

Civile Ord. Sez. 5 Num. 20789 Anno 2021

Presidente: VIRGILIO BIAGIO

Relatore: NOVIK ADET TONI

Data pubblicazione: 21/07/2021

ORDINANZA

sul ricorso iscritto al n. 18231/2013 R.G. proposto da:

L'Isola degli Ortaggi s.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Angelo Maccarone e Gianfranco Testa, elett. dom. presso quest'ultimo nello studio in Roma, via dei Portoghesi 12 *Labiconia, 92*.

-ricorrente -

CONTRO

2352

24

Agenzia delle Entrate, in persona del direttore pro tempore, domiciliata in Roma, via dei Portoghesi 12, presso l'Avvocatura Generale dello Stato, che la rappresenta e difende;

-intimata-

avverso la sentenza della Commissione tributaria regionale del Lazio, sez. staccata di Latina, n. 328/40/12, depositata il 26 giugno 2012, non notificata.

Udita la relazione svolta nella camera di consiglio del 26/03/2021 dal Consigliere Adet Toni Novik.

RITENUTO CHE:

- L'Isola degli Ortaggi Srl ricorre per Cassazione con sette motivi, avverso la sentenza resa dalla Commissione tributaria regionale del Lazio, sezione staccata di Latina, n. 328/40/12, depositata il 26 giugno 2012, che ha accolto l'appello dell'agenzia delle entrate proposto contro quella della Commissione tributaria provinciale di Latina, che aveva accolto il ricorso della contribuente contro un avviso di accertamento riferito all'anno di imposta 2005;
- con detto avviso, in base al PVC redatto dalla Guardia di Finanza, l'amministrazione aveva contestato ricavi non dichiarati per euro 50.000,00, costi indeducibili per euro 89.928,00 indebita detrazione di Iva per euro 17.986,00, recupero dei costi per euro 197.264,69, contestando che nel corso della verifica i verbalizzanti avevano riscontrato che nel 2003 i soci avevano deliberato un finanziamento soci infruttifero, ritenuto effettuato con ricavi non contabilizzati e non dichiarati dalla società tante gli esigui redditi dei soci, nonché la cessione da parte della società di una vendita frazionata dei beni, da ritenersi una cessione di azienda, assoggettabile ad imposta di registro;
- nel giudizio di appello proposto dall'agenzia, la società non si costituiva;
- la CTR riteneva corretta la notifica dell'avviso di accertamento e legittimo il recupero dei maggiori ricavi e la qualificazione come cessione di azienda della pluralità degli atti di cessione dei beni posti in essere (cessione spezzatino);
- l'agenzia delle entrate si è costituita al solo fine dell'eventuale partecipazione all'udienza di discussione;
- con ordinanza interlocutoria del 26 novembre 2019 questa Corte ha disposto il rinvio a nuovo ruolo della causa per l'acquisizione del fascicolo del giudizio di merito;
- il procuratore generale ha chiesto l'accoglimento del ricorso; l'agenzia in data 16 marzo 2021 ha depositato una memoria difensiva.

CONSIDERATO CHE:

- in primo luogo, deve rilevarsi l'ammissibilità della memoria, poiché *«in tema di rito camerale di legittimità di cui all'art. 1-bis della I. n. 197 del 2016, che ha convertito, con modificazioni, il d.l. n. 168 del 2016, applicabile, ai sensi del comma 2 dello stesso articolo, anche ai ricorsi depositati prima dell'entrata in vigore della legge di conversione per i quali non sia stata ancora fissata l'udienza o l'adunanza in camera di consiglio, la parte che abbia precedentemente depositato procura notarile senza notificare alcun controricorso - perduta la facoltà di partecipare alla discussione orale in pubblica udienza o di essere sentita in camera di consiglio per effetto delle norme sopravvenute*

- può esercitare la propria difesa presentando memoria scritta ai sensi dell'art. 380-bis, comma 2, c.p.c., e, in caso di soccombenza della controparte, ha diritto alla rifusione delle spese e dei compensi per il conferimento della procura e per l'attività difensiva così svolta» (Cass. Sez. 6 - 3, Ordinanza n. 7701 del 24/03/2017; Cass. Sez. 6 - 5, Ordinanza n. 4533 del 22/02/2017; Cass. Sez. 6 - 3, Ordinanza n. 395 del 10/01/2017).

- Con il primo motivo, la contribuente eccepisce la "Nullità della sentenza per violazione o falsa applicazione degli artt. 16, 20, 22 e 53 del d.lgs. 546/1992, dell'art. 8 Legge 890/1982 nonché dell'art. 101 c.p.c., in relazione all'art. 360, n. 4), c.p.c.": in particolare si duole che la sentenza impugnata sia nulla per la mancanza della notificazione dell'appello o comunque per la mancata prova della stessa;

- in via preliminare si osserva che prive di pregio sono le argomentazioni sulla ammissibilità della censura, sviluppate dall'agenzia nella memoria depositata: la validità della notifica dell'appello attiene alla regolare costituzione del rapporto processuale, con la conseguenza che la sua mancanza integra una nullità rilevabile d'ufficio in ogni stato e grado del giudizio, senza che possa avere alcun rilievo la circostanza che essa non sia stata rilevata dal giudice di appello; fuor di luogo è l'affermazione che la censura introduca surrettiziamente la valutazione di un elemento di fatto, dal momento che l'esame della questione dedotta attiene alla correttezza dell'iter notificatorio e, quindi, è una questione processuale;

- nel merito, la censura è fondata;

- vi è infatti da ribadire che l'agenzia non ha dato prova della notifica dell'appello e dell'instaurazione del contraddittorio, in quanto nel fascicolo figura la copia della notifica dell'appello spedita a mezzo servizio postale il 2/9/2009, ma manca l'avviso di ricevimento, né la parte ha fornito la prova che lo stesso sia stato prodotto in appello; perverso, nella memoria depositata, si afferma che l'atto fu ricevuto dall'avv. Maccarone Angelo il 25/9/2009 "come si evince dall'avviso di ricevimento debitamente firmato, già prodotto in atti, ma che ad ogni buon fine si allega in copia alla presente memoria", ma, come si è anzidetto, nel fascicolo di ufficio ("Allorché con il ricorso sia denunciato un "error in procedendo" per difetto dell'attività valutativa del giudice "a quo", la Corte di cassazione deve decidere la questione, mediante l'accesso diretto agli atti processuali, dichiarando, se del caso, la nullità della sentenza impugnata": Sez. 6 - 5, Ordinanza n. 5971 del 12/03/2018, Rv. 647366 - 01) non si rinviene l'avviso di ricevimento, e nemmeno alla memoria, contrariamente a quanto si afferma, detta copia risulta allegata;

- nel processo tributario, l'art. 22, comma 1, del d.lgs. n. 546 del 1992, richiamato dall'art. 53, prevede che: *"Il ricorrente, entro trenta giorni dalla proposizione del ricorso, a pena d'inammissibilità deposita, nella segreteria della commissione tributaria adita, o trasmette a mezzo posta, in plico raccomandato senza busta con avviso di ricevimento, l'originale del ricorso notificato a norma degli articoli 137 e seguenti del codice di procedura civile ovvero copia del ricorso consegnato o spedito per posta, con fotocopia della ricevuta di deposito o della spedizione per raccomandata a mezzo del servizio postale"*. La ratio di tale disposizione è quella di consentire al giudice la verifica della tempestività della proposizione dell'appello con il rispetto del termine di decadenza dall'impugnazione, previsto dall'art. 51 d. lgs. cit., ai fini del controllo sul passaggio in giudicato della sentenza gravata. E' consolidata la giurisprudenza di legittimità nel sostenere che dalla stessa formulazione letterale della norma l'onere per la parte di provvedere, a pena di inammissibilità, al momento della costituzione in giudizio, agli incumbenti sopra riportati si riferisce al caso in cui il ricorso medesimo sia notificato direttamente a mezzo del servizio postale, ai sensi dell'art. 16, comma 3, d.lgs. n. 546 del 1992 (tra le varie Cass. n. 12268 del 2017); pertanto, per il perfezionamento del procedimento notificatorio nei confronti del destinatario, è necessario ch'egli abbia ricevuto l'atto o che esso sia pervenuto nella sua sfera di conoscibilità e l'unico documento idoneo a fornire tale dimostrazione, nonché della data in cui essa è avvenuta e dell'identità ed idoneità della persona cui il plico sia stato consegnato, è la ricevuta di ritorno della raccomandata (L. n. 890 del 1982, art. 149 cit., e art. 4, commi 3 e 8);

- va richiamata sul punto, la giurisprudenza di legittimità secondo cui *"Nel processo tributario è inammissibile l'appello proposto con un atto notificato direttamente a mezzo del servizio postale, ove, nel termine previsto dall'art. 22, comma 1, del d.lgs. n. 546 del 1992, non venga depositato il relativo avviso di ricevimento, sicché la sentenza di appello che, non rilevando tale radicale vizio processuale, abbia deciso la controversia nel merito, deve essere cassata senza rinvio, in quanto il processo non avrebbe potuto essere proseguito in grado di appello e pertanto la Corte di cassazione non può tenere conto della eventuale produzione tardiva dell'avviso nel corso del giudizio di legittimità. (Sez. 5 - , Ordinanza n. 10322 del 12/04/2019, Rv. 653654 - 01)"*.

- L'accoglimento del primo motivo determina l'assorbimento degli altri, con cui la sentenza impugnata viene censurata per violazione di legge (secondo, terzo e settimo

motivo), mancanza di elementi essenziali della motivazione (quarto motivo), l'omessa/insufficiente motivazione della sentenza impugnata (quinto e sesto motivo).

- Ne consegue l'accoglimento del ricorso e la cassazione della sentenza impugnata senza rinvio. Si ritiene, infatti, che debba trovare applicazione il principio espresso dal giudice di legittimità, in tema di notifica a mezzo posta nel contenzioso tributario sul mancato rispetto delle formalità prescritte per la notifica a mezzo posta, da ritenere applicabile anche al caso in esame, secondo cui, ove la "*Corte di cassazione sia investita, attraverso ricorso ad essa presentato, della inesistenza della notifica e delle conseguenti nullità dell'atto introduttivo del giudizio di appello, nonché della sentenza emessa all'esito del medesimo, quest'ultima deve essere annullata senza rinvio, ai sensi del combinato disposto degli artt. 62, comma 2 del d.lgs. n. 546 cit., e 382, comma terzo, secondo periodo, cod. proc. civ. e ciò in quanto il processo non avrebbe potuto essere proseguito in grado di appello ed i giudici avrebbero dovuto dichiarare inammissibile il gravame, ai sensi dell'art. 53, comma 1, del d.lgs. n. 546 del 1992*". (Cass. n. 24245 del 2011, in tal senso anche n. 7608 del 2000);

- per quanto sopra esposto, quindi, nel caso di specie la sentenza resa dalla CTR deve essere annullata, in quanto il giudizio non avrebbe potuto essere proseguito in grado d'appello. La peculiarità della fattispecie giustifica la compensazione delle spese di lite del processo di appello, mentre nel presente la condanna alle spese segue il principio della soccombenza.

P.Q.M.

La Corte: accoglie il primo motivo di ricorso, assorbiti gli altri; - cassa la sentenza impugnata senza rinvio; compensa le spese del giudizio di appello e condanna l'agenzia a pagare in favore della parte contribuente le spese di lite del presente giudizio, che liquida nell'importo di € 3.000,00 per compensi, oltre € 200 per esborsi e spese forfettarie nella misura del 15% ed accessori di legge.

Così deciso in Roma, nell'adunanza camerale del 26 marzo 2021.

Il Presidente

Biagio Virgilio

