 20, probabilmente per tenere fede a un principio di «specializzazione» delle funzioni si preferì non affidare direttamente alla Banca d'Italia il controllo del credito, ma prevedere la costituzione dell'Ispettorato per il credito e il Risparmio, organo statale con una propria autonomia. Attribuendo, tuttavia, al Governatore della Banca d'Italia la direzione dello stesso Ispettorato, si intese realizzare il coordinamento – di cui si percepiva l'importanza – tra le funzioni di controllo del credito e di governo della circolazione monetaria.

Già in passato era stata segnalata l'opportunità di perseguire un simile obiettivo: quando, nel novembre 1931, Beneduce preparò un progetto di ente che avrebbe dovuto risolvere la situazione della COMMIT – che è la premessa dell'IMI, e forse anche dello stesso IRI⁵⁹ – egli sostenne la necessità di affidare la gestione di questo istituto di credito mobiliare a un

⁵⁷ P. Greco, «La nuova disciplina bancaria», in *Rivista del diritto commerciale*, 1936, I, p. 442

⁵⁸ AIRI, *Cartella Finanze*, IRI, «Osservazioni» cit., in *La legge bancaria*, cit., p. 320.

⁵⁹ In E. Cianci, *Nascita dello stato imprenditore in Italia*. CiL, p. 127 segg. e 137 segg., si legge di un progetto di risanamento della Banca commerciale, predisposto da Mattioli, che sostanzialmente non depauperava del tutto la banca del suo potere e delle sue funzioni, prefigurando un ente di salvataggio, e di una controproposta governativa, preparata da Beneduce, che anticipava l'IMI, e l'IRI

comitato presieduto dal governatore (allora Direttore) della Banca d'Italia, «per conseguire l'unità di governo della circolazione e del credito». È questa quindi un'altra delle *guide-lines* che Beneduce intendeva adottare nella organizzazione del mercato creditizio, ma che non trovò, nella «prima edizione» dell'IMI preciso riscontro.

La separazione delle funzioni di direzione del credito e della moneta formalmente permase, quindi, nel decreto n. 375, anche se non va sottovalutato, ai fini di chiarire il reale rapporto di forze che si creò tra i soggetti preposti all'organizzazione creditizia che, fin dai primi mesi di entrata in vigore della legge bancaria, la Banca d'Italia, valendosi delle precedenti esperienze in materia di controllo sulle aziende di credito e di strutture adatte allo scopo, soppiantò il ruolo dell'Ispettorato, privo di organizzazione autonoma e costretto a valersi degli uffici della Banca d'Italia. Inefficienze funzionali e, probabilmente, una ambiguità di fondo sul ruolo dell'Ispettorato, portarono quindi la Banca d'Italia ad assumere una posizione di *leadership* nella gestione della nuova legge).

Alla luce di tale complesso di rilievi assume particolare valore la circostanza che, contemporaneamente all'emanazione della legge bancaria, con il decreto 12 marzo 1936, n. 376, si riorganizzò l'IMI, costituendo in Sezione autonoma il Consorzio Sovvenzioni sui Valori Industriali (art. 3), e affidando la presidenza dell'Istituto al governatore della Banca d'Italia (art. 4), conferendogli così poteri di indirizzo e di gestione dell'Istituto. Successivamente, con la legge 21 maggio 1940, n. 657, «in deroga alle disposizioni vigenti» venne attribuita al Governatore anche la carica di presidente del CREDIOP e dell'ICIPU. In tal modo si realizzò, nella persona del Governatore, quell'unione di funzioni – controllo del settore del credito a breve e di quello a medio termine – che l'IRI si era posto come obiettivo principale e che nella «legge bancaria» non era stata attuata.

Che su tali modificazioni normative abbiano influito considerazioni di carattere più strettamente personale, legate alla intenzione di Beneduce di abbandonare il campo degli istituti pubblici e di dedicarsi più compiutamente alla riorganizzazione della Bastogi, realizzata nel novembre del 1939 con l'abbandono dell'IRI, è una pura supposizione. Sta di fatto che la presenza di Azzolini, che con Beneduce aveva collaborato alla soluzione delle crisi bancarie degli ultimi anni, a capo degli «enti Beneduce» operanti nel settore creditizio, era garanzia sufficiente che si mantenesse fede all'impostazione che si era inteso conferire all'organizzazione creditizia.

In sintesi, appare evidente come l'obiettivo di Beneduce di creare una struttura centralizzata di direzione dei flussi finanziari si realizzò non con la «legge bancaria», ma con il complesso dei provvedimenti emanati tra il 1936 e il 1940, in base ai quali il sistema di organizzazione del sistema creditizio appariva concluso: l'unificazione delle funzioni di governo del credito, inteso globalmente, nelle sue articolazioni del breve e medio e lungo termine, e di governo della moneta si realizzava in capo ad un unico soggetto: il Governatore

della Banca d'Italia.

Le successive modificazioni della legislazione creditizia, su cui ci soffermiamo brevemente, introdussero elementi di contraddizione nell'equilibrio del sistema: nel 1944 fu soppresso l'Ispettorato ⁶⁰, nel gennaio 1945 il Governatore fu privato della presidenza dell'IMI, dell'ICIPU, del CREDIOP. Con il D.L.C.P.S. 23 agosto 1946, n. 370 si estesero i poteri di controllo previsti dal titolo V della legge bancaria agli istituti di credito speciale creati di recente, escludendo espressamente quelli già previsti all'art. 41 (quindi IMI, ICIPU, CREDIOP), sollevando nuovamente problemi di coerenza nel sistema dei controlli.

Solo più di recente venne operato un tentativo di «razionalizzazione» con la legge del 1 febbraio 1981, n. 23, che dettò una disciplina unitaria per tutti «gli istituti o enti che hanno per oggetto la raccolta del risparmio a medio e lungo termine», ma che escluse dall'applicazione a tali enti segnatamente quei poteri previsti nel titolo V, agli artt. 32, 33 e 35, L.b., in cui si ravvisa un contenuto di «direzione» dell'attività delle imprese bancarie⁶¹).

La scelta del legislatore apparve dettata dall'opportunità di recuperare la «imprenditorialità» degli enti creditizi, eccessivamente coartata tra l'altro dalle esigenze del «credito agevolato».

Il raffronto tra l'attuazione, nel seguente ventennio, della normativa sui «crediti speciali», e le esigenze che stanno alla base della legge bancaria degli anni Trenta, potrebbe dare ragione degli ulteriori sviluppi legislativi. Un dato può essere affermato con altrettanta certezza: la tendenza alla *deregulation* nel settore del credito che si manifestò con forza negli anni '90 del secolo scorso.

5. L'affermarsi del modello della “banca universale”.

In *nuce*, le convenzioni tra stato e banche anticipavano la struttura del modello di banca (e quindi di finanziamento dell'economia) che si intendeva realizzare, in quanto orientavano le banche miste verso un modello di banca specializzata; ad esse farà seguito, con previsione normativa nella legge del '36, la cd. specializzazione “temporale e istituzionale”, ovvero una separazione tra aziende di credito operanti nel breve termine, sia per quanto concerne la

⁶⁰ Con il D.L.L. 14 settembre n. 226 si sostituiva integralmente l'apparato istituzionale previsto dal legislatore del 1936 con il Ministro del tesoro, successivamente, con il D.L.C.P.S. 17 luglio 1947, n. 691, che istituiva il CICR, affidandone la presidenza al Ministro del tesoro, alla Banca d'Italia venivano attribuite le funzioni del cessato Ispettorato. In merito a tali trasformazioni, cfr. V. Mezzacapo, «Evoluzione normativa nella disciplina della Banca centrale in Italia», in *Ambiente, Impresa, Pubblica amministrazione*, 1975, I, 482; F. Belli, «Le leggi bancarie del 1926 e del 1936-38» in *Banca e Industria tra le due guerre*, cit, II, p. 264. Sulla figura del Governatore della Banca d'Italia, cfr. F. Trimarchi, «Il Governatore della Banca d'Italia», in *B.B. Te.*, 1970, p. I segg., e F. Merusi, «Per uno studio sui poteri della banca centrale nel governo della moneta», in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1972, p. 1425.

⁶¹ L'art. 14 della L. 13 febbraio 1981, n. 23 ha ritenuto applicabili le norme relative alle forme tecniche dei bilanci, ai criteri per limitare la concentrazione dei rischi, alla convocazione delle assemblee dei soci degli enti partecipanti e dei consigli di amministrazione. Cfr. V. Santoro, «Recenti modifiche all'ordinamento creditizio», in *Mezzogiorno d'Europa*, 1981, p. 191, Capriglione, «Crisi di impresa e attività bancaria: orientamenti recenti e prospettive di riforma», in *B.B.Te.* 1981, I, 48 segg.

raccolta che l'erogazione, e istituti di credito speciale operanti nel medio e lungo termine. Implicita al nuovo assetto è la cd. "separazione banca industria", effetto di un divieto posto alle banche di acquistare o detenere azioni di impresa.

Invero, un divieto esplicito in tal senso non emerge dal testo normativo⁶². Ma il principio, esplicitamente espresso nelle summenzionate convenzioni tra Stato e grandi banche, viene fatto proprio dalle Autorità di settore, che, per lunghi anni, hanno considerato la separazione banca-industria come un baluardo contro il rischio del ripetersi di eventi drammatici come quelli che hanno caratterizzato la fine degli anni '30 dello scorso secolo e che implicarono l'intervento risanatore dello Stato⁶³.

Si può quindi affermare che la riforma bancaria realizzatasi tra il 1931 e il 1936 non riproduce i preesistenti modelli di intervento seguenti alle crisi, basati su un meccanismo di salvataggio volto a ripristinare la liquidità delle banche, lasciandone inalterato il *modus operandi*, ma fa un passo in avanti: al salvataggio si accompagna, infatti, un *risanamento strutturale* propugnante un diverso modello della banca, più funzionale alle esigenze che la crisi ha evidenziato, più stabile e quindi meno costoso per la collettività⁶⁴.

La predisposizione, in sede IRI e Ministero delle Finanze⁶⁵, dell'ambizioso progetto denominato "Comando unico", volto a riorganizzare il sistema finanziario vigente, per sottoporre al pubblico controllo non solo le tre grandi banche, che nel frattempo erano state salvate dallo Stato attraverso l'IRI,⁶⁶ intendeva ricomprendere ma tutte le altre istituzioni creditizie esistenti, molte delle quali all'epoca di natura pubblica⁶⁷, nonché le società finanziarie e la Borsa⁶⁸. Si voleva estendere il controllo dell'Ispettorato a tutte le forme di "raccolta di risparmio", anche indirette, che potessero concretizzarsi in flussi creditizi al sistema economico. In sostanza il progetto, di grande attualità e lungimiranza, intuiva come il

⁶² Così anche R. COSTI, *Banca e industria*, in M. RISPOLI FARINA (a cura di), *La nuova legge bancaria*, Jovene, Napoli, 1995, 116.

⁶³ Le convenzioni contengono anche gli impegni delle banche a sottostare alle determinazioni in tema di chiusura di sedi e filiali, nonché di concentrazioni con altre aziende, adottate con l'auspicio della Banca d'Italia; nonché di astenersi dal partecipare a sindacati di collocamento di titoli se non statali. Norme in materia di concentrazione e controllo sulla partecipazione a sindacati di collocamento titoli saranno poi introdotte nel testo della legge bancaria (si vedano gli artt. 34 e 45) del R.D. 12 marzo 1936, n. 375.

⁶⁴ Il cd. "Documento Menichella", redatto nel 1933 dall'economista che sarà successivamente Governatore della Banca d'Italia (vedilo in M. PORZIO (a cura di), *La legge Bancaria*, cit., 255, con il Titolo di "*Studio sui problemi del risanamento bancario*"), sottolinea, in particolare, la necessità di una riforma del credito in chiave costruttiva e al fine di predisporre un sistema di finanziamenti più funzionale allo sviluppo industriale.

⁶⁵ Per la Storia "Segreta" della legge bancaria si rinvia a M. PORZIO (a cura di), *La legge bancaria. Note e documenti sulla sua storia segreta*, Il Mulino, Bologna, 1981.

⁶⁶ Sul ruolo dell'IRI e in particolare di Alberto Beneduce nella preparazione della riforma bancaria, si veda M. RISPOLI FARINA, *Alberto Beneduce e i problemi dell'economia italiana del suo tempo*, in "Atti della giornata di studio per la celebrazione del 50° anniversario dell'istituzione dell'IRI", Caserta, 11 novembre 1983, EDINDUSTRIA, 1985, 223.

⁶⁷ Per un quadro dell'assetto degli intermediari operanti, si veda M. PORZIO, *La disciplina giuridica del credito*, Napoli 1991; ID., *Le imprese bancarie*, Giappichelli, Torino, 2009.

⁶⁸ Si veda M. PORZIO, *Un tentativo di intervento globale sul mercato del credito*, in ID. (a cura di), *La legge bancaria*, cit., 13 ss.

mercato finanziario abbia una sua unità dal punto di vista economico, al quale dovrebbe corrispondere un controllo pubblico di natura unitaria, per la stretta interconnessione tra i segmenti che lo compongono, nell'ottica di prevenire e/o risolvere le crisi finanziarie che possono propagarsi da un segmento all'altro.

Si direbbe, con termine attuale, che si volevano sottoporre a regolamentazione e controllo tutti i fenomeni di “Shadow banking”, espressione con la quale si intende oggi riferirsi a fenomeni di esercizio di attività finanziarie in forma esente da disciplina.

Il progetto restò in parte lettera morta, per quanto riguardò il controllo sulle società finanziarie⁶⁹ e per quello sulla Borsa, ponendo per le prime problemi di predisporre successivi e reiterati interventi del legislatore⁷⁰, solo di recenti risolti con la apposita predisposizione, nell'ambito del vigente Testo Unico Bancario, di un Titolo V, dedicato alla disciplina di “Intermediari finanziari” non bancari, che sottopone questi soggetti a un regime di controlli molti simili a quelli delle banche, per la rilevanza che assumono per il “rischio sistemico”.

Alla distinzione tra le banche, improntata alla specializzazione temporale e istituzionale e alla separazione banca-industria si aggiunse il rafforzamento e il completamento dell'apparato pubblico di vigilanza rispetto alla legge del '26, con la creazione di apposite strutture che rappresentano la chiave di volta del nuovo sistema.

In un progressivo affinarsi della disciplina dell'organismo di controllo, si passò attraverso la prefigurazione di una “Sovrintendenza al credito”, poi mutatasi in Ispettorato del credito e del risparmio, posto inizialmente alle dipendenze di un Comitato di Ministri, a sua volta sottoposto al capo del Governo. Al controllo politico del Comitato si affiancò quello tecnico dell'Ispettorato, che fungeva da cinghia di trasmissione degli impulsi del potere politico, da tramutarsi in norme di comportamento per le singole imprese o per gruppi di imprese. A capo di questo fu insediato il Governatore della Banca d'Italia, per le evidenti connessioni tra controllo del credito e controllo della moneta: la Banca d'Italia, divenuta istituto di diritto pubblico, assunse più compiutamente il ruolo di Istituto di emissione, mantenendo il ruolo di “banca delle banche”. Le successive trasformazioni dell'apparato di controllo vedono la Banca d'Italia assumere un ruolo sempre più significativo nella attività di controllo, anche in virtù delle competenze tecniche⁷¹.

Segue.

Il sistema che emerge dalla legge del '36 è, quindi, caratterizzato da una forte “*amministrativizzazione* del settore”, da una *elevata discrezionalità* dei poteri conferiti all'apparato

⁶⁹ M. PORZIO, op.cit.

⁷⁰ Si veda, da ultimo, M. RISPOLI FARINA, *Gli intermediari non bancari disciplinati dal Testo Unico Bancario: alcune considerazioni alla luce della disciplina riformata*, in *Dir. banca merc. fin.*, 2013, 1.

⁷¹ Sia consentito per una analisi delle fasi di elaborazione della disciplina dell'apparato di controllo rinviare a M. RISPOLI FARINA, *Il controllo...*, in *La legge bancaria*, cit cit., 107-112.

di controllo che, come si è anticipato, nella lettura del Giannini, si estrinseca in un “controllo-governo”⁷², sia nella versione iniziale dell'assetto delle Autorità, che in quella successiva. Tratto essenziale della legge è la sua notevole flessibilità, dote che ha consentito alle Autorità di “gestire” l'evoluzione e il cambiamento subito dal sistema bancario negli anni. La legge si limita ad enunciare che la raccolta del risparmio e l'esercizio del credito sono *funzioni di interesse pubblico*⁷³ affidando alle Autorità un articolato complesso di poteri atti a consentire sia un controllo-regolazione che un controllo-direzione degli intermediari, per quanto riguarda le aziende di credito e gli Istituti di credito speciale. Alla *pubblicizzazione* dei controlli si accompagna la natura *pubblica* della gran parte degli intermediari bancari, operanti nel breve e nel medio e lungo termine, in molte ipotesi già preesistente⁷⁴.

Si è sostenuto che proprio perché la legge era “bonne à tout faire”, essa sia rimasta inalterata per più di sessanta anni⁷⁵.

Nella fase iniziale di applicazione, negli anni 50-70 dello scorso secolo, si è privilegiata la stabilità del sistema, nell'ottica della “tutela del risparmio”. Anche se va precisato che l'obiettivo di tutelare il risparmio, *rectius* i depositanti, con evidente riferimento alle esigenze di tutela che le varie crisi bancarie avevano suscitato, è sicuramente insito nella legge - titolata “Disposizioni per la difesa del risparmio e per la disciplina della funzione creditizia”, - sebbene non indicato nelle finalità della vigilanza.

Nell'occasione va anche precisato che, almeno fino all'emanazione della “Nuova legge bancaria”, ovvero del Testo Unico Bancario del 1993, una esplicita indicazione dei fini della vigilanza non è evincibile dal dettato normativo, né appare stabilito che debbano essere perseguiti dalle Autorità di settore.

La tutela del risparmio, si è detto, è stata quindi perseguita attraverso la tutela della stabilità del sistema, utilizzando gli strumenti che la legge consente. Almeno fino agli anni '70 del Novecento non si sono verificate crisi bancarie di portata clamorosa, e il sistema bancario italiano ha vissuto una stagione felice, in assenza di concorrenza tra gli operatori e di sostanziale opacità delle condizioni contrattuali⁷⁶. Con enfasi si è sostenuto che il risparmiatore che accede ai depositi bancari è un risparmiatore inconsapevole, la cui tutela è affidata alle Autorità di controllo del settore. Si tratta comunque di una tutela indiretta, perseguita soprattutto attraverso la tutela della stabilità del sistema nel suo complesso.

⁷² Per una lettura della legge bancaria del '36, alla luce della documentazione degli archivi IRI e Banca d'Italia, contenuta nel volume “*La legge bancaria*”, cit., si veda M.S. GIANNINI, *Relazione di sintesi*, nel volume medesimo, 237, che raccoglie gli atti del Convegno di Salerno del giugno 1978.

⁷³ La formula è stata interpretata nel senso di considerare la funzione bancaria di natura pubblica ed è stato uno dei motivi che hanno portato ai progetti di “privatizzazione” del settore realizzato con la “legge Amato” del 1980. Si veda F. BELLI, *Corso di legislazione bancaria*, cit., 220.

⁷⁴ M. RISPOLI FARINA (a cura di), *Dall'ente pubblico creditizio alla società per azioni. Commento sistematico alla l. n. 218/90*, Jovene, Napoli, 1993.

⁷⁵ Si chiedeva S. CASSESE, *È ancora attuale la legge bancaria del 1936*, in *Bancaria*, 1985, 281.

⁷⁶ Un “oligopolio protetto”.

Bisognerà attendere ancora molti anni per assistere al varo di norme dirette a una forma di tutela più diretta, quali quelle introdotte con la disciplina della trasparenza delle operazioni bancarie.

Per assistere a mutamenti significativi della legge bancaria occorre attendere gli effetti indotti dall'adesione del nostro paese ai Trattati istitutivi delle Comunità economiche europee, prima, e, poi, con maggiore evidenza, al Trattato di Maastricht del 1992.

L'adesione a tale Trattato, come è noto, nonostante il percorso ondivago seguito dal legislatore, conduce comunque ad una necessaria rivisitazione dei principi sui quali si è fondata la nostra costituzione economica, almeno fino alla fine degli anni Settanta del secolo scorso.

I principi della libertà di concorrenza e di insediamento nei paesi membri, che vigono anche per le banche, si traducono in una serie di Direttive europee, la più importante delle quali, la Seconda direttiva di coordinamento, la 646/89, incide sui poteri di autorizzazione all'attività bancaria, limitando la discrezionalità dell'autorità di vigilanza (come aveva del resto già fatto in parte la prima direttiva n. 77/780) nel consentire l'accesso al settore. La prospettiva è quella di omogeneizzare la normativa (o almeno parte inizialmente) del settore, per rendere più agevole la circolazione delle imprese e dei servizi nello spazio europeo.

Ma quel che preme di più sottolineare è che la direttiva 646/89 introduce il cd. modello della "banca universale", ovvero di un modello di banca che accanto all'attività bancaria più conosciuta, e se vogliamo tradizionale, consistente in finanziamenti nelle forme note delle operazioni bancarie, vede ampliarsi il suo spettro operativo verso altre attività finanziarie (*factoring, leasing*, gestione di patrimoni, etc.) e attività nel mercato mobiliare.

La banca, ha scritto Franco Belli, diventa sempre più soggetto di erogazione di servizi, non "intermedia più" nelle forme prescritte dalla legge del '36.

Il superamento della banca specializzata e la realizzazione della cd. "despecializzazione di tipo operativo, funzionale e temporale", pongono in sostanza in discussione tutte le specializzazioni desumibili, in linea di tendenza, dalla riforma degli anni '30.

Alla despecializzazione "istituzionale" si era già pervenuti con la legge Amato del 1990, finalizzata alla privatizzazione delle banche pubbliche, con la previsione di procedure atte a incentivare la trasformazione delle banche pubbliche in società per azioni, considerate il modello ottimale di gestione imprenditoriale⁷⁷.

Il *background* delle riforme italiane è rappresentato dal progetto di recuperare la imprenditorialità delle imprese bancarie, di cui passo saliente sono, per l'appunto, la privatizzazione della forma operativa e il contestuale abbandono di logiche programmatiche – o meglio dell'utilizzo del sistema bancario in chiave di politica economica, quale si era andato realizzando soprattutto negli anni '80 e seguenti dello scorso secolo quando la banche erano

⁷⁷ Sulla crisi delle banche pubbliche e la riforma Amato si rinvia a F. BELLÌ, *Corso...*, cit, 220.

state inserite nelle procedure di concessione di credito agevolato, in vista della realizzazione di programmi pubblici di sviluppo.

6. Uno sguardo al presente.

Sintesi di queste nuove visioni è il Testo Unico bancario del 1993, non a caso definito la “nuova legge bancaria”, che riordina gli strumenti e le finalità della vigilanza, modificati nel contempo dal decreto 481 del 1992 di attuazione della seconda direttiva e dalla stessa legge Amato.

Continuità o frattura tra la vecchia e la nuova legge bancaria? Vi è stato dibattito vivace sul punto.

Gustavo Minervini ha sottolineato gli elementi di *continuità* per la persistenza di un sistema fortemente amministrativizzato e per la incidenza della clausola della “sana e prudente gestione”, che, a suo dire inserita in più punti della legge con riferimento proprio ad attività di vigilanza, è valsa a far recuperare alle Autorità di controllo quella discrezionalità che le direttive bancarie di coordinamento avevano ridimensionato⁷⁸.

Di rilievo l'indicazione dei “fini” della vigilanza inserito nell'art. 5, che affianca obiettivi “macro” di tutela della stabilità complessiva, l'efficienza e la competitività del sistema finanziario, con altri “micro”, quale appunto la “sana e prudente gestione” dei soggetti vigilati.⁷⁹ Senza affrontare i problemi di compatibilità degli obiettivi e del declino della clausola della “sana e prudente” gestione in considerazione della trasformazione delle forme di controllo delle Autorità di vigilanza, diventate via via più di tipo documentale e in definitiva burocratico⁸⁰, vi è da ricordare che la vigilanza ha visto estendere il suo perimetro dalle banche (despecializzate) agli altri intermediari finanziari, previsti nell'art. 106 ss., sottoposti a forme di vigilanza molto simile a quella bancaria⁸¹ perché l'attività degli stessi (finanziamenti sotto ogni forma nei confronti del pubblico) è *sorella*, di quella bancaria e quindi pone analoghi problemi di controllo dei rischi, da attuare anche con la previsione di regole sui requisiti soggettivi ed oggettivi degli intermediari, nonché di forme di autorizzazione all'attività analoghe a quelle predisposte per le banche.

Le novità più recenti investono in verità altri profili che sono connessi a nuove esigenze di tutela dei risparmiatori dallo sviluppo incontrollato del modello della banca “universale”, che ha privilegiato in molti casi la realizzazione del profitto a scapito della tutela del cliente, in particolare del risparmiatore.

⁷⁸ G. MINERVINI, *Il vino vecchio negli otri nuovi*, in *La nuova legge bancaria*, cit., 11.

⁷⁹ Per la definizione legislativa del termine, si veda M. PORZIO, *Vigilanza e “sana e prudente gestione”*, in M. RISPOLI FARINA e G. ROTONDO (a cura di), *Le crisi finanziarie*, Giuffrè, Milano, 2009, 160 ss.

⁸⁰ PORZIO, *Vigilanza e “sana e prudente gestione”*, cit., 168.

⁸¹ M. RISPOLI FARINA, *Gli intermediari...*, cit., e L. SCIPIONE, *Commento agli artt. 108-114*, in C. COSTA (a cura di) *Commentario al testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, Giappichelli, Torino, 2013, 1153 ss.

Clamorosi casi di “risparmio tradito” si erano verificati in Italia (Ciro e Parmalat), ma i danni più cocenti sono dovuti al propagarsi della crisi finanziaria americana, legata allo sviluppo indiscriminato dei mutui *subprime*, in una fase di deregolamentazione dell'attività bancaria, e al collocamento dei titoli tossici presso intermediari europei⁸². Ripetersi di fenomeni di gravi crisi di liquidità, che hanno costretto gli Stati ad interventi di salvataggio delle banche hanno segnato inesorabilmente gli anni dal 2008 ad oggi.

Come non rinvenire un parallelo tra la crisi attuale e quella del '29 che coinvolse le nostre grandi banche “miste”? È vero, come ha scritto Franco Belli, non <<esageriamo con i corsi e ricorsi storici>>, ma la banca “universale”, a conti fatti ha creato più un deserto che una piantagione, come la banca “mista” portò al collasso l'economia mondiale. E dei grandi profitti finanziari prodotti dalla speculazione finanziaria si sono in sostanza avvantaggiati in pochi.

Sul piano del diritto interno deve rilevarsi che, in attuazione di direttive comunitarie volte alla tutela del consumatore, numerose norme di tutela sono state introdotte nel Testo unico bancario. In particolare, va ricordato che, in un'ottica di recupero della “fiducia” dei risparmiatori, è stata inserita un'altra finalità di cui deve curarsi l'azione di vigilanza delle Autorità creditizie nell'esercizio dei poteri di cui al Titolo VI del Testo Unico Bancario: la trasparenza e la correttezza nei rapporti con la clientela⁸³. La tutela diretta del risparmiatore è entrata a pieno titolo tra gli obiettivi della vigilanza.

Sul piano del diritto Europeo, va detto che le trasformazioni appaiono molto radicali, con la previsione di un Meccanismo unico di vigilanza, costituito presso la BCE, con il compito di controllare le grandi banche e prevenire e gestire le crisi a livello europeo, in considerazione dei limiti posti alle autorità nazionali nell'affrontare la crisi degli intermediari⁸⁴. Alla sovranità nazionale è stata in effetti sottratta la vigilanza bancaria.

Inoltre, il 29 gennaio 2014, la Commissione europea ha adottato una proposta di regolamento⁸⁵ volta ad impedire alle banche più grandi di praticare la negoziazione per proprio conto: un'attività di mercato particolarmente rischiosa. Le Autorità potranno imporre alle banche un regime di separazione tra le attività di deposito e alcune attività di negoziazione potenzialmente rischiose, se l'esercizio di queste ultime compromette la stabilità finanziaria.

⁸² Si vedano i saggi contenuti in M. RISPOLI FARINA e G. ROTONDO (a cura di), *Le crisi finanziarie*, Giuffrè, Milano, 2009. In particolare, P. MCCOY, *Il contagio dei subprime*, 25 ss; L. FIORE, *I mutui subprime: dal prestito predatorio ai fasti, ed ai disastri, della finanza cartolare*, 85 ss.

⁸³ Si veda G.L. GRECO, *sub art. 127*, in *Addenda al testo unico bancario*, Giuffrè, Milano, 2011; A. PORTOLANO, *Commento all'art. 127*, in *Commentario al testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, cit., t. II, 1495.

⁸⁴ Si veda D. VATTERMOLI, *Crisi bancarie e diritto comunitario*, in *Dir. banca merc. fin.*, 2013, I; M. AFFINITA, *L'attuazione dell'Unione Bancaria europea: il Meccanismo di vigilanza unica e il Meccanismo unico di risoluzione delle crisi. Profili generali*, in *Innovazione e diritto*, 2013, 5, 65 ss.

⁸⁵ V. Proposta di Regolamento del Parlamento Europeo e del Consiglio “Sulle misure strutturali volte ad accrescere la resilienza degli enti creditizi dell'UE”, Bruxelles, 29.1.2014 COM(2014) 43 final.

<<Il fantasma della banca Universale si aggira per l'Europa>> ha scritto Franco Belli all'epoca in cui le direttive bancarie di coordinamento degli anni '80 prospettavano l'allargamento operativo della banca specializzata. Ma si era, allora, in attesa di un fenomeno nuovo, dalla cui nascita si attendevano buoni risultati. Ora, alla luce dell'esperienza recente, il fantasma si è trasformato in uno spettro, che proietta ombre minacciose da cui bisogna difendersi⁸⁶.

⁸⁶ M.S. GIANNINI, in *Conclusioni*, cit.

RECENTI INTERVENTI NORMATIVI A FAVORE DEI SOGGETTI OPERANTI NEL SETTORE DEL MICROCREDITO. CARATTERI SOGGETTIVI E PROFILI TIPOLOGICI DI UN MODELLO IMPERFETTO.*

di Luigi Scipione (*)

ABSTRACT

By the introduction of a specific provision of microcredit within Title V of the Consolidated Banking Law, the legislature wanted to establish to regulatory and operational boundaries for an activities which, although still not very significant in terms of volume, has taken over the recent years - especially in light of the financial crisis and issues related to access to credit - an undisputed significance.

Specifically, Article 111 sets out the objective (amounts and ancillary services), subjective (beneficiaries and intermediaries delivery) characteristics and economic conditions (interest rates and collateral) of microcredit; Article 113 defines the framework for supervision of the operators and the market.

In particular, the provision of a Supervisory Body dedicated to the fund sums up the desire to stimulate orderly and monitored growth of the market.

Waiting for the implementation of secondary legislation, it is useful in this paper make a few comments on the key points that characterize the new legislation and propose some amendments to the existing regulatory framework.

Con l'introduzione di una specifica disciplina del microcredito all'interno del Titolo V del testo unico bancario, il legislatore ha voluto definire confini normativi ed operativi per una attività che, seppur ancora poco significativa in termini di volumi, ha assunto negli ultimi anni – anche alla luce della crisi finanziaria e delle problematiche relative all'accesso al credito – una indiscussa significatività.

Nello specifico, l'articolo 111 fissa i caratteri oggettivi del microcredito (importi e servizi accessori), quelli soggettivi (beneficiari e intermediari abilitati all'erogazione) e le condizioni economiche (tassi di interesse e garanzie); l'art. 113 il quadro di vigilanza degli operatori e del mercato.

In particolare, la previsione di un Organismo di vigilanza dedicato al comparto riassume la volontà di stimolare una crescita ordinata e monitorata del mercato.

In attesa dell'emanazione della normativa secondaria di attuazione è sembrato utile, nel presente contributo, formulare alcune osservazioni sui punti chiave che caratterizzano la nuova normativa e prospettare alcune modifiche dell'impianto normativo esistente.

SOMMARIO: 1. Il microcredito. Aspetti definatori del fenomeno – 2. L'introduzione di un quadro di riferimento normativo per gli operatori nel microcredito – 3. L'attività di microcredito: destinatari e caratteristiche dei prestiti – 3.1. Un confronto tra le diverse <<forme>> di microcredito disciplinate nel testo unico bancario – 4. Causa solidaristica e causa di finanziamento: verso la previsione di uno specifico schema negoziale – 5. Il microcredito erogato dai soggetti giuridici <<senza fini di lucro>> – 5.1. In particolare: il caso degli operatori di finanza mutualistica e solidale – 6. I controlli sui soggetti iscritti

nell'Elenco dell'art. 111 t.u.l.b. – 6.1. L'Organismo di vigilanza per gli operatori del microcredito. Profili strutturali e regole di funzionamento – 6.2. Elementi di criticità della nuova disciplina dell'Organismo di vigilanza – 7. Osservazioni conclusive

1. Il microcredito. Aspetti definitivi del fenomeno.

Da trent'anni il microcredito e la microfinanza hanno operato una «rivoluzione» nelle possibilità di accesso ai servizi finanziari e nell'approccio al rischio bancario, rivelandosi strumenti attraverso cui è possibile ampliare la platea dell'inclusione finanziaria e sociale¹.

Problematiche quale l'esclusione dal credito, la condizione di non bancabilità e la necessità di recuperare risorse finanziarie di fronte alla ridotta disponibilità di banche e istituti tradizionali a finanziare l'economia reale hanno attraversato diverse fasi storiche con l'individuazione di varie soluzioni. Tuttavia, nelle molteplici tipologie di credito informale messe in atto nel corso degli anni e dei secoli, si ritrovano modalità e concezioni che sono alla base del microcredito moderno. Occorre precisare che le esperienze di microcredito in Italia fanno riferimento sia al microcredito sociale (o microcredito alla famiglia/persona) che al microcredito all'impresa. Entrambi gli strumenti sono imprescindibili ai fini della tutela e dell'inclusione finanziaria e sociale di soggetti svantaggiati. Ambedue si caratterizzano per la particolare attenzione alla persona che si esplicita in una modalità di valutazione del merito di credito che considera più fattori rispetto a quelli usati oggi dal credito *mainstream* (in particolare, l'affidabilità del richiedente, il suo contesto relazionale di riferimento, la validità del progetto che intende intraprendere nel caso del microcredito impresa).

La recente crisi internazionale ha accentuato la necessità di prevedere strumenti di finanziamento accessibili a soggetti storicamente <<vulnerabili>>, poiché esclusi dai canali

¹ L'idea del microcredito si diffonde grazie al lavoro di *Grameen Bank*, la «Banca Villaggio» (letteralmente <<Banca Rurale>>, con un chiaro riferimento alle strutture di credito cooperativo) fondata nel 1976 da Muhammad Yunus, professore di econometria presso l'Università di *Chittagong*, nel *Bangladesh*. Questa banca rurale nasce per concedere prestiti e supporto organizzativo ai più poveri, riuniti in gruppi di beneficiari (*solidarity group*), tradizionalmente esclusi dal sistema di credito tradizionale. Sull'esempio della *Grameen Bank*, diverse Organizzazioni Non Governative (ONG) internazionali hanno adottato nel corso degli ultimi venti anni programmi di microfinanza/microcredito, al fine di integrare progetti d'intervento a sostegno dell'economia locale dei Paesi in via di sviluppo. Sulle peculiarità del microcredito come particolare tecnica di finanziamento si rinvia a YUNUS, *Il banchiere dei poveri*, Bologna, 2003, *passim*; CIRAVEGNA e LIMONE, *Otto modi di dire microcredito*, Bologna, 2007, *passim*; BECCHETTI, *Il microcredito*, Bologna, 2008, *passim*. Più in generale, si può definire oggi il microcredito come una particolare tecnica di finanziamento che si basa non tanto sulla microentità dei prestiti concessi (seppur, come è noto, caratteristica presente nella filosofia della *Grameen Bank*), quanto su una valutazione del merito del prenditore del credito del tutto peculiare. Il sistema creditizio attuale esclude dal prestito i soggetti che non considera solvibili o redditizi in base alle loro caratteristiche economiche e sociali. Il microcredito fonda le valutazioni sulla solvibilità degli individui in base ad un «ordine» del tutto diverso, legato alla persona e non al suo capitale. Sono le risorse immateriali dell'individuo, le tradizioni, le regole informali, i valori, la cultura i fattori che rilevano. La tecnica sposta sul gruppo di individui, legati da cultura, etica ed interessi comuni, il centro dell'attività creditizia. I prestiti vengono concessi, infatti, non singolarmente ma a gruppi di individui, i quali si controllano l'un l'altro, mentre, in una sorta di meccanismo di «mutua responsabilità», ciascuno è responsabile per la solvibilità degli altri.

standard del credito bancario². In questo preoccupante contesto, microfinanza e microcredito rappresentano una specifica tipologia di finanza che si suole indicare, con formula ampia, «finanza informale» o «inclusiva», alternativa a quella tradizionale. L'obiettivo sotteso ad ogni progetto di microfinanza/microcredito è quello di creare le condizioni di sostenibilità dei programmi e delle istituzioni che ne prendono parte, perseguendo nel contempo una piena indipendenza operativa da interventi finanziari esterni, quale condizione per una continua e duratura operatività. Il finanziamento di queste attività viene, infatti, erogato tramite associazioni o consorzi che rientrano nel grande settore della finanza etica³.

Del resto, il distacco tra dato economico e regolazione giuridica rispecchia pienamente le criticità che caratterizzano l'argomento in esame. Non deve, infatti, stupire che la microfinanza in Europa presenti un grado di sviluppo inferiore rispetto a quanto riscontrato nei paesi in via di sviluppo. Per quanto precede, l'UE ha proposto un'iniziativa volta a sviluppare il mercato del microcredito (v. Comunicazione della Commissione al Consiglio, al Parlamento europeo, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, del 13 novembre 2007, dal titolo «Iniziativa europea per lo sviluppo del microcredito a sostegno della crescita e dell'occupazione» – COM(2007) 708), che si articola in quattro punti distinti: 1) migliorare il contesto giuridico e istituzionale negli Stati membri; 2) creare un clima ancor più favorevole all'imprenditorialità; 3) incoraggiare la diffusione delle buone procedure, segnatamente attraverso la formazione; 4) fornire capitale finanziario supplementare agli organismi di microcredito⁴. Questo schema è condivisibile anche nel contesto italiano, a patto di essere opportunamente declinato e precisato.

² Cfr. COTTERLI, *L'accesso al credito per i non bancabili e il mercato del credito in Italia*, in RISPOLI FARINA e RONDONO (a cura di), *La crisi dei mercati finanziari*, Milano, 2009, 79 ss.; SILVIOTTI, *Gli effetti dell'esclusione finanziaria e l'esigenza di una finanza alternativa: alcune riflessioni sul microcredito*, in *Riv. dott. comm.*, 2010, 365 s.

³ Al fine di vagliarne con completezza e cognizione di causa il reale effetto economico e la specifica consistenza sociale, si vedano, *ex plurimis*, ABI, *Banche e inclusione finanziaria. Accesso al credito, microfinanza e strategie operative*, Roma, 2009; DI CASTRI, *The microcredit sector in Italy, Handbook of microcredit in Europe*, Edward Elgar Publishing Inc., 2010; BORGOMEIO & CO., *Rapporto sul microcredito in Italia – quarto Rapporto*, Reggio Calabria, 2008; MILANO-SALVIATO, voce *Microfinanza e microcredito*, in *Enc. Treccani*, 2005; TERRERI e GALIMBERTI FAUSSONE, *Opportunità d'impresa e esclusione dal credito: il caso italiano*, Fondazione Giordano dell'Amore, Firenze, 19 dicembre 2008; PELGREFFI, *Il microcredito una risposta ai problemi delle famiglie e delle microimprese*, a cura di Fondazione Giovanni dalle Fabbriche, 2009; DALLA PELLEGRINA e MASCIANDARO, *Nuova microfinanza? Credito informale e credito di gruppo in mercati competitivi*, in *Rivista italiana degli economisti*, 2004, 3 ss.; BOCELLA (a cura di), *Il sistema del microcredito: teoria e pratiche*, Milano, 2011, 13 ss.; BECCHETTI e PISANI, *Microcredito, in parole chiave: nuova serie di problemi del socialismo*, 2009, 91 ss.; MORDUCH, *The Microfinance Schism*, in *World Development*, 2000, 617 ss.; WILLIAMS, *Requiem for Microcredit? Demise of a Romantic Idea*, in *Banking and Finance Law Review*, 2005, 145 ss.

⁴ Riguardo all'assenza di una disciplina internazionale ed europea sul tema del microcredito si vedano le riflessioni di STEFANELLI, *L'inadeguatezza della regolamentazione giuridica del microcredito a livello globale e le mancate sfide del sistema creditizio*, in *Studi di diritto dell'economia e dell'impresa in memoria di Antonio Cicognani*, Padova, 2012, 653 ss. A livello europeo, esistono due tipologie istituzionali di operatori di microcredito: le banche (diversi tipi, tra cui le banche di microfinanza, come in Romania, Bulgaria e Spagna), e le istituzioni non bancarie, che comprendono un'ampia platea di soggetti (dalle società finanziarie alle ONG). Questa distinzione è particolarmente utile perché in alcuni paesi il ruolo delle banche nel settore del microcredito è centrale se non addirittura esclusivo e perché queste due grandi tipologie di offerta comportano situazioni normative nazionali e strategie di sviluppo diverse. Per una disamina più dettagliata dei modelli affermatasi, in particolare, in Francia e Romania si rimanda alla nota 60.

In Italia, ad esempio, l'esercizio del microcredito è stato per lungo tempo ad appannaggio prevalentemente di quegli operatori in grado di poter concedere piccoli prestiti soltanto se in partenariato con le banche. La maggior parte delle esperienze di microcredito prevede la presenza di un'organizzazione senza scopo di lucro (ad es. fondazioni, associazioni, enti assistenziali, enti pubblici) o di tipo cooperativo che gestisce la selezione e l'accompagnamento dei richiedenti – svolgendo un'attività che potrebbe essere riconducibile alla mediazione creditizia – e di un istituto di credito che eroga materialmente i prestiti sulla base, in genere, di un fondo di garanzia messo a disposizione da enti pubblici o privati. Le associazioni, in particolare, hanno dovuto da sempre agire nella sola veste informale di mediatori creditizi, in assenza di una disciplina legislativa *ad hoc*⁵.

2. L'introduzione di un quadro di riferimento normativo per gli operatori nel microcredito.

Il d.lgs. 13 agosto 2010, n. 141 (come modificato e integrato dapprima dal d.lgs. 14 dicembre 2010, n. 218 e da ultimo dal d.lgs. 19 settembre 2012, n. 169), oltre a dettare nuove norme in attuazione della direttiva comunitaria n. 48/2008 in materia di credito al consumo, opera una profonda rivisitazione della disciplina relativa agli intermediari finanziari e agli altri operatori del settore finanziario. Come indicato nella legge comunitaria per il 2008, il decreto prosegue verso la progressiva «uniformazione» degli intermediari finanziari avviata dal legislatore e dalla Banca d'Italia negli anni più recenti, processo i cui effetti si manifesteranno in via graduale, nei termini e con le modalità dettate dalle disposizioni transitorie.

La riforma realizzata nel 2010 si basa sul superamento della distinzione tra intermediari vigilati e intermediari solo censiti; l'impianto delle regole e dei poteri di intervento viene allineato a quello già in essere per gli altri intermediari regolamentati. Il nuovo titolo V del testo unico bancario (d.lgs. 1° settembre 1993, n. 385 – d'ora in avanti anche <<t.u.l.b.>>) racchiude, infatti, anche la disciplina di altri soggetti – diversi dalle banche e dagli intermediari finanziari – dediti all'esercizio di attività finanziarie, prima regolati dall'art. 155, abrogato dall'art. 8, comma 12, del d.lgs. 141/2010. La riserva di attività, delineata dall'art. 106 del t.u.l.b. a favore degli intermediari finanziari non bancari, viene limitata alla sola concessione di credito e gli operatori vengono assoggettati a controlli (sia per l'accesso al mercato, sia *durante societate*, sia in caso di crisi) modellati su quelli in essere per le banche, modulati in base al principio di proporzionalità⁶.

⁵ Cfr. MACCHIAVELLO, *La regolazione della microfinanza tra equità ed efficienza*, in *Dir. banca merc. fin.*, 2, 2012, 353.

⁶ In particolare, sulle peculiarità del sottosistema normativo del novellato Titolo V del t.u.l.b. e sulle ragioni che hanno indotto il legislatore a porre mano ad una ottimale sistemazione della materia nel dare attuazione alla direttiva 2008/48/CE, cfr. RISPOLI FARINA, *La nuova veste degli intermediari finanziari del Testo Unico bancario. Profili generali*, in *Innovazione e diritto*, 2013, 2, 81 ss.; ANTONUCCI, *L'intermediazione finanziaria non bancaria nel d.lgs. 141/2010. Profili di sistema*, in *Riv. trim. dir. eco.*, 2011, 1, 34 ss.; GOFFREDO e BERNERI, *La revisione della disciplina dei soggetti operanti nel settore finanziario. D.Lgs. 13 agosto 2010, n. 141. Il Commento*, in *Società*, 2010, 12, 1469 ss. CAPRIGLIONE, *sub art. 106*, in *Commentario al testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, diretto da CAPRIGLIONE, con la collaborazione di PELLEGRINI, SEPE e V. TROIANO, t. III, 3a ed., Padova, 2012, 1390 ss.

Con la concentrazione della vigilanza sulla sola attività di finanziamento, il legislatore ha inteso fare ordine in merito alla precisa definizione del quadro complessivo delle altre forme di intermediazione creditizia, contestualizzando l'attività di microcredito nelle riserve di legge riconducibili all'attività bancaria e finanziaria. I tratti tipici della disciplina del microcredito risentono, pertanto, di tale esigenza, che il legislatore ha rispettato, sia circoscrivendo il perimetro operativo della suddetta attività, sia introducendo una nuova categoria di intermediario avente come oggetto sociale esclusivo il microcredito⁷. Del resto, la più rilevante novità della riforma riguarda proprio << l'introduzione di un nuovo tipo di bipolarismo, basato sulla tipologia di attività, ove il discrimine è dato dal rilievo solidaristico e sociale di alcune, definite aree del circuito della concessione di credito, per le quali si disegna un percorso diverso e più lieve di controlli >>⁸.

Le caratteristiche tecniche delle operazioni di microcredito, i requisiti degli operatori autorizzati all'esercizio dell'attività nonché l'individuazione delle categorie di soggetti che possono beneficiare di tali finanziamenti, sono rigorosamente indicati nell'art. 111 del t.u.l.b.⁹. L'art. 113 definisce, invece, il quadro di vigilanza degli operatori e del mercato.

Procedendo con ordine, il primo comma dell'art. 111 prevede che l'attività di microcredito può essere esercitata solo dai soggetti iscritti in un apposito Elenco disciplinato dall'art. 113 t.u.l.b.¹⁰. L'iscrizione in questo Elenco è sostitutiva dell'iscrizione nell'Albo degli intermediari finanziari tenuto dalla Banca d'Italia prevista dal primo comma dell'art. 106 t.u.l.b.

Come precisato al comma successivo, l'iscrizione nell'Elenco degli operatori del microcredito è comunque subordinata alla presenza di determinati requisiti organizzativi, di esclusività dell'oggetto sociale e qualitativi. I soggetti che possono erogare il microcredito devono, infatti, avere le seguenti caratteristiche: *a*) forma di società di capitali (società per azioni, a responsabilità limitata, in accomandita per azioni come da ultimo specificato dal d.lgs. 169/2012) o di società cooperative (compresa la cooperativa sociale)¹¹; *b*) capitale versato di ammontare non superiore a quanto stabilito dal Ministero dell'economia e delle

⁷ Prima delle intervenute modifiche, al fine di superare un quadro operativo e regolamentare particolarmente fumoso in *subjecta materia*, la dottrina (COTTERLI, *L'accesso al credito*, cit., 83) suggeriva di dedicare all'attività di microcredito una sezione speciale dell'Elenco generale dell'art. 106 del t.u.l.b. All'iscrizione in tale sezione (subordinata alla presenza di determinati requisiti, anche meno severi rispetto a quelli generali) si accompagnava l'esercizio di una vera e propria vigilanza da parte della Banca d'Italia. Siffatta proposta teneva conto anche della possibilità per gli intermediari di microcredito di accedere ai capitali necessari per l'esercizio dell'attività, attraverso, ad esempio, l'emissione di titoli destinati a investitori «etici». I soggetti iscritti nella sezione speciale avrebbero dovuto, inoltre, avere caratteristiche tali da poter essere qualificati come «soggetti no profit» riconducibili alla categoria delle imprese sociali (con vincoli, innanzitutto, alla distribuzione di utili).

⁸ Così ANTONUCCI, *L'intermediazione finanziaria non bancaria nel d.lgs. 141/2010*, cit., 35.

⁹ Nella versione rinnovata dall'art. 7 del d.lgs. 141/2010 e poi ancora modificata dall'art. 3 del d.lgs. 169/2012. Per un commento alla nuova disciplina v. BANI, sub *art. 111*, in *Commentario al testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, cit., 1458.

¹⁰ Anch'esso rinnovato dall'art. 7 del d.lgs. 141/2010 e poi ulteriormente modificato dall'art. 3 del d.lgs. 169/2012.

¹¹ La forma di società cooperativa originariamente non era prevista ed è stata introdotta, come si dirà più avanti, solo in seguito, ad opera dell'art. 3 del d.lgs. 169/2012.

finanze¹²; c) requisiti di onorabilità dei soci di controllo o rilevanti, nonché di onorabilità e professionalità degli esponenti aziendali; d) oggetto sociale limitato alle sole attività di microcredito, nonché alle attività accessorie e strumentali¹³; e) presentazione di un programma di attività¹⁴.

Quest'ultima condizione lascia intendere, in stretta analogia con quanto previsto per le banche, che il momento autorizzativo sia anche e soprattutto occasione per <<selezionare le iniziative ritenute ragionevolmente in grado di operare in modo non velleitario (seppur con intenti meritori) in questo comparto del mercato finanziario>>¹⁵.

3. L'attività di microcredito: destinatari e caratteristiche dei prestiti

Sotto il profilo oggettivo, nel nostro ordinamento il microcredito viene declinato nella attività di concessione di finanziamenti nei confronti del pubblico, potendosi distinguere, poi,

¹² Secondo le istruzioni contenute nella bozza del decreto attuativo, resa pubblica dal MEF nell'estate del 2013 (d'ora in avanti anche <<bozza di decreto>>), il capitale sociale versato deve essere non inferiore a cinque volte quello previsto per la costituzione delle società per azioni, quindi pari a 600.000 Euro. A questa norma è collegata quella dell'art. 14 della stessa bozza di che prevede che gli operatori iscritti nell'Elenco citato possono acquisire risorse a titolo di finanziamento per un ammontare non superiore a 16 volte il patrimonio netto (capitale sociale + riserve + utili) risultante dall'ultimo bilancio approvato.

¹³ Vi sarebbe una possibilità, sebbene piuttosto remota nella pratica, di effettuare attività di erogazione di microcredito con fini puramente solidaristici, ossia mediante una società di capitali che assuma la forma di impresa sociale, le cui peculiarità sono delineate dal d.lgs. 24 marzo 2006, n. 155. Si tratta di un'impresa caratterizzata dall'assenza dello scopo di lucro, <<che esercita in via stabile e principale un'attività economica organizzata al fine della produzione o dello scambio di beni e servizi di utilità sociale>> (art.1, comma 1, d.lgs. 155/2006). I beni o servizi che ricadono nei settori tassativamente indicati dal decreto, in base all'art. 2, sono assistenza sociale (comma 1, lett. a), sanitaria e socio-sanitaria (comma 1, lett. b-c); educazione, istruzione e formazione, anche extra scolastica (comma 1, lett. d-l-b); valorizzazione del patrimonio culturale, ricerca ed erogazione di servizi culturali (comma 1, lett. f-i); attività finalizzate all'inserimento lavorativo di soggetti svantaggiati o disabili (comma 2, lett. a-b); infine servizi strumentali ad altre imprese sociali. Tuttavia, questa soluzione è difficile da praticare poiché richiede di valutare se l'attività di microcredito corrisponda in concreto ad una attività di "assistenza sociale", quella, fra le attività delle imprese sociali previste dalla lett. a) dell'art. 2, comma 2, del d.lgs. 155/2006, che più di altre può coincidere col microcredito. Secondo VISCONTI, *La disciplina legislativa del microcredito (nuovo art. 111 t.u.l.b.) ed il ruolo in esso degli enti no profit*, su www.diritto.it, 30 settembre 2010, 3, <<le norme d'attuazione del nuovo art. 111 t.u.l.b. farebbero bene a prevedere espressamente questa possibilità, per sciogliere questo dubbio interpretativo>>.

¹⁴ Quest'ultima previsione, in analogia a quanto disposto per le banche dall'art. 10 t.u.l.b., lascia intendere come l'Autorità di vigilanza preposta venga chiamata non solo a verificare la sussistenza di requisiti statici dei soggetti da sorvegliare, ma anche a selezionare le iniziative ritenute ragionevolmente in grado di operare in modo non velleitario (seppur con intenti meritori) in siffatto comparto del mercato finanziario. Nella bozza di decreto del MEF presentazione di un che l'operatore intende erogare, sotto il profilo delle condizioni economiche, delle finalità, dei segmenti o target di clientela le modalità di erogazione e di monitoraggio dei finanziamenti concessi e l'indicazione dei soggetti interni o degli operatori esterni di cui gli operatori intendono avvalersi per l'erogazione dei servizi ausiliari di assistenza e consulenza ai soggetti affidati e le modalità di controllo dell'operato degli stessi.

¹⁵ Così BANI, sub art. 111, in *Commentario al testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, cit., 1459. Se non correttamente circoscritta, si corre il rischio che tale deroga possa essere utilizzata come canale per il mantenimento o l'ingresso sul mercato di iniziative non affidabili, al punto da poter compromettere gli obiettivi fondamentali che ispirano la revisione della disciplina degli intermediari finanziari del Titolo V. Per altro verso, va opportunamente sottolineato che, senza l'espressa previsione della deroga, tutti i soggetti che, per fini per lo più non lucrativi, erogavano crediti a soggetti svantaggiati o per importi limitati, avrebbero dovuto mettersi in regola con la nuova normativa oppure cessare la propria attività a causa dell'onerosità dei requisiti autorizzativi richiesti.

una duplice forma di microcredito, ovvero il microcredito <<d'impresa>> e il microcredito <<sociale>>. La disciplina derogatoria di cui all'art. 111 deve poi tener conto, al proprio interno, di ulteriori ripartizioni riferibili rispettivamente alla tipologia dei soggetti beneficiari e alle caratteristiche dei soggetti erogatori.

Nel primo caso, secondo quanto precisato nel comma 1 dell'art. 111, i microcrediti devono essere finalizzati all'avvio od all'esercizio di attività di lavoro autonomo o di microimpresa, vale a dire rivolti ad attività imprenditoriali o anche (dato che il testo della norma parla di <<lavoro autonomo>>) libero professionali svolte in forma di impresa individuale o di società di persone o di società cooperativa¹⁶, a condizione che i finanziamenti concessi abbiano le seguenti caratteristiche:

a) siano di ammontare non superiore a 25.000 euro e non siano assistiti da garanzie reali (pegno o ipoteca). La lett. b) del comma 5 dell'art. 111 stabilisce, tuttavia, che le norme di attuazione, che saranno dettate dal Ministero dell'economia, sentita la Banca d'Italia, potranno prevedere casi in cui l'importo del finanziamento erogabile potrà essere superiore a 25.000 euro¹⁷ ed in cui le condizioni economiche applicate potranno essere diverse da quelle normali

¹⁶ Riproducendo fedelmente l'approccio dicotomico sancito dal legislatore primario, anche la bozza del decreto del MEF distingue tra <<Microcredito per l'avvio o lo sviluppo di iniziative imprenditoriali e per l'inserimento nel mercato del lavoro>> e <<Finanziamenti destinati a promuovere progetti di inclusione sociale e finanziaria>>. Con riferimento alla prima tipologia di microcrediti, all'art. 1, comma 1, della bozza di decreto si prevede che i soggetti finanziabili siano gli imprenditori individuali, le associazioni, le società di persone e le società cooperative. Non vengono menzionate le società a responsabilità limitata semplificate, ma, essendo queste espressamente previste dalla disciplina primaria (art. 111, comma 1, t.u.l.b.), deve ritenersi che anch'esse possano rientrare a pieno titolo nel novero dei soggetti finanziabili. Anche i lavoratori autonomi, sebbene non menzionati apertamente in questo elenco dei soggetti destinatari del microcredito, lo sono successivamente in altre disposizioni della bozza di decreto.

Nel comma 2, la bozza di regolamento individua quale *target* delle istituzioni di microcredito imprese di piccole dimensioni, variamente definite, che operano da meno di tre anni, ovvero da meno di cinque anni se hanno già beneficiato di un microcredito. Volendo sintetizzare, i beneficiari dovranno essere esclusivamente imprese piccole in fase d'avvio. Sono, invece, espressamente esclusi dal microcredito:

a) i lavoratori autonomi e le imprese titolari di partita Iva da più di tre anni, ove si tratti della loro prima domanda di finanziamento nella forma del microcredito;

b) i lavoratori autonomi e le imprese titolari di partita Iva da più di cinque anni, nel caso in cui abbiano già beneficiato di un microcredito per iniziative imprenditoriali (e non lo abbiano restituito, se il nuovo microcredito è richiesto allo stesso operatore e se il primo raggiungeva i limiti di 25.000 o 35.000 euro, ai sensi del 2 comma dell'art. 3);

c) i lavoratori autonomi e le imprese individuali con più di cinque dipendenti;

d) le società di persone e le società cooperative con un numero di dipendenti non soci superiore alle dieci unità;

e) le imprese che al momento della richiesta di microcredito hanno, contemporaneamente, i seguenti requisiti: un totale dell'attivo dello stato patrimoniale annuo superiore a 300.000 euro, ricavi annui lordi superiori a 200.000 euro ed un livello di indebitamento superiore a 100.000 euro.

Poiché per i primi due requisiti la bozza di decreto fa riferimento all'art. 1, comma 2, lett. a) e b), della legge fallimentare, si può ritenere che essi vadano riferiti ai valori dei bilanci degli ultimi tre esercizi o, se l'impresa opera da un tempo inferiore, a quelli dall'inizio dell'attività (i limiti valgono per ciascuno di questi anni e non come media dei valori degli esercizi considerati).

¹⁷ La normativa d'attuazione dovrebbe porre particolare cura nell'evitare contrasti con gli ambiti applicativi disegnati a livello europeo, specie con riguardo all'individuazione di casi in cui potrebbe parlarsi di microcredito al di fuori dei limiti quantitativi che vengono posti dalla decisione n. 283/2010/UE e dalla raccomandazione n. 361/2003/CE, le quali fanno riferimento, come si è visto, a prestiti d'importo inferiore ai 25.000 euro, ad

del microcredito¹⁸;

b) siano finalizzati all'avvio o allo sviluppo di iniziative imprenditoriali oppure all'inserimento nel mercato del lavoro¹⁹. La seconda previsione sembra contrastare con la prima parte della stessa norma, per la quale il finanziamento è erogato <<per l'avvio o l'esercizio di attività di lavoro autonomo o di microimpresa>>. È evidente che, a meno di non voler svuotare di senso questa disposizione, essa vada riferita all'avvio di attività libero professionali, per cui <<l'inserimento nel mercato del lavoro>> andrebbe inteso <<nelle attività di lavoro autonomo degli esercenti arti o professioni>> e non <<nelle attività di lavoro dipendente>>;

c) siano accompagnati dalla prestazione di servizi ausiliari di assistenza e monitoraggio dei soggetti finanziati. Le attività di assistenza tecnica ancillari al microcredito – che a ragione hanno determinato la fortuna di tale tecnica finanziaria poiché consentono, tra l'altro, di migliorare la capacità di rimborso dei debitori – sono comunemente utilizzate in tutto il mondo non già poiché imposte da norme primarie, quanto piuttosto perché ritenute dagli stessi operatori complementari all'erogazione di servizi finanziari²⁰.

imprese con meno di dieci dipendenti o un *turnover* o un attivo inferiore ai due milioni di euro. Sarebbe utile, infatti, valutare l'indicazione di un importo maggiore ai 25 mila euro, anche in base al parere della Commissione per l'industria, la ricerca e l'energia del Parlamento europeo, inviato alla Commissione per i problemi economici e monetari del Parlamento europeo, e contenuto nella relazione della stessa Commissione per i problemi economici e monetari del Parlamento europeo (A6-0041/2009) sull'iniziativa europea per lo sviluppo del microcredito a sostegno della crescita e dell'occupazione (2008/2122(INI)). Con il citato parere si invita la Commissione per i problemi economici e monetari, a <<prendere in considerazione>>, nella definizione in un importo massimo, <<anche altre variabili, e in particolare il diverso valore assunto dalla medesima quantità nominale nei diversi Stati membri>>. Si veda pure la decisione n. 283/2010/UE del parlamento europeo e del Consiglio del 25 marzo 2010 che istituisce uno strumento europeo di microfinanza (*European Progress Microfinance Facility*- EPMF) per l'occupazione e l'inclusione sociale.

¹⁸ Finanziamenti per i quali, ad esempio, potranno essere richieste le garanzie reali del credito (ipoteca o pegno).

¹⁹ Una prima questione è stata sollevata da NONNE, *Il microcredito solidale: profili tipologici e proposte disciplinari*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2011, 1, I, 89, il quale ha messo in evidenza, <<sotto il profilo sistematico, come tale disciplina sia suscettibile di interferire con le normative che, a livello di enti pubblici territoriali, segnatamente in riferimento a talune regioni, sono state predisposte per la valorizzazione della microfinanza come strumento di supporto alle relative politiche sociali>>. La norma, infatti, sembra non tener conto che esistono nella prassi operativa due modalità di svolgimento dell'attività di microcredito: la prima consistente nell'erogazione diretta del credito da parte di un intermediario; l'altra legata alla concessione di garanzie da parte di un soggetto dedito all'attività di microcredito (associazioni e fondazioni) a favore di un intermediario erogante il credito (v. *supra* §. 1).

²⁰ L'art. 3 della bozza di decreto si occupa di regolamentare la controversa materia dei servizi ausiliari di assistenza e consulenza. A tale riguardo, il Ministro stabilisce che l'istituzione di microcredito debba offrire, sia nella fase istruttoria che in quella di durata del prestito, almeno due dei seguenti servizi ausiliari:

- a) supporto alla definizione della strategia di sviluppo dell'attività finanziata;
- b) formazione sulle tecniche di amministrazione dell'impresa, sotto il profilo della gestione contabile, della gestione finanziaria, della gestione del personale;
- c) formazione sull'uso di tecnologie più avanzate per innalzare la produttività dell'attività;
- d) supporto alla definizione dei prezzi e delle strategie di vendita con l'effettuazione di studi di mercato;
- e) informazioni circa i servizi disponibili sul mercato per la soluzione di problemi legali, fiscali e amministrativi.

Dunque, la gamma di servizi ausiliari di assistenza e consulenza che il regolamento impone di offrire alle istituzioni di microcredito appare adeguata ed in linea con le migliori pratiche di mercato. Il contratto di

Nel secondo caso, il terzo comma dell'art. 111 fornisce una visione del microcredito specificatamente orientata al sociale. La disposizione in oggetto prevede che i soggetti iscritti nell'Elenco possano altresì erogare, ma solo in via non prevalente rispetto al microcredito ordinario di cui al comma 1, anche finanziamenti a favore di persone fisiche in condizione di particolare vulnerabilità economica o sociale, purché di importo massimo non superiore a 10.000 euro, non assistiti da garanzie reali²¹, accompagnati dalla prestazione di servizi ausiliari di bilancio familiare²², prestati a condizioni più favorevoli di quelle prevalenti sul mercato, vale a dire di quelle medie praticate²³, e aventi lo scopo di consentire l'inclusione sociale e

concessione del finanziamento disciplina le modalità con cui l'operatore di microcredito fornisce al soggetto destinatario del prestito i servizi ausiliari di assistenza.

Si prevede, inoltre, che tali servizi possano essere realizzati internamente, ovvero affidati in *outsourcing*, secondo una prassi non affatto comune all'estero nel variegato mondo della micro finanza, ad operatori del terzo settore o ad altri soggetti specializzati sulla base di un contratto che obbliga questi ultimi a riferire periodicamente all'operatore di microcredito in merito all'andamento delle attività svolte e sui risultati conseguiti dai soggetti finanziati (comma 2 e 3).

²¹ Inoltre, come rileva NONNE, *Il microcredito solidale: profili tipologici e proposte disciplinari*, cit., 89, è alquanto singolare che dalle condizioni non vengano escluse le garanzie di carattere personale legate ai canali ordinari del credito, come la fideiussione. Su questo tema VISCONTI, *La bozza del decreto ministeriale che attua l'art. 111 TUB sul microcredito*, in *www.diritto.it*, 09.12.2013, 4, sostiene che, al fine di non snaturare il microcredito, <<sarebbe opportuno specificare che le garanzie personali possono essere prestate solo dalla persona fisica che riceve il microcredito oppure dai soci o dagli associati se a riceverlo è una società o una associazione escludendo le fideiussioni prestate da terzi>>.

²² Ai sensi della bozza di decreto del MEF, il contratto di finanziamento deve specificare la destinazione dei fondi erogati e le modalità di svolgimento dei servizi ausiliari di assistenza dei soggetti beneficiari nella gestione del bilancio familiare. Tali servizi, che devono fornire ai beneficiari informazioni utili a migliorare la gestione dei flussi delle entrate e delle uscite durante l'intera durata del piano di rimborso del prestito, possono essere svolti direttamente dall'operatore di microcredito oppure da questo affidati ad operatori del terzo settore o ad altri soggetti specializzati sulla base di un contratto che obbliga questi ultimi a riferire periodicamente sull'andamento delle attività svolte e sui risultati conseguiti dai soggetti finanziati (art. 6, comma 5). Come osserva BANI, sub *art. 111*, in *Commentario al testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, cit., 1459, si è di fronte ad <<una sorta di curatela cui vengono sottoposti i soggetti beneficiari in cambio della fiducia accordata con l'erogazione del finanziamento in assenza di garanzie reali e a condizioni più favorevoli di quelle prevalenti sul mercato>>.

²³ Secondo BANI, *Ibidem*, <<il legislatore mette a disposizione di operatori finanziari socialmente orientati questa opportunità di erogare finanziamenti "agevolati", ma ne saggia le reali intenzioni imponendo una serie di condizioni di non poco rilievo, di fatto ponendo un argine al rischio che questo strumento sia usato dai percettori come credito al consumo a costi più convenienti>>. Si tratta, invero, di una formula alquanto enigmatica che, sebbene chiarisca la visione del legislatore italiano fortemente orientata al sociale, non consente di delineare in quale modo le istituzioni di microcredito potranno offrire, in concreto, servizi finanziari e di sostegno alle famiglie <<a condizioni più favorevoli rispetto a quelle di mercato>> pur preservando, dal punto di vista gestionale, condizioni di equilibrio economico. Per MACCHIAVELLO, *La regolazione della microfinanza tra equità ed efficienza*, cit., 355, a seconda dell'interpretazione che il Ministero dell'economia, sentita la Banca d'Italia, fornirà alla nozione di <<condizioni più favorevoli>> tramite la normativa d'attuazione, gli enti *no profit* potranno incorrere o meno in notevoli difficoltà nel tendere all'auto-sostenibilità e nel garantire servizi alla fascia più povera della popolazione; bisogna quindi attendere il provvedimento per capire se sia necessario stabilire tassi d'interesse di misura inferiore anche rispetto agli enti mutualistici o basti una generica indicazione di effettuare un servizio altrimenti non disponibile, anche in considerazione della tipologia di clienti esclusi dal *target* delle banche tradizionali. Sul punto VISCONTI, *La disciplina legislativa del microcredito (nuovo art. 111 del testo unico bancario) ed il ruolo in esso degli enti no profit*, cit., 6, precisa che la <<non prevalenza>> di tali prestiti deve essere commisurata alla base del totale dell'importo delle somme prestate per tutti i microcrediti e non del numero complessivo dei prestiti concessi.

finanziaria del beneficiario²⁴.

La «non prevalenza» di tali prestiti andrebbe correttamente misurata sulla base del totale dell'importo delle somme prestate per tutti i microcrediti e non in ragione del numero complessivo dei prestiti concessi²⁵.

La norma conferma la visione duale di microcredito, tipica del «modello italiano», tale per cui anche soggetti che non sono istituzionalmente orientati a fare microcredito potranno erogare prestiti di piccolo ammontare e servizi di supporto alle famiglie senza alcun riferimento agli scopi produttivi e microimprenditoriali, che invece rappresentano un caposaldo della microfinanza a livello mondiale.

Per giunta non è da escludere, in linea teorica, l'insorgere di serie difficoltà applicative per il sovrapporsi dei caratteri del microcredito alle famiglie con quelli dell'ordinario credito al consumo²⁶.

Ribadendo quanto già implicito nel comma 3 appena esaminato, il comma 3-*bis* stabilisce che le attività di concessione di microcrediti finalizzati all'avvio o all'esercizio di attività di lavoro autonomo o di microimpresa e quelle a favore di persone fisiche in condizione di particolare vulnerabilità devono essere esercitate congiuntamente.

3.1. Un confronto tra le diverse «forme» di microcredito disciplinate nel testo unico bancario.

Sul piano sistematico non sarebbe facile ricondurre ad unità le diverse ipotesi di microcredito disciplinate dall'art. 111 se non fosse per la comune *ratio* ad esse sottesa, quella di essere entrambe esercitabili in deroga a quanto disposto dall'art. 106 t.u.l.b. Parimenti non è facile individuare quale tipo di rapporto intercorra tra le due tipologie di microcredito sopra descritte, alle quali si deve peraltro aggiungere quella prevista dal comma 4, che si riferisce al microcredito per l'avvio dell'attività d'impresa e al microcredito sociale quando entrambi sono

²⁴ Come si evince dalla bozza di regolamento, tali microcrediti hanno una durata massima di cinque anni rinnovabili per altri cinque purché continuino a sussistere le stesse condizioni di bisogno (art. 6, comma 4). Non è indicata nel decreto la scadenza delle rate del piano di ammortamento del prestito che, si ritiene, possa pertanto essere liberamente fissata dalle parti.

²⁵ Secondo quanto specificato nella bozza di decreto del MEF, l'ammontare complessivo dei microcrediti per le persone fisiche in condizione di particolare vulnerabilità economica e sociale concessa dagli operatori di microcredito iscritti nell'Elenco di cui al comma 1 dell'art. 111 t.u.l.b. non può superare il 49% del valore complessivo dei finanziamenti concessi (comma 7).

²⁶ Secondo NONNE, *Il microcredito solidale: profili tipologici e proposte disciplinari*, cit., 90, quest'ultima caratteristica del prestito pone una serie di problematiche. Innanzitutto, occorre individuare gli effetti che si potrebbero produrre qualora non si verificasse detto maggiore favore; le alternative plausibili potrebbero essere la nullità del contratto di microcredito, la conversione del medesimo in credito ordinario e la sostituzione automatica delle condizioni di mercato con una misura equivalente predisposta dal giudice. Inoltre, «può discutersi se, al di là della mancata menzione per i prestiti relativi all'avvio o all'esercizio di attività di lavoro autonomo o di microimpresa, anche per essi siano cogenti, al fine di poterne riscontrare l'effettiva natura di microcredito solidale, condizioni di maggior favore rispetto a quanto ordinariamente praticato dal mercato». A giudizio dell'A. tenuto conto della *ratio* delle norme in esame, siffatta soluzione si rivela «tanto plausibile quanto necessaria».

erogati da soggetti senza fine di lucro²⁷.

Invero, nonostante i dubbi poc'anzi sollevati, l'art. 111 introduce una distinzione netta e di rilievo tra l'attività di microcredito con finalità di impresa e quella connotata da finalità esclusivamente sociale.

b) Nel primo caso, il microcredito assume la forma di «primo credito» finalizzato al sostegno di attività produttive, che si esplica nella concessione di un finanziamento destinato a persone fisiche, società di persone, s.r.l. semplificate o società cooperative, che vogliono intraprendere o che abbiano già intrapreso un progetto imprenditoriale rientrante nella tipologia di lavoro autonomo o di microimpresa²⁸. Non sono chiari, invece, i motivi che hanno spinto il legislatore ad escludere dal novero dei destinatari del microcredito le organizzazioni *no profit*, soprattutto le associazioni, in primo luogo quelle non riconosciute. Le fondazioni hanno probabilmente minor bisogno di beneficiare di questa forma di finanziamento, dato che possono essere considerate alla stregua di patrimoni destinati ad uno scopo; mentre i comitati presentano il problema di essere enti associativi con una durata limitata nel tempo dal raggiungimento di uno scopo preciso²⁹.

La forma tecnica di finanziamento consentita esclude altre tipologie quali il *leasing*, la cessione del quinto dello stipendio, il credito finalizzato, il prestito su pegno, e così via. Dunque, i suddetti finanziamenti devono, in ogni caso, essere strutturati come mutui di scopo³⁰ essendo destinati a sostenere l'avvio o lo sviluppo di iniziative microimprenditoriali e

²⁷ L'art. 11 della bozza di decreto prevede **che nei confronti delle persone fisiche che presentino un Indicatore della situazione economica equivalente (ISEE) non superiore a 35.000 euro annui** (sarebbe bene prevederne l'aggiornamento all'inflazione) **l'attività di concessione di microcrediti finalizzati a promuovere l'inclusione sociale e finanziaria dei richiedenti può essere esercitata, senza l'iscrizione nell'Elenco degli operatori di microcredito previsto dal comma 1 dell'art. 111 t.u.l.b., dai seguenti soggetti (enti) senza scopo di lucro:**

- a) associazioni e fondazioni aventi personalità giuridica;
- b) società di mutuo soccorso disciplinate dalla legge 3818/1886 (recentemente riformata dall'art. 23 del d.lgs. 179/2012);
- c) aziende pubbliche di servizi alla persona derivati dalla trasformazione delle Istituzioni pubbliche di assistenza e beneficenza (IPAB);
- d) cooperative a mutualità prevalente o non prevalente che abbiano ottenuto la qualifica tributaria di ONLUS – Organizzazioni non lucrative di utilità sociale ai sensi degli artt. 10 e 11 del d.lgs. 460/1997;
- e) cooperative sociali (legge 381/1991).

²⁸ Cfr. BANI, sub *art. 111*, in *Commentario al testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, cit., 1458. Non è previsto che si tratti di soggetti <<non bancabili>>, sebbene l'esclusione della possibilità di richiedere garanzie reali sembra tener conto della difficoltà di determinate categorie di soggetti (in una particolare fase della loro attività imprenditoriale, cioè lo *start up*), di trovarsi in simili situazioni; né si impongono condizioni di favore nell'erogazione del credito; solo si richiede all'erogatore del finanziamento l'onere di monitorare i soggetti finanziati.

²⁹ Cfr. ancora BANI, sub *art. 111*, in *Commentario al testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, cit., 1460 s. Su tali aspetti v. anche NEGRI, *Responsabilità sociale dell'impresa e finanza etica. Le scelte del legislatore e le implicazioni per il settore assicurativo*, in *Dir. econ. Assicur.*, 2007, 2 ss.

³⁰ Sul ricorso a schemi negoziali consolidati nell'erogazione di mutui di scopo per perseguire finalità solidali tramite la corresponsione di microfinanziamenti si rinvia a NONNE, *Il microcredito solidale: profili tipologici e proposte disciplinari*, cit., 76 ss. Nella sua versione <<classica>>, il microcredito si snoda su prestiti a somma limitata che

ad agevolare l'inserimento nel mercato del lavoro dei beneficiari (*i.e.* la concessione di crediti finalizzati alla formazione universitaria o professionale al fine di consentire l'accesso al mondo del lavoro, cosiddetto prestito d'onore)³¹.

A ben vedere, la fattispecie in oggetto contrasta con la previsione, contenuta nella prima parte della stessa norma, per la quale il finanziamento è erogato «per l'avvio o l'esercizio di attività di lavoro autonomo o di microimpresa». L'unico modo per dare coerenza alla disposizione *de qua* sarebbe quello di riferirla all'avvio di attività libero professionali. Di tal che, sebbene sia lecito sollevare qualche perplessità al riguardo, l'inserimento nel mercato del lavoro cui fa riferimento il legislatore sarebbe da intendersi quello *lato sensu* nelle attività di lavoro autonomo degli esercenti arti o professioni e non quello nelle attività di lavoro dipendente³².

Pare, infatti, di poter sostenere che, per disciplinare il microcredito, il legislatore abbia attinto in larghissima misura alla normativa in materia di promozione del «lavoro autonomo», conosciuta come «prestito d'onore», contenuta nel d.lgs. n. 185/2000 (precisamente, agli artt. 17 e 18) destinata alle aree in ritardo di sviluppo del Mezzogiorno (ma anche a quelle del resto d'Italia), come si evince chiaramente dal contenuto delle lettere *a*), *b*) e *c*) del comma 1 dell'art. 111 t.u.l.b.

Di prassi i programmi di microcredito prevedono, oltre a servizi di carattere finanziario, anche una combinazione di servizi di supporto alla microimpresa, come: formazione tecnica e gestionale, creazione di reti commerciali, condizioni per la raccolta di risparmio. Cosicché questi programmi assumono la denominazione di «progetti di microfinanza»³³.

possono, gradualmente e progressivamente, dopo i primi rimborsi assumere valori superiori. L'importo del finanziamento, seppure contenuto, è di fatto sufficiente a sviluppare le prime microattività artigianali ed agricole, e consente il rimborso in piccole rate progressive su base frazionata temporale per il capitale. Questo meccanismo permette una restituibilità più immediata e meno gravosa per il contraente, che contemporaneamente rimane aggiornato in modo costante sulla sua situazione debitoria e sullo stato finanziario inerente. Gli interessi del prestito che devono essere corrisposti sono inseribili in un *range* medio – elevato (nel caso anche con valori superiori al 10%), non tanto per la crescita del valore recuperabile, quanto per la copertura dei costi di gestione, particolarmente gravosi per il sostenimento delle spese di istruttoria e di conferimento necessarie anche per un prestito “micro” (sebbene la richiesta di interessi elevati possa sembrare contrastante con il prestito a rate ridotte, bisogna considerare l'alto tasso di remuneratività dell'operazione a vantaggio del richiedente, con un aggravio nettamente minore per coloro che ricevono ed impiegano la somma; inoltre tale condizione può essere ben sopportata per un credito concesso, viste le condizioni di rischio presenti).

³¹ Sembra, tuttavia, contrastare con tale interpretazione quanto precisato nell'art. 2 della bozza di decreto, ove, nello specificare la finalità dei finanziamenti, si prevede che la somma interessata dal credito possa essere utilizzata solo per determinate tipologie di spesa, come l'acquisto di beni e servizi legati all'attività svolta, le materie prime, i semilavorati ed i prodotti finiti, la retribuzione di nuovi dipendenti o soci, il pagamento di corsi di formazione per il lavoratore autonomo, l'imprenditore individuale, i dipendenti ed i soci lavoratori finalizzati ad elevare le qualità professionali e le capacità tecniche e gestionali così da agevolare l'inserimento nel mercato del lavoro di queste persone. Spetterà quindi all'operatore di microcredito verificare l'effettiva destinazione dei finanziamenti alle finalità sopra indicate richiedendone apposita attestazione al soggetto beneficiario.

³² In tal senso v. VISCONTI, *La disciplina legislativa del microcredito (nuovo art. 111 del testo unico bancario) ed il ruolo in esso degli enti no profit*, cit., 4.

³³ Nella prassi, tale progetto può essere realizzato in due fasi ben distinte e tra loro indipendenti. Con la prima fase, attraverso un progetto pilota, viene testata l'attività propedeutica di pianificazione, che consente di

In questa veste, il microcredito funge da strumento che permette ai piccoli imprenditori di generare reddito e di diventare economicamente autonomi³⁴. Gli imprenditori richiedenti devono fornire quindi delle garanzie diverse da quelle tradizionali: non è il passato delle persone che risulta rilevante, né la profittabilità *ex post* della loro impresa o le garanzie reali (tutti criteri afferenti alle banche ordinarie); ciò che risulta determinante è il futuro reddituale e la sostenibilità del progetto presentato per il finanziamento.

Del resto, sembra attestarsi ben al di là di un realistico concetto di «microcredito», pure l'istituto della «microimpresa», in quanto anch'essa fattispecie già disciplinata dal d.lgs. n. 185/2000 (agli artt. 19 e 20), in relazione all'avvio di attività imprenditoriali da parte di società di persone con un investimento massimo di 129.000 euro³⁵.

b) Il microcredito sociale, è caratterizzato da prestiti erogati per l'acquisto di beni da parte di individui in stato di vulnerabilità economico-finanziaria, quando questi beni servano per procurare benessere all'esistente o futura attività dei fruitori. Pur essendo predisposto come un contratto sinallagmatico, il microcredito solidale si contraddistingue per una serie di caratteristiche. La prima riguarda la qualità del sovvenuto, che deve versare in uno stato di

verificare l'idea progettuale, e vengono gettate le basi per la creazione di un «network» di consulenti in microimprese, fra le varie associazioni di categoria. Nella fase successiva, si giunge alla stipula degli «agreement», con banche e confidi per l'erogazione dei prestiti alle microimprese, e all'attivazione di appositi centri di assistenza, con il coinvolgimento delle associazioni di categoria, delle amministrazioni locali e provinciali, delle fondazioni bancarie e antiusura, delle banche e dei confidi.

³⁴ Altri elementi qualificanti la tipologia di microcredito in oggetto al momento si rinvergono nell'art. 4 della bozza di regolamento, ove viene confermato che questi prestiti non possono essere assistiti da garanzie reali, aprendo tuttavia all'impiego di garanzie personali (fideiussioni).

A seguire la stessa norma prevede un meccanismo di «incentivi dinamici», nella misura in cui, laddove il contratto preveda l'erogazione frazionata della somma versata, si stabilisce che i finanziamenti possano eccedere il limite di 25.000 euro di ulteriori 10.000 euro, al verificarsi delle seguenti condizioni:

- a) il pagamento puntuale di almeno le ultime sei rate pregresse,
- b) lo sviluppo del progetto finanziato, attestato dal raggiungimento dei risultati intermedi stabiliti dal contratto di finanziamento e verificati dall'operatore di microcredito,
- c) l'affidabilità del beneficiario attestata dall'assenza di inadempienze pregresse sia nei confronti di operatori di microcredito, sia di altri creditori.

Raggiunti i limiti di importo di cui sopra, è fatto divieto all'operatore di microcredito di concedere allo stesso soggetto un nuovo finanziamento prima che sia istinto il precedente (1 e 2 comma). Non si impedisce, tuttavia, al beneficiario di rivolgersi ad un operatore diverso dal primo per ottenere un altro finanziamento.

Inoltre, coerentemente a quanto praticato dalle istituzioni di microfinanza in tutto il mondo, si stabilisce che i rimborsi del capitale e degli interessi debbano avvenire sulla base di un piano di ammortamento con rate di frequenza almeno mensile e che la durata del credito debba essere non superiore a cinque anni.

³⁵ Così ancora VISCONTI, *La disciplina legislativa del microcredito: gli artt. 111 e 113 del testo unico bancario dopo le modifiche apportate dal decreto legislativo 169/2012*, in www.diritto.it, 19 ottobre 2012, 3. Secondo l'A., inoltre, è auspicabile che «le norme di attuazione dell'art. 111 t.u.l.b., che saranno dettate dal Ministero dell'economia, non limitino la concessione del microcredito a società di persone o cooperative di *start up*, cioè di imprese in fase di avvio, e/o di società molto piccole, cioè con pochi capitali versati ed una base societaria molto ristretta, vale a dire con pochi soci, e/o formata in gran parte da persone in situazioni di svantaggio quali quelle previste dall'art. 4 della l. n. 381 del 1991 che disciplina le cooperative sociali».

bisogno, quella stessa situazione di indigenza che lo sospinge a richiedere il credito³⁶.

Come si è già ricordato, nell'ambito del microcredito sociale si fa rientrare una vasta gamma di prodotti e servizi utili per la lotta alla povertà e all'esclusione sociale. Si tratta di un tipo di intervento che mira a fornire soluzioni plausibili per coloro (persone o famiglie), che si trovano in difficoltà economiche temporanee, sia con l'erogazione di piccoli prestiti, sia responsabilizzando il richiedente, che dovrà valicare la dimensione del contributo <<a fondo perduto>> per passare alla concezione del <<prestito>>. Questo passaggio implica il superamento della logica assistenziale, nella quale il contributo è un temporaneo ristoro reso per far fronte alle difficoltà economiche del soggetto richiedente, ad una nuova concezione di prestito, che implica, non solo il sostegno finanziario temporaneo alla persona, ma anche un investimento sociale, che sfocia in un notevole miglioramento della situazione sociale ed economica del beneficiario. Il microcredito può, in questi termini, essere attuato solo se il richiedente è in grado di far fronte agli impegni indicati nel contratto creditizio. Inoltre, la sua richiesta è correlata all'opportunità di essere aiutato nel prevenire futuri squilibri finanziari.

La seconda caratteristica, strettamente correlata alla prima, riguarda la necessaria riconduzione del prestito verso la soddisfazione di bisogni di prima necessità ovvero di fondamentale importanza per la crescita personale dell'individuo³⁷. Si tratta di condizioni che devono essere accertate con particolare rigore. Il loro mancato rispetto può determinare, in considerazione dello stato patologico dell'inadempimento, la pretesa dell'immediata restituzione del prestito³⁸.

La terza caratteristica concerne la presunzione di gratuità che, considerando la finalità sociale del prestito, deve essere necessariamente inserita fra le condizioni contrattuali.

L'ultima condizione ha ad oggetto la previsione di eventuali interessi, il cui ammontare non può essere determinato sulla base del mero rispetto della disciplina anti-usura, poiché ciò consentirebbe di replicare le ordinarie condizioni di mercato. Tale modo di operare si porrebbe anche in contrasto con l'art. 111, comma 3, t.u.l.b., il quale stabilisce che i finanziamenti devono essere prestati a condizioni più favorevoli di quelle prevalenti sul mercato.

³⁶ Tale aspetto può ritenersi il motivo del consenso manifestato dal soggetto erogatore; infatti, a seguito di un'istruttoria etica erronea *ex* art. 1429, n. 3, del c.c., sarebbe ammissibile il ricorso all'annullamento del contratto; è ipotizzabile anche la nullità per difetto della causa in concreto, non essendo presenti *ab origine* i requisiti oggettivi della solidarietà previsti per legge o ricavabili dalla regolamentazione negoziale.

³⁷ L'art. 6 della bozza di regolamento prevede che i finanziamenti siano destinati all'acquisto di beni o servizi necessari al soddisfacimento di bisogni primari del soggetto finanziato o di un membro del proprio nucleo familiare. In tale ambito, rientrano tra i bisogni primari le spese mediche, i canoni di locazione, le tariffe per l'accesso a servizi pubblici essenziali, quali quelli di trasporto ed energetici, etc. Inoltre, il regolamento prevede che tali finanziamenti debbano essere concessi a tassi agevolati.

³⁸ La bozza di regolamento precisa che è compito dell'operatore di microcredito verificare, anche attraverso apposite prove documentali, la sussistenza delle condizioni di vulnerabilità e l'effettivo utilizzo delle somme erogate per le finalità in oggetto (art. 6, comma 3).

4. *Causa solidaristica e causa di finanziamento: verso la previsione di uno specifico schema negoziale.*

Entrambi gli <<strumenti>> sopra esaminati, microcredito d'impresa e microcredito sociale, si basano sulla capacità di generare risorse e reddito attraverso la fiducia nelle capacità personali, progettuali e professionali dei richiedenti. Non riflette lo stato delle cose definire, come recita il testo normativo, il microcredito sociale in termini di attività non prevalente rispetto a quello di impresa. Al contrario il microcredito sociale si rivela spesso propedeutico rispetto a quello rivolto alle iniziative imprenditoriali e in molti casi crea le condizioni affinché i beneficiari godano di quel grado di indipendenza necessario ad avviare un nuovo progetto di lavoro.

Questo assunto consente di definire il microcredito moderno come una particolare forma di finanziamento che è basata, non tanto sulla micro entità dei prestiti concessi, quanto su una valutazione del richiedente singolare e caratteristica.

Al punto tale che non pare del tutto azzardato individuare, a cavallo delle due, una terza tipologia, costituita dal “microcredito per la conoscenza”, ovvero prestiti per finanziare percorsi di formazione e riqualificazione, con lo scopo di stimolare i beneficiari a dotarsi di capacità con impatto positivo sulla propria attività economica.

Più in generale, sempre con riferimento al profilo oggettivo è opportuno osservare che il paradigma normativo del microcredito incapsulato nel t.u.l.b. <<corrisponde soltanto parzialmente a quello fenomenologico e sociologico: il primo facendo proprie alcune categorie del secondo (il limitato ammontare, l'assenza di garanzie reali), ne esclude altre (quale per esempio la previsione di una garanzia personale collettiva, quale quella tipica del modello, almeno iniziale, di *Grameen bank*)>>³⁹.

In merito alle caratteristiche dei contratti di microcredito, non è facile individuare quale sia il tipo negoziale di riferimento da adottare⁴⁰. Invero, il quadro normativo sembra riconoscere solo in parte la fisionomia assunta nella prassi da tali forme di finanziamento. In particolare, la figura del sovvenuto non si caratterizza per una particolare condizione, essendo richiesto il semplice stato di bisogno che deve perdurare per tutta la durata del rapporto: ne consegue che il concedente, in caso di mutamento della condizione soggettiva, potrà chiedere la risoluzione del contratto per sopravvenuta impossibilità di conseguire la finalità solidale, essendo venuti meno i presupposti. Lo stato di bisogno potrà quindi essere appagato, alla luce delle previsioni normative, attraverso l'acquisizione di beni finali, nel caso del microcredito

³⁹ Così FALCONE, *Microcredito*, in *Dig. disc. priv., sez. comm.*, VI Aggiornamento, Milano, 2012, 495.

⁴⁰ È interessante osservare come, nel delineare il perimetro delle attività esercitabili degli operatori di microcredito (sia quelli iscritti che quelli non iscritti nell'Elenco dell'art. 111 t.u.l.b., compresi quelli di finanza mutualistica e solidale), il comma 1 dell'art. 13 della bozza di decreto escluda:

a) la concessione di crediti di firma anche nella forma di garanzie personali (cioè di avalli o fidejussioni che garantiscono obbligazioni del cliente verso uno o più creditori);

b) la concessione di finanziamenti a fronte della cessione del quinto dello stipendio o della pensione oppure a fronte di delegazione di pagamento relativa a un credito retributivo.

sociale, oppure con il mantenimento o l'avvio di un'attività economica strutturata come piccola impresa, nel caso del microcredito imprenditoriale.

La causa solidaristica sicuramente arricchisce la generica causa di finanziamento propria di qualsiasi negozio che voglia procurare una *utilitas* al sovvenuto. Il riconoscimento legislativo del microcredito, nelle forme consentite, evidenzia un intervento pubblico a favore dei bisogni primari della persona umana, in controtendenza rispetto alla riduzione del *welfare state*, che la dottrina spesso denuncia nelle riflessioni sul profilo privatistico della solidarietà.

Va infine rilevato che l'art. 111, al comma 5, lett. *b*), rinvia alle norme d'attuazione l'individuazione dei casi in cui l'importo del finanziamento erogabile debba essere superiore, per il microcredito d'impresa, ai 25.000 euro e nei quali le condizioni economiche applicate potranno derogare a quelle ordinarie. Si può allora supporre che la normativa in esame rischi di venir deformata, per costruire schemi negoziali con i quali la finalità solidaristica appare inconciliabile. Come ha giustamente sottolineato di recente la dottrina, il legislatore ha sovrapposto le esigenze <<nella scelta tra un mutuo di scopo solidale, di incerta struttura autonoma e di incerta disciplina, e un finanziamento ordinario, con conseguente illogicità, dovuta alla previsione di uno specifico schema negoziale in un provvedimento normativo destinato a disciplinare altro e diverso fenomeno>>⁴¹.

Secondo altra dottrina, la regolamentazione del rapporto <<è oggi demandata integralmente alla disciplina di settore>>, la quale, nel caso di specie, fa riferimento, da un lato, a disposizioni sui finanziamenti ordinari, speciali e agevolati, dall'altro, alla normativa *no profit*⁴². È del tutto evidente come risulti assai gravoso reperire un complesso normativo coerente, a cui attingere, per ricostruire il modello contrattuale del microcredito solidale. Rispetto ad un normale contratto di mutuo, la fattispecie in oggetto presenta delle caratteristiche peculiari, in quanto ha tutti gli elementi del contratto solidale. Si è osservato, al riguardo, come la forma solidaristica s'innesti in una fattispecie contrattuale già tipizzata dal legislatore, sino anche a caratterizzarla *ex novo*. Infatti, il contratto di microcredito solidale rappresenta un *unicum* per le caratteristiche che si sono appena evidenziate, vale a dire la qualità del sovvenuto, che deve versare in uno stato di bisogno, la destinazione del prestito verso la soddisfazione di bisogni indispensabili per l'individuo ovvero per lo sviluppo della persona umana, la presunzione di gratuità e la previsione di interessi più bassi rispetto a quelli previsti sul mercato.

5. Il microcredito erogato dai soggetti giuridici <<senza fini di lucro>>.

⁴¹ Così NONNE, *Il microcredito solidale: profili tipologici e proposte disciplinari*, cit., 92 s. Pare evidente che, nel delineare tali confini, bisogna partire dal presupposto che attualmente il tipo codicistico (nel caso di specie il mutuo) non ricostruisce in misura completa il regolamento negoziale. Esso ha infatti una funzione negativa, in quanto esclude determinate previsioni incompatibili, e una funzione positiva, in quanto individua delle regole che ne definiscono struttura e funzione.

⁴² È di tale avviso GITTI, *La "tenuta" del tipo contrattuale e il giudizio di compatibilità*, in *Riv. dir. civ.*, 1, 2008, 496.

Gli artt. 111 e 113 delineano per i soggetti operanti nell'ambito del microcredito (analogamente a quanto avviene per gli agenti e i mediatori creditizi) un regime di vigilanza alleggerito. La *ratio* della disciplina è duplice: si vuole, per un verso, introdurre una normativa di favore per quelle iniziative che presentano un indubbio rilievo sociale e che posseggono tendenzialmente una scarsa rilevanza sistemica⁴³; per l'altro, evitare che possano operare nel settore associazioni non sottoposte ad adeguati controlli che, sulla base della sola condizione di agire senza scopo di lucro, possano strumentalizzare l'attività svolta per favorire iniziative non affidabili.

Si ricorda che ai sensi del quarto comma dell'art. 111 t.u.l.b. i soggetti giuridici senza fini di lucro (in possesso delle caratteristiche individuate nelle norme di attuazione che saranno emanate dal Ministero dell'Economia ai sensi del comma 5 dello stesso articolo) possono anch'essi concedere microcrediti fino a 10.000 euro (purché in misura, cioè in valore, non prevalente rispetto ai primi) a favore di persone fisiche in condizione di particolare vulnerabilità economica o sociale⁴⁴.

Peraltro, in luogo della previsione riferibile ai soli soggetti erogatori di microcredito ordinario, secondo cui i finanziamenti devono essere prestati <<a condizioni più favorevoli di quelle prevalenti sul mercato>>, si richiede che la suddetta attività sia svolta dagli operatori senza fine di lucro <<a tassi (di interesse) adeguati a consentire il mero recupero delle spese sostenute dal creditore>> (comma 4 dell'art. 111, come modificato dall'art. 3 del d.lgs. 169/2012), e non, dunque, a remunerare l'attività di finanziamento svolta. A tal fine, occorrerà tener conto sia dei costi diretti dell'attività di concessione di microcredito che di quelli indiretti o generali che sono sostenuti per il funzionamento della struttura organizzativa.

Con l'espressione <<soggetti giuridici senza fine di lucro>> si intendono, in primo luogo, tutte le forme giuridiche di organizzazione *no profit*, vale a dire: associazioni (riconosciute o non riconosciute), fondazioni e comitati (anche se quest'ultima è una possibilità solo teorica in quanto il comitato, come si è già avuto modo di sottolineare, è un ente associativo che si costituisce per raggiungere un obiettivo definito in un periodo di tempo determinato).

Sebbene non si rinvenga un chiaro riferimento ai finanziamenti mutualistici e solidali erogati dalle cooperative, la nuova espressione contenuta nella norma in esame consente di far

⁴³ Cfr. ANTONUCCI, *L'intermediazione finanziaria non bancaria nel d.lgs. 141/2010*, cit., 38. L'A. sostiene che, dal punto vista sistematico, l'introduzione di un quadro di riferimento normativo per gli operatori nel microcredito pare destinato a sopperire alla carenza di canali di finanziamento per fasce di clientela debole, conseguente alla folta messe di intermediari *ex 106* destinati alla cancellazione. Si tiene conto del fatto che il rafforzamento e la maggiore onerosità dei requisiti autorizzativi tendenzialmente escluderà gli intermediari attualmente iscritti nell'Elenco generale dalla possibilità di accedere al nuovo Albo, con la conseguente questione della salvaguardia, della fascia di clientela sulla soglia della bancabilità, dalla assoluta carenza di canali leciti di accesso a finanziamenti (salva la ridotta presenza del credito su pegno). Sul punto v. pure le osservazioni del COMITATO NAZIONALE ITALIANO PERMANENTE PER IL MICROCREDITO, *Proposte di modifica del Titolo V del t.u.l.banc.*, position paper, 20 maggio 2010, 4 s.

⁴⁴ Sul rapporto tra mutualità e forme solidaristiche nell'ambito della cooperazione si rinvia a NONNE, *Il microcredito solidale: profili tipologici e proposte disciplinari*, cit., 64 ss.

rientrare fra i possibili organismi erogatori anche le società cooperative (comprese quelle sociali), dato che esse hanno scopo mutualistico, consistente in uno o più tipi di vantaggi economici per i soci.

Dall'esigenza di prendere in considerazione lo stretto connubio che intercorre tra mutualismo e microcredito in Italia, deriva il riconoscimento del ruolo delle cooperative di tipo mutualistico, sia come operatori finanziari che come fruitori di finanziamenti, nel momento in cui esse sono destinate ad operare come istituti di microcredito.

L'ampliamento della categoria dei soggetti abilitati anche alle persone giuridiche private senza fini di lucro consente alle cooperative sociali di cui alla l. 8 novembre 1991, n. 381 di erogare finanziamenti ai non associati, oltre che ai propri soci, nonché a favore delle imprese sociali, demandando, come si è visto, al regolamento del Ministero dell'economia e delle finanze l'individuazione delle caratteristiche di tali soggetti⁴⁵.

Se in forza del terzo comma possono fornire agevolazioni in forma di microcredito sociale anche coloro che svolgono attività di microcredito di impresa (v. *supra*), è plausibile ritenere che, nonostante il disposto di cui al nuovo comma 3-*bis*, ciò non valga necessariamente nel caso inverso. In altre parole, sembra ragionevole sostenere che l'obbligo di svolgere <<congiuntamente>> le due forme di microcredito (quello per così dire <<ordinario>> e l'altro di vocazione più propriamente <<sociale>>) sia riferibile, in prima battuta, soltanto ai soggetti iscritti nell'Elenco. Un'interpretazione plausibile della disciplina in esame è, infatti, quella che rende accessibile lo svolgimento dell'attività di cui al primo comma dell'art. 111 anche ai soggetti giuridici privi di fini di lucro a condizione però che essi si dotino dei requisiti formali e sostanziali richiesti dalla legge (tra cui forma giuridica, ammontare di capitale versato, oggetto sociale specifico e presentazione di un programma di attività).

L'inciso, così come altri passaggi poco chiari che si rinvencono nella disciplina in commento, rischia però di rendere di difficile individuazione i caratteri peculiari di ciascun soggetto erogatore e nel contempo di creare distorsioni in termini di concorrenza tra operatori dello stesso settore.

Perplessità che non si dissolvono, ma che anzi sembrano trovare nuova linfa allorché si guardi al contenuto del nuovo comma 5-*bis* (introdotto dall'art. 3 del d.lgs. 169/2012), ove si prevede che l'utilizzo, da parte dell'operatore, del sostantivo "microcredito" (nella ragione sociale, nell'insegna, nella documentazione, e così via) è subordinato al fatto che esso operi in

⁴⁵ Si tenga in debito conto, tuttavia, che l'iscrizione nell'Elenco del microcredito appare poco consona all'attività delle società finanziarie esistenti in quanto attività fortemente limitata, sia dal punto di vista degli importi, sia delle garanzie richieste, sia della clientela finanziabile. A fronte di questa eventualità, tenuto anche conto dei poteri regolamentari affidati dal comma 5 al Ministro dell'economia, sentita la Banca d'Italia, sarebbe risultato vantaggioso assicurare una più ampia operatività delle disposizioni in materia di microcredito apportando le necessarie modifiche al testo dell'art. 111.

entrambe queste attività di concessione di microcredito⁴⁶.

Si tenga presente, altresì, che la crescita del mercato e lo sviluppo di una pluralità di soggetti impegnati nel settore della microfinanza pone diverse problematiche di coordinamento del contesto normativo, unitamente all'esigenza di trovare il giusto temperamento tra gli statuti normativi dei diversi operatori.

5.1. *In particolare: il caso degli operatori di finanza mutualistica e solidale.*

La direttiva 2008/48/CE sul credito al consumo ha previsto norme di tutela per la finanza mutualistica e solidale, individuando per essa requisiti sostanzialmente analoghi a quelli presenti nelle MAG (acronimo di «Mutue di Auto Gestione») esistenti. A tal riguardo, l'art. 2, comma 5, stabilisce che gli Stati possano adottare norme di favore per organizzazioni istituite per il reciproco vantaggio dei suoi membri, che non realizzino profitto e che perseguano una finalità sociale.

Quando con il d.lgs. 141/2010 fu introdotta la disciplina sul microcredito, venne sollevato l'interrogativo se nel perimetro dei soggetti erogatori di microcredito potessero farsi rientrare anche gli enti con scopo mutualistico⁴⁷.

Il d.lgs. 169/2012 ha poi sciolto questo nodo, rinnovando l'art. 112 t.u.l.b. e prevedendo nel nuovo settimo comma che: «<<i> i soggetti diversi dalle banche, già operanti alla data di entrata in vigore della presente disposizione (2 ottobre 2012), i quali, senza fine di lucro, raccolgono tradizionalmente in ambito locale somme di modesto ammontare ed erogano piccoli prestiti possono continuare a svolgere la propria attività, in considerazione del carattere marginale della stessa, nel rispetto delle modalità operative e dei limiti quantitativi determinati dal CICR>>».

La nuova disposizione si riferisce tanto alle società cooperative quanto alle associazioni, fondazioni o comitati, che concedono microcrediti e altri prestiti di ammontare superiore, purché di importo non eccessivo. Il legislatore ha inteso in tal guisa legittimare l'attività delle MAG⁴⁸, a condizione che tali operatori, a partire dal 3 ottobre 2012, si riconfigurino come organismi erogatori di microcredito ai sensi dell'art. 111 ovvero, se di dimensioni maggiori,

⁴⁶ Alla luce di quanto disposto dalla legge ci si potrebbe spingere sino ad affermare che, qualora si sia in presenza di un utilizzo abusivo della denominazione di “microcredito” ma, al contempo, ricorrano chiari indicatori della natura solidale del rapporto e si accerti che il beneficiario abbia fondato il suo convincimento proprio su quella tipologia contrattuale, coerente con il suo stato di bisogno, si possa stabilire un adeguamento della disciplina concreta al *nomen iuris*.

⁴⁷ Cfr. MACCHIAVELLO, *La regolazione della microfinanza tra equità ed efficienza*, cit., 355. Tale inserimento veniva auspicato anche dalla VI Commissione finanze della Camera dei Deputati nel resoconto del 2 luglio 2010.

⁴⁸ Le MAG, riconosciute realtà nell'ambito finanziario, sono società cooperative finanziarie, cui è consentito il prestito a persone fisiche (a condizione che il capitale sociale corrisponda ad almeno 600.000 Euro, e che non venga remunerato da soci). Il fulcro delle attività riguarda forme di finanza autogestita solidale, che intendono rimarcare gli <<intenti sociali>> (le persone e la società sono poste al centro del contesto operativo della finanziaria, e non il capitale), e l'importanza valoriale dei <<beni relazionali fondamentali>> e delle loro contestualizzazioni nell'ambito della comunità (qualità della vita, forme di lavoro associate -cooperazione, associazionismo dal basso).

come banche di credito cooperativo⁴⁹.

Gli operatori di finanza mutualistica e solidale, cioè le nuove MAG, possono concedere sia i microcrediti per le attività imprenditoriali che quelli volti a favorire l'inclusione sociale e finanziaria di persone fisiche⁵⁰.

È utile segnalare che nella bozza iniziale di riforma del Titolo V il riferimento alla finanza mutualistica e solidale (citato, come si è detto, anche dalla direttiva 2008/48) era stato completamente omissivo⁵¹. L'assenza di un quadro minimo di tutele a sostegno di realtà "storiche" della finanza etica aveva spinto gli operatori del settore a richiedere due modifiche al testo posto in consultazione. La prima riguardava la previsione di un richiamo alla finanza mutualistica e solidale, da inserire all'interno di uno specifico comma, con l'istituzione di una sezione distinta dall'Elenco di cui all'art. 111, comma 1, nel quale iscrivere gli operatori di finanza "etica"⁵². La seconda proposta verteva sulla opportunità di inserire la finanza mutualistica e solidale tra le condizioni di cui all'art. 107, con la previsione di parametri di vigilanza semplificati, che prendessero in considerazione gli scopi sociali, e conseguenti

⁴⁹ L'art. 16 della bozza di decreto identifica come <<operatori di finanza mutualistica e solidale>> quei soggetti, iscritti nell'Elenco dell'art. 111 t.u.l.b. e costituiti in forma di società cooperativa a mutualità prevalente, il cui statuto preveda che:

- a) i partecipanti al capitale, dipendenti e collaboratori siano esclusivamente soci;
- b) l'assemblea dei soci abbia la competenza esclusiva di deliberare in ordine alle scelte strategiche e gestionali;
- c) siano resi pubblici i nominativi dei partecipanti al capitali e i finanziamenti (cioè i microcrediti) concessi e quindi, riteniamo, i nominativi dei beneficiari;
- d) la società non abbia scopo di lucro (ma questo è normale in una cooperativa), nel senso che non possano essere distribuiti dividendi in misura superiore al tasso di inflazione dell'anno (esercizio) di riferimento. Restano validi tutti gli altri requisiti previsti per gli statuti delle cooperative a mutualità prevalente dall'art. 2514 c.c. e quelli che gli operatori di microcredito devono rispettare per potersi iscrivere all'Elenco nonché quelli dell'attività di microcredito che si sono illustrati nei paragrafi precedenti;
- e) per ogni finanziamento sia condotta una istruttoria socio – ambientale alla quale deve essere attribuito lo stesso valore di quella economica ai fini dell'erogazione (comma 1).

⁵⁰ Come puntualizzato nell'art. 16 della bozza di decreto, le MAG possono concedere **microcrediti a favore delle attività imprenditoriali per un importo massimo di 75.000 euro; il tasso di interesse effettivo globale (TAEG) non può eccedere la somma dei costi di gestione della struttura e del costo di remunerazione del capitale** che, a sua volta, non deve essere **superiore al tasso di inflazione** (commi 2 e 3).

Tali microcrediti possono essere concessi anche a lavoratori autonomi e ad imprese titolari di partita Iva da più di tre anni, ove si tratti della loro prima domanda di finanziamento nella forma di microcredito, ed a lavoratori autonomi e imprese titolari di partita Iva da più di cinque anni, nel caso in cui abbiano già beneficiato di un microcredito per iniziative imprenditoriali, in deroga alle lettere *a)* e *b)* del comma 2 dell'art. 1 della bozza di decreto.

⁵¹ Nel recepire la direttiva, il provvedimento sul credito al consumo (allora in consultazione) prevedeva solo il riferimento al «microcredito», discostandosi dalla direttiva stessa (ad esempio il credito non era rivolto ai membri della organizzazione *no profit*, ma a terzi), giacché il riferimento alla finanza mutualistica e solidale citato dalla direttiva veniva del tutto omissivo.

⁵² Nel maggio del 2010 il Dipartimento del Tesoro presso il Ministero dell'economia aveva redatto un documento di consultazione sulla trasposizione della direttiva 2008/48/CE. La Rete Ritmi sosteneva, nel documento di risposta alla bozza del testo di riforma, l'importanza del ruolo svolto dalle organizzazioni *no profit* nell'erogazione dei prestiti, proponendo l'iscrizione dei soggetti senza scopo di lucro, che svolgono servizi di tutoraggio alle imprese e alle persone nelle attività di microcredito, in un apposito elenco, diverso da quello di cui all'art. 111, comma 1; proponeva, altresì, la costituzione di una sezione differenziata dall'Elenco di cui all'art. 128-*quater* per le organizzazioni che svolgono attività di mediazione creditizia riconducibili al microcredito.

requisiti patrimoniali di lieve entità (in particolare, si indicava un capitale sociale minimo non superiore a 300.000 euro)⁵³.

Prima delle modifiche intervenute ad opera del d.lgs. 169/2012, i soggetti giuridici *no profit* dovevano essere iscritti in una sezione separata dell'Elenco degli operatori di microcredito⁵⁴. L'iscrizione era subordinata al possesso dei requisiti previsti dalle lett. c) ed e) del comma 2 dell'art. 111. Tali soggetti dovevano, pertanto, rispettare i requisiti di onorabilità dei soci di controllo o rilevanti nonché di onorabilità e professionalità degli esponenti aziendali fissati dalle stesse norme di attuazione, e, requisito venuto meno nel testo novellato dell'art. 111, ottemperare all'obbligo di presentazione di un programma di attività⁵⁵.

Rispetto alla versione originaria, nel documento di consultazione sulle <<Ulteriori modifiche ed integrazioni al d.lgs. 141/2010>>, predisposto dal Dipartimento del Tesoro, per i soggetti senza fine di lucro veniva eliminato l'obbligo di iscriversi in una sezione separata dell'Elenco tenuto dall'Organismo di cui all'art. 113. È di tutta evidenza che l'esonero di siffatti operatori da tale incombenza avrebbe accentuato il problema della robustezza della base associativa dell'Organismo, oltre che andare in contrasto con l'obiettivo di *upscaling* delle istituzioni di microcredito che il legislatore ha, invece, inteso perseguire normando l'attività microcreditizia. La disposizione, pertanto, sembrava facilitare la realizzazione di una volontà per certi versi antagonista a quella del legislatore: sviluppare un mercato del microcredito ordinato e autonomo, anche stimolando uno sforzo di adeguamento delle organizzazioni e delle istituzioni attive nel comparto.

Detto regime, più favorevole rispetto a quello dei soggetti iscritti all'Elenco, avrebbe consentito ad un numero non facilmente quantificabile di operatori di offrire prodotti di microcredito – o altri ad esso assimilabili per natura e finalità – senza essere soggetti ad alcuna vigilanza di settore⁵⁶. Si sarebbe dato vita, di conseguenza, ad un doppio mercato del

⁵³ Per ciò che riguarda i requisiti patrimoniali, si affermava che la previsione di un capitale sociale eccessivamente ridotto per i soggetti iscritti all'Elenco di cui all'art. 111, avrebbe rischiato di pregiudicare la stabilità dell'istituto e anche la serietà del progetto. Oltrepassare il limite dei 300.000 euro avrebbe, invece, ostacolato la realizzazione e la crescita di strutture più piccole che operano su base territoriale.

⁵⁴ Non sono finanziabili, inoltre, le s.r.l. a capitale ridotto introdotte dall'art. 44 del d.l. n. 83 del 2012, pressoché identiche alle s.r.l. semplificate ma riservate, tendenzialmente, a soci con più di 35 anni, mentre le seconde possono essere costituite solo da soci con meno di 35 anni. È d'obbligo segnalare che il d.l. 76/2013 ha nei fatti abolito la **società a responsabilità limitata a capitale ridotto**, (rimasta dunque in vita solo pochi mesi) ed unificato la disciplina delle società semplificate. Con il suddetto decreto l'unica forma di società semplificata resta quella della <<**società a responsabilità limitata semplificata**>> estendendo la possibilità di costituzione a tutte le persone che abbiano o meno i 35 anni di età.

⁵⁵ Era stato previsto, inoltre, che, per il microcredito sociale, gli enti *no profit* potessero erogare prestiti a tassi adeguati a consentire il mero recupero delle spese sostenute dal creditore. Per di più il documento prevedeva l'eliminazione del riferimento alle <<condizioni più favorevoli di quelle prevalenti sul mercato>>, precisando che i tassi erogati devono essere tali da coprire i costi sostenuti senza alcuna remunerazione. Soltanto le prime due modifiche sono state recepite nel d.lgs. 169/2012.

⁵⁶ I soggetti senza fine di lucro avrebbero potuto, in tal guisa, tra le loro attività, continuare ad erogare prodotti creditizi assimilabili al microcredito con un vantaggio competitivo rispetto agli operatori iscritti all'Elenco; tale vantaggio sarebbe derivato, in larga misura, da un differente peso dei <<costi da vigilanza>>.

microcredito: uno regolamentato e l'altro parallelo non regolamentato, o regolamentato secondo regole tipiche di altre attività finanziarie.

Allo stato attuale si conferma il compito per il legislatore di <<livellare>>, in futuro, con maggior cura il campo delle regole tra le due diverse realtà societarie, onde evitare trattamenti discriminatori e disparitari che, se dovessero persistere, potrebbero ritorcersi a danno della professionalità dei soggetti già operanti e della tutela dei potenziali fruitori del microcredito. La definizione di regole certe ed omogenee consentirà di concorrere <<ad armi pari>> ed evitare che il sistema dei controlli, cui sono sottoposti gli intermediari non bancari, possa incrinarsi concedendo «sconti regolamentari» e vantaggi competitivi ai nuovi adepti del microcredito.

6. I controlli sui soggetti iscritti nell'Elenco dell'art. 111 t.u.l.b.

L'Elenco in cui devono iscriversi i soggetti erogatori del microcredito è tenuto dalla Banca d'Italia, secondo quanto prescritto dall'art. 113 t.u.l.b. (come da ultimo riscritto dalla lett. *n*) dell'art. 3 del d.lgs. 169/2012)⁵⁷. La Banca d'Italia vigila sulla gestione dei soggetti iscritti, può richiedere ad essi la trasmissione di atti e documenti, entro i termini dalla medesima fissati, nonché svolgere attività ispettiva (comma 1).

Può altresì disporre la cancellazione dall'Elenco se il soggetto iscritto non possiede più i requisiti per l'iscrizione, se risultano gravi violazioni di norme di legge o regolamentari di attuazione di queste ultime, se l'iscritto è inattivo da almeno un anno. Oltre a ciò, e sempre in presenza di violazioni di norme legislative od amministrative, la Banca d'Italia può imporre agli iscritti nel suddetto Elenco il divieto di effettuare nuove operazioni o di ridurre forme e volumi dell'attività posta in essere (comma 2 e 3).

Quando il numero degli iscritti – recita il quarto comma dell'art. 113 – sarà sufficiente (ma la norma non specifica qual è il numero adeguato, introducendo una sorta di condicio *sine die*) il Ministero dell'economia costituirà con decreto, sentita la Banca d'Italia, un Organismo per la tenuta dell'Elenco degli erogatori di microcredito e per l'esercizio della vigilanza su di essi. L'Organismo si finanzia grazie ad un contributo a carico degli iscritti non superiore al cinque per mille dell'ammontare dei prestiti concessi. Rispetto alla formulazione originaria non viene più menzionata la forma giuridica di associazione riconosciuta.

Ricalcando in larga parte la struttura di controlli e poteri riconosciuti in capo alla Banca d'Italia, la sorveglianza di cui è investito l'Organismo non si limita all'amministrazione dell'Elenco ma si arricchisce di poteri informativi e ispettivi (art. 113, comma 2). Questo

Inoltre, sarebbe risultato oltremodo complesso per l'Autorità di vigilanza preposta riuscire ad ottenere un quadro esaustivo, sistematico e veritiero del mercato, nei suoi caratteri tipici dell'offerta e della domanda.

⁵⁷ Come si evince dall'art. 15 della bozza di decreto, la procedura di iscrizione nell'Elenco e la gestione di questa è disciplinata dalla Banca d'Italia che regola, altresì, gli obblighi informativi periodici che gli operatori di microcredito devono assolvere nei suoi confronti.

articolato apparato di strumenti consentirà all'Organismo di graduare gli interventi sui soggetti iscritti, al fine di assicurare una corretta ed efficace gestione nel continuo dell'Elenco, innalzando presidi non meramente formali sugli operatori vigilati.

Il raggio d'azione delle suddette prerogative si spinge, infatti, fin'anche a ricomprendere il potere di cancellazione degli operatori dall'Elenco al ricorrere di ipotesi tassativamente previste dalla legge: per il venire meno dei requisiti per l'iscrizione, per gravi violazioni di norme di legge e delle disposizioni di attuazione dell'art. 111 t.u.l.b., per il mancato pagamento del contributo e per inattività superiore ad un anno. Si aggiunga che, al ricorrere di gravi violazioni di disposizioni legislative od amministrative, l'Organismo potrà vietare ad un soggetto iscritto di effettuare nuove operazioni di concessione di microcredito od imporre ad esso la riduzione del volume dei prestiti (comma 4).

6.1. L'Organismo di vigilanza per gli operatori del microcredito. Profili strutturali e regole di funzionamento.

A fronte della sopraggiunta ridefinizione delle competenze in materia di controlli, la Banca d'Italia è chiamata a verificare – secondo modalità, dalla stessa stabilite, improntate a criteri di proporzionalità ed economicità dell'azione di controllo – l'adeguatezza delle procedure interne adottate dall'Organismo per lo svolgimento della propria attività (si veda comma 6 dell'art. 112-*bis*). È possibile ritenere che si tratti di controlli periodici e non capillari, effettuati a campione, con l'obiettivo di verificare non tanto l'esattezza e la correttezza dei rilievi e dei controlli posti in essere dall'Organismo nelle singole fattispecie, quanto la conferenza dei meccanismi adottati rispetto agli obiettivi di tutela prefigurati dalla legge.

Per effetto del rinvio operato dal nuovo comma 5 al comma 7 dell'art. 112-*bis*, il Ministro dell'economia e delle finanze, su proposta della Banca d'Italia, può sciogliere gli organi di gestione e di controllo dell'Organismo qualora vengano riscontrate gravi irregolarità nell'amministrazione, ovvero gravi violazioni delle disposizioni legislative, amministrative o statutarie che regolano l'attività dello stesso. In tal caso, la Banca d'Italia provvederà agli adempimenti necessari alla ricostituzione degli organi di gestione e controllo dell'Organismo, assicurandone la continuità operativa, se necessario anche attraverso la nomina di un commissario.

Completano il quadro i poteri assegnati alla Banca d'Italia in merito alla rimozione di uno o più componenti degli organi di gestione e controllo in caso di grave inosservanza dei doveri ad essi assegnati dalla legge, dallo statuto o dalle disposizioni di vigilanza, nonché dei provvedimenti specifici e di altre istruzioni impartite dalla stessa autorità, ovvero in caso di comprovata inadeguatezza, accertata dalla stessa Autorità, all'espletamento delle funzioni cui sono preposti.

La disciplina concernente i caratteri che devono connotare nello specifico struttura ed *agere*

del nuovo Organismo è al momento estremamente laconica ed è rimessa sostanzialmente alla emananda regolamentazione secondaria. Come già ricordato, è il Ministero dell'economia e delle finanze, sentita la Banca d'Italia, deputato a disciplinare la struttura, i poteri e le modalità di funzionamento dell'Organismo, a specificare i requisiti di professionalità e di onorabilità dei suoi componenti ed i criteri e le modalità per la loro nomina e sostituzione (si veda comma 8 dell'art. 112-*bis*).

L'impatto dell'azione di vigilanza sarà dunque strettamente correlato alla definizione dei regolamenti di attuazione della norma primaria. Sono questi a dettare la specificità dei tradizionali compiti di vigilanza informativa ed ispettiva. Per le caratteristiche tipiche del mercato microcredizio, è presumibile che l'azione di vigilanza sia fortemente orientata in favore di obblighi di trasparenza e di tutela del cliente, piuttosto che di obblighi riconducibili a indici di bilancio. Sul piano sistematico non sembra azzardato attendersi, che il Ministro dell'economia possa, entro i confini della delega ricevuta dal legislatore, spingersi a favore di un ampliamento dei poteri di controllo dell'Organismo attribuendo, ad esempio, allo stesso anche la vigilanza sull'atto costitutivo e sullo statuto societario, sulla struttura organizzativa prescelta dai soggetti erogatori nonché sulla loro eventuale partecipazione a gruppi societari.

Le Autorità di vigilanza e l'Organismo, nel rispetto ciascuna delle proprie competenze, collaborano anche mediante lo scambio di informazioni necessarie per l'espletamento delle rispettive funzioni e in particolare per consentire all'Organismo l'esercizio dei poteri ad esso conferiti nei confronti dei soggetti iscritti nell'Elenco. La trasmissione di informazioni all'Organismo per le suddette finalità non costituisce violazione del segreto d'ufficio da parte delle Autorità di vigilanza (si veda il comma 8-*bis* dell'art. 112-*bis*).

6.2. Elementi di criticità della nuova disciplina dell'Organismo di vigilanza

La previsione di un Organismo, cui affidare la gestione dell'Elenco per i soggetti erogatori di microcredito, consente di accomunare il sistema di vigilanza su taluni intermediari (microcredito e confidi minori) a quello su agenti e mediatori, che svolgono un ruolo strumentale rispetto ai primi. Siffatto elemento di omogeneità tra intermediari minori e agenti-mediatori era già presente nel precedente impianto disciplinare che, a fronte di requisiti minimi per l'accesso alla professione, si caratterizzava per la carenza di strumenti di vigilanza e ipertrofia degli Elenchi. Più in generale, la previsione di un Organismo di vigilanza dedicato al microcredito esprime la volontà di stimolare una crescita ordinata e monitorata del comparto⁵⁸.

L'affidamento alla Banca d'Italia dell'Elenco di cui all'art. 111 sembra essere giustificato da una legittima preoccupazione relativa alla sostenibilità economica dell'Organismo stesso. La previsione che riconsegna la tenuta dell'Elenco all'Organismo, solo quando la base dei

⁵⁸ Cfr. BANI, sub art. 113, in *Commentario al testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, cit., 1488.

soggetti iscritti dovesse risultare sufficiente a giustificarne la costituzione, sembra avvalorare tale interpretazione.

Il nuovo assetto dei presidi di vigilanza fin qui delineato desta tuttavia alcune significative perplessità. In primo luogo, si può rilevare che l'opera di <<catalizzatore normativo>>, l'Organismo per il microcredito, di un istituto meritevole di tutela e di incoraggiamento da parte dell'ordinamento giuridico rischia di essere indebolita dalla scelta di ricondurre le funzioni di vigilanza nell'alveo della Banca d'Italia.

In secondo luogo, la volontà di attribuire alla Banca d'Italia la tenuta dell'Elenco rischia di risolversi, da misura temporanea, in una disposizione permanente. Appare chiaro che se la base associativa non raggiungerà la dimensione quantitativa che assicura la sostenibilità, l'Organismo di vigilanza del microcredito non vedrà mai la luce. A poco servirà la previsione – peraltro non condivisibile in linea di principio, in ragione dello spirito etico dell'attività di microcredito – di coprire i costi di struttura dell'Organismo ricorrendo ad un prelievo più elevato sui finanziamenti concessi dagli iscritti all'Elenco.

Si aggiunga che anche la soluzione di ridurre la “tassa sul microcredito” al 5 per mille dell'erogato, rispetto all'1 per cento previsto dalla normativa previgente, se da un lato riduce l'onere a carico degli operatori del settore, non sembra agevolare il raggiungimento del *break even point* dell'Organismo. Di conseguenza, anche tale previsione potrebbe contribuire a ritardare, o addirittura ostacolare, la nascita di un organismo di vigilanza di settore.

Risulta dunque evidente come la strada intrapresa dal legislatore, ed ancor di più le modifiche introdotte con il d.lgs. 169/2012, non possano rappresentare la soluzione per uno sviluppo autonomo e dignitoso di un mercato del microcredito, risolvendosi, in un caso, nella non sostenibilità economica dell'assetto di vigilanza, nell'altro, in una vigilanza dedicata ad un numero di soggetti ridotto e non rappresentativo del fenomeno reale.

Configurare l'ipotesi di mantenimento dell'Elenco di cui all'art. 111 da parte della Banca d'Italia come una misura effettivamente temporanea comporta la necessità di ricercare una soluzione alternativa concretamente realizzabile, che assegna al comparto del microcredito un proprio, autonomo e sostenibile Organismo di vigilanza, in tempi rapidi e utili ad assecondare quel processo di sviluppo del settore che ha ispirato la normativa primaria.

Diviene allora elemento utile all'analisi delle disposizioni in commento ricordare che l'art. 113, nella versione originaria introdotta dal d.lgs. 141/2010, prevedeva l'istituzione di un Organismo associativo (avente personalità giuridica) per la gestione dell'Elenco di cui al nuovo art. 111 e delle relative sezioni separate. All'Organismo spettava, pertanto, la vigilanza sull'attività svolta dagli operatori, che si esplicava attraverso l'esercizio di un potere di controllo sulla liceità e correttezza delle condotte tenute dagli iscritti all'Elenco; controllo di legittimità avente ad oggetto i singoli atti e comportamenti, anche prescindendo dallo *status* di soggetto erogatore di microcredito.

La vigilanza era strutturata su un sistema a due livelli, contraddistinto, sulla falsa riga del modello riproposto nell'art. 112-*bis* anche per i Confidi, da una puntuale ripartizione degli ambiti di controllo. La divisione di competenze trovava infatti un necessario coordinamento ed un punto di incontro nell'attribuzione alla Banca d'Italia di un potere di vigilanza sull'Organismo.

Nell'espletamento delle suddette funzioni, la Banca d'Italia era sottoposta ad obblighi informativi nei confronti del Ministero dell'economia circa eventuali carenze riscontrate nell'attività dell'Organismo ovvero riguardanti casi di grave inerzia o di malfunzionamento dello stesso. Al ricorrere di queste ultime due ipotesi la Banca d'Italia poteva sin'anche proporre lo scioglimento dell'Organismo.

7. Osservazioni conclusive.

Il legislatore, per porre parziale rimedio ad un imbarazzante vuoto normativo, si è trovato, dietro sollecitazione europea, a disciplinare un'attività economica che non solo è caratterizzata da modalità, forme e strumenti diversi tra loro e dalla compartecipazione di diversi soggetti, ma che soprattutto è in forte e rapida evoluzione (è del tutto evidente che non si è di fronte ad una fattispecie statica)⁵⁹.

⁵⁹ Cfr. STEFANELLI, *L'inadeguatezza della regolamentazione giuridica del microcredito a livello globale e le mancate sfide del sistema creditizio*, cit., 673 ss.; ID., *Considerazioni in tema di regolamentazione giuridica del microcredito e le mancate sfide del sistema creditizio*, in *Innovazione e diritto*, 2012, 6, 11 ss. L'analisi delle esperienze più rilevanti nel panorama continentale rileva che, oltre all'Italia, solo altri due paesi, Francia e Romania, presentano all'interno del proprio ordinamento legislazioni *ad hoc* per il microcredito.

In Francia la concessione di prestiti di tale specie è stata tradizionalmente prerogativa delle banche e delle altre istituzioni soggette alla stessa disciplina. A partire dal 2001 anche le associazioni senza scopo di lucro sono autorizzate a porre in essere operazioni di prestito a titolo oneroso per la creazione e lo sviluppo dell'impresa da parte di soggetti appartenenti alle fasce meno abbienti della società. Alla base di tale svolta vi è la legge bancaria 2001-420 - *Nuove norme economiche* (<<Nouvelles Régulations Economiques>>), che aggiunge il comma 5 all'art. L.511-6 del Codice monetario e finanziario. Secondo il comma in questione, tra le istituzioni a cui il divieto relativo alle operazioni di credito non si applica, ci sono le <<le associazioni senza scopo di lucro che elargiscono prestiti per la creazione e lo sviluppo dell'impresa da parte di soggetti disoccupati o titolari di aiuti economici facendo uso di fondi propri o prestiti bancari...>>. Al perfezionamento dell'articolo hanno fatto seguito i decreti di attuazione n. 2002-652 del 30 aprile 2002 e, in applicazione dello stesso, il decreto del 3 luglio 2002, che pongono le associazioni di microcredito al di fuori della supervisione bancaria, previa autorizzazione e sotto la sorveglianza di un Comitato pluridisciplinare e pluriministeriale. Al fine di poter vedere riconosciuta l'autorizzazione ad operare, le associazioni devono soddisfare una serie di condizioni, tra cui l'esperienza nel supporto di progetti *start up* e specifiche norme prudenziali.

La legge sulla coesione sociale del 2005, o <<legge Borloo>>, individua nella promozione del microcredito una delle priorità delle politiche economiche e sociali del Paese, da attuarsi in particolare attraverso il Programma di supporto per lo sviluppo della microfinanza (<<Soutenir le développement de la micro finance>>). La <<legge Borloo>>, nel riconoscere l'impresa quale strumento per combattere le piaghe sociali, favorisce l'auto-impiego e facilita l'accesso ai contributi per la creazione dello stesso. Tale legge ha anche portato alla creazione del Fondo di coesione sociale (FCS), gestito dalla <<Caisse des Dépôts et Consignations>>. Il Fondo promuove il microcredito attraverso il finanziamento di società che forniscono garanzie per attività di microcredito. Tale legge crea, dunque, una nuova tipologia di microcredito in Francia: il c.d. microcredito sociale, ossia riservato al <<consumo sociale>>. Inoltre, il condizionamento dell'elargizione del prestito a soggetti che versano in situazione di particolare disagio allontana il problema di una possibile concorrenza tra con il settore bancario determinando, al contrario, una complementarità tra finanza e microfinanza.

L'art. 111 del testo unico non offre una compiuta regolamentazione delle attività di microcredito e lascia nel *vacuum* normativo aspetti salienti della nuova disciplina. La scarsa chiarezza normativa fa sì che il quadro risulti <<poco distinto a livello di normativa primaria anche dal punto di vista della stabilità dell'intermediario erogatore di microcredito che non sia una banca né un intermediario>>, e che si possa parlare per molti aspetti di una sorta di <<norma in bianco>> che rinvia la disciplina effettiva dell'attività di microcredito ai successivi regolamenti attuativi del Ministero dell'Economia, da emanare sentita la Banca d'Italia⁶⁰.

Non a caso la disciplina recata dal d.lgs. 141/2010 presenta un carattere in prevalenza difensivo, nel senso che è una regolazione tesa, in buona sostanza, ad evitare situazioni di abuso. Si rivela, inoltre, largamente insufficiente se valutata sul piano degli strumenti applicativi. Lo sforzo compiuto in sede legislativa, seppur encomiabile, lascia pertanto irrisolti alcuni nodi critici:

- 1) in primo luogo, la sostenibilità del modello, che comporta la necessità di capire in che condizioni un investimento può dare un risultato economico-finanziario positivo per creare degli operatori<<permanenti>> nel contesto italiano⁶¹;
- 2) in secondo luogo, l'integrazione (*rectius* intima interrelazione) tra politiche sociali e del lavoro e microcredito, che si fonda sul <<dialogo>> tra culture e ambiti di responsabilità diversi;
- 3) in terzo luogo, la frammentazione del settore, che impedisce la costruzione di un contesto organico e omogeneo;
- 4) in ultimo, l'esatta delimitazione dei confini tra microcredito, finanza sociale e mutualismo.

Orbene, questo elenco di criticità costituisce una prima e concreta indicazione della incapacità dell'attuale disegno legislativo di disciplinare compiutamente la materia⁶².

In Romania il settore del microcredito è regolato dalla legge n. 93/2009, che ha abrogato la legge n. 240/2005, attraverso la quale era stato creato il primo *framework* legislativo sulla microfinanza. La legge in questione consente alle NBFSS (*Non-Bank Financial Institutions*), ossia alle istituzioni di microfinanza non-banche, di erogare credito e fornire servizi e prodotti microfinanziari. Tutte le istituzioni che operano nel settore della microfinanza sono sottoposte alla vigilanza della Banca centrale romena, anche se in forme differenti. A tal proposito si richiede che le istituzioni di microfinanza siano registrate presso la Banca centrale e debbano avere un capitale minimo di 200 mila euro.

⁶⁰ Così FALCONE, *Microcredito*, cit., 495, che riconosce all'art. 111 <<carattere meramente programmatico e categoriale>>, essendo il contenuto concreto della disciplina regolatrice del microcredito <<sostanzialmente rimesso alla normativa secondaria>>.

⁶¹ Tra le disposizioni finali della bozza di regolamento del MEF si segnala all'art. 14 una sorta di *leverage ratio*, nella misura in cui si dispone che <<gli operatori iscritti nell'Elenco di cui all'art. 111, comma 1, del t.u.l.b. possano acquisire risorse a titolo di finanziamento per un ammontare non superiore a sedici volte il patrimonio netto>>. Si vuole in tal modo evitare che le istituzioni di microcredito facciano un eccessivo ricorso alla leva finanziaria.

⁶² Altre problematiche sono state evidenziate da MACCHIAVELLO, *La regolazione della microfinanza tra equità ed efficienza*, cit., 354, che ha, in primo luogo, criticato l'attenzione per il solo microcredito e l'esclusione di altri tipi di servizi, che comunque rientrano nell'ambito della microfinanza (v. *supra* nt. 3); sottolineando poi che <<non

Andrebbero pertanto elaborate al più presto soluzioni diverse per creare confini normativi ed operativi chiari e certi, nel solco di una riforma di più ampio respiro. Nello specifico si reputa opportuno:

a) *in primis*, compiere un intervento di ordine prettamente definitorio (in relazione sia al termine microcredito che alle diverse fattispecie ad esso riconducibili in concreto)⁶³;

b) e, *in secundis*, dettare una disciplina specifica per ciascuna delle diverse modalità operative attraverso cui l'attività di microcredito può essere in concreto declinata.

Un compito non facile, visto e considerato che, come più volte sottolineato, non esiste una definizione univocamente accolta di microcredito, trattandosi di fenomeno non pienamente riconosciuto nella sua dignità di attività finanziaria e spesso interpretato persino come qualcosa di esotico, ai confini con la filantropia⁶⁴. L'identificazione di un più adeguato ed efficace sistema di regolazione non può, infatti, prescindere da una riflessione attenta sulle ragioni di diritto e sulle motivazioni sociali che sono sottese all'istituto in questione. Attualmente, il microcredito costituisce una deroga all'ordinaria erogazione (*rectius* somministrazione) del credito, come si evince, per l'appunto, dall'impianto normativo esistente.

Dal punto di vista della tecnica normativa, per apportare <<migliorie>> significative al

viene identificato come tratto distintivo del microcredito il processo di valutazione del cliente (che si è visto essere generalmente distinto rispetto a quello tradizionale e concentrato sulla personalità e progetto del cliente)>>; e denunciando, infine, che <<il microcredito è visto come strumento contro la disoccupazione e di reinserimento sociale (nei termini del Trattato di Lisbona) e vincolato a condizioni in un certo senso di favore per i clienti>>, come assenza di garanzie reali, presenza di servizi di supporto e condizioni contrattuali più convenienti rispetto a quelli praticati sul mercato; ci sono tutte le condizioni, secondo l'A., <<per allontanarsi dal concetto di microcredito (come si è visto, non sempre condiviso e fumoso specialmente in Europa) per costruire un settore di attività finanziaria a scopo etico-sociale>>. A tal fine è, tuttavia, necessario che i soggetti coinvolti nell'erogazione migliorino i criteri di **selezione dei beneficiari** dei finanziamenti. I parametri devono essere molto chiari, definiti in modo da ridurre al minimo il rischio di comportamenti opportunistici da imputare al **contagio** tra membri di uno stesso gruppo o al fenomeno dell'**insolvenza strategica**, nonché di facile e rapida verifica. Questi elementi, uniti ai tassi di interesse particolarmente contenuti e all'elevato costo di gestione del ciclo di credito dovuto agli elevati costi di istruttoria, di accompagnamento e monitoraggio dei clienti impatta significativamente sul livello medio di sostenibilità economica del settore. Per tale ragione, le IMF (Istituzioni di Micro Finanza) europee sono spesso sostenute dalla erogazione di fondi pubblici per la copertura di parte dei costi operativi, come avviene ad esempio nel caso della francese ADIE (*Association pour le Droit à l'Initiative Economique*), uno dei rari esempi europei di programma di microfinanza a dimensione nazionale. In particolare, sull'opportunità di favorire la diffusione di programmi di **microassicurazione** collegati ai finanziamenti erogati dalle istituzioni di microcredito cfr. BECCHETTI e CASTRIOTA, *Does Microfinance Work as a Recovery Tool After Disasters? Evidence from the 2004 Tsunami*, in *World Development*, 2011, Vol. 39, No. 6, 898 ss.; BECCHETTI, CASTRIOTA e CONZO, *Bank Strategies in Catastrophe Settings: Empirical Evidence and Policy Suggestions*, CSEF Working Paper, 2012, No. 324; GURENKO, LESTER, MAHUL e OGUZ, *Earthquake Insurance in Turkey. History of the Turkish Catastrophe Insurance Pool*, World Bank, Washington D.C., 2006.

⁶³ Anche sotto questo profilo il dato normativo pare, infatti, limitato e non pienamente apprezzabile. Come puntualmente evidenziato da BANI, sub art. 111, in *Commentario al testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, cit., 1458, <<non è facile ricondurre ad unità le diverse ipotesi di microcredito disciplinate dall'art. 111 se non la comune *ratio* di essere esercitabili in deroga a quanto disposto dall'art. 106>>. Sennonché, prosegue l'A., <<a una precisa tipologia di microcredito dovrebbe corrispondere un peculiare intermediario, che non necessariamente si deve considerare mosso da intenti filantropici>>.

⁶⁴ Per ulteriori spunti di analisi si rinvia a STEFANELLI, *Considerazioni in tema di regolamentazione giuridica del microcredito e le mancate sfide del sistema creditizio*, cit., 27 ss.

sistema dispositivo vigente (pur tenendo in debito conto che la legge già rimanda a provvedimenti successivi che dovranno fornire la disciplina di dettaglio), sarebbero percorribili due diverse strade.

Qualora si ritenga più congeniale seguire il sentiero già tracciato con il d.lgs. 141/2010 e poi con il d.lgs. 169/2012, sarebbe sufficiente intervenire sulle disposizioni di cui agli artt. 111 e 113. Si suggerirebbe, in tal caso, la scelta iniziale con cui si è ricondotta la disciplina in oggetto nel *corpus* normativo del testo unico bancario, lasciando però in piedi un edificio che sul piano esecutivo sembra già mostrare alcune crepe.

La soluzione alternativa sarebbe quella di espungere la regolamentazione del microcredito dal Titolo V del t.u.l.b. e definire per esso una legislazione per così dire <<dedicata>>. Si tratterebbe, in altre parole, di compiere una perentoria quanto coraggiosa inversione di rotta, più corrispondente ad una visione sistemica del microcredito e della microfinanza. Tale scelta ben si concilierebbe, peraltro, con l'esigenza di regolare l'attività di microcredito privilegiando la sua funzione sociale⁶⁵ a discapito della sua connotazione creditizia⁶⁶.

Il microcredito è oggetto di svariate trattazioni non tutte convergenti tra loro, così come è oggetto di interessanti sperimentazioni (ma ancora sporadiche ed insufficienti) che presentano una tipologia di caratteri e di risultati assai variegata, confermando la convinzione che si è ancora distanti da un preciso modello di riferimento.

Il plurale è quindi d'obbligo. Soltanto una attenta e continuativa operazione di analisi e di confronto potrà consentire la riduzione delle differenze e la costruzione di modelli più omogenei di microcredito; perché forse di modelli e di modello bisognerà continuare a discutere, non pensando certo di ridurre la molteplicità delle situazioni che generano domanda di microcredito e la diversità delle risposte che costruiscono pratiche di microcredito.

⁶⁵ Come si accennato nelle battute iniziali del presente lavoro, l'approccio operativo del microcredito è quello tipico dell'economia di reciprocità che si avvicina al cliente con l'intenzione di coinvolgerlo in modo attivo nell'attività di scambio. Uno scambio non anonimo, ma personalizzato, perché non separabile dalla persona destinataria del prestito. Non si tratta di un trasferimento uni-direzionale (come nell'atto filantropico) o di uno scambio anonimo di utilità (come nel contratto standard), ma di un patto di reciprocità, di uno scambio bidirezionale che rende protagonisti i diversi soggetti coinvolti.

Si comprende, sotto altro profilo, come il microcredito non riguardi solo l'attività finanziaria di prestito e di debito, ma coinvolga aspetti della vita umana, sociale ed economica ben più complessi che attengono al rapporto positivo tra individuo e comunità, alla solidarietà e alla reciprocità. L'aspetto più innovativo sta nel riconoscimento del microcredito come strumento ed opportunità di emancipazione non imposto, ma sostenuto e partecipato <<dal basso>>, che individua nella fiducia e nel riscatto individuale elementi di promozione per il singolo e di costruzione di reti di sviluppo di capitale sociale.

⁶⁶ Che verrebbe comunque preservata all'interno della prima, seppure con un rapporto di forze invertito. L'ABI *Banche e inclusione finanziaria*, cit., 65, sebbene riconosca al microcredito lo *status* di <<strumento di inclusione finanziaria comune>>, è ferma nel ribadire il convincimento secondo cui <<il lato che sembra emergere maggiormente sottende ad una visione finanziaria, che nega in maniera sostenuta il valore sociale che è proprio del microcredito>>.

**IL CD. DIRITTO DI ACCESSO NEI PROCEDIMENTI TRIBUTARI – NOTA
A CONSIGLIO DI STATO, 26 SETTEMBRE 2013, N. 4821.**

*di Fabrizio D'Alessandro**

ABSTRACT

Il c.d. diritto di accesso agli atti della pubblica amministrazione consiste nel diritto degli interessati di prendere visione dei documenti amministrativi, di esaminarli e di estrarne copia.

Il Consiglio di Stato ha recentemente affermato che l'inaccessibilità prevista dall'art. 24, comma 1, lettera b) della legge n. 241/1990 sia temporalmente limitata alla sola fase di pendenza del procedimento tributario e non a quella che segue la conclusione dello stesso in quanto in essa non emergono esigenze di segretezza.

Si tratta di una pronuncia interessante che permette di operare riflessioni in merito al delicato tema degli equilibri tra gli interessi e le esigenze delle parti del rapporto impositivo.

Nel presente lavoro, dopo aver brevemente ripercorso la disciplina generale sul diritto di accesso ai documenti amministrativi, ci si soffermerà sulle peculiarità dell'accesso agli atti del procedimento tributario, con specifico riguardo alle interpretazioni fornite in merito dalla giurisprudenza.

The so-called right of access to public administration's documents consist in the right of the persons concerned to inspect the administrative documents, to examine and to take copies of them.

The Council of State has recently declared that the inaccessibility defined by art. 24, paragraph 1, letter b) of law n. 241/1990, is temporally limited to the phase slope of tax proceedings and not to the one following its conclusion since this discloses no needs for secrecy. It's a matter of an interesting ruling that allows to reflect on the delicate issue of the balances between interests and needs of the tax relation's parties.

In this paper, after having briefly retraced the general rules on the right of access to administrative documents, we will focus on the peculiarities of access to documents in the tax proceeding, with particular regard to interpretations made by jurisprudence.

SOMMARIO: 1. Premessa – 2. Oggetto della controversia – 3. La disciplina generale in materia di accesso agli atti amministrativi – 4. Le peculiarità dell'accesso nell'ambito del procedimento tributario – 5. La decisione del Consiglio di Stato – 6. Conclusioni

1. Premessa

Il Consiglio di Stato, con sentenza n. 4821 del 26 settembre 2013, è tornato a pronunciarsi in tema di accesso agli atti dei procedimenti tributari, rilevando che l'inaccessibilità prevista dall'art. 24, comma 1, lettera b) della legge n. 241/1990 sia temporalmente limitata alla sola fase di pendenza del procedimento e non a quella che segue la conclusione dello stesso in quanto in essa non emergono esigenze di segretezza.

La pronuncia in esame mette probabilmente fine a un interessante dibattito giurisprudenziale e dottrinale sviluppatosi a seguito delle rilevanti modifiche apportate con la legge n. 15/2005 alla disciplina sull'accesso agli atti di cui alla legge n. 241/1990⁶⁷.

Invero, la citata novella legislativa ha esteso l'ambito di operatività del divieto di accesso agli atti dei «*procedimenti tributari, per i quali restano ferme le particolari norme che li regolano*»⁶⁸.

La formulazione sopra richiamata - che rimanda a disposizioni dell'ordinamento di settore - ha determinato il sorgere di interpretazioni secondo cui, nulla stabilendo la disciplina tributaria in proposito, nei procedimenti tributari il diritto di accesso sarebbe precluso a prescindere dallo stato della sequenza procedimentale.

Tale ricostruzione, propugnata da parte della giurisprudenza amministrativa di primo grado, non è stata tuttavia condivisa dal Consiglio di Stato che con la sentenza in esame offre un'interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 24 della legge n. 241/1990: in tal modo viene riconosciuto un interesse del contribuente all'ostensione degli atti presupposti o propedeutici alle procedure di riscossione.

Si tratta di una pronuncia interessante che permette di operare riflessioni in merito al delicato tema degli equilibri tra gli interessi e le esigenze delle parti del rapporto impositivo. Rapporto che non può non risentire, oltre che della disciplina generale sul procedimento amministrativo, dei principi espressi dallo Statuto dei diritti del contribuente.

2. Oggetto della controversia

Con ricorso proposto innanzi al Tribunale amministrativo regionale per la Calabria - Catanzaro, la Motor Tecnica srl in liquidazione agiva per l'annullamento del silenzio rigetto

*Dottorando di ricerca in Diritto Tributario Università degli Studi di Napoli "Federico II"

⁶⁷ Con la legge n. 15/2005 sono state apportate modifiche di grande rilievo al testo della legge n. 241/1990.

È stato osservato come tra gli obiettivi del legislatore della riforma del 2005 vi sia stato indubbiamente quello di affrontare in modo deciso la materia della disciplina dell'azione amministrativa, facendo tesoro dell'esperienza applicativa maturata nella prassi, nella dottrina e nella giurisprudenza nel corso degli anni. In tali termini L. FERLAZZO NATOLI - F. MARTINES, *La L. n. 15/2005 nega l'accesso agli atti del procedimento tributario, In claris non fit interpretatio?*, in *Rass. Trib.*, 5/2005, 1490.

⁶⁸ Ben vero, nella originaria formulazione dell'art. 24 della legge n. 241/1990 il diritto di accesso era consentito al contribuente anche nei procedimenti tributari; l'interessato tuttavia poteva esercitarlo solo una volta che l'iter del procedimento accertativo si fosse concluso.

L'art. 24, comma 6, previgente infatti così recitava: «*Non è comunque ammesso l'accesso agli atti preparatori nel corso della formazione dei provvedimenti di cui all'art. 13, salvo diverse disposizioni di legge*»; tra i provvedimenti di cui all'art. 13 figuravano (e figurano tuttora) quelli tributari (insieme, tra gli altri, a quelli finalizzati «*alla emanazione di atti normativi, amministrativi generali, di pianificazione e di programmazione*»).

formatosi su un'istanza di accesso ai documenti inoltrata a Equitalia al fine di ottenere copia, con relativi referti di notifica, di tutte le cartelle esattoriali emesse nei propri confronti. La predetta richiesta, infatti, trovava ragione nell'esigenza della ricorrente di avere certezza in ordine al complessivo ammontare e alle relative causali delle pretese tributarie a suo nome, anche al fine di evitare l'esposizione a un'azione di pignoramento da parte del concessionario per la riscossione.

In giudizio resisteva Equitalia deducendo, in via preliminare, la tardività del ricorso per essere questo stato notificato oltre i termini di legge e, nel merito, l'inesistenza del diritto di accesso trattandosi di procedimenti tributari.

Il giudice di primo grado, in accoglimento della dedotta eccezione preliminare, dichiarava la tardività del ricorso.

Avverso la sentenza proponeva appello la Motor Tecnica srl in liquidazione rilevando, in primo luogo, la tempestività del ricorso e, nel merito, il proprio diritto ad accedere alle cartelle esattoriali e alle relative intimazioni, assumendo di non avere mai ricevuto le corrispondenti notifiche e giustificando l'interesse con il timore dell'esposizione a un'azione di pignoramento presso terzi.

3. La disciplina generale in materia di accesso agli atti amministrativi

Il c.d. diritto di accesso agli atti della pubblica amministrazione, disciplinato dall'art. 22 ss. della legge n. 241/1990, così come modificata dagli interventi legislativi successivi e integrata dai corrispondenti regolamenti attuativi⁶⁹, consiste nel diritto degli interessati di prendere visione dei documenti amministrativi, di esaminarli e di estrarne copia (art. 22, comma 1, lett a) e art. 25, comma 1, legge n. 241/1990)⁷⁰.

L'istituto dell'accesso, attese le sue finalità di pubblico interesse, rappresenta un principio generale dell'attività amministrativa ed è finalizzato all'estrinsecazione dei principi di trasparenza e imparzialità dell'attività dei pubblici poteri nonché alla piena partecipazione del cittadino al procedimento amministrativo (art. 22, comma 2).

⁶⁹ Leggi 3 agosto 1999 n. 256 e 11 febbraio 2005 n. 15; decreto legge 14 marzo 2005 n. 35, convertito in legge dall'art. 1 della legge 14 maggio 2005 n. 80; D.P.R. 352 del 1992.

In questo campo, il legislatore italiano è intervenuto con rilevante ritardo rispetto ad altri Paesi. Le leggi relative di Stati Uniti, Germania e Francia, ad esempio, risalgono rispettivamente al 1966, 1976 e 1978.

Prima della legge del 1990, al cittadino italiano era consentito prendere visione degli atti del procedimento amministrativo solo all'interno di un procedimento di contestazione dell'atto e solo quando la visione dei documenti si dimostrava fondamentale per valutare la fondatezza delle censure proposte.

Per una ricognizione di norme particolari del nostro ordinamento che prevedevano, prima del 1990, ipotesi di accesso ad atti o informazioni, si veda A. ZUCCHETTI, *L'accesso ai documenti*, Torino, 2006, 13.

⁷⁰ Più specificamente, oggetto del diritto d'accesso è il documento amministrativo definito nell'art. 22 della legge n. 241/1990 come «ogni rappresentazione grafica, fotocinematografica, elettromagnetica o di qualunque altra specie del contenuto di atti, anche interni, formati dalle pubbliche amministrazioni o, comunque utilizzati ai fini dell'attività amministrativa».

Come osservato in dottrina, il legislatore italiano, a differenza di quello francese, non ha ritenuto di procedere ad una elencazione tipologica di documenti, ma ha optato per una definizione di carattere generale. In tali termini F. CARINGELLA, *L'accesso ai documenti amministrativi*, Torino, 2003, 113.

Titolari del diritto di accesso sono tutti i soggetti interessati, e cioè i privati, anche portatori di interessi diffusi, che abbiano un interesse diretto, concreto e attuale corrispondente a una situazione giuridica tutelata e connessa al documento in relazione al quale si richiede l'accesso. E' necessario, quindi, un interesse differenziato, serio e non emulativo alla conoscenza dei documenti amministrativi in funzione della tutela di situazioni giuridicamente rilevanti e in correlazione alla loro cura e difesa (eventualmente anche in sede giurisdizionale).

Con riguardo al significato da attribuire alla locuzione «situazione giuridicamente rilevante» la giurisprudenza ha chiarito che essa «è nozione diversa e più ampia rispetto all'interesse all'impugnativa e non presuppone necessariamente una posizione soggettiva qualificabile in termini di diritto soggettivo o di interesse legittimo, con la conseguenza che la legittimazione all'accesso va riconosciuta a chiunque possa dimostrare che gli atti procedurali oggetto dell'accesso abbiano spiegato o siano idonei a spiegare effetti diretti o indiretti nei suoi confronti, indipendentemente dalla lesione di una posizione giuridica, stante l'autonomia del diritto di accesso, inteso come interesse ad un bene della vita distinto rispetto alla situazione legittimante alla impugnativa dell'atto⁷¹».

Il corpo normativo contenuto nella legge n. 241/1990 costituisce, dunque, attuazione di principi rinvenibili nell'art. 97 della Carta costituzionale in tema di buon andamento e imparzialità dell'attività amministrativa⁷².

Le perplessità sorte in passato relativamente alla natura giuridica dell'istituto dell'accesso, quella di diritto soggettivo ovvero di interesse legittimo, sono state definitivamente risolte dall'adunanza plenaria del Consiglio di Stato con decisione n. 7 del 20 aprile 2006.

L'accesso agli atti, ad avviso dei giudici di palazzo Spada, risulta, infatti, ricostruibile quale situazione di diritto soggettivo (anche se la sua tutela è assicurata giudizialmente attraverso un'azione impugnatoria e non di accertamento) e ciò non solo sulla base del *nomen iuris* attribuito ma soprattutto per i chiari profili della sua disciplina. A sostegno di una configurazione in tali termini, invero, sono state individuate le seguenti argomentazioni: a) la mancanza di discrezionalità in capo all'amministrazione, una volta verificata la sussistenza dei presupposti per l'accesso, nell'adempire alle richieste del cittadino di prendere visione ed estrarre copia dei documenti amministrativi; b) l'attribuzione delle controversie in materia alla giurisdizione del giudice amministrativo; c) la previsione di termini decadenziali e non prescrizionali per l'attivazione di meccanismi di tutela del diritto in questione da parte del cittadino⁷³.

⁷¹ Consiglio di Stato, sez. IV, 3 agosto 2010, n. 5173, in www.giustiziamministrativa.it.

⁷² In tali termini si è espressa sia la dottrina che la giurisprudenza costituzionale; al riguardo, si veda: F. CASTIELLO, *La nuova attività amministrativa*, Santarcangelo di Romagna, 2006 551 ss.; A.ZUCCHETTI *op. cit.*, 8 ss.; Corte Costituzionale, 23 luglio 1997 n. 262, in www.cortecostituzionale.it.

⁷³ Al contrario, a sostegno della tesi che propendeva per la qualificazione di interesse legittimo militavano le seguenti argomentazioni: a) la legge prevede l'accesso come strumento essenziale per la trasparenza, e cioè per la cura di un interesse pubblico primario, talché la tutela accordata al privato rientrerebbe tra le posizioni giuridiche indirettamente e strumentalmente tutelate in funzione di una cura primaria dell'interesse pubblico; b) discrezionalità dell'amministrazione nel valutare la possibilità di consentire o meno l'accesso; c) inammissibilità

4. Le peculiarità dell'accesso nell'ambito del procedimento tributario

Il graduale processo di avvicinamento del diritto tributario al diritto amministrativo, dovuto anzitutto alla sempre maggior influenza nel nostro ordinamento dei principi di diritto comunitario nonché al ruolo dello Statuto dei diritti del contribuente che, nel collocare l'amministrazione finanziaria nell'ambito della pubblica amministrazione⁷⁴, ha inteso valorizzarne i profili del buon andamento e dell'imparzialità, ha senza dubbio portato a una mutazione di istituti propri del diritto amministrativo nel diritto tributario⁷⁵ e ciò anche con riferimento alla disciplina dell'accesso agli atti.

Al riguardo, tuttavia, la formulazione del novellato art. 24, comma 1, lettera b) della legge n. 241/1990 - secondo cui il diritto di accesso è escluso nei procedimenti tributari, per i quali restano ferme le particolari norme che li regolano - ha determinato il sorgere di perplessità interpretative in ordine alla reale portata del divieto in questione, anche alla luce del fatto che le norme di settore nulla prevedono in *subjecta materia*.

Invero, un primo orientamento giurisprudenziale formatosi sul punto⁷⁶ riteneva che l'univocità del dato letterale della richiamata norma non lasciasse adito a dubbi sulla volontà del legislatore di ampliare la portata del divieto di accesso anche agli atti dei procedimenti tributari.

del ricorso se non notificato ad almeno un controinteressato, secondo la regola dei ricorsi impugnatori; d) utilizzo dell'espressione «diritto» di accesso in senso atecnico. In dottrina cfr. G. MORBIDELLI, *Il procedimento amministrativo*, in AA.VV. *Manuale di diritto amministrativo*, Bologna 1998, II, 1199; M. OCCHIENA, *I diritti di accesso dopo il codice sulla privacy*, in Foro it. 2004, II 513; in giurisprudenza: Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria 24 giugno 1999 n. 16, in www.giustiziamministrativa.it; Consiglio di Stato, sez. V, 8 settembre 2003 n. 5034, www.giustiziamministrativa.it.

⁷⁴ Sul punto, Cassazione, sez. I, 29 marzo 1990, n. 2575, in www.dejure.it e Cassazione, SS.UU., 30 novembre 2006, n. 25506, in www.dejure.it, lì dove si precisa che: «l'amministrazione finanziaria non è un qualsiasi soggetto giuridico, ma è una pubblica amministrazione. Tale veste la obbliga all'osservanza di particolari doveri prima fra tutti quelli dell'imparzialità espressamente sancito dall'art. 97 Cost.». A simili conclusioni giunge anche G. MARONGIU, *Accertamento e contraddittorio tra Statuto del contribuente e principi di costituzionalità*, in *Corr. Trib.*, 6/2011, 475 ss.

⁷⁵ Da tale impostazione deriverebbe quale interessante corollario la possibilità di ricondurre l'azione impositiva nell'alveo dell'azione amministrativa, per cui: «pur con tutte la peculiarità della funzione impositiva, l'amministrazione finanziaria deve attenersi sempre al principio di legalità ed orientare la propria azione secondo i canoni di imparzialità e buon andamento, così da garantire in ogni caso (a seguito di scelte al più discrezionali, giammai puramente e semplicemente libere), la finalizzazione dei propri atti alla cura dell'interesse fiscale ex art. 53 Cost.» così L. DEL FEDERICO, *I principi della Convenzione Europea dei diritti dell'uomo in materia tributaria*, in *Riv. di dir. fin. e sc. fin.*, 2/2010, I, 206 ss.

In tal senso, seppure con variegate sfumature, anche M. BASILAVECCHIA, *Funzione impositiva e forme di tutela: lezioni sul processo tributario*, Torino, 2009, 204 ss.; R. LUPI, *Manuale giuridico professionale di diritto tributario: principi generali e questioni di diritto positivo*, Milano, 2001, 29 ss.

Parte della dottrina tuttavia ritiene che l'assenza di discrezionalità nel procedimento tributario di accertamento rappresenti un elemento di forte differenziazione tra procedure tributarie e procedimento amministrativo, rendendo inapplicabili alla materia tributaria le categorie, i principi e gli istituti della legge 241/1990 (in tal senso, S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Regime giuridico dell'attività amministrativa e diritto privato*, in *dir. pubbl.*, 2003, 414).

⁷⁶ TAR Toscana, 9 luglio 2009, n. 1215, in www.giustiziamministrativa.it; TAR Lombardia - Milano, 2 aprile 2008, n. 795, in www.giustiziamministrativa.it; TAR Calabria - Reggio Calabria, 30 aprile 2008, n. 225, in www.giustiziamministrativa.it.

Tale interpretazione ermeneutica non è stata, tuttavia, accolta dalla giurisprudenza del Consiglio di Stato che, affrancandosi da un'interpretazione letterale dell'art. 24, comma 1, lettera b) della legge n. 241/1990, ha recuperato l'impostazione propria della giurisprudenza anteriore alle modifiche apportate dalla legge n. 15/2005 e a cui si deve l'elaborazione ermeneutica tale per cui – una volta concluso il procedimento di accertamento - il diritto di accesso non può essere negato⁷⁷.

5. La decisione del Consiglio di Stato

Nella sentenza in esame il Consiglio di Stato, dopo aver rilevato la erroneità della pronuncia di primo grado laddove ha concluso per la tardività del ricorso, ha ritenuto fondata l'istanza spiegata nei confronti del concessionario per la riscossione finalizzata all'accesso alle cartelle esattoriali e alle relative intimazioni. Ad avviso del collegio, infatti, al fine di escludere il diritto di accesso, non costituisce giusta ragione del diniego il fatto che si tratti di procedimenti tributari né che la richiesta del contribuente riguardi un notevole numero di documenti.

Invero: «sebbene l'art. 24, l. n. 241 del 1990 escluda il diritto d'accesso, tra l'altro, nei procedimenti tributari, per i quali restano ferme le particolari norme che li regolano, è da ritenere che la detta norma debba essere intesa, secondo una lettura della disposizione costituzionalmente orientata, nel senso che la inaccessibilità agli atti di cui trattasi sia temporalmente limitata alla fase di pendenza del procedimento tributario, non rilevandosi esigenze di segretezza nella fase che segue la conclusione del procedimento con l'adozione del procedimento definitivo di accertamento dell'imposta dovuta sulla base degli elementi reddituali che conducono alla quantificazione del tributo».

In ragione di ciò, ad avviso dei giudici d'appello, deve riconoscersi il diritto di accesso qualora l'amministrazione abbia concluso il procedimento, con l'emanazione del provvedimento finale e quindi, in via generale, deve ritenersi sussistente il diritto di accedere agli atti di un procedimento tributario ormai concluso.

Il collegio ha, d'altra parte, evidenziato che l'interesse del contribuente all'ostensione degli atti che sono posti a presupposto o propedeutici a procedure di riscossione è riconosciuto anche in via legislativa, tramite la previsione di precisi obblighi in capo al concessionario della riscossione.

In proposito è stato richiamato l'art. 26 comma 4, del d.P.R. 29 settembre 1973 n. 602, a mente del quale il concessionario di esattoria deve conservare per cinque anni la matrice o la copia della cartella con la relazione dell'avvenuta notificazione e ha l'obbligo di farne esibizione su richiesta del contribuente o dell'amministrazione. Conseguentemente, dal momento che la cartella esattoriale costituisce presupposto di procedure esecutive, la richiesta di accesso alla cartella, ai sensi della legge n. 241/1990, è strumentale alla tutela dei diritti del

⁷⁷ In tal senso Consiglio di Stato, IV, 5 dicembre 1995 n. 982, in www.giustiziamministrativa.it.

contribuente in tutte le forme consentite dall'ordinamento giuridico ritenute più rispondenti e opportune.

Ad avviso del collegio, ritenere diversamente implicherebbe, sostanzialmente, introdurre una limitazione all'esercizio della difesa in giudizio del contribuente, o, in ogni caso, rendere estremamente difficoltosa la tutela giurisdizionale del contribuente che dovrebbe impegnarsi in una defatigante ricerca delle copie delle cartelle.

Sulla scorta di tali considerazioni il Consiglio di Stato ha ritenuto fondato l'appello.

6. Conclusioni

Come osservato, con la sentenza in esame il giudice amministrativo ha chiarito che – anche nel vigore del nuovo art. 24, comma 1, lettera b) della legge n. 241/1990 – il diritto di accesso sia senz'altro esperibile anche nei procedimenti di natura tributaria e ciò ancorché la disciplina di settore (*id est* quella fiscale) – cui rinvia espressamente la legge sul procedimento amministrativo – nulla disponga al riguardo. L'esercizio di tale diritto, tuttavia, è prefigurabile solo all'esito della sequenza procedimentale.

La conclusione appare corretta atteso che l'ipotesi dell'inaccessibilità integrale degli atti del procedimento tributario sembra mal conciliarsi con i principi stessi dell'ordinamento tributario, soprattutto alla luce delle modifiche introdotte dallo Statuto dei diritti del contribuente, che ha elevato il ruolo del soggetto passivo dell'obbligazione nel contesto dell'accertamento tributario da una posizione di mera soggezione passiva a quella di partecipazione attiva; il tutto secondo una coerente linea di progressiva valorizzazione dei criteri di collaborazione e di contraddittorio fra le parti del rapporto impositivo.

In tale contesto, pertanto, risulterebbe evidente l'incongruità di un'opzione ermeneutica che imponga un vincolo di segretezza assoluto in tema di accertamento tributario⁷⁸.

Infatti, nella misura in cui il contraddittorio presuppone necessariamente la conoscenza documentale, un'interpretazione che escluda *a priori* la possibilità per il privato di accedere agli atti del procedimento tributario, presupponendo un approccio sostanzialmente autoritativo dei rapporti fra privato e amministrazione finanziaria, sembrerebbe collidere coi principi espressi dagli artt. 24, 97 e 111 della Costituzione in tema di diritto di difesa, di buon andamento dei pubblici uffici nonché di giusto processo e parità tra le parti.

Nella fattispecie in commento, infatti, l'interesse del contribuente ad accedere alle cartelle esattoriali e alle relative intimazioni era giustificato dal timore dell'esposizione ad azioni di pignoramento da parte del concessionario per la riscossione. Il mancato accesso agli atti in

⁷⁸ È stato evidenziato che: «*la tesi dell'inaccessibilità degli atti del procedimento tributario ai sensi dell'art. 24 della L. 241/90 riformulato dalla L. 15/2005 – ove effettivamente accolta – comporterebbe una conclusione del tutto irrazionale tale per cui il procedimento tributario sarebbe contraddistinto da un livello di segretezza finanche superiore a quello del procedimento penale; e, infatti, laddove in quest'ultimo il diritto di accesso è senz'altro esercitabile seppure in maniera differita, nel procedimento tributario il medesimo diritto non potrebbe mai essere esercitato con la conseguenza che l'istruttoria tributaria finirebbe per rivestire un livello di segretezza maggiore di quella penale*», così M. DI SIENA, *Brevi considerazioni sull'accesso agli atti del procedimento tributario post L. 15/2005*, in *www.treccani.it*.

questione avrebbe, dunque, pesantemente inciso sul contribuente, precludendogli la possibilità di adottare iniziative utili a tutelare la propria posizione giuridica.

Al riguardo non può sfuggire che la partecipazione al procedimento tributario assume caratteri di pienezza ed effettività solo nel momento in cui il privato viene posto nelle condizioni di disporre di elementi conoscitivi in grado di garantire una appropriata informazione sulla dinamica dell'*iter* procedimentale avviato dall'amministrazione finanziaria, anche al fine di tutelare i propri diritti e interessi.

Diversamente opinando, infatti, si concluderebbe per la possibilità che il privato possa essere inciso dall'imposizione tributaria senza neppure conoscere motivazione e criteri di quantificazione della stessa.

N. 04821/2013REG.PROV.COLL.

N. 01879/2013 REG.RIC.



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quarta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1879 del 2013, proposto da:
Motor Tecnica S.R.L., rappresentato e difeso dall'avv. Vincenzo Maradei, con domicilio eletto presso Francesco A. Caputo in Roma, via Ugo Ojetti, 114;

contro

Equitalia Sud Spa Già Equitalia Etr Spa, rappresentato e difeso dall'avv. Enrico Fronticelli Baldelli, con domicilio eletto presso Enrico Fronticelli Baldelli in Roma, via Cavalier D'Arpino, N.8;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. CALABRIA - CATANZARO :SEZIONE I n. 00081/2013, resa tra le parti, concernente silenzio serbato su istanza di accesso alle cartelle esattoriali

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Equitalia Sud Spa Già Equitalia Etr Spa;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 30 luglio 2013 il Cons. Sergio De Felice e uditi per le parti gli avvocati Donato D'Angelo su delega dell'avvocato Vincenzo Maradei e Marco Orlando su delega dell'avvocato Enrico Fronticelli Baldelli;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con ricorso proposto innanzi al Tribunale Amministrativo Regionale per la Calabria, Catanzaro, l'attuale appellante società Motor Tecnica srl in liquidazione, agiva per l'annullamento del silenzio rigetto sulla istanza di accesso ai documenti inoltrata in data 24 aprile 2012 e ricevuta in data 26 aprile 2012, al fine di ottenere copia con relativi referti di notifica, di tutte le cartelle esattoriali emesse nei propri confronti motivando la richiesta in considerazione della notizia, informalmente appresa, della esistenza di svariate cartelle esattoriali emesse nei confronti della Automeccanica Cosentina spa, ora Motor Tecnica srl, pur senza avere mai ricevuto la relativa notifica.

Rispetto a tale richiesta Equitalia rimaneva silente e inerte, con conseguente necessità di attivare il rimedio proposto.

In giudizio resisteva Equitalia, deducendo la tardività del ricorso, perché, risalendo la istanza al 26 aprile 2012, il silenzio rifiuto si sarebbe concretizzato in data 26 maggio 2012, mentre il ricorso è stato notificato in data 26 giugno 2012 e cioè oltre i trenta giorni; deduceva la inammissibilità riguardando la richiesta tutte le cartelle esattoriali emesse; rilevava la inesistenza del diritto di accesso trattandosi di procedimenti tributari.

Il giudice di primo grado, in accoglimento della dedotta eccezione, dichiarava la tardività del ricorso, che avrebbe dovuto essere proposto entro il giorno 25 giugno 2012 (lunedì) mentre era stato proposto il giorno dopo (il 26 giugno 2012).

Avverso tale sentenza viene proposto appello deducendo: 1) in primo luogo la tempestività del ricorso per avvenuta consegna del ricorso all'ufficiale giudiziario della Corte di Appello di Catanzaro in data 25 giugno 2013 e costituendo principio in materia che debba aversi riguardo, ai fini del perfezionamento da parte di chi è onerato, al momento della consegna e non della effettiva notifica (che rileva invece nei confronti del destinatario da tale data); 2) nel merito, la fondatezza della pretesa, dovendosi ritenere che anche l'avvenuto deposito degli estratti di ruolo in giudizio non sarebbe sufficiente a considerare assolti gli obblighi di accesso in favore dell'istante, dovendosi ritenere necessaria la integrale produzione di ciascuna cartella esattoriale con relative notifiche per consentire all'interessato o ricorrente di avere certezza in ordine al complessivo ammontare ed alle relative causali delle pretese tributarie o fiscali a suo nome.

Si costituiva Equitalia deducendo la infondatezza del ricorso, ribadendo la tardività del ricorso originario, la sua inammissibilità per estrema genericità e la sua infondatezza.

Alla camera di consiglio del 30 luglio 2013 la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

L'appello è fondato.

E' errata la pronuncia di prime cure, laddove ha concluso per la tardività del ricorso originario.

Con riguardo alla tardività del ricorso originario, l'art. 116 c.p.a. al primo comma dispone che il ricorso per l'accesso vada proposto mediante notificazione entro trenta giorni dalla conoscenza della determinazione impugnata o dalla formazione del silenzio.

Come deduce l'appellante e contrariamente a quanto ha statuito il primo giudice, deve tenersi conto del principio (espresso dal Giudice delle leggi con sentenza n.477 del 2002) secondo cui il momento in cui la notifica deve ritenersi perfezionata per il notificante deve distinguersi da quello in cui deve ritenersi perfezionata nei confronti del destinatario.

A seguito della sentenza della Corte cost. n. 477 del 26 novembre 2002, le cui statuizioni sono state poi recepite in via legislativa dall'art. 2 comma 1 lett. e), l. 28 dicembre 2005 n. 263, è stato stabilmente introdotto nell'ordinamento giuridico il principio della scissione soggettiva degli effetti della notificazione, di guisa che per il notificante essa si intende perfezionata al momento della consegna del plico all' ufficiale giudiziario , mentre per il notificatario il perfezionamento si determina solo al prodursi della legale conoscenza dello stesso (tra tante, Consiglio Stato sez. V, 9 marzo 2009, n. 1365).

Sotto tale profilo, quindi, la sentenza è errata e deve accogliersi il primo motivo di appello, essendo il ricorso originario stato proposto entro i trenta giorni dal termine in cui si era formato il silenzio avverso la richiesta di accesso.

In ordine alla richiesta di accesso, ai sensi dell'art. 26, d.P.R. n. 602 del 1973, è fondata l'istanza del contribuente, spiegata nei confronti del concessionario della riscossione (nella specie, a fronte del timore dell'esposizione ad una azione di pignoramento presso terzi), finalizzata ad accedere alle cartelle esattoriali ed alle relative intimazioni, assumendo di non avere mai ricevuto le corrispondenti notifiche.

L'avvenuto deposito degli estratti di ruolo non sarebbe sufficiente a considerare assolti gli obblighi di accesso richiedendosi la integrale produzione di ciascuna cartella esattoriale con relative notifiche per consentire all'interessato odierno appellante di avere certezza in ordine al complessivo ammontare ed alle relative causali delle pretese fiscali o tributarie a suo nome.

Non costituisce giusta ragione del diniego il fatto che si tratti di procedimenti tributari, al fine di escludere il diritto all'accesso, né che la richiesta della Motor Tecnica riguardi ben 55 cartelle di pagamento.

Sebbene l'art. 24, l. n. 241 del 1990 escluda il diritto d'accesso, tra l'altro, nei procedimenti tributari, per i quali restano ferme le particolari norme che li regolano, è da ritenere che la detta norma debba essere intesa, secondo una lettura della disposizione costituzionalmente orientata, nel senso che la inaccessibilità agli atti di cui trattasi sia temporalmente limitata alla fase di pendenza del procedimento tributario, non rilevandosi esigenze di segretezza nella fase che segue la conclusione del procedimento con l'adozione del procedimento definitivo di accertamento dell'imposta dovuta sulla base degli elementi reddituali che conducono alla quantificazione del tributo. In ragione di ciò deve riconoscersi il diritto di accesso qualora l'Amministrazione abbia concluso il procedimento, con l'emanazione del provvedimento finale e quindi, in via generale, deve ritenersi sussistente il diritto di accedere agli atti di un procedimento tributario ormai concluso.

D'altra parte, l'interesse del contribuente alla ostensione degli atti che sono posti a presupposto o propedeutici a procedure di riscossione è riconosciuto anche in via legislativa, ponendo precisi obblighi in capo al concessionario alla riscossione.

Ai sensi dell'art. 26 del DPR 29 settembre 1973, n. 602, recante disposizioni sulla riscossione delle imposte sul reddito, *"il concessionario deve conservare per cinque anni la matrice o la copia della cartella con la relazione dell'avvenuta notificazione o l'avviso del ricevimento ed ha l'obbligo di farne esibizione su richiesta del contribuente o dell'amministrazione"*.

L'art. 26 comma 4, d.P.R. 29 settembre 1973 n. 602, nel disporre che il concessionario di esattoria deve conservare per cinque anni la matrice o la copia della cartella con la relazione dell'avvenuta notificazione o l'avviso di ricevimento ed ha l'obbligo di farne esibizione su richiesta del contribuente o dell'amministrazione, introduce due obblighi per la Società concessionaria: la conservazione per cinque anni; l'obbligo di esibizione a richiesta del contribuente; conseguentemente, dal momento che la cartella esattoriale costituisce presupposto della iscrizione di ipoteca immobiliare, la richiesta di accesso, ai sensi degli artt. 22 ss., l. n. 241 del 1990, alla cartella è strumentale alla tutela dei diritti del contribuente in tutte le forme consentite dall'ordinamento giuridico ritenute più rispondenti ed opportune; la cartella esattoriale deve essere rilasciata, in copia, dalla società concessionaria al contribuente che abbia proposto, o voglia proporre ricorso avverso atti esecutivi iniziati nei suoi confronti.

La norma introduce due obblighi per la Società concessionaria: la conservazione per cinque anni; l'obbligo di esibizione – quale forma di accesso speciale - a richiesta del contribuente.

Dal momento che la cartella esattoriale costituisce presupposto di procedure esecutive la richiesta di accesso alla cartella è strumentale alla tutela dei diritti del contribuente in tutte le forme consentite dall'ordinamento giuridico ritenute più rispondenti ed opportune essa deve essere rilasciata, in copia, dalla società concessionaria al contribuente che abbia proposto, o voglia proporre ricorso, avverso atti esecutivi iniziati nei suoi confronti.

Ritenere (come vorrebbe la società resistente) diversamente implicherebbe, sostanzialmente, introdurre una limitazione all'esercizio della difesa in giudizio del contribuente, o, in ogni caso, rendere estremamente difficoltosa la tutela giurisdizionale del contribuente che dovrebbe impegnarsi in una defatigante ricerca delle copie delle cartelle.

La detta limitazione colliderebbe con i principi costituzionale che garantiscono la tutela giurisdizionale, e con il principio, di rango costituzionale, di razionalità.

Ciò è sufficiente a sostenere l'azione dell'appellante, il quale, temendo di trovarsi esposto ad una azione di pignoramento da parte del concessionario per la riscossione, ha chiesto di poter accedere alle cartelle esattoriali ed alle relative intimazioni proprio in quanto assume di non avere mai ricevuto le corrispondenti notifiche, aspetto questo che evidenzia in punto di interesse, quale sia la posizione di diritto che il ricorrente possiede in ordine all'accesso medesimo.

Il ricorso in appello è dunque fondato e come tale va accolto, ordinando alla resistente società Equitalia spa di esibire i documenti richiesti dal ricorrente e di rilasciarne copia.

Per le considerazioni che precedono in accoglimento dell'appello e in riforma dell'appellata sentenza il ricorso va accolto, e per l'effetto va ordinato alla appellata società Equitalia di esibire copia delle cartelle e delle relative notifiche all'appellante.

La condanna alle spese del doppio grado di giudizio segue il principio della soccombenza; le spese sono liquidate in dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quarta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie e per l'effetto ordina alla appellata società Equitalia di esibire copia delle cartelle e delle relative notifiche all'appellante entro il termine di giorni trenta dalla notificazione o comunicazione in via amministrativa della presente sentenza.

Condanna la parte appellata al pagamento delle spese del doppio grado di giudizio, liquidandole in complessivi euro tremila.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 30 luglio 2013 con l'intervento dei magistrati:

Nicola Russo, Presidente FF

Sergio De Felice, Consigliere, Estensore

Fabio Taormina, Consigliere

Raffaele Potenza, Consigliere

Francesca Quadri, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 26/09/2013

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)

(1)IL DIRITTO AL CONTRADDITTORIO NEGLI ACCERTAMENTI TRIBUTARI FONDATI SU DATI BANCARI*

di Valeria Garattini (*)

ABSTRACT

This work aims to analyse the question whether or not taxpayers have the right to a prior hearing during financial and banking investigations.

While Italian Courts observe that national legislation does not even provide for taxpayers to be heard before fiscal inspection is ended, Italian legal doctrine and European Court of Justice reaffirm the principle of participation in fiscal procedure, unless provided by law.

The rights of the defence is a general principle of Community law which applies where the authorities are minded to adopt a measure which will adversely affect an individual. In accordance with that principle, the addressees of decisions which significantly affect their interests must be placed in a position in which they can effectively make known their views as regards the information on which the authorities intend to base their decision.

Il lavoro si prefigge di analizzare la questione relativa al fatto che i contribuenti abbiano o meno il diritto ad essere ascoltati durante le indagini finanziarie e bancarie.

Mentre la giurisprudenza italiana osserva che la legislazione nazionale non stabilisce il diritto del contribuente di essere ascoltato prima del termine dell'indagine, la dottrina tributarista italiana e la Corte di Giustizia Europea, riaffermano il principio secondo cui il contribuente abbia il diritto ad essere coinvolto nelle procedure fiscali, anche in assenza di una specifica disposizione di legge.

Il diritto di difesa è un principio generale del diritto europeo che si applica quando le autorità possono adottare un provvedimento con effetti negativi per ciascun individuo. In accordo con questo principio, l'avvio di decisioni che possano compromettere in modo significativo gli interessi dei contribuenti deve avvenire in modo tale che il contribuente possa far conoscere effettivamente le proprie osservazioni rispetto ad informazioni sulla cui base le autorità intendono adottare le proprie decisioni.

SOMMARIO: 1. Premessa. - 2. L'orientamento prevalente della giurisprudenza di legittimità: facoltatività del contraddittorio negli accertamenti basati su dati bancari. - 3. Critica all'orientamento giurisprudenziale maggioritario: il diritto al contraddittorio come principio generale dell'ordinamento comunitario e nazionale.

- 4. Novità legislative e prospettive di riforma.

(*) Dottoranda di ricerca in Scienze giuridiche (curriculum Diritto tributario) - Università di Milano-Bicocca

1.Premessa.

La Corte di Cassazione si è pronunciata nuovamente sul tema della obbligatorietà o meno del preventivo contraddittorio tra uffici finanziari e contribuente nell'ambito delle indagini finanziarie¹.

L'art. 32, comma 1, n. 2 del D.P.R. 29 settembre 1973, n. 600 e l'art. 51, comma 2, n. 2 del D.P.R. del 26 ottobre 1972, n. 633, prevedono, rispettivamente in materia di imposte sui redditi e di imposta sul valore aggiunto, presunzioni legali iuris tantum in base alle quali i prelevamenti ed i versamenti su conti correnti bancari si presumono rappresentativi di corrispettivi imponibili, salvo prova contraria che attesti la loro inerenza all'imponibile dichiarato ovvero ad operazioni non imponibili.

L'orientamento maggioritario, nel quale si inserisce la recente sentenza della Corte di Cassazione, ritiene che l'Amministrazione finanziaria, nel procedimento di accertamento, non è tenuta a delineare le caratteristiche di gravità, precisione e concordanza delle risultanze stesse, né a fornire ulteriore prova rispetto alla documentazione bancaria acquisita e posta a fondamento dell'attività ispettiva, in quanto le presunzioni legali relative contenute nelle norme di legge prima richiamate attribuiscono, ai dati acquisiti nel rispetto delle procedure stabilite dalla legge, direttamente il valore presuntivo previsto, senza la necessità di dover chiarire le motivazioni per le quali tale valore si ritiene palesato e salvo prova contraria fornita dal contribuente².

Alla luce dell'incisiva valenza probatoria delle indagini finanziarie risulta di particolare interesse la questione relativa alla necessità di un contraddittorio, precedente all'emissione dell'avviso di accertamento, tra l'Amministrazione finanziaria e contribuente, al fine di porre quest'ultimo in condizione di fornire elementi informativi e documentali idonei a vincere la presunzione in esame.

Con riferimento alle conseguenze derivanti dalla mancata convocazione di quest'ultimo e quindi dall'impossibilità di fornire dati e notizie rilevanti in relazione alle operazioni annotate nei conti la cui copia sia stata acquisita nel rispetto della normativa vigente in materia, la recente sentenza della Corte di Cassazione conferma l'orientamento pressoché consolidato della giurisprudenza di legittimità, volta ad affermare la facoltatività della convocazione del contribuente nella fase precedente l'emissione dell'atto impositivo, con la conseguenza che il mancato esercizio di tale facoltà non trasforma in presunzione semplice la presunzione legale

¹ Cass., Sez. trib., 29 gennaio 2014, n. 1860.

² Cass., Sez. trib., 25 ottobre 2006 n. 22853, in *Fisco* 1, 2006, 7187; Id., Sez. trib., 28 settembre 2005 n. 19003, in *Fisco* 1, 2005, 6489; Id., Sez. trib., 6 novembre 2002 n. 15538, in *Fisco* 1, 2002, 7081.

prevista dalla normativa, continuando pertanto a gravare sul contribuente l'onere della prova contraria³.

2. L'orientamento prevalente della giurisprudenza di legittimità: facoltatività del contraddittorio negli accertamenti basati su dati bancari.

Come accennato, il consolidato orientamento della giurisprudenza di legittimità afferma la facoltatività del contraddittorio preventivo negli accertamenti assistiti dalle indagini finanziarie.

Sulla questione in esame la giurisprudenza costituzionale e di legittimità ha assunto un orientamento costante, sancendo la facoltatività del contraddittorio endoprocedimentale.

Al riguardo la Consulta ha infatti negato l'esistenza di un diritto costituzionale al 'giusto procedimento amministrativo' che riconosca al soggetto passivo il diritto a partecipare, in chiave difensiva, al procedimento di accertamento, per la ragione che la tutela delle situazioni soggettive è garantita nella sede giudiziale. Infatti, per i giudici della Consulta, <<la disciplina del procedimento amministrativo è rimessa alla discrezionalità del legislatore nei limiti della ragionevolezza e del rispetto degli altri principi costituzionali, fra i quali non è da ricomprendere quello del giusto procedimento amministrativo, dato che la tutela delle situazioni soggettive è comunque assicurata in sede giurisdizionale dagli artt. 24, comma 1, e 113 Cost.>>⁴.

I principi di diritto enunciati dalla Corte Costituzionale evidenziano quale sia la funzione tradizionalmente assegnata alla partecipazione del privato nel procedimento tributario.

A differenza di quanto stabilito dalla legge generale sul procedimento amministrativo (legge 241/1990), in cui la partecipazione del privato assurge a principio cardine del procedimento, nel diritto tributario, almeno fino agli anni '90, le ipotesi di partecipazione del contribuente al procedimento erano rare e contrassegnate da finalità collaborative, piuttosto che difensive. Il contatto tra Amministrazione finanziaria e contribuente era infatti stato concepito dal legislatore in funzione di ausilio all'attività fiscale, dove alla facoltà per l'Ufficio di invitare il contribuente corrispondeva l'obbligo di quest'ultimo di fornire le indicazioni richieste.

Tipico esempio di questa concezione è rappresentato dall'art. 32, n. 2, DPR n. 600/1973 dove si afferma che la partecipazione del privato svolga una funzione di collaborazione all'esercizio dell'attività accertativa e ciò anche quando il contribuente è ammesso a fornire la prova contraria rispetto a presunzioni relative. In tale ipotesi applicativa, infatti, la dottrina

³ R. CORDEIRO GUERRA, *Questioni aperte in tema di accertamento basati su dati estrapolati da conti correnti bancari*, in *Rass. Trib.*, 1998, 560.

⁴ Corte Cost., 31 maggio 1995, n. 210, in *Cass. pen.*, 1995, 2467. In senso conforme Id., 10 dicembre 1987, n. 503, in *Giur. costit.*, 1987, I, 3317.

ritiene che le allegazioni del contribuente volte a provare che gli accreditamenti e gli addebitamenti nei conti correnti sono stati indicati nella dichiarazione dei redditi non determinano la creazione di situazioni soggettive a suo favore, come tali tutelabili, ma vadano considerate quali semplici elementi liberamente valutabili dall'Amministrazione finanziaria al fine di determinare in modo corretto il presupposto d'imposta⁵.

Tuttavia la molteplicità dei contribuenti e la loro frammentazione e diversificazione hanno determinato l'introduzione di metodologie di accertamento basate su deroghe sempre più ampie rispetto alle risultanze delle scritture contabili. In particolare l'introduzione degli accertamenti fondati sull'utilizzo di parametri e criteri statistici ha giustificato una nuova forma di partecipazione del privato: per bilanciare l'incertezza delle presunzioni semplici derivanti dall'applicazione di criteri matematici è stato consentito anche al privato di concorrere in contraddittorio con l'Amministrazione nella determinazione del presupposto d'imposta. In queste ipotesi il legislatore assegna alla partecipazione del privato una funzione non di semplice collaborazione, ma di vero e proprio contraddittorio, cioè di difesa azionabile di propri diritti ed interessi, dove all'obbligo dell'Amministrazione finanziaria di chiedere chiarimenti al contribuente corrisponde la facoltà del contribuente di fornirli⁶. In altri termini il legislatore sarebbe stato indotto a compensare con diritti di partecipazione ogni limitazione del diritto del contribuente in termini di difesa o di prova: ogni volta che la legge ha limitato la possibilità del contribuente di fornire la prova contraria, introducendo ad esempio presunzioni o stabilendo determinate modalità, ha parallelamente imposto all'Amministrazione varie forme di contraddittorio precontenzioso⁷.

Sebbene nella recente evoluzione legislativa le forme di collaborazione nel corso del procedimento si siano ampliate, dottrina e giurisprudenza prevalenti sono però concordi nel ritenere che la partecipazione del contribuente, sia in chiave collaborativa che in ottica difensiva, non assuma carattere generale, ma continui ad essere ammessa solo nelle ipotesi espressamente stabilite dalla legge⁸.

Uniformandosi all'orientamento espresso dalla Corte costituzionale la giurisprudenza di legittimità ha a più riprese sostenuto, infatti, che la previsione normativa contenuta agli art. 32 D.P.R. n. 600 del 29 settembre 1973 e 51 D.P.R. n. 633 del 26 ottobre 1972 non comporta l'esigenza di avviare una preventiva audizione del soggetto sottoposto ad indagini bancarie per potersi avvalere della presunzione legale. Da ciò deriva la piena legittimità di un avviso di

⁵ A. DI PIETRO, *Il contribuente nell'accertamento delle imposte sui redditi: dalla collaborazione al contraddittorio*, in *Evoluzione dell'ordinamento tributario italiano, Atti del convegno "I settanta anni di Diritto e pratica tributaria"*, Padova, 2000, 532-535.

⁶ L. SALVINI, *La "nuova" partecipazione del contribuente (dalla richiesta di chiarimenti allo statuto del contribuente e oltre)*, in *Riv. Dir. Trib.*, 1/2000, 14.

⁷ A. FANTOZZI, *Violazioni del contraddittorio e invalidità degli atti tributari*, in *Riv. Dir. Trib.*, 2/2011, 140.

⁸ G. RAGUCCI, *La partecipazione del privato all'irrogazione della sanzione tributaria*, in *Riv. dir. fin.*, 2001, 251; S. LA ROSA, *Principi di diritto tributario*, Torino, 2004, 185.

accertamento o di rettifica fondato esclusivamente sui dati acquisiti presso gli istituti di credito e riscontrati in contabilità. In relazione alla prova contraria si rileva che questa potrà essere offerta dal contribuente in qualsiasi momento, e dunque anche nel corso del contenzioso.

In questa prospettiva si pone la recente sentenza della Corte di Cassazione, secondo la quale il sistema dell'accertamento tributario non prevede il diritto del contribuente alla preventiva convocazione da parte degli organi dell'accertamento, la cui violazione possa essere addotta come causa di illegittimità dell'accertamento. Nella decisione in esame si afferma, infatti, che gli art. 32, comma 1, n. 2 del D.P.R. n. 600 del 29 settembre 1973 e 51, comma 2, n. 2 del D.P.R. n. 633 del 26 ottobre 1972 stabiliscono soltanto che «<gli uffici possono [...] invitare i contribuenti [...] per fornire dati e notizie [...] anche relativamente alle operazioni annotate nei conti. Non prevede un obbligo generale degli uffici di invitare preventivamente il contribuente a fornire informazioni prima di procedere ad accertamento. Pertanto, la parte successiva della disposizione in esame, nella parte in cui sembra condizionare l'utilizzazione dei dati risultanti dai conti alla mancata dimostrazione che tali dati sono stati tenuti presenti nella determinazione del reddito imponibile, deve essere interpretata in relazione ai casi nei quali vi sia stata, appunto, la preventiva convocazione del contribuente, fatto salvo comunque il diritto del contribuente stesso di provare anche dopo la notifica dell'avviso di accertamento (in sede contenziosa o precontenziosa) che i dati stessi siano già stati considerati nella ricostruzione del reddito imponibile dichiarato>>⁹.

In sostanza i giudici della Suprema Corte affermano che il fondamento delle previsioni normative in tema di riscontri bancari è ravvisabile nelle esigenze di economia dell'attività ispettiva, offrendo al contribuente, sin dalla fase delle attività istruttorie del controllo, la possibilità di esercitare la facoltà di prova contraria. Difatti la normativa dettata in materia di accertamenti bancari «<ha la sua ratio in esigenze di economia delle procedure, in quanto anticipa alla fase delle attività istruttorie del controllo la possibilità che il contribuente eserciti la facoltà di prova che comunque gli è riconosciuta in sede contenziosa. L'eventuale disapplicazione della norma non comporta nullità degli atti successivi, ma soltanto una diseconomia di procedure, nel senso che se la prova della irrilevanza o inutilizzabilità dei dati viene fornita successivamente, perché non è stata concessa la possibilità di fornire tale prova in precedenza, l'Amministrazione finanziaria e, se del caso, i giudici tributari, avranno dovuto svolgere una attività (di accertamento o di giudizio) che poteva essere evitata>>¹⁰. Tale pronuncia richiama una precedente sentenza della Corte di Cassazione che ha rimarcato la non obbligatorietà della preventiva instaurazione del contraddittorio del contribuente, finalizzato a giustificare le operazioni bancarie oggetto di controllo, sottolineando come l'ufficio finanziario possa sicuramente agire con l'istituto della autotutela di fronte ad

⁹ Cass., Sez. trib., 10 maggio 2000, n. 10060, in *Rass. Trib.*, 6, 2000, 1903.

¹⁰ *Ibid.*, 1902.

eventuali deduzioni rese successivamente dal contribuente sottoposto ad accertamenti bancari¹¹.

Nello stesso senso si è successivamente di nuovo espressa la Corte di Cassazione, ribadendo che << l'attività accertativa della Guardia di Finanza e degli uffici finanziari, avendo natura di attività amministrativa, pur dovendo svolgersi nel rispetto di ben determinate cautele previste per evitare arbitri e violazioni dei diritti fondamentali del contribuente, non è retta dal principio del contraddittorio: conseguentemente, alla stregua del principio enunciato [...] va escluso che le risultanze emerse dalla attività di verifica prodromica all'emissione del discusso avviso di rettifica non possano costituire valido supporto probatorio della pretesa impositiva a tale avviso sottesa per il solo fatto della mancata immediata contestazione al contribuente in sede di verifica >>¹². Secondo le sentenze in rassegna, dunque, il quadro normativo nel cui ambito si pone la disciplina delle indagini bancarie non consente di desumere la "sanzione" della nullità per l'accertamento o la rettifica fondata sull'utilizzo presuntivo dei dati bancari avvenuto senza avviare il preventivo contraddittorio con il contribuente interessato. In linee più generali, d'altronde, la stessa Corte di Cassazione ha sostenuto che gli atti posti in essere nel corso delle attività ispettive non devono sorretti dal principio del contraddittorio, avendo gli stessi una rilevanza limitata in quanto espressione dell'apprezzamento dei funzionari procedenti e non degli uffici impositori.

Secondo il costante orientamento della giurisprudenza di legittimità, quindi, la convocazione del soggetto che esercita l'impresa con l'invito al medesimo a fornire dati, notizie e chiarimenti in ordine alle operazioni annotate nei conti bancari, attribuisce all'Amministrazione una facoltà discrezionale e non un obbligo; il mancato esercizio di tale facoltà non trasforma in presunzione semplice la presunzione legale che riferisce i movimenti bancari all'attività svolta dal contribuente, su cui grava perciò l'onere della prova contraria in sede contenziosa, a norma del D.Lgs. 31 dicembre 1992 n. 546, art. 32¹³.

Sul punto con la circolare n. 32/E del 19 ottobre 2006 l'Agenzia delle Entrate, aderendo al consolidato orientamento giurisprudenziale richiamato, ha chiarito che l'invito a comparire costituisce una mera facoltà dell'Ufficio e non un obbligo, con la conseguenza che il mancato invito non inficia la legittimità della rettifica, ove basata sulle presunzioni previste dalle norme in esame; la mancata instaurazione del contraddittorio non degrada la prevista presunzione legale a presunzione semplice, fermo restando, quindi, l'onere probatorio contrario in capo al

¹¹ << Deve dunque ritenersi che alcuna norma imponga la convocazione del contribuente in sede amministrativa prima dell'accertamento, potendosi sicuramente intervenire con il ritiro eventuale del provvedimento nella fase di autotutela in caso di osservazioni e/o giustificazioni proposte dall'interessato anche dopo il suo intervento nella stesura del verbale di constatazione della Guardia di Finanza >>. Così Cass., Sez. I, 3 giugno 1999, n. 11094, in *Fisco*, 1999, 12729. In senso conforme Cass., Sez. trib., 29 gennaio 2014, n. 1857.

¹² Cass., Sez. trib., 3 novembre 2000, n. 3128.

¹³ Cass., Sez. trib., 29 gennaio 2014, n. 1857; Id., n. 20268/2008, Id., n. 27032/2007, Id., n. 19216/2007; Id., 10 marzo 2006, n. 5365, in *Fisco* 1, 2006, 2177; Id., 12 dicembre 2005, n. 26293, in *Mass.*, 2006; Id., 18 aprile 2003, n. 6232; Id., 13 giugno 2002 n. 8422, in *Giust. civ.*, 2003, I, 2924.

contribuente. In ogni caso con la richiamata Circolare l'Agenzia delle Entrate precisa che il preventivo contraddittorio, pur restando una mera facoltà dell'Amministrazione e non un obbligo, si configura comunque, in via di principio, come un passaggio opportuno per provocare la partecipazione del contribuente, finalizzata a consentire un esercizio anticipato del suo diritto di difesa, potendo lo stesso fornire già in sede precontenziosa la prova contraria, e rispondente a esigenze di economia processuale, al fine di evitare l'emissione di avvisi di accertamento che potrebbero risultare immediatamente infondati alla luce delle prove di cui il contribuente potesse disporre.

3. Critica all'orientamento giurisprudenziale maggioritario: il diritto al contraddittorio come principio generale dell'ordinamento comunitario e nazionale.

La tesi della facoltatività del contraddittorio in sede di accertamento assistito da indagini bancarie, confermata dalla sentenza della Corte di Cassazione in epigrafe, è stata oggetto di varie critiche da parte della dottrina.

In primo luogo, si è sostenuto che il contraddittorio nei procedimenti amministrativi è obbligatorio secondo il diritto dell'Unione Europea¹⁴.

Secondo la Corte di Giustizia Europea, infatti, il principio del contraddittorio deve considerarsi immanente nell'ambito della disciplina attuativa del rapporto giuridico tributario e perciò applicabile anche in assenza di una espressa e specifica previsione di legge sulla base di una interpretazione adeguatrice della normativa interna, in particolar modo costituzionale.

Esso costituisce infatti parte integrante del diritto fondamentale di difesa (in tal senso, in particolare sentenze del 9 novembre 1983, "Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin/Commissione, 322/81 e del 18 ottobre 1989, "Orkem/Commissione", 374/87) ed è sancito non solo negli articoli 47 e 48 della "Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea", che garantiscono il rispetto dei diritti della difesa nonché il diritto ad un processo equo in qualsiasi procedimento giurisdizionale, bensì anche nell'art. 41 di quest'ultima, il quale garantisce il diritto ad una buona amministrazione. Il paragrafo 82 del citato art. 41 prevede che tale diritto a una buona amministrazione comporta, in particolare, il diritto di ogni individuo di essere ascoltato prima che nei suoi confronti venga adottato un provvedimento individuale lesivo¹⁵.

¹⁴ Corte giust. CE, 18 dicembre 2008, n. C-349/07, Sopropé, in *Rass. Trib.*, 2009, 570, con nota di G. RAGUCCI, *Il contraddittorio come principio generale del diritto comunitario* e in *GT - Riv. giur. trib.*, 2009, 210, con nota di A. MARCHESELLI, *Il diritto al contraddittorio nel procedimento amministrativo tributario è diritto fondamentale del diritto comunitario*.

¹⁵ Corte giust. CE, 22 novembre 2012, n. C-277/11.

Il giusto procedimento amministrativo, che trova il suo fondamento nei principi di legalità di cui all'art. 23 Cost. e di buon andamento ed imparzialità amministrativa di cui all'art. 97 Cost., e di cui il diritto al contraddittorio rappresenta un elemento essenziale ed imprescindibile, risulterebbe pertanto lesa dalla mancata instaurazione di un preventivo contraddittorio tra le parti, non essendo più sufficiente la tutela giurisdizionale assicurata ex post dall'art. 24 Cost. e dall'art. 113 Cost.¹⁶.

Secondo la giurisprudenza consolidata della Corte, infatti, la regola secondo cui il destinatario di una decisione ad esso lesiva deve essere messo in condizione di far valere le proprie osservazioni prima che la stessa sia adottata ha lo scopo di mettere l'autorità competente in grado di tenere conto di tutti gli elementi del caso al fine di permettere alle persone o alle imprese coinvolte di correggere un errore o far valere elementi relativi alla loro situazione personale tali da far sì che la decisione sia adottata o non sia adottata, ovvero abbia un contenuto piuttosto che un altro.

Tuttavia, secondo una giurisprudenza parimenti costante della Corte, i diritti fondamentali, quali il rispetto dei diritti della difesa di cui il contraddittorio rappresenta un corollario applicativo, non appaiono come prerogative assolute, ma possono soggiacere a limiti, a condizione che questi rispondano effettivamente a obiettivi di interesse generale e non costituiscano, rispetto allo scopo perseguito, un intervento sproporzionato e inaccettabile, tale da ledere la sostanza stessa dei diritti così garantiti¹⁷.

Autorevole dottrina sostiene che l'interesse fiscale tutelato dalla Costituzione non è riscuotere il tributo tout court, bensì riscuotere il tributo giusto nel modo giusto, secondo il disposto dell'art. 53 Cost.¹⁸. Di conseguenza l'interesse fiscale non può ontologicamente costituire una restrizione al diritto di difesa del contribuente, posto che il dialogo preventivo tra contribuente e Amministrazione finanziaria è lo strumento finalizzato a dare compiuta attuazione alla norma costituzionale. In ossequio ai principi di proporzionalità e buona fede il diritto al contraddittorio può essere sacrificato a favore dell'interesse fiscale solo per ragioni intrinseche alla procedura ed eccezionali, riconducibili a situazioni in cui il contribuente abbia adottato comportamenti contrari al principio di buona fede tali da oltrepassare la diligenza e correttezza difensiva e legittimare pertanto il sacrificio dei diritti di difesa nel giudizio di bilanciamento con l'interesse a riscuotere il tributo.

¹⁶ Cons. di Stato, sez. V, 22 maggio 2001, n. 2823, in *Giornale dir. amm.*, 2001, 1245, secondo cui «<l'avviso d'avvio del procedimento amministrativo ex art. 7, 1° comma, L. 7 agosto 1990 n. 241, costituisce principio generale dell'ordinamento ed è strettamente connesso con i canoni costituzionali dell'imparzialità e del buon andamento dell'azione amministrativa, onde non tollera interpretazioni che ne limitino arbitrariamente l'applicazione generalizzata a tutti i procedimenti, anche vincolati, perché la partecipazione al procedimento ha la sua ragion d'essere pure quando i presupposti dell'atto da adottare, pur se stabiliti in modo preciso e puntuale dalla legge, richiedano comunque un accertamento, nel cui ambito si deve garantire il contraddittorio con il privato>>».

¹⁷ Corte giust. CE, n. C-418/11, Texdata Software.

¹⁸ Cass., Sez. trib., 28 marzo 2014, n. 7315 con nota di A. MARCHESELLI, *Corr. Trib.*, 18/2014, 1374.

La posizione della Corte di Giustizia è quindi più avanzata rispetto a quella sostenuta dalla giurisprudenza italiana in quanto quest'ultima, là dove ha riconosciuto l'obbligatorietà del contraddittorio preventivo (ad esempio in materia di studi di settore), lo ha fatto esclusivamente al fine di corroborare l'attendibilità dei risultati dell'accertamento, fondati sulla base di parametri e presunzioni semplici.

In secondo luogo, autorevole dottrina sostiene che il diritto al contraddittorio risulterebbe altresì applicabile nel diritto nazionale in virtù del richiamo ai principi dell'ordinamento comunitario effettuato dall'art. 1 della legge n. 241/1990, norma di carattere generale¹⁹.

Inoltre è stato evidenziato come la mancata instaurazione del preventivo contraddittorio sia anche contrario ai principi di imparzialità e di buon andamento della Pubblica Amministrazione, contrariamente a quanto sostenuto dalla prevalente giurisprudenza di legittimità, considerato che il differimento del contraddittorio nelle fasi successive a quelle di notifica dell'atto impositivo non è affatto indifferente²⁰. L'instaurazione di un confronto preventivo infatti da un lato consente agli Uffici finanziari di acquisire dati fondamentali per la corretta verifica della base imponibile, in ossequio al principio di capacità contributiva sancito dall'art. 53 Cost., evitando peraltro diseconomie procedurali, e dall'altra permette al contribuente di articolare compiutamente le proprie difese nel corso dell'attività istruttoria, consentendogli peraltro di usufruire di benefici ed agevolazioni, in particolare la riduzione delle sanzioni in caso di acquiescenza o adesione all'atto impositivo, senza dover esercitare il proprio diritto di difesa nei limitati termini prescritti dalla legge per i procedimenti successivi all'emissione dell'avviso di accertamento.

Occorre altresì dare conto che una parte della dottrina non concorda sulla configurazione delle norme sugli accertamenti bancari come presunzioni legali e conseguente inversione dell'onere della prova, sostenendo l'interpretazione delle norme quali presunzioni iuris tantum limitatamente al periodo temporale antecedente l'entrata in vigore della legge n. 413/1991, allorché la normativa all'epoca vigente garantiva maggiore impermeabilità dei dati bancari²¹. Di conseguenza, se le norme in esame devono essere interpretate quali presunzioni semplici nel periodo posteriore all'entrata in vigore della predetta legge, queste ultime possono essere poste a fondamento di un atto impositivo solo se assistite dai requisiti della precisione, gravità

¹⁹ F. TESAURO, *Istituzioni di diritto tributario, Parte generale*, XI ed., Milano, 2011, 167.

²⁰ E. MARELLO, *L'accertamento con adesione*, Torino, 2000, 124; RAGUCCI, *Il contraddittorio nei procedimenti tributari*, Torino, 2009, 231; G. MARONGIU, *Lo Statuto dei diritti del contribuente*, Torino, 2010, 142; A. MARCHESELLI, *Accertamenti tributari e difesa del contribuente*, Milano, 2010, 19; L. FERLAZZO NATOLI- G. INGRAO, *Il rispetto del contraddittorio e la residualità dell'accertamento tributario*, in *Boll. Trib.*, 2010, 485; L. SALVINI, *La "nuova" partecipazione del contribuente (dalla richiesta di chiarimenti allo statuto del contribuente e oltre)*, in *Riv. Dir. Trib.*, 1/2000, 37-39; L. SALVINI, *La cooperazione del contribuente e il contraddittorio nell'accertamento*, in *Corr. Trib.*, 44/2009, 3572.

²¹ F. BUCCI, *Considerazioni sulla valenza presuntiva delle movimentazioni bancarie ai fini dell'accertamento* e B. AIUDI, *Rilevanza presuntiva delle movimentazioni bancarie ed interpello del contribuente*, in *Boll. Trib.*, 2000, 166. Sul punto, in relazione alla dottrina antecedente l'entrata in vigore della legge n. 413/1991, G. TABET, *Fisco e segreto bancario: profili procedurali*, in *Boll. Trib.*, 1986, 1110; L. SALVINI, *La partecipazione del privato all'accertamento*, Padova, 1990, 242.

e concordanza, il cui onere probatorio incombe in capo all'Amministrazione finanziaria. In tal caso, pertanto, dovrebbe essere riconosciuta l'obbligatorietà del contraddittorio preventivo in maniera analoga a quanto stabilito dalla legge per tutte le ipotesi in cui i risultati dell'accertamento siano fondati sulla base di parametri e presunzioni semplici (ad esempio in materia di studi di settore), al fine di corroborarne l'attendibilità.

Inoltre si è sostenuto che il riferimento alla contraria dimostrazione contenuta nella prima parte dell'art. 32 del D.P.R. n. 600 del 29 settembre 1973 potrebbe essere interpretato come richiamo all'utilità del contraddittorio con il contribuente, così come il difetto di sufficiente analiticità della disposizione (che non individua in modo esatto il fatto noto, né il dato presunto), nonché l'adozione del doppio strumento presuntivo in relazione ai c.d. costi occulti, deporrebbe a favore della configurazione delle presunzioni ivi contenute quali presunzioni semplici che quindi, come precedentemente illustrato, costituiscono semplici indizi che possono legittimare l'emissione di un accertamento fiscale solo se contraddistinte dai caratteri della gravità, precisione e concordanza²².

L'importanza del contraddittorio procedimentale, in passato sostenuta da un orientamento minoritario della giurisprudenza di legittimità²³, è stata sottolineata dalla recente sentenza della Corte di Cassazione a Sezioni Unite, 29 luglio 2013, n. 18184.

Con tale decisione la Suprema Corte, pronunciandosi sull'inosservanza del termine dilatorio prescritto dall'art. 12, comma 7, della legge n. 212/2000, ha espressamente stabilito che il contraddittorio procedimentale «è andato assumendo, in giurisprudenza e in dottrina (e nella stessa legislazione), proprio con specifico riferimento alla materia tributaria, un valore sempre maggiore, quale strumento diretto non solo a garantire il contribuente, ma anche ad assicurare il migliore esercizio della potestà impositiva, il quale, nell'interesse anche dell'ente impositore, risulterà tanto più efficace, quanto più si rivelerà conformato ed adeguato - proprio in virtù del dialogo tra le parti, ove reso possibile - alla situazione del contribuente, con evidenti riflessi positivi anche in termini di deflazione del contenzioso (se non, ancor prima, nel senso di indurre l'amministrazione ad astenersi da pretese tributarie ritenute alfine infondate)»». Inoltre, con riferimento alle conseguenze derivanti dal mancato rispetto dell'art. 12, comma 7, della legge n. 212/2000, la Corte di Cassazione ha stabilito che «la sanzione dell'invalidità dell'atto conclusivo del procedimento, pur non espressamente prevista, deriva ineludibilmente dal sistema ordinamentale, comunitario e nazionale, nella quale la norma opera e, in particolare, dal rilievo che il vizio del procedimento si traduce, nella specie, in una divergenza dal modello normativo [...] di particolare gravità, in considerazione della rilevanza della funzione, di diretta derivazione da principi costituzionali, cui la norma

²² A. MARCHESELLI, *Accertamenti bancari: regole rigide producono risultati irragionevoli e implausibili*, in *GT - Riv. giur. trib.*, n. 1, 2010, 52; A. MARCHESELLI, *Le presunzioni nel diritto tributario, dalle presunzioni agli studi di settore*, Torino, 2008.

²³ Cass., Sez. trib., 7 febbraio 2008, n. 2816, in *Fisco* 1, 2008, 1417.

stessa assolve e della forza impediante, rispetto al pieno svolgimento di tale funzione, che assume il fatto viziante. A fronte di ciò, è vano addurre [...] l'esistenza di ulteriori strumenti di tutela per il contribuente (istanza di autotutela, accertamento con adesione), rilievo che, a prescindere dalle considerazioni attinenti al momento in cui tali mezzi sono esperibili, si rivela in ogni caso inidoneo ad escludere autonoma rilevanza alla portata precettiva della norma in esame.>>

4. Novità legislative e prospettive di riforma.

Da ultimo occorre dar conto della legge 11 marzo 2014, n. 23 (Delega al Governo recante disposizioni per un sistema fiscale più equo, trasparente e orientato alla crescita), al cui art. 9, lett. c), si prevede di dover “rafforzare il contraddittorio nella fase di indagine e la subordinazione dei successivi atti di accertamento e di liquidazione all'esaurimento del contraddittorio procedimentale”.

La disposizione sembrerebbe doversi applicare alle ipotesi in cui si renda necessaria una attività di indagine, mentre negli altri ambiti troverebbe applicazione la più generica formulazione dell'art. 1, comma 1, lett. b) che si propone di “agevolare la comunicazione con l'amministrazione finanziaria in un quadro di reciproca e leale collaborazione, anche attraverso la previsione di forme di contraddittorio propedeutiche all'adozione degli atti di accertamento dei tributi”.

Gli articoli 1 e 9 della legge 11 marzo 2014 n. 23 sembrano dunque riproporre la tradizionale distinzione tra ipotesi di partecipazione collaborativa (contraddittorio in senso lato) e partecipazione difensiva (contraddittorio in senso proprio), invertendo tuttavia i termini del rapporto. Mentre in passato il procedimento tributario era retto dal principio generale del contraddittorio in funzione collaborativa e il contraddittorio in funzione difensiva era considerato una eccezione stabilita in ipotesi circoscritte, ora invece la regola sembrerebbe costituita dal contraddittorio concepito in chiave difensiva, mentre la partecipazione in funzione semplicemente collaborativa sarebbe relegata ad ipotesi marginali, costituite ad esempio dal mero riscontro cartolare dei dati allegati dal privato o ad attività di interpretazione ed applicazione di norme e principi giuridici²⁴.

L'attuazione della citata disposizione costituisce una importante novità, se la validità degli atti di accertamento e di liquidazione sarà subordinata ad un effettivo e preventivo contraddittorio preprocessuale, in adesione all'orientamento espresso dalla giurisprudenza comunitaria.

²⁴ A sostegno di questa interpretazione depone Cass., Sez. trib., 4 luglio 2014 n. 15311, affermando il principio generale del contraddittorio procedimentale e la sua applicazione alle ipotesi di cui all'art. 36ter DPR n. 600/1973 e non alle ipotesi di cui all'art. 36bis DPR n. 600/1973, stante le differenze sostanziali e formali esistenti tra le due tipologie di controllo.

CASSAZIONE CIVILE, SEZIONE TRIBUTARIA, 29 gennaio 2014, n. 1860 - ADAMO Presidente - VALITUTTI Relatore - MASTROBERARDINO P.M. (conf.) - F.LLI GRILLO DI GRILLO PLACIDO & SEBASTIANO SNC (Avv. Cipolla e Gallo) - Agenzia delle Entrate (Avv. Gen. Stato)

Conferma Commiss. Trib. Reg. Sicilia, sez. di Messina, 11/10/2006, n. 99/2006

Imposte e tasse in genere – Imposta valore aggiunto - Accertamento - Dati ricavati dai conti correnti bancari - Contraddittorio con il contribuente - Facoltatività (D.P.R. 26 ottobre 1972, n. 633, art. 51, comma 2, n. 2; D.P.R. 29 settembre 1973, n. 600, art. 32; art. 2727 c.c.)

In tema di I.V.A., l'art. 51, secondo comma, n. 2, del D.P.R. 26 ottobre 1972, n. 633, nel prevedere la convocazione del soggetto che esercita l'impresa con l'invito al medesimo a fornire dati, notizie e chiarimenti in ordine alle operazioni annotate nei conti bancari, attribuisce all'Amministrazione una facoltà discrezionale e non un obbligo, né comporta la trasformazione in presunzione semplice della presunzione legale che riferisce i movimenti bancari all'attività svolta dal contribuente, con la conseguenza che il mancato o irregolare esercizio di tale facoltà non può determinare l'invalidità dell'accertamento induttivo effettuato dall'Ufficio (Così statuendo, la Suprema Corte ha confermato la sentenza impugnata che aveva ritenuto legittima la convocazione anche di soggetti diversi dai soci della società contribuente, ossia le loro mogli, in un luogo, la sede della società, diverso dagli uffici finanziari o della polizia tributaria). (1)

Omissis. 2. - Con il secondo motivo di ricorso, la società F.G. Snc denuncia la violazione e falsa applicazione del D.P.R. n. 633 del 1972, art. 51, comma 2, n. 2 e art. 23 Cost., in relazione all'art. 360 c.p.c., n. 3.

La CTR avrebbe erroneamente ritenuto legittima la convocazione, ai sensi del D.P.R. n. 633 del 1972, art. 51, comma 2, n. 2, di soggetti diversi dai soci della società F.G. Snc, ossia le loro mogli, e per di più in un luogo (la stessa sede della società) diverso dagli uffici finanziari o della polizia tributaria. E tale violazione, ad avviso della ricorrente, sarebbe tale da inficiare gli accertamenti emessi nei confronti della società contribuente.

La censura è infondata.

Non può revocarsi in dubbio, infatti, che eventuali irregolarità nel processo di convocazione del contribuente, ai sensi dell'art. 51 del decreto cit., non possano determinare la nullità dell'atto impositivo emesso a seguito dell'invito in parola.

Questa Corte ha, difatti, più volte affermato che il D.P.R. n. 633 del 1972, art. 51, comma 2, n. 2, nel prevedere la convocazione del soggetto che esercita l'impresa con l'invito al

medesimo a fornire dati, notizie e chiarimenti in ordine alle operazioni annotate nei conti bancari, attribuisce all'Amministrazione una facoltà discrezionale e non un obbligo, né comporta la trasformazione della presunzione legale, desumibile dal combinato disposto dell'art. 51 cit. e del D.P.R. n. 600 del 1973, art. 32 in presunzione semplice, valutabile solo nel concorso dei presupposti di cui all'art. 2727 c.c. e segg. Il tenore letterale della disposizione ("per l'adempimento dei loro compiti gli Uffici possono invitare i soggetti che esercitano imprese, arti o professioni...") e la discrezionalità espressamente prevista al riguardo, infatti, non possono che indurre ad escludere che debba ritenersi obbligatoria la convocazione del contribuente in sede amministrativa prima dell'accertamento.

Né può sostenersi che siffatta discrezionalità violi il diritto di difesa, potendo l'Ufficio procedere al ritiro eventuale del provvedimento, nell'esercizio del potere di autotutela, in caso di osservazioni e/o giustificazioni proposte dall'interessato (Cass. nn. 26293/2005, 6232/2003, 8422/2002).

Orbene, è di tutta evidenza che, se addirittura l'omissione dell'invito al contribuente non può determinare - per il chiaro tenore letterale della disposizione succitata - l'invalidità dell'accertamento induttivo operato dall'Ufficio, a fortiori ciò è a dirsi in relazione all'ipotesi, ricorrente nella specie, in cui l'invito, al quale il contribuente abbia concretamente ottemperato esponendo all'Ufficio le proprie ragioni, presenti eventuali, irrilevanti, difformità dal modello legale, in special modo laddove esso sia comunque idoneo a consentire al contribuente l'esercizio del diritto di difesa. Tale deve, senza alcun dubbio, ritenersi l'invito notificato, nel caso concreto, ai soci della F.G. Snc ed alle loro mogli, dal momento che la società - sulla quale incombeva il relativo onere - non ha neppure allegato in giudizio la sussistenza di un concreto vulnus del proprio diritto di difesa, che possa - in ipotesi - essere derivato dalle suddette irregolarità dell'invito notificato dall'Amministrazione finanziaria.

Il motivo va, di conseguenza, disatteso.

3. - Con il terzo, quinto e sesto motivo - che, per la loro intima connessione, vanno esaminati congiuntamente - la F.G. Snc denuncia la violazione e falsa applicazione del D.P.R. n. 633 del 1972, artt. 19 e 51 L. n. 413 del 1991, art. 18, art. 2697 c.c., artt. 3 e 53 Cost. in relazione all'art. 360 c.p.c., n. 3.

Avrebbe, invero, errato la CTR - ad avviso della ricorrente - nel ritenere che fossero utilizzabili come materia di presunzione legale, ai fini dell'accertamento dell'IVA, anche i prelevamenti dai conti bancari della società e/o dei soci, e non soltanto i versamenti, sebbene di tali prelevamenti il D.P.R. n. 633 del 1972, art. 51 come novellato dalla L. n. 413 del 1991, art. 18 non faccia menzione alcuna. Per di più, la CTR avrebbe indistintamente ed ingiustificatamente disconosciuto la detrazione dell'IVA relativa alle operazioni economiche espresse dai prelevamenti tutti, in quanto non fatturate, finendo in tal modo per duplicare la materia imponibile.

Il giudice di appello - a parere della contribuente - non avrebbe, inoltre, tenuto conto del fatto che i prelevamenti non potrebbero essere utilizzati quali fatti noti, ai fini della presunzione legale, allorquando si traducano essi stessi in una manifestazione finanziaria che va a ridurre l'entità dei versamenti.

Sicché, prima di argomentare dai versamenti tutti l'esistenza di vendite in nero, e dai prelevamenti tutti l'esistenza di acquisti in nero, la CTR avrebbe dovuto accertare se le operazioni bancarie in entrata ed in uscita non si elidessero tra loro.

Le censure suesposte sono infondate.

Ed invero, va rilevato - al riguardo - che la disposizione di cui al D.P.R. n. 633 del 1972, art. 51, comma 2, n. 2 (come novellato dalla L. n. 413 del 1991, art. 18 applicabile alla fattispecie *ratione temporis*), nel ricostruire i poteri degli uffici in materia di accertamento dell'IVA, fa riferimento ai "dati" e agli "elementi attinenti ai rapporti ed alle operazioni acquisiti e rilevati", che devono essere "posti a base delle rettifiche e degli accertamenti previsti dagli artt. 54 e 55, se il contribuente non dimostra che ne ha tenuto conto nella dichiarazione o che non si riferiscono ad operazioni imponibili". Non può revocarsi in dubbio, pertanto, che nell'ampio ed omnicomprensivo tenore letterale della norma debbano ritenersi rientranti, oltre che i versamenti, anche i prelevamenti, poiché anche questi costituiscono operazioni poste in essere nell'esercizio dell'impresa e, pertanto, rilevanti ai fini IVA. In tal senso, questa Corte ha più volte affermato che, in tema di accertamento per l'imposta sul valore aggiunto, la presunzione fissata dal D.P.R. n. 633 del 1972, art. 51 secondo la quale il contribuente si avvale di tutti i propri conti bancari "per le rimesse e i prelevamenti" inerenti all'esercizio dell'attività imponibile, può essere superata unicamente con la prova specifica della non imponibilità dei movimenti finanziari tutti; prova che va fornita dal contribuente (Cass. nn. 1418/2013 e 6595/2013), il quale è tenuto a dimostrare che i movimenti bancari, che non trovano giustificazione sulla base delle sue dichiarazioni, non sono fiscalmente rilevanti (Cass. n. 21132/2011).

Ne discende, pertanto, che le censure in esame devono essere disattese.

4. - Con il quarto motivo di ricorso, la F.G.Snc denuncia la violazione e falsa applicazione del D.P.R. n. 633 del 1972, art. 51 e art. 2697 c.c., in relazione all'art. 360 c.p.c., n. 3.

Si duole, invero, la ricorrente del fatto che la CTR abbia erroneamente ritenuto utilizzabili, ai fini dell'accertamento, le operazioni desumibili dai conti bancari, ancorché la maggior parte di essi fossero intestati ai soci o alle loro mogli. E ciò pure in assenza di prove, da parte dell'Amministrazione finanziaria, circa la riferibilità di tali conti alla società.

Il motivo è infondato.

Ed invero, ai fini dell'accertamento IVA relativo a società di persone a ristretta base familiare - come nel caso di specie - devono ritenersi legittime le indagini bancarie estese ai

congiunti del contribuente persona fisica, ovvero a quelli degli amministratori della società contribuente, in quanto sia il D.P.R. n. 600 del 1973, art. 32, n. 7, riguardo alle imposte sui redditi, che il D.P.R. n. 633 del 1972, art. 51 riguardo all'IVA, autorizzano l'Ufficio finanziario a procedere all'accertamento fiscale anche attraverso indagini su conti correnti bancari formalmente intestati a terzi, ma che si ha motivo di ritenere connessi ed inerenti al reddito del contribuente. E tale ipotesi é, senza dubbio, ravvisabile nel rapporto familiare, sufficiente a giustificare - salva prova contraria, il cui onere incombe, diversamente da quanto sostenuto dalla società F.G. Snc, sul contribuente - la riferibilità al contribuente medesimo delle operazioni riscontrate su conti correnti bancari degli indicati soggetti (Cass. nn. 18083/2010, 6595/2013).

Alla stregua dei motivi che precedono, pertanto, la censura in esame va rigettata. -

Omissis.

BREVE NOTA A SENTENZA N. 1332 EMANATA IL 5.3.2013 DALLA III SEZIONE DEL CONSIGLIO DI STATO: ART. 38, COMMA 1, LETT. G), D.LGS. N. 163/2006 E RATEIZZAZIONE DEL DEBITO FICALE

di Andrea Marone*

Abstract

Il lavoro ha ad oggetto la problematica dell'esclusione dalle gare d'appalto delle società che versano in situazioni di irregolarità fiscale, con particolare riferimento alla questione della necessità della definitività o meno dell'accertamento.

La decisione che si annota, inoltre, affronta il tema della rateizzazione del debito fiscale alla luce dei principi fondanti l'ordinamento giuridico interno e comunitario, rispetto ai quali si ritiene che non sia sufficiente la presentazione della domanda di rateizzazione per la partecipazione ad una gara, ma che occorra il provvedimento concessorio.

Entrambe le questioni sono state oggetto di contrasti giurisprudenziali che vengono analizzati nella seguente nota.

The work faces the issue of the exclusion from public contracts of the companies who committed tax irregularities, with a particular accent on the topic of the definitiveness of the tax assessment.

The amended decision analyzes the issue of tax installments in respect of Italian and EU principles. The decision states that the application to obtain the tax installment does not substitute, in terms of effectiveness, the decision to grant.

*Dottorando di ricerca in Diritto Tributario Università degli Studi di Napoli Federico II

La sentenza n. 1332 del 5.3.2013, della Sez. III del Consiglio di Stato, pone l'attenzione sulla controversa tematica dell'esclusione dalle gare di appalti delle società che non sono in possesso dei requisiti di capacità generale di cui all'art. 38, comma 1, lett. g), d.lgs. n. 163/2006¹, perché versano in situazione di irregolarità fiscale, sul rapporto tra la necessità

¹ Art. 38, comma 1, lett. g), d.lgs. n. 163/2006: "sono esclusi dalla partecipazione alle procedure di affidamento delle concessioni e degli appalti di lavori, forniture e servizi, né possono essere affidatari di subappalti, e non possono stipulare i relativi

dell'accertamento "definitivo" di tali irregolarità e le conseguenze della rateizzazione del debito fiscale.

Più in particolare, il giudizio scaturisce da un provvedimento delle Stazione Appaltante che, nell'ambito di una procedura per l'affidamento di un appalto di servizi, revocava l'aggiudicazione provvisoria della gara ad un'A.T.I. per presunte irregolarità fiscali, e affidava l'aggiudicazione dell'appalto alla seconda classificata. Avverso tale atto di revoca dell'aggiudicazione provvisoria, l'A.T.I. ricorreva al T.A.R. Campania – Napoli che, dopo aver disposto incumbenti istruttori all'Agenzia delle Entrate, accoglieva il ricorso annullando il provvedimento di revoca. Tale sentenza, una volta appellata, veniva riformata dal Consiglio di Stato con la citata sentenza n. 1332/2013.

Difatti, la questione verte proprio sulla differente interpretazione giuridica che il Consiglio di Stato ha dato, rispetto al giudice di *prime cure*, alla dettagliata relazione fornita dall'Agenzia delle Entrate nell'ambito dell'istruttoria di primo grado, e secondo cui l' A.T.I. affidataria del servizio oggetto di gara (i) versava in una situazione di abnorme irregolarità fiscale, se non di decozione conclamata per un coacervo di debiti, sanzioni ed interessi, ed incapacità di rispettare gli obblighi fiscali, (ii) ed era mendace nelle dichiarazioni sull'ammontare dei debiti tributari al momento della presentazione dei documenti di gara, (iii) era, inoltre, in possesso di un accordo di transazione fiscale, che però risultava sottoscritto in data 6/11/2011, e cioè in epoca successiva alla data di presentazione delle offerte, (vi) ed infine, l' accordo di ristrutturazione del debito sottoscritto risultava inefficace non essendo stata ancora conclusa la sua procedura di omologazione.

Secondo quanto sostenuto dal TAR Campania - Napoli, poiché alla data di presentazione delle offerte (6/10/2011) l'A.T.I. risultava essere stata ammessa al pagamento rateale per le cartelle esattoriali e comunque, in data 6/12/2011, anche se successivamente alla data di presentazioni delle offerte, era stato trovato un accordo tra il contribuente e l'amministrazione erariale, ciò implicava una situazione di "non definitività" delle irregolarità fiscali commesse e, pertanto, non vi erano i presupposti di legge per l'esclusione dalla gara d'appalto.

contratti i soggetti che hanno commesso violazioni gravi, definitivamente accertate, rispetto agli obblighi relativi al pagamento delle imposte e tasse, secondo la legislazione italiana o quella dello Stato in cui sono stabiliti".

Più in particolare il TAR, alla luce di un'interpretazione estensiva del principio enunciato nella circolare 25/5/1997 n. 34 dell'Agenzie delle Entrate, secondo cui non può essere considerata irregolare la posizione di un'impresa partecipante ad una gara d'appalto sino a quando sia ancora pendente il termine per l'impugnazione, o per l'adempimento ovvero, essendo stata proposta impugnazione, non sia ancora passata in giudicata la pronuncia giurisdizionale sfavorevole al contribuente, asseriva che *“la rateizzazione, così come la stipula dell'accordo di ristrutturazione, avrebbero fatto estinguere la situazione di debito tributario: entrambe avrebbero posto il debitore nella condizione di non potere più essere considerato un soggetto che aveva commesso violazioni di natura fiscale definitivamente accertate secondo il paradigma del sopra richiamato articolo 38 del codice appalti.”*

Sul punto, va chiarito che la giurisprudenza amministrativa è ormai consolidata nel ritenere che: *“l'irregolarità tributaria di cui all'art. 38, comma 1, lett. g), d.lgs. n. 163/2006, comporta esclusione a condizione che la violazione degli obblighi tributari sia accertata in via definitiva: in proposito si osserva che l'inserimento nei ruoli e l'emissione delle cartelle esattoriali sono operazioni della fase di riscossione a monte delle si colloca l'accertamento del debito da parte dell'Amministrazione dotata di potere impositivo. Per evitare che tale accertamento diventi definitivo è necessaria l'impugnazione degli atti di contestazione o di accertamento che precedono le cartelle, e in seguito l'impugnazione delle cartelle stesse per vizi propri o in via derivata”²*

Ed ancora: *“L'accertamento della violazione degli obblighi tributari non è sufficiente affinché operino le preclusioni previste dall'art. 38, comma 1, lett. g) d.lgs. n. 163/2006, occorrendo, altresì, che tale accertamento sia divenuto definitivo per effetto della decorrenza del termine di impugnazione dell'atto stesso, senza che l'impresa abbia presentato ricorso, o di una pronuncia giurisdizionale che abbia acquisito autorità di cosa giudicata”³*.

Il Consiglio di Stato provvedeva a riformare la sentenza del giudice di *prime cure*, escludendo l'A.T.I. aggiudicataria del servizio oggetto di gara per violazione dell'art 38, del d.lgs. n. 163/2006, interpretato alla luce dei principi di matrice comunitaria.

Difatti, l'art. 38 cit. è attuativo dell'art. 45 della Direttiva 2004/18, che è diretta a tutelare che il privato contraente con la pubblica amministrazione sia solido e solvibile.

La direttiva CEE 2004/18 veniva emanata per garantire che gli Stati membri agissero nel rispetto del principio di libera concorrenza, che non esplica effetti positivi solo a favore dei privati, garantendo la massima partecipazione possibile dei concorrenti alle gare d' appalto,

² T.A.R. Lombardia, Brescia, sez. II, 10.12.2012, n. 1924; T.A.R. Campania Napoli, sez. I, 10.3.2011 n. 1408; T.A.R. Sicilia, Catania, sez. IV, 21.2.2011, 420; Cons. Stato, sez. VI, 27.2.2008 n. 716.

³ T.A.R. Lazio, Roma, sez. III, 3.7.2012, n. 6072.

ma esplica effetti positivi anche nei confronti della pubblica amministrazione, affinché l'inaffidabilità e l'insolvibilità dei soggetti che con essa contraggono non incidano in senso negativo sul servizio reso all'amministrazione e di conseguenza ai cittadini che ne usufruiscono.

Pertanto, alla luce dell'indirizzo comunitario di tutela della Pubblica Amministrazione, il Consiglio di Stato, nel caso di specie, interpretando restrittivamente le conclusioni cui era giunta l'Agenzia delle Entrate nella sopracitata relazione istruttoria, è stato portato inevitabilmente ad escludere l'A.T.I. a causa di una situazione di abnorme irregolarità fiscale e tributaria.

Proprio l'accettazione, della stessa A.T.I. affidataria, di tale situazione di insolvenza con l'erario attraverso gli accordi di rateizzazione e transazione stipulati e, di conseguenza la mancata capacità di ottemperare agli obblighi degli accordi sottoscritti, hanno indotto il Consiglio di Stato alla esclusione dell'A.T.I. dalla gara al fine di tutelare la pubblica amministrazione dalla stipula di un contratto di affidamento di servizio con un soggetto che non potesse garantire la necessaria solvibilità e solidità finanziaria.

Sul punto si cita un passaggio decisivo della Sentenza che chiarisce le ragioni dell'esclusione: *“In ogni caso pur dopo la rateizzazione e la transazione, la società non è stata in grado di far fronte a nessuna delle obbligazioni assunte con sopravvenuta inefficacia di ciascuno degli accordi concordati con l'erario [...] la transazione non ha mai avuto un seguito, in quanto mai omologata e non avendo eseguito la società i pagamenti alle dovute scadenze doveva considerarsi tamquam non esset”*.

In un contesto di tal fatta, risulta condivisibile tale orientamento del Consiglio di Stato, che ha interpretato il cit. art. 38 alla luce dei principi comunitari, chiarendo che la tutela di tali principi, come la libertà di concorrenza, il principio di solvibilità e solidità dei privati contraenti con i soggetti pubblici, può trovare il suo limite applicativo solo dinanzi alla tutela giuridica del privato, di cui costituiscono diretta applicazione sia la citata circolare 25/5/1997 n. 34 dell'Agenzie delle Entrate che lo stesso citato articolo 38, comma 1, lett. g), del d.lgs. n. 163/2006, secondo cui è necessaria la “definitività” dell'accertamento delle irregolarità fiscali per l'esclusione di un soggetto da una gara d'appalto.

Nel caso di specie, infatti, non è sostenibile, al contrario di quanto affermato dal giudice di *prime cure*, che tale irregolarità fiscale non sia stata “definitivamente” accertata: infatti, (i) da un lato la transazione fiscale avveniva in epoca successiva alla presentazione delle offerte in sede di gara e, pertanto, la Stazione Appaltante ai sensi dell'art. 38, comma 1, lett. g), del d.lgs.

n. 163/2006 non poteva che escludere l'A.T.I. dalla gara, e (ii) dall'altro lato l'accordo di ristrutturazione e di transazione fiscale, che presupponevano necessariamente l'ammissione di irregolarità (e quindi la definitività dell'accertamento), non venivano rispettati ed omologati, con la conseguenza che risultavano come nulli e mai intervenuti, con l'inevitabile esclusione di cui all'art. 38, comma 1, lett. g), del d.lgs. n. 163/2006.

Sul primo punto, infatti, la giurisprudenza amministrativa è consolidata nel ritenere che la regolarità fiscale deve sussistere al momento della partecipazione alla gara e durare fino a quello di stipula del contratto. In questa prospettiva, non rilevano regolarizzazioni postume, essendo le stesse bensì idonee a sanare i rapporti tra l'impresa e il fisco, ma non in grado di comportare il venir meno della causa di esclusione. Sul punto, infatti, il Consiglio di Stato ha chiarito che: *"la regolarità contributiva e fiscale, richiesta come requisito indispensabile per la partecipazione a gare pubbliche ai sensi dell'art. 38, d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, deve essere mantenuta per tutto l'arco di svolgimento della gara stessa fino al momento dell'aggiudicazione, sussistendo l'esigenza per la stazione appaltante di verificare l'affidabilità del soggetto partecipante alla gara fino alla conclusione della stessa; di conseguenza è irrilevante un eventuale adempimento tardivo dalla obbligazione tributaria, seppure ricondotto retroattivamente"*.⁴

Sul secondo punto, invece, recentemente il Consiglio di Stato, in Adunanza Plenaria, ha risolto un contrasto giurisprudenziale sorto tra diverse modalità interpretative circa l'applicazione della stringente disciplina comunitaria e nazionale in merito alle modalità di esclusione dagli appalti pubblici e la presentazione dell'istanza di rateizzazione dei debiti tributari presentata dagli operatori economici.

Più in particolare, il Consiglio di Stato ha posto l'attenzione su tre differenti orientamenti giurisprudenziali: (i) secondo una tesi più rigorosa, è necessaria la positiva definizione del procedimento di rateizzazione, con conseguente accoglimento dell'istanza del contribuente, prima del decorso del termine per la presentazione della domanda di partecipazione alla gara; (ii) secondo una tesi più elastica è necessaria la semplice presentazione dell'istanza di rateizzazione prima del decorso del termine per la presentazione della domanda di partecipazione alla gara; (iii) secondo una linea interpretativa mediana è ammessa la partecipazione dell'impresa che abbia presentato relativa istanza di rateizzazione, *sub condicione* della positiva definizione della procedura prima dell'aggiudicazione della gara e della conseguente stipulazione del contratto.

⁴ Cons. di Stato, sez. V, 6.3.2013 n. 1370; Cons. di Stato, sez. III, 3.8.2012, n. 4424.

Il Consiglio di Stato, ha deciso di aderire alla prima tesi più restrittiva chiarendo che: *”ai fini della procedura di gara, non è ammissibile la partecipazione, ex art. 38, comma 1, lett. g), del codice dei contratti pubblici, del concorrente (anche con riferimento all’impresa ausiliare) che, al momento della scadenza del termine di presentazione della domanda di partecipazione, non abbia conseguito il provvedimento di accoglimento dell’istanza di rateizzazione. Infatti può considerarsi in regola con il fisco unicamente il contribuente cui sia stata accordata la rateizzazione mentre la mera presentazione dell’istanza di rateizzazione o dilazione non rileva ai fini della dimostrazione del requisito della regolarità fiscale ex art. 19 d.p.r. 29 settembre 1973, n. 602”*⁵

Va, infine, ulteriormente soggiunto che, la sentenza del giudice di *prime cure* poteva essere annullata dal Supremo Consesso Amministrativo anche per la sola dichiarazione mendace dell’A.T.I. affidataria al momento di presentazione dell’offerta (cioè che il debito con l’erario ammontava ad € 1.800.000 e non ad € 10.352.980,00), che è di per se causa di esclusione dalle gara d’appalto per violazione del combinato disposto dell’art. 38, comma 1, lett. h), e comma 1-ter, del d.lgs. n. 163/2006, che sono diretta espressione dei principi di buona fede e correttezza che devono sempre osservare i soggetti che contraggono con la Pubblica Amministrazione.

N. 01332/2013 REG. PROV. COLL.

N. 06389/2012 REG. RIC.



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

⁵ Cons. di Stato, ad. plen., 20.8.2013 n. 20; Cons. di Stato, ad. plen. 6.8.2013 n. 20; Cons. di Stato, ad. plen., 5.6.2013, n. 15.

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 6389 del 2012, proposto da:
Cosmopol Srl in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avv. Donato Pennetta, con domicilio eletto presso Nicola Petracca in Roma, via Ennio Quirino Visconti n.20;

contro

Azienda Sanitaria Locale Caserta in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avv. Massimo Lacatena, con domicilio eletto presso l' Ufficio di Rappresentanza della Regione Campania in Roma, via Poli, n.29;
Agenzia delle Entrate - Direzione Provinciale di Caserta in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliata in Roma, via dei Portoghesi, n.12;
Agenzia delle Entrate - Direzione Provinciale di Caserta - Ufficio Territoriale di Caserta;

nei confronti di

Istituto di Vigilanza Privata Cooperativa Terra di Lavoro a r.l. in proprio e quale mandataria costituenda Ati in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avv. Eliseo Laurenza, con domicilio eletto presso Angela Fiorentino in Roma, via Tibullo 10;

Ati-Istituto di Vigilanza Privata Soc.Coop. Lavoro e Giustizia a r.l.;

per la riforma

della sentenza breve del T.A.R. CAMPANIA - NAPOLI SEZIONE I n. 03482/2012,

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Azienda Sanitaria Locale Caserta e di Agenzia delle Entrate - Direzione Provinciale di Caserta e di Istituto di Vigilanza Privata Coop.Terra di Lavoro a r.l. in proprio e quale Mandataria Costituenda Ati;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 29 gennaio 2013 il Cons. Roberto Capuzzi e uditi per le parti gli avvocati Pennetta, Panariello su delega di Lacatena, Laurenza e dello Stato Bacosi;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. L'Istituto di Vigilanza Privata Cooperativa Terra di Lavoro a r.l. e l'Istituto di Vigilanza Privata Soc. Coop. Lavoro e Giustizia a r.l., già aggiudicatari provvisori in a.t.i. della procedura aperta bandita dalla Asl di Caserta per l'affidamento del servizio di vigilanza armata, in cui si era collocata al secondo posto la società Cosmopol, contestavano gli atti di revoca dell'aggiudicazione provvisoria e la definitiva aggiudicazione alla società Cosmopol a seguito della verifica della documentazione per la partecipazione alla gara in relazione al mancato possesso del requisito di cui all'art. 38, co. 1, lett. g) del d. lgs. n. 163 del 2006, per effetto di violazioni definitivamente accertate rispetto agli obblighi relativi al pagamento delle imposte e tasse alla data di scadenza del termine per la presentazione delle offerte, risultanti dalle certificazioni rilasciate dall'Agenzia delle Entrate di Caserta.

Rilevavano gli Istituti ricorrenti che i debiti tributari avrebbero formato oggetto di rateizzazione ancor prima della sopravvenuta transazione fiscale e che il ricorso alla transazione fiscale, stipulata ai sensi dell'art. 182-ter della legge fallimentare, per il pagamento in misura ridotta e/o dilazionata dei debiti tributari, compresi quelli non iscritti a ruolo, al fine

di superare uno stato di crisi di liquidità, non comportava la sussistenza di alcuna violazione definitivamente accertata e non faceva venir meno il requisito di cui alla lett. g) del citato art. 38.

In sintesi, sostenevano che la revoca della aggiudicazione provvisoria per irregolarità fiscale era illegittima e non aveva motivo di essere disposta.

Il Tar disponeva incumbenti istruttori con ordinanza n. 862 del 20/6/2012 dai quali risultava una complessa situazione debitoria della società che comunque era stata ammessa al pagamento rateale ed alla transazione fiscale.

Il Tar quindi accoglieva il ricorso annullando la revoca della aggiudicazione provvisoria e l'aggiudicazione alla Cosmopol, con declaratoria di inefficacia del contratto eventualmente stipulato con la Cosmopol.

Il primo giudice rilevava che sia la concessione della rateizzazione del debito tributario, sia la successiva stipula di una transazione fiscale, che comunque presupponevano un accordo tra il contribuente e l'amministrazione erariale escludevano che il concorrente interessato potesse essere considerato in situazione di irregolarità fiscale.

Né risultavano rilevanti, ai fini della decisione della controversia, circostanze che ancora non si erano concretizzate, quali il consolidamento del carico tributario non iscritto a ruolo, ovvero la conclusione della procedura di omologazione dell'accordo di ristrutturazione dei debiti, o l'istanza di modifica dell'accordo per il peggioramento della crisi aziendale.

2. Nell'atto di appello la soc. Cosmopol assume che fosse mendace quanto dichiarato dalla ati Coop Terra Lavoro con riferimento alle dichiarazioni di regolarità fiscale al momento del deposito della documentazione per la partecipazione alla gara (6 ottobre 2011) e fosse del pari mendace quanto dichiarato dalla stessa nel ricorso introduttivo in ordine all'ammontare del debito dovuto nei confronti dell'erario che non ammontava a 1.800.000 come da essa asserito ma addirittura ad euro 10.352.980, una cifra enorme considerato il bilancio aziendale con una

situazione di irregolarità risalente all'anno 2005. Queste dichiarazioni mendaci avrebbero influenzato in maniera determinante il convincimento del primo giudice inducendolo in errore.

Inoltre l'appellante assume la inesistenza di alcun accordo transattivo alla data di presentazione dell'offerta in merito alla differenza tra euro 10.352.980 vantati dall'Erario ed accertati come debito dalla Agenzia delle Entrate ed euro 1.800.000 riconosciuti dalla Coop. Terra e Lavoro.

Rileva ancora la società Cosmopol la mancata omologazione e quindi la inefficacia dell'accordo transattivo ex art. 182 ter legge fallimentare che comunque non è mai stato rispettato dalla debitrice, circostanze queste che rendevano del tutto inadempiente la Coop. Terra Lavoro sotto il profilo della regolarità fiscale e quindi legittimavano la revoca della aggiudicazione provvisoria.

Si è costituita la Cooperativa appellata depositando ampia memoria difensiva.

Sono state depositate ulteriori memorie.

Dopo la discussione orale all'udienza di trattazione del 29 gennaio 2013 la causa è stata trattenuta dal Collegio per la decisione.

3. Deve essere esaminata in primo luogo la eccezione di sopravvenuta carenza di interesse all'appello avanzata dalla difesa dell'ati appellata facente capo alla Cooperativa Terra e Lavoro. Questa ha sostenuto che la Asl ha inteso rinunciare alla difesa e agli effetti degli atti a suo tempo adottati ed impugnati sostituendoli definitivamente con nuovi atti, scevri dai vizi che avevano inficiato i primi. In tal senso depone la deliberazione n.1082 in data 2.8.2012 con cui la Asl ha revocato gli atti di definitiva aggiudicazione in favore dell'appellante ed ha disposto di aggiudicare la gara alle appellate Coop. Terra e Lavoro nonché il comportamento processuale della Asl che con la deliberazione n.1167 del 5.9.2012 ha conferito mandato per la costituzione nel giudizio di appello al fine di assicurare l'attività difensiva in giudizio

dell'Azienda, lasciando così intendere di non volere proporre alcuna impugnativa della sentenza del Tar Campania.

Non avendo quindi parte appellante Cosmopol proposto alcuna impugnativa avverso la deliberazione n.1082 in data 2.8.2012 dovrebbe pronunciarsi la improcedibilità per sopravvenuta carenza di interesse alla decisione in quanto dall' accoglimento dell'appello l'appellante non potrebbe ricevere alcun effetto utile perdurando anche dopo il richiesto accoglimento la validità e l'efficacia della inoppugnata deliberazione di aggiudicazione definitiva a favore della appellata.

4. Tali argomentazioni non meritano accoglimento.

Al riguardo deve sottolinearsi che in primo grado la Cooperativa Terra e Lavoro aveva impugnato la deliberazione n.566/2012 con la quale la Asl Caserta aveva revocato la aggiudicazione della gara disposta a favore della Cooperativa medesima perché non in possesso del requisito di cui all'art. 38 d.lgs. 163/2006 e dall'altro aveva dichiarato la Cosmopol aggiudicataria della gara.

Il Tar nella sentenza appellata ha accolto il ricorso proposto dalla Cooperativa Terra e Lavoro annullando la deliberazione sopradetta n.566/2012 di revoca della aggiudicazione e di definitiva aggiudicazione alla Cosmopol.

L'accoglimento dell'appello quindi determina la automatica reviviscenza della delibera di aggiudicazione all'appellante annullata dal Tar con effetto caducatorio nei confronti della delibera di aggiudicazione definitiva n.1082/2012 nei confronti della appellata; la Asl infatti si è limitata a dare doverosa esecuzione alla sentenza del Tar mentre dagli atti processuali ed in particolare dalla delibera di incarico per la difesa in appello della Asl non si evincono elementi univoci per ritenere rinunciati da parte della Asl gli effetti degli atti a suo tempo adottati.

5. Venendo al merito della vicenda, rilievo centrale assume nella presente controversia, la questione relativa alla legittimità dell'esclusione dell'originaria ricorrente disposta dalla Asl per

avere, la stessa, reso una dichiarazione che si assume non veritiera in merito alla regolarità fiscale, essendo emersi definitivi accertamenti di violazione di norme tributarie cui si riconnetteva un rilevante importo di debito tributario.

Va premesso che ai sensi, l'art. 38, comma 1, lett. g), del d.lvo n. 163/2006, *“sono esclusi dalla partecipazione alle procedure di affidamento delle concessioni e degli appalti di lavori, forniture e servizi, né possono essere affidatari di subappalti, e non possono stipulare i relativi contratti i soggetti...che hanno commesso violazioni, definitivamente accertate, rispetto agli obblighi relativi al pagamento delle imposte e tasse, secondo la legislazione italiana o quella dello Stato in cui sono stabiliti”*.

La *ratio* della norma risponde all'esigenza di garantire l'amministrazione pubblica relativamente alla solvibilità e solidità finanziaria del soggetto con il quale essa contrae.

Concentrando l'esame sul concetto di *“violazione definitivamente accertata”* occorre ricordare che l'art. 38 citato è direttamente attuativo dell'articolo 45 della direttiva 2004/18, la quale è diretta ad accertare la sussistenza dei presupposti di generale solvibilità dell'eventuale futuro contraente della Pubblica amministrazione.

La valutazione, con significato rigidamente preclusivo, di qualsivoglia inadempimento tributario nasce dalla esigenza di assicurare la effettività del principio di libera concorrenza, che non esplica soltanto effetti positivi sull'ampliamento della partecipazione alle pubbliche gare per le imprese presenti nel mercato, ma anche effetti positivi per la pubblica amministrazione, diretti a che non si configurino, a carico delle imprese, debiti tributari, che incidono oggettivamente sull'affidabilità e solidità finanziaria delle stesse e quindi sul servizio reso all'amministrazione.

Con la conseguenza che deve essere, di volta in volta, in concreto indagata la situazione relativa all'assolvimento degli obblighi di pagamento di imposte e di tasse per accertarne la rilevanza, mirando la verifica ad appurare la globale regolarità sul piano tributario di ciascuna impresa partecipante alla gara quale eventuale contraente con la Pubblica Amministrazione,

coincidente con la sottesa correttezza delle scritture contabili e del conseguente pagamento di ogni correlata prestazione imposta, che si renda a tal fine dovuta, capace di accreditare anche sotto questo particolare aspetto una regolare gestione finanziaria e la conseguente solvibilità della impresa.

Peraltro è opinione largamente condivisa in giurisprudenza che costituisca in sé motivo di esclusione dalla gara il fatto che l'autodichiarazione presentata dalla concorrente, al fine della dimostrazione della posizione di regolarità fiscale, sia risultata non veritiera.

6. Tanto premesso, venendo al caso che occupa, il primo giudice ha rilevato che alla data di presentazione delle offerte (6.10.2011) risultava l'ammissione al pagamento rateale per le cartelle emesse a carico delle imprese ricorrenti e che comunque vi era stata una transazione fiscale portante la data del 6.12.2011, quindi successiva alla presentazione delle offerte, che presupponendo un accordo tra il contribuente e l'amministrazione erariale implicava una situazione di non definitività delle irregolarità fiscali commesse. La rateizzazione, così come la stipula dell'accordo di ristrutturazione, avrebbero fatto estinguere la situazione di debito tributario: entrambe avrebbero posto il debitore nella condizione di non potere più essere considerato un soggetto che aveva commesso violazioni di natura fiscale definitivamente accertate secondo il paradigma del sopra richiamato articolo 38 del codice appalti.

7. Tali argomentazioni del primo giudice non sono condivisibili.

In primo grado erano stati disposti incumbenti istruttori alla Agenzia delle Entrate la quale depositava una dettagliata relazione dalla quale si evince:

-in generale, una situazione di abnorme irregolarità fiscale se non di decozione conclamata per un coacervo di debiti, sanzioni, interessi della Coop. Terra Lavoro, incapace di rispettare gli obblighi fiscali, sia in epoca precedente alla partecipazione alla gara di appalto, sia in epoca successiva, con debiti di oltre dieci milioni di euro su un fatturato all'incirca di pari importo, debiti per i quali aveva chiesto delle rateizzazioni mai rispettate e concluso una transazione

con l'erario peraltro inefficace in quanto non omologata, ed anch'essa mai rispettata sempre perdurando o anzi essendosi aggravata nel tempo la situazione di crisi;

-la mendacità di quanto dichiarato al momento di partecipazione alla gara e nel ricorso introduttivo in ordine all'ammontare del debito dovuto nei confronti dell'erario che non ammontava, come dichiarato, a euro 1.800.000, ma ammontava ad euro 10.352.980;

-la esistenza di un transazione fiscale tra la Coop. Terra Lavoro e l'erario ex art. 182 ter della legge fallimentare, R.D. 16 marzo 1942 n.267, sottoscritta solo in data 6 dicembre 2011, successiva alla data di scadenza delle offerte e della dichiarazione ex art. 38 da parte della Cooperativa appellata in sede di partecipazione alla gara;

-la previsione specifica dell'accordo di ristrutturazione del debito che lo stesso non avrebbe avuto natura novativa per cui il mancato adempimento anche di una sola delle obbligazioni assunte avrebbe determinato la risoluzione e il ripristino di tutte le originarie obbligazioni della società;

-la inefficacia dell'accordo di ristrutturazione di cui sopra in quanto mai omologato dal Tribunale di Santa Maria Capua Vetere ed in ogni caso mai rispettato;

-la successiva istanza della medesima società di modifica dell'accordo di ristrutturazione motivata dal fatto che a seguito del peggioramento della situazione aziendale *"..l'azienda non è nelle condizioni di potere rispettare gli impegni finanziari scaturenti dal sottoscritto accordo"*.

- la esistenza alla data del 31.03.2011 di imposte IRES e IVA e IRAP sia per l'anno 2009 che 2010 e 2011, per un valore di 6 milioni di euro, pacificamente dichiarate dalla società e mai versate all'erario.

8. La lettura della relazione della Agenzia delle Entrate evidenzia che il presupposto della rateizzazione e della transazione risiedeva proprio nella definitività degli accertamenti compiuti per i quali erano stati irrogate sanzioni e calcolati interessi per debiti con l'erario pacificamente ammessi dalla società e ai quali la stessa non era tuttavia in grado di fare fronte

per cui i benefici che venivano concessi, non solo non facevano venir meno l'inadempimento agli obblighi tributari ma anzi lo presupponevano avendo lo scopo di indirizzare verso forme meno invasive e sostanzialmente concordate con il contribuente l'attività di esazione. In ogni caso, pur dopo la rateizzazione e la transazione, la società non è stata in grado di far fronte a nessuna delle obbligazioni assunte con sopravvenuta inefficacia di ciascuno degli accordi concordati con l'erario.

Quanto alla transazione la stessa Agenzia delle Entrate di Caserta nella nota prot. n.2012/56199 del 10.5.2012 ha certificato nei confronti della impresa *“le violazioni accertate rispetto agli obblighi relativi al pagamento delle imposte e tasse sono state oggetto di transazione fiscale ex art. 182 bis L.F. e di rateizzo da parte di Equitalia”* e che *“l'accordo di ristrutturazione del debito non ha natura novativa”* ; si consentiva all'imprenditore in difficoltà di pagare in modo parziale o dilazionato i tributi accertati al fine di favorire il superamento dello stato di crisi. In ogni caso, come già rilevato, la transazione non ha mai avuto un seguito, in quanto mai omologata e non avendo eseguito la società i pagamenti alle dovute scadenze doveva considerarsi *tamquam non esset*.

E' evidente lo stato di indiscutibile assoluta irregolarità in cui si trovava la società al momento della presentazione dell'offerta, solo parzialmente dalla stessa dichiarata in sede di gara, con grave carenza anche rispetto agli obblighi di correttezza e lealtà che devono osservare i soggetti che contraggono con la pubblica amministrazione; conclusivamente, contrariamente a quanto ritenuto dal primo giudice, la società non poteva essere considerata adempiente rispetto agli obblighi di natura fiscale di cui all'art. 38 lettera g) del codice degli appalti.

9. L'appello quindi merita accoglimento, la sentenza del primo giudice deve essere riformata, il ricorso di primo grado respinto, la gara deve essere aggiudicata alla società Cosmopol.

10. Sussistono motivi in relazione all'andamento della vicenda per compensare le spese dei due gradi.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza)
definitivamente pronunciando in riforma della sentenza appellata, accoglie l'appello, respinge
il ricorso di primo grado.

Spese compensate.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 29 gennaio 2013 con l'intervento dei
magistrati:

Pier Giorgio Lignani, Presidente

Salvatore Cacace, Consigliere

Roberto Capuzzi, Consigliere, Estensore

Dante D'Alessio, Consigliere

Alessandro Palanza, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 05/03/2013

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)

L' ASSOGGETTAMENTO AD IRAP DELL'IMPRENDITORE FAMILIARE, LA PORTATA ESEMPLIFICATIVA DELL'ART. 3 DEL DECRETO ISTITUTIVO E L'APPLICABILITÀ DEL TERMINE PREVISTO DALL'ART. 38 DEL D.P.R. 1973 N. 602 AL RIMBORSO DELL'IMPOSTA ILLEGITTIMAMENTE VERSATA.*

di *Valentina Zampaglione* (*)

ABSTRACT

Il presente lavoro analizza la recente sentenza con cui la Corte di Cassazione ha sancito a chiare lettere l'assoggettamento all'Irap dei titolari delle imprese familiari e, più in generale, la portata meramente esemplificativa dell'elencazione dei soggetti passivi di cui all'art. 3 del decreto istitutivo Irap. Importanti principi sono enunciati, inoltre, in ordine alla presentazione dell'istanza di rimborso dell'imposta ritenuta illegittimamente versata sostenendo l'applicabilità del termine previsto dall'art. 38 del D.P.R. 1973 n. 602. L'attenzione della Corte è, poi, rivolta alla lotta all'evasione ricordando l'applicabilità dell'art. 9 della L. 2.12.1975 n. 576 che pone limiti ben precisi alla ripartizione delle quote di partecipazione agli utili tra i familiari.

The present work aims to be a valuable support for the deepening of the recent judgment with which the Court of Cassation not only has extended the applicability of the tax to the holder of the family firm but also has declared that the list of taxable subject, contained in the art. 3 of the decree establishing Irap, is not exhaustive.

Important principles are also declared about the process for the refund of the unduly paid amount that – has recommended the Supreme Court- must be regulated by the art. 38 D.P.R. 1973 n. 602.

But the attention is, also this time, for the fight against tax evasion, a dear subject for the Court that has remembered the application of the art. 9 of the L. 2.12.1975 n. 576 which limited the distribution of business income among the relatives of the entrepreneur.

SOMMARIO: 1. Premessa - 2. Decisione e motivazione della Suprema Corte – 2.1. L'applicabilità dell'art. 38 del D.P.R. 602/1973 e la sua portata generale – 2.2. L'assoggettamento ad Irap delle imprese familiari e l'elencazione "esemplificativa" dell'art. 3 del D.lgs. n. 446 del 1997 – 2.3. Limiti alla ripartizione degli utili tra i collaboratori e formalizzazione dell'impresa familiare - 3. Riflessioni conclusive.

1. Premessa.

I giudici della Corte di Cassazione, nella sentenza n. 10777 depositata l'8 maggio 2013, hanno respinto il ricorso proposto dal contribuente - compartecipe (nella misura del 51%) dell'impresa familiare - al quale l'Ufficio di Milano 5 aveva opposto il silenzio-rifiuto

sull'istanza, presentata in data 6 aprile 2004, di parziale rimborso (per la parte eccedente la quota di partecipazione) dell'IRAP versata negli anni 1998, 1999, 2000 e 2001.

La sentenza in rassegna si segnala per essere la prima della Suprema Corte a pronunciarsi sulla questione dell'assoggettamento all'irap dell'impresa familiari. I giudici di legittimità, conformemente alle pronunce dei precedenti gradi di giudizio innanzi alla CTP di Milano e alla CTR di Lombardia, sez. 7 - che avevano già rigettato il ricorso del contribuente - hanno sancito chiaramente l'imponibilità dell'irap in capo all'imprenditore familiare e l'applicabilità ai fini del rimborso dell'imposta illegittimamente versata del termine di quarantotto mesi indicato dall'art. 38 del D.P.R. 602/1973.

A completamento di quanto già statuito dai giudici di primo e secondo grado, la Suprema Corte, ha, poi, precisato la portata generale del suddetto art. 38 ed il carattere meramente esemplificativo dell'elencazione dei soggetti passivi di cui all'art. 3 del D.Lgs. 446/1997¹; ha ribadito, poi, la validità dei principi posti a presidio dell'elusione fiscale che limitano (al 49%) la ripartibilità degli utili tra i collaboratori familiari ed evidenziano la necessità di formalizzare l'impresa familiare anteriormente al periodo di imposta.

2. *Decisione e motivazione della Suprema Corte.*

Il ricorrente nel giudizio innanzi alla Corte di Cassazione ha sostenuto l'infondatezza della decisione della Commissione Tributaria Regionale per la violazione e/o falsa applicazione dell'art. 38 del D.P.R. 602/1973 e dell'art. 3 del D.Lgs. n. 446 del 1997.

2.1. *L'applicabilità dell'art. 38 del D.P.R. 602/1973 e la sua portata generale.*

Con il primo motivo di gravame il contribuente lamentava la violazione e/o falsa applicazione dell'art. 38 del D.P.R. 602/1973 in quanto il termine di decadenza (di quarantotto mesi) in esso previsto sarebbe testualmente riferibile alle sole imposte sui redditi e non anche alle istanze di rimborso Irap. Motivo infondato a giudizio della Corte la quale ha argomentato richiamando il consolidato orientamento giurisprudenziale² secondo cui all'art. 38 del D.P.R. rinvia lo stesso decreto istitutivo Irap; invero agli artt. 25 e 30 del D.Lgs. n. 446 del 1997 è statuito che «*fino a quando non abbiano effetto eventuali leggi regionali per le attività di controllo e di rettifica delle dichiarazioni, per l'accertamento e la riscossione dell'imposta, nonché per il relativo contenzioso si applicano le disposizioni in tema di imposte sui redditi*» (art. 25) e che «*la riscossione avviene mediante versamento del soggetto passivo da eseguire con le modalità ed i termini stabiliti per le imposte sui redditi*» (art. 30 co. II) e «*la riscossione coattiva avviene mediante ruolo sulla base delle disposizioni che regolano la riscossione coattiva delle imposte sui redditi*» (art. 30 co.VI).

La Suprema Corte ha, poi, richiamato quell'orientamento giurisprudenziale³ che sostiene la portata "generale" dell'art. 38 del D.P.R., applicabile a qualsiasi ipotesi di indebito correlato all'adempimento dell'obbligazione tributaria, qualunque sia la ragione per cui il pagamento sia in tutto o in parte non dovuto (e quindi ad errori tanto connessi ai versamenti quanto riferibili all'*an* o al *quantum* del tributo), contrapponendola a quella del precedente art. 37 che trova applicazione alle sole ipotesi di ritenuta diretta operata dalle amministrazioni dello Stato nei confronti dei propri dipendenti.

* Dottoranda di Ricerca in Diritto Tributario Università degli Studi di Napoli "Federico II"

¹ Decreto istitutivo dell'imposta regionale sulle attività produttive.

² Cass. 56/2000; Cass. 15314/2000; Cass. 11682/2002; Cass. 198/2004; Cass. 23074/2008; Cass. 21528/2009; Cass.23882/2010.

³ Relativamente all'art. 38 cfr. Cass. civ., 16 novembre 2011, n. 24058 e 22591/2012; per l'art. 37 Cfr. Cass. nn. 24058/2011 e 22591/2012.

2.2. L'elencazione "esemplificativa" dell'art. 3 del D.lgs. n. 446 del 1997.

Parimenti infondato è stato dichiarato anche il secondo motivo di ricorso con cui il contribuente lamentava la violazione e/o falsa applicazione dell'art. 3 del D.Lgs. n. 446 del 1997 contenente l'elencazione dei soggetti passivi Irap, non essendo tra essi menzionato l'imprenditore familiare.

La doglianza del contribuente evidenzia ancora una volta una delle problematiche centrali del tributo regionale: la determinazione del concetto, dai confini poco chiari, di *autonoma organizzazione* rimessa – secondo un meccanismo ambiguo e discutibile - nelle mani della giurisprudenza di legittimità,⁴ sempre meno lineare e attenta al principio di capacità contributiva e sempre più fortemente condizionata dalla fase del merito, cui rinvia *per relationem* la fonte legislativa.

Premesso che scopo del presente lavoro non è ripercorrere l'intero iter che ha caratterizzato l'introduzione nel nostro ordinamento dell'imposta in esame né fornire un quadro completo delle problematiche che l'hanno caratterizzata, preme tuttavia soffermarsi su alcuni aspetti che appaiono *stricto sensu* legati alla questione affrontata dalla Suprema Corte per meglio capire la decisione da essa adottata.

Fin dal 2008 la Cassazione ha costantemente ripetuto che si ha soggettività passiva al tributo regionale laddove il lavoratore autonomo o il piccolo imprenditore è, sotto qualsiasi forma, il responsabile dell'organizzazione (non rientrando in strutture organizzative altrui), impiega beni strumentali eccedenti il minimo indispensabile per lo svolgimento della specifica attività ed impiega in modo non occasionale il lavoro altrui. Il contribuente, dunque, può essere chiamato a fornire la prova dell'assenza dell'autonoma organizzazione non solo nell'ambito del lavoro autonomo, ma anche in certe "zone grigie" dell'attività d'impresa. Infatti, posto che ai fini dell'imposizione diretta può essere imprenditore anche un soggetto che non presenti il requisito dell'autonoma organizzazione,⁵ in giurisprudenza si è accertato che, per altre tipologie di imposte, quali l'Irap, la presenza o meno dell'autonoma organizzazione funge da discriminare tra assoggettamento o meno anche per talune figure imprenditoriali, in primis quelle dei promotori finanziari e degli agenti di commercio.⁶

⁴ A tal proposito cfr. *ex multis* AMATUCCI A., *L'autonoma organizzazione professionale ai fini dell'Irap e la discriminazione qualitativa dei redditi: dubbi di legittimità costituzionale*, in *Innovazione e Diritto*, 2007, 2, pp. 87 e ss.; L. STRIANESE, *Irap e attività "autonomamente organizzata": una breve ricognizione sistematica alla luce della giurisprudenza della sezione tributaria della Corte di Cassazione*, in *Innovazione e Diritto*, speciale 2007, pp. 1 e ss.; FICARI V., *Brevi note sul lavoro autonomo autonomamente organizzato e lavoro autonomo coordinato e continuativo nel presupposto dell'Irap*, in *GT - Riv. Giur. Trib.*, 2003, 1, pp. 84 e ss.; COCIANI S. F., *Attività autonomamente organizzata e Irap (nota a Corte Costituzionale, 21 maggio 2001, n. 156)*, in *Riv. Dir. Trib.*, 2003, 1, pp. 7 e ss.; CIOCCA L., *I professionisti soggetti all'Irap non diminuiscono ma aumentano le perplessità*, in *Boll. Trib.*, 2002, 7, pp. 502 e ss.; MARONGIU G., *Irap, lavoro autonomo e Costituzione*, in *Dir. Prat. Trib.*, 2000, 6, pp. 1629 e ss.; ID., *Dalla Corte Costituzionale apertura sui presupposti per l'applicazione dell'Irap al lavoro autonomo*, in *GT - Riv. Giur. Trib.*, 2001, pp. 1001 e ss.; DEL TORCHIO F., *Il concetto di "autonoma organizzazione" secondo l'insegnamento dei giudici e secondo l'orientamento dell'Agenzia delle Entrate*, in *Boll. Trib.*, 2002, pp. 578 e ss.; BODRITO A., *Non è soggetto ad Irap il professionista privo di "autonoma organizzazione"*, in *Corr. Trib.*, 2002, 2, pp. 162 e ss.

⁵ Infatti, secondo l'art. 55 T.U.I.R. (D.P.R. 22 dicembre 1986, n. 917) per esercizio di imprese commerciali «si intende l'esercizio per professione abituale, ancorché non esclusiva, delle attività indicate nell'art. 2195 c.c. [...], anche se non organizzate in forma di impresa».

⁶ Cfr. da ultimo Cass., 10 maggio 2013, n. 11183, la quale si richiama espressamente alle decisioni delle Sezioni unite del 26 maggio 2009, nn. 12108, 12109, 12110 e 12111, ove si è escluso che gli agenti di commercio siano "ineluttabilmente" compresi nel novero dei contribuenti comunque tenuti al pagamento dell'imposta.

Relativamente alla condizione dell'impiego del lavoro altrui, negli ultimi anni, tranne qualche sporadica pronuncia, la Suprema Corte si è mostrata particolarmente rigida attribuendo rilevanza anche al personale dedicato a mere funzioni di segreteria o all'apporto di un apprendista *part time*,⁷ in controtendenza rispetto ad un precedente orientamento⁸ secondo cui l'apprendista «non parteciperebbe alla formazione del reddito in modo autonomo, in quanto sta compiendo il suo iter formativo». Anche la figura del collaboratore familiare (o il semplice coadiuvante) che spesso affianca l'imprenditore individuale ha suscitato non poche perplessità. In particolare ci si è chiesto se questi fosse da assimilare o meno al dipendente ed al collaboratore a progetto. La questione è stata affrontata dalla Cassazione con la sentenza che si commenta risolvendo il dubbio in senso positivo (e sfavorevole ai contribuenti). La Suprema Corte, infatti, ha chiarito che l'Irap si applica anche all'impresa familiare di cui all'art. 230 bis c.c. in quanto «*tutti i soggetti che producono reddito d'impresa, commerciale o agricola, sono colpiti dall'imposta regionale sulle attività produttive, laddove non espressamente esentati*»; l'Irap, infatti, «*a differenza delle altre imposte dirette concerne non il reddito o il patrimonio in sé ma lo svolgimento di attività autonomamente organizzata per la produzione di beni o di servizi [...] e colpisce il valore della produzione netta dell'impresa e la collaborazione dei partecipanti all'impresa familiare integra quel quid pluris dotato di attitudine a produrre una ricchezza ulteriore (o valore aggiunto) rispetto a quella conseguibile con il solo apporto lavorativo personale del titolare (etero-organizzazione dell'esercente l'attività)*». Non assume, dunque, alcun rilievo che l'impresa familiare non sia richiamata ex professo tra i soggetti passivi dell'imposta dall'art. 3 D.Lgs. n. 446/1997, la cui elencazione è da considerarsi meramente esemplificativa. La produzione di un reddito d'impresa, e la presenza dei collaboratori familiari, infatti, rappresentano di per sé elemento sufficiente al suo inquadramento in questo ambito. La presenza dei familiari, cioè, finisce per divenire dato sintomatico in sé di quell'attività autonomamente organizzata necessaria ai fini dell'avveramento del presupposto.

I giudici di legittimità, però, a chiare lettere hanno ricondotto nel novero dei soggetti passivi Irap solamente l'imprenditore familiare, con conseguente esclusione dalla base imponibile – come avviene peraltro nell'ambito delle imprese individuali⁹ - dei redditi dei collaboratori. Trattamento sicuramente più favorevole rispetto a quello riconosciuto all'imprenditore che per lo svolgimento dell'attività commerciale si avvalga dell'ausilio dei lavoratori subordinati.

2.3 Limiti alla ripartizione degli utili tra i collaboratori e formalizzazione dell'impresa familiare.

Dopo aver esteso il novero dei soggetti passivi Irap ricomprendendovi anche l'imprenditore familiare, la Suprema Corte si è preoccupata di confermare la validità dei principi posti a presidio dell'elusione fiscale nell'ambito dell'impresa familiare.

L'istituto dell'impresa familiare delineato e regolamentato all'art. 230 bis c.c., introdotto con la riforma del diritto di famiglia (art. 89 della L. 19 maggio 1975, n. 151) al fine di apprestare una tutela minima ed inderogabile del lavoro nell'impresa, ha avuto largo successo, infatti, soprattutto per ragioni tributarie consentendo il frazionamento del reddito di impresa fra i parenti dell'imprenditore attenuando, in tal modo, la progressività Irpef. Pertanto, come ha ricordato la Suprema Corte, il legislatore tributario all'art. 9 della L.

⁷ Cfr. Cass. n. 21563/2010.

⁸ Cfr. Cass. n. 8834/2009.

⁹ Sulla natura individuale, e non collettiva, dell'impresa familiare, v. Cass., Sez. un., 23 giugno 1993, n. 6951, in Boll. Trib., 1993, 1746.

2.12.1975 n. 576, ha sancito precisi limiti alla ripartizione delle quote di partecipazione agli utili tra i familiari al fine di evitare l'elusione fiscale: l'imprenditore familiare può imputare ai collaboratori che abbiano prestato la propria attività in modo non solo continuativo- come richiesto dall'art. 230 bis c.c.- ma anche prevalente,¹⁰ una quota di reddito proporzionale alla partecipazione agli utili¹¹ determinata sulla base della quantità e qualità del lavoro effettivamente prestato nell'impresa nel periodo d'imposta ed in ogni caso non superiore al 49% del reddito d'impresa.

La Suprema Corte, inoltre, ha precisato che anche se l'impresa familiare è un negozio a forma libera per il quale, dunque, non è necessaria la predisposizione di alcuna convenzione costitutiva scritta¹² ai fini tributari è necessaria la formalizzazione dell'impresa familiare anteriormente al periodo d'imposta¹³ (e dunque al 31 dicembre dell'anno precedente al periodo d'imposta) attraverso atto pubblico o scrittura privata autenticata da cui risultino nominativamente i familiari partecipanti ed il rispettivo rapporto di parentela o affinità che lo lega all'imprenditore.

3. *Riflessioni conclusive*

Indubbia è l'importanza delle sentenza in commento la quale si inserisce nel laborioso percorso giurisprudenziale - iniziato nel 2001 con la sentenza della Corte Costituzionale n. 156 - che ha posto l'accento sulla necessità di enucleare alcuni requisiti tipici da cui far discendere l'esistenza dell'autonoma organizzazione; estendendo l'applicazione dell'imposta regionale sulle attività produttive anche ai titolari delle imprese familiari e soprattutto classificando meramente esemplificativa la portata dell'elencazione di cui all'art. 3 del decreto istitutivo, essa costituisce un nuovo capitolo alla saga della soggettività passiva Irap che, nonostante la sua dubbia legittimità costituzionale,¹⁴ invece di essere ristretta ora sembra ancora più estesa e dai confini sempre meno chiari.

¹² Sul punto vedi Sent. Cass., S.U., 89/1995; Cass. 9897/2003; Cass. 9683/2003; Cass. 2060/1995; Cass. 697/1993.

Nel caso di stipulazione di un patto formale, con la conseguente necessità peraltro di verificarne la congruenza con le norme imperative di cui all'art. 230 bis e accertare l'eventuale nullità delle clausole non conformi,¹² è sempre ammessa la prova contraria. Sul punto vedi Sent. Cass. 4650/1992; Cass. 4057/1992; Cass. 5741/1991 e Cass. 7655/1998; Cass. 1525/1997; Cass. 1304/1997.

¹³ Al riguardo, il Ministero delle Finanze nella circolare 98/E del 17 maggio 2000 ha precisato che occorre distinguere l'ipotesi in cui l'impresa sia già esistente e successivamente, nel corso dell'anno, venga enunciata la conduzione sotto la forma di impresa familiare, da quella in cui l'attività sia iniziata "ex novo" nel corso dell'anno sotto forma di impresa familiare:
- nella prima ipotesi il predetto atto di enunciazione dell'impresa familiare formalizzato in data anteriore all'inizio dell'attività dell'impresa familiare avrà effetto fiscale a decorrere dal periodo d'imposta successivo alla data dell'atto di enunciazione;
- nella seconda ipotesi, invece deve ritenersi che l'atto di determinazione delle quote di partecipazione agli utili può produrre effetti fiscali dal periodo stesso a condizione che esso risulti posto in essere contestualmente all'inizio dell'attività e sia debitamente registrato nel termine fisso ordinario stabilito dalle disposizioni concernenti l'imposta di registro.

¹⁴ Per approfondimenti vedi: AMATUCCI A., *L'ordinamento giuridico della finanza pubblica*, Jovene editore, Napoli, 312; BAGGIO, *Profili di irrazionalità alla tutela del lavoro*, in "Riv. Dir. Trib.", 1997, I, pag. 635; BASILAVECCHIA, *Sulla costituzionalità dell'Irap; un'occasione non del tutto perduta*, in Rass. Trib., 2002, pag. 297; BATISTONI FERRARA, *Prime impressioni sul salvataggio dell'Irap*, in Rass. Trib., 2001, II, 806; med. A., *L'Irap è un'imposta incostituzionale?*, in Riv. Dir. Trib., 2000, I, 95; FALSITTA, *Aspetti e problemi dell'Irap*, in Riv. Dir. Trib., 1997, 496; BODRITO, *È costituzionale l'imposta a carico dei lavoratori autonomi?*, in Corr. Trib., 2001, pag. 713;

Una tale decisione oltre che essere in controtendenza rispetto all'impostazione assunta con la legge delega del 2003 n. 80, confermata con il D.Lgs. del 2011 n. 68, sottolinea ancora una volta la differente linea impositiva adottata in Italia rispetto gli altri paesi comunitari come la Spagna o la Repubblica Federale tedesca dove è stata trasferita a livello locale una quota di spesa pubblica pari, rispettivamente, al 37% per la prima e al 38% per la seconda.

In Italia, invece, il decentramento ha superato la soglia del 50% privando la politica fiscale statale degli strumenti necessari con conseguenti danni in termini di mancata realizzazione di una ragionevole parità fiscale tra i contribuenti¹⁵.

Ma questi non sono gli unici aspetti criticabili della pronuncia. Ribadendo il limite – eccessivamente alto- del 49% dei redditi d'impresa imputabili ai collaboratori familiari e riconoscendo nel lavoro di questi – erroneamente equiparati ai lavoratori subordinati- quel *quid pluris* idoneo a produrre ricchezza ulteriore, dimenticando che la partecipazione al reddito dei collaboratori è solamente agli utili e non anche alle perdite che rimangono in capo al solo imprenditore, la sentenza sembra intensificare i dubbi di legittimità costituzionale del tributo soprattutto per la violazione del principio della capacità contributiva¹⁶ ed il principio di uguaglianza.

Con un tale riflessione, dunque, si intende sottolineare la necessità di un ritorno ad una lettura del principio di capacità contributiva¹⁷ quale, conformemente al dettato

CORASANTI, *Irap: gli elementi della fattispecie impositiva, la giustificazione costituzionale e la graduale abrogazione*, in Dir. Prat. Trib., 2001, I, pag. 973; DE ANGELIS, *L'Irap deve tornare al vaglio della Corte costituzionale*, in Dir. Part. Trib., 2008, I, pag. 143; FERLAZZO NATOLI-COLLI VIGNARELLI, *Il meccanismo impositivo dell'Irap: dubbi di incostituzionalità*, in Boll. Trib., 1998, 649; LUPI, *L'Irap tra giustificazioni costituzionali e problemi applicativi*, in Rass. Trib. 1997, 1407; GALLO, *L'imposta regionale sulle attività produttive e il principio di capacità contributiva*, in Giur. Comm., 2002, I, pag. 142; MARONGIU, *Irap, lavoro autonomo e costituzione*, in Dir. Prat. Trib., 2000, I, 1629; med. A., *L'imposta regionale sulle attività produttive*, in trattato di diritto tributario, IV vol., 2ª ed., Padova, 2001, 441; MOSCHETTI, *Profili costituzionali dell'Irap, imposta disattenta alla persona e alla tutela del lavoro*, in Riv. Dir. Trib., 1999, I, 737; SALVATI, *Alcuni spunti in tema di costituzionalità dell'Irap*, in "Rass. Trib.", 1998, pag. 1627; SCHIAVOLINI, *Sulla dubbia conformità dell'Irap al principio di capacità contributiva*, in Riv. Dir. Trib., 1998, I, 737.

¹⁵ Con riferimento alle complesse problematiche che si riferiscono sia alle politiche di spesa, sia all'autonomia tributaria, che possono essere inquadrare nella nozione di "federalismo fiscale", cfr. da ultimo CARBONI GIULIANA G., *Federalismo fiscale comparato*, Jovene, Napoli, 2013.

¹⁶ L'Irap fin dalla sua introduzione ha determinato forti dubbi in tema di costituzionalità per la violazione del principio di capacità contributiva (art. 53 cost.) stante la difficoltà di individuare un concetto di valore aggiunto, come voce autonoma dal reddito, quale base impositiva dell'imposta e per la sperequazione prodotta (ai danni del ceto medio) fra i lavoratori dipendenti e fra costoro e gli autonomi, attraverso un uso distorto del criterio della discriminazione qualitativa dei redditi, come sanzionato dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 42 del 1980, con conseguente violazione dell'art. 3 cost.. Cfr. C. cost., 26 marzo 1980, n. 42, in *Giur. cost.*, 1980, pp. 287 e ss. Sul punto vedi MARONGIU G., *La discriminazione qualitativa dei redditi di lavoro al vaglio della Corte costituzionale*, in *Dir. Prat. Trib.*, 1978, 1, pp. 506 e ss.; id., *L'incostituzionalità dell'ILOR sui redditi di lavoro autonomo*, in *Dir. Prat. Trib.*, 1980, 2, pp. 189 e ss. e in *Giur. Comm.*, 1981, pp. 225 e ss. Vedi anche C. cost., 26 marzo 1980, in *Giur. cost.*, 1980, 1, pp. 288 e ss. (con nota di TABEL G., *L'ILOR e il lavoro autonomo*, pp. 290 e ss.); vedi pure *Giur. It.*, 1980, 1, pp. 1797 e ss. (con nota di FEDELE A., *La discriminazione dei redditi di lavoro autonomo e i principi di uguaglianza e capacità contributiva*);

¹⁷ Per alcune puntuali riflessioni sul principio di capacità contributiva, nonché sulle implicazioni connesse cfr. *ex multis* GALLO F., *Le ragioni del Fisco. Etica e giustizia della tassazione*, op. cit.; Id., *L'enciclopedia del diritto e l'evoluzione del diritto tributario*, in *Giur. Comm.*, 2009, 1, p. 558; Id., *Profili critici della tassazione ambientale*, in *Rass. Trib.*, 2010, pp. 306 e ss.; FEDELE A., *Gli incrementi nominali di valore nell'Invim e il principio di capacità contributiva*, in *Riv. Dir. Fin. Sc. fin.*, 1982, 1, pp. 61 e ss.; Id., *La funzione fiscale e la capacità contributiva nella Costituzione italiana*, in PERRONE L. - BERLIRI C. (a cura di) *Diritto tributario e Corte costituzionale*, op. cit., pp. 11 e ss.; Id., *Note sulla capacità contributiva presunta*, in *Foro it.*, 1970, 5, pp. 134 e ss.; SCHIAVOLINI R., *Capacità contributiva. Il collegamento soggettivo*, in *Trattato di diritto tributario*, Padova, 1994, pp. 273 e ss.; DE MITA E., *Capacità contributiva*, in *Rass. Trib.*, 1987, 1, p. 45; Id., *Il principio di capacità contributiva*, in *Interesse fiscale e tutela del contribuente*, Milano, 2006, pp. 33 e ss.; MARONGIU G., *I fondamenti costituzionali dell'imposizione tributaria. Profili storici e giuridici*, Torino, 1991;

costituzionale, garanzia e limite al potere di imposizione da realizzare nel rispetto del principio di riserva di legge in materia tributaria cui è strettamente connesso. Il tutto senza ostacolare l'applicazione degli altri principi costituzionalmente garantiti con particolare riguardo al principio di libertà economica¹⁸ (art. 41 Cost.) e al principio di uguaglianza (art. 3 Cost.) che risultano maggiormente a rischio di violazione.

CASSAZIONE CIVILE, SEZIONE TRIBUTARIA, 8 maggio 2013, n. 10777 – VIRGILIO Presidente – IOFRIDA Relatore – GAMBARDELLA P.M. (conf.) - P.B.P. (Avv. Mangano) – Ministero dell’Economia e delle Finanze e Agenzia delle Entrate (Avv. Gen. Stato)

conferma Commis. Trib. Reg. Lombardia, 6/07/2006, 55/07/2007

Omissis. Con sentenza n. 55 del 14/06/2007, depositata in data 6/07/2007, la Commissione Tributaria Regionale della Lombardia Sez. 7 respingeva, con compensazione delle spese di lite, l'appello proposto, in data 8/01/2007, da P.B.P., avverso la decisione n. 263/19/2005 della Commissione Tributaria Provinciale di Milano, che aveva respinto un ricorso proposto dal suddetto contribuente (compartecipe nella misura del 51% di un'impresa familiare costituita con il coniuge) contro il silenzio-rifiuto opposto dall'Ufficio Milano 5 sull'istanza, presentata in data 6/04/2004, di parziale rimborso (per la parte eccedente la

FORTE F., *Il problema della progressività con particolare riguardo al sistema tributario italiano*, op. cit., pp. 301 e ss.; Id., *Il principio di capacità contributiva nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, op. cit., pp. 233 e ss.; BATISTONI FERRARA F., *Eguaglianza e capacità contributiva*, in *Riv. Dir. Trib.*, 2008, pp. 477 e ss. In senso contrario ai precedenti autori, tra gli altri cfr. GAFFURI G., *L'attitudine alla contribuzione*, op. cit., p. 71; MOSCHETTI F., *Il principio della capacità contributiva*, op. cit., p. 217; FALSITTA G., *Il doppio concetto di capacità contributiva*, in *Riv. Dir. Trib.*, 2004, 1, p. 884.

¹⁸ Il reciproco condizionamento tra il principio di libertà economica e il principio di capacità contributiva è stato evidenziato da numerosi autori, avendo riguardo in specie ai profili giuridici del principio di capacità contributiva, negli anni '60 del secolo scorso (Abbamonte, Gaffuri, Giardina, Maffezzoni, Manzoni, Micheli, Moschetti). Cfr. ABBAMONTE G., *Principi di diritto finanziario*, op. cit.; GAFFURI G., *L'attitudine alla 4/2013 contribuzione*, op. cit.; GIARDINA E., *Le basi teoriche del principio di capacità contributiva*, op. cit.; MICHELI G. A., *Capacità contributiva reale e presunta*, op. cit., pp. 1533 e ss.; MOSCHETTI F., *La capacità contributiva. Profili generali*, in AMATUCCI A. (diretto da), *Trattato di diritto tributario*, op. cit., 1994, I, 1, pp. 225 e ss.; Id., *Il principio della capacità contributiva*, op. cit., p. 217; MAFFEZZONI F., *Il principio di capacità contributiva nel diritto tributario italiano*, Torino, 1970; MANZONI I., *Il principio di capacità contributiva nell'ordinamento costituzionale italiano*, op. cit., pp. 186 e ss.; Più di recente in numerosi contributi (da Falsitta a Marongiu a Russo) si è fatto spazio, invero, ad una riflessione attenta, garantista, del rapporto tra l'articolo 41 e l'articolo 53 della Costituzione (cfr. MARONGIU G., *I fondamenti costituzionali dell'imposizione tributaria. Profili storici e giuridici*, Torino, 1991; RUSSO P., *Manuale di diritto tributario*, Milano, 2007; FALSITTA G., *Giustizia tributaria e tirannia fiscale*, op. cit., pp. 273 e ss.). Diversamente, talune posizioni dottrinarie ritengono di poter escludere un legame tra libertà di iniziativa economica, limitazioni dell'attività economica e il principio di capacità contributiva. In definitiva si ritiene, da parte di questi autori (Antonini, Boria, Gallo, Luciani), che la funzione essenzialmente solidaristica del dovere di contribuzione, disciplinata dall'articolo 53 Cost., prevarrebbe sulla garanzia implicita nella riserva di legge, stabilita dall'articolo 41 Cost., comma terzo, in tema di limiti alle attività economiche (Cfr. ANTONINI L., *Dovere tributario, interesse fiscale e doveri costituzionali*, op. cit., pp. 227 e ss.; BORIA P., *Art. 53*, in BIFULCO R. - CELOTTO A. - OLIVETTI M., *Commentario alla Costituzione*, Torino, 2006; LUCIANI M., *Economia (nel diritto costituzionale)*, in *Digesto*, ed. quarta, vol. V pubblicistico, Torino, 1991; Id. *Voce Economia nel diritto costituzionale*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, V, Torino, 1990, p. 382).

quota di partecipazione) dell'IRAP versata negli anni 1998,1999,2000 e 2001. La C.T.P. riteneva fondata l'eccezione di decadenza dell'azione, per decorso del termine di cui al D.P.R. n. 600 del 1973, art. 38, relativamente ai versamenti effettuati negli anni 1998 e 1999, e corretta la determinazione dell'Ufficio, quanto al rimborso dei versamenti effettuati negli anni 2000 e 2001, essendo soggetto passivo l'impresa familiare, non la persona fisica del contribuente, ed essendo costituita la base imponibile dal valore della produzione netta dell'impresa.

La Commissione Tributaria Regionale respingeva il gravame del contribuente, in quanto riteneva, da un lato, applicabile la disciplina di cui al D.P.R. n. 602 del 1973, art. 38, alla imposta IRAP, trattandosi di norma contenuta in testo normativo concernente la riscossione, in generale, di tutte le imposte dirette e mancando, nella disciplina dell'IRAP di cui al D.Lgs. n. 446 del 1997, disposizioni specifiche riguardanti la riscossione, e, dall'altro lato, assoggettabile a tassazione il valore della produzione netta di tutte le entità, incluse le imprese familiari, esercitanti un'attività autonomamente organizzata volta alla produzione ed allo scambio di beni ovvero alla prestazione di servizi.

Avverso tale sentenza ha promosso ricorso per cassazione il contribuente, deducendo due motivi, per violazione e/o falsa applicazione di norme di diritto, ai sensi dell'art. 360 c.p.c., n. 3, in relazione al D.Lgs. n. 446 del 1997, art. 1, D.P.R. n. 602 del 1973, art. 38, non essendo il termine di decadenza previsto da tale ultima disposizione, testualmente riferibile alle "sole imposte sui redditi", applicabile anche alle istanze di rimborso dell'IRAP versata in eccesso, ed al D.Lgs. n. 446 del 1997, art. 3, istitutivo dell'IRAP, non essendovi ricompresa l'impresa familiare tra i soggetti passivi dell'IRAP. Ha resistito l'Agenzia delle Entrate con controricorso.

Motivi della decisione

Il primo motivo del ricorso è infondato. Come già chiarito da questa Corte (cfr. ord. Cass. 23882/2010), "in tema di IRAP, l'istanza di rimborso dell'imposta, ritenuta illegittimamente versata, va presentata dal contribuente entro il termine di decadenza, previsto dal D.P.R. 29 settembre 1973, art. 38, in quanto il D.Lgs. 15 dicembre 1997, n. 446, art. 25, istitutivo del tributo, stabilisce che, fino a quando non abbiano effetto eventuali leggi regionali, "per le attività di controllo e rettifica delle dichiarazioni, per l'accertamento e per la riscossione dell'imposta regionale, nonché per il relativo contenzioso si applicano le disposizioni in materia d'imposte sui redditi"; inoltre l'art. 30, nel disciplinare la riscossione dell'imposta dovuta, prevede che quest'ultima "è riscossa mediante versamento del soggetto passivo da eseguire con le modalità e nei termini stabiliti per le imposte sui redditi" (comma 2) e che "la riscossione coattiva avviene mediante ruolo sulla base delle disposizioni che regolano la riscossione coattiva delle imposte sui redditi" (comma 6) (in applicazione del principio, questa Corte ha confermato la sentenza della Commissione tributaria regionale che aveva negato al contribuente il diritto al rimborso dell'IRAP per intervenuta decadenza, in quanto l'istanza era stata presentata oltre il termine di 48 mesi, previsto dal D.P.R. n. 602 del 1973). D'altronde, si è aggiunto, in tema di rimborso delle imposte, il termine di decadenza previsto dall'art. 38, cit. D.P.R. ha portata generale, riferendosi a qualsiasi ipotesi di indebito correlato all'adempimento dell'obbligazione tributaria, qualunque sia la ragione per cui il versamento è in tutto o in parte non dovuto, e quindi ad errori tanto connessi ai versamenti,

quanto riferibili all'an o al quantum del tributo, là dove il termine ordinario di cui all'art. 37 del citato decreto è applicabile alle sole ipotesi di ritenuta diretta, operata dalle amministrazioni dello Stato nei confronti dei propri dipendenti (cfr. Cass. civ., 16 novembre 2011, n. 24058, che, in applicazione del riportato principio, ha annullato la sentenza impugnata, che non aveva rilevato la decadenza della pretesa restitutoria relativa ad acconti irap, reputando erroneamente che il relativo termine decorresse solo dal versamento del saldo; cfr. anche 22591/2012).

Nella fattispecie, è pacifico che l'istanza di rimborso è stata presentata nell'aprile 2004, in relazione ad importi versati a titolo di IRAP nel periodo dal 1998 al 2001, cosicché è indubbio che fosse maturato il termine di decadenza in relazione ai pagamenti effettuati negli anni 1998 e 1999. Il secondo motivo è del pari infondato, in quanto tutti i soggetti che producono reddito di impresa, commerciale od agricola, sono colpiti dall'imposta regionale sulle attività produttive, istituita con D. Lgs. n. 446 del 1997, laddove non espressamente esentati, e quindi anche le imprese familiari, di cui all'art. 230 bis c.c..

In generale, il legislatore tributario si occupa delle imprese familiari nel TUIR, all'art. 5, commi 4 e 5: "I redditi delle imprese familiari di cui all'art. 230 bis c.c., limitatamente al 49% dell'ammontare risultante dalla dichiarazione dei redditi dell'imprenditore, sono imputati a ciascun familiare, che abbia prestato in modo continuativo e prevalente la sua attività di lavoro nell'impresa, proporzionalmente alla sua quota di partecipazione agli utili...". Ai fini tributari, presupposto indefettibile del rilievo ai fini fiscali è la formalizzazione dell'impresa familiare anteriormente al periodo di imposta, attraverso la redazione di un atto pubblico o di una scrittura privata autenticata, dal quale risultino nominativamente i familiari partecipanti, con l'indicazione del rapporto di parentela o di affinità con l'imprenditore.

L'imposta di cui al D.Lgs. n. 446 del 1997, concerne tuttavia, a differenza delle altre imposte dirette, non il reddito o il patrimonio in sè, ma lo svolgimento di un'attività autonomamente organizzata per la produzione di beni e servizi. In questo quadro normativo, mentre il reddito derivante dall'impresa familiare e risultante alla dichiarazione dei redditi viene imputato, a determinate condizioni, proporzionalmente alla rispettiva quota di partecipazione dei partecipanti (ma l'imprenditore deve essere titolare come minimo del 51%), l'imprenditore familiare, non i familiari collaboratori, è anche soggetto passivo IRAP, in quanto detta imposta colpisce il valore della produzione netta dell'impresa e la collaborazione dei partecipanti all'impresa familiare integra quel *quid pluris* dotato di attitudine a produrre una ricchezza ulteriore (o valore aggiunto) rispetto a quella conseguibile con il solo apporto lavorativo personale del titolare (etero - organizzazione dell'esercente l'attività). L'elencazione delle figure che sono soggette al tributo, contenuta nel D.Lgs. n. 446 del 1997, art. 3, è esemplificativa e non tassativa.

La Corte rigetta il ricorso.

Le spese processuali, liquidate come in dispositivo, in conformità del D.M. n. 140 del 2012, attuativo della prescrizione contenuta nel D.L. n. 1 del 2012, art. 9, comma 2, convertito dalla L. n. 271 del 2012 (Cass. S.U. 17405/2012), seguono la soccombenza. *Omissis*.