

# LEAP

---

NEWSLETTER

---

NEWSLETTER DEL 3 FEBBRAIO 2021

<b>GIURISPRUDENZA</b>	<b>3</b>
<b>Contratti Pubblici e Diritto Amministrativo</b>	<b>3</b>
Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana, Ordinanza 29 dicembre 2020, n. 1211	3
TAR Abruzzo, Sez. I, 28 gennaio 2021, n. 41	5
<b>Antitrust &amp; Regulatory</b>	<b>8</b>
Corte di Cassazione, Sez. Unite, Ordinanza, 4 giugno 2020 n. 10577	
<b>Diritto Civile e Processuale Civile</b>	
Corte di Cassazione, Sez. Unite, 14 dicembre 2020, n. 28387	10
Tribunale di Bergamo, Sez. III Civ., 12 ottobre 2020, n. 1390	15

Consiglio di Giustizia Amministrativa per  
la Regione Siciliana, Ordinanza 29 dicembre  
2020, n. 1211

## Massima

*Sono rimesse all'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato le questioni:*

*a) se, nell'ipotesi di partecipazione ad una gara d'appalto di un consorzio stabile, che ripeta la propria qualificazione, necessaria ai sensi del bando, da una consorziata non designata ai fini dell'esecuzione dei lavori, quest'ultima vada considerata come soggetto terzo rispetto al consorzio, equiparabile all'impresa ausiliaria nell'avvalimento, sicché la perdita da parte della stessa del requisito durante la gara imponga alla stazione appaltante di ordinarne la sostituzione, in applicazione dell'art. 89, comma 3, d.lgs. n. 50 del 2016 e/o dell'art. 63, direttiva 24/2014/UE, derogandosi, pertanto, al principio dell'obbligo del possesso continuativo dei requisiti nel corso della gara e fino all'affidamento dei lavori;*

*b) in caso di risposta negativa al quesito sub a), se comunque, qualora la consorziata - non designata ai fini dell'esecuzione dei lavori - derivi la qualificazione da un rapporto di avvalimento con altra impresa, trovino applicazione le disposizioni normative sopra citate e la conseguente deroga al richiamato principio dell'obbligo del possesso continuativo dei requisiti.*

## Caso di specie

Una stazione appaltante ha annullato in autotutela l'aggiudicazione di un appalto di lavori disposta in favore di un consorzio stabile, poiché quest'ultimo aveva perduto durante il procedimento di gara la qualificazione posseduta tramite una propria consorziata non esecutrice dei lavori, la quale, a

sua volta, l'aveva derivata da un rapporto di avvalimento, venuto meno per fatto dell'impresa ausiliaria. La gara era stata pertanto aggiudicata all'operatore posizionatosi al secondo posto della graduatoria.

Avverso tali provvedimenti il consorzio stabile escluso ha quindi proposto ricorso dinanzi al TAR Palermo, impugnando l'annullamento in autotutela dell'aggiudicazione disposta in suo favore dinanzi al TAR Palermo e lamentando in particolare:

- la violazione degli artt. 83, comma 2, 84 e 216, comma 14, del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 e segnatamente del principio che presidia l'obbligo di mantenimento, senza soluzione di continuità, del possesso dei requisiti dalla data di presentazione dell'offerta e sino all'esecuzione dei lavori;
- la violazione degli artt. 89 del d.lgs. n. 50/2016 e dell'art. 63 della direttiva 2014/24/UE, in quanto - in tutti i casi in cui un operatore economico faccia riferimento ai requisiti di un altro soggetto, e non solo all'ipotesi dell'avvalimento - la stazione appaltante avrebbe dovuto imporre la sostituzione della consorziata, che aveva perduto la qualificazione.

La prima Sezione del Tar Palermo, con la sentenza n. 640 del 17 marzo 2020, ha rigettato il ricorso suddetto, ritenendo inapplicabile al caso di specie la disciplina sull'avvalimento (che consente di derogare al principio di immodificabilità soggettiva mediante sostituzione dell'ausiliaria), poiché la consorziata non esecutrice non può ritenersi soggetto terzo rispetto al consorzio stabile.

Avverso tale sentenza è stato proposto appello innanzi al Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Sicilia e, con l'ordinanza in commento, la questione è stata rimessa all'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato.

### **Motivi della decisione**

La sezione giurisdizionale del Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana, ravvisando, da una parte, la peculiarità del caso di specie e, dall'altra, il possibile insorgere di un contrasto giurisprudenziale alla luce del principio posto dell'obbligo del possesso continuativo dei requisiti, ha deferito all'esame dell'Adunanza Plenaria le seguenti questioni:

*“1. se, nell’ipotesi di partecipazione ad una gara d’appalto di un consorzio stabile, che ripeta la propria qualificazione, necessaria ai sensi del bando, da una consorziata non designata ai fini dell’esecuzione dei lavori, quest’ultima vada considerata come soggetto terzo rispetto al consorzio, equiparabile all’impresa ausiliaria nell’avvalimento, sicché la perdita da parte della stessa del requisito durante la gara imponga alla stazione appaltante di ordinarne la sostituzione, in applicazione dell’art. 89 co. 3, d.lgs. n. 50/2016 e/o dell’art. 63, direttiva 24/2014/UE, derogandosi, pertanto, al principio dell’obbligo del possesso continuativo dei requisiti nel corso della gara e fino all’affidamento dei lavori;  
2. in caso di risposta negativa al quesito sub “1”, se comunque, qualora la consorziata - non designata ai fini dell’esecuzione dei lavori - derivi la qualificazione da un rapporto di avvalimento con altra impresa, trovino applicazione le disposizioni normative sopra citate e la conseguente deroga al richiamato principio dell’obbligo del possesso continuativo dei requisiti”.*

## **TAR Abruzzo, Sez. I, 28 gennaio 2021, n. 41**

### **Massima**

La normativa vigente (anche alla luce delle nuove disposizioni introdotte, prima, con il D.L. n. 18/2020 cd. “Decreto Cura Italia” e, poi, con il D.L. n. 76/2020 cd. “Decreto Semplificazioni”) attribuisce carattere prioritario all’esigenza di assicurare la realizzazione di infrastrutture di telefonia mobile, tanto che, ai sensi dell’art. 90, comma 1, del d.lgs. n. 259/2003, le infrastrutture di reti pubbliche di comunicazione sono considerate opere di pubblica utilità, mentre a termine dell’art. 86, comma 3, del medesimo decreto legislativo, esse sono assimilate ad ogni effetto alle opere di urbanizzazione primaria, potendo

essere collocate nel territorio comunale quale che sia la destinazione funzionale delle zone, in modo che sia realizzato un servizio capillare.

### **Caso di specie**

La società ricorrente ha proposto ricorso avverso il provvedimento di diniego all'installazione di un nuovo impianto di telefonia mobile adottato dal Comune ai sensi dell'art. 87 del d.lgs. n. 259/2003.

Alla base di tale provvedimento, infatti, l'amministrazione comunale rilevava il mancato rispetto delle prescrizioni regolamentari comunali, in quanto la parte istante non aveva provveduto a presentare un piano di sviluppo approvato e a verificare il posizionamento in co-ubicazione su siti già individuati, né ad analizzare l'integrazione urbanistico-ambientale e di sistemi o interventi di mitigazione dell'impatto visivo generato dall'installazione.

### **Motivi della decisione**

Al riguardo il Collegio, richiamando il consolidato orientamento del Giudice Amministrativo in merito alla legittimità di prescrizioni comunali che impongano divieti generalizzati all'installazione di impianti di telefonia, ha affermato che l'art. 8 della Legge 22 febbraio 2001, n. 36 consente ai Comuni di operare in materia urbanistica attraverso la predisposizione di un razionale sistema di localizzazione degli impianti che compongono la rete infrastrutturale del servizio di telefonia mobile, anche a finalità di tutela ambientale, non autorizzando, però, vincoli che costituiscano

divieti generali in nome di non meglio precisati interessi pubblici.

La normativa vigente, infatti, attribuisce carattere prioritario all'esigenza di assicurare la realizzazione di infrastrutture di telefonia mobile, tanto che ai sensi dell'art. 90, comma 1, d.lgs. 259/2003, le infrastrutture di reti pubbliche di comunicazione sono considerate opere di pubblica utilità, mentre a termine dell'art. 86, comma 3, del medesimo decreto legislativo, esse sono assimilate ad ogni effetto alle opere di urbanizzazione primaria, potendo essere collocate nel territorio comunale quale che sia la destinazione funzionale delle zone, in modo che sia realizzato un servizio capillare.

Il potenziamento del servizio di telecomunicazioni sul territorio, per di più, appare particolarmente avvertito dal Legislatore nell'attuale contesto di emergenza epidemica risultando oggetto di recenti misure straordinarie ai sensi dell'art. 82 del d.l. n. 18/2020 (Decreto Cura Italia) e di segnalazione dell'AGCOM dell'1° luglio 2020, con la quale è stata rappresentata la necessità di rimuovere gli ostacoli procedurali provenienti dagli enti locali rispetto alla diffusione del servizio in questione.

Alla luce dei principi sopra richiamati, quindi, il TAR ha rilevato che il diniego gravato *"(...) pone a carico della società istante oneri procedurali eccessivi, sproporzionati e, comunque, non previsti dalla disciplina di rango statale di cui all'art. 87 del D.Lgs. n. 259/2003 che è ispirata, invece, ai principi di semplificazione (art. 4, comma 3, lett. a) del D.Lgs. 01/08/2003, n. 259), di non aggravamento procedimentale e di speditezza*

*dell'azione amministrativa (Cons. St., Sez. III, 22 agosto 2020, n. 5172)”.*

Il Collegio, inoltre, ha rimarcato che al Comune è inibito di imporre ad un operatore di installare i propri apparati trasmissivi in co-ubicazione, atteso che tale potere compete in via esclusiva all'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni, ai sensi dell'art. 89, commi 1 e 2, D.Lgs. n. 259/2003.

Per le ragioni sopra esposte, il TAR ha accolto il ricorso, disponendo il conseguente annullamento degli atti impugnati.

## **Corte di Cassazione, Sezioni Unite, Ordinanza, 4 giugno 2020, n. 10577**

### **Massima**

**I contributi per il funzionamento dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato, previsti dall'art. 10, commi 7 *ter* e 7 *quater*, della Legge del 10 ottobre 1990, n. 287, hanno natura tributaria.**

**Pertanto, le controversie relative alla riscossione dei predetti oneri di funzionamento sono devolute alla giurisdizione del giudice tributario, la quale ha carattere pieno ed esclusivo, includendo, oltre ai giudizi sull'impugnazione del provvedimento impositivo, anche quelli relativi alla legittimità di tutti gli atti del procedimento.**

### **Caso di specie**

Una società cooperativa, operante nel settore dei prodotti farmaceutici, ha impugnato, dinanzi alla Commissione Tributaria Provinciale di Roma, la cartella di pagamento notificata dall'Agenzia delle Entrate per il versamento dei contributi per il funzionamento dell'Autorità Garante della



Concorrenza e del Mercato (di seguito “AGCM”), ritenendo che la società soddisfacesse i presupposti d’imposta così come configurati dall’art. 10, commi 7 *ter* e 7 *quater*, della legge n. 287 del 1990 (di seguito “Legge Antitrust”).

L’AGCM, nel costituirsi in quel giudizio, ha eccepito il difetto di giurisdizione del Giudice tributario, ritenendo che la controversia fosse destinata alla giurisdizione esclusiva Giudice amministrativo.

Pertanto, la società ha promosso regolamento di giurisdizione dinanzi alla Corte di Cassazione per risolvere tale questione incidentale.

### **Motivi della decisione**

La Corte di Cassazione ha preliminarmente osservato che per definire la giurisdizione è indispensabile verificare la natura tributaria del contributo di cui all’art. 10, commi 7 *ter* e 7 *quater*, della Legge Antitrust dato che la giurisdizione del giudice tributario, ai sensi dell’art. 2 del D.Lgs. 31 dicembre 1992, n. 546, si estende a tutte le controversie aventi ad oggetto tributi di ogni genere con riferimento sia alla legittimità del provvedimento impositivo che di tutti gli atti del procedimento.

Ebbene, la Corte, allineandosi alla giurisprudenza della Corte Costituzionale sulla natura tributaria dei contributi per il finanziamento della autorità indipendenti, è giunta alla conclusione che i suddetti contributi per il funzionamento dell’AGCM hanno la medesima natura. Si tratta, infatti, di una prestazione patrimoniale imposta dalla legge a favore dell’Autorità indipendente, con carattere coattivo, che si caratterizza per la doverosità della prestazione e che prescinde completamente da qualsiasi rapporto sinallagmatico con l’Autorità stessa, alla quale è dovuta indipendentemente dal fatto che il contribuente sia stato destinatario dei poteri dell’ente o abbia beneficiato della sua attività.

Inoltre, il contributo è collegato ad una pubblica spesa - siccome risorsa per il funzionamento di un’Autorità chiamata a svolgere servizi a salvaguardia delle regole del mercato a tutela della concorrenza - ed è riferito ad un presupposto economicamente rilevante, essendo commisurato al volume di fatturato che viene assunto a indice della capacità contributiva.

## Corte di Cassazione, Sez. Unite, Civile, 14 dicembre 2020, n. 28387

### Massima

Il decreto di trasferimento è un provvedimento definitivo e, dunque, il Conservatore non può sottrarsi all'ordine di cancellazione dei gravami in esso contenuto, né pretendere attestazioni sull'avvenuta carenza di opposizioni.

Grava, infatti, sul Conservatore l'obbligo di procedere alla cancellazione dei pesi indicati nel decreto immediatamente ed incondizionatamente o, in ogni caso, indipendentemente dal decorso dei termini previsti per il dispiegamento delle opposizioni agli atti esecutivi ex art. 617 c.p.c.

### Caso di specie

La vicenda sottoposta al vaglio degli Ermellini concerne il caso in cui, all'esito di una procedura esecutiva immobiliare, è stato emesso il decreto di trasferimento del bene.

Il debitore esecutato ha sollevato molteplici doglianze, tra le quali assume rilievo quella relativa all'esecutività del predetto decreto.

In particolare, secondo il ricorrente la trascrizione del decreto, avvenuta nel suo caso, sarebbe irregolare poiché il Conservatore non ha verificato che il suddetto decreto sia stato notificato all'esecutato, al fine del decorso dei 20 giorni per l'esercizio dell'opposizione agli atti esecutivi (art. 617 c.p.c.).

Di contro, secondo il Tribunale, il Conservatore doveva procedere immediatamente alla trascrizione del decreto senza effettuare verifiche né sulla notifica né sull'efficacia esecutiva.

Con la sentenza in analisi le Sezioni Unite hanno affermato la possibilità di trascrivere il decreto di trasferimento nelle vendite immobiliari in sede di espropriazione, indipendentemente dal decorso dei termini per proporre l'opposizione ai sensi dell'art. 617 c.p.c.

### **Motivi della decisione**

Il ricorrente ha lamentato che il Conservatore avrebbe provveduto alla trascrizione del decreto di trasferimento senza accertarsi che lo stesso sia stato notificato al debitore esecutato, onde dargli la possibilità di proporre opposizione agli atti esecutivi.

La Suprema Corte ha rigettato tale doglianza, in quanto non attinente ad un vizio intrinseco del decreto bensì inerente all'operato della pubblica autorità, ossia del Conservatore.

Gli Ermellini hanno ricordato come gli atti del direttore del servizio della pubblicità immobiliare non siano autonomamente opponibili, così come non lo sono quelli degli ausiliari del giudice (Cass. 17712/2020).

Pertanto, l'attività del Conservatore non attiene al profilo formale del decreto di trasferimento.

Le Sezioni Unite hanno inoltre chiarito che il decreto di trasferimento, emesso all'esito di una vendita giudiziaria, individuale o concorsuale, contenente l'ordine di cancellazione dei gravami (come pignoramenti, ipoteche, privilegi, sequestri conservativi), determina l'estinzione dei vincoli (art. 2878 n. 7 c.c.).

Ciò posto, il Conservatore dei registri immobiliari è tenuto ad eseguire la cancellazione indipendentemente dal decorso dei termini per la proponibilità di opposizioni all'esecuzione a norma dell'art. 617 c.p.c.

Al fine di giungere a tale conclusione, gli Ermellini hanno superato alcuni "ostacoli" ermeneutici.

L'art. 586 c.p.c. dispone espressamente che il Giudice dell'esecuzione pronunci il decreto con il quale trasferisce all'aggiudicatario il bene espropriato e ordini che si cancellino le

trascrizioni dei pignoramenti e le iscrizioni ipotecarie.

Da ciò deriva che il Conservatore debba provvedere immediatamente a tale adempimento.

Varie pronunce di merito affermano l'idoneità del decreto alla cancellazione immediata dei gravami (*ex multis*, Tribunale Lucca n. 3727/2017, Corte Appello di Firenze 2174/2017, Tribunale Taranto n. 1356/2019).

Le norme che vengono in rilievo sono le seguenti:

- l'art. 586 c.p.c. prevede che il giudice ordini la cancellazione della trascrizione dei pignoramenti e delle iscrizioni di ipoteche;
- l'art. 2878 n. 7 c.c. dispone che l'ipoteca si estingua con la pronuncia del provvedimento che trasferisce all'acquirente il diritto espropriato e ordina la cancellazione delle ipoteche;
- l'art. 2884 c.c. stabilisce che la cancellazione debba essere eseguita quanto è ordinata con sentenza passata in giudicato o con altro provvedimento definitivo.

In merito all'applicabilità, al decreto di trasferimento, delle predette norme del Codice civile, si osserva quanto segue:

- se trova applicazione l'art. 2878 n. 7 c.c., il decreto che trasferisce all'acquirente il diritto espropriato ed ordina la cancellazione dei pignoramenti e delle ipoteche è un atto immediatamente esecutivo;
- invece, se si applica l'art. 2884 c.c., la cancellazione è eseguibile solo quando venga ordinata con sentenza passata in giudicato o con altro provvedimento definitivo, pertanto, la materiale cancellazione da parte del Conservatore non è immediata ma differita al momento in cui il decreto divenga inoppugnabile e, quindi, definitivo. Per stabilire quale delle due norme trovi applicazione, la Cassazione ricorda che il processo esecutivo è strutturato come una successione di subprocedimenti, cioè una serie autonoma di atti volti ad ottenere distinti provvedimenti successivi; esso, dunque, si distingue dal processo di cognizione ove, invece, sussiste una sequenza di atti diretti ad ottenere un provvedimento finale (Cass. Civ., SS.UU. n. 11178/1995, Cass. Civ., n. 14449/2016).

Il Giudice dell'esecuzione non pronuncia sentenze o atti idonei ad avere efficacia di giudicato, ma emette provvedimenti ordinatori finalizzati al raggiungimento dello scopo.

Ad esempio, nelle espropriazioni la finalità perseguita è la liquidazione del bene per distribuire il ricavato tra i creditori.

Pertanto, il concetto di definitività, derivante dall'esaurimento dei mezzi di impugnazione è estraneo al processo di esecuzione.

Secondo gli Ermellini trovano applicazione entrambe le norme con la seguente interpretazione:

- l'art. 2878 n. 7 c.c., perché l'estinzione del peso si ha in forza della sola pronuncia del provvedimento e, così, del decreto di trasferimento;
- l'art. 2884 c.c., perché la cancellazione dell'iscrizione ipotecaria è collegata ad un provvedimento che è definitivo ex se con la sua sola pronuncia.

I soggetti titolari delle formalità cancellate, come il creditore ipotecario o pignorante, non sono "garantiti" dal decreto di trasferimento; infatti, se tali soggetti non sono stati coinvolti nel procedimento esecutivo, ad esempio, per l'omesso avviso ex art. 498 c.p.c., potranno eventualmente agire contro il creditore inadempiente (Cass. Civ. n. 18336/2014; Cass. Civ. n. 4000/2006; Cass. Civ. n. 6999/1993).

Il decreto di trasferimento è uno specifico provvedimento del Giudice dell'esecuzione immobiliare; si tratta di un atto suo proprio, insuscettibile di delega al professionista (art. 591 bis c.p.c.), emesso a conclusione del sub-procedimento di liquidazione del bene pignorato, che ha preso avvio con l'ordinanza di autorizzazione alla vendita.

In base a quanto sopra esposto, non è esigibile un'attestazione di inoppugnabilità per i provvedimenti del giudice dell'esecuzione, a fortiori per il decreto di trasferimento.

Infatti:

- ogni atto del giudice dell'esecuzione è definitivo per il solo fatto di essere stato da lui reso;
- l'opposizione opera solo in via successiva ed eventuale sulla sua idoneità ad estrinsecare immediatamente i suoi effetti;

- il decreto di trasferimento è in via immediata definitivamente produttivo dei suoi effetti, come la cancellazione delle formalità pregiudizievoli gravanti sul bene.

La *ratio* è da ricercarsi nella tutela dell'affidabilità delle operazioni esecutive.

Pertanto, il decreto rende:

- immediato il trasferimento del bene staggito;
- immediata la liberazione dai gravami.

*"(...) Il Conservatore non può sottrarsi al relativo ordine e tanto meno pretendere improprie ed impreviste attestazioni o certificazioni sull'avvenuta carenza di opposizioni o su circostanze diverse dal rituale deposito del decreto che l'ordine gli impartisca incondizionatamente".*

La definitività del decreto emerge, altresì, dal sistema complessivo del processo esecutivo (art. 2929 c.c. e 187 bis disp. att. c.p.c.) che tende a preservare la vendita giudiziaria.

Il Conservatore deve eseguire immediatamente l'ordine di cancellazione emesso dal giudice e contenuto nel decreto di trasferimento.

Egli non ha titolo per differirne l'immediata efficacia; parimenti, non può subordinare la cancellazione dei gravami, disposta dal decreto, alla produzione di attestati sulla inoppugnabilità o definitività.

Nel caso in cui il Conservatore rifiuti un atto del proprio ufficio espone l'Amministrazione da cui dipende e se stesso alle conseguenti responsabilità in sede civile, penale, contabile, amministrativa e disciplinare.

In conclusione, il decreto di trasferimento immobiliare, sia nell'espropriazione individuale che in quella concorsuale *"(...) implica l'immediato e non differibile trasferimento del bene purgato e libero dai pesi indicati dalla norma o ricavabili dal regime del processo esecutivo"*.

Sono:

- compresi i pignoramenti e le iscrizioni ipotecarie, anche se successivi alla trascrizione del pignoramento;
- compresi altri privilegi, tutelati dall'obbligo di avviso ai sensi dell'art. 498 c.p.c., i sequestri conservativi, idonei a convertirsi in pignoramenti quando sia conseguito dal sequestrante il titolo;

- escluse le iscrizioni ipotecarie che si riferiscono ad obbligazioni assunte dall'aggiudicatario (art. 508 c.p.c.).

La Corte ha quindi enunciato il seguente principio di diritto:

*“(...) nel procedimento di espropriazione e vendita forzata immobiliare, il decreto di trasferimento del bene, recante l'ordine di cancellazione dei gravami (pignoramenti, ipoteche, privilegi, sequestri conservativi), determina, in forza dell'art. 2878 c.c., n. 7, l'estinzione dei medesimi vincoli, di cui il Conservatore dei registri immobiliari (oggi Ufficio provinciale del territorio - Servizio di pubblicità immobiliare, istituito presso l'Agenzia delle Entrate) è tenuto ad eseguire la cancellazione, indipendentemente dal decorso dei termini per la proponibilità di opposizioni all'esecuzione a norma dell'art. 617 c.p.c.”.*

## **Tribunale di Bergamo, Sez. III Civile, 12 ottobre 2020, n. 1390**

### **Massima**

Avuto riguardo all'investimento in buoni postali, l'anno 1986 segna non solo l'adozione del D.M. 13 giugno 1986, che ha falciato i rendimenti, ma anche la fine del regime di esenzione dall'imposizione fiscale sul reddito prodotto dall'investimento.

Il D.L. n. 556/1986, infatti, sopprime tale beneficio istituendo l'applicazione della ritenuta d'imposta prevista dall'art. 26 D.P.R. n. 601/1973 con aliquota pari al 12,5%, secondo il testo della norma vigente al momento dell'introduzione della tassazione.

Tale regime verrà applicato sino al 1996 quando, ferma l'aliquota, la ritenuta d'imposta verrà modificata in imposta sostitutiva ad opera del D.Lgs. n. 239/1996.

In entrambe i casi il versamento, eseguito tramite prelievo diretto operato dall'intermediario sull'importo dovuto, vale ad estinguere il debito tributario, nel senso che il reddito percepito non verrà ulteriormente tassato in sede di dichiarazione annuale.

La differenza intercorrente tra i due regimi ha, dunque, natura meramente pratica, finalizzata ad istituire un'imposta autonoma da quella sostituita - sul reddito delle persone fisiche in questo caso - che non subisca le modificazioni (ad esempio, esenzioni, detrazioni) eventualmente interessanti quest'ultima.

### **Caso di specie**

Ai fini del calcolo dell'importo dovuto per la tassazione, si è posto il problema di individuare il momento in cui sorge il dovere impositivo in capo all'intermediario e, in particolare, se tale momento sia coincidente con quello della maturazione periodica dei rendimenti, ovvero con quello del pagamento.

La questione è senza dubbio di non poco momento in quanto incide sulla determinazione della base imponibile e, quindi, sul reddito finale netto prodotto dall'investimento.

Nel caso esaminato dalla sentenza n. 1390 resa dalla Terza Sezione Civile del Tribunale di Bergamo in data 12 ottobre 2020, l'intermediario ha ritenuto di applicare l'imposizione fiscale annualmente, ossia di procedere al computo dei rendimenti tramite capitalizzazione al netto della tassazione.

L'intermediario ha agito in questo modo in forza del D.M. 23 giugno 1997 che, nell'istituire nuove serie di buoni, ha regolato - all'art. 7 - anche il regime di tassazione prevedendo che *"Per i buoni delle serie ordinarie contraddistinte con le lettere "Q", "R" ed "S" emessi fino al 31 dicembre 1996 a favore di qualsiasi soggetto, gli interessi continueranno, per i primi venti anni di vita del titolo, ad essere capitalizzati annualmente al netto della ritenuta fiscale"*.

Gli istituti (ritenuta d'imposta e imposta sostitutiva) alla cui applicazione è affidata la tassazione impongono, invece, di identificare il momento impositivo con quello del pagamento del reddito prodotto dall'investimento, (cioè con l'incasso del buono, per quel che qui rileva) e, quindi, di procedere al computo dei rendimenti in regime di capitalizzazione composta al lordo tassazione.

### **Motivi della decisione**

Il Tribunale di Bergamo ha identificato sul punto un conflitto tra norme di grado diverso: da un lato la normativa primaria, che disciplina la tassazione (D.P.R. n. 600/1973 e D.L. n. 556/1986 e relativa legge di conversione, ovverosia il D.Lgs. n. 239/1996), e dall'altro quella secondaria, che è



intervenuta successivamente sullo stesso profilo (D.M. citato avente natura di provvedimento amministrativo).

Lo ha - correttamente - risolto con applicazione del criterio gerarchico, in forza del quale ha prevalenza la fonte avente grado maggiore.

Conseguentemente, il Tribunale ha condannato l'intermediario a pagare il maggior importo richiesto dal risparmiatore trattenuto a titolo impositivo.

Dal canto suo, l'Arbitro Bancario Finanziario è intervenuto sulla questione della tassazione nella decisione resa dal Collegio di Coordinamento n. 6142/2020, ritenendo corretto l'operato dell'intermediario, ma senza affrontare il problema del conflitto di norme risolto dalla sentenza del Tribunale di Bergamo.

La sentenza in analisi è, dunque, rilevante sia perché analizza un'ulteriore problematica inerente al rimborso dei buoni postali, sia in quanto dimostra chiaramente che le questioni - sino ad ora - emerse in relazione a questa tematica, poggiano tutte su problematiche costituzionali inerenti le fonti del diritto, con particolare riguardo all'accertamento della natura - amministrativa o normativa - dei D.M. adottati dal Ministero del Tesoro in forza della previsione dell'art. 173 del D.P.R. n. 156/1973.

Tale norma affida al Ministero del Tesoro il potere di determinare le variazioni dei saggi interesse, non anche quello di intervenire sulla tassazione del reddito prodotto dall'investimento, peraltro maliziosamente, ritoccando la modalità di capitalizzazione dei rendimenti.

Le disposizioni contenute nel D.M. 23 giugno 1997, dunque, al riguardo risultano adottate in assenza di idonea base legislativa e, pertanto, affette da difetto assoluto di attribuzione di cui all'art. 21-septies della Legge n. 241/1990.

Quanto alla natura del D.M. 23 giugno 1997 in commento, istitutivo della serie ordinaria S, esso è correttamente qualificato dal Tribunale come provvedimento amministrativo.

Non si comprende, allora, per quale motivo il D.M. 13 giugno 1986 emesso in attuazione del citato art. 173 ad avere la medesima funzione (istituzione della serie ordinaria Q) richiamato nella sentenza in relazione all'individuazione dei tassi di rendimento di buoni serie P/Q (contestualmente azionati in causa), sia invece qualificato come atto normativo imperativo, ossia in grado di rendere operativa sia la presunzione legale di conoscenza in forza della sua pubblicazione in Gazzetta Ufficiale,

sia la sostituzione automatica dei tassi di rendimento in forza dell'art. 1339 c.c.

Il richiamo alla sentenza (Sezioni Unite) n. 3963/2019 non può ritenersi soddisfacente al fine di fondare tale diversa qualificazione di atti identici.

Delle due l'una: o, in adesione alla giurisprudenza più recente, ci si trova di fronte a due atti normativi imperativi e, allora, il rilevato conflitto tra norme andrebbe risolto con prevalenza delle previsioni del D.M. e insussistenza del diritto del risparmiatore a percepire la maggior somma trattenuta a titolo impositivo; oppure, come pacificamente statuito dalla giurisprudenza di legittimità più risalente (sentenza n. 13979/2007), si è di fronte a due provvedimenti amministrativi inidonei ex art. 1339 c.c. a produrre integrazione sostitutiva della disciplina indicata sul cartaceo del buono postale che, con riguardo alla tassazione, rimanda alle disposizioni vigenti al momento dell'emissione - ossia alla normativa primaria di cui si è detto - e, con riguardo ai rendimenti dei buoni Q/P per gli anni dal 21° al 30°, rimanda all'importo fisso previsto in calce alla tabella sul retro.

Leap è un progetto editoriale a cura dello Studio Legale Lipani, Catricalà & Partners. È vietata ogni distribuzione non autorizzata.

© Copyright 2020 | Lipani Catricalà & Partners

**LEAP**  
NEWSLETTER