



Università degli studi di Napoli Federico II

Innovazione e Diritto - Rivista trimestrale on line fondata nel 2005 dal prof. Raffaele Perrone Capano, autore e responsabile scientifico del Progetto di informatizzazione diffusa della Facoltà di Giurisprudenza, e di catalogazione in formato digitale della Biblioteca storica, a supporto della ricerca e della didattica.

Il Progetto, approvato dal MIUR nel 2004, per un importo complessivo di 1.350.00 €, era stato finanziato per il 70% dall'UE, per il 26% dalla Facoltà, attraverso il riconoscimento delle spese effettuate nel settore informatico nel biennio precedente, e per il restante 4% dal MIUR.

Innovazione e Diritto è stata, fin dalla nascita, una rivista ad accesso libero, a supporto delle attività dei dottorati di ricerca e dei giovani studiosi della Facoltà. L'adesione di numerosi colleghi, professori e ricercatori di altre Università italiane, ne ha consolidato in breve tempo la dimensione nazionale.

Dal 2012, in seguito alla trasformazione delle Facoltà in Dipartimenti, la Rivista ha proseguito l'attività, per l'impegno di un gruppo di professori e ricercatori di numerose Università italiane che hanno assicurato il regolare flusso di contributi scientifici di elevata qualità. Il nuovo assetto editoriale ha favorito l'estensione degli interessi scientifici della Rivista ai settori più direttamente investiti dalla crisi finanziaria del 2008, la più grave dal dopoguerra. L'orizzonte più ampio ha comportato una parallela specializzazione della produzione scientifica, e ne ha amplificato la diffusione e l'impatto.

Un primo punto di svolta ha preso avvio all'inizio del 2018, con la scelta della cadenza trimestrale, per lasciare spazio alla pubblicazione di numeri speciali, di Atti di convegno e di altre iniziative promosse dalla Rivista, affiancata dall'indicazione nel sottotitolo di: "Rivista di Diritto tributario e dell'Economia". Un secondo punto si è concretizzato in una nuova partenza, basata su una piattaforma digitale avanzata, coerente con le indicazioni dell'ANVUR per le riviste di classe A e con gli standard definiti da Google per la massima diffusione internazionale dei contenuti.

DIRETTORE RESPONSABILE

Prof.ssa Clelia Buccico (*Professore ordinario di Diritto tributario - Dipartimento di Economia dell'Università della Campania "Luigi Vanvitelli"*)

Innovazione e Diritto è stata diretta fino al 2020 dal Fondatore, prof. Raffaele Perrone Capano, già ordinario di Diritto finanziario e tributario nell'Università di Napoli Federico II. In funzione del maggiore impegno che comporta la gestione della nuova piattaforma digitale, la rivista è attualmente retta da una Direzione collegiale, i cui componenti sono i professori:

COMITATO DI DIREZIONE

Prof.ssa Clelia Buccico

- *Professore ordinario di Diritto tributario - Dipartimento di Economia dell'Università della Campania "Luigi Vanvitelli"*

Prof. Raffaele Perrone Capano

- *Fondatore della rivista, già Professore ordinario di Diritto finanziario e tributario presso l'Università degli Studi di Napoli "Federico II"*

Prof.ssa Marilena Rispoli Farina

- *Già Professore ordinario di Diritto commerciale e bancario presso l'Università degli Studi di Napoli "Federico II"*

Prof.ssa Beatrice Bertarini

- *Professore associato con abilitazione a ordinario di Diritto dell'economia - Dipartimento di Sociologia e Diritto dell'economia dell'Università di Bologna "Alma Mater Studiorum"*

Prof. Gianluigi Bizioli

- *Professore ordinario di Diritto tributario - Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Bergamo*

Prof. Paolo Borghi

- *Professore ordinario di Diritto alimentare e Diritto agrario dell'Unione europea - Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Ferrara*

Prof.ssa Loredana Carpentieri

- *Professore ordinario di Diritto tributario - Dipartimento di Studi economici e giuridici dell'Università degli Studi di Napoli "Parthenope"*

Prof. Alessandro Giovannini

- *Professore ordinario di Diritto tributario - Dipartimento Studi aziendali e giuridici dell'Università degli Studi di Siena*

Prof. Giuseppe Melis

- *Professore ordinario di Diritto tributario - Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Roma "LUISS Guido Carli"*

Prof. Sebastiano Maurizio Messina

- *Professore ordinario di Diritto tributario - Dipartimento di Scienze Giuridiche dell'Università di Verona*

Prof. Salvatore Muleo

- *Professore ordinario di Diritto tributario - Dipartimento di Scienze Aziendali e Giuridiche dell'Università della Calabria*

Prof. Gaetano Ragucci

- *Professore ordinario di Diritto tributario - Dipartimento di Scienze Giuridiche dell'Università degli Studi di Milano Statale*

Prof. Gennaro Rotondo

- *Professore ordinario di Diritto dell'economia - Dipartimento di Scienze Politiche dell'Università della Campania "Luigi Vanvitelli"*

Prof.ssa Maria Alessandra Stefanelli

- *Professore ordinario di Diritto dell'economia - Dipartimento di Sociologia e Diritto dell'Economia dell'Università di Bologna "Alma Mater Studiorum"*

Prof. Stefano Zunarelli

- *Professore ordinario di Diritto dei trasporti e Legislazione del turismo - Dipartimento di Scienze Giuridiche dell'Università*

di Bologna "Alma Mater Studiorum"

I lavori scientifici pubblicati nelle parti prima e seconda di ciascun numero della rivista, sono sottoposti a referaggio. Gli altri contributi d'interesse per l'attualità e il carattere divulgativo degli argomenti trattati, ovvero per il rilievo politico degli stessi, sono pubblicati in parte terza.

Tutti i lavori sono sottoposti alla valutazione di un componente della Direzione.

Innovazione e Diritto, rivista open access, non risponde degli articoli pubblicati, i cui autori abbiano utilizzato lavori altrui di cui non sia stata citata esplicitamente la fonte.

COMITATO SCIENTIFICO

Prof.ssa Antonella Brozzetti

- Professore ordinario di Diritto dell'economia - Dipartimento di Studi Aziendali e Giuridici dell'Università degli Studi di Siena

Prof. Giuseppe Corasaniti

- Professore ordinario di Diritto tributario - Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Brescia

Prof. Avv. Francesco Eriberto D'Ippolito

- Professore ordinario di Storia della giustizia e delle Istituzioni politiche - Università degli Studi della Campania Luigi Vanvitelli

Prof. Avv. Maurizio Logozzo

- Professore ordinario di Diritto tributario - Facoltà di Economia dell'Università di Milano Cattolica del Sacro Cuore

Prof.ssa Carla Masi

- Professore ordinario di Diritto romano e Diritti dell'antichità - Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Napoli "Federico II"

Prof.ssa Maria Pierro

- Professore ordinario di Diritto tributario - Dipartimento di Economia dell'Università degli Studi dell'Insubria

Prof. Salvatore Sammartino

- Professore di Diritto finanziario e tributario - Dipartimento di Giurisprudenza a Palermo dell'Università LUMSA

Prof. Antonio Felice Uricchio

- Professore ordinario di Diritto tributario - Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Bari "Aldo Moro"

COMITATO EDITORIALE

Prof. Francesco Vincenzo Albertini

- Professore associato di Diritto tributario - Dipartimento di Scienze Giuridiche dell'Università degli Studi di Milano "La Statale"

Prof. Olivier Karl Emmanuel Butzbach

- Professore associato di Economia politica - Dipartimento di Scienze Politiche dell'Università degli Studi della Campania "Luigi Vanvitelli"

Prof. Marco Cedro

- Professore associato di Diritto tributario - Università di Palermo LUMSA

Prof. Filippo Cicognani

- Professore associato di Diritto tributario - Università di Bologna "Alma Mater Studiorum"

Prof. Filippo Alessandro Cimino

- Professore associato di Diritto tributario - Università degli Studi di Enna

Prof.ssa Daniela Conte

- Professore associato di Diritto tributario - Università degli Studi di Napoli

Prof. Samuele Donatelli

- *Professore associato di Diritto tributario, Università degli Studi di Roma*

Prof. Nicola Fortunato

- *Professore ordinario di Diritto tributario - Università degli Studi di Bari*

Prof.ssa Laura Letizia

- *Professore associato di Diritto tributario - Università degli Studi della Campania "Luigi Vanvitelli"*

Prof.ssa Daniela Mazzagrecò

- *Professore associato di Diritto tributario - Università degli Studi di Palermo*

Prof. Ottavio Nocerino

- *Professore ordinario Dipartimento di Economia - Università degli studi della Campania "Luigi Vanvitelli"*

Prof. Andrea Quattrocchi

- *Ricercatore di Diritto tributario con abilitazione ad associato - Università di Milano Cattolica del Sacro Cuore*

Prof. Federico Rasi

- *Professore associato di Diritto tributario - Università del Molise, Campobasso*

Prof. Luca Sabbi

- *Ricercatore di Diritto tributario con abilitazione ad associato - Università degli Studi di Bergamo*

Prof.ssa Adriana Salvati

- *Ricercatore di Diritto tributario con abilitazione ad associato - Università degli Studi della Campania*

Prof. Gianluca Selicato

- *Professore associato di Diritto tributario - Università degli Studi di Bari*

Prof.ssa Maria Villani

- *Assegnista di ricerca e Professore a contratto di Diritto tributario con abilitazione ad associato - Università degli Studi di Napoli "Federico II"*

Dott. Daniele Canè

- *Ricercatore e Professore a contratto di Diritto tributario - Università degli Studi dell'Insubria*

Dott.ssa Alessandra Kostner

- *Dottore e assegnista di ricerca in Diritto tributario - Università della Calabria*

Dott. Andrea Perrone Capano

- *Dottore di ricerca in Diritto delle persone, delle imprese e dei mercati, nonché Cultore della materia in Diritto commerciale e bancario - Università degli Studi di Napoli*

Dott. Luigi Scipione

- *Ricercatore di Diritto commerciale e Professore aggregato di Diritto bancario - Università degli Studi di Napoli "Federico II"*

Dott. Stefano Zagà

- *Ricercatore di Diritto tributario - Università degli Studi dell'Insubria*

INDICE

Parte prima (Dottrina)

.
.

3. **Aiuti di Stato in era Covid: la loro natura giuridica e la loro struttura anche nella dimensione federalistica** 1
di Maria Viscolo

Parte terza (Contributi istituzionali)

4. **Sull'uso della tecnologia predittiva applicata ai precedenti nel processo tributario: note minime sul PNRR e a margine di una recente sentenza... "imprevedibile"** 29
di Giuseppe Melis
5. **Il diritto di abitazione: circolazione e pignorabilità. Conflitto tra l'avente causa dell'erede apparente e il coniuge titolare del diritto di abitazione ex lege. Opponibilità del provvedimento di assegnazione della casa familiare al creditore ipotecario anteriore ed al terzo acquirente** 43
di Michele Petrucci

Aiuti di Stato in era Covid: la loro natura giuridica e la loro struttura anche nella dimensione federalistica

di Maria Viscolo

Dottore di ricerca in "Scienza economica" presso Il Università di Napoli

ABSTRACT

The Covid-19 pandemic has had devastating effects on the lives of millions of people in a very short space of time; in a short space of time, everything has changed, everything has undergone profound modifications and, consequently, a profound adaptation to change has been necessary in order to survive and overcome a phase that had never been faced before.

The countries immediately affected have worked through intense cooperation to help these difficulties by any means, and through any useful activity to meet the needs arising from the emergency situation without losing sight of the principles of the European Union to which we had to align ourselves.

The heterogeneity of the world of work affected by state aid and the extraordinary nature of the legislation, as well as its fragmentary nature, have led to considerable difficulties in clearly defining the correct qualification of the individual state aids recognised; it has been difficult to identify and divide the competences relating to the way in which support policies are implemented by the central body as well as by the Regions and Municipalities.

The different levels of government, with an intermittent trend, have tried, with their own competences, to meet the needs of citizens in the awareness of the primacy of the State and of the continuous change of regulations linked to the new social and economic reality.

The present contribution deals with the problems related to the fiscal and non fiscal aspects of the aids acknowledged by Europe to the central State and then to the Regions and to the Local Authorities with a particular attention to the procedural aspect of the judicial competences arising from the gaps left by the European and national legislator.

SINTESI

La pandemia da Covid-19 ha avuto, in un lasso di tempo brevissimo, effetti devastanti sulla vita di milioni di individui; in poco tempo tutto è cambiato, tutto ha subito profonde modifiche e di conseguenza si è reso necessario un profondo adattamento al cambiamento per poter sopravvivere e superare una fase mai in precedenza affrontata.

Gli Stati colpiti immediatamente si sono adoperati attraverso un'intensa cooperazione per soccorrere a tali difficoltà con ogni mezzo, ed attraverso ogni attività utile a soddisfare lo stato di bisogno derivante dalla situazione emergenziale senza perdere di vista i principi dell'Unione europea ai quali ci si è dovuto allineare.

L'eterogeneità del mondo del lavoro interessato dagli aiuti di stato e la natura straordinaria della normativa, nonché la sua frammentarietà, hanno prodotto notevoli difficoltà nel definire in modo netto la corretta qualificazione dei singoli aiuti di stato riconosciuti; difficile è apparso dover individuare e ripartire le competenze relative alle modalità di attuazione delle politiche di sostegno da parte dell'ente centrale nonché dalle Regioni e dai Comuni.

I diversi livelli di governo, con un andamento intermittente, hanno cercato, con le proprie competenze, di far fronte ai bisogni dei cittadini nella consapevolezza del primato statale e del continuo ricambio normativo legato alla nuova realtà sociale ed economica.

Il presente contributo affronta la problematica relativa agli aspetti tributari e non degli aiuti riconosciuti dall'Europa allo stato centrale e poi a seguire alle Regioni e agli Enti locali con una particolare attenzione all'aspetto processuale delle competenze giudiziarie che scaturiscono dai vuoti lasciati dal legislatore europeo e nazionale.

SOMMARIO

1. Introduzione - **2.** Esenzioni, agevolazioni, sussidi, contributi, credito d'imposta e bonus fiscali. Brevi considerazioni sugli effetti "positivi" prodotti per i beneficiari - **3.** Gli aiuti di stato: le caratteristiche generali e le finalità in era Covid-19 - **4.** La natura giuridica e la struttura degli aiuti da Covid-19 - **5.** Analisi degli aspetti di rilevanza economica e tributaria degli "aiuti" previsti nei provvedimenti legislativi succedutisi per far fronte all'emergenza da Covid-19 - **6.** Natura giuridica delle indennità riconosciute in conseguenza della pandemia: competenza dell'autorità giudiziaria per i contributi a fondo perduto - **7.** Il fondo per l'esercizio delle funzioni fondamentali delle Regioni con particolare attenzione per quello degli enti locali - **8.** Conclusioni

1. Introduzione

La pandemia da Covid-19 ha avuto, in un lasso di tempo brevissimo, effetti devastanti sulla vita di milioni di individui; in poco tempo tutto è cambiato, tutto ha subito profonde modifiche, e di conseguenza si è reso necessario un profondo adattamento al cambiamento per poter sopravvivere e superare una fase mai in precedenza affrontata.

Gli effetti prodotti hanno interessato tutto ciò che circonda l'umanità e il momento storico delicato in cui ci si è ritrovati a dover vivere ha inciso profondamente sul quotidiano, sui rapporti sociali, sul lavoro, sull'economia mondiale che in poco tempo ha rilevato uno stato di grave recessione definita dal Fondo Monetario internazionale come il più grave dopo la grande depressione.

Gli Stati colpiti immediatamente si sono adoperati attraverso un'intensa cooperazione per soccorrere a tali difficoltà con ogni mezzo, ed attraverso ogni attività utile a soddisfare lo stato di bisogno derivante dalla situazione emergenziale senza perdere di vista i principi dell'Unione europea ai quali ci si è dovuto allineare.

Il presente lavoro, prendendo spunto dalle norme ordinarie "adattate" alla grave situazione emergenziale e quelle straordinarie emanate in ambito europeo e poi nazionale, regionale ed infine comunale, vuole fornire un apporto, non esaustivo, sulla natura giuridica degli aiuti di stato subordinati agli effetti della pandemia da Covid-19 e sulle differenti forme di indennità riconosciute. Successivamente si pone l'attenzione sul consequenziale aspetto processuale relativo alla competente autorità giudiziaria in caso di riscontro della mancanza dei requisiti richiesti e successiva restituzione delle somme erogate.

Si è ritenuto necessario individuare - alla luce dell'evoluzione legislativa e delle recenti elaborazioni di natura giurisprudenziale e non solo - la natura giuridica dei *bonus*/indennità economici riconosciuti al mondo del lavoro con l'aggiunta dei contributi a fondo perduto che, dai più, non rientrano nell'ambito dei tributi.

L'eterogeneità del mondo del lavoro interessato dagli aiuti di stato e la natura straordinaria della normativa, nonché la sua frammentarietà, hanno prodotto notevoli difficoltà nel definire in modo netto la corretta qualificazione dei singoli aiuti di stato riconosciuti.

L'introduzione di aiuti in qualsiasi forma diretti a rimediare, per quanto possibile, alle conseguenze dei drammatici eventi generati

dalla crisi pandemica sono stati caratterizzati da limiti giuridici dai quali ci si è mossi nella prospettiva di poter raggiungere interpretazioni corrette.

Si è ritenuto opportuno, in questo lavoro, dover procedere preliminarmente ad una sintetica disamina degli istituti di natura tributaria affini ovvero le esenzioni, le agevolazioni, i sussidi e i contributi riconosciuti nel nostro ordinamento e costituzionalmente disciplinati per poter, attraverso i numerosi interventi di carattere innovativo, tentare di comprendere la *ratio* delle nuove fattispecie di *bonus* e contributi a fondo perduto previste. La trasversalità che li connota mostra la linea innovativa facendo così assumere una propria identità che si riflette sulla disciplina, sui procedimenti da seguire, sull'ambito processuale da azionare per esercitare le forme di tutela ed infine per comprendere le sanzioni previste.

Anche in ambito comunitario le norme sugli aiuti di stato hanno subito mitigazioni finalizzate a concretizzare l'attività di sostegno all'economia europea in profonda crisi.

Mentre le prime disposizioni normative emanate dallo Stato italiano sono da rinvenire nel Decreto Legge 17 maggio 2020, n. 18 (a seguire, "Cura Italia"), denominato "*Misure di potenziamento del Servizio sanitario nazionale e di sostegno economico per famiglie, lavoratori e imprese connesse all'emergenza epidemiologica da Covid-19*" e nel successivo Decreto Legge 19 maggio 2020, n. 34 (a seguire "Decreto Ristori"), nell'ambito del Titolo II dedicato al "*Sostegno all'impresa ed economia*", ha introdotto all'art 25 un contributo a fondo perduto, erogato direttamente dall'Agenzia delle Entrate e destinato ai soggetti colpiti dall'emergenza epidemiologica "Covid-19" alle quali successivamente sono seguiti Decreti Regionali e disposizioni specifiche per gli enti comunali.

Tuttavia, appare ovvia, la conseguenza che in un contesto storico ed economico connotato da una drammaticità senza precedenti ed una costante situazione emergenziale, inevitabilmente l'evoluzione del diritto tributario e della finanza pubblica siano il riflesso dello stato

sociale attuale dal quale emergono le criticità dell'ordinamento nonché i possibili spunti finalizzati al superamento di queste ultime così da creare un sistema migliore teso ad indurre la società a risollevarsi.

Nella consapevolezza della non esaustività del presente lavoro si è voluto comunque porre in essere una analisi sulla vivace e nuova realtà tributaria dalla quale sicuramente scaturiranno continui interventi legislativi finalizzati a dirimere la controversa materia del corretto inquadramento degli aiuti riconosciuti e dei conseguenti aspetti processuali e procedurali.

2. Esenzioni, agevolazioni, sussidi, contributi, credito d'imposta e bonus fiscali. Brevi considerazioni sugli effetti "positivi" prodotti per i beneficiari

In ambito tributario sono previste figure giuridiche di favore per i contribuenti; ciascuna di esse con caratteristiche, natura e finalità diverse che sono state oggetto negli anni di numerosi interventi da parte del legislatore al fine di procedere alla creazione di una legge organica sugli incentivi aventi tutti una finalità agevolativa. Tuttavia la continua evoluzione, anche in ragione delle recenti tendenze giurisprudenziali e normative, crea non poche difficoltà alla necessità di individuare argini definiti e definitivi.

Il ricorso ad un criterio funzionale è apparso nel tempo l'unico in grado di accomunare le diverse agevolazioni fiscali¹ considerandole nella pluralità delle loro caratteristiche sia intrinseche sia eterogenee.

¹ F. FICHERA, *Le agevolazioni fiscali*, Cedam, Padova, 1992, pp. 122 e ss., così: «le distinzioni, così diffuse nella letteratura in materia, tra agevolazioni che hanno la loro base nella capacità contributiva; agevolazioni tecniche che servono a migliorare la razionalità del tributo; agevolazioni extrafiscali — o incentivi — correlate a finalità economiche e sociali, surrogatorie di sovvenzioni, se possono essere utili sotto il profilo della rilevazione e differenziazione delle possibili funzioni dei trattamenti tributari, non hanno sotto quello dell'individuazione delle agevolazione una loro autonomia».

Nel panorama disciplinato dal legislatore italiano sicuramente la figura più comprensiva è l'esenzione,² considerata figura speculare all'imposizione³ così come condiviso da una parte della dottrina spagnola che ha edificato la teoria relativa sul risvolto di quella dell'imposizione.⁴

È possibile, secondo una parte della dottrina, individuare la sostanza giuridica dell'esenzione⁵ nella particolare qualificazione impeditiva degli effetti della tassazione sempre che ne ricorrano i presupposti,⁶ ma in senso contrario si riporta l'analisi di quella differente parte di dottrina che contesta la semplice considerazione dell'esenzione come un modo di non essere dell'imposizione, che si esprime attraverso il ricorso alla nozione di indebito, in quanto rappresenta una modalità della complessa fenomenologia tributaria.⁷

In tale contesto la dottrina ha prospettato la necessità di una distinzione tra esenzioni tributarie vere e proprie e esclusioni dall'imposta; distinzione elaborata con riguardo ai casi in cui se si applicassero più tributi si potrebbero determinare duplicazioni di imposta e ciò in violazione delle disposizioni normative⁸ (art. 7 del T.u.

² M. BASILAVECCHIA, *Agevolazioni, esenzioni ed esclusioni fiscali (diritto tributario)*, in *Enc. Dir., Agg. V*, 2002, pp. 48 e ss.

³ A.F. URICCHIO, *La dimensione promozionale del fisco*, Bari 2015, pp. 25 e ss.

⁴ F. SAINZ DE BUJANDA, *Teoría jurídica de la exención tributaria* (XI Semana de Estudios de Derecho tributario, Madrid, 1964, vol. I, pp. 363 e ss.)

⁵ F. FICHERA, *Le agevolazioni fiscali*, Padova, 1992, pp. 232 e ss., *op. cit.*; sul tema, senza pretesa alcuna di esaustività, si veda: A. PACE, *Le agevolazioni fiscali. Profili procedurali e processuali*, Torino, 2012; A. PACE, *Le agevolazioni fiscali e gli schemi di attuazione dei tributi*. In *Rass. Trib.* 2011, Vol. 54 pp. 1540-1548; A. MIGLIARO, *Profili della struttura complessa di talune agevolazioni fiscali* in *Riv. dir. trib.*, 1993, I, p. 701; P. Russo, *Le agevolazioni e le esenzioni fiscali alla luce dei principi comunitari in materia di aiuti di Stato* in *Rass Trib.*, 2003; L. DEL FEDERICO, *Agevolazioni fiscali nazionali ed aiuti di Stato, tra principi costituzionali ed ordinamento comunitario*, in *Riv. Dir. trib. Int.*, n. 3, 2006.

⁶ E. ANTONINI, *La formulazione della legge e le categorie giuridiche*, Milano, 1956, pp. 64 e ss.

⁷ N. D'AMATI, *Fondamento giuridico delle agevolazioni tributarie per l'industrializzazione del Mezzogiorno* in *Dir. e prat. trib.*, 1968, I, pp. 465 e ss.

⁸ A. GALLI, *Esenzione ed esclusioni tributarie. Conseguenze per l'imposta complementare e per l'imposta sulle società*, in *Giur. Imposte*, 1962, pp. 539 e ss., spec. 542.

del 1958 corrispondente al vigente art. 67 del D.P.R. n. 600) categoria quest'ultima che si differenzia da quella delle esenzioni perché il reddito esiste ma non è sottratto ad onere tributario.

Forse la mancanza di una oggettiva individuazione degli elementi differenziali tra le due nozioni, induce una parte della dottrina a dubitare della distinzione tra esenzioni tributarie ed esclusioni dall'imposta⁹ generando ulteriori e differenti classificazioni.

Le esenzioni vengono ancora distinte in oggettive, soggettive e miste secondo che esse siano giustificate da esigenze e finalità inerenti alle situazioni o ai soggetti agevolati o contemporaneamente agli uni e gli altri, tuttavia occorre sottolineare che non sono mancate, con riferimento all'ultima categoria, numerose riserve.¹⁰

La carenza di puntuali disposizioni si ritrova specularmente anche nell'ambito procedimentale e processuale a differenza di quanto avviene per la disciplina dell'obbligazione tributaria¹¹ ove si è in presenza di previsioni puntuali di rango non solo legislativo ma anche di carattere costituzionale ed europeo.

A ben vedere l'esenzioni e le agevolazioni hanno rappresentato un viatico nell'ambito tributario in materia di benefici ed il soggetto in favore del quale l'agevolazione è diretta ottiene l'effetto della riduzione dell'imposta dovuta all'esenzione, all'esclusione, alla deduzione, al credito di imposta oppure ad un *bonus* fiscale, tutti meccanismi connotati dal carattere dell'automaticità nel riconoscimento e pertanto, in grado di by passare — almeno

⁹ M. POLANO, *Spunti teorici e prospettive in tema di regimi sostitutivi*, in *Dir. e Prat. Trib.*, 1972, I, pp. 253 e ss.

¹⁰ S. LA ROSA, *Esenzione* (dir. trib.), *op. cit.* p. 569.

¹¹ S. LA ROSA, *Esenzioni e agevolazioni tributarie*, in *Enc. giur. Treccani*, XIII, 1989, p. 4. Per riferimenti essenziali al tema delle obbligazioni tributarie v.: A. BERLINI, *Principi di diritto tributario*, II, Milano, 1957, pp. 220 e ss.; F. TESAURO, *Istituzioni di diritto tributario*, Torino, 1991, pp. 80 e ss.; P. RUSSO, *L'obbligazione tributaria*, in *AA.VV.*, *Trattato di diritto tributario*, a cura di A. AMATUCCI, II, Padova, 1994; A. FANTOZZI, *Diritto Tributario*, Torino, 2013, p. 402; G. TINELLI, *Istituzioni di diritto tributario*; Padova, 2010, pp. 54 e ss.; M.C. FREGNI, *Obbligazione tributaria e codice civile*, Torino, 1998, pp. 2 e ss.; M.S. GIANNINI, *Le obbligazioni pubbliche*, Roma, 1964; S. LA ROSA, *Accertamento tributarie situazioni soggettive del contribuente*, in *Riv. Dir. Trib.* 2006, I, p. 735; G. FALSITTA, *Manuale di diritto tributario*, Padova, 2003.

tendenzialmente — le lungaggini amministrative ed i ritardi che connotano troppo spesso i procedimenti facendo così venire meno il senso pieno che dovrebbe invece essere riservato al trattamento tributario di maggior favore. Accanto a tali figure favorevoli fiscali si collocano anche i sussidi e i contributi, connaturati da un tipico tratto di prestazione assistenziale erogata in presenza di uno stato di bisogno o da previsioni normative straordinarie e derogatorie.

Nella consapevolezza del variegato panorama delle agevolazioni fiscali (qui solo sinteticamente elencate) ci si limita in tale scritto ad un brevissimo cenno differenziale tra quelle che presentano il carattere dell'agevolazione in senso stretto dalle altre forme per le quali il beneficio non consiste in un afflusso diretto di danaro nei confronti dei beneficiari bensì in una riduzione dei costi che si tramuta in un risparmio d'imposta ed è in tale solco che si sono collocati gli istituti, per l'appunto, del credito d'imposta, dei *bonus* fiscale in ambito nazionale e degli aiuti di stato in ambito europeo.

3. Gli aiuti di stato: le caratteristiche generali e le finalità in era Covid-19

Gli aiuti di stato possono rappresentare una forma di agevolazione fiscale,¹² ma esplicita nel rispetto del dettato normativo comunitario; si tratta di una nozione ad ampio spettro che ricomprende tutti i vantaggi economici che derivano dall'intervento pubblico in favore di un settore e/o impresa ma nel rigoroso rispetto delle regole idonee a tutelare il mercato e la concorrenza così da non incorrere nel divieto degli aiuti di stato.¹³

¹² M. INGROSSO - G. TESAURO, *Agevolazioni fiscali e aiuti di Stato*, Napoli, 2009, *passim*.

¹³ S. FIORENTINO, *Agevolazioni fiscali e aiuti di Stato*, a cura di M. INGROSSO - G. TESAURO, Padova, 2007. Per riferimenti essenziali agli aiuti di Stato: AA. VV. G. FRANSONI, *Profili fiscali della disciplina comunitaria degli aiuti di Stato*, Pisa, 2007; L. SALVINI, *Aiuti di Stato in materia fiscale* Padova, 2007; F. RASI, *I confini della nozione*, in *Gli aiuti di Stato in materia fiscale* a cura di L. SALVINI, Padova, 2007; A. PACE, *Recupero di aiuti di Stato e tutela cautelare*, in *Riv. Dir. Trib.*, n. X, 2008, I, pp. 867 e ss.; F. GALLO, *Ordinamento comunitario e principi fondamentali tributari*, Napoli,

Gli artt. 107 e ss. del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (T.F.U.E.) limitano l'attività degli Stati membri disciplinando il margine di manovra nell'ambito della politica economica e ciò in quanto il concetto di aiuto si indirizza non solo a delle prestazioni positive ma anche a misure idonee a ridurre pressioni fiscali.

L'aiuto può essere concesso direttamente da fondi statali oppure da un organo privato o pubblico designato dallo Stato, una caratteristica dell'aiuto è il suo carattere unilaterale — non è prevista una controprestazione — altro aspetto è il vantaggio economico che l'impresa deve ottenere e che non ci sarebbe stato seguendo l'abituale condizioni di mercato. Altra caratteristica rilevante è legata alla selettività dell'aiuto ossia favorire "talune imprese o talune produzioni" rispetto ad altre¹⁴ e riveste, di poi, un ruolo importante nell'individuare l'impresa, o meglio determinate imprese o determinati settori economici che si ritrovano in una situazione fattuale e giuridica idonea a determinare la legittimità della misura ai sensi delle disposizioni comunitarie previste; l'aiuto, affinché non vada a falsare la stessa *ratio* per cui esiste, non deve alterare la posizione del beneficiario rispetto ad un determinato mercato a scapito dei suoi potenziali concorrenti. Necessario per poter chiarire la nozione di selettività è la distinzione tra selettività materiale e selettività geografica,¹⁵ in questa sede dedicheremo maggiore attenzione alla seconda considerando la finalità del lavoro che ci occupa. La selettività materiale implica che si applichi solo a determinate imprese o determinati settori dell'economia in un dato

2006; P. BORIA, *Diritto tributario europeo*, Milano, 2010; M. ORLANDI, *Le discriminazioni fiscali e gli aiuti di Stato nella evoluzione giuridica europea*, in *La concorrenza fiscale tra gli Stati* a cura di P. BORIA, Milano, 2018, pp. 173 e ss; S. EUSEPI, *L'incidenza della normativa in tema di aiuti di Stato sull'autonomia tributaria degli Stati membri alla luce del finanziamento*, in *Riv. Dir. Trib.*, 2016, I, p. 247.

¹⁴ G. FRANSONI, *Gli aiuti di Stato fra autonomia locale e capacità contributiva*, in *Riv. Dir. Trib.*, 2006 III, pp. 249 e ss.

¹⁵ Relazione sull'attuazione della comunicazione della Commissione sull'applicazione delle norme relative agli aiuti di Stato alle misure di tassazione diretta delle imprese C 82004/434 del 09/02/2004.

Stato membro;¹⁶ si fa invece riferimento alla selettività geografica quando la misura è destinata a concedere vantaggi ad una regione o ad una zona geograficamente limitata ed il beneficio si rinverrebbe dalla limitazione dell'ambito territoriale dell'aiuto posto in essere da enti regionali o locali a favore di tutte le imprese soggette a quella giurisdizione fiscale. Le conseguenze che ne derivano sono presumibilmente diverse e occorre esaminare la Costituzione e le altre disposizioni legislative dello Stato membro così da verificare se effettivamente sussiste la possibilità di esercitare una propria competenza.

Nel caso delle Regioni italiane in virtù della autonomia istituzionale e decisionale prevista dagli articoli 117, 118 e 119 della Costituzione,¹⁷ potrebbe accadere che misure di aiuto sfuggono al divieto qualora l'onere della misura gravasse in capo a tributi effettivamente propri. La Legge delega 5 maggio 2009, n. 42, stabilendo i principi fondamentali di coordinamento del sistema tributario¹⁸ richiama i vincoli comunitari in relazione ai poteri normativi in essa previsti per Regioni ed Enti locali. Le previsioni in essa contenute relative al potere di introdurre agevolazioni si intendono, pertanto vincolate ai limiti di diritto comunitario tra i quali vi rientra il divieto di aiuti di Stato.

Proprio l'esigenza delle deroghe al generale divieto degli aiuti di Stato ed il bilanciamento con le previsioni normative sono a fondamento del complesso *iter* da seguire per il riconoscimento

¹⁶ A.F. URICCHIO, *La dimensione promozionale del fisco*, Bari, 2015, pp. 97 e ss.

¹⁷ Cfr. A.F. URICCHIO, *La dimensione promozionale del fisco*; sul tema si veda anche C. BUCCICO, *La selettività territoriale e il federalismo fiscale*, in *A agevolazioni fiscali e aiuti di Stato* a cura di M. INGROSSO - G. TESAURO, Napoli, 2009, pp. 211 e ss.; F. AMATUCCI, *Il divieto di aiuti fiscali quale limite allo sviluppo delle imprese*, *Cor. Trib.*, 2009, V, XXXII, pp. 1059 e ss.; G. BIZIOLI, *L'autonomia finanziaria e tributaria regionale*, Torino, 2012, pp. 121 e ss.; C. FONTANA, *Gli aiuti di Stato di natura fiscale*, Torino, 2012, pp. 104 e ss., *op. cit.*

¹⁸ G. MELIS, *La delega sul federalismo fiscale e la cosiddetta "fiscalità di vantaggio": profili comunitari*, in *Rass. Trib.*, p. 997; *id.*, *La c.d. "fiscalità di vantaggio" nella delega sul federalismo fiscale e gli aiuti di stato: alcune riflessioni*, in *Federalismo fiscale e autonomia degli enti territoriali*, a cura di A.E. LA SCALA, Torino, 2010.

dell'aiuto e ciò al sol fine di non incorrere in violazioni e turbare il libero mercato tra gli stati europei e non solo. L'organo preposto al controllo preventivo è la Commissione, controllo stabilito dall'art. 108 T.F.U.E. in base al quale gli Stati membri devono notificare alla commissione qualsiasi progetto diretto ad istituire aiuti prima di procedere alla loro esecuzione, prevedendo, sempre tale articolo, il potere discrezionale della Commissione di decidere se l'aiuto previsto può beneficiare della deroga o se lo Stato interessato deve sopprimerlo o modificarlo.¹⁹

In questo contesto di globalizzazione economica, da tempo consolidato, immediato è stato il sentimento avvertito nei primi mesi dell'anno 2020, per tentare di arginare la grave minaccia alla salute pubblica mondiale dovuta dall'epidemia da Covid-19, di un intervento pronto e coordinato da parte del FMI e dalla Commissione UE in materia di aiuti con diverse misure di sostegno.

Da subito l'epidemia di coronavirus ha determinato un'esplosione di necessità e bisogni differenti rispetto a ciò che prima era parte integrante della società civile e tale esigenze hanno indotto a nuove spese, alla necessità di finanziare nuovi interventi straordinari ed urgenti.

Tra le misure adottate a sostegno dell'economia europea e degli Stati membri idonee a far fronte al **“grave turbamento dell'economia”** vi rientra l'adozione di norme maggiormente flessibili in materia di aiuti di Stato e ciò con l'adozione da parte della Commissione del *“Temporary framework fo State aidmeasures to support the economy in the current Covid-19 outbreak COM 2020/C91 I/01”*²⁰ con la quale gli Stati membri sono stati autorizzati ad adottare misure di sostegno del tessuto economico in deroga alla disciplina

¹⁹ G. PEPE - C. TOZZA, *Le deroghe al divieto di aiuto di Stato*, in *Agevolazioni fiscali e aiuti di Stato*, a cura di M. INGROSSO - G. TESAURO, Napoli, 2009, pp. 249 e ss., *op. cit.*

²⁰ Comunicazione della Commissione del 19 marzo 2020, quadro temporaneo per le misure di aiuto di stato a sostegno dell'economia nell'attuale emergenza del Covid-19, COM (2020)1863, *final.*

ordinaria sugli aiuti di Stato. Il tutto per consentire di accelerare la ricerca, la sperimentazione e la produzione di prodotti connessi al Covid-19, tutelare posti di lavoro, agevolare l'accesso al capitale e alla liquidità per le imprese colpite dalla crisi. Numerose sono state le successive modifiche ed integrazioni dettate per tutto l'anno 2020 e 2021 anche dal protrarsi della crisi pandemica così da procedere ad un'estensione ulteriore delle tipologie di aiuti di Stato ammissibili ed accelerare la ripresa attraverso incentivi diretti, tutti sul presupposto secondo il quale trovandosi l'intera economia dell'Unione europea, in un momento di grave difficoltà e turbamento, era necessario allentare le norme sugli aiuti di stato e rendere più flessibile l'interpretazione delle loro rigide eccezioni.²¹

Congiunturalmente, alla disciplina contenuta nel quadro di riferimento degli aiuti di Stato la Commissione ha avanzato la proposta, poi riconosciuta dal Consiglio, di attivazione della clausola di salvaguardia generale del Patto di stabilità e crescita così da consentire delle deviazioni al normale percorso di rientro verso l'obiettivo di bilancio di medio termine ciò anche a seguito del riconoscimento della sussistenza delle condizioni di una grave recessione europea, prevedendo che la clausola di salvaguardia venga mantenuta per tutto l'anno 2022 e disattivata, qualora ne ricorrano i presupposti a partire dal 2023.

Il Quadro delle misure di aiuto è stato oggetto di numerose variazioni,²² come innanzi scritto, e come successivamente in modo esplicito si illustrerà, finalizzate a consentire forme di aiuto volte al perseguimento di concreti obiettivi idonei a sostenere la ripresa dall'emergenza sanitaria, e l'ultimo intervento dettato il 30 settembre 2021 ha disposto la proroga fino al 30 giugno 2022 del quadro temporaneo, definendo nel contempo un percorso per la graduale

²¹ Si veda: www.politiche.europee.gov.it.

²² https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/document_travail_service_part1_v2_en.pdf.

eliminazione degli aiuti legati alla crisi alla luce della ripresa in corso dell'economie europee.

4. La natura giuridica e la struttura degli aiuti da Covid-19

La situazione emergenziale venutasi a creare in Europa e nel mondo dal marzo del 2020 è legata a fattori non prevedibili, di notevole entità, che hanno prodotto da subito effetti negativi sull'economia degli stati membri, motivo per il quale la Commissione proprio in materia di aiuti di stato è intervenuta allentando la morsa dei rigidi limiti previsti senza venir meno al rispetto dei principi posti a fondamento dei limiti. A ben vedere l'art. 107 T.F.U.E. è norma che preclude gli aiuti che presentano caratteri incompatibili, non contiene un divieto assoluto di aiuti come potrebbe ipotizzarsi, ciò provato anche dall'esistenza di deroghe de iure e discrezionali che hanno da sempre permesso di rispondere positivamente a delle situazioni particolari come, da ultimo, all'emergenza da Covid-19.

L'attività della Commissione²³ esercitata in parte attraverso circolari si è indirizzata ad un'interpretazione duttile dell'eccezioni previste introducendo vantaggi fiscali selettivi a favore degli operatori economici ribadendo che gli Stati membri dispongono anche di alternative differenti agli aiuti quali possono essere le misure generiche oppure misure di ristoro che possono essere adottate come previste dall'art. 107, paragrafo 2, lett. b), del T.F.U.E., limitatamente all'importo dei danni causati dalla crisi pandemica.

Inoltre ha deciso di prorogare la validità di alcune norme riferite alla disciplina non emergenziale sugli aiuti che sarebbero scadute e prevedendo, ancora, previa consultazione con gli Stati membri anche alcuni adeguamenti nonché alcune estensioni per garantire la certa applicazione di misure di ripresa nella fase della gestione

²³https://ec.europa.eu/competition/state_aid/what_is_new/TF_informal_consolidated_version_as_amended_28_january_2021_it.pdf.

dell'emergenza, procedendo anche alla pubblicazione di “*modelli di orientamento*” per aiutare gli Stati ad elaborare i loro Piani nazionali per la ripresa e la resilienza in conformità alle norme in materia di aiuti di Stato.

Il riconoscimento della possibilità di adottare, da parte degli Stati membri, misure generali che difettando del requisito della selettività non sono da considerare aiuti di Stato è stata la prima strada indicata per ridurre l'impatto della crisi (si pensi ad una misura finalizzata ad una riduzione generale dell'aliquota di una data imposta) solo poi, in aggiunta, la Commissione ha fatto riferimento all'utilizzo di ulteriori agevolazioni di natura selettiva ma idonee a soddisfare determinate condizioni.

Dalla distinzione dei presupposti caratterizzanti la diversità tra le misure generali e le misure selettive scaturiscono i differenti effetti di natura economica e fiscale che esse producono.

Gli aiuti concessi in ottemperanza al disposto di cui all'art. 107, paragrafo 2, lettera b), devono rispondere a criteri ben precisi: l'evento che ne genera la concessione deve essere qualificato come calamità naturale oppure evento eccezionale; deve sussistere il collegamento tra il danno e la catastrofe naturale o l'evento eccezionale ed infine l'importo dell'aiuto non deve superare l'ammontare dei danni effettivamente subiti. La Commissione ha qualificato l'emergenza da Covid-19 come evento eccezionale²⁴ e per ottenere gli aiuti introdotti per ristorare i danni conseguenza di tale evento, gli Stati membri sono sempre tenuti a dare prova del nesso di causalità tra la pandemia e i danni effettivamente subiti finalizzati a risarcire un danno precisamente quantificabile.

Gli aiuti devono compensare i danni causati direttamente dalla pandemia come quelli derivanti dalle misure restrittive che impediscono *de jure* o *de facto* al beneficiario di esercitare la sua

²⁴ Decisione della Commissione del 12 marzo 2020 (Aiuto di stato SA.56685 2020 N. Danimarca, Compensation scheme for cancellation of events related to Covid-19).

attività economica o una parte specifica e separabile della sua attività, la previsione di cui all'art. 107, paragrafo 2, lettera b, richiede che non vi sia una sovra compensazione dei danni.²⁵

Ulteriori rimedi di carattere generale da proporre per la risoluzione alla crisi economica innescata dalla pandemia possono essere quelli previsti dall'art. 107, paragrafo 3, lettera b), volti a consentire l'adozione di misure d'intervento nell'economia in deroga alla disciplina ordinaria ed il quadro eccezionale e temporaneo previsto al riguardo dalla Commissione ha definito le condizioni di compatibilità di tali misure prevedendo che gli Stati membri siano in grado di dimostrare che le misure notificate sono necessarie, adeguate, proporzionate e temporanee per poter porre rimedio al grave turbamento dell'economia generato dall'epidemia. Secondo il dettato della Corte di Giustizia si deve ritenere che il turbamento cui si riferisce la norma debba incidere sull'economia di uno Stato membro e non solo su quella di una delle sue regioni o su parti del suo territorio e ciò perché le regioni svantaggiate possono beneficiare di aiuti ritenuti compatibili nell'ambito dell'art. 107, paragrafo 3, lettera a) ovvero lettera c) TUEF come avremo modo di vedere nei paragrafi a seguire, precisando sin d'ora che gli aiuti governativi stanziati per combattere gli effetti della pandemia, sia dallo Stato sia dalle Regioni e dai Comuni, sono considerati aiuti destinati a finanziare il capitale circolante ossia quello destinato a finanziare l'ordinaria attività operativa di un'impresa ed a sostegno diretto delle famiglie.

²⁵ A. QUATTROCCHI, *Gli aiuti di Stato*, Padova, 2020, *passim*.

5. Analisi degli aspetti di rilevanza economica e tributaria degli “aiuti” previsti nei provvedimenti legislativi succedutisi per far fronte all'emergenza da Covid-19

Gli interventi legislativi nazionali che si sono succeduti sono stati numerosi ed in alcuni casi hanno generato non poche confusioni sulle modalità di applicazione delle disposizioni previste necessitando di volta in volta di provvedimenti chiarificatori.

Il primo provvedimento emesso di portata rilevante noto come decreto “Cura Italia” (art. 44 D.L. n. 18/2020, attuato dai D.m. del 28 marzo 2020 e del 29 maggio 2020)²⁶ conteneva un complesso di misure volte a fronteggiare gli effetti dell'emergenza epidemiologica da Covid-19, spaziando dal potenziamento del sistema sanitario alla giustizia, dal sostegno al mondo del lavoro al finanziamento delle imprese.

L'articolo 44 introdusse il reddito di ultima istanza (c.d. *bonus* 600 Euro), riconosciuto ai titolari di partita IVA iscritti agli ordini nonché ai lavoratori dipendenti che, a seguito dell'emergenza, avevano visto ridurre o addirittura sospendere la propria attività in due ratei da 600,00 Euro ciascuno per i mesi di marzo e aprile 2020 ed una ulteriore erogazione di Euro 1.000,00 per maggio 2020. L'indennità venne riconosciuta a coloro che avevano percepito, nel periodo d'imposta 2018, un reddito complessivo non superiore a 35.000 Euro accompagnata dalla dichiarazione di aver subito una limitazione dell'attività a causa dei provvedimenti restrittivi emanati in conseguenza dell'emergenza COVID-19, nonché a coloro che avevano percepito, nell'anno 2018, un reddito complessivo tra 35.000 e 50.000 Euro, ma abbiano poi altresì riscontrato una riduzione del reddito pari almeno al 33% nel primo trimestre 2020, rispetto allo stesso periodo del 2019 o in alternativa abbiano chiuso la partita IVA

²⁶ Art. 72, comma 1, lettera d) del Decreto Legge 18/2020, come modificato dall'art. 48, comma 1, lett. a), n. 2 del Decreto Legge 34/2020. La misura, approvata dalla Commissione il 31 luglio 2020, è stata prorogata fino al 30 giugno 2021 con decisione della Commissione del 10 dicembre 2020 e poi modificata il 12 gennaio 2021.

nel periodo compreso tra il 23 febbraio 2020 ed il 31 marzo 2020 (termine esteso al 30 aprile 2020 ed al 31 maggio 2020 per le indennità, rispettivamente, dei mesi di aprile e di maggio 2020).

Successivamente gli interventi governativi (Decreto Ristori) e le prime circolari chiarificatrici dell’Agenzia dell’entrate non si fecero attendere sulla necessità di considerare che tali indennità dovevano essere erogate al netto e non al lordo – così come quelle previste nelle ulteriori disposizioni legislative – specificando che alcuni aiuti ai lavoratori erano, dall’inizio, considerati detassati quali i contributi a fondo perduto e diverse tipologie di *bonus* Covid.

Con il *maxi* emendamento approvato dal Decreto Ristori (Decreto Legge 28 ottobre 2020, n. 137) la detassazione assume una portata ampia in quanto si rivolge ad indennità, contributi e strumenti di sostegno erogati in base alle disposizioni dei diversi provvedimenti emergenziali, l’articolo 10-*bis* del decreto espressamente prevedeva: “*detassazione di contributi, di indennità e di ogni altra misura a favore di imprese e lavoratori autonomi, relativi all’emergenza Covid-19*” previsione quest’ultima resasi necessaria al fine di rispettare i limiti e le condizioni previsti dalla comunicazione della Commissione europea del 19 marzo 2020 C (2020) 1863 *final*, “*Quadro temporaneo per le misure di aiuto di Stato a sostegno dell’economia nell’attuale emergenza del Covid-19*”.

Gli interventi sollecitati ad ampio raggio chiariscono che il *bonus* e le indennità devono considerarsi esclusi dalla formazione del reddito. Si precisa ancora che vengono inquadrati in quei contributi di qualsiasi natura erogati in via eccezionale a seguito dell’emergenza da Covid-19 tutti quelli introdotti a causa dell’emergenza legata alla pandemia quindi diversi dai contributi che venivano concessi prima della crisi, senza differenziare l’ente che ha corrisposto le somme, aspetto quest’ultimo che come avremo modo di vedere ha inciso sulle scelte differenziate degli amministratori locali e sulle successive conseguenze.

Si è ritenuto utile rilevare come a distanza di un lasso di tempo ridotto gli interventi governativi siano stati sempre più dettagliati e stringenti nella richiesta dell'esistenza di un numero di requisiti comprovante l'effettiva perdita monetaria da parte dei richiedenti cui poi corrisponde le somme di denaro. Il primo intervento legislativo nel definire le modalità di attribuzione del riconoscimento una *tantum*, per i professionisti ed i lavoratori autonomi, fissò dei paletti reddituali mentre le successive misure, sempre per le medesime categorie, non solo prevedero l'introduzione dei contributi a fondo perduto e di altre agevolazioni differenti ma aggiunsero parametri di diversa natura prevedendo un distinguo anche tra i contributi da riconoscere ad altre categorie. Nello specifico il Decreto Sostegni *bis* (Decreto Legge 25 maggio 2021, n. 73) contemplò tre diverse tipologie di contributo: un contributo automatico (art. 1, commi da 1 a 3); un contributo alternativo (art. 1, commi da 5 a 15); un contributo perequativo (art. 1, commi da 16 a 27) collegato non alla riduzione di fatturato ma al calo degli utili, contemplò altresì una serie di *bonus* distinti per categorie e finalità e disciplinò anche la puntuale indicazione dei crediti d'imposta e misure agevolative. Una pluralità di misure finalizzate a contrastare la situazione di bisogno derivante dall'emergenza epidemiologica, che con il protrarsi del tempo non si è arrestata, bensì ha acuito le difficoltà economiche manifestatesi nell'immediatezza della dilagazione di tutto ciò, perché, nel contempo, vi è stata la necessità di dover temperare gli interessi dei cittadini che invocavano sostegno per le famiglie e le imprese, e, dall'altra parte, l'interesse dello Stato a preservare il gettito delle entrate tributarie, e, la direzione scelta dal Governo per contrastare gli effetti economici derivanti dalla crisi da Covid-19, è stata anche quella di introdurre misure fiscali quali la sospensione di adempimenti e versamenti, la non applicazione di sanzioni ed interessi al recupero coattivo delle somme dovute e dei controlli, al fine di mitigare in un momento particolare il rapporto tra Amministrazione finanziaria e contribuenti.

6. Natura giuridica delle indennità riconosciute in conseguenza della pandemia: competenza dell'autorità giudiziaria per i contributi a fondo perduto

Nel contesto generale degli interventi legislativi susseguitisi in materia di indennità da Covid-19 un aspetto di carattere processuale, forse per la necessità di dover far fronte ad un gravissimo fenomeno sociale e sanitario, non risulta essere stato valutato e soprattutto previsto nei diversi provvedimenti emessi, aspetto che, invece, nella sua poliedricità è oggetto di questo lavoro nella consapevolezza della difficoltà di poter scrivere in un momento in cui un intervento legislativo è da ritenersi urgente e necessario. L'aspetto che è mancato, ed attualmente non si rinvengono previsioni puntuali, concerne il corretto inquadramento della natura giuridica dei *bonus*, delle indennità, dei crediti d'imposta, dei contributi a fondo perduto che sono riconosciuti per effetto della pandemia da Covid-19, ossia se debbono essere qualificati tributi e soggiacere poi alle disposizioni sostanziali, procedurali e processuali che vengono applicate per tale fattispecie oppure, difettando delle caratteristiche tipiche dei tributi, debbano considerarsi come riconoscimenti di agevolazioni, di esenzioni create *ad hoc* e pertanto sottoposte ad una disciplina sostanziale, procedurale e processuale speciale potendo anche quella ordinaria essere manchevole del corretto inquadramento.

La corretta individuazione dell'organo giudiziario di riferimento, legato alla natura del beneficio, risulta assente o comunque di dubbia natura sia nelle disposizioni di carattere nazionale sia in quelle di carattere locale, di conseguenza, in caso di contestazione sul riconoscimento dei benefici o addirittura sulla necessità di una restituzione in caso di accertamenti che attestino la mancanza dei requisiti, il beneficiario che intenda contestare la determinazione non ha, in violazione dei diritti costituzionali garantiti, un soggetto terzo cui poter lamentare eventuali doglianze. Una delle prime normative di

riferimento per la restituzione dei contributi a fondo perduto non spettanti fu introdotta con il comma 12 dell'art. 25 del D.L. n. 34/2020. Si trattava di una disposizione prevista per gli indennizzi e poi estesa ai successivi ristori attribuiti per il perdurare dell'emergenza, attualmente ancora vigente e prevede: *“qualora il contributo sia in tutto o in parte non spettante, anche a seguito del mancato superamento della verifica antimafia, l’Agenzia delle entrate recupera il contributo non spettante, irrogando le sanzioni in misura corrispondente a quelle previste all’articolo 13, comma 5, del decreto legislativo 471/1997, e applicando gli interessi dovuti ai sensi dell’articolo 20 del Presidente della Repubblica 602/1973 in base alle disposizioni di cui all’articolo 1, commi da 421 a 423, della Legge 311/2004”*.

Da tale disposizione emerge un quadro applicativo di dubbia natura anche per il riferimento alla previsione delle sanzioni e la legittimità della stessa come irrogata (...*le sanzioni vanno dal 100 al 200% senza possibilità di definizione agevolata...*) nonché per il calcolo degli interessi. In tale contesto i primi accertamenti emessi dall’Agenzia delle Entrate hanno individuato, nel proprio atto, quale organo competente la Commissione Tributaria Provinciale, tuttavia, una prima pronuncia emessa dalla Commissione Provinciale di Milano il 16 novembre 2021, n. 4296, ha declinato la propria giurisdizione in favore del giudice ordinario ponendo in essere un ragionamento logico giuridico proprio fondato sulla natura delle concessioni di contributi e sovvenzioni per effetto della pandemia *“...Del resto è pacifico che il ristoro Covid non abbia natura tributaria. Anzitutto va evidenziato che non si tratta di un contributo dovuto dal cittadino allo Stato bensì, al contrario, di un contributo dovuto dallo Stato al cittadino, ricorrendo certi presupposti. Tale considerazione basta e avanza per escludere la natura tributaria del contributo in questione. Peraltro, una diversa lettura dell’istituto, in senso conforme ai principi costituzionali, non pare possibile neppure ricorrendo ai più sofisticati funambolici sofismi. Irrilevante, e non valorizzabile ai fini*

dell'individuazione della natura tributaria del rapporto, è dunque il fatto che a provvedere all'elargizione del contributo ovvero al suo recupero sia l'Agenzia delle Entrate la quale, nella specie, si limita a erogare il contributo, ovvero a negarlo, ovvero ancora a recuperare quello indebitamente percepito, non ad accertare materia imponibile, tanto più che il contributo in questione viene espressamente qualificato come escluso dalla base imponibile dei redditi soggetti ad imposizione diretta. L'Agenzia delle Entrate funziona pertanto quale mero ufficiale pagatore del contributo, come controllore dell'esatta e corretta istanza del cittadino avente diritto, e quale addetto al recupero dell'indebito. Il mero affidamento all'Agenzia delle Entrate di dette funzioni non può quindi snaturare le caratteristiche del contributo che ha natura di diritto soggettivo del cittadino, oggetto pertanto della giurisdizione ordinaria, men che meno di quella tributaria [...]. La riproposizione della domanda davanti al giudice competente potrà avvenire nelle forme, nei modi e nei tempi indicati dall'art. 59 della Legge 18/06/2009, n. 69, ove ancora vigente. L'opinabilità e la novità della controversia, nonché motivi di equità impongono l'integrale compensazione delle spese di giudizio. La Commissione declina la propria giurisdizione, in favore dell'A.G.O. Spese compensate”.

L'organo giudiziario adito ha deciso, seguendo un proprio percorso logico giuridico nella consapevolezza della opinabilità della propria pronuncia, in virtù della mancanza di disposizioni normative tali da rendere incerto l'esercizio della giustizia.

Maggiore incertezza emerge purtroppo dai provvedimenti emessi dagli enti locali attraverso decreti dirigenziali dai quali si evince che a seguito di “verifiche e controlli”, accertata la non sussistenza dei requisiti si procede alla revoca del beneficio riconoscendo, in modo laconico, che “...gli interessati potranno presentare ricorso nelle forme di legge”. Ebbene in tale circostanza l'atto da impugnare, emesso dalla pubblica amministrazione, ha natura pacificamente

amministrativa, quindi l'organo giudiziario cui ricorrere è il Tribunale amministrativo regionale.

In questo caso l'autorità giudiziaria da adire risulta essere ancora differente rispetto a quelle precedentemente indicate sebbene la contestazione abbia ad oggetto il medesimo oggetto, anche qui potrebbe sorgere un problema di competenza per materia in virtù di una interpretazione delle disposizioni contenute nel codice del processo amministrativo e nelle leggi amministrative che ne disciplinano l'ambito operativo di tale giustizia.

L'aspetto processuale che investe i contributi riconosciuti alle Regioni ed agli enti locali trova la sua fonte nei ristori previsti a livello nazionale per permettere agli enti periferici di far fronte alle minori entrate ed alle maggiori spese dovute per effetto dell'emergenza pandemica.

7. Il fondo per l'esercizio delle funzioni fondamentali delle Regioni con particolare attenzione per quello degli enti locali

La pandemia ha inciso in modo rilevante sui divari sociali già presenti all'interno di ogni paese europeo ed anche nel nostro; nella prima ondata l'impreparazione generale del governo centrale ed ancor di più delle Regioni e degli enti locali hanno segnato un duro colpo al fabbisogno della collettività. Inizialmente vi è stato un accentramento da parte del governo della gestione a partire dalla dichiarazione dello stato di emergenza, esautorando le Regioni attraverso decreti legislativi ed atti amministrativi e solo in un secondo momento ci si è resi conto della necessità di procedere riconoscendo il ruolo delle Regioni e degli enti locali.

Si è proceduto allo stanziamento di risorse attraverso l'istituzione del fondo per l'esercizio delle funzioni fondamentali degli enti locali, quindi per i Comuni ed anche per le Regioni seppur con caratteristiche diverse, con il Decreto Legge 34/2020 (art. 106) e poi

dall'art. 39 del Decreto Legge n. 104, finalizzato a *“concorrere ad assicurare ai comuni, alle province e alle città metropolitane le risorse necessarie per l'espletamento delle funzioni fondamentali, per l'anno 2020, anche in relazione alla possibile perdita di entrate connessa all'emergenza Covid-19”*. Il riparto tiene conto dei *“fabbisogni di spesa”*, delle *“minori entrate, al netto delle minori spese”*, nonché *“delle risorse assegnate a vario titolo dallo Stato a ristoro delle minori entrate e delle maggiori spese”*.

Si è previsto quindi un ristoro di perdite di gettito e di maggiori oneri non altrimenti ristorati, al netto di eventuali minori spese, connesso all'emergenza inedita dovuta alla pandemia da Covid-19 e alla crisi economica da questa innescata. Successivamente, ancora, si è previsto che gli aiuti erogati per le famiglie in difficoltà venissero raddoppiati attraverso un rifinanziamento anche sulla scorta di valutazioni legate alla perdita di gettito a causa del Covid derivante *in primis* dall'addizionale comunale IRPEF come stimata dal Dipartimento delle Finanze.

Il c.d. fondone²⁷ istituito per i comuni al fine di sopperire alle perdite legate all'emergenze legate alla pandemia ha però generato immediatamente profonde difficoltà nella gestione, nella destinazione e nella stessa contabilizzazione dei fondi all'interno dei propri bilanci tali da inficiare la stessa distribuzione dei fondi. La finalità dell'istituzione del fondone era quella di mettere in sicurezza, in ragione della crisi finanziaria provocata dall'emergenza Covid-19, gli equilibri degli enti locali prevedendo a tal fine che le somme messe a disposizione per l'esercizio 2020 (art. 106 del D.L. n. 34/2020, come rifinanziato dall'art. 39 del D.L. n. 104/2020) sia quelle messe a disposizione per l'esercizio 2021 (comma 822 dell'art. 1 della L. n. 178/2020 - Legge di bilancio per il 2021), potessero essere utilizzate dagli enti tanto per compensare le minori entrate 2020-2021 derivanti

²⁷ Decreto Legge 19/05/2020, n. 34, art. 112-bis, *“...istituito un fondo con una dotazione di 40 milioni di Euro per l'anno 2020, finalizzato al finanziamento di interventi di sostegno di carattere economico e sociale in favore dei comuni particolarmente colpiti dall'emergenza sanitaria...”*.

dall'emergenza epidemiologica da Covid-19 quanto a copertura delle maggiori spese 2020-2021 derivanti dalla medesima emergenza, tuttavia la necessità di porre dei vincoli e delle condizioni ha generato l'esigenza di prevedere che i comuni si dotassero di un regolamento per disciplinare i presupposti e le modalità dei contributi ed in tale contesto la pronuncia della Corte dei Conti²⁸ ben è intervenuta chiarendo che l'erogazione di contributi da parte degli Enti Locali deve essere motivata da **situazioni di indigenza o di disagio sociale**. Riconducendo, poi, i contributi alla categoria dei sostegni concessi dai Comuni per fronteggiare situazioni di indigenza socio-economica, *species del genus* "contributi a soggetti terzi", e richiamando un proprio precedente parere, la Corte, ha sottolineato che *"le provvidenze pubbliche a sostegno del reddito delle persone"* sono da ritenere ammissibili *"nella misura in cui l'amministrazione locale individui specificamente gli interessi pubblici e gli obiettivi sociali che intenda perseguire mediante l'erogazione di contributi economici a favore di categorie socialmente svantaggiate o in temporanea difficoltà finanziaria (cfr. SRC Lombardia, deliberazione n. 882/2010/PAR)"*.

La Sezione si preoccupa di chiarire, inoltre, che per poter affermare in astratto la legittimità dei contributi è necessario che il **Comune, esercitando la propria potestà regolamentare, si sia dotato di regole inequivoche in base alle quale erogare i contributi**, che tengano conto di requisiti soggettivi da verificare puntualmente, in modo da evitare l'attribuzione di sussidi solo a soggetti previamente determinati. In un contesto di disorientamento generale tale previsione appare idonea a fornire un valido contributo finalizzato ad una regolare e pertinente distribuzione degli aiuti idonea a non generare compromissioni successive all'avvenuto riconoscimento con le negative conseguenze del caso.

²⁸ Corte dei Conti, Sezione Regionale di controllo per l'Emilia-Romagna, deliberazione n. 130/2021/PAR.

Tale disposizione ha, generato ritardi nella concreta determinazione dell'utilizzo dei fondi, aspetto di cui l'ente centrale ne è stato da subito consapevole tanto da averlo affrontato nel recente provvedimento emanato dal governo con il terzo Decreto "Sostegni".²⁹ A ben vedere l'art 12 così dispone: *"Le risorse del fondo di cui l'eventuale perdita di gettito e le maggiori spese, al netto delle minori spese, connesse all'emergenza epidemiologica da Covid-19 anche nell'anno 2022 e le risorse assegnate per la predetta emergenza a titolo di ristori specifici di spesa che rientrano nelle certificazioni di cui all'articolo 1, comma 827, della legge 30 dicembre 2020, n. 178, e all'articolo 39, comma 2, del decreto legge 14 agosto 2020, n. 104 convertito, con modificazioni, dalla legge 13 ottobre 2020, n. 126, possono essere utilizzate anche nell'anno 2022 per le finalità cui sono state assegnate"*.

Con tale previsione normativa l'ente centrale ha lasciato aperta una finestra per le risorse non ancora utilizzate del fondo 2020 e 2021 e quelle relative ai ristori specifici di spesa che potranno essere utilizzate anche nel 2022 per le medesime finalità per cui sono state assegnate, attribuendo tale beneficio solo agli enti che non le hanno utilizzate interamente negli anni passati.

Le somme previste dal fondo erano, e lo sono ancora, destinate a colmare le perdite del minor gettito dell'addizionale comunale IRPEF per effetto della pandemia nonché tutte le ulteriori minori entrate derivanti dall'erogazione di servizi non corrisposti a causa del Covid con la necessità di calcolare preliminarmente anche l'esatto ammontare tra le minori entrate compensate però dalle minori spese pertanto l'effettivo impatto non è risultato di immediato rilievo producendo i noti ritardi e d in parte annullando il beneficio che doveva generare il trasferimento di denaro che era programmato.

²⁹ D.L. del 27 gennaio 2022 n. 4, art. 12 (*Utilizzo nell'anno 2022 delle risorse assegnate agli Enti locali negli anni 2020 e 2021*).

8. Conclusioni

L'analisi esposta in questo lavoro pone l'attenzione dapprima su un argomento solo in parte già affrontato in passato, ossia quello relativo alla natura giuridica dei contributi a fondo perduto, ed in effetti la giurisprudenza costituzionale già nel 2008³⁰ manifestò, senza remore, concrete perplessità sulla possibilità che esso venisse considerato per origine, caratteristiche ed effetti un tributo.

Nel nuovo contesto economico, sociale ed anche tributario scaturito dall'emergenza epidemiologica chi scrive ha rilevato che alcune problematiche preesistenti sono emerse manifestando *deficit* ben più gravi.

Le valutazioni proposte discendono sì da un approccio critico ma idoneo a sollecitare, rispetto al vuoto del legislatore prima nazionale e poi comunitario un intervento volto a chiarire subito il corretto inquadramento di diverse figure giuridiche relative agli aiuti quale *genus*, e successivamente disciplinare in modo puntuale gli aspetti procedurali e processuali.

Nella consapevolezza che l'argomento affrontato, almeno in parte, è la conseguenza di un evento eccezionale e quindi destinato fisiologicamente a terminare si auspica, oltre a quanto innanzi rappresentato, una valorizzazione della corretta individuazione dell'autorità giudiziaria chiamata a pronunciarsi non potendo abbandonare all'incertezza un aspetto di tale portata; è necessario avviare un progetto puntuale anche con riferimento alle sanzioni da irrogare ed in parte, per alcuni aspetti, già irrogate sebbene non abbiano un corretto addentellato normativo.

La ripartizione dei compiti e dei poteri tra lo Stato, le Regioni e i Comuni nella fase pandemica sono risultati per molti aspetti inadeguati, la differenziazione degli interventi perdendo di vista la sua primaria finalità ha fatto emergere azioni di contenimento da parte dei diversi livelli di governo non proprio proficue facendo riemergere,

³⁰ Corte cost., sent. n. 130 del 2008.

anche qui, storiche problematiche rendendo evidente che qualcosa non funziona nel “Federalismo all’italiana” creando confusione, errori e contrasti nei processi decisionali.

In definitiva con il presente lavoro si è voluto procedere a rilevare come le disposizioni normative e le previsioni di ogni genere qualora non presentino il carattere della completezza, del coordinamento e dell’adeguatezza sono di per sé idonee a generare confusione, a non permettere il raggiungimento del fine ed ancor di più tali vuoti arrecano, nei momenti di estrema difficoltà, quale sicuramente può essere una pandemia, pregiudizi di portata rilevante sia nel breve sia nel lungo periodo, protraendo difficoltà sociali anche pre-esistenti.

Sull'uso della tecnologia predittiva applicata ai precedenti nel processo tributario: note minime sul PNRR e a margine di una recente sentenza... "imprevedibile"

di **Giuseppe Melis**

Professore ordinario di Diritto tributario - Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Roma "LUISS Guido Carli"

ABSTRACT

Taking as a starting point certain statements in the PNRR on the digitisation of justice, the paper makes some reflections on the use of predictive technology applied to precedents in tax law. It then discusses a recent first instance court judgement, which was completely unpredictable having regard to settled case law and questions the reasons underlying such judgements. The paper also deals with the possible implementation of robotic decisions in the tax field and the way in which the relevant algorithm is made up.

SINTESI

Il contributo, prendendo spunto da talune affermazioni contenute nel PNRR sulla digitalizzazione della giustizia, svolge talune riflessioni sull'uso della tecnologia predittiva applicata ai precedenti nel diritto tributario. Si sofferma poi su una recente sentenza tributaria di merito del tutto imprevedibile alla luce del diritto vivente, interrogandosi sul perché di siffatte pronunzie nonché sulla possibile implementazione di decisioni robotiche in campo tributario e sulle modalità di formazione in termini valoriali del relativo algoritmo.

SOMMARIO

1. Premessa - **2.** I contenziosi seriali, il diritto vivente e la decisione "imprevedibile" - **3.** Sulla causa di siffatte sentenze "imprevedibili" e sulla decisione robotica in campo tributario - **4.** Conclusioni: in dubio contra Fiscum quale principio interpretativo "ultimo" nella configurazione dell'algoritmo?

1. Premessa

Il Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR) offre l'occasione per svolgere talune riflessioni su quel particolare profilo della "prevedibilità" delle decisioni giudiziarie relativo all'applicazione delle tecnologie predittive ai "precedenti" nel processo tributario.

Si tratta di un tema tutt'altro che teorico, posto che il diritto tributario è un settore che viene non di rado considerato proprio tra quelli "elettivi" per un'implementazione anche spinta della tecnologia applicata ai precedenti, e ciò vuoi per le sue «oceaniche masse di ricorsi»,¹ che consentono di disporre di un'ampia "base" per alimentare i c.d. *big data*, vuoi per l'estremo "tecnicismo" e l'uso di un linguaggio fortemente specializzato (sia tecnico, sia tecnicizzato), che agevolerebbero siffatta implementazione.² Alcuni sistemi di

¹ G. LEGNINI, *Introduzione*, in AA.VV. (a cura di A. Carleo), *Decisione robotica*, Bologna, 2019, p. 11.

² Per i riferimenti bibliografici, si v. B. KUZNIACHI, *The Marriage of Artificial Intelligence and Tax Law: Past & Present*, Kluwer International Tax Blog, <http://kluwertaxblog.com>. Rileva, tuttavia, come anche nei settori più tecnici del diritto tributario, qual è il reddito di impresa, siano presenti aree di ampia indeterminatezza (ad es., la valutazione delle rimanenze, il principio di inerenza), S. DORIGO, *Intelligenza artificiale e norme antiabuso: il ruolo dei sistemi "intelligenti" tra funzione amministrativa e attività giurisdizionale*, in *Rass. trib.*, 2019, pp. 728 e ss. Sul tema, sia consentito rinviare a G. MELIS, *L'interpretazione nel diritto tributario*, Padova, 2003, pp. 108 e ss.

giustizia predittiva risultano addirittura espressamente pensati per questioni attinenti a controversie fiscali.³

In generale, le potenzialità dell'applicazione della tecnologia ai precedenti sono le più varie e di intensità crescente:⁴ dall'analisi dei moduli argomentativi a disposizione degli avvocati per poter selezionare i migliori argomenti difensivi in fase di ricorso, alla previsione dei probabili esiti di un giudizio quale efficace strumento per la deflazione del contenzioso;⁵ dall'ausilio ai giudici per lo "spoglio e stralcio" grazie all'analisi dei precedenti, alle decisioni processuali incidentali più semplici; dalla "preparazione" della decisione giudiziale, sino all'estremo della diretta sostituzione del giudice con un robot, vale a dire la c.d. "decisione robotica" orientata da un "pensiero algoritmico",⁶ in cui si supera la mera elaborazione del dato per trasformarlo, anche mediante il c.d. "autoapprendimento" (*machine learning*), in una decisione sul caso concreto, riproducendo le capacità cognitive del giudice.⁷

È un tema che viene più volte sfiorato - ma mai davvero toccato - nel PNRR. In tale sede, si sottolinea genericamente la necessità di «digitalizzazione degli uffici giudiziari e dello stesso processo» (p. 53); si precisa, più a livello di obiettivi che di mezzi, che «i progetti presentati nell'ambito del PNRR ci consentono di declinare sotto diversi aspetti l'azione riorganizzativa della macchina giudiziaria e

³ M. MAUGERI, *I robot e la possibile «prognosi» delle decisioni giudiziali*, in AA.VV. (a cura di A. Carleo), *cit.*, p. 160.

⁴ Per una visione di sistema, A. GARAPON, J. LASSÈGUE, *La giustizia digitale. Determinismo tecnologico e libertà*, Bologna, 2021, pp. 171 e ss.

⁵ A. VOZZA, *Intelligenza artificiale, giustizia predittiva e processo tributario*, in *Il Fisco*, 2019, pp. 3154 e ss.

⁶ E. VINCENTI, *Il «problema» del giudice-robot*, in AA.VV. (a cura di A. Carleo), *cit.*, p. 116.

⁷ Si ricorda che la definizione di IA proposta dalla *Commission for the Efficiency of Justice (CEPEJ)* nell'ambito della *European Ethical Charter on the Use of Artificial Intelligence in Judicial Systems and their Environment* è di «*set of scientific methods, theories and techniques whose aim is to reproduce, by a machine, the cognitive abilities of human beings*». Sulla prevedibilità delle decisioni attraverso modelli matematici, v. L. VIOLA, *Interpretazione della legge con modelli matematici. Processo, a.d.r., giustizia predittiva*, 2018, pp. 165 e ss.

amministrativa con il fine principale di (...) aumentare il grado di digitalizzazione della giustizia mediante l'utilizzo di strumenti evoluti di conoscenza (utili sia per l'esercizio della giurisdizione sia per adottare scelte consapevoli), il recupero del patrimonio documentale, il potenziamento dei software e delle dotazioni tecnologiche, l'ulteriore potenziamento del processo (civile e penale) telematico» (p. 54); si prevede il nuovo istituto del c.d. "rinvio pregiudiziale in cassazione", ossia il potere del giudice di merito «di rivolgersi direttamente alla Corte di Cassazione per sottoporle la risoluzione di una questione nuova (non ancora affrontata dalla Corte), di puro diritto e di particolare importanza, che presenti gravi difficoltà interpretative e sia suscettibile di porsi in numerose controversie. In questo modo è favorito il raccordo e il dialogo tra gli organi di merito e la Cassazione e valorizzato il suo fondamentale ruolo nomofilattico» (p. 57); si rileva, specificamente per il processo tributario, che «il Piano assicura un migliore accesso alle fonti giurisprudenziali mediante il perfezionamento delle piattaforme tecnologiche e la loro piena accessibilità da parte del pubblico. Si tratta di un ambito sul quale il Consiglio di Presidenza della Giustizia Tributaria ha prospettato interventi concreti mediante un progetto da realizzarsi nell'arco di un triennio. Allo stesso scopo il Piano ipotizza di introdurre il rinvio pregiudiziale per risolvere dubbi interpretativi, per prevenire la formazione di decisioni difformi dagli orientamenti consolidati della Corte di Cassazione» (p. 59). Tuttavia, nell'ambito del processo, la "prevedibilità" viene riferita soltanto alla «durata dei procedimenti civili e penali» (p. 44).

La "calcolabilità giuridica" è un fattore rilevante di sviluppo economico: l'imprenditore, tra i vari elementi decisionali considerati ai fini della localizzazione di un investimento produttivo, assegna valore anche ai tempi e ai modi con cui il possibile ordinamento giuridico di destinazione assicura il servizio di giustizia per dirimere le controversie che l'impresa si troverà ad affrontare, consentendo, tra l'altro, la prevedibilità dell'esito della lite una più oculata

pianificazione dei costi.⁸ È un ambito in cui il nostro Paese, tuttavia, non esattamente eccelle.⁹

Nella "calcolabilità", il "precedente" svolge un ruolo essenziale, generando aspettative circa la decisione di casi futuri.¹⁰ Come è stato rilevato, «solo se il diritto è calcolabile - e, tanto più, come si vedrà, se lo è attraverso il «sistema dei precedenti giudiziari» - può esservi spazio per un largo utilizzo del calcolatore(-robot) nelle professioni legali».¹¹

È un tema, tra l'altro, sempre più "incalzante", poiché stanno progressivamente prendendo forma e piede *software* predittivi delle decisioni giudiziali. Tra questi, a mero titolo di esempio, quello sviluppato dalla società *Predictrice*, lanciato sul mercato francese a metà 2017 in *partnership* con *Wolters Kluwer*,¹² con il dichiarato fine di fornire un aiuto alla decisione; ma gli esempi potrebbero essere numerosi.¹³

⁸ O. MAZZOTTA, *Algoritmi al servizio dell'uomo che giudica (mai però al suo posto)*, in *Il Sole 24 Ore*, 27 maggio 2021, p. 14. M. LUCIANI, *Decisione robotica*, in AA.VV. (a cura di A. Carleo), *cit.*, p. 68, secondo cui si tratta, a monte, di una delle prestazioni di sicurezza di cui lo Stato moderno si fa erogatore.

⁹ Per una lucida visione di insieme, M.R. COVELLI, *Dall'informatizzazione della giustizia alla «decisione robotica»? Il giudice del merito*, in AA.VV. (a cura di A. Carleo), *cit.*, pp. 125 e ss.

¹⁰ N. IRTI, *Il tessitore di Goethe (per la decisione robotica)*, in AA.VV. (a cura di A. Carleo), *Decisione robotica, cit.*, p. 19; ID., *Sulla relazione logica di conformità (precedente e susseguente)*, in AA.VV. (a cura di A. Carleo), *Il vincolo giudiziale del passato. I precedenti*, Bologna, 2018, p. 23: "i precedenti suscitano un'aspettativa circa la futura decisione del giudice: essi permettono un calcolo di probabilità che può incitare o dissuadere la parte".

¹¹ A. DI PORTO, *Avvocato-robot nel «nostro stare decisis»*, in AA.VV. (a cura di A. CARLEO), *Decisione robotica, cit.*, p. 239.

¹² L. LARRET-CHANINE, *La justice prédictive*, in AA.VV. (a cura di E. CALZOLAIO), *La decisione nel prisma dell'intelligenza artificiale*, Padova, 2020, p. 162, secondo cui «la justice prédictive est devenue un réalité».

¹³ Cfr. A. VOZZA, *Intelligenza artificiale, giustizia predittiva e processo tributario, cit.*, pp. 3154 e ss.

2. I contenziosi seriali, il diritto vivente e la decisione “imprevedibile”

Per avviare un ragionamento concreto su questi temi, può essere utile muovere da un caso emblematico, quello delle decine di migliaia di accertamenti catastali di “massa” ex art. 1, co. 335, L. n. 311/2004 riguardanti ca. 200.000 immobili del Comune di Roma notificati dall’Agenzia del Territorio verso la fine del 2013, che rappresentano forse il caso più eclatante di “serialità” del decennio da poco trascorso, vuoi per le modalità di formazione del provvedimento di riclassamento, vuoi per quanto riguarda i relativi risvolti giudiziari, avendo essi letteralmente “inondato” le Commissioni tributarie romane.

Cosa è avvenuto? È avvenuto che la giurisprudenza della Commissione tributaria provinciale si è distribuita sostanzialmente *fifty-fifty* tra decisioni favorevoli al Fisco e decisioni favorevoli al contribuente; nel frattempo sono state emesse le prime decisioni, ampiamente motivate, della Cassazione del 2015, che hanno sancito la nullità per difetto di motivazione degli avvisi di accertamento catastali riguardanti altri Comuni italiani (Lecce, Ferrara, Napoli, ecc.); tali sentenze sono state tuttavia sostanzialmente ignorate dalle commissioni romane; nel 2016 è giunta poi – quanto mai inattesa – una “isolata” ed eccentrica sentenza favorevole al Fisco che spostava addirittura l’onere probatorio sul contribuente (Cass., n. 21176/2016); la CTR Lazio ha deciso quasi sempre a favore dell’Agenzia del territorio, sistematicamente richiamando la sola sentenza del 2016 ed ignorando quelle del 2015. Le vicende “romane” giungono finalmente, verso il 2018, in Cassazione, dove, a seguito di un’udienza monotematica e riprendendo le ineccepibili sentenze del 2015, viene sancita definitivamente la nullità anche di tali accertamenti per difetto di motivazione, cassando sistematicamente senza rinvio, e “derubricando” espressamente la graziata sentenza del 2016 a mero “precedente isolato” (finanche dallo stesso giudice che ne era stato a

suo tempo estensore!). Seguono, a quel punto, centinaia di sentenze favorevoli ai contribuenti e la formazione di un orientamento consolidato delle sezioni semplici.

Ebbene, a luglio 2021, la CTP Roma, sezione 2°, relatore un magistrato della Cassazione (non della sezione tributaria), decide su un ricorso riassunto in primo grado per difetto di contraddittorio, ritenendo che l'accertamento ex comma 335 oggetto del contendere fosse motivato, e ciò nonostante la difesa avesse compiutamente rappresentato l'esistenza di tale pacifico orientamento e richiamato le relative sentenze.¹⁴ Queste ultime vengono ignorate, come se non esistessero, richiamando al contrario due precedenti inconferenti poiché non riguardanti il "comma 335".

Voilà: una decisione che avrebbe dovuto essere scontata, prevedibilissima, con un "fatto" ormai degradato alla totale irrilevanza e un principio di diritto "scolpito" dalla Cassazione, ha un esito... imprevedibile!

Ora, nella narrata vicenda giurisprudenziale che ha interessato il comma 335, avrebbe potuto trovare applicazione l'intelligenza artificiale? Come visto, all'inizio della vicenda si è brancolato nel buio, in un contesto di legge obiettivamente oscura e in assenza di precedenti sugli avvisi ex comma 335. I ricorsi sono pertanto tipicamente ad ampio "spettro", spaziando dal difetto di motivazione, alla inadeguatezza dei "comparabili", spesso accompagnati da perizie di stima di consulenti di parti, sino ai dubbi di legittimità costituzionale (che infatti approderanno alla Consulta, che si pronunzierà con la sent. n. 249/2017 ribadendo, anch'essa, l'esigenza imprescindibile di un forte onere motivazionale). Il dato normativo non è in effetti per nulla chiaro - né quanto ai suoi presupposti generali (presupposti di "attivabilità" della procedura e requisiti per la loro "intellegibilità" da parte del destinatario), né quanto alle modalità applicative ai singoli immobili - e suscita reazioni giurisprudenziali diverse in relazione ai singoli aspetti appena richiamati. Sicché le

¹⁴ CTP Roma, Sez. 2, n. 7042/2021.

decisioni di segno opposto possono giustificarsi almeno sino al momento in cui intervengono le citate sentenze di legittimità del 2015, che, pur relative a Comuni diversi da Roma, affermano principi generali idonei a disciplinare anche gli accertamenti romani e che infatti sarebbero stati successivamente adottati dalla giurisprudenza di legittimità anche per questi ultimi. In questo frangente temporale, tuttavia, si è inserito il “cigno nero” rappresentato dalla sentenza del 2016, anch’esso relativo ad accertamenti non romani, su cui si è invece fondata la quasi totalità della giurisprudenza della CTR Lazio.

Ecco il punto: quale utilità avrebbe avuto in questa vicenda un sistema predittivo “attivo”? Esso sarebbe stato sicuramente inefficace almeno sino alle sentenze del 2015, sarebbe forse entrato “in crisi” nel 2016 con la sentenza di segno contrario, ma dal 2018 in poi avrebbe sicuramente risparmiato diverse migliaia di ricorsi in Cassazione.

Come si vede, tuttavia, pur dopo la formazione del “diritto vivente” dal 2018, ci sono ancora commissioni tributarie che lo ignorano scientemente, non dandone neanche conto in motivazione, come se non esistesse, e richiamando giurisprudenza inconferente a supporto della tesi erariale.

3. Sulla causa di siffatte sentenze “imprevedibili” e sulla decisione robotica in campo tributario

Le osservazioni che precedono inducono a chiedersi su cosa vi sia alla base di queste sentenze che ignorano il diritto vivente – pur rappresentato dalla difesa evitando al giudice persino la fatica della ricerca giuridica “automatizzata” – senza neanche avere cura di illustrare gli argomenti di dissenso?

Dovendo escludere l’incuria per la completezza delle difese svolte e la provenienza del relatore, vi è forse alla base di questo modo di decidere l’applicazione di un inespresso “giudizio di valore”, che

conduce spediti all'incalcolabilità giuridica ancor più di quanto non faccia già un giudizio *espressamente* formulato su valori?

Ma qui, ove mai un "valore" vi fosse, esso consisterebbe nel mero *favor Fiscis*, nulla di più. Ci chiediamo allora: può ciò dipendere dal fatto che il giudizio tributario finisce per interessare "indirettamente" lo stesso giudice? Se l'obbligazione tributaria è "di riparto", la minore imposta pagata dall'uno si risolve nel maggior pagamento dell'imposta da parte di un altro, giudici compresi; se il tributo è mezzo di finanziamento dei diritti sociali, la relativa erogazione coinvolge tutti, giudici compresi. Si può allora dire che manchi addirittura una posizione di "ontologico" distacco rispetto all'esito della causa e che ciò giustifichi esiti "imprevedibili" *pro Fisco* o esiti percentualmente più favorevoli all'erario, come le statistiche parrebbero indicare?

Di fronte all'arbitrio e al soggettivismo di cui la decisione della CTP richiamata è manifestazione paradigmatica, ci si potrebbe dunque chiedere se «quello del giudice-automa sia un buon paradigma idealtipico da opporre»,¹⁵ tanto più che dopo l'introduzione dell'art. 360-bis, co. 1, C.p.c. *"si sono realizzate le condizioni che rendono possibile un largo impiego dei robot (...) Tali condizioni dunque consistono: nell'assoluta centralità della giurisprudenza (rectius, giurisdizione), nella forza vincolante per legge dei precedenti, almeno di quelli che costituiscono la «giurisprudenza della Corte», nell'esistenza di una giurisprudenza che, sempre più meccanicamente, decide per precedenti"*.¹⁶

È noto che l'elenco degli argomenti contrari adottati alla concreta applicazione della decisione robotica è assai lungo, sicché una sua puntuale analisi eccederebbe ampiamente lo spazio di queste brevissime osservazioni.¹⁷ Per avere un'idea di massima, è sufficiente

¹⁵ M. LUCIANI, *Decisione robotica*, in AA.VV. (a cura di A. Carleo), *cit.*, p. 75.

¹⁶ A. DI PORTO, *Avvocato-robot nel «nostro stare decisis»*, in AA.VV. (a cura di A. CARLEO), *Decisione robotica*, *cit.*, p. 239.

¹⁷ Ne fa un interessante catalogo, M. LUCIANI, *Decisione robotica*, in AA.VV. (a cura di A. CARLEO), *cit.*, pp. 76 e ss.

leggere il *Report* del Gruppo 1 (“Prevedibilità, predittività e umanità del giudicare”) reso nell’ambito della XIII Assemblea nazionale degli osservatori sulla giustizia civile, in cui, evidenziato il valore imprescindibile della prevedibilità delle decisioni, si propongono tutta una serie di rimedi di natura meramente organizzativa, stigmatizzando al contrario l’uso della giustizia predittiva sulla base: *i)* del principio di soggezione del giudice soltanto alla legge; *ii)* della previsione dell’accesso in magistratura soltanto per concorso; *iii)* della non trasparenza della decisione robotica; *iv)* del costituire l’algoritmo e i dati su cui lavora oggetto di una “scelta politica”, che non può sottrarsi alla legittimazione e al controllo democratico. Per giungere infine alla conclusione che «non può essere confusa la prevedibilità delle decisioni, con la loro predizione: la prima, “vede” un futuro esito giudiziario della lite la cui realizzazione è tutta da costruire; la seconda – nella sua forma propria e più estrema – si sostituisce ad esso immediatamente, con ciò cancellandolo e negando i valori che gli sono sottesi». ¹⁸

Di contro, vi è chi invece vede nell’introduzione di modelli matematici nella giustizia la strada maestra per eliminare l’eccessiva discrezionalità interpretativa, dando certezza al diritto, maggiore celerità e semplificazione attraverso l’iniezione di una materia più certa come la matematica. ¹⁹

Sicuramente, minori ostacoli incontra l’ipotesi in cui l’applicazione si limiti a leggere gli scritti delle parti e ad identificare l’argomento della questione da decidere e, conseguentemente, cerchi la giurisprudenza applicabile per determinare una o più possibili soluzioni alternative, fornendo magari anche dati percentuali del rapporto di frequenza con cui ciascuna di tali alternative ricorre. In tal modo, il giudice verrebbe sgravato di una parte importante del

¹⁸ C. CASTELLI, *Giusto processo ed efficienza*, in C. CASTELLI, D. PIANA, *Giusto processo ed intelligenza artificiale*, Santarcangelo di Romagna, 2019, p. 41.

¹⁹ L. VIOLA, *Interpretazione della legge con modelli matematici*, cit., p. 3.

proprio lavoro, pur non imponendo ad esso la sentenza.²⁰ Insomma, un modo evoluto per acquisire consapevolezza della giurisprudenza, per stabilizzarla, ma anche per avere un punto di partenza chiaro per eventuali modifiche alla giurisprudenza stabilizzata che siano tuttavia il frutto di profonde riflessioni ed adeguate motivazioni.²¹

All'analisi delle questioni generali, dovrebbe poi affiancarsi quella sulle specifiche caratteristiche della materia tributaria. Ad esempio, l'assenza di discrezionalità amministrativa, la forte "testualità" tributaria, il ricorso quasi inesistente all'analogia, la scarsa presenza di forme di vaghezza c.d. "socialmente tipica", il privilegio tradizionalmente accordato alla testualità tributaria, la natura essenzialmente documentale del processo, costituiscono tutti elementi che agevolerebbero la c.d. "decisione robotica"; al contrario, la continua mutevolezza della legislazione e la forte "porosità" con il diritto unionale e con il diritto internazionale,²² con le conseguenti difficoltà di ricostruire la "norma" applicabile, si porrebbero quali elementi ad essa ostativi.

Tra le questioni di ordine generale, ne vorremmo segnalare una sola. Uno dei nodi principali della decisione robotica risiede nelle modalità di formazione e supervisione dell'algoritmo. Se la macchina non si preoccupa di un'eventuale influenza esterna, essa può invece essere condizionata dal suo programmatore, ossia da colui che elabora l'algoritmo che fa funzionare la macchina, la cui ideologia può influenzare a sua volta in modo decisivo la configurazione dell'algoritmo.²³ La sua declinazione, in ambito tributario, è particolarmente delicata, proprio perché va evitato il rischio che si

²⁰ J. NIEVA-FENOLL, *Intelligenza artificiale e processo*, traduzione e prefazione di P. COMOGLIO, Torino, 2019, p. 35.

²¹ A. VOZZA, *Intelligenza artificiale, giustizia predittiva e processo tributario*, cit., pp. 3154 e ss.

²² Sul tema specifico dell'IA applicata al diritto tributario internazionale vedi S. DORIGO, *Intelligenza artificiale e norme antiabuso: il ruolo dei sistemi "intelligenti" tra funzione amministrativa e attività giurisdizionale*, cit., pp. 728 e ss.

²³ J. NIEVA-FENOLL, *Intelligenza artificiale e processo*, cit., p. 112.

attribuisca rilievo all'interesse fiscale. Vale a dire, evitare che un pregiudizio individuale venga direttamente "istituzionalizzato". Come andrebbe risolto il dubbio interpretativo tra i tanti possibili esiti tutti compatibili con gli ordinari canoni interpretativi? A favore del Fisco, o a favore del contribuente?

Di questo problema, mi pare emblematica la sentenza n. 8500/2021 resa dalle Sezioni Unite in relazione ai termini di decadenza nel caso di oneri pluriennali, in cui, tra (almeno) due possibili interpretazioni tutte argomentabili, la Corte ha scelto quella che nega in radice il valore della "certezza" del diritto, esponendo l'impresa all'indefinita azione di accertamento del Fisco. Se si pensa, infatti, che l'ammortamento di alcuni beni può superare i trent'anni e che il riporto delle perdite - che la sentenza, con ambizioni di trattazione organica e sistematica dell'istituto, "include" nel proprio ragionamento, pur non richiesta in tal senso - è addirittura illimitato, viene introdotto nel nostro ordinamento il nuovo istituto del c.d. «accertamento *in perpetuum*». Un evento di gravità tale da aver già provocato la ribellione di una recente Commissione tributaria provinciale, resa in espresso ed argomentato dissenso dalle Sezioni Unite.²⁴

Come perspicuamente rilevato,²⁵ le interpretazioni non si giudicano con il parametro della "verità", ma con quello della "giustizia". Il diritto è infatti "argomentazione", è "retorica", ciò che consente di giustificare molti significati diversi di un medesimo testo o di un medesimo sistema di norme. Sicché, tra i vari significati, occorre preferire quello più "congruo" rispetto al problema che il diritto (globalmente inteso) intende risolvere, che soddisfi adeguatamente gli interessi in gioco. E le Sezioni Unite, restringendo al massimo il significato della "definitività", per estendere quanto più possibile la

²⁴ CTP Reggio Emilia (sent. n. 162/1/21 del 14 giugno 2021).

²⁵ G. FRANSONI, *Le sezioni unite e la decadenza: una sentenza che farà danni*, reperibile all'indirizzo <https://frasoni.it/argomenti/le-sezioni-unite-e-la-decadenza-una-sentenza-che-fara-danni/>.

possibilità di manovra dell'Agenzia delle Entrate, hanno fatto chiaramente prevalere l'interesse fiscale sull'esigenza di certezza e di consolidamento dei rapporti giuridici. Il che, si badi bene, non ha riflessi sono fiscali, se solo si pone mente all'ipotesi delle c.d. "clausole di indennizzo" contenute nei contratti di cessioni di partecipazioni, il cui orizzonte temporale risulterà adesso ampliato a dismisura, con intralcio ai traffici giuridici.

4. Conclusioni: in dubio contra Fiscum quale principio interpretativo "ultimo" nella configurazione dell'algoritmo?

Per concludere, per chi crede nel valore della "certezza del diritto", anche quale fattore di sviluppo e di benessere economico di un sistema-Paese, vale sicuramente la pena di riflettere, *de jure condendo*, se il principio interpretativo "ultimo" da assumere nell'algoritmo nel caso di *dubbio*, possa essere individuato nella disposizione dell'ordinamento tributario ucraino, ripresa dalla Corte EDU nella decisione resa nel caso *Shchokin c. Ucraina* del 14 gennaio 2011, nn. 23759/03 e 37943/06,²⁶ che, riproducendo in sostanza il brocardo *in dubio contra Fiscum* di "modestiniana" memoria,²⁷ prevede che, nel caso di più possibili interpretazioni tutte compatibili con il testo legislativo, debba trovare applicazione quella più favorevole al contribuente.

²⁶ «57. In this regard the Court cannot overlook the requirement of section 4.4.1 of the Law "On the procedure for payment of taxpayers' liabilities to budgets and state purpose funds" of 21 December 2000 which provided that if domestic legislation offered ambiguous or multiple interpretations of the rights and obligations of the taxpayers the domestic authorities were obliged to take the approach which was more favourable to the taxpayer. However, in the present case the authorities opted for the less favourable interpretation of the domestic law which resulted in the increase in the applicant's income tax liability. 58. The foregoing considerations are sufficient to enable the Court to conclude that the interference with the applicant's property rights was not lawful for the purpose of Article 1 of Protocol No. 1. It holds for this reason that there has been a violation of that provision».

²⁷ «*Non puto delinquere eum, qui in dubiis quaestionibus contra fiscum facile responderit*» (D. 10, D. 49, 14).

Se il legislatore non è stato in grado di redigere una norma priva di ambiguità semantiche o sintattiche o non ha saputo sufficientemente “contenere” la vaghezza normativa, e il contribuente, dal canto suo, ha scelto ed applicato uno dei legittimi significati della disposizione, perché, tra i possibili significati, deve essere scelto proprio quello che gli impone di pagare il tributo (o gli nega il rimborso)?

Il diritto di abitazione: circolazione e pignorabilità. Conflitto tra l'avente causa dell'erede apparente e il coniuge titolare del diritto di abitazione ex lege. Opponibilità del provvedimento di assegnazione della casa familiare al creditore ipotecario anteriore ed al terzo acquirente

di Michele Petrucci

Autore su InnovazioneDiritto.it

ABSTRACT

The right of housing can often determine situations of conflict with regard to the difficulty of being ascertained. The provision for the assignment of the family home constitutes a personal right of enjoyment for the assignee and not a property right: this is also a crucial point in relation to the difficulties of ascertaining. In this paper, we analyze some profiles concerning its circulation and distraint, as well as the position of the surviving spouse who becomes the holder of the right of residence ex lege against the third-party assignee from the apparent heir. It examines, in particular, the enforceability of the judicial provision for the assignment of the family home transcribed to the previous mortgage lender and the enforceability of this provision to the third-party purchaser in the event that it is issued before the purchase.

SINTESI

Il diritto di abitazione può determinare, sovente, situazioni di conflittualità in ordine anche alla difficoltà di essere rilevato. Il provvedimento di assegnazione della casa familiare costituisce in capo all'assegnatario un diritto personale di godimento e non un diritto reale: questo è un punto nodale anche in ordine alle difficoltà di rilevamento. In questo lavoro, si analizzano alcuni profili che riguardano la sua circolazione e pignorabilità, nonché la posizione del coniuge superstite che diviene titolare del diritto di abitazione ex lege nei confronti del terzo avente causa dall'erede apparente. Si esamina, in particolare, l'opponibilità del provvedimento giudiziale di assegnazione della casa familiare trascritto al creditore ipotecario anteriore e la opponibilità di tale provvedimento al terzo acquirente nel caso in cui venga reso prima dell'acquisto.

SOMMARIO

1. Difficoltà di rilevazione del diritto di abitazione in alcune fattispecie - **2.** Il diritto di abitazione nel sistema ordinamentale. Profili relativi alla circolazione del diritto di abitazione - **3.** Pignorabilità del diritto di abitazione - **4.** Conflitto tra l'avente causa dell'erede apparente e il coniuge titolare del diritto di abitazione ex lege C.c. - **5.** L'assegnazione della casa familiare e l'opponibilità del provvedimento trascritto di assegnazione della casa familiare al creditore ipotecario anteriore - **6.** Opponibilità del provvedimento giudiziale di assegnazione della casa familiare reso prima dell'acquisto al terzo acquirente

1. Difficoltà di rilevazione del diritto di abitazione in alcune fattispecie

La Circolare n. 118 del 7 giugno del 2000 del Ministero delle Finanze¹ chiarisce, in particolare, che il diritto reale di abitazione spettante al coniuge superstite ai sensi dell'art. 540 del Codice civile è assimilabile a quello che deriva dal provvedimento del tribunale di assegnazione della casa coniugale al coniuge divorziato, separando o separato consensualmente o giudizialmente.

La natura di diritto reale del diritto di abitazione ai fini della opponibilità ai terzi, in linea generale, rinvia alle norme in tema di trascrizione dei diritti reali ma, nella pratica, accade sovente che in questi casi e specialmente nel caso di acquisizione ex art. 540 C.c. tale diritto non sia trascritto.

La puntuale indagine notarile volta alla rilevazione di iscrizioni o trascrizioni pregiudizievoli a mezzo delle rituali visure ipocatastali sull'immobile oggetto di atto notarile potrebbe, dunque, non evidenziare la sussistenza di questo diritto parziario. Ma, per quanto sopra, in difetto di trascrizione la sussistenza del gravame ex art. 540 C.c. sul cespite oggetto della indagine non si può escludere.

Come si vedrà, la mancata trascrizione del diritto di abitazione nei casi in discorso non esclude automaticamente la opponibilità dello stesso ai terzi aventi causa.

La rilevazione del Notaio dovrebbe estendersi all'interlocuzione con la parte venditrice tesa a connotare la situazione familiare, corroborata da ulteriori elementi cognitivi derivanti da approfondite indagini anagrafiche.

Nel caso di provvedimento di assegnazione reso nel contesto della crisi della famiglia, la S.C. ha precisato che l'assegnazione della casa costituisce in capo all'assegnatario un diritto personale di godimento e non un diritto reale (Cass. n. 1744/2018; Cass. n. 17843/2016) ed ha proseguito chiarendo che *“se la casa viene alienata dopo*

¹ G.U., serie Generale n. 137 del 14/06/2000.

l'assegnazione il provvedimento giudiziale di assegnazione della casa familiare al coniuge affidatario, avendo per definizione data certa, è opponibile, ancorché non trascritto, al terzo acquirente in data successiva per nove anni dalla data dell'assegnazione, ovvero - ma solo ove il titolo sia stato in precedenza trascritto - anche oltre i nove anni” (v. Cass. n. 15367 del 22/07/2015).

La notevole compressione che deriva alla proprietà nel caso di assegnazione della casa familiare, per quanto precede, rende ancora più cogente l'esigenza di rilevare il diritto di abitazione acquisto in virtù di provvedimento dell'A.G. nel caso di crisi della famiglia su di un cespite oggetto di compravendita.

In tal caso l'indagine tesa ad appurare la condizione pregiudizievole risulterebbe ancora più gravosa perché dovrebbe tendere a verificare l'eventuale esistenza di provvedimenti di assegnazione del cespite resi dall'A.G. nell'ambito di giudizi pendenti o definiti ad oggetto la separazione personale di coniugi nei quali eventualmente è parte il dante causa.

La problematica che si profila non è di poco conto se si pensa al caso - non infrequente - in cui, con esercizio di mala fede, tale gravame potrebbe venire occultato dal venditore o per qualsivoglia motivo non venire in rilievo all'esito delle indagini Notarili.

Si è cercato di metter in evidenza, senza pretesa di generale trattazione, alcuni profili giuridici che ineriscono l'esercizio del diritto di abitazione.

2. Il diritto di abitazione nel sistema ordinamentale. Profili relativi alla circolazione del diritto di abitazione

La *ratio* del divieto, sancito dall'art. 1024 C.c., che non consente all'*habitor* lo sfruttamento economico del bene e vieta espressamente la possibilità di cederlo o darlo in locazione, è strettamente connessa all'importanza che gli aspetti soggettivi rivestono nell'esercizio del diritto di abitazione.

Tale norma tutela, innanzitutto, il proprietario da condotte invasive dell'*habitor* che travalichino i limiti delle esigenze sue e della sua famiglia.

Come si vedrà, la norma in commento appresta anche una tutela di interessi pubblici connessi alla tipicità dei diritti reali.

Il diritto di abitazione ha un contenuto e una disciplina tipica e il divieto di cessione conserva un profilo che rinvia anche alla tradizione romanistica² secondo la quale nell'esercizio del diritto di uso e del diritto di abitazione *habitor neque veniri neque locari potest*.

È discusso se al divieto espresso dall'art. 1024 C.c. si possa derogare per volontà delle parti.

Va osservato che il divieto di cessione del diritto di abitazione già era previsto nel Codice del 1865 all'art. 528: "*i diritti d'uso e di abitazione non si possono cedere né affittare*".

Già allora, la dottrina riteneva che essendo tale divieto posto nell'interesse privato fosse suscettibile di deroga nell'atto costitutivo.³

² È incerto se l'*habitatio*, pur essendo stata sicuramente conosciuta in diritto classico, fosse da questo concepita come vero e proprio rapporto giuridico reale in senso improprio. Dai testi risulta che i giuristi classici non erano concordi sul punto che i legati aventi ad oggetto l'*habitatio* di una certa *domus* determinassero un semplice diritto di credito del legatario verso l'erede o costituissero un diritto reale del legatario relativamente alla casa abitativa. Comunque, anche in chi ammetteva che il legato di *habitatio* fosse costitutivo di un diritto reale non mancava il dubbio se il legato di *habitatio* fosse equiparabile ad un legato di uso, con semplice diritto per il legatario di abitare personalmente e con la propria famiglia la casa, o fosse invece equiparabile ad un legato di usufrutto, con conseguente possibilità da parte del legatario di dare in locazione la casa. La questione fu risolta da Giustiniano proclamando l'*habitatio* un diritto *sui generis* (un *ius proprium* con *natura specialis*) distinto sia dall'uso che dall'usufrutto. A. GUARINO, *Diritto Privato Romano*, Jovene Napoli 1997, p. 764.

³ «La seconda osservazione che ci rimane a fare si è, che al principio dell'inalienabilità del diritto d'uso può derogarsi nel titolo costitutivo del medesimo, permettendone cioè l'alienazione. L'inalienabilità infatti del diritto d'uso non è dalla legge introdotta per ragione d'ordine pubblico, in quantoché alla società non deriva danno alcuno dall'alienazione di siffatto diritto; dunque essa è voluta a guarentigia di un interesse particolare. Ma quale interesse si vuol proteggere? forse quello dell'usuuario? Il proteggere l'interesse di costui non ha altro scopo che quello di defraudare i suoi creditori di quanto loro spetta. Se si tratti d'alimenti, la legge accorda tale protezione al debitore in omaggio al principio d'umanità che vieta doversi esporre un individuo a morire d'inopia per soddisfare i suoi creditori. Quando però non si tratti d'alimenti, non è concepibile una protezione accordata dalla legge al debitore in danno de' suoi creditori. Non resta dunque che l'interesse

Ancora oggi parte della dottrina, sul rilievo di analoghe considerazioni, ritiene che il divieto di alienazione sia derogabile in sede di costituzione.

A partire dagli anni '60 del secolo XX, anche la giurisprudenza ha mostrato apertura ammettendo la derogabilità del divieto di cui all'art. 1024 C.c., generalmente in riferimento al diritto d'uso, in quanto non posto a presidio di esigenze di ordine pubblicistico, bensì posto a tutela di interessi di natura privatistica.⁴

La tutela di istanze privatistiche sarebbe giustificata da ragioni storiche ed economiche perché tale diritto generalmente tutelava un soggetto giuridico che versava in stato di bisogno ed era legato da rapporti con il titolare del diritto di proprietà. Questo profilo conferiva carattere alimentare alla tutela apprestata a favore di uno soggetto specifico, dunque, infungibile.

La possibile derogabilità al divieto di cui all'art. 1024 C.c., va indagata a partire dalla natura disponibile degli interessi in gioco e su tale premessa apparirebbe accettabile la circolazione del diritto qualora il proprietario dell'immobile gravato acconsentisse ad un patto di futura cedibilità.

Tale posizione viene confermata anche dalla giurisprudenza di legittimità secondo la quale il divieto di cessione dei diritti di uso e di abitazione di cui all'art. 1024 C.c. è derogabile in quanto *non è di*

del costituente l'uso, al quale la legge ha voluto provvedere vietando l'alienazione dell'uso stesso. Se infatti il proprietario si è determinato, in contemplazione d'una persona a lui bene accetta, di concedere ad essa l'uso della cosa sua, l'onere riuscirebbe più gravoso per lui se lo stesso usuario potesse surrogare nell'esercizio del suo diritto altra persona, che non fosse al costituente accetta. Ora, essendo che ciascuno può rinunciare alla disposizione di legge che lo favorisce, è chiaro che il concedente l'uso può all'usuario permetterne l'alienazione». In questi termini, F. Ricci, *Corso teorico-pratico di Diritto Civile*, II, Torino, 1877, pp. 300-301.

⁴ Cass. 13 settembre 1963, n. 2502, in *Rep. giust. civ.*, 1963, *Usufrutto, uso, abitazione*, n. 17; Cass. 18 ottobre 1961, n. 2217, in *Foro it.*, 1962, I, p. 59; Cass. 25 marzo 1960, n. 637, in *Foro it.*, 1960, I, p. 756: "Il divieto di cessione del diritto di uso, sancito dall'art. 1024 C.c., non ha natura pubblicistica e quindi carattere di inderogabilità nei confronti del nudo proprietario, ma attiene piuttosto ai diritti patrimoniali di carattere disponibile, con la conseguenza che il nudo proprietario e l'usuario possono convenire di derogare al divieto, ed il relativo negozio è perfettamente valido ed operante in quanto riflette un diritto di cui i titolari possono liberamente disporre".

*ordine pubblico e pertanto può essere assoggettato a deroga ove espressamente convenuta tra il proprietario (costituente) e l'utente.*⁵

Secondo i Supremi Giudici, la deroga al divieto di cui all'art. 1024 deve essere "espressamente" prevista nell'atto di costituzione del diritto e tale previsione diviene la premessa necessaria ai fini della liceità di un successivo atto di trasferimento del diritto.

Parte della dottrina nega la possibilità di cessione e di locazione del diritto di abitazione essendo il suo contenuto funzionalmente connesso alle esigenze del titolare e della sua famiglia le ritrae e, pertanto, se si ammettesse l'ipotesi di cedibilità del diritto, si dovrebbe accettare che non verrebbe preservato il suo contenuto originale che muterebbe in ragione di esigenze riferite ad altro *habitor*.

Per questa via, si perverrebbe al riconoscimento di un diritto suscettibile di mutare anche in funzione della mutata soggettività del titolare.

Anche nel caso in cui si voglia ammettere la sussistenza di un patto con il quale il proprietario acconsenta al trasferimento di tale diritto, lo stesso si riconfigurerebbe nel suo contenuto in funzione di esigenze non riconducibili a quelle del primo titolare e, pertanto, si discosterebbe dal tipico diritto di abitazione la cui elasticità attiene unicamente alla mutevolezza delle esigenze del soggetto in favore del quale è stato costituito.

Si realizzerebbe, così, un netto contrasto con il principio della tipicità e del *numerus clausus* dei diritti reali.

Lo studio circa la possibile derogabilità del divieto di cui all'art. 1024 C.c. non può prescindere da questi rilievi.

In primis, si osservi che l'art. 2814 C.c. prevede espressamente la facoltà dell'usufruttuario di rinunciare al diritto; dunque, un eventuale atto unilaterale abdicativo dell'usufruttuario comporterebbe l'effetto espansivo della nuda proprietà.

⁵ Cass. 31 luglio 1989, n. 3565, in *Mass.*, 1989, nel Repertorio 1989, *Usufrutto* [6940], n. 1.

Il rinvio alla disciplina dell'usufrutto che l'art. 1026 C.c. opera per quanto concerne i diritti di uso e di abitazione, comporta che anche tali diritti si ritengono pacificamente rinunziabili.

Ne discende che, se l'*habitor* rinunzia alla titolarità del suo diritto sull'immobile, può ben configurarsi un atto di compravendita della piena proprietà del cespite, gravato fino alla rinunzia, a patto che si costituiscano nell'atto anche il nudo proprietario e l'abitatore con il quale si trasferisce all'avente causa la proprietà del cespite attesa la preventiva rinunzia dell'*habitor*.

Sempre nella ipotesi di intervento congiunto anche del proprietario e dell'*habitor*, *analogamente deve ritenersi legittimo l'atto con il quale l'abitazione venga acquistata da un altro soggetto, qualora vi partecipino, in via congiunta, proprietario e titolare del diritto di abitazione, potendosi l'atto stesso configurare come costituzione da parte del proprietario di un nuovo diritto di abitazione a favore del terzo, e contestuale implicita rinunzia a quello proprio, da parte dell'attuale habitator.*⁶

Invero, è pacifica la possibilità di trasferimento, ciascuno per i propri diritti, di usufrutto e superficie laddove l'usufruttuario ed il nudo proprietario e il superficiario ed il proprietario trasferiscono ciascuno il proprio diritto allo stesso soggetto contro il corrispettivo di un prezzo.

Su tali premesse il citato studio CNN indaga la possibilità da parte del proprietario e dell'*habitor* di porre in essere un atto volto al trasferimento congiunto della proprietà e dell'abitazione.

Lo schema negoziale fondato sull'intervento congiunto nell'atto di compravendita del proprietario e dell'*habitor* e sulla rinunzia di quest'ultimo al diritto di abitazione non lede i diritti del proprietario che presta il suo consenso all'atto di disposizione né si connota in rapporto stridente con il principio del *numerus clausus* dei diritti reali, in quanto l'acquirente non acquista il preesistente diritto di

⁶ Commissione Studi del Consiglio nazionale del Notariato, 22 giugno 1999, Est.: Caccavale, Ruotolo.

abitazione, che comporterebbe la inammissibile mutazione del suo contenuto, ma acquista la piena proprietà dell'immobile privo di gravami.

Tali valutazioni, se condivise, implicano la ammissibilità dello schema negoziale nel quale proprietario e *habitor* attuano un trasferimento congiunto al terzo avente causa della proprietà e della abitazione.

Infatti, anche in tale fattispecie non si ledono i diritti del proprietario e si realizza una nuova costituzione del diritto di abitazione consolidato alla proprietà.

Si è osservato che se la rinuncia fosse a titolo oneroso nei confronti del proprietario gravato, si risolverebbe nella alienazione di un diritto riconducibile, in funzione della natura del corrispettivo, a schemi negoziali in netto contrasto con il divieto di cui all'art. 1024 C.c.⁷

Diversamente, si è argomentato che quando il beneficiario dell'alienazione del diritto di abitazione è il proprietario, non sussistono esigenze di tutela in suo favore connesse al mutamento del contenuto del diritto o riguardanti la persona che acquisisce il diritto. In particolare, la conseguenza dell'alienazione sarebbe l'estinzione del diritto di abitazione "per confusione". Tuttavia, non sembra che vi siano Autori che condividano tale tesi, né si segnalano pronunce della S.C. che vi aderiscano e, anche in questa fattispecie, "resta in piedi il divieto, genericamente espresso, contenuto nell'art. 1024 c.c."; la genericità viene espressamente riferita "all'espressione usata dal legislatore, che non distingue in funzione del soggetto acquirente".⁸

3. Pignorabilità del diritto di abitazione

Merita una breve analisi la questione della pignorabilità del diritto di abitazione.

⁷ Focus 6/2015 - *Dal diritto di abitazione ai diritti di abitazione*, a firma di Antonio Mattered, October 21, 2015 in *Riviste, Testi e Recensioni*.

⁸ CNN NOTIZIE, anno 2016, 27 maggio 2016, Quesito Civilistico n. 473-2015/C.

Dato che il diritto di abitazione è assoggettato al divieto di alienazione ex art. 1024 C.c., non presente nel novero dei beni capaci di ipoteca di cui all'art. 2810 C.c., ritenuto tassativo, né l'ipotecabilità di tale diritto è prevista da leggi speciali, si ritiene che non sia autonomamente ipotecabile.

Come si è visto, la sua intrasferibilità va posta in connessione con la conservazione della identità del suo contenuto, la cui mutazione sarebbe inconciliabile con la sua circolazione, e sul rilievo della medesima argomentazione si può ulteriormente giustificare l'esclusione della sua assoggettabilità ad ipoteca.

In sintesi, la indisponibilità del diritto da parte del suo titolare sancita dall'art. 1024 C.c. insieme alla sua non ipotecabilità di cui all'art. 2810 C.c. *si colloca in una cornice di assoluta impossibilità di circolazione autonoma del diritto reale per atto del suo titolare e/o dei suoi aventi causa (i creditori).*⁹

Il diritto di abitazione è, dunque, insuscettibile di autonoma espropriazione, mentre la proprietà gravata o meno del diritto di abitazione è sempre suscettibile di espropriazione forzata.

4. Conflitto tra l'avente causa dell'erede apparente e il coniuge titolare del diritto di abitazione ex lege C.c.

Come richiamato in premessa, la Circolare del Ministero delle Finanze n. 118/E del 7 giugno del 2000, inserisce il titolare del diritto di abitazione nel novero dei soggetti passivi tenuti al versamento dell'ICI e puntualizza che *tra i diritti reali rientra, se effettivamente esercitato, il diritto reale di abitazione spettante al coniuge superstite ai sensi dell'art. 540 del Codice civile; è assimilabile a tale diritto quello che spetta: al coniuge divorziato, separando o separato consensualmente o giudizialmente sulla casa ex residenza coniugale, assegnata con provvedimento del Tribunale; al socio della cooperativa edilizia, non a proprietà indivisa, sull'alloggio*

⁹ CNN, Studio n. 21-2013/E.

assegnatogli, ancorché in via provvisoria; all'assegnatario dell'alloggio di edilizia residenziale pubblica concessogli in locazione con patto di futura vendita e riscatto.

La struttura del diritto di abitazione prevista dall'art. 540 C.c. viene chiarita e puntualizzata dalla S.C. che, a Sezioni Unite, ha statuito i seguenti principi di diritto: *“nella successione legittima spettano al coniuge del de cuius i diritti di abitazione sulla casa adibita a residenza familiare e di uso sui mobili che la corredano previsti dall'art. 540 C.c., comma 2; il valore capitale tali diritti deve essere stralciato dall'asse ereditario per poi procedere alla divisione di quest'ultimo tra tutti i coeredi secondo le norme della successione legittima, non tenendo conto dell'attribuzione dei suddetti diritti secondo un meccanismo assimilabile al prelegato”*.¹⁰

La previsione di cui all'art. 540 C.c. è un'ipotesi di costituzione legale del diritto di abitazione, assimilabile per contenuto ma diverso per modo di acquisto.

Immediata implicazione della qualificazione operata dalla S.C. consiste nell'acquisto automatico del diritto da parte del coniuge superstite all'atto dell'apertura della successione.

Nella pratica si verifica sovente che il diritto di abitazione acquisito *ex lege* sulla casa coniugale non viene trascritto.

Il diritto così acquisito, anche se non trascritto immediatamente, può essere opposto agli altri eredi e fatto valere anche nei confronti dei terzi, con una trascrizione anche successiva al momento dell'acquisto (apertura della successione), senza che, nel frattempo, il coniuge superstite del *de cuius* possa perdere il diritto acquisito.

Ma nella finestra temporale intercorrente tra l'apertura della successione e la trascrizione del diritto, si potrebbero verificare iscrizioni pregiudizievoli ad opera di terzi sull'immobile.

L'art. 2812 C.c. disciplina l'espropriazione del bene ipotecato e gravato da diritto di abitazione statuendo che *“il diritto reale di*

¹⁰ Cass., SS.UU., 27 febbraio 2013, n. 4847, in *www.foro.it.*, anno 2013, parte I, col. 2229.

godimento (servitù, usufrutto, uso e abitazione) di cui sia trascritta la costituzione dopo l'iscrizione di ipoteca non è opponibile al creditore ipotecario, il quale può far subastare la cosa come libera".

Se rispetto al regime di opponibilità tale norma si interpreta come priva di portata originale e *semplice ripetizione di quanto già ricavabile dalle norme sulla trascrizione ex art. 2643 e 2644 C.c.*, bisogna individuare le norme applicabili nel caso dell'acquisto del diritto di abitazione ex art. 540 C.c. la cui trascrizione *gioca un ruolo diverso da quello presupposto per gli atti soggetti a trascrizione ex art. 2643.*¹¹

Il tema viene affrontato dalla S.C. (31 gennaio-24 giugno 2003, n. 10014)¹² che ha sentenziato sul caso di un erede (nudo proprietario della casa familiare) che ha rilasciato ipoteca volontaria iscritta sulla piena proprietà di un immobile gravato da diritto di abitazione *ex lege* del coniuge superstite del *de cuius* a garanzia di un prestito ottenuto da una banca.

L'inadempimento dell'erede nella restituzione della somma mutuata ha innescato il procedimento esecutivo da parte della banca che ha sottoposto a pignoramento l'immobile.

Prima dell'espropriazione forzata, il coniuge titolare del diritto di abitazione si è opposto deducendo che godeva del diritto di abitazione a seguito della morte del coniuge e che la procedura espropriativa non poteva estendersi al diritto di proprietà vantato ma doveva riguardare il solo diritto di nuda proprietà.

Con la richiamata pronuncia, i Supremi Giudici hanno individuato il criterio per la risoluzione del conflitto tra l'erede apparente - tale viene qualificato in questa vicenda l'erede titolare solo della nuda proprietà - ed il coniuge titolare del diritto di abitazione *ex lege*.

La S.C. ha statuito che quando un immobile è gravato dal diritto di abitazione ai sensi dell'art. 540 C.c., secondo comma, l'ipoteca che i creditori dell'erede apparente abbiano iscritto sulla piena proprietà

¹¹ CNN, Studio n. 21-2013/E, *cit.*

¹² In *Mass.*, 2003, *Guida al dir.*, 2003, fasc. 30, n. Busani, Canali.

del cespite *in forza del diritto concessogli dall'erede* è opponibile al legatario a norma del secondo comma dell'art. 534 C.c. che pone a carico del terzo avente causa dell'erede apparente l'onere di provare di aver contratto in buona fede.

Dal momento che l'erede nella qualità di nudo proprietario non ha titolo a concedere l'ipoteca relativamente al diritto di abitazione non può essere applicato l'art. 2644 C.c. che regola i conflitti tra diversi acquirenti dal medesimo proprietario.

Infatti, secondo i Supremi Giudici, il conflitto non trova soluzione applicando il criterio dell'antiorità della trascrizione *dell'acquisto dell'erede rispetto alla trascrizione dell'acquisto del legatario* perché l'art. 2644 C.c. che contiene tale criterio non disciplina il rapporto del legatario con l'erede e i suoi aventi causa dato che non si configura *la situazione del duplice acquisto, dal medesimo autore, di diritti tra loro confliggenti* perché il legatario acquista il diritto di abitazione *direttamente dall'ereditando* e tale acquisto non si verifica in relazione all'acquisto dell'erede dall'ereditando né in *rapporto all'acquisto del creditore ipotecario dall'erede*.

5. L'assegnazione della casa familiare e l'opponibilità del provvedimento trascritto di assegnazione della casa familiare al creditore ipotecario anteriore

Su questi temi risulta utile ripercorrere alcune tappe segnate di recente dalla giurisprudenza di legittimità.

Con sentenza 20 aprile 2016, n. 7776,¹³ la S.C. ha statuito circa la opponibilità dell'assegnazione della casa familiare trascritta in data anteriore al pignoramento, ma successiva all'iscrizione ipotecaria a favore del creditore precedente.

Il caso in breve. L'esecutata in un'espropriazione immobiliare, si è opposta agli atti esecutivi con ricorso avverso l'ordinanza con la quale

¹³ *Mass.*, 2016, n. 278, *Vita not.*, 2016, p. 792; *Famiglia e dir.*, 2017, p. 33; n. Chiusoli, in *Corriere giur.*, 2017, p. 1067; n. Verdesca, *Repertorio 2016, Separazione di coniugi* [6130], n. 46. Sentenza integrale in *Le Banche Dati del Foro Italiano*.

il giudice aveva disposto che il bene pignorato fosse venduto per intero ed in piena proprietà, ordinando contestualmente la liberazione.

L'opponente eseguita per la quota del 50% deduceva di aver trascritto il provvedimento di assegnazione della casa coniugale, reso nel corso della procedura di separazione, prima del pignoramento immobiliare e ne sosteneva la sua opponibilità sia al creditore procedente che all'aggiudicatario del bene.

La banca, creditore procedente, ha resistito affermando che in date antecedenti alla trascrizione del provvedimento di assegnazione della casa coniugale risultavano iscritte due ipoteche volontarie rilasciate dagli allora coniugi sull'immobile oggetto di pignoramento che si apparteneva a loro in parti uguali a fronte dell'erogazione di un mutuo.

Su tali presupposti l'Istituto resistente affermava la inopponibilità del diritto di abitazione in quanto trascritto in data successiva alla iscrizione ipotecaria.

Il giudice, pertanto, modificava l'ordinanza disponendo *“che questa recasse menzione del provvedimento di assegnazione della casa coniugale «trascritto in data anteriore al pignoramento e pertanto opponibile all'aggiudicatario fino al permanere del relativo diritto in capo all'assegnataria», con contestuale revoca dell'ordine di liberazione”*.

All'esito del giudizio di merito il Tribunale ha accolto l'opposizione agli atti esecutivi proposta dall'eseguita, ritenendo opponibile il provvedimento di assegnazione della casa coniugale trascritto prima della trascrizione del pignoramento, a prescindere dalle iscrizioni ipotecarie anteriori, *“in virtù del principio della assimilazione del diritto dell'assegnatario a quello del locatario, come desumibile dal richiamo all'art. 1599 C.c., contenuto nell'art. 6, comma 6, della L. n. 898/70, ritenuto applicabile anche in tema di separazione coniugale”*.

La sentenza è stata fatta oggetto di ricorso per cassazione da parte della Banca secondo la quale l'art. 155-*quater* C.c. era applicabile alla

separazione tra i coniugi ed anche alla trascrizione del provvedimento di assegnazione della casa familiare. Ha dedotto, altresì, la Banca, che dal collegamento tra l'art. 155-*quater* C.c. e gli artt. 2642, 2644, 2812 e 2919 C.c. derivava la inopponibilità al creditore ipotecario del provvedimento di assegnazione della casa familiare trascritto successivamente all'iscrizione di ipoteca. Con altro motivo di ricorso la Banca ha sostenuto che l'art. 6, sesto comma, della Legge 1° dicembre 1970, n. 898, sarebbe norma parzialmente abrogata dall'art. 155-*quater* C.c. quale norma sopravvenuta.

Nell'*iter* decisionale a riguardo della opponibilità del provvedimento di assegnazione della casa familiare trascritto in data anteriore al pignoramento e successivamente alla iscrizione ipotecaria a favore del creditore procedente, la S.C. ha osservato che la separazione tra coniugi è regolata, sotto il profilo di interesse nello specifico, dall'art. 155-*quater* C.c. (abrogato dall'art. 106, comma 1, lett. a, del D.lgs. 28 dicembre 2013, n. 154, soltanto a decorrere dal 14 febbraio 2014, ai sensi di quanto disposto dagli artt. 106 e 108, comma 1, del medesimo D.lgs. n. 154/13, in quanto sostituito dall'art. 337-*sexies* C.c., inserito dalla stessa novella).

Si evidenzia che l'art. 6, comma 6, della L. n. 898/70, si riferisce al terzo acquirente, dunque, riguarda il conflitto che insorge con il proprietario successivo.

L'art. 155-*quater*, primo comma, ultimo inciso, oggi art. 337-*sexies* C.c., dispone che il provvedimento di assegnazione della casa familiare volto in via prioritaria alla tutela dell'interesse dei figli e quello di revoca sono trascrivibili e opponibili ai terzi ai sensi dell'art. 2643 C.c.

Osserva la Corte che il rinvio contenuto nell'art. 155-*quater* C.c. all'art. 2643 C.c. - e non all'art. 1599 C.c. - comporta che le condizioni di opponibilità del provvedimento, trascritto, di assegnazione della casa familiare sono riferite non solo all'acquirente dell'immobile *ma ad ogni possibile terzo* rientrando in tale categoria anche il creditore *che ha iscritto la propria ipoteca prima*

dell'assegnazione.

L'art. 2643 C.c. individua gli atti che a fini di pubblicità devono essere trascritti; gli effetti della trascrizione vengono disciplinati dall'art. 2644 C.c. che, nella priorità della trascrizione, individua il criterio della risoluzione dei conflitti tra titolari di diritti incompatibili. La S.C. esamina il rapporto tra quest'ultimo articolo e l'art. 155-*quater* C.c.

L'art. 155-*quater* C.c., *“pur se implicitamente”* – prosegue la Corte – va riferito anche all'art. 2644 C.c. che dispiega i suoi effetti sia nei confronti dei terzi che abbiano acquistato diritti sull'immobile dopo la trascrizione del provvedimento di assegnazione (secondo comma), sia nei confronti di coloro che li abbiano acquistati prima (primo comma), disciplinandoli secondo il noto principio a norma del quale colui che opera per primo la trascrizione è preferito rispetto a chi non trascrive il proprio titolo o lo trascrive successivamente.

Il legame, sia pur implicito, tra l'art. 155-*quater* C.c. e l'art. 2644 C.c., statuito dai Supremi Giudici, comporta che la trascrizione del provvedimento di assegnazione della casa familiare *“non ha effetto”* nei confronti dei terzi che *“a qualunque titolo”* abbiano acquistato diritti sull'immobile in virtù di atto anteriormente trascritto.

In particolare,¹⁴ *“... Siffatta inopponibilità sta a significare che il creditore ipotecario può far subastare l'immobile come libero, in quanto, come dedotto col terzo motivo, il diritto del coniuge assegnatario trascritto dopo l'iscrizione dell'ipoteca non può pregiudicare i diritti del titolare della garanzia reale. 3.2. Escluso, infatti, che l'“assimilazione” del diritto del coniuge assegnatario a quello del conduttore, ‘sia pure ai soli fini della trascrizione’, consegua alla previsione espressa della L. n. 898 del 1970, articolo 6, comma 6 (da ritenersi, per quanto sopra, abrogata, quanto meno con riferimento al regime degli atti trascritti), non vi sono altri indici normativi che consentano di sovrapporre la disciplina dei due diritti rispetto a quella dell'ipoteca. Né, come anticipato, può giovare, allo*

¹⁴ Così continua l'iter argomentativo della sentenza Cass. n. 7776/2016.

scopo, la presa di posizione nel senso di attribuire al diritto in questione la natura di diritto personale di godimento. Non tutti i diritti personali di godimento resistono dinanzi al prevalente diritto del creditore ipotecario, anzi, di regola vale il contrario (come è per il diritto del comodatario). Vi resiste la locazione, perché l'ordinamento consente che l'ipoteca si estenda ai frutti del bene, compresi i canoni di locazione (arg. ex articolo 2811 C.c.), che quindi sono soggetti ad espropriazione ai sensi dell'articolo 2808 c.c. Pertanto, il contratto di locazione sopravvenuto all'iscrizione d'ipoteca non pregiudica il creditore ipotecario poiché non priva il bene del valore d'uso e ne consente la vendita come bene produttivo di reddito; tanto ciò è vero che quando invece questo non sia possibile - come nell'ipotesi prevista dall'articolo 2643, n. 9, e dagli ultimi due comma dell'articolo 2812 C.c. (cessioni e liberazioni di pigioni e di fitti non scaduti) - è lo stesso legislatore a prevedere che il diritto del conduttore, che superi determinati limiti temporali, debba essere trascritto e che l'iscrizione ipotecaria prevalga sul diritto del conduttore non trascritto o trascritto successivamente". La S.C. Corte ha accolto il ricorso proposto dalla Banca, ha cassato la sentenza impugnata e, decidendo nel merito, ha rigettato l'opposizione agli atti esecutivi.

6. Opponibilità del provvedimento giudiziale di assegnazione della casa familiare reso prima dell'acquisto al terzo acquirente

Come premesso la S.C., con la recente pronunzia n. 1744 del 24-01-2018,¹⁵ ha connotato il diritto di abitazione del coniuge assegnatario a seguito di provvedimento giudiziale di assegnazione della casa come atipico diritto personale di godimento.

A norma dell'art. 337-sexies C.c., il diritto di godimento acquisito dal coniuge assegnatario fonda essenzialmente sulla tutela dei figli minori o maggiorenni ancora conviventi ma non autosufficienti. Lo

¹⁵ Mass., rv. 647785-01, nel Repertorio 2018, *Separazione di coniugi* [6130], n. 6.

stesso articolo stabilisce le cause di estinzione del diritto così acquisito ovvero la non abitazione dell'assegnatario o la non stabilità nell'abitare la casa o la convivenza *more uxorio* o un nuovo matrimonio. L'assegnazione della casa a seguito della crisi della famiglia non ha una portata strettamente assistenziale in favore del coniuge più debole, infatti, *"anche nel vigore della L. 6 marzo 1987, n. 74, il cui art. 11 ha sostituito l'art. 6 della L. 1° dicembre 1970, n. 898, la disposizione del comma 6 di quest'ultima norma, in tema di assegnazione della casa familiare, non attribuisce al giudice il potere di disporre l'assegnazione a favore del coniuge che non vanti alcun diritto - reale o personale - sull'immobile e che non sia affidatario della prole minorenni o convivente con figli maggiorenni non ancora provvisti, senza loro colpa, di sufficienti redditi propri"* (Cass. civ., SS.UU., 28 ottobre 1995).¹⁶

Sulla natura del diritto che il coniuge assegnatario acquisisce in virtù del provvedimento di assegnazione si segnalano essenzialmente due vedute, una lo connota quale situazione soggettiva di tipo assoluto e reale l'altra quale diritto di godimento di natura personale.

In passato la prima ipotesi è stata sostenuta dalla giurisprudenza della S.C. - in parte condivisa anche dalla giurisprudenza di merito secondo la quale a seguito del provvedimento di assegnazione si connotava una situazione di compossesso nel senso che è *"il giudice della separazione stessa, pur non innovando il titolo di godimento o i diritti reali delle parti, a concentrare la situazione possessoria in capo al coniuge in favore del quale venga disposta l'assegnazione della casa familiare"*.¹⁷

L'orientamento dominante ha in seguito stabilito che in virtù del provvedimento di assegnazione della casa familiare si connota una detenzione qualificata del coniuge assegnatario ed il diritto di

¹⁶ Cass., SS.UU., 11297/1995, in *Giust. civ.*, 1996, I, p. 45; n. Marinelli, *Giust. civ.*, 1996, I, p. 725 (m); n. Frezza, *Arch. civ.*, 1996, p. 455; *Arch. civ.*, 1996, p. 749; *Dir. famiglia*, 1996, p. 499; *Nuova giur. civ.*, 1996, p. 517, n. Quadri.

¹⁷ Trib. di Ravenna, 13/07/2016, in *www.lanuovaproceduracivile.com*, 2016, Repertorio 2016, *Possesso* [5060], n. 10, Dottrina Foro Italiano: *Possesso*.

abitazione connesso risulta opponibile ai terzi ed anche al coniuge proprietario.

A seguito di un articolato *iter* giurisprudenziale la S.C. ha qualificato con la richiamata sentenza il diritto di abitazione in discorso quale *“diritto personale di godimento variamente segnato da tratti di atipicità”*. Pertanto, non è ammessa la natura di diritto reale di abitazione opponibile ai terzi secondo il criterio dell'antiorità della trascrizione ma, ai sensi dell'art. 6 della L. n. 898 del 1970, sostituito dall'art. 11 della L. n. 74 del 1987, al terzo acquirente dell'immobile che acquista dopo che il provvedimento sia stato reso dall'A.G il diritto così acquisito risulta opponibile entro i nove anni se il provvedimento non risulta trascritto oppure oltre i nove anni in caso in cui risulta trascritto prima dell'acquisto.

La S.C. ha affermato, altresì, che *“il terzo acquirente del bene è tenuto a rispettare il godimento dell'assegnatario «nello stesso contenuto e nello stesso regime giuridico propri dell'assegnazione» escluso in tali limiti «qualsiasi obbligo di pagamento da parte del beneficiario per tale godimento, atteso che ogni forma di corrispettivo verrebbe a snaturare la funzione stessa dell'istituto»* (cfr. ad es. Cass. n. 12705 del 29/08/2003),¹⁸ *potendo - in caso di inconsapevolezza circa l'assegnazione - agire contro il dante causa”*.¹⁹

La compressione del diritto di proprietà nei termini stringenti di cui sopra fonda sull'efficacia del provvedimento giudiziale di assegnazione, ma nel tempo potrebbero venirne meno i presupposti. Il terzo acquirente a sua tutela può, infatti, proporre domanda di accertamento dell'insussistenza - originaria o sopravvenuta - dei presupposti sui quali fonda il diritto di godimento della casa coniugale in capo al coniuge assegnatario deducendo che non coabitano più figli minorenni oppure maggiorenni non autosufficienti. L'azione è tesa a conseguire una declaratoria di inefficacia, *“E ciò al fine di conseguire*

¹⁸ *Mass.*, 2003, *Riv. not.*, 2004, p. 161; *Giur. it.*, 2004, p. 1176; *Dir. famiglia*, 2003, p. 943; *Lessico dir. famiglia*, 2004, p. 205; Repertorio 2004, *Separazione di coniugi* [6130], n. 58.

¹⁹ Cass. n. 1744/2018, *cit.*

una declaratoria di inefficacia del titolo che legittima l'occupazione della casa coniugale da parte del coniuge assegnatario, a tutela della pienezza delle facoltà connesse al diritto dominicale acquisito" (Cass. n. 15367 del 22/07/2015).²⁰

Appare evidente da questa breve analisi che la compressione che deriva al diritto di proprietà in presenza del diritto di abitazione acquisito in virtù di assegnazione nel caso di crisi della famiglia è di notevole entità e la sua opponibilità ai terzi aventi causa è strettamente e funzionalmente legata alla connotazione della sua natura giuridica. Come si è visto, le tesi adottate nel tempo dalla S.C. circa la connotazione del diritto così acquisito si integrano in uno spettro i cui estremi vanno in via esemplificativa dal "diritto reale" al "diritto personale atipico di godimento", e la richiamata pronuncia del 2018 sembra approdare sulla scia di un orientamento giurisprudenziale ormai stabilizzato ad un punto fermo che stabilisce la seconda connotazione. Come già osservato, ne discende che risulta fortemente compressa la proprietà dell'immobile assegnato nel contesto della crisi familiare ed a prescindere dalla trascrizione dell'assegnazione stessa.

È lecito chiedersi fin dove si spinge la responsabilità professionale del Notaio nella indagine circa i pesi gravanti su di un cespite oggetto di atto notarile nel caso specifico della mancata rilevazione del gravante diritto di abitazione acquisito *ex lege* o nel contesto della crisi della famiglia, attesa la particolare natura giuridica di tali diritti parziari e le connesse oggettive difficoltà di rilevazione.

²⁰ *Arch. locazioni*, 2015, p. 634; *Dir. famiglia*, 2016, p. 444; n. Savi, Repertorio 2015, *Matrimonio* [4130], n. 189, Dottrina in *www.foro.it.*, *Matrimonio*.