

GIURISPRUDENZA ITALIANA

► edicolaprofessionale.com/giurit

dal 1849

Febbraio 2017

Direzione

Adolfo Angeletti - Sergio Chiarloni
Claudio Consolo - Gastone Cottino
Enrico Gabrielli - Francesco Palazzo
Mattia Persiani - Pietro Rescigno
Giorgio Spangher - Francesco Tesauro

Inadempimento reciproco
e caparra confirmatoria

Difetto di rappresentanza processuale

Trattamento di fine rapporto
e accesso al Fondo di garanzia

Sostituzione di persona

Percorsi di giurisprudenza
Prestazione di servizi e attività di investimento

Dottrina e attualità giuridiche
Fallimento e concordato preventivo (II parte)

Pagine Italiane s.p.a. - spezzazione in abb. post. - D.L. 353/2003 800nv. in L. 27/2/2004, n. 469 art. 1, comma 1, DCB/MI - ISSN 1125-3029



SOLO PER GLI ABBONATI ALLE RIVISTE WOLTERS KLUWER

*Nuova App
Edicola Professionale.
Per chi guarda sempre avanti,
l'evoluzione continua.*



▼
Consultare le tue riviste in mobilità oggi è ancora più semplice.

Con la **nuova App Edicola Professionale** sfoglia ogni articolo anche lontano dal tuo ufficio e senza connessione internet. In un click condividi gli articoli più interessanti con i tuoi collaboratori, oltre ad archivarli e rileggerli quando vuoi, con le tue note e i tuoi commenti.

SCARICA OGGI STESSO LA NUOVA APP.
È COMPRESA NEL TUO ABBONAMENTO.

Vai su edicolaprofessionale.com/app.
Scegli lo Store che preferisci e scaricala inserendo le tue credenziali di registrazione.



GIURISPRUDENZA ITALIANA

Direzione

Adolfo Angeletti - Sergio Chiarloni - Claudio Consolo - Gastone Cottino - Enrico Gabrielli - Francesco Palazzo - Mattia Persiani - Pietro Rescigno - Giorgio Spangher - Francesco Tesaurò

Comitato di Direzione

Emilio Balletti - Fabio Basile - Chiara Besso - Salvatore Boccagna - Guido Bonfante - Mauro Bove - Marina Brollo - Oreste Cagnasso - Roberto Caranta - Antonio Carratta - Franco Carinci - Raffaele Caterina - Piermaria Corso - Pasquale Costanzo - Vincenzo Cuffaro - Madia D'Onghia - Maria Cecilia Fregni - Alfredo Gaito - Fiorella Lunardon - Valerio Maio - Michel Martone - Marcella Negri - Mariano Protto - Pietro Pustorino - Marco Ricolfi - Lucia Risicato - Alberto Romano - Achille Saletti - Marcella Sarale - Marco Sica - Roberto Weigmann

Comitato di Redazione

Daniele Amoroso - Stefania Baiona - Laura Baccaglioni - Ettore Battelli - Angelo Bertolotti - Luca Boggio - Manfredi Bontempelli - Mia Callegari - Roberto Calvo - Maurizio Cavanna - Tilde Cavaliere - Stefano A. Cerrato - Daniela Chinnici - Alessandro Ciatti - Alessandro Cogo - Riccardo Conte - Claudio Contessa - Elena D'Alessandro - Eugenio Dalmotto - Massimo D'Auria - Eva Desana - Margherita Dominici - Emanuela Fiata - Giorgio Frus - Domenico Garofalo - Filippo Giunchedi - Federica Godio - Silvia Ingegnatti - Katia La Regina - Sergio Luoni - Matteo Lupano - Barbara Mameli - Enrico Marellò - Silvia Mirate - Alessandro Monteverde - Edoardo Morino - Luciano Oliviero - Massimo Francesco Orzan - Paolo Patrìto - Luca Penasa - Barbara Petrazzini - Federico Riganti - Rossella Rivarò - Carmela Robustella - Alberto Ronco - Marco Russo - Riccardo Russo - Anna Saraceno - Nicola Sartori - Marina Spiotta - Marcello Stella - Eugenia Tonello - Alessandro Turchi

Recentissime

Daniele Amoroso - Paolo e Vincenzo Carbone - Claudio Contessa - Massimo Francesco Orzan - Giuseppe Santalucia

Comitato per la Valutazione

Niccolò Abriani - Luigi Balestra - Angelo Barba - Alessandro Bellavista - Massimo Bione - David Brunelli - Piera Campanella - Francesco Caprioli - Angelo Carmona - Federico Carpi - Giuseppe Cataldi - Gino Cavalli - Francesco Cavazzuti - Massimo Ceresa Gastaldo - Silvia Cipollina - Giorgio Costantino - Renzo Costi - Giovanni D'Amico - Giovannangelo De Francesco - Maria Vita De Giorgi - Francesco Delfini - Enrico Del Prato - Maria Valeria Del Tufo - Pasquale De Sena - Giancarlo De Vero - Vincenzo Di Cataldo - Paola Ferrari - Franco Fichera - Luigi Fiorillo - Carlo Focarelli - Enrico Follieri - Gabriele Fornasari - Novella Galantini - Alberto Gargani - Giulio Garuti - Alessandro Giovannini - Enrico Gragnoli - Giulio Illuminati - Massimo Iovane - Maurizio Irrera - Alberto Jorio - Leonardo Lenti - Mario Libertini - Stefano Liebman - Francesco Luiso - Vincenzo Maiello - Andrea Maltoni - Adelmo Manna - Antonella Marandola - Maria Riccarda Marchetti - Marino Marinelli - Enrico Marzaduri - Agostino Meale - Elena Merlin - Fabio Merusi - Paolo Montalenti - Paolo Morozzo della Rocca - Filippo Olivelli - Stefano Pagliantini - Ilaria Pagni - Paolo Pascucci - Giorgio Pastori - Salvatore Patti - Marco Pelissero - Luca R. Perfetti - Lorenzo Picotti - Maurizio Ricci - Vincenzo Ricciuto - Giuseppe Ruffini - Laura Salvaneschi - Davide Sarti - Bruno Sassani - Franco Gaetano Scoca - Michele Sesta - Marco Spolidoro - Luigi Stortoni - Giuliano Tabet - Michele Taruffo - Paolo Tosi - Luigi Carlo Ubertazzi - Daniela Valentino - Giovanna Visintini - Giuseppe Zonarone

Segnalazioni di provvedimenti

La Redazione di "Giurisprudenza italiana" invita i propri Lettori ad inviare provvedimenti di merito e legittimità che per l'importanza degli argomenti trattati e la peculiarità delle interpretazioni contenute meritano di essere pubblicati su questa Rivista.

Il testo completo dei provvedimenti potrà essere inviato:

- via e-mail a: domenica.distefano@wolterskluwer.com

- oppure per posta a: "Giurisprudenza italiana", dott.ssa Domenica Distefano presso Wolters Kluwer Italia s.r.l., Strada 1, Palazzo F6, 20090 Milanofiori Assago (MI).

Per informazioni in merito a contributi e articoli telefonare al seguente numero: 02.82476881.

Sarà cura della Redazione riportare nell'intestazione dei provvedimenti pubblicati i nomi dei Giudici e degli Avvocati difensori.

GIURISPRUDENZA ITALIANA

DIRETTORE RESPONSABILE

Antonella Loporchio

Registrata al n. 321 della Cancelleria del Tribunale di Torino in data 7 settembre 1948

© 2013 Wolters Kluwer Italia S.r.l.
Strada 1, Palazzo F6
20090 Milanofiori - Assago (MI)

REDAZIONE

Ines Attorresi, Francesco Cantisani, Domenica Distefano
Strada 1, Palazzo F6
20090 Milanofiori Assago (MI)

SELEZIONE SENTENZE

La selezione delle sentenze in materia di diritto civile, processuale civile, lavoro e penale è a cura dell'avv. Simone Ferrari

REALIZZAZIONE GRAFICA

Wolters Kluwer Italia s.r.l.

COMPOSIZIONE

Sinergie Grafiche S.r.l. - Corsico (MI)

STAMPA

GRAFICA VENETA S.p.A.

Via Malcantone, 2 - 35010 Trebaseleghe (PD)

Per informazioni in merito a contributi, articoli e argomenti trattati, scrivere a: domenica.distefano@wolterskluwer.com

UFFICIO ABBONAMENTI

Wolters Kluwer Italia S.r.l. - Ufficio Abbonamenti
Via Ostiense, 131/L - Palazzo Argonauta - Corpo C1 - 6° piano - 00154 Roma, Italy.

Telefono: 199.100.120

(costo massimo € 0,1449 al minuto da rete fissa senza scatto alla risposta e da rete mobile legato all'operatore utilizzato)

Fax: 199.100.150

e-mail: servizio.clienti@wolterskluwer.com

Per comunicazioni con l'Ufficio Abbonamenti (cambio indirizzo, richiesta arretrati, ecc.), è utile indicare il codice cliente.

ABBONAMENTO 2017

ITALIA

Abbonamento annuale cartaceo solare (gennaio - dicembre) oppure 12 mesi rolling dalla data di sottoscrizione € 300,00

Abbonamento digitale 12 mesi rolling dalla data di sottoscrizione:

€ 290,00 + IVA 4%

ESTERO

Abbonamento annuale cartaceo solare (gennaio - dicembre) oppure 12 mesi rolling dalla data di sottoscrizione € 600,00

Abbonamento digitale 12 mesi rolling dalla data di sottoscrizione:

€ 290,00 (esente IVA)

CONDIZIONI DI ABBONAMENTO

Gli abbonamenti hanno durata annuale e si intendono rinnovati, in assenza di disdetta da comunicarsi entro 60 gg. prima della data di scadenza, a mezzo raccomandata A.R. da inviare a Wolters Kluwer Italia, Strada 1 Palazzo F6, 20090 Milanofiori Assago (MI), oppure a mezzo PEC all'indirizzo: contact@wkicert.it.

I fascicoli non pervenuti all'abbonato devono essere reclamati entro e non oltre un mese dal ricevimento del fascicolo successivo. Decorso tale termine saranno spediti contro rimessa dell'importo.

Il prezzo dell'abbonamento carta comprende la consultazione digitale della rivista.

Le versioni digitali sono consultabili online su www.edicolaprofessionale.com/giurit, tablet e smartphone scaricando l'App Edicola professionale.

Le richieste potranno essere inoltrate alle Agenzie operanti sul territorio nazionale oppure a Wolters Kluwer Italia S.r.l.

Il pagamento potrà essere effettuato con un versamento intestato a Wolters Kluwer Italia Srl - Strada 1 Palazzo F6 - 20090 Milanofiori Assago (MI) - utilizzando le seguenti modalità:

- Conto Corrente Postale 54738745

- Conto corrente Bancario 615222314167

INTESASANPAOLO - AG. ROMA

intestato a Wolters Kluwer Italia S.r.l.

IBAN IT32K0306905070615222314167

Importante: indicare la causale del versamento

Servizio Clienti: tel. 02.824761 e-mail: servizio.clienti@wolterskluwer.com

UTET GIURIDICA® è un marchio registrato e concesso in licenza da De Agostini Editore S.p.A. a Wolters Kluwer Italia S.r.l.

Le opinioni presenti nei contenuti pubblicati sulla Rivista sono libera espressione del pensiero degli Autori e non impegnano in alcun modo l'Editore.

L'elaborazione dei testi, anche se curata con scrupolosa attenzione, non può comportare specifiche responsabilità per eventuali errori o inesattezze.

Egregio Abbonato,

ai sensi dell'art. 13 del D.Lgs. 30.6.2003, n.196, La informiamo che i Suoi dati personali sono registrati su database elettronici di proprietà di Wolters Kluwer Italia S.r.l., con sede legale in Assago Milanofiori, Strada 1, Palazzo F6, 20090 Assago (MI), titolare del trattamento e sono trattati da quest'ultima tramite propri incaricati.

Wolters Kluwer Italia S.r.l. utilizzerà i dati che La riguardano per finalità amministrative e contabili. I Suoi recapiti postali e il Suo indirizzo di posta elettronica saranno utilizzabili, ai sensi dell'art. 130, comma 4, del D.Lgs. n.196/2003, anche a fini di vendita diretta di prodotti o servizi analoghi a quelli oggetto della presente vendita.

Lei potrà in ogni momento esercitare i diritti di cui all'art.7 del D.Lgs. n.196/2003, fra cui il diritto di accedere ai Suoi dati e ottenerne l'aggiornamento o la cancellazione per violazione di legge, di opporsi al trattamento dei Suoi dati ai fini di invio di materiale pubblicitario, vendita diretta e comunicazioni commerciali e di richiedere l'elenco aggiornato dei responsabili del trattamento, mediante comunicazione scritta da inviarsi a: Wolters Kluwer Italia S.r.l. - PRIVACY - Centro Direzionale Milanofiori, Strada 1, Palazzo F6, 20090 Assago (MI), o inviando un fax al numero: 02.82.476.403



Indice sommario

Recentissime

Cassazione civile	<p>Diniego di esecutività in Italia di sentenza straniera se contrasta con l'ordine pubblico Cassazione civile, Sez. VI-3, 18 gennaio 2017, n. 1239 279</p> <p>Il lavoratore assegnato a mansioni inferiori deve provare i danni subiti Cassazione civile, Sez. I, 18 gennaio 2017, n. 1178 280</p> <p>Notifica del ricorso fallimentare per posta elettronica a società nell'anno dalla cancellazione Cassazione civile, Sez. I, 18 gennaio 2017, n. 1156 281</p> <p>L'appaltatore di un'opera pubblica cita la P.A. inadempiente che non può chiedere la rescissione Cassazione civile, Sez. I, 17 gennaio 2017, n. 973 283</p> <p>L'appello riproposto sulla domanda principale rigettata si estende alla garanzia Cassazione civile, Sez. III, 17 gennaio 2017, n. 925 284</p> <p>Il Centro medico, ai fini del licenziamento, deve dimostrare l'assenza del medico Cassazione civile, Sez. lav., 16 gennaio 2017, n. 856 286</p> <p>Approvata la graduatoria il vincitore non può essere escluso per difetto di titoli Cassazione civile, Sez. lav., 16 gennaio 2017, n. 851 287</p> <p>Assegno di mantenimento del coniuge separato: valutazioni concrete e non astratte Cassazione civile, Sez. I-3, 13 gennaio 2017, n. 789 288</p> <p>Il regalo di titoli di credito è liberalità fatta in occasione dei servizi resi e non donazione? Cassazione civile, Sez. II, 4 gennaio 2017, n. 106 290</p> <p>La prova del contestato conferimento dell'incarico e del compenso grava sull'attore Cassazione civile, Sez. II, 3 gennaio 2017, n. 8 291</p> <p>Il contratto di locazione di immobile non registrato è nullo e il locatore non può chiedere il fitto Cassazione civile, Sez. III, 13 dicembre 2016, n. 25503 292</p>
Cassazione penale	<p>Procedimento di prevenzione e opposizione allo stato passivo: necessità del difensore Cassazione penale, Sez. V, 27 gennaio 2017 (ud. 4 novembre 2016), n. 4161 293</p> <p>Il fermo del codice antimafia e le misure coercitive in deroga ai limiti di applicabilità Cassazione penale, Sez. II, 18 gennaio 2017 (ud. 7 dicembre 2016), n. 2487 294</p> <p>Riforma in appello dell'assoluzione, senza rinnovazione dell'esame dei periti Cassazione penale, Sez. V, 13 gennaio 2017 (ud. 14 settembre 2016), n. 1691 295</p>
Consiglio di Stato	<p>Informativa antimafia, recesso dal contratto e ricadute processuali Consiglio di Stato, Sez. III, 26 gennaio 2017, n. 319 296</p> <p>Provvedimento amministrativo tardivo e danno da disturbo Consiglio di Stato, Sez. IV, 25 gennaio 2017, n. 296 297</p> <p>Funzione nomofilattica e rinvio pregiudiziale alla CEDU Consiglio di Stato, Sez. VI, 17 gennaio 2017, n. 167 (ordinanza) 298</p> <p>L'ACI Global è un organismo di diritto pubblico? Consiglio di Stato, Sez. V, 16 gennaio 2017, n. 108 299</p>
Corti Europee	<p>Doppia incriminabilità e riconoscimento di una sentenza di condanna Corte di Giustizia dell'Unione europea (Nona Sezione), 17 gennaio 2017, causa C-189/15 301</p> <p>Gestazione surrogata e diritto alla vita privata e familiare ex art. 8 CEDU Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, Grande Camera, 24 gennaio 2017, ricorso n. 25358/12 303</p> <p>Espulsione di stranieri gravemente malati: nuovo orientamento della Corte EDU Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, Grande Camera, 13 dicembre 2016, ricorso n. 41738/10 304</p>

Diritto Civile

Procreazione assistita	<p>Corte costituzionale, 13 aprile 2016, n. 84 307</p> <p>La Corte costituzionale e lo statuto dell'embrione, di Donato Carusi La Corte costituzionale torna sulla sperimentazione sugli embrioni di Ilaria Rivera</p>
Inadempimento reciproco e caparra confirmatoria	<p>Cassazione civile, Sez. III, 30 settembre 2016, n. 19043 315</p> <p>Inadempimento reciproco e caparra confirmatoria nel prisma della giurisprudenza di Paolo Gallo</p>
Trattamento dei dati personali	<p>Cassazione civile, Sez. I, 19 settembre 2016, n. 18302 321</p> <p>Un intervento della Cassazione in materia di controlli sulla e-mail aziendale di Marco Rizzuti</p>

Esecutore testamentario	Cassazione civile, Sez. II, 14 giugno 2016, n. 12241 Il “possesso” dei beni ereditari e la funzione di esecutore testamentario di Enrico Antonio Emiliozzi	323
Occupazione di immobile	Tribunale di Taranto, Sez. II, 26 maggio 2016, n. 1731 Sulla prescrizione del diritto all’indennizzo per occupazione di immobile di Giorgia Vulpiani	331
Diritti della personalità	Tribunale Roma, 7 dicembre 2015 Le ristrette prospettive della cognomizzazione dei predicati nobiliari di Francesco A. Magni	340

Diritto Processuale Civile

Espropriazione presso terzi	Cassazione civile, Sez. III, 10 maggio 2016, n. 9390 Sulla ritardata esecutività dell’ordinanza di assegnazione del credito verso il terzo di Giorgio Frus	347
Procura alle liti e garanzia impropria	Cassazione civile, Sez. un., 14 marzo 2016, n. 4909 Procura alle liti e garanzia impropria tra diritto alla difesa ed ossimori del formalismo , di Andrea Giordano	353
Difetto del potere di rappresentanza	Cassazione civile, Sez. un., 4 marzo 2016, n. 4248 Sul difetto di rappresentanza processuale, tra poteri del giudice e giusto processo di Simona Caporusso	361
Liquidazione del compenso professionale	Cassazione civile, Sez. VI-3, 29 febbraio 2016, n. 4002 Liquidazione del compenso degli avvocati e procedimento sommario di cognizione di Giacinto Parisi	367
Consulenza tecnica preventiva	Tribunale Torino, Sez. I, 24 maggio 2016 (ordinanza) La contestazione estesa all’an della pretesa e l’art. 696 bis, c.p.c. di Giulia Zandrino	375

Diritto Commerciale

Insolvenza internazionale	Corte di giustizia dell’Unione Europea, Sez. VII, 24 maggio 2016, causa C-353/15 Centre Of Main Interests, dipendenze e trasferimento della sede: cercando di sfuggire al giudicato sulla giurisdizione concorsuale ... , di Luca Boggio	379
Fallimento	Cassazione civile, Sez. I, 28 settembre 2016, n. 19196 Contratto lesivo della par condicio creditorum e ammissione al passivo di Emanuele Lerro	383
Responsabilità degli amministratori deleganti	Cassazione civile, Sez. I, 31 agosto 2016, n. 17441 L’obbligo di agire in modo informato a carico degli amministratori deleganti di Oreste Cagnasso e Federico Riganti	386
Potere del socio di convocare l’assemblea nelle s.r.l.	Cassazione civile, Sez. I, 25 maggio 2016, n. 10821 Potere del socio di s.r.l. di convocare l’assemblea: il “puntino” della Cassazione di Fabrizio Sudiero	391
Società in accomandita semplice	Tribunale Milano, 18 ottobre 2016 L’impedito accesso alla documentazione sociale giustifica il recesso dell’accomandante , di Mia Callegari	395
Responsabilità degli amministratori nel concordato preventivo	Tribunale Torino, Sezione specializzata in materia di imprese, 7 ottobre 2016 Azioni di responsabilità nel concordato preventivo: profili di legittimazione di Irene Pollastro	398
Continuità aziendale	Tribunale Milano, Sezione specializzata in materia di impresa B, 6 luglio 2016 ... Una nuova ratio decidendi: il going concern , di Marina Spiotta	401
Pignoramento quota s.r.l.	Tribunale Milano, 13 giugno 2016 (decreto) Tribunale Milano, 5 agosto 2016 (decreto) Il pignoramento di quote di s.r.l. al vaglio del Giudice del Registro di Giulia Garesio	406 406

Diritto del Lavoro

Procedimento disciplinare e modalità dell’audizione personale	Cassazione civile, Sez. lav., 16 gennaio 2017, n. 855 Un’ulteriore questione relativa al procedimento disciplinare , di Mattia Persiani	410
---	---	-----

Licenziamento per giustificato motivo oggettivo	Cassazione civile, Sez. lav., 13 giugno 2016, n. 12101	412
	Cassazione civile, Sez. lav., 11 ottobre 2016, n. 20436	415
	Licenziamento per giustificato motivo oggettivo tra impossibilità di <i>repêchage</i> ed oneri probatori , di Maria Rosalia Megna	
Fondo di garanzia	Tribunale di Catanzaro, 21 ottobre 2016	425
	Trattamento di fine rapporto e condizioni di accesso al Fondo di garanzia di Paola Ferrari	
Arbitrato		
Ricusazione e sostituzione degli arbitri	Tribunale Milano, 6 maggio 2016, n. 1304	435
	Su alcune delicate questioni in materia di ricusazione e sostituzione degli arbitri di Federica Porcelli	
Diritto Amministrativo		
Società <i>in house</i>	Corte di giustizia dell'Unione europea, Sez. IV, 8 dicembre 2016, causa C-553/15 I requisiti dell'<i>in house</i> fra principi giurisprudenziali e nuove regole codificate di Annalisa Giusti	439
Elezioni – Elettorato passivo	Corte costituzionale, 16 dicembre 2016, n. 276	449
	Una “pietra tombale” sulla “natura affittiva” della limitazione dell'elettorato passivo? , di Francesca Bailo	
Appello per difetto di giurisdizione del giudice amministrativo	Cassazione civile, Sez. un., 20 ottobre 2016, n. 21260	457
	Venire <i>contra factum proprium</i> in tema di giurisdizione: il nodo della soccombenza , di Piera Maria Vipiana Perpetua	
Diritto Penale		
Circolazione stradale	Cassazione penale, Sez. IV, 30 agosto 2016 (ud. 14 aprile 2016), n. 35834	468
	Investimento del pedone e prevedibilità in concreto dell'evento dannoso di Donato D'Auria	
Sostituzione di persona	Cassazione penale, Sez. V, 10 agosto 2016 (ud. 15 giugno 2016), n. 34800	477
	Sostituzione di persona e amori clandestini , di Gabriele Fornasari	
Disturbo delle occupazioni o del riposo delle persone	Cassazione penale, Sez. III, 20 giugno 2016 (ud. 5 giugno 2015), n. 25424	482
	Art. 659 c.p.: bene giuridico, pericolo e “maieutica” del principio di offensività di Vera Magnani	
Diritto Processuale Penale		
Messa alla prova	Corte costituzionale, 21 luglio 2016, n. 201	487
	Primi profili di incostituzionalità per la messa alla prova per adulti di Ottavia Murro	
Intercettazioni di conversazioni o di comunicazioni	Cassazione penale, Sez. III, 22 settembre 2016 (ud. 23 marzo 2016), n. 39378 ...	492
	Ancora dubbi sulla natura delle intercettazioni , di Valeria Sisto	
Percorsi di giurisprudenza		
Prestazione di servizi e attività di investimento	La prestazione di servizi e attività di investimento di Barbara Petrazzini	500
Dottrina e attualità giuridiche		
Fallimento e concordato preventivo	Fallimento e concordato preventivo (II parte) a cura di Angelo Castagnola	508

Indice degli Autori

- Martino Mario Andreoni**, *Accordo di ristrutturazione con intermediari e convenzione di moratoria*, 537.
- Francesca Bailo**, *Una “pietra tombale” sulla “natura afflittiva” della limitazione dell’elettorato passivo?*, 450.
- Luca Boggio**, *Centre Of Main Interests, dipendenze e trasferimento della sede: cercando di sfuggire al giudicato sulla giurisdizione concorsuale ...*, 379.
- Oreste Cagnasso (e Federico Riganti)**, *L’obbligo di agire in modo informato a carico degli amministratori deleganti*, 388.
- Mia Callegari**, *L’impedito accesso alla documentazione sociale giustifica il recesso dell’accomandante*, 396.
- Simona Caporusso**, *Sul difetto di rappresentanza processuale, tra poteri del giudice e giusto processo*, 364.
- Donato Carusi**, *La Corte costituzionale e lo statuto dell’embrione*, 307.
- Donato D’Auria**, *Investimento del pedone e prevedibilità in concreto dell’evento dannoso*, 469.
- Gian Paolo Del Sasso**, *Le modifiche alle disposizioni penali*, 549.
- Alessio Filippo Di Girolamo**, *I finanziamenti interinali*, 529.
- Enrico Antonio Emiliozzi**, *Il “possesso” dei beni ereditari e la funzione di esecutore testamentario*, 325.
- Paola Ferrari**, *Trattamento di fine rapporto e condizioni di accesso al Fondo di garanzia*, 430.
- Gabriele Fornasari**, *Sostituzione di persona e amori clandestini*, 479.
- Giorgio Frus**, *Sulla ritardata esecutività dell’ordinanza di assegnazione del credito verso il terzo*, 350.
- Paolo Gallo**, *Inadempimento reciproco e caparra confirmatoria nel prisma della giurisprudenza*, 316.
- Giulia Garesio**, *Il pignoramento di quote di s.r.l. al vaglio del Giudice del Registro*, 407.
- Andrea Giordano**, *Procura alle liti e garanzia impropria tra diritto alla difesa ed ossimori del formalismo*, 356.
- Annalisa Giusti**, *I requisiti dell’in house fra principi giurisprudenziali e nuove regole codificate*, 439.
- Tommaso Iannaccone**, *Le offerte concorrenti*, 508.
- Emanuele Lerro**, *Contratto lesivo della par condicio creditorum e ammissione al passivo*, 385.
- Vera Magnani**, *Art. 659 c.p.: bene giuridico, pericolo e “maieutica” del principio di offensività*, 483.
- Francesco A. Magni**, *Le ristrette prospettive della cognizione dei predicati nobiliari*, 342.
- Elena Marinucci**, *Gli effetti del concordato preventivo sui contratti pendenti*, 515.
- Maria Rosalia Megna**, *Licenziamento per giustificato motivo oggettivo tra impossibilità di repêchage ed oneri probatori*, 416.
- Ottavia Murro**, *Primi profili di incostituzionalità per la messa alla prova per adulti*, 487.
- Giacinto Parisi**, *Liquidazione del compenso degli avvocati e procedimento sommario di cognizione*, 370.
- Mattia Persiani**, *Un’ulteriore questione relativa al procedimento disciplinare*, 410.
- Barbara Petrazzini**, *La prestazione di servizi e attività di investimento*, 500.
- Irene Pollastro**, *Azioni di responsabilità nel concordato preventivo: profili di legittimazione*, 399.
- Federica Porcelli**, *Su alcune delicate questioni in materia di ricasazione e sostituzione degli arbitri*, 436.
- Federico Riganti (e Oreste Cagnasso)**, *L’obbligo di agire in modo informato a carico degli amministratori deleganti*, 388.
- Ilaria Rivera**, *La Corte costituzionale torna sulla sperimentazione sugli embrioni*, 310.
- Marco Rizzuti**, *Un intervento della Cassazione in materia di controlli sulla e-mail aziendale*, 321.
- Massimo Simeon**, *Le modifiche all’art. 182 L. fall*, 523.
- Valeria Sisto**, *Ancora dubbi sulla natura delle intercettazioni*, 495.
- Marina Spiotta**, *Una nuova ratio decidendi: il going concern*, 403.
- Fabrizio Sudiero**, *Potere del socio di s.r.l. di convocare l’assemblea: il “puntino” della Cassazione*, 392.
- Michelle Vanzetti**, *L’esecuzione del concordato preventivo*, 545.
- Piera Maria Vipiana Perpetua**, *Venire contra factum proprium in tema di giurisdizione: il nodo della soccombenza*, 461.
- Giorgia Vulpiani**, *Sulla prescrizione del diritto all’indennizzo per occupazione di immobile*, 332.
- Giulia Zandrino**, *La contestazione estesa all’an della pretesa e l’art. 696 bis, c.p.c.*, 376

Indice dei Provvedimenti

Corti europee				Cassazione penale			
		n.	pag.			n.	pag.
CORTE DI GIUSTIZIA DELL'UNIONE EUROPEA							
Sez. IX	17 gennaio 2017	C-189/15	301	Sez. V	27 gennaio 2017	4161	293
IV	8 dicembre 2016	C-553/15	439		(ud. 4 novembre 2016)		
VII	24 maggio 2016	C-353/15	379	Sez. II	18 gennaio 2017	2487	294
					(ud. 7 dicembre 2016)		
CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO							
Gr. C.	24 gennaio 2017	25358/12	303	Sez. V	13 gennaio 2017	1691	295
Gr. C	13 dicembre 2016	41738/10	304		(ud. 14 settembre 2016)		
				Sez. III	22 settembre 2016	39378	492
					(ud. 23 marzo 2016)		
				Sez. IV	30 agosto 2016	35834	468
					(ud. 14 aprile 2016)		
				Sez. V	10 agosto 2016	34800	477
					(ud. 15 giugno 2016)		
				Sez. III	20 giugno 2016	25424	482
					(ud. 5 giugno 2015)		
Corte costituzionale				Consiglio di Stato			
		n.	pag.			n.	pag.
	16 dicembre 2016	276	449	Sez. III	26 gennaio 2017	319	296
	21 luglio 2016	201	487	Sez. IV	25 gennaio 2017	296	297
	13 aprile 2016	84	307	Sez. VI	17 gennaio 2017	167 (ord.)	298
				Sez. V	16 gennaio 2017	108	299
Cassazione civile				Tribunali			
		n.	pag.			n.	pag.
Sez. VI-3	18 gennaio 2017	1239	279	Catanzaro	21 ottobre 2016		425
I	18 gennaio 2017	1178	280	Milano	18 ottobre 2016		395
I	18 gennaio 2017	1156	281	Torino	7 ottobre 2016		398
I	17 gennaio 2017	973	283	Milano	6 luglio 2016		401
III	17 gennaio 2017	925	284	Milano	13 giugno 2016		406
lav.	16 gennaio 2017	856	286	Taranto	26 maggio 2016	1731	331
lav.	16 gennaio 2017	855	410	Torino	24 maggio 2016	(ord.)	375
lav.	16 gennaio 2017	851	287	Milano	6 maggio 2016	1304	1304
I-3	13 gennaio 2017	789	288	Roma	7 dicembre 2015		340
II	4 gennaio 2017	106	290				
II	3 gennaio 2017	8	291				
III	13 dicembre 2016	25503	292				
un.	20 ottobre 2016	21260	457				
lav.	11 ottobre 2016	20436	415				
III	30 settembre 2016	19043	315				
I	28 settembre 2016	19196	383				
I	19 settembre 2016	18302	321				
I	31 agosto 2016	17441	386				
II	14 giugno 2016	12241	323				
lav.	13 giugno 2016	12101	412				
I	25 maggio 2016	10821	391				
III	10 maggio 2016	9390	347				
un.	14 marzo 2016	4909	353				
un.	4 marzo 2016	4248	361				
VI-3	29 febbraio 2016	4002	367				

Indice analitico

Amministrazione pubblica

- Servizi pubblici – Affidamento *in house* – Requisiti – Attività prevalente – A favore di enti soci esercitanti controllo analogo congiunto – Computabilità dell'attività svolta prima dell'effettività del controllo – È computabile (Corte di giust. dell'Unione europea, Sez. IV, 8 dicembre 2016, causa C-553/15); 439.
- Servizi pubblici – Affidamento *in house* – Attività prevalente – Svolta a favore di comuni non soci – Imposta da provvedimento di amministrazione non socia – Non computabile (Corte di giust. dell'Unione europea, Sez. IV, 8 dicembre 2016, causa C-553/15); 439.

Appello civile

- Domande ed eccezioni non accolte e riproposte – Conseguenze (Cass. civ., Sez. III, 17 gennaio 2017, n. 925); 284.

Appalto (contratto di)

- Opere pubbliche – Risoluzione per inadempimento della P.A. – Successiva rescissione della P.A. – Irrilevanza (Cass. civ., Sez. I, 17 gennaio 2017, n. 973); 283.

Arbitrato

- Arbitrato rituale – Ricusazione degli arbitri – Motivi di cui all'art. 815, 1° comma, nn. 2 e 5, c.p.c. – Insussistenza – Motivo di cui all'art. 815, 1° comma, n. 4, c.p.c. – Sussistenza – Istanza di sostituzione *ex art.* 811 c.p.c. – Potere di sostituzione del giudice della ricusazione – Esclusione (Trib. Milano, 6 maggio 2016, n. 1304); 435.
- Arbitrato rituale – Ricusazione degli arbitri – Motivi di cui all'art. 815, 1° comma, nn. 2 e 5, c.p.c. – Insussistenza – Motivo di cui all'art. 815, 1° comma, n. 4, c.p.c. – Sussistenza – Istanza di sostituzione *ex art.* 811 c.p.c. – Potere di sostituzione del giudice della ricusazione – Esclusione (Trib. Milano, 6 maggio 2016, n. 1304); 435.

Atti amministrativi

- Danni cagionati dall'esercizio dell'attività amministrativa – Danno da disturbo – Illegittima compressione di facoltà di cui il soggetto sia titolare – Esclusione nel caso di provvedimento di sospensione di attività edilizia *ab initio* assistita da un titolo legittimo ma successivamente realizzata in difformità dal titolo (Cons. di Stato, Sez. IV, 25 gennaio 2017, n. 296); 297.

Avvocato

- Compenso professionale – Liquidazione – Procedimento sommario di cognizione – Contestazione del diritto – Mutamento del rito – Non applicabilità – Inammissibilità della domanda – Esclusione (Cass. civ., Sez. VI-3, 29 febbraio 2016, n. 4002); 367.

Circolazione stradale

- Omicidio colposo – Investimento del pedone – Colpa specifica – Prevedibilità ed evitabilità dell'evento lesivo – Regole cautelari c.d. elastiche – Giudizio di prevedibilità in concreto – Base del giudizio – Affidamento – Contingenze concrete (Cass. pen., Sez. IV, 30 agosto 2016 (ud. 14 aprile 2016), n. 35834); 468.

Consulente tecnico, custode ed altri ausiliari del giudice in materia civile

- Consulenza tecnica preventiva – Contestazione della pretesa del ricorrente – Concedibilità del provvedimento – Valutazione del giudice della fondatezza della contestazione – Fattispecie (Trib. Torino, Sez. I, 24 maggio 2016 (ord.)); 375.

Contratti della P.A.

- Giurisdizione amministrativa sugli atti delle gare indette da Organismi di diritto pubblico (art. 3, 1° comma, lett. d) del nuovo "Codice dei contratti") – Aggiudicazione disposta da

una società interamente posseduta dall'ACI – Sussistenza del c.d. "requisito teleologico" nonostante l'operatività in un settore di attività aperto alla concorrenza (Cons. di Stato, Sez. V, 16 gennaio 2017, n. 108); 299.

- Recesso dal contratto a seguito di informativa interdittiva antimafia *ex art.* 92, D.Lgs. 159/2011 – Dimidiazione dei termini processuali – Esclusione – Sussistenza della giurisdizione del G.A (Cons. di Stato, Sez. III, 26 gennaio 2017, n. 319); 296.

Contratto in genere

- Contratto di locazione – La nuova legge sulla mancata registrazione influisce sulla validità del contratto (Cass. civ., Sez. III, 13 dicembre 2016, n. 25503); 292.
- Inadempimento reciproco – Recesso – Risoluzione stragiudiziale del contratto – Caparra confirmatoria – Risarcimento del danno (Cass. civ., Sez. III, 30 settembre 2016, n. 19043); 315.
- Motivo illecito – Nullità del contratto (Cass. civ., Sez. I, 28 settembre 2016, n. 19196); 384.

Corte Europea dei Diritti dell'Uomo (CEDU)

- Diritto al rispetto della vita privata e familiare (art. 8 CEDU) – Ordine pubblico – Maternità surrogata – Adozione (Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, Grande Camera, 24 gennaio 2017, ricorso n. 25358/12); 303.

Donazione

- Donazioni remuneratorie e atti di liberalità – Differenze – Applicabilità o meno delle norme sulle donazioni (Cass. civ., Sez. II, 4 gennaio 2017, n. 106); 290.

Elezioni

- Sospensione e decadenza di diritto – Incandidabilità – Differenziazione di trattamento tra cariche elettive regionali/locali e nazionali/europee – Disparità di trattamento – Questione di costituzionalità – Ragionevolezza della scelta legislativa – Infondatezza (Corte cost., 16 dicembre 2016, n. 276); 449.
- Sospensione e decadenza di diritto dalle cariche elettive regionali e locali – Principio di irretroattività delle pene e delle misure amministrative di carattere punitivo-afflittivo – Non applicabilità del principio alle misure amministrative cautelari – Questione di costituzionalità – Infondatezza (Corte cost., 16 dicembre 2016, n. 276); 449.
- Sospensione e decadenza di diritto dalle cariche elettive regionali e locali – Principio di irretroattività in materia di diritti inviolabili – Asserita costituzionalizzazione del principio – Non sussistenza – Questione di costituzionalità – Non fondatezza (Corte cost., 16 dicembre 2016, n. 276); 449.
- Sospensione e decadenza di diritto dalle cariche elettive regionali e locali – Sospensione di diritto dalla carica anche in caso di sentenza non definitiva di condanna – Eccesso di delega – Questione di costituzionalità – Ricostruzione interpretativa della disposizione – Infondatezza (Corte cost., 16 dicembre 2016, n. 276); 449.

Esecuzione forzata

- Obbligazioni pecuniarie – Espropriazione presso terzi – Ordinanza di assegnazione – Efficacia esecutiva – Termine dilatorio dalla notifica – Necessità (Cass. civ., Sez. III, 10 maggio 2016, n. 9390); 347.

Famiglia

- Diritti della personalità – Diritto al nome – Cognomizzazione dei predicati nobiliari – Diritto soggettivo perfetto – Presupposti – Funzione socialmente identificante del predicato – Necessità – Fattispecie – Sussistenza – Esclusione (Trib. Roma, 7 dicembre 2015); 340.

Filiazione

- Procreazione assistita – Fecondazione *in vitro* – Embrioni non destinati alla gravidanza – Divieto di destinazione a ricerca scientifica – Questione di legittimità costituzionale – Inammissibilità (Corte cost., 13 aprile 2016, n. 84); 307.

Impiego pubblico

- Concorsi a pubblici impieghi – Graduatorie – Rilevanza dell'approvazione come provvedimento finale – Offerta al pubblico per il vincitore (Cass. civ., Sez. lav., 16 gennaio 2017, n. 851); 287.

Impugnazioni in materia penale

- Appello – Dibattimento – Rinnovazione dell'istruzione – Riforma sentenza di assoluzione – Diverso apprezzamento di dichiarazioni consulenti tecnici del p.m. – Principi della Convenzione E.d.u. – Rinnovazione dibattimentale – Necessità – Esclusione – Ragioni (Cass. pen., Sez. V, 13 gennaio 2017 (ud. 14 settembre 2016), n. 1691); 295.

Intercettazioni di conversazioni o comunicazioni

- Disciplina delle intercettazioni – Utilizzabilità delle registrazioni occultamente eseguite da uno degli interlocutori – Ascolto contestuale della polizia giudiziaria – Necessità dell'autorizzazione del g.i.p (Cass. pen., Sez. III, 22 settembre 2016 (ud. 23 marzo 2016), n. 39378); 492

Lavoro (rapporto)

- Assegnazione al lavoratore di mansioni inferiori – Potenzialità del danno – Prova a carico del lavoratore (Cass. civ., Sez. I, 18 gennaio 2017, n. 1178); 280.
- Licenziamento – Giustificato motivo oggettivo – Illegittimità – Obbligo di *repêchage* – Oneri di allegazione e prova del datore di lavoro – Sussistenza – Onere di allegazione del lavoratore – Insussistenza (Cass. civ., Sez. lav., 11 ottobre 2016, n. 20436); 415.
- Licenziamento – Giustificato motivo oggettivo – Illegittimità – Obbligo di *repêchage* – Oneri di allegazione e prova del datore di lavoro – Sussistenza – Onere di allegazione del lavoratore – Insussistenza (Cass. civ., Sez. lav., 13 giugno 2016, n. 12101); 412.
- Procedimento disciplinare – Diritto del lavoratore di essere sentito a sua discolpa insieme al rappresentante sindacale da lui designato (Cass. civ., Sez. lav., 16 gennaio 2017, n. 855); 410.

Lavoro subordinato

- Licenziamento – Addebito – Onere della prova di dimostrare l'addebito – A carico del datore di lavoro (Cass. civ., Sez. lav., 16 gennaio 2017, n. 856); 286.

Previdenza sociale

- Trattamento di fine rapporto – Insolvenza del datore di lavoro assoggettato a procedura fallimentare – Decreto con previsione di insufficiente realizzo – Intervento del Fondo di garanzia gestito dall'Inps – Presupposti – Esperimento di esecuzione forzata e possesso del titolo esecutivo – Non necessarietà (Trib. di Catanzaro, 21 ottobre 2016); 425.

Procedure concorsuali

- Fallimento – Ammissione al passivo – Credito ipotecario – Finalità di alterare la *par condicio creditorum* – Effetti (Cass. civ., Sez. I, 28 settembre 2016, n. 19196); 383.
- Fallimento – Diritto dell'Unione Europea – Centro degli interessi principali – Dipendenza – Sede legale – Trasferimento all'estero – Giurisdizione italiana – Sussistenza (Corte di giust. dell'Unione Europea, Sez. VII, 24 maggio 2016, causa C-353/15); 379.

Processo amministrativo

- Appello – Per difetto di giurisdizione del giudice amministrativo – Proposto dal ricorrente che aveva adito il T.A.R. ed era rimasto soccombente nel giudizio di primo grado –

Inammissibilità (Cass. civ., Sez. un., 20 ottobre 2016, n. 21260); 457.

- Funzione nomofilattica dell'Adunanza Plenaria (art. 99 c.p.a.) – Possibilità per la Sezione semplice che ritenga il principio di diritto sancito dall'Ad. Plen. contrastante con il diritto UE di rimettere la questione interpretativa alla CGUE *ex art. 267 TFUE* (Cons. di Stato, Sez. VI, 17 gennaio 2017, n. 167); 298.

Processo civile

- Difetto di rappresentanza processuale – Preclusioni istruttorie – Rilievo d'ufficio – Sanatoria in sede di legittimità (Cass. civ., Sez. un., 4 marzo 2016, n. 4248); 361.
- Procura alle liti c.d. generica – Azione di garanzia impropria – Potere del difensore di esperirla – Sussistenza (Cass. civ., Sez. un., 14 marzo 2016, n. 4909); 353.

Processo penale

- Decreto penale di condanna – Opposizione – Disciplina avvisi – Messa alla prova – Mancanza – Incostituzionalità (Corte costituzionale, 21 luglio 2016, n. 201); 487.

Protezione dei dati personali (privacy)

- Diritti della personalità – Trattamento dei dati personali – Fattispecie (controllo *e-mail* aziendale) – Previa concertazione sindacale o autorizzazione amministrativa – Necessità (Cass. civ., Sez. I, 19 settembre 2016, n. 18302); 321.

Prova in genere (in materia civile)

- Accordo pattizio con conferimento di incarico – Contestato dalla controparte – Richiesta di compenso – Onere della prova a carico dell'attore (Cass. civ., Sez. II, 3 gennaio 2017, n. 8); 291.

Reato in genere

- Disturbo delle occupazioni o del riposo delle persone – Illecito penale e illecito amministrativo – Bene giuridico – Depenalizzazione – Reato di pericolo – Principio di offensività (Cass. pen., Sez. III, 20 giugno 2016 (ud. 5 giugno 2015), n. 25424); 482.

Rinvio pregiudiziale

- Cooperazione giudiziaria in materia penale – Decisione quadro 2008/909/GAI – Art. 7 – Condizione della doppia incriminabilità – Art. 9 – Motivo di rifiuto di riconoscimento e di esecuzione tratto dall'assenza di doppia incriminabilità – Cittadino dello Stato di esecuzione condannato nello Stato di emissione per inosservanza di una decisione di un'autorità pubblica (Corte di Giustizia dell'Unione europea, Sez. IX, 17 gennaio 2017, causa C-189/15); 301.

Sentenza, ordinanza e decreto in materia civile

- Delibazione – Sentenza straniera – Reg. CE n. 44/2001 – Diniego limitato – Contrasto con i principi fondamentali dello stato italiano (Cass. civ., Sez. VI-3, 18 gennaio 2017, n. 1239); 279.
- Nozione di capo – Soluzione di una questione – È tale la statuizione sulla giurisdizione contenuta nella sentenza di primo grado che decide il merito della causa (Cass. civ., Sez. un., 20 ottobre 2016, n. 21260); 457.

Separazione dei coniugi

- Alimenti e mantenimento – Valutazione concrete ed obiettive e non astratte (Cass. civ., Sez. I-3, 13 gennaio 2017, n. 789); 288.

Sicurezza pubblica

- Misure di prevenzione – Confisca di prevenzione – Terzo creditore – Ammissione allo stato passivo – Esclusione – Opposizione – Ministero del difensore – Necessità – Ragioni (Cass. pen., Sez. V, 27 gennaio 2017 (ud. 4 novembre 2016), n. 4161); 293.
- Misure di prevenzione – Fermo – Convalida – Condizioni di applicabilità della misura *ex art. 274, 1° comma, lett. c)* e 280 c.p.p. – Assenza – Legittimità della misura coercitiva in

esito a convalida del fermo – Esclusione – Ragioni (Cass. pen., Sez. II, 18 gennaio 2017 (ud. 7 dicembre 2016), n. 2487); 294.

Società

- Delibera approvazione del bilancio – Impugnazione – Decadenza – Rilevabilità d'ufficio (Trib. Milano, Sezione specializzata in materia di impresa B, 6 luglio 2016); 401.
- Presupposto della continuità aziendale – Valutazione (Trib. Milano, Sezione specializzata in materia di impresa B, 6 luglio 2016); 401.
- Società a responsabilità limitata – Convocazione assemblea – Legittimazione del socio (Cass. civ., Sez. I, 25 maggio 2016, n. 10821); 391.
- Società a responsabilità limitata – Quota – Pignoramento – Cancellazione – Sentenza non passata in giudicato – Provvisoria esecutività (Trib. Milano, 5 agosto 2016 (decreto)); 406.
- Società a responsabilità limitata – Quota – Pignoramento – Notifica alla società – Irrilevanza (Trib. Milano, 13 giugno 2016 (decreto)); 406.
- Società cancellata – Notifica del fallimento – Precedente indirizzo di posta elettronica non cancellato – Possibilità di utilizzo senza ricorrere all'ufficiale giudiziario (Cass. civ., Sez. I, 18 gennaio 2017, n. 1156); 281.
- Società di capitali – Società cooperative edilizie – Esclusione socio cooperativa edilizia – Posizione detenzione immobile socio – Restituzioni *ex art.* 1458 c.c. – Ripetizione dell'indebito – Natura danno da occupazione di immobile – Indennizzo per occupazione di immobile – Prescrizione applicabile – Prescrizione decennale (Trib. di Taranto, Sez. II, 26 maggio 2016, n. 1731); 331.
- Società in accomandita semplice – Recesso del socio acco-

mandante – Giusta causa – Nozioni (Trib. Milano, 18 ottobre 2016); 395.

- Società per azioni – Amministratori – Delega di potere gestorio – Responsabilità dei deleganti (Cass. civ., Sez. I, 31 agosto 2016, n. 17441); 386.
- Società per azioni – Concordato preventivo – Azione dei creditori – Legittimazione (Trib. Torino, Sezione specializzata in materia di imprese, 7 ottobre 2016); 398.
- Società per azioni – Concordato preventivo – Responsabilità amministratori – Legittimazione azione sociale (Trib. Torino, Sezione specializzata in materia di imprese, 7 ottobre 2016); 398.

Stato civile

- Sostituzione di persona – Attribuzione di un falso stato – Fattispecie – Sussistenza (Cass. pen., Sez. V, 10 agosto 2016 (ud. 15 giugno 2016), n. 34800); 477.

Stranieri

- Espulsione di stranieri gravemente malati – Definizione dei “casi del tutto eccezionali” in cui possa venire in rilievo l'applicazione dell'art. 3 CEDU – Obbligo procedurale di valutare i rischi derivanti dall'indisponibilità di cure adeguate – Diritto al rispetto della vita familiare (art. 8 CEDU) – Obbligo procedurale di valutare il grado di dipendenza dalla famiglia (Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, Grande Camera, 13 dicembre 2016, ricorso n. 41738/10); 304.

Successione legittima e testamentaria

- Esecutori testamentari – Accettazione – Beni ereditari – Possesso (Cass. civ., Sez. II, 14 giugno 2016, n. 12241); 323.
- Esecutori testamentari – Funzioni – Durata – Termine annuale *ex art.* 703 c.c. – Portata – Limiti (Cass. civ., Sez. II, 14 giugno 2016, n. 12241); 323.

Recentissime Cassazione civile

a cura di Paolo e Vincenzo Carbone

Diniego di esecutività in Italia di sentenza straniera se contrasta con l'ordine pubblico

Cassazione civile, Sez. VI-3, 18 gennaio 2017, n. 1239 – Pres. Amendola – Est. Rubino – F.A. s.r.l. e altri c. F.

Sentenza, ordinanza e decreto in materia civile – Delibazione – Sentenza straniera – Reg. CE n. 44/2001 – Diniego limitato – Contrasto con i principi fondamentali dello stato italiano

La questione: il diniego di esecutività della sentenza straniera in materia civile e commerciale ha assunto, con il Reg. CE n. 44/2001, carattere di straordinarietà ed è limitato alle ipotesi di violazione dei soli principi fondamentali dell'ordinamento dello Stato richiesto. La parte che si oppone alla dichiarazione di esecutività deve addurre una contrarietà all'ordine pubblico interno derivante dall'applicazione di una norma o di una giurisprudenza consolidata dello Stato straniero e non dalla valutazione di merito della fattispecie decisa.

Il fatto. La società F.G. ha ottenuto dalla Corte d'Appello di Milano il decreto che dichiarava esecutiva in Italia la sentenza pronunciata dal Tribunale di Lubecca in data 21 aprile 2009 nei confronti di F.A. e co. s.r.l. ed Aktiva s.r.l. ai sensi degli artt. 38 e seguenti del regolamento CE del Consiglio dell'Unione Europea n. 44 del 2001 (concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale).

L'opposizione a decreto di esecutività proposta dalle medesime società è stata rigettata dalla Corte d'Appello di Milano qui impugnata.

F.A. e co. S.r.l. e Aktiva s.r.l. hanno proposto ricorso per cassazione, mentre la società intimata non ha svolto attività difensiva in questa sede.

La decisione. Il ricorso può essere trattato in camera di consiglio, in quanto destinato ad essere dichiarato manifestamente infondato.

Le ricorrenti deducono la violazione dell'art. 34, n. 1, del reg. CE n. 44/2001, dell'art. 101 c.p.c. e degli artt. 24 e 111 Cost., ovvero la violazione e/o falsa applicazione, da parte della Corte d'appello, dei principi in materia di ordine pubblico processuale, ma la doglianza è palesemente infondata.

L'art. 34 cit. stabilisce che le decisioni rese in uno Stato straniero non sono riconosciute se il riconoscimento è manifestamente contrario all'ordine pubblico dello Stato membro richiesto, ovvero all'ordine pubblico (all'interno del quale si colloca anche il c.d. ordine pubblico processuale) dello Stato in cui deve procedersi al riconoscimento della sentenza o in cui la stessa deve avere esecuzione.

Come già affermato dalla Corte di Giustizia con la sentenza Krombach C-7/98, richiamata anche dalla corte d'appello, la violazione dell'ordine pubblico ravvisabile in una sentenza straniera al fine di escluderne l'esecutività in uno Stato membro dell'Unione deve essere manifesta ed è ravvisabile solo in casi eccezionali in cui non siano state rispettate le più elementari garanzie processuali.

Riprendendo il principio affermato dalla sentenza Krombach, la Cassazione ha già avuto modo di affermare che il

diniego di esecutività della sentenza straniera in materia civile e commerciale ha assunto, con il regolamento CE n. 44/2001 del 22 dicembre 2001, carattere di straordinarietà ed è limitato alla ipotesi di violazione dei soli principi fondamentali dell'ordinamento dello Stato richiesto.

A corollario di ciò, la parte che si oppone alla dichiarazione di esecutività deve addurre una contrarietà all'ordine pubblico interno derivante dall'applicazione di una norma o di una giurisprudenza consolidata dello Stato straniero e non dalla valutazione di merito della fattispecie decisa (Cass. n. 5487/2012).

Gli effetti. Nel caso di specie, lungi dal far riferimento ad una consolidata giurisprudenza interna che sancisca con la nullità un determinato comportamento processuale, le ricorrenti intendevano far valere, come violazione dell'ordine pubblico processuale, la mancanza di un'espressa motivazione sulla esclusione di una istanza istruttoria.

Nell'attuale panorama giurisprudenziale di legittimità tuttavia, il principio consolidato non è quello invocato dalle ricorrenti, ma il principio opposto, secondo il quale la motivazione del rigetto di un'istanza di mezzi istruttori – nella specie, escussione di alcuni testimoni – non deve necessariamente essere espressa, potendo la stessa “*ratio decidendi*”, che ha risolto il merito della lite, valere da implicita esclusione della rilevanza del mezzo dedotto (Cass. n. 6570/2004; Cass. n. 14611/2005).

La pronuncia impugnata inoltre resiste ai dubbi di legittimità costituzionale, e si pone nel solco tracciato da questa Corte sulle spese processuali. Ai fini dell'applicabilità dell'art. 96 c.p.c., 3° comma, la mala fede o la colpa grave devono coinvolgere l'esercizio dell'azione processuale nel suo complesso, e non singoli aspetti di essa, cosicché possa considerarsi meritevole di sanzione l'abuso dello strumento processuale in sé, anche a prescindere dal danno procurato alla controparte e da una sua richiesta, al fine di contemperare le esigenze di deflazione del contenzioso pretestuoso con la tutela del diritto di azione, suscettibile di essere irragionevolmente leso da danni punitivi non proporzionati. La corte d'appello ha da un lato sanzionato la palese infondatezza dell'azione proposta, dall'altra il mancato ab-

bandono della causa nonostante l'intervenuto rigetto del ricorso proposto dinanzi alla Corte costituzionale tedesca, ultimo mezzo a disposizione delle ricorrenti per tentare la caducazione del titolo, in tempo precedente alla prima

udienza di trattazione, e quindi l'inutile protrazione del giudizio.

Il ricorso proposto è stato pertanto rigettato.

Il lavoratore assegnato a mansioni inferiori deve provare i danni subiti

Cassazione civile, Sez. I, 18 gennaio 2017, n. 1178 – Pres. Di Cerbo – Est. Patti – P.M. Fresa (conf.) – P.F.P. C.F. c. Periodici San Paolo s.r.l.

Lavoro (rapporto) – Assegnazione al lavoratore di mansioni inferiori – Potenzialità del danno – Prova a carico del lavoratore

La questione: l'assegnazione del prestatore a mansioni inferiori rappresenta un fatto potenzialmente idoneo a produrre una pluralità di conseguenze dannose, sia di natura patrimoniale che di natura non patrimoniale. La produzione di tali pregiudizi, tuttavia, è soltanto eventuale, poiché dall'inadempimento della parte datoriale non deriva automaticamente la esistenza di un danno solo in ragione della potenzialità lesiva dell'atto illegittimo. Ne consegue che il danno in parola non è ravvisabile in *re ipsa*, esigendo una specifica allegazione dell'esistenza di un pregiudizio, sicché non è sufficiente dimostrare la mera potenzialità lesiva della condotta datoriale, incumbendo sul lavoratore l'onere di fornire la prova del danno e del nesso di causalità con l'inadempimento datoriale.

Il fatto. La Corte d'appello di Torino rigetta l'appello proposto da P.F.P. avverso la sentenza di primo grado, che ne aveva respinto le domande di condanna di Periodici san Paolo s.r.l. e E.O.S. s.c.a.r.l. (rispettivamente cedente e cessionaria del ramo d'azienda cui il lavoratore era addetto) al risarcimento del danno da demansionamento subito sia prima che dopo la cessione, della cui illegittimità pure chiedeva l'accertamento, sotto vari profili.

A motivo della decisione, la Corte territoriale escludeva, come già il Tribunale, che pure nell'indubbio graduale mutamento di mansioni (che aveva interessato tutti i dipendenti del Centro Stampa dello stabilimento di S. Paolo di Alba poi oggetto di cessione, per effetto del suo ridimensionamento a vantaggio del CED di Milano), la prova del demansionamento (anche negando, in difetto di un chiaro consenso del lavoratore, l'esistenza del relativo patto, invece ritenuta dal primo giudice), né tanto meno di un danno dipendente da esso. Con la conseguenza della carenza di interesse ad agire per l'accertamento dell'illegittimità del trasferimento del ramo d'azienda, peraltro preesistente, pienamente legittimo.

P.F.P. ricorre per cassazione, cui resistono Periodici san Paolo s.r.l. e E.O.S. s.c. a r.l.

La decisione. Per evidenti ragioni di pregiudizialità logico-giuridica, la Corte avvia l'esame dall'interesse ad agire del lavoratore per l'accertamento di illegittimità della cessione di ramo d'azienda, per l'obiettivo interesse alla corretta individuazione del datore di lavoro, congiuntamente esaminabile, per evidenti ragioni di stretta connessione, con il mancato accertamento del demansionamento subito fin da prima della cessione di azienda per l'adibizione dalle mansioni di programmatore analista a quelle di operatore di sala macchine e così pure del danno, chiaramente individuato.

La doglianza è infondata.

La Corte d'appello ha, infatti, individuato il *petitum* della domanda proposta dal lavoratore esclusivamente nel demansionamento lamentato, sia prima che dopo il pure denunciato, siccome illegittimo, trasferimento di ramo d'azienda da Periodici san Paolo s.r.l. a E.O.S. s.c.a.r.l., che

ha rigettato avendone escluso l'allegazione (e tanto meno la prova) di uno specifico danno ad esso dipendente.

Ed infatti, la *ratio decidendi* della sentenza impugnata risiede nella chiara affermazione secondo cui: "Va poi, a completamento, osservato che, non essendo stato dedotto e provato alcun danno dal demansionamento, non è dato vedere l'interesse ad agire per sentir dichiarare una illegittimità di cessione di ramo d'azienda... dalla quale non è provata la derivazione di danni concretamente individuabili in capo al lavoratore".

Una tale individuazione dell'oggetto della domanda, così come inequivocabilmente risultante dal tenore e dall'impostazione della sentenza (di particolare nitidezza nella parte espositiva del fatto processuale, nel dare atto del rigetto dal Tribunale di Alba del "ricorso con il quale P.F.P.... impugnando sotto molteplici profili la cessione di ramo d'azienda tra la prima e la seconda, chiedeva la condanna di entrambe al risarcimento del danno a lui derivato dal demansionamento al quale sarebbe stato sottoposto, sia presso la prima, sia per effetto del suddetto trasferimento di ramo d'azienda, presso la seconda"), non è stata censurata dall'odierno ricorrente: come sarebbe stato invece necessario con specifico motivo di doglianza per *error in procedendo*, (art. 360 c.p.c., 1° comma, n. 4), sotto il profilo di violazione del principio posto dall'art. 112 c.p.c., di corrispondenza del chiesto al pronunciato.

Sicché, appaiono non pertinenti le argomentazioni, pure in linea teorica corrette, della ricorrenza di un interesse del lavoratore, in tema di trasferimento di azienda, all'accertamento in giudizio che un determinato complesso di beni, oggetto di trasferimento, non integri un ramo di azienda e a far dichiarare, in assenza del proprio consenso, l'inefficacia della cessione nei suoi confronti, in quanto il mutamento della persona del debitore non è indifferente per il creditore (Cass., 16 giugno 2014, n. 13617): dal momento che la solidarietà tra cedente e cessionario prevista dall'art. 2112 c.c., ha per oggetto solo i crediti del lavoratore ceduto esistenti al momento del trasferimento dell'azienda e non quelli futuri, onde è configurabile un pregiudizio a carico del lavoratore in caso di cessione dell'azienda a soggetto meno solvibile (Cass., 15 aprile 2014, n. 8756).

Gli effetti. Nel caso di specie, nessun'altra domanda è stata concretamente proposta dal lavoratore, così da prefigurare un interesse effettivo ad una pronuncia in tema di trasferimento di ramo d'azienda, per il completo suo assorbimento dall'accertata carenza di allegazione di uno specifico danno da demansionamento.

Sotto questo profilo, la Corte territoriale ha fatto esatta applicazione, con motivazione congrua e corretta, esente da vizi logico – giuridici, dei principi, infondatamente denunciati come violati, in materia di deduzione del danno in questione.

In proposito, come recentemente ribadito da questa Corte, è indubbio che l'assegnazione a mansioni inferiori rappresenti fatto potenzialmente idoneo a produrre una pluralità di conseguenze dannose, sia di natura patrimoniale che di natura non patrimoniale. Ed infatti, l'inadempimento datoriale può comportare un danno da perdita della professionalità di contenuto patrimoniale che può consistere sia nell'impoverimento della capacità professionale del lavoratore e nella mancata acquisizione di un maggior saper fare, sia nel pregiudizio subito per la perdita di chance, ossia di ulteriori possibilità di guadagno o di ulteriori potenzialità occupazionali. Ed inoltre, il demansionamento è potenzialmente idoneo a pregiudicare beni di natura immateriale, anche ulteriori rispetto alla salute, atteso che, nella disciplina del rapporto di lavoro, numerose disposizioni assicurano una tutela rafforzata del lavoratore, con il riconoscimento di diritti oggetto di tutela costituzionale, con la configurabilità di un danno non patrimoniale risarcibile ogni qual volta vengano violati, superando il confine dei sacrifici tollerabili, diritti della persona del lavoratore oggetto di peculiare tutela al più alto livello delle fonti: particolare rilievo assumendo, a questo proposito, la dignità personale del lavoratore che costituisce diritto inviolabile, a norma degli artt. 2, 4 e 32 Cost. Sicché, la lesione di tale diritto, rappresentata dai pregiudizi alla professionalità da dequalificazione che si risolvono nella compromissione delle aspettative di sviluppo della personalità del lavoratore che si svolge nella formazione sociale costituita dall'impresa, ha attitudine generatrice di danni a contenuto non patrimoniale, in quanto idonea ad alterare la normalità delle relazioni del lavoratore con il contesto aziendale in cui opera, del cittadino con la società in cui vive, dell'uomo con se stesso (Cass., 12 giugno 2015, n. 12253).

Tuttavia, chiarita l'astratta potenzialità lesiva dell'assegnazione a mansioni inferiori ad opera del datore di lavoro,

si deve precisare che la produzione di siffatti pregiudizi è soltanto eventuale, non derivando automaticamente dall'inadempimento datoriale l'esistenza di un danno solo in ragione della potenzialità lesiva dell'atto illegittimo: e pertanto esso non è ravvisabile *in re ipsa*, ma esige una specifica allegazione dell'esistenza di un pregiudizio, sicché non è sufficiente dimostrare la mera potenzialità lesiva della condotta datoriale, incombendo sul lavoratore l'onere di fornire la prova del danno e del nesso di causalità con l'inadempimento datoriale.

Il che non esclude che, ferma la dimostrazione del danno da demansionamento in giudizio con tutti i mezzi consentiti dall'ordinamento, la prova possa avvenire anche per presunzioni, per la quale dalla complessiva valutazione di precisi elementi dedotti si possa, attraverso un prudente apprezzamento, coerentemente risalire al fatto ignoto, ossia all'esistenza del danno, in base agli elementi di fatto relativi alla qualità e quantità della esperienza lavorativa pregressa, al tipo di professionalità colpita, alla durata del demansionamento, all'esito finale della dequalificazione e alle altre circostanze del caso concreto: purché, si intende, oggetto di specifica allegazione dal lavoratore (Cass., 23 settembre 2016, n. 18717).

Ebbene, nel caso di specie, P.F.P. non ha adempiuto ad una specifica allegazione del danno professionale lamentato, non essendo tale l'individuazione del "danno immediato e diretto dovuto alla dequalificazione... consistente, secondo la giurisprudenza di legittimità, sia nel pregiudizio derivante dalla capacità acquisita dal lavoratore che alla mancata acquisizione di una maggiore capacità", fattane nel ricorso introduttivo (come riportato per estratto a 85 del ricorso): del tutto evidente essendo il tenore assolutamente generico (de relato dalla definizione della giurisprudenza di legittimità) della deduzione, priva di alcuno specifico, né concreto riferimento alla propria condizione personale.

Ma neppure può ritenersi adeguatamente allegato, con idonea offerta di mezzi di prova, il preteso danno alla salute: avendo al riguardo la Corte correttamente ritenuto il difetto di correlazione con la patologia predicata all'attività lavorativa e negativamente valutato, senza alcuna contraddizione, la documentazione prodotta dal lavoratore.

Dalle superiori argomentazioni, assorbenti l'esame di ogni altro motivo di censura, discende coerente il rigetto del ricorso principale, con assorbimento di quello incidentale condizionato.

La Corte rigetta il ricorso.

Notifica del ricorso fallimentare per posta elettronica a società nell'anno dalla cancellazione

Cassazione civile, Sez. I, 18 gennaio 2017, n. 1156 – Pres. Bernabai – Est. Cristiano – P.M. Soldi (conf.) – W., in proprio nonché nella qualità di già socia unica e liquidatrice della s.r.l. Unipersonale in liquidazione, ora fallita c. Ferlan s.r.l., già Aclan s.r.l.

Società – Società cancellata – Notifica del fallimento – Precedente indirizzo di posta elettronica non cancellato – Possibilità di utilizzo senza ricorrere all'ufficiale giudiziario

La questione: il ricorso per la dichiarazione di fallimento della società cancellata dal registro delle imprese, deve ritenersi validamente notificato, ai sensi dell'art. 15, 3° comma, della legge fallimentare, nel testo novellato dal D.L. n. 179/2012, all'indirizzo di posta elettronica certificata della società stessa, entro l'anno dalla cancellazione.

Il fatto. La Corte d'appello di Venezia ha respinto il reclamo proposto da R.W., in proprio e nella qualità di socia unica e liquidatrice della società, contro la sentenza del

Tribunale di Treviso dichiarativa del fallimento della società ad istanza di Ferlan s.r.l.

La corte del merito ha ritenuto che la notifica dell'istanza

di fallimento fosse stata correttamente eseguita dalla cancelleria, ai sensi della L. fall. art. 15, 3° comma, presso l'indirizzo di posta elettronica certificata, che la società, pur essendo cancellata dal R.I., non aveva disattivato. Ha inoltre escluso che il decreto presidenziale notificato unitamente all'istanza, nel quale era indicata la data in cui la debitrice avrebbe dovuto comparire dinanzi al giudice delegato all'istruttoria, anche per l'eventuale riunione con altro procedimento per la dichiarazione di fallimento già pendente, fosse privo delle indicazioni necessarie ad assicurare il diritto di difesa della reclamante; ha infine osservato che la riunione, avvenuta ancorché i creditori istanti nel procedimento anteriormente instaurato avessero rinunciato ai propri ricorsi, non aveva pregiudicato le sorti di quello validamente instaurato da Ferlan e trattato all'udienza stabilita, alla quale la debitrice non aveva presenziato.

La sentenza è stata impugnata da R.W. con ricorso per cassazione, cui Ferlan s.r.l. ha resistito con controricorso. Il fallimento intimato non ha svolto attività difensiva.

La decisione. La ricorrente contesta la validità della notifica eseguita a mezzo PEC, per di più senza l'indicazione del soggetto deputato a rappresentare nel processo, rilevando che una società cancellata dal R.I. non può più ritenersi fornita di un indirizzo telematico presso un pubblico registro.

Il motivo è infondato.

La L. fall. art. 15, 3° comma, (nel testo, novellato dalla L. n. 221/2012, applicabile *ratione temporis*) stabilisce che il ricorso per la dichiarazione di fallimento ed il relativo decreto di convocazione devono essere notificati, a cura della cancelleria, all'indirizzo di posta elettronica certificata del debitore (risultante dal R.I. o dall'indice nazionale degli indirizzi pec delle imprese e dei professionisti). Solo quando, per qualsiasi ragione, la notificazione via PEC non risulti possibile o non abbia esito positivo, la notifica andrà eseguita dall'U.G. che, a tal fine, dovrà accedere di persona presso la sede legale del debitore risultante dal R.I., oppure, qualora neppure questa modalità sia attuabile a causa dell'irreperibilità del destinatario, depositerà l'atto nella casa comunale della sede iscritta nel registro.

La norma ha dunque introdotto in materia una disciplina speciale, del tutto distinta da quella che, nel codice di rito, regola le notificazioni degli atti del processo: va escluso, pertanto, che residuino ipotesi in cui il ricorso di fallimento e il decreto di convocazione debbano essere notificati, ai sensi degli artt. 138 e segg. o 145 c.p.c. (a seconda che l'impresa esercitata dal debitore sia individuale o collettiva), nei diretti confronti del titolare della ditta o del legale rappresentante della società.

Come sottolineato dal Giudice delle leggi, con la recente sentenza n. 146/016 (che ha respinto la q.l.c. dell'art. 15, 3° comma cit. sollevata con riferimento agli artt. 3 e 24 Cost.), il legislatore della novella del 2012 si è infatti proposto di "coniugare le finalità del diritto di difesa dell'imprenditore con le esigenze di specialità e di speditezza cui deve essere improntato il procedimento concorsuale", prevedendo che "il tribunale sia esonerato dall'adempimento di ulteriori formalità quando la situazione di irreperibilità deve imputarsi all'imprenditore medesimo": l'introdotta semplificazione del procedimento notificatorio in ambito concorsuale trova perciò la sua ragion d'essere nella specialità e nella complessità degli interessi che esso è volto a tutelare, che ne segnano l'innegabile diversità rispetto a quello ordinario di

notifica; il diritto di difesa del debitore – da declinare nella prospettiva della conoscibilità, da parte di questi, dell'attivazione del procedimento fallimentare a suo carico – è, d'altro canto, adeguatamente garantito dal predisposto, duplice meccanismo di ricerca, tenuto conto che, ai sensi del D.L. n. 185/2008, art. 16, convertito con modificazioni dalla L. n. 2/2009, l'imprenditore è obbligato a dotarsi di un indirizzo PEC, e che anche la sede legale dell'impresa deve essere obbligatoriamente indicata nell'apposito registro, la cui funzione è proprio quella di assicurare un sistema organico di pubblicità legale, così da rendere conoscibili ai terzi, nell'interesse dello stesso titolare, i dati e le principali vicende che riguardano l'impresa medesima.

Gli effetti. Può ben dirsi, in definitiva, che, introducendo uno speciale procedimento per la notificazione del ricorso di fallimento – che fa gravare sull'imprenditore le conseguenze negative derivanti dal mancato rispetto degli obblighi di cui si è appena detto – il legislatore del 2012 abbia inteso codificare, ed anzi rafforzare, il principio (consolidato nella giurisprudenza formatasi nel vigore della L. fall. non ancora riformata dal D.Lgs. n. 5/2006) secondo cui il tribunale, pur essendo tenuto a disporre la previa comparizione in camera di consiglio del debitore fallendo e ad effettuare, a tal fine, ogni ricerca per provvedere alla notificazione dell'avviso di convocazione, è esonerato dal compimento di ulteriori formalità allorché la situazione di irreperibilità di questi debba imputarsi alla sua stessa negligenza e/o ad una condotta non conforme agli obblighi di correttezza di un operatore economico.

Le conclusioni, contrariamente a quanto sostenuto dalla ricorrente, valgono anche nella fattispecie prevista dalla L. fall. art. 10, che contempla un'eccezione alla regola della perdita della capacità di stare in giudizio della società estinta.

La possibilità che una società sia dichiarata fallita entro un anno dalla sua cancellazione dal registro delle imprese implica infatti, necessariamente, che tanto il procedimento per la dichiarazione di fallimento quanto le eventuali, successive fasi impugnatorie, continuino a svolgersi nei confronti della stessa: si tratta, come si è precisato, di una *factio iuris*, che postula come esistente ai soli fini del procedimento fallimentare un soggetto ormai estinto.

Se dunque, in ambito concorsuale, la società cancellata non perde la propria capacità processuale, appare del tutto conseguente ritenere che, nel medesimo ambito (ed in assenza di specifiche previsioni sul punto della L. fall., art. 15, 3° comma), operi nei suoi confronti anche la disciplina speciale introdotta in tema di notificazione del ricorso per la dichiarazione di fallimento (Cass. n. 17946/016).

Risulta, infine, palesamente errato l'assunto della ricorrente, secondo cui, una volta che la società sia cancellata dal R.I., non vi è più alcuna possibilità di reperirne l'indirizzo telematico, posto che la disattivazione di tale indirizzo non costituisce effetto automatico della cancellazione, ma conseguenza di un'espressa richiesta di chiusura del contratto rivolta al gestore della casella PEC. Va, in definitiva, ribadito che, anche nel caso di società cancellata dal registro delle imprese, il ricorso per la dichiarazione di fallimento è validamente notificato, ai sensi della L. fall., art. 15, 3° comma, (nel testo novellato dal D.L. 18 ottobre 2012, n. 179, convertito, con modificazioni, dalla L. 17 dicembre 2012, n. 221) all'indirizzo di posta elettronica certificata della società cancellata, in precedenza comunicato al predetto registro.

L'appaltatore di un'opera pubblica cita la P.A. inadempiente che non può chiedere la rescissione

Cassazione civile, Sez. I, 17 gennaio 2017, n. 973 – Pres. Salvago – Est. Valitutti – P.M. Cardino (diff.) – S.G. c. Milano Assicurazioni.

Appalto (contratto di) – Opere pubbliche – Risoluzione per inadempimento della P.A. – Successiva rescissione della P.A. – Irrilevanza

La questione: in tema di appalti di opere pubbliche, l'appaltatore può invocare la risoluzione del contratto stipulato con l'ente committente in base alle regole generali dettate per l'inadempimento contrattuale, senza che l'eventuale provvedimento di rescissione adottato successivamente dalla P.A. sia di ostacolo all'esame della domanda risolutoria, non restando esclusa la giurisdizione del giudice ordinario sulle controversie inerenti ai diritti ed agli obblighi scaturenti da un contratto di appalto di opere pubbliche per il fatto che il committente si sia avvalso della facoltà di rescindere il rapporto con proprio atto amministrativo ai sensi dell'art. 340, L. n. 2248/1865, all. F, stante la inidoneità dell'atto autoritativo ad incidere sulle suddette posizioni soggettive, inerenti ad un contratto di natura privatistica.

Il fatto. La S.G. s.p.a., quale mandataria dell'ATI costituita tra la medesima e l'impresa Arch. S.G., conveniva in giudizio, dinanzi al Tribunale di Palermo, l'Università della città, chiedendo dichiararsi l'illegittimità del provvedimento di rescissione, della L. 20 marzo 1865, n. 2248, all. F, ex art. 340, del contratto di appalto stipulato tra le parti, e pronunciarsi, invece, la risoluzione di detto contratto per fatto e colpa dell'amministrazione appaltante, e condannarsi la convenuta al pagamento delle somme dovute in relazione alle diverse riserve formulate nel corso del rapporto. Con successivo atto di citazione, l'arch. S.G., titolare dell'omonima impresa individuale, proponeva la medesima domanda, dinanzi al Tribunale di Palermo nei confronti dell'Università, del fallimento della S.G. s.p.a., dichiarato nelle more, e di S.P. e P.G., cessionari di parte del credito dell'appaltatrice. Nel giudizio intervenivano la Milano Assicurazioni s.p.a. e la Lloyd Assicurazioni s.p.a., formulando domanda di accertamento negativo in ordine a quanto loro richiesto in pagamento dall'Università.

Il Tribunale adito in parziale accoglimento delle domande attoree, condannava l'Università degli Studi al pagamento della quota del 99,95% della somma di Euro 3.123.170,00, oltre interessi e rivalutazione monetaria, a favore dell'impresa Arch. S.G., ed al pagamento della quota dello 0,05% a favore del Fallimento della S.G. s.p.a.

In parziale riforma della sentenza impugnata, la Corte di Appello di Palermo, condannava l'Università al pagamento della somma di Euro 1.882.302,00, a favore dell'impresa S.G., di S.P. e P.G., cessionari di parte del credito dell'appaltatrice, e della curatela fallimentare, "in solido tra loro". Il giudice del gravame, pur ritenendo che – in conseguenza del fallimento della capogruppo mandataria dell'ATI, il mandato conferitole dalla mandante impresa S.G. si fosse sciolto, ai sensi della L. fall., art. 78 – riteneva che, stante l'irrelevanza nei confronti della stazione appaltante della suddivisione dei lavori pro-quota, tra le imprese appartenenti all'ATI, la committente fosse tenuta a pagare l'intero importo dovuto a tutti i creditori in solido tra loro. Quanto alla misura del credito, la Corte territoriale riteneva di dover ridurre l'importo liquidato dal Tribunale, sulla base delle risultanze della seconda c.t.u. disposta in sede di gravame, ed escludendo dal computo la rivalutazione monetaria, sul presupposto che si sarebbe in presenza di un debito di valuta derivante dal contratto di appalto in questione.

Per la cassazione di tale decisione hanno proposto, quindi, ricorso principale l'Arch. S.G., S.P. e P.G. nei confronti

dell'Università e di altri. I resistenti hanno replicato con controricorso.

La decisione. I ricorrenti si dolgono del fatto che la Corte di Appello abbia ritenuto che gli appellanti in via incidentale (curatela fallimentare, S. e P.) non avessero interesse, ai sensi dell'art. 100 c.p.c., a chiedere la risoluzione del contratto di appalto per fatto e colpa dell'appaltante Università, avendo il Tribunale, con statuizione condivisa dalla Corte territoriale, affermato l'illegittimità del provvedimento di rescissione del contratto, adottato dall'amministrazione appaltante con Delib. 27 maggio 1996, ossia nel corso del giudizio incardinato dalla attrice con citazione notificata il 27 dicembre 1994. L'esclusione della negligenza dell'ATI appaltatrice, implicita nella declaratoria di illegittimità del provvedimento di rescissione della L. 20 marzo 1865, n. 2248, ex art. 340, all. F, non potrebbe, per contro, comportare, a parere dei ricorrenti, il difetto di interesse della medesima appaltatrice all'accertamento dell'inadempimento della stazione appaltante, ed alla conseguente pronuncia di risoluzione del contratto, che il giudice ordinario ben potrebbe emettere, previa disapplicazione del provvedimento di rescissione reso dall'amministrazione committente.

Le doglianze sono fondate.

Gli effetti. Va osservato che, in tema di appalti di opere pubbliche, l'appaltatore può, del tutto legittimamente, invocare la risoluzione del contratto stipulato con l'ente committente in base alle regole generali dettate per l'inadempimento contrattuale, senza che l'eventuale provvedimento di rescissione adottato successivamente dall'Amministrazione sia di ostacolo all'esame (ed all'eventuale accoglimento) della domanda risolutoria. Ed invero, la giurisdizione del giudice ordinario sulle controversie inerenti ai diritti ed agli obblighi scaturenti da un contratto di appalto di opere pubbliche non resta esclusa per il fatto che il committente si sia avvalso della facoltà di rescindere il rapporto con proprio atto amministrativo ai sensi della L. 20 marzo 1865, n. 2248, art. 340, all. F, stante l'inidoneità dell'atto autoritativo ad incidere sulle suddette posizioni soggettive, inerenti ad un contratto di natura privatistica. Ne discende che il giudice ordinario adito ben può accertare l'effettiva esistenza delle condizioni di legittimità della pronunciata rescissione, sia pur al limitato scopo (e nel rispetto dei limiti interni delle proprie attribuzioni giurisdizionali) della disapplicazione, in via incidentale, del provvedimento ammi-

nistrativo se “contra legem”, onde statuire sulla domanda di risoluzione introdotta dall'appaltatore (cfr. Cass. 1217/2000). Il provvedimento di rescissione adottato dalla stazione appaltante ai sensi della L. n. 2248/1865, art. 340, all. F, non impedisce, pertanto, all'appaltatore di agire per la risoluzione del contratto in base alle regole generali dettate per l'inadempimento contrattuale di non scarsa importanza ai sensi degli artt. 1453 e 1455 c.c. (Cass. n. 21882/2015).

Per tali ragioni, dunque, la decisione di appello non può, sul punto, essere condivisa, con la conseguenza che le censure in esame devono essere accolte.

L'accoglimento del ricorso comporta la cassazione dell'impugnata sentenza, con rinvio alla Corte di Appello di Palermo in diversa composizione, che dovrà procedere a nuovo esame della controversia facendo applicazione dei seguenti principi di diritto: “in tema di appalto di opere pubbliche stipulato da due imprese riunite in associazione temporanea, il fallimento dell'impresa capogruppo, costituita mandataria dell'altra ai sensi del D.Lgs. 19 dicembre 1991, n. 406, art. 23, 8° comma, determina lo scioglimento del rapporto di mandato, ai sensi della L. fall., art. 78, con la conseguenza che l'impresa mandante è legittimata ad agire direttamente nei confronti del committente per la riscossione della quota dei crediti nascenti dall'appalto ad essa imputabile e, del pari, la curatela fallimentare è legittimata a riscuotere dall'amministrazione il corrispettivo per l'esecuzione dell'appalto solo per la quota corrispondente a quella parte dei lavori appaltati la cui realizzazione, in base all'accordo di associazione temporanea, era di sua spettanza”; “in tema di appalti di opere pubbliche, l'appaltatore può invocare la risoluzione

del contratto stipulato con l'ente committente in base alle regole generali dettate per l'inadempimento contrattuale, senza che l'eventuale provvedimento di rescissione adottato successivamente dall'Amministrazione sia di ostacolo all'esame (ed all'eventuale accoglimento) della domanda risolutoria, non restando esclusa la giurisdizione del giudice ordinario sulle controversie inerenti ai diritti ed agli obblighi scaturenti da un contratto di appalto di opere pubbliche per il fatto che il committente si sia avvalso della facoltà di rescindere il rapporto con proprio atto amministrativo ai sensi della L. 20 marzo 1865, n. 2248, art. 340, all. F, stante l'inidoneità dell'atto autoritativo ad incidere sulle suddette posizioni soggettive, inerenti ad un contratto di natura privatistica”; “in tema di appalti pubblici, l'amministrazione risponde a titolo contrattuale dell'inadempimento ai propri obblighi, sicché, alla stregua dei principi generali regolanti la corrispondente responsabilità, competono all'appaltatore, sulla somma a lui spettante a titolo di risarcimento del danno, la rivalutazione monetaria, trattandosi di debito di valore, e, sull'importo rivalutato, gli interessi legali, con la conseguenza che, in caso di accoglimento della domanda di risoluzione sulle somme dovute a titolo di risarcimento del danno, che prescinde del tutto dalle riserve formulate che attengono ai compensi dovuti nel caso in cui il contratto resti in vita, deve essere riconosciuta la rivalutazione monetaria, oltre agli interessi legali”.

La Corte di Cassazione cassa l'impugnata sentenza in relazione ai motivi accolti, con rinvio alla Corte di Appello di Palermo in diversa composizione.

■ L'appello riproposto sulla domanda principale rigettata si estende alla garanzia

Cassazione civile, Sez. III, 17 gennaio 2017, n. 925 – Pres. Spirito – Est. Moscarini – P.M. De Renzis (diff.) – Vittoria Assicurazioni c. M.U.

Appello civile – Domande ed eccezioni non accolte e riproposte – Conseguenze

La questione: in caso di rigetto della domanda principale e conseguente omessa pronuncia sulla domanda di garanzia condizionata all'accoglimento, la devoluzione di quest'ultima al giudice investito dell'appello sulla domanda principale non richiede la proposizione di appello incidentale, essendo sufficiente la riproposizione della domanda ai sensi dell'art. 346 c.p.c.

Il fatto. M.U. conviene in giudizio l'avvocato S.R. per sentirlo condannare al risarcimento dei danni patiti a causa dell'inadempimento al mandato professionale affidatogli in relazione a procedimento di opposizione a decreto ingiuntivo, avente ad oggetto il pagamento, da parte del medesimo M., di canoni locatizi ed oneri accessori.

Nel costituirsi in giudizio l'avvocato S. contesta la fondatezza della domanda e, in ogni caso, chiede ed ottiene di chiamare in causa la Vittoria Assicurazioni S.p.A., per essere manlevato in forza di polizza per la responsabilità civile stipulata con essa compagnia. La Vittoria Assicurazioni S.p.A., chiede la reiezione della domanda atorea.

L'adito Tribunale di Bologna rigetta la domanda.

Avverso tale decisione propone impugnazione M.U., che – nel contraddittorio con la Vittoria Assicurazioni S.p.A. e nella contumacia di S.R. – viene accolta dalla Corte di appello di Bologna con sentenza che condannava l'avv. al pagamento, a titolo di risarcimento danni per responsabilità professionale in favore dell'appellante, della somma di

Euro 44.894,29, oltre accessori, dichiarando altresì la Vittoria Assicurazioni tenuta “a tenere indenne il predetto avvocato dal pagamento sopra indicato”.

Per la cassazione di tale sentenza ha proposto ricorso la Vittoria Assicurazione S.p.A. M.U. ha resistito con contro-risorse, e ricorso incidentale.

La decisione. La Vittoria Assicurazioni S.p.A. censura la decisione della Corte territoriale che avrebbe condannato la compagnia Vittoria Assicurazioni a tenere indenne l'assicurato avvocato S. in violazione del principio di corrispondenza tra chiesto e pronunciato, posto che quest'ultimo, essendo rimasto contumace in appello, non aveva riproposto in sede di gravame la domanda subordinata di manleva, né, peraltro, alcuna domanda nei confronti della stessa compagnia assicurativa era stata avanzata dall'appellante M.

Il motivo è fondato. Nell'assicurazione per la responsabilità civile e al di fuori delle ipotesi legali di assicurazione

obbligatoria, l'assicuratore è obbligato solo nei confronti dell'assicurato a tenerlo indenne da quanto questi debba pagare ad un terzo cui ha provocato un danno, sicché, al di fuori delle eccezioni sopra indicate, soltanto l'assicurato è legittimato ad agire nei confronti dell'assicuratore, e non anche il terzo, nei confronti del quale l'assicuratore non è tenuto per vincolo contrattuale, né a titolo di responsabilità aquiliana (Cass., 20 aprile 2007, n. 9516). Invero, un rapporto diretto tra assicuratore e danneggiato sorge quando l'assicuratore assuma l'iniziativa di adempiere direttamente nelle mani del danneggiato, oppure quando l'assicurato richieda all'assicuratore il pagamento diretto al danneggiato, ai sensi dell'art. 1917 c.c., 3° comma, (Cass., 12 aprile 2006, n. 8622); ipotesi, queste, che non ricorrono nel caso di specie.

Né, peraltro, può nella fattispecie invocarsi il principio dell'estensione automatica della domanda dell'attore nei confronti del terzo chiamato in causa dal convenuto, che rileva solo quando tale chiamata sia effettuata dal convenuto per ottenere la sua liberazione dalla pretesa attorea, individuandosi il terzo come l'unico obbligato nei confronti dell'attore, in posizione alternativa con il convenuto ed in relazione ad un unico rapporto, mentre non opera in caso di chiamata in garanzia che (come nel caso in esame) è fondata sull'autonomia dei rapporti.

Ciò premesso, lo S. ha chiamato in causa il proprio assicuratore della responsabilità civile ed ha proposto domanda, subordinata all'accoglimento di quella principale di risarcimento danni per responsabilità professionale, di condanna della Vittoria Assicurazione S.p.A. a tenerlo "indenne e manlevato ... da ogni richiesta avanzata da parte attrice, detratta la franchigia prevista in polizza".

La domanda del M. è stata respinta in primo grado ed il Tribunale adito non si è pronunciato sulla domanda di garanzia dello S.

Lo stesso M. ha, quindi, proposto appello avverso la sentenza sfavorevole, insistendo per la condanna dell'avv. S.

Quest'ultimo non si è costituito in giudizio, mentre si è costituito il suo assicuratore (la società Vittoria Assicurazioni), che ha insistito per la conferma della sentenza impugnata.

Va precisato, anzitutto, che nella specie è da ravvisare – in ragione della richiesta di condanna dell'assicuratore (condizionata all'accoglimento di quella principale risarcitoria) a tenere indenne l'assicurato di quanto tenuto verso il danneggiato – una chiamata in garanzia non circoscritta alla sola estensione soggettiva al garante dell'accertamento sul rapporto principale, ma concernente anche il riconoscimento della prestazione di garanzia condizionatamente alla soccombenza sul rapporto principale; dunque, anche comportante una estensione oggettiva del giudizio (in tale prospettiva, Cass., Sez. un., 4 dicembre 2015, n. 24707).

In tale ipotesi, posto che l'impugnazione dell'attore soc-

combente, in forza del litisconsorzio necessario processuale all'uopo esistente, è da rivolgersi necessariamente nei confronti sia del danneggiante/garantito, che del garante, il garantito (che ha proposto domanda di condanna del garante alla relativa prestazione di garanzia), non essendovi stata decisione su di essa, la può riproporre ai sensi dell'art. 346 c.p.c.

Gli effetti. Nel caso di specie, il M. ha correttamente proposto appello nei confronti dello S. (danneggiante/garantito) e della Vittoria Assicurazione S.p.A. (garante), ma il garantito, essendo rimasto contumace in appello, non ha riproposto la domanda di condanna del garante.

Trova, quindi, applicazione il principio secondo cui l'art. 346 c.p.c., in forza del quale si intendono rinunciate e non più riesaminabili le domande ed eccezioni non accolte dalla sentenza di primo grado che non siano state espressamente riproposte in appello, è operante anche nei riguardi dell'appellato rimasto contumace in sede di gravame, in coerenza con il carattere devolutivo dell'appello, così ponendo appellato e appellante su un piano di parità – senza attribuire alla parte, rimasta inattiva ed estranea alla fase di appello, una posizione sostanzialmente di maggior favore, sì da far gravare su entrambi, e non solo sull'appellante, l'onere di prospettare al giudice del gravame le questioni (domande ed eccezioni) risolte in senso ad essi sfavorevole.

Con la precisazione che, proprio in caso di rigetto della domanda principale e conseguente omessa pronuncia sulla domanda di garanzia condizionata all'accoglimento, la devoluzione di quest'ultima al giudice investito dell'appello sulla domanda principale non richiede la proposizione di appello incidentale, essendo sufficiente la riproposizione della domanda ai sensi dell'art. 346 c.p.c. (Cass., Sez. un., 19 aprile 2016, n. 7700).

La sentenza impugnata deve essere cassata in relazione ai motivi accolti e, non essendo necessari ulteriori accertamenti di fatto, la causa può essere decisa nel merito ai sensi dell'art. 384 c.p.c.

A tal fine, va dichiarata la rinuncia, ai sensi dell'art. 346 c.p.c., della domanda di garanzia e manleva di S.R. nei confronti della Vittoria Assicurazioni S.p.A., restando confermata la sentenza di appello in punto di condanna dello S. nei confronti di M.U., sia a titolo di responsabilità professionale, sia per le spese processuali.

La Vittoria Assicurazioni S.p.A., nella sua posizione di interventore soccombente nei confronti dell'appellante quanto alla domanda di responsabilità professionale, va condannata, in solido con lo S., a rifondere le spese processuali del doppio grado in favore dello stesso M., da liquidarsi nella stessa misura indicata dalla sentenza di appello.

La Corte accoglie il primo motivo del ricorso principale e il ricorso incidentale.

Il Centro medico, ai fini del licenziamento, deve dimostrare l'assenza del medico

Cassazione civile, Sez. lav., 16 gennaio 2017, n. 856 – Pres. Venuti – Est. Ghinoy – P.M. Sanlorenzo (conf.) – Centro cardiologico M. c. C.F.

Lavoro subordinato – Licenziamento – Addebito – Onere della prova di dimostrare l'addebito – A carico del datore di lavoro

La questione: il datore di lavoro ha l'onere di dimostrare la fondatezza dell'addebito contestato al dipendente. Nel caso concreto in relazione all'addebito mosso a carico del medico per essersi il medesimo asseritamente allontanato dal luogo di lavoro, era onere della parte datoriale dimostrare che il professionista non solo non aveva risposto al cerca persone e non era presente in reparto, ma che si era allontanato dalla struttura, in tal modo realizzando l'abbandono del posto di lavoro.

Il fatto. La Corte d'appello di Milano rigetta il reclamo proposto avverso il provvedimento del Tribunale della stessa sede che, confermando l'ordinanza resa all'esito della fase sommaria, aveva accolto l'impugnativa proposta da G.F., medico presso il Centro cardiologico Monzino IRCCS, avverso il licenziamento intimatogli per aver abbandonato il posto di lavoro durante il turno nella notte tra il 1 e il 2 settembre 2012.

La Corte territoriale riteneva in primo luogo tempestivo il reclamo proposto nel rispetto del termine di sei mesi dalla pubblicazione previsto in via generale dall'art. 327 c.p.c., sul rilievo che il termine di decadenza di 30 giorni previsto dalla L. n. 92/2012, art. 1, 58° comma, cit. non poteva nel caso decorrere dalla comunicazione della sentenza del Tribunale, effettuata mediante il biglietto di cancelleria di cui all'art. 136 c.p.c., in quanto esso era privo del testo integrale della sentenza. Confermava inoltre la sentenza del primo giudice laddove aveva ritenuto che la condotta addebitata al medico, di non avere risposto al cercapersone ove era stato interpellato durante il turno, non configurasse il contestato abbandono del posto di lavoro, previsto dall'art. 11, lett. f) del C.C.N.L., ma al più la sospensione del lavoro senza giustificato motivo, sanzionabile ai sensi dell'art. 11, lett. b) con la sospensione. Ciò in quanto per "abbandono" si dovrebbe intendere il fatto del sanitario che abbandona la struttura recandosi all'esterno e diventando irrimediabile nell'ambito del turno assegnato, ciò che non era avvenuto in quanto la mattina del 2 settembre il dr. G. aveva passato le consegne al medico del turno diurno, e durante la notte precedente non era stato cercato presso il locale messo a disposizione dei medici di turno, ove in altra occasione era stato reperito.

Avverso tale sentenza ha proposto ricorso il Centro cardiologico Monzino cui ha resistito con controricorso G.F., che ha proposto altresì ricorso incidentale.

La decisione. Il ricorso principale non è fondato.

La Corte territoriale ha valutato l'addebito così come elevato al G. Nella contestazione disciplinare – laddove si esprimeva che dalle ore 2.30 egli, contattato con il cercapersone, non aveva risposto alla chiamata dell'infermiere, il quale l'aveva cercato anche in reparto, senza riuscire a trovarlo, sino alla fine del turno – ed ha ritenuto che l'addebito così come contestato non configurasse il (parimenti contestato) abbandono del posto di lavoro previsto dall'art. 11, lett. f) del CCNL.

Il motivo sollecita in tal senso un'inammissibile inversione dell'onere della prova in quanto, considerato che incombe al datore di lavoro dimostrare la fondatezza dell'addebito, sarebbe stato suo onere dimostrare che il medico non solo non aveva risposto al cercapersone e non era presente in reparto, ma che si era allontanato dalla struttura, così realizzando l'"abbandono" del posto di lavoro secondo l'accezione che ne ha dato la Corte di merito (censurata con i motivi di seguito esaminati).

Può quindi qui solo rilevarsi che la Corte, nella sentenza n. 15441 del 26 luglio 2016, con riferimento all'art. 140 del c.c.n.l. Istituti di vigilanza privata del 2 maggio 2006 ha affermato che l'abbandono, secondo il suo significato letterale, individua il totale distacco dal bene da proteggere, totale distacco che non ricorre quando la persona sia fisicamente reperibile nel luogo ove la prestazione dev'essere svolta, così avvalorando indirettamente la nozione di "abbandono" del posto di lavoro adottata dalla Corte territoriale.

Gli effetti. Il Centro cardiologico ricorrente tenta di accreditare l'esistenza di una procedura aziendale di reperimento del medico di turno basata soltanto sulla chiamata telefonica con il cercapersone, ma in tal modo suggerisce una valutazione delle risultanze di causa meramente contrappositiva alla ricostruzione della Corte territoriale, sollecitando un'inammissibile rivalutazione da parte di questa Corte di legittimità delle risultanze fattuali. Il motivo peraltro non è idoneo a smentire la *ratio decidendi* adottata nella sentenza gravata, considerato che anche il fatto che normalmente si proceda alla ricerca telefonica del medico di turno non sarebbe in contraddizione con la conclusione secondo la quale l'abbandono del posto di lavoro contestato al medico possa aversi soltanto quando non dia esito neppure la ricerca fisica nei luoghi destinati alla permanenza notturna.

Il fatto che in precedenti occasioni il dr. G. fosse stato reperito presso la stanza destinata al pernottamento del personale medico non era di per sé idoneo a qualificare la condotta da ultimo contestata come abbandono del posto di lavoro. Poiché peraltro non risulta che le condotte precedenti avessero determinato alcuna conseguenza disciplinare per il medico, resta confortato l'assunto della Corte d'appello secondo il quale esse non erano di tale gravità da determinare il recesso *ad nutum*.

Il ricorso deve quindi essere rigettato.

Approvata la graduatoria il vincitore non può essere escluso per difetto di titoli

Cassazione civile, Sez. lav., 16 gennaio 2017, n. 851 – Pres. Napoletano – Est. Esposito – P.M. Ceroni (conf.) – M.V. c. IRCAC. e A.A.

Impiego pubblico – Concorsi a pubblici impieghi – Graduatorie – Rilevanza dell'approvazione come provvedimento finale – Offerta al pubblico per il vincitore

La questione: in tema di concorsi nel pubblico impiego privatizzato, l'approvazione della graduatoria è, ad un tempo, provvedimento terminale del procedimento concorsuale e atto negoziale di individuazione del contraente, giacché da essa discende, per il partecipante collocatosi in posizione utile, il diritto all'assunzione e, per l'amministrazione che ha indetto il concorso, l'obbligo correlato. Di talché deve ritenersi errata la scelta dell'Amministrazione di escludere il soggetto utilmente collocatosi in graduatoria, dopo l'approvazione della stessa, per ritenuta insussistenza dei titoli richiesti dal bando.

Il fatto. La Corte d'appello di Palermo, in riforma della pronuncia del giudice di primo grado, dichiarò il diritto di M.V. ad essere nominato Direttore Generale in prova dell'Istituto Regionale per il Credito alla Cooperazione (I.r.c.a.c.) dal 2005, con il riconoscimento del relativo trattamento giuridico ed economico.

In fatto era accaduto che, con Delib. del 29 dicembre 2003, n. 9628, era stata approvata la graduatoria del concorso ad un posto di direttore generale, bandito dall'Istituto il 27/5/2001, ed era stato dichiarato vincitore il primo classificato, Dott. B.C., il quale, formalmente invitato a prendere servizio, non si era presentato ed era stato ritenuto rinunciatario. L'I.R.C.A.C. aveva proceduto, quindi, allo scorrimento della graduatoria e, dopo aver deliberato l'esclusione del M. perché non in possesso del requisito di "esperienza di direzione e gestione", aveva nominato direttore generale A.A., che nella graduatoria era classificato al terzo posto.

La Corte territoriale, dichiarando il diritto del M. alla nomina come Direttore Generale in prova dalla data della presa d'atto della rinuncia di B.C., rilevò che il bando di concorso per l'assunzione di personale, in regime privatistico, costituisce un'offerta al pubblico, cioè una proposta di contratto da cui deriva la conclusione del contratto stesso in favore dei soggetti utilmente collocati nella graduatoria; che nella procedimentalizzazione della selezione fissata dal bando, obbligatoria per il datore di lavoro, l'accertamento dei requisiti di ammissione precede la valutazione comparativa e l'approvazione della graduatoria costituisce, al contempo, atto terminale del procedimento concorsuale e atto negoziale di individuazione del contraente, da cui discende per il partecipante collocatosi in posizione utile, il diritto all'assunzione e per il datore di lavoro l'obbligo correlato, non potendo il datore di lavoro diverso dalla P.A. invocare istituti di natura pubblicistica, quali l'autotutela; che, quanto ai requisiti del bando, era stato chiarito dal Commissario ad acta che il requisito prescritto dall'art. 2, lett. c, doveva intendersi posseduto, per quanto concerne i candidati provenienti da Istituti e Aziende di credito, da soggetti inquadrati con la qualifica di dirigente, qualifica in concreto sussistente in capo al M. in quanto dirigente del servizio legale dell'istituto.

Avverso la sentenza propone ricorso per cassazione A.A. Resistono con controricorso l'I.R.C.A.C. e M.V.

La decisione. Osserva il ricorrente che destinataria dell'attività svolta dal Commissario ad acta, non avendo quest'ultimo rapporti con i terzi, è la sola P.A. e che nessuna comunicazione è stata fatta ai concorrenti del verbale com-

missariale, laddove, per principio consolidato, i criteri di selezione contrattuale devono essere conoscibili da parte degli aspiranti candidati e con il bando viene formulata un'offerta al pubblico con la quale l'ente si assume l'obbligo di procedere alla selezione secondo i criteri indicati nello stesso bando. Rileva, inoltre, l'illegittimità dell'interpretazione estensiva, posto che il Commissario ad acta ha inteso consentire la partecipazione anche ai dirigenti dei singoli settori dell'intera struttura, pur non potendosi ritenere che il dirigente preposto a un singolo settore svolga attività di direzione e gestione dell'intero ente, laddove la caratteristica richiesta dal bando era data dalla posizione apicale all'interno dell'intera struttura, talché si sarebbe di fronte a una modifica del bando del tutto illegittima.

Rileva, ancora, che la graduatoria era stata modificata su sollecitazione dell'avv. M., come da Delib. n. 0199 del 1° febbraio 2006. Osserva che da tale comportamento si evince che, in presenza del bando di concorso, qualificato come offerta al pubblico, la scelta del vincitore può ritenersi conclusa dopo eventuale verifica in contraddittorio circa la puntuale applicazione del bando: la modifica della graduatoria non costituisce ripensamento ma puntuale rispetto della proposta formulata con il bando di concorso. Rileva, inoltre, che la graduatoria costituisce momento di conclusione del contratto solo nei confronti del vincitore del concorso, laddove lo scorrimento della graduatoria va effettuato previa apposita nuova determinazione da parte della P.A.

Va rilevata, in primo luogo, l'inammissibilità dei profili di censura attinenti al vizio di motivazione. Secondo l'insegnamento delle Sezioni Unite (Sez. U, Sentenza n. 8053 del 7 aprile 2014, Rv. 629831), il nuovo testo dell'art. 360 c.p.c., n. 5), introduce nell'ordinamento un vizio specifico che concerne l'omesso esame di un fatto storico, principale o secondario, la cui esistenza risulti dal testo della sentenza o dagli atti processuali, che abbia costituito oggetto di discussione tra le parti e abbia carattere decisivo (vale a dire che se esaminato avrebbe determinato un esito diverso della controversia). Ne consegue che l'omesso esame di elementi istruttori non integra di per sé vizio di omesso esame di un fatto decisivo, se il fatto storico rilevante in causa sia stato comunque preso in considerazione dal giudice, benché la sentenza non abbia dato conto di tutte le risultanze probatorie; la parte ricorrente dovrà indicare – nel rigoroso rispetto delle previsioni di cui all'art. 366 c.p.c., 1° comma, n. 6), e art. 369 c.p.c., 2° comma, n. 4), – il "fatto storico", il cui esame sia stato omesso, il "dato", testuale o extratestuale, da cui ne risulti l'esistenza, il "come" e il "quando" (nel quadro processuale) tale fatto sia stato oggetto di di-

scussione tra le parti, e la “decisività” del fatto stesso. Gli indicati parametri non risultano rispettati nella specie, poiché il ricorrente adduce circostanze o argomentazioni giuridiche che sfuggono alla formulazione della censura nei termini sopra descritti.

Gli effetti. In ordine alle altre argomentazioni svolte sotto il profilo della violazione di legge, si evidenzia che le doglianze attinenti all’interpretazione delle disposizioni del bando risultano irrilevanti a fronte della chiara ratio sottesa alla decisione, consistente nella ritenuta impossibilità di effettuare una verifica dei titoli dopo l’approvazione della graduatoria. La suddetta ratio deve trovare conferma in questa sede. Ed invero questa Corte intende dare continuità all’indirizzo che ha rilevato come “in tema di concorsi nel pubblico impiego privatizzato, l’approvazione della graduatoria è, ad un tempo, provvedimento terminale del procedimento concorsuale e atto negoziale di individuazione del contraente, da essa discendendo, per il partecipante collocatosi in posizione utile, il diritto all’assunzione e, per l’amministrazione che ha indetto il concorso, l’obbligo

correlato, quest’ultimo soggetto al regime di cui all’art. 1218 c.c.”. Neppure risulta specificamente censurata l’interpretazione del bando con riferimento alla verifica successiva dei titoli sulla base dei requisiti prescritti (art. 9), requisiti che la Corte riferisce alla documentazione di cui all’art. 7, da prodursi entro trenta giorni dal ricevimento della richiesta dell’ente, e non ai requisiti di ammissione che devono essere già esistenti e conosciuti prima della valutazione comparativa, salvo il caso, non ricorrente nella specie, che il candidato si sia attribuito condizioni soggettive o oggettive, ottenendo illegittimamente l’ammissione alla selezione.

A fronte delle argomentazioni svolte non assume rilievo la notazione intesa a limitare la tutela del soggetto risultato vincitore in base a una graduatoria regolarmente approvata, in relazione alla quale non è pertinente la giurisprudenza citata dal ricorrente, relativa al conferimento di incarico su base non concorsuale con predisposizione di un elenco di candidati nell’ambito dei quali effettuare una scelta di carattere fiduciario.

In base alle svolte argomentazioni il ricorso va rigettato.

Assegno di mantenimento del coniuge separato: valutazioni concrete e non astratte

Cassazione civile, Sez. I-3, 13 gennaio 2017, n. 789 – Pres. Giancola – Est. Falabella – P.M. Zeno (conf.) – M.A. c. D.R.B.D.

Separazione dei coniugi – Alimenti e mantenimento – Valutazione concrete ed obiettive e non astratte

La questione: la formazione di una nuova famiglia e la nascita di figli dal nuovo partner, deve essere valutata come circostanza sopravvenuta che può portare alla modifica delle condizioni originariamente stabilite: in particolare sull’attitudine del primo coniuge al lavoro assuma rilievo solo se venga riscontrata in termini di effettiva sopravvenuta possibilità di svolgimento di un’attività lavorativa retribuita, in considerazione di ogni concreto fattore individuale ed ambientale, e non già di mere valutazioni astratte ed ipotetiche.

Il fatto. D.R.B.D. e M.A. addivenivano nel 2007 a una separazione consensuale con cui stabilivano, tra l’altro, che il marito corrispondesse alla moglie l’importo mensile di Euro 550,00, soggetto a rivalutazione secondo gli indici ISTAT, di cui Euro 300,00 per il mantenimento del figlio minore A. e Euro 250,00 quale assegno in favore della consorte; nella convenzione di separazione le parti prevedevano, inoltre, che le spese straordinarie per il mantenimento del figlio, fino alla concorrenza di Euro 600,00 annui, fossero a carico di D.R., mentre gli importi ulteriori dovessero riversarsi su entrambi i genitori nella misura del 50% ciascuno.

Successivamente D.R. adiva il Tribunale di Trani per richiedere la modifica dei patti di separazione e, in particolare: perché si riducesse al 50% il contributo al mantenimento posto a suo carico del figlio minore. Costituitasi in giudizio, M.A. chiedeva il rigetto del ricorso e, in via riconvenzionale, la maggiorazione dell’assegno di mantenimento, il versamento degli assegni familiari, l’affidamento esclusivo del figlio minore, nonché l’ammonimento ex art. 709 ter c.p.c. per asserite reiterate violazioni della convenzione di separazione.

Il Tribunale di Trani, accoglieva quest’ultima istanza e poneva a carico del datore di lavoro del ricorrente l’onere del pagamento diretto del contributo di mantenimento; rigettava le altre richieste.

Proponeva reclamo D.R., affermando che il decreto del

Tribunale dovesse essere riformato con riguardo alle statuizioni che concernevano l’ammonimento, l’ordine di pagamento diretto dell’assegno di mantenimento a carico del datore di lavoro, la riduzione del predetto assegno e la regolamentazione delle spese straordinarie; si costituiva anche in questa fase di gravame M.A., la quale spiegava appello incidentale domandando che le fossero riconosciuti gli assegni familiari con decorrenza dal provvedimento presidenziale assunto in data 20 aprile 2006.

La Corte di appello di Bari accoglieva parzialmente il reclamo principale e per l’effetto revocava sia l’ammonimento, sia l’obbligo di pagamento diretto dell’assegno di mantenimento posto a carico del datore di lavoro del reclamante, sia l’obbligo di D.R. di versare alla moglie l’assegno di mantenimento, fermo restando l’obbligo del contributo in favore del figlio A.; disponeva inoltre che le spese straordinarie relative a detto mantenimento dovessero gravare per il 70% sul marito e per il 30% sulla moglie, senza fissazione di alcun tetto di spesa. La stessa Corte distrettuale accoglieva, poi, il reclamo incidentale di M.A. e statuiva che gli assegni familiari andassero versati – da D.R. ove già dallo stesso percepiti e dalla sua amministrazione di appartenenza ove da lui non riscossi – all’avente diritto, e ciò a far data dal decreto di omologa della separazione.

Ricorre per cassazione M.A. Resiste con controricorso D.R.B.D.

La decisione. Le censure sottendono tre diversi ordini di questioni: la variazione delle condizioni economiche che interessano il controricorrente, il rilievo attribuito dal decreto impugnato alla condizione di disoccupazione della ricorrente e l'ammissibilità del disposto mutamento della disciplina delle spese straordinarie. Le prime due sono tra loro intimamente connesse in quanto afferiscono entrambe al tema dell'eliminazione dell'assegno di mantenimento di cui fruiva l'odierna ricorrente in forza della convenzione di separazione.

Avendo riguardo ai primi due profili, che possono dunque esaminarsi congiuntamente, la Corte di merito, dopo aver dato atto che il controricorrente aveva avuto una figlia dalla relazione di fatto instaurata con altra donna a seguito della separazione, ha evidenziato che il maggior onere che egli doveva sopportare per sostenere la nuova nata non poteva non ripercuotersi sul diritto di M.A. a continuare a godere dell'assegno di mantenimento. La Corte di Bari ha evidenziato, poi, che M.A., in violazione dei patti di separazione, pur essendo ancora giovane e avendo un figlio ormai sedicenne che non necessitava della sua costante presenza fisica, non si era procurata una sistemazione lavorativa neppure part-time; ha sottolineato, al riguardo, che l'odierna istante per un verso aveva inviato il suo curriculum presso strutture alberghiere senza avere alcuna specifica competenza del settore e continuato a collaborare (a suo dire, senza essere retribuita) col fratello nell'esercizio commerciale da lui gestito, così sottraendo impegno e risorse alla ricerca di un lavoro adeguatamente compensato.

Ora, in materia di separazione personale dei coniugi, la formazione di una nuova famiglia e la nascita di figli dal nuovo partner, pur non determinando automaticamente una riduzione degli oneri di mantenimento dei figli nati dalla precedente unione, deve essere valutata dal giudice come circostanza sopravvenuta che può portare alla modifica delle condizioni originariamente stabilite in quanto comporta il sorgere di nuovi obblighi di carattere economico. Il criterio deve valere, evidentemente, nell'ipotesi in cui si faccia questione dell'assegno di mantenimento al coniuge separato. È da escludere, però – in quanto non vi è alcun indice normativo che possa fondare una tale conclusione – che il diritto alimentare del coniuge separato sia recessivo rispetto a quello del nuovo figlio, come invece ritenuto dalla Corte distrettuale. Sicché anche in tale ipotesi dovrà valutarsi l'incidenza della circostanza sopravvenuta per verificare se sia in concreto giustificata, a mente dell'art. 156 c.p.c., ult. comma, la revoca o la modifica delle condizioni già fissate.

Gli effetti. In proposito, va però rilevato che quel che rileva, ai fini del mutamento delle condizioni della separazione, è la situazione che maturi in momento successivo a quello in cui sono stati adottati i provvedimenti di cui all'art. 156 c.c., o in cui sia stato concluso l'accordo di separazione (anch'esso soggetto alla clausola implicita *rebus sic stantibus*).

Il nuovo giudizio, rimesso al giudice del merito, esige che quest'ultimo valuti, nel loro insieme, le circostanze rilevanti per la determinazione circa la concessione e la misura dell'assegno di mantenimento.

La Corte distrettuale, nel considerare, nello specifico, il tema della modificazione delle condizioni economiche di D.R., ha preso in considerazione due elementi che rivesti-

vano importanza decisiva ai fini della ponderazione che ad essa era rimessa: la nuova paternità del controricorrente e la misura del suo stipendio (pari a Euro 1.895,00, da cui andava però detratta la somma di Euro 420,00, oggetto di ritenuta per l'ammortamento dei finanziamenti contratti in precedenza). A fronte di quest'ultimo dato, poco rileva quale fosse lo stipendio percepito dallo stesso D.R. all'epoca della convenzione di separazione: conta, invece, l'entità dello stipendio al momento in cui doveva essere assunta la decisione e il raffronto dell'ultima misura della retribuzione con le sopravvenute esigenze del controricorrente legate al mantenimento della nuova figlia.

La valutazione svolta al riguardo dalla Corte di merito potrebbe essere quindi contestata solo in punto di fatto, con una censura non ammissibile nella presente sede.

Per quel che concerne, invece, l'aspetto del mancato reperimento, da parte della ricorrente, di una sistemazione lavorativa, occorre richiamare il principio, consolidato presso questa Corte di legittimità, secondo cui in tema di separazione personale dei coniugi, l'attitudine al lavoro proficuo dei medesimi, quale potenziale capacità di guadagno, costituisce elemento valutabile ai fini della determinazione della misura dell'assegno di mantenimento da parte del giudice, che deve al riguardo tenere conto non solo dei redditi in denaro ma anche di ogni utilità o capacità dei coniugi suscettibile di valutazione economica: con l'avvertenza, però, che l'attitudine del coniuge al lavoro assume in tal caso rilievo solo se venga riscontrata in termini di effettiva possibilità di svolgimento di un'attività lavorativa retribuita, in considerazione di ogni concreto fattore individuale ed ambientale, e non già di mere valutazioni astratte ed ipotetiche.

La conclusione cui è pervenuta la Corte di merito non può allora essere condivisa, dal momento che essa non si fonda sulla concreta possibilità, da parte dell'istante di svolgere un'attività lavorativa: infatti, sono stati scrutinati, quali unici dati fattuali, l'invio, da parte della ricorrente, del proprio curriculum a strutture alberghiere (per cui non avrebbe avuto specifica competenza) e una imprecisata collaborazione prestata dalla stessa istante presso l'esercizio commerciale del fratello (spiegandosi, al riguardo, che tale attività avrebbe sottratto impegno e risorse alla ricerca di una occupazione): ma tali circostanze non sono in sé rappresentative della effettiva possibilità, da parte della ricorrente, di ottenere una collocazione sul mercato del lavoro.

Ai fini che qui interessano, rileva, invece, il sopraggiungere di fatti che abbiano determinato situazioni nuove rispetto a quelle tenute presenti dalle parti al momento della conclusione dell'accordo iniziale: occorre, ad esempio, la dimostrazione che il coniuge beneficiario dell'assegno avesse acquisito professionalità diverse ed ulteriori rispetto a quelle possedute in precedenza, ovvero che lo stesso avesse ricevuto, nel periodo successivo al perfezionamento della convenzione di separazione, effettive offerte di lavoro, o che ancora avesse comunque potuto concretamente procurarsi una specifica occupazione.

Sul punto relativo alla capacità lavorativa della ricorrente la sentenza va quindi cassata: competerà al giudice di rinvio procedere a un nuovo apprezzamento della vicenda occorsa e giudicare, in conseguenza, del mantenimento, della riduzione o della soppressione dell'assegno di mantenimento. Ciò tenendo conto che l'attitudine del coniuge al lavoro assume rilievo solo se venga riscontrata in termini di effettiva sopravvenuta possibilità di svolgimento di un'attività

lavorativa retribuita, in considerazione di ogni concreto fattore individuale ed ambientale, e non già di mere valutazioni astratte ed ipotetiche.

La Corte accoglie il ricorso per quanto di ragione, cassa il decreto impugnato e rinvia la causa alla Corte di appello di Bari, in altra composizione.

Il regalo di titoli di credito è liberalità fatta in occasione dei servizi resi e non donazione?

Cassazione civile, Sez. II, 4 gennaio 2017, n. 106 – Pres. Bucciante – Est. Grasso – Tizia c. Caia.

Donazione – Donazioni remuneratorie e atti di liberalità – Differenze – Applicabilità o meno delle norme sulle donazioni

La questione: sussiste l'opportunità di trasmettere gli atti al Primo Presidente per le sue valutazioni in ordine al disposto dell'art. 374 c.p.c., 2° comma, stante il contrasto giurisprudenziale e dottrinale tra donazioni remuneratorie cui si applica le regole delle donazioni e gli atti di liberalità, specie in occasione di servizi resi o in conformità agli usi in cui le predette norme non si applicano.

Il fatto. Tizia agisce in giudizio davanti al Tribunale di Trieste nei confronti di Caia, chiedendo che le sia restituito 1/3 del valore dei titoli, posseduti dal di lei padre Mevio, morto ad intestato e che la convenuta, nella qualità di delegata, aveva dato ordine alla banca di trasferirli sul proprio conto, trattandosi di trasferimento senza causa, effettuato undici giorni prima del decesso ed in base ad un atto nullo, in quanto privo della forma solenne prevista per la donazione, invocando l'art. 809 c.c. e l'applicabilità agli atti di liberalità delle norme sulle donazioni.

Caia, premettendo che il trasferimento era stato chiesto direttamente dal titolare e solo reiterato dalla delegata, non essendosi temporaneamente rinvenuto presso l'istituto di credito il primigenio ordine, non negava il trasferimento in di lei favore, affermando trattarsi di una donazione remuneratoria in quanto Caia, legata affettivamente al de cuius, se ne era presa attiva cura, durante tutto il corso della malattia, che lo aveva portato a morte ed aveva affrontato anche le spese funerarie, remunerazione non necessitante la forma vincolata prevista per la donazione diretta, ai sensi dell'art. 770, 2° comma, c.c. secondo cui non costituisce donazione, la liberalità che si suole fare in occasione di servizi resi o comunque in conformità agli usi.

Il Tribunale di Trieste accoglie la domanda, ritenendo che si fosse in presenza di donazione diretta, nulla per difetto di forma, in quanto l'ordine all'istituto di credito non poteva considerarsi atto idoneo a veicolare lo scopo di liberalità, in quanto astratto ed autonomo rispetto ai rapporti *inter partes*.

La Corte di Appello di Trieste accolse il gravame principale e, pertanto, rigettò ogni domanda di Tizia nei confronti di Caia. Il Giudice di seconde cure, opinando in difformità rispetto a quello di prime, considerato che la donazione indiretta di cui all'art. 809, cod. civ. non necessita "di due negozi, uno fra donante e donatario, e l'altro fra donante e terzo che realizza lo scopo-donazione, ma basta anche un solo negozio", del quale ultimo vanno rispettate le forme, ritenne ricorrere l'ipotesi perorata dall'appellante.

Avverso quest'ultima decisione ha proposto ricorso per cassazione Tizia mentre Caia ha resistito con controricorso.

La seconda sezione, tenuto conto dei contrasti dottrinari e giurisprudenziali, largamente inquinata dai turbamenti del caso concreto, sottolinea che la questione si carica di particolare rilievo ove si consideri da un lato che le operazioni in discorso assumono assai di sovente funzione *trans* o

post mortem, e quindi, il significato di regolamento ultimo, non più emendabile, e dall'altro che la forma solenne imposta dal legislatore in materia di donazione diretta, di circondare con particolari cautele la determinazione con la quale un soggetto decide di spogliarsi, senza corrispettivo di uno, più o di tutti i suoi beni, trova un limite nelle donazioni remuneratorie, specie se si tratta di liberalità in occasione di servizi resi.

La decisione. Reputa il Collegio sussistere l'opportunità di trasmettere gli atti al Primo Presidente per le sue valutazioni in ordine al disposto dell'art. 374 c.p.c., 2° comma, e a tal fine osserva quanto segue. L'art. 809 c.c., costituente norma di chiusura stabilisce, al suo primo comma che "Le liberalità, anche se risultano da atti diversi da quelli previsti dall'art. 769, sono soggette" a revocazione e a riduzione. Non si nutrono dubbi sull'inapplicabilità della forma solenne, prevista dall'art. 782 c.c., a tali liberalità, che, comunemente vengono dette donazioni indirette. Il quadro, è di per sé non univoco attraverso il vaglio della casistica giurisprudenziale.

Si è affermata la donazione indiretta nel caso di dazione di una somma di denaro, ove, accertato lo specifico fine di permettere al beneficiario con la detta di procurarsi l'acquisto di un bene. Anche se non sono mancate le sentenze di contrario avviso, le quali hanno ritenuto che la consegna gratuita del denaro costituisce donazione diretta.

La dottrina non offre soluzioni univoche o, comunque, tali da resistere alle avverse osservazioni.

Occorre, a questo punto, tirare le fila del discorso.

Gli effetti. Nel caso in esame appare difficilmente inquadrabile in un autonomo atto negoziale la disposizione data dal *de cuius* alla propria banca; trattandosi, semmai, di un ordine che si colloca nella fase di esecuzione del contratto bancario di riferimento, cioè di un atto mero, che non si distinguerebbe dal disporre un qualsiasi pagamento per via materiale. Ipotesi, questa, dissimile, come appare evidente, dalla cointestazione ab origine del conto, che importa, appunto, la intermediazione del negozio attraverso il quale si intende perseguire lo scopo di liberalità. Negozio che viene posto in essere ab origine al fine di perseguire lo scopo di liberalità, nel mentre nel caso che ci occupa il contratto bancario qui in vigore era stato, a suo tempo, stipulato dal *de cuius* al fine esclusivo di soddisfare la causa sua propria.

La questione avrebbe opposta soluzione ove si ritenesse, come pure è plausibile, che l'art. 809 c.c., abbia inteso evocare qualunque mezzo utile allo scopo, sia esso fatto, atto giuridico in senso stretto o negozio giuridico.

Pare al Collegio che emerga la necessità di ricomporre il quadro frammentato, che si è cercato di descrivere, con l'autorevolezza delle S.U., disponendo la trasmissione degli atti al Primo Presidente.

La prova del contestato conferimento dell'incarico e del compenso grava sull'attore

Cassazione civile, Sez. II, 3 gennaio 2017, n. 8 – Pres. Bucciantè – Est. Falaschi – P.M. Sgroi (conf.) – Caio c. Inim – Interventi immobiliari s.r.l.

Prova in genere (in materia civile) – Accordo pattizio con conferimento di incarico – Contestato dalla controparte – Richiesta di compenso – Onere della prova a carico dell'attore

La questione: la prova dell'avvenuto conferimento dell'incarico, quando il diritto al compenso sia dalla convenuta contestato, come nella specie, sotto il profilo della mancata instaurazione di un simile rapporto, non può che gravare sull'attore, così come compete esclusivamente al giudice del merito valutare se, nel caso concreto, questa prova possa o meno ritenersi fornita, sottraendosi il risultato del relativo accertamento, se adeguatamente e coerentemente motivato, al sindacato di legittimità.

Il fatto. Caio evoca, dinanzi al Tribunale di Firenze, la INIM – Interventi Immobiliari s.r.l. esponendo di avere predisposto nell'interesse della società convenuta un *financing project* per la realizzazione di una residenza per studenti nel Comune di Sesto Fiorentino per conto dell'Università di Firenze e n. 32 *financing project* per alloggi di servizio per il Ministero della difesa, senza però ricevere alcun compenso e pertanto ne chiedeva la condanna al pagamento del corrispettivo di Euro 354.702,37, oltre accessori.

Instaurato il contraddittorio, nella resistenza della convenuta, la quale assume di non avere mai intrattenuto rapporti con l'attore, il Tribunale adito rigetta la domanda.

In virtù di rituale appello interposto da Caio, la Corte di appello di Firenze, nella resistenza della appellata, respinge il gravame e per l'effetto conferma la sentenza del primo giudice.

A sostegno della decisione adottata la corte territoriale afferma di condividere la statuizione del giudice di prime cure secondo il quale la sola produzione di n. 68 documenti non costituiva prova del conferimento dell'incarico, emergendo la inidoneità sia dal contenuto sia dalla provenienza degli stessi. Inoltre, osservava che la confutazione dell'appellante della statuizione secondo cui obbligato al pagamento del corrispettivo era il soggetto che gli aveva conferito l'incarico e non il diverso soggetto nell'interesse del quale la prestazione professionale corrispondeva, impostazione difensiva ribadita anche in appello, non era supportata da prova laddove lo stesso appellante affermava che l'incarico era stato "pacificamente" conferito dalla SO CET e tale società, controllante della INIM, avrebbe associato all'affare la INIM. Né le prove testimoniali articolate assolvevano all'incombente probatorio, vertendo su circostanze irrilevanti per essere finalizzate a provare il coinvolgimento della INIM nell'affare o comunque contenenti valutazioni. Le doglianze quanto alla valutazione dei documenti, infine, difettano del requisito di specificità di cui all'art. 342 c.p.c.

Avverso la indicata sentenza della Corte di appello Caio ha proposto ricorso per cassazione, cui ha replicato con controricorso la INIM.

La decisione. La pronuncia, in effetti, in conformità ad indirizzo giurisprudenziale (Cass., 27 gennaio 2010, n.

1741; Cass., 11 giugno 2014, n. 13206), cui va data in questa sede continuità, ha evidenziato come il committente di un'opera professionale, in quanto tale obbligato al pagamento del relativo compenso, non deve necessariamente essere individuato nel beneficiario della prestazione, ben potendo l'incarico provenire da un estraneo o da alcuni soltanto di più soggetti interessati. Dato atto della correttezza del principio affermato dalla corte di merito, essa è passata quindi all'esame delle condizioni in forza delle quali potesse dirsi o meno acquisita in atti la prova del conferimento dell'incarico da parte della INIM, pervenendo all'esclusione per non avere trovato alcun riscontro probatorio la ipotesi prospettata dall'appellante, non potendo rilevare al riguardo soltanto la circostanza dei rapporti che certamente intercorrevano fra la SO CET (sicuramente committente dell'incarico) e la INIM, né la mancata contestazione circa il conferimento dell'incarico da parte della convenuta/appellata che non costituiva necessariamente prova del conferimento dell'incarico.

Gli effetti. Il ricorrente, in sostanza, non indica quali siano i vizi in cui sarebbe incorso il giudice del merito nel non ammettere le prove orali articolate, ma convoglia l'analisi dei motivi di ricorso, sotto il profilo motivazionale, alla ricerca di una non consentita rivalutazione del materiale probatorio. D'altra parte già nella descrizione del fatto il giudice del gravame – riferendole come difese dell'appellata – ha dato atto che l'attore non aveva insistito in sede di precisazione delle conclusioni sulle prove orali articolate, che il giudice non aveva ammesso. Ha poi chiarito – nella parte motiva – di condividere, in quanto corretta, la decisione del primo giudice sulle prove testimoniali di cui alla memoria attorea del 29.09.2006, essendo relative a fatti irrilevanti, giacché finalizzati a provare il coinvolgimento dell'INIM nell'affare, ovvero implicavano valutazioni non consentite dei testi. A fronte di detta argomentazione nessuna specifica critica risulta mossa dal ricorrente.

Del pari priva di pregio risulta l'ultima censura.

La prova dell'avvenuto conferimento dell'incarico, quando il diritto al compenso sia dalla convenuta contestato, come nella specie, sotto il profilo della mancata instaurazione di un simile rapporto, non può che gravare sull'attore, così come compete esclusivamente al giudice del merito valutare se, nel caso concreto, questa prova possa o meno

ritenersi fornita, sottraendosi il risultato del relativo accertamento, se adeguatamente e coerentemente motivato, al sindacato di legittimità. Ora, il giudizio negativo espresso dal giudice d'appello, all'esito di una compiuta disamina delle risultanze probatorie processuali, sull'assolvimento di siffatto onere nel caso di specie, si sottrae alle censure di vizio della motivazione formulate dal ricorrente. Invero, nessuna delle circostanze che si assumono da quel giudice erroneamente valutate, ha rivestito valore decisivo nella formazione del suo convincimento, onde l'irrelevanza di un eventuale errore commesso nella valutazione del singolo loro peso probatorio. Tutte, per converso, risultano essere state ritenute globalmente inidonee, considerate nella loro connessione logica, cronologica e spaziale, a provare che l'attività di "financing project" predisposta dal dott. B., avesse fatto seguito al conferimento diretto o indiretto,

espresso o tacito, di un corrispondente incarico da parte della INIM, con la giustificazione degli stessi rapporti professionali con la SOJET, che aveva espressamente richiesto o sollecitato il suo impegno. Nella trama argomentativa della sentenza (cfr. pag. da 5 a 6) non si ravvisano, quindi, le lacune e le contraddizioni denunziate dal ricorrente, risultando invece il criticato convincimento sorretto da una motivazione ampia, adeguata e corretta.

Inoltre il motivo difetta di specificità, perché il ricorrente poggia il suo percorso argomentativo su una pluralità di documenti solo richiamati, senza allegarli al ricorso o trascriverne il contenuto, sollecitando in tal modo la Corte di Cassazione alla ricerca di essi, attività certamente preclusa nel giudizio di legittimità.

In conclusione, per le ragioni sopra esposte, il ricorso deve essere rigettato.

Il contratto di locazione di immobile non registrato è nullo e il locatore non può chiedere il fitto

Cassazione civile, Sez. III, 13 dicembre 2016, n. 25503 – Pres. Ambrosio – Est. Rossetti – Mevio c. Caia.

Contratto in genere – Contratto di locazione – La nuova legge sulla mancata registrazione influisce sulla validità del contratto

La questione: ai sensi della L. 30 dicembre 2004, n. 311, art. 1, 346° comma, i contratti di locazione di immobili, comunque stipulati, sono nulli se, ricorrendone i presupposti, non sono registrati, sicché la prestazione compiuta in esecuzione d'un contratto nullo costituisce un indebito oggettivo, regolato dall'art. 2033 c.c. e l'eventuale irripetibilità di quella prestazione potrà attribuire al proprietario il diritto al risarcimento del danno *ex art.* 2043 c.c., od al pagamento dell'ingiustificato arricchimento *ex art.* 2041 c.c.

Il fatto. Nel 2010 Mevio, convenne dinanzi al Tribunale di Ravenna, Caia, allegando che la propria madre, aveva stipulato con Caia nel 2007 un contratto di locazione di immobile ad uso non abitativo e che Caia non aveva mai pagato il canone. Chiese pertanto la risoluzione del contratto ed il risarcimento del danno da illegittima occupazione.

La convenuta si costituì eccependo di non avere mai stipulato alcun contratto di locazione, ma solo di averne concordato la futura stipula.

Il Tribunale di Ravenna accolse la domanda e la Corte d'appello di Bologna, adita dalla soccombente, rigettò il gravame ritenendo che il contratto di locazione era stato concluso, ma era inefficace perché non registrato. Tuttavia l'inefficacia del contratto non esimeva l'occupante dall'obbligo di pagamento del canone pattuito, "come corrispettivo della detenzione intrinsecamente irripetibile".

Avverso la sentenza d'appello ha proposto ricorso per cassazione Caia. Ha resistito con controricorso Mevio.

La decisione. La ricorrente pone due censure alla sentenza impugnata: con la prima invoca la nullità del contratto di locazione, perché mai registrato ai sensi della L. 30 dicembre 2004, n. 311, art. 1, 346° comma; con la seconda deduce che il contratto di locazione era comunque inesistente, perché non vi fu alcun accordo delle parti in tal senso. Si sostiene che nulla pertanto Caia doveva a Mevio, non essendo mai sorto tra la prima e la dante causa del secondo, alcun vincolo giuridico.

Infondato è il ricorso nella parte in cui lamenta che la Corte d'appello avrebbe erroneamente ritenuto esistente un contratto mai concluso, in quanto lo stabilire se vi sia

stato o meno un incontro contrattuale, è un accertamento di fatto, non sindacabile in sede di Cassazione. Fondato è invece il ricorso nella parte in cui lamenta che la Corte d'appello avrebbe trascurato di rilevare la nullità del contratto di locazione perché non registrato, non essendo in contestazione tra le parti che il contratto di locazione che la Corte d'appello ritenne stipulato non fu mai registrato.

La L. 30 dicembre 2004, n. 311, art.1, 346° comma, stabilisce che "i contratti di locazione sono nulli se, ricorrendone i presupposti, non sono registrati". La volontà della legge non consente alcun dubbio sul precetto che esprime: un contratto di locazione non registrato è giuridicamente nullo. Al contrario, la App. Bologna ha ritenuto che nella specie il contratto oggetto del giudizio sia valido, ma inefficace, sul presupposto che la registrazione del contratto prevista dalla norma appena citata fosse una *condicio iuris* di efficacia del contratto. Questa interpretazione della L. n. 311/2004, art. 1, 346° comma, non può essere condivisa. Non solo per l'insuperabile argomento letterale, ma anche alla luce dell'autorevole lettura che della norma in esame ha dato la Corte costituzionale (5 dicembre 2007, n. 420), secondo cui la norma in esame ha elevato "la norma tributaria al rango di norma imperativa, la violazione della quale determina la nullità del negozio ai sensi dell'art. 1418 c.c."

Gli effetti. Dal mancato rilievo della nullità del contratto sono scaturiti altri due errori di diritto commessi dalla sentenza impugnata, ovvero: 1) l'aver applicato al caso di specie l'art. 1458 c.c., norma che disciplina la risoluzione per inadempimento dei contratti di durata, e non gli effetti della nullità, i quali sono invece regolati dalle norme sul-

l'indebito oggettivo, da quelle sul risarcimento del danno aquiliano (in presenza degli altri presupposti dell'art. 2043 c.c.), ovvero da quelle sull'ingiustificato arricchimento (art. 2041 c.c.), come misura residuale; 2) l'aver equiparato l'obbligo di pagare il canone, scaturente dal contratto voluto dalle parti, con l'obbligo di indennizzare il proprietario per la perduta disponibilità dell'immobile, scaturente dalla legge e pari all'impoverimento subito.

La sentenza impugnata va dunque cassata con rinvio alla

App. Bologna, la quale si atterrà ai seguenti principi di diritto: a) il contratto di locazione non registrato è nullo ai sensi della L. 30 dicembre 2004, n. 311, art. 1, 346° comma; b) la prestazione compiuta in esecuzione d'un contratto nullo costituisce un indebito oggettivo, regolato dall'art. 2033 c.c., mentre l'eventuale irripetibilità della prestazione potrà attribuire *al solvens*, il diritto al risarcimento del danno *ex art. 2043 c.c.*, o il pagamento dell'ingiustificato arricchimento *ex art. 2041 c.c.*

Recentissime Cassazione penale

a cura di Giuseppe Santalucia

Procedimento di prevenzione e opposizione allo stato passivo: necessità del difensore

Cassazione penale, Sez. V, 27 gennaio 2017 (ud. 4 novembre 2016), n. 4161 – Pres. Bruno – Est. Fidanzia – P.M. Cardia (conf.) – F.

Sicurezza pubblica – Misure di prevenzione – Confisca di prevenzione – Terzo creditore – Ammissione allo stato passivo – Esclusione – Opposizione – Ministero del difensore – Necessità – Ragioni

La questione: se l'opposizione al provvedimento di esclusione di un credito dallo stato passivo di un procedimento di prevenzione possa essere proposta personalmente dal creditore o se occorra, per la proposizione, il ministero di un difensore.

Il fatto. Il Tribunale di Trapani, sezione per l'applicazione delle misure di prevenzione, ha dichiarato l'inammissibilità dell'opposizione proposta da un creditore avverso il verbale di accertamento crediti redatto *ex art. 57, D. Lgs. n. 159/2011* dal giudice delegato del procedimento di prevenzione, che aveva rigettato la richiesta di inserimento dei crediti relativi a compensi per l'attività di custode giudiziario, componente del consiglio di amministrazione ed amministratore unico e liquidatore di una società.

Il Tribunale ha motivato la dichiarazione di inammissibilità sul rilievo che l'opposizione era stata proposta con memoria personale e non, trattandosi di atto giudiziario, con il ministero del difensore.

Ha proposto ricorso per cassazione il difensore del creditore opponente, denunciando violazione di legge.

Ha lamentato che la decisione contrasta con la previsione di cui all'art. 59, 6° comma, D.Lgs. n. 159/2011, che attribuisce ai creditori esclusi il diritto di proporre opposizione con ricorso al Tribunale e di impugnare nello stesso termine e con le stesse modalità i crediti ammessi.

Ha quindi aggiunto che il legislatore ha taciuto sul contenuto del ricorso in opposizione e, a differenza di quanto previsto per l'impugnazione dello stato passivo fallimentare, ha previsto un gravame a critica libera, esonerando dall'obbligo di formulazione di motivi specifici o di eccezioni di rito e di merito entro termini perentori predeterminati.

La decisione. La Corte di cassazione dichiara l'inammissibilità del ricorso per le ragioni di seguito esposte.

Afferma che l'opposizione, con la quale il terzo – asseritamente titolare di un credito maturato antecedentemente al sequestro – impugna l'esclusione del proprio credito dalla definizione dello stato passivo, deve essere necessariamente proposta con il ministero del difensore.

Trova infatti applicazione il principio generale di cui all'art. 82 c.p.c., secondo cui, salvi i casi in cui la legge dispone altrimenti, davanti al Tribunale e alla Corte di appello le parti stanno in giudizio con il ministero di un procuratore legalmente esercente.

Il principio non può essere derogato sol perché l'art. 59, D.Lgs. n. 159/2011 prevede, per la discussione delle opposizioni dei creditori esclusi, un rito camerale.

Anche nei procedimenti camerali che, come nel caso di specie, risolvono controversie su diritti soggettivi, è necessario il ministero di un difensore, ai sensi dell'art. 82 c.p.c.

Non è dubbio che, quando la legge consente alle parti di stare in giudizio personalmente, essa fa uso di termini non equivoci.

Ciò avviene, per effetto di clausole chiare, in riguardo alle cause di lavoro dal valore modesto dinnanzi al Tribunale, alle opposizioni alle ordinanze ingiunzioni, ai giudizi innanzi al giudice di pace nelle controversie dal valore non eccedente 516,46.

Per una tesi diversa non assume significato il disposto dell'art. 59, 8° comma, D.Lgs. n. 159/2011, secondo cui,

all'udienza camerale di opposizione ciascuna parte può svolgere con l'assistenza del difensore le proprie deduzioni.

Con tale inciso il legislatore ha inteso distinguere la fase dell'udienza di verifica dello stato passivo, in cui gli interessati possono farsi assistere dal difensore, da quella successiva di opposizione, in cui l'assistenza in udienza del difensore è assolutamente necessaria.

Neppure rileva che, a differenza che nell'opposizione allo stato passivo nella procedura fallimentare, nell'opposizione del procedimento di prevenzione il gravame sia a critica libera e l'opponente non abbia l'onere di articolare motivi specifici o di osservare rigidi adempimenti formali.

Anche i procedimenti in camera di consiglio *ex art. 737 e segg. c.p.c.* prevedono un gravame a critica libera e non sono sottoposti a rigide scansioni processuali. Non per questo, però, se danno luogo ad un vero e proprio giudizio contenzioso per la risoluzione di conflitti su diritti, possono essere instaurati senza il ministero del difensore.

Gli effetti. Sulla scorta dei rilievi sopra riassunti, la Corte di cassazione ha dichiarato l'inammissibilità del ricorso e per l'effetto ha condannato il ricorrente al pagamento delle spese processuali e di una somma di denaro a favore della Cassa delle ammende.

Il fermo del codice antimafia e le misure coercitive in deroga ai limiti di applicabilità

Cassazione penale, Sez. II, 18 gennaio 2017 (ud. 7 dicembre 2016), n. 2487 – Pres. Diotallevi – Est. Pazzi – P.M. Tocci (conf.) – F.

Sicurezza pubblica – Misure di prevenzione – Fermo – Convalida – Condizioni di applicabilità della misura *ex art. 274, 1° comma, lett. c) e 280 c.p.p.* – Assenza – Legittimità della misura coercitiva in esito a convalida del fermo – Esclusione – Ragioni

La questione: se la previsione del fermo dei destinatari delle misure di prevenzione in riferimento a reati per i quali è possibile l'arresto facoltativo in flagranza, anche se non rientrano nei limiti edittali previsti in via generale per il fermo di indiziati di delitto, consenta l'applicazione, all'esito della convalida, di una misura coercitiva in deroga alle condizioni di applicabilità di cui all'art. 274, 1° comma, lett. c), e 280 c.p.p.

Il fatto. Il Tribunale di Venezia ha rigettato l'appello del procuratore della Repubblica di Padova contro l'ordinanza del giudice per le indagini preliminari del locale Tribunale, di rigetto della richiesta di applicazione di una misura coercitiva nei confronti dell'indagato, sottoposto a fermo di polizia ai sensi dell'art. 77, D.Lgs. n. 159/2011.

Entrambi i provvedimenti di rigetto sono stati motivati sul rilievo che l'art. 391, 5° comma, c.p.p. limita l'applicazione delle deroghe in esso contenute, in riguardo ai limiti di applicabilità delle misure coercitive, esclusivamente ai casi di arresto in flagranza.

Stabilisce infatti l'art. 391, 5° comma, c.p.p., che, “quando l'arresto è stato eseguito per uno dei delitti indicati nell'art. 381, 2° comma, ovvero per uno dei delitti per i quali è consentito anche fuori dai casi di flagranza, l'applicazione della misura è disposta anche al di fuori dei limiti di pena previsti dagli artt. 274, 1° comma, lett. c) e 280”.

Ha proposto ricorso per cassazione il procuratore della Repubblica di Padova, denunciando il vizio di violazione di legge. Ha in particolare affermato che, a meno di non voler svuotare di contenuto la norma di cui all'art. 77, D.Lgs. n. 159/2011, che abilita al fermo dei soggetti destinatari di una misura di prevenzione “anche al di fuori dei limiti di cui all'art. 384 c.p.p., purché si tratti di reato per il quale è consentito l'arresto facoltativo in flagranza ai sensi dell'art. 381 del medesimo codice”, si deve accogliere un'interpretazione estensiva, in forza della quale il rinvio ai reati per i quali è consentito l'arresto facoltativo in flagranza deve intendersi esteso anche alla possibilità, nei medesimi casi, di applicazione di misure coercitive.

La decisione. La Corte di cassazione ritiene l'infondatezza del ricorso per le ragioni di seguito esposte.

Rileva anzitutto che la previsione del fermo dei destinatari della misura di prevenzione è stata intesa dalla giurisprudenza di legittimità come derogativa soltanto dei limiti di pena di cui all'art. 384, 1° comma, c.p.p., ossia dei limiti di pena per l'adozione del fermo di indiziato di delitto. Aggiunge che detta previsione è stata introdotta per ampliare i casi di fermo, senza però alcuna forza innovativa rispetto alla disciplina generale dell'istituto, in specie in merito alle condizioni necessarie per l'applicazione di misure coercitive a seguito della convalida.

Resta pertanto la limitazione di cui all'art. 391, 5° comma, c.p.p., secondo cui soltanto in caso di arresto per uno dei delitti di cui all'art. 381, 2° comma, c.p.p., ossia per i delitti nominativamente indicati per l'arresto facoltativo, ovvero per uno dei delitti per i quali è consentito l'arresto anche fuori dei casi di flagranza, l'applicazione della misura coercitiva è disposta anche al di fuori dei limiti di pena di cui all'art. 274, 1° comma, lett. c) e 280 c.p.p. Non anche in caso di fermo.

Un'interpretazione estensiva non è possibile, per non frustrare la *ratio legis*, individuabile nella estensione delle ipotesi in cui è consentito il fermo, inalterata la disciplina generale dell'istituto. Le norme processuali che attengono a diritti fondamentali, quale è quello della libertà personale, non sono suscettibili di interpretazione estensiva *in malam partem*.

Gli effetti. Sulla scorta dei rilievi sopra riassunti, la Corte di cassazione ha rigettato il ricorso ed ha pertanto condannato il ricorrente al pagamento delle spese processuali.

Riforma in appello dell'assoluzione, senza rinnovazione dell'esame dei periti

Cassazione penale, Sez. V, 13 gennaio 2017 (ud. 14 settembre 2016), n. 1691 – Pres. Lapalorcia – Est. Morelli – P.M. Di Leo (diff.) – A. ed altri.

Impugnazioni in materia penale – Appello – Dibattimento – Rinnovazione dell'istruzione – Riforma sentenza di assoluzione – Diverso apprezzamento di dichiarazioni consulenti tecnici del p.m. – Principi della Convenzione E.d.u. – Rinnovazione dibattimentale – Necessità – Esclusione – Ragioni

La questione: se l'obbligo di rinnovazione della prova dichiarativa, che grava sul giudice di appello in caso di riforma di una sentenza di assoluzione, abbia riguardo anche all'esame dei periti e consulenti tecnici sentiti nel corso del dibattimento di primo grado.

Il fatto. La Corte di assise di appello di Catanzaro ha riformato la sentenza di assoluzione emessa dalla locale Corte di assise nei confronti di due degli imputati, specificamente condannandole per l'omicidio colposo della vittima, causato dall'errore diagnostico in cui le stesse, medici addetti al Pronto soccorso dell'ospedale di quella città, erano incorse, non rilevando la sussistenza della frattura del femore.

Detta frattura era stata poi accertata in occasione di un secondo ricovero a distanza di molti giorni, ricovero determinato dai forti dolori che la vittima avvertiva. Sottoposta ad intervento chirurgico, questa era deceduta.

La Corte di assise, pur affermando l'esistenza di un errore diagnostico, aveva escluso che vi fosse prova certa del nesso causale tra tale condotta e la morte della paziente, facendo in tal senso proprie le conclusioni dei consulenti tecnici del pubblico ministero, secondo cui il decorso delle condizioni della vittima non era quello tipico della diagnosi tardiva della frattura del femore.

La Corte di assise di appello ha invece ritenuto, senza disporre perizia e senza procedere all'audizione dei consulenti tecnici nominati dal pubblico ministero, che l'errore diagnostico aveva determinato una prolungata immobilizzazione da allettamento, a cui erano seguite le complicanze polmonari che costituiscono una delle conseguenze tipicamente associate al ritardo nell'esecuzione del trattamento chirurgico delle fratture del femore.

Avverso la sentenza hanno proposto ricorso le imputate, lamentando tra l'altro la violazione dell'art. 111 Cost. e dell'art. 533 c.p.p., nonché dell'art. 6 Cedu; hanno argomentato dal fatto che la Corte di assise di appello ha modificato la sentenza di assoluzione pronunciata in primo grado dopo aver rigettato la richiesta di riapertura dell'istruzione proposta dal pubblico ministero e diretta ad una nuova consulenza tecnica, senza procedere ad una nuova audizione dei consulenti del pubblico ministero, dalle cui conclusioni si è discostata, ritenendole “edulcorate” in vantaggio degli imputati.

La decisione. La Corte di cassazione ritiene il ricorso infondato, per le ragioni di seguito esposte.

Ricorda anzitutto i contenuti di Sez. un., 28 aprile 2016 n. 27620, D., in *C.E.D. Cass.*, n. 267486, secondo cui “la necessità per il giudice dell'appello di procedere, anche d'ufficio, alla rinnovazione dibattimentale della prova dichiarativa nel caso di riforma della sentenza di assoluzione sulla base di un diverso apprezzamento dell'attendibilità di una dichiarazione ritenuta decisiva, non consente distinzioni a seconda della qualità soggettiva del dichiarante e vale: a) per il testimone “puro”; b) per quello c.d. assistito; c) per

il coimputato in procedimento connesso; d) per il coimputato nello stesso procedimento (fermo restando che, in questi ultimi due casi, l'eventuale rifiuto di sottoporsi all'esame non potrà comportare conseguenze pregiudizievoli per l'imputato); e) per il soggetto “vulnerabile” (salva la valutazione del giudice sulla indefettibile necessità di sottoporre il soggetto debole, sia pure con le dovute cautele, ad un ulteriore stress); f) per l'imputato che abbia reso dichiarazioni “in causa propria” (dal cui rifiuto non potrebbe, tuttavia, conseguire alcuna preclusione all'accoglimento della impugnazione)”.

Osserva che le Sezioni unite non hanno menzionato, tra le varie figure di dichiaranti che danno corpo alla prova dichiarativa, i periti e i consulenti tecnici, seppure questi in dibattimento assumano la veste del testimone. La loro relazione, infatti, forma parte integrante della deposizione; essi, infatti, sono chiamati a dare un parere tecnico rispetto al quale il giudice può discostarsi purché argomenti congruamente la propria diversa opinione.

La loro posizione non è quindi pienamente assimilabile al concetto di prova dichiarativa di cui alla menzionata sentenza delle Sezioni unite.

La Corte rileva poi che tra le due sentenze di merito v'è piena concordanza circa l'esistenza di un errore diagnostico e di una sofferenza polmonare come causa della morte; il punto di divergenza è costituito dal nesso causale tra errore diagnostico e decesso. La Corte di assise di appello ha, per questo aspetto, ribaltato il ragionamento del giudice di primo grado, sulla scorta di elementi di fatto e di considerazioni logiche tratte dalle consulenze scritte e dalle deposizioni rese dai consulenti nel giudizio di primo grado. Essa ha fondato il proprio giudizio su elementi e circostanze già valutati dal primo giudice, discostandosi, con adeguata argomentazione, dal precedente giudizio soltanto con riferimento a talune osservazioni dei consulenti in dibattimento. Deve dunque prendersi atto che non si è di fronte ad un caso in cui la riforma della sentenza si è fondata esclusivamente o in modo determinante sulla rilettura della prova dichiarativa.

Si può comunque concludere che la *reformatio in peius*, in assenza di una rinnovazione dell'istruttoria con la nuova escussione dei consulenti e lo svolgimento di una perizia medico-legale, non viola il diritto convenzionale al giusto processo, attesa la peculiarità della prova testimoniale costituita dalle deposizioni di periti e consulenti.

Gli effetti. Sulla scorta dei rilievi sopra riassunti, la Corte di cassazione ha rigettato il ricorso ed ha condannato le imputate, singolarmente, al pagamento delle spese processuali.

Recentissime Consiglio di Stato

a cura di Claudio Contessa

■ Informativa antimafia, recesso dal contratto e ricadute processuali

Consiglio di Stato, Sez. III, 26 gennaio 2017, n. 319 – Pres. Lipari – Est. Nocelli – G.O.R.I. s.p.a. – Ministero dell'Interno.

Contratti della P.A. – Recesso dal contratto a seguito di informativa interdittiva antimafia ex art. 92, D.Lgs. 159/2011 – Dimidiazione dei termini processuali – Esclusione – Sussistenza della giurisdizione del G.A.

La questione: nel caso di impugnativa in sede giurisdizionale del provvedimento con cui la P.A. ha disposto il recesso (pubblicistico) dal contratto di appalto a causa di un'interdittiva antimafia resa nei confronti dell'appaltatore si applica la dimidiazione dei termini processuali di cui all'art. 120 del c.p.a.?

Nelle medesime ipotesi deve ritenersi sussistente la giurisdizione del G.A. oppure quella del G.O. relativa alle vicende occorse durante l'esecuzione del contratto?

Il fatto. Nell'ottobre del 2015 il Prefetto di Napoli adotta un'ordinanza interdittiva antimafia (art. 92 del "Codice delle leggi antimafia" – D.Lgs. n. 159/2011) a carico di un'impresa che qualche tempo prima aveva stipulato un contratto avente ad oggetto lavori di manutenzione di reti idriche e fognarie con la G.O.R.I. s.p.a. (si tratta del soggetto gestore del Servizio Idrico Integrato dell'Ambito Distrettuale Sarnese-Vesuviano della Campania).

Una volta venuta a conoscenza dell'informativa interdittiva che ha colpito l'appaltatore, la G.O.R.I. s.p.a. dispone il recesso (pubblicistico) dal contratto di appalto concluso con l'operatore nei cui confronti sussistono rilevanti indizi di infiltrazione mafiosa (artt. 67 e 95 del "Codice delle leggi antimafia" del 2011).

Con due distinti ricorsi l'impresa interessata (il Consorzio G.O.) impugna dinanzi al T.A.R. della Campania *sia* l'informativa interdittiva prefettizia, *sia* il provvedimento che ha disposto il recesso dal contratto.

Con due distinte sentenze (la num. 2220/2016 e la num. 2732/2016) i Giudici campani accolgono il ricorso e annullano i provvedimenti pregiudizievoli.

Le sentenze in questione vengono quindi impugnate dalla G.O.R.I. s.p.a. dinanzi al Consiglio di Stato il quale dispone la riunione dei due ricorsi e li definisce con la sentenza in esame.

La decisione. I Giudici di Palazzo Spada devono in primo luogo esaminare l'eccezione di tardività dell'appello incidentale proposto dal Ministero dell'Interno avverso la sentenza che ha annullato l'informativa interdittiva dell'ottobre 2015.

Il consorzio vittorioso in primo grado eccepisce al riguardo che l'appello incidentale debba essere dichiarato tardivo in quanto proposto dal Ministero oltre il termine (dimidiazione) di 30 giorni dalla notifica della sentenza che nel caso di specie risulterebbe applicabile.

E il termine per l'appello dovrebbe essere necessariamente sottoposto a dimidiazione trattandosi di un'impugnativa avverso atti comunque inerenti una procedura di appalto

per la quale operano le note disposizioni acceleratorie di cui all'art. 120 c.p.a.

L'eccezione non viene condivisa dal Collegio.

I Giudici di Palazzo Spada, infatti, osservano che, nel caso di impugnativa avverso un provvedimento di recesso dal contratto di appalto disposto per ragioni di potenziale condizionamento malavitoso dell'appaltatore, non sussistono le esigenze di particolare celerità che tipicamente caratterizzano il contenzioso in tema di aggiudicazione degli appalti.

Pur dando atto dell'esistenza di un diverso orientamento (Cons. Stato, IV, 3247/2016), il Collegio osserva infatti che nell'ipotesi di recesso conseguente all'informativa non vengono impugnati, unitamente all'informativa antimafia, atti inerenti alla procedura di gara, di cui all'art. 119 c.p.a., per i quali sussiste l'interesse pubblico specifico alla sollecita definizione delle relative controversie, sotteso alla disposizione che dimezza i termini processuali (in tal senso – *ex multis* –: Cons. Stato, III, sentenza n. 3754/2016).

Del resto, "la soggezione alla disciplina degli artt. 119 e 120 c.p.a. in tanto si giustifica in quanto venga in rilievo, e sia impugnato, un atto riconducibile all'esercizio (o al mancato) esercizio del potere di scelta, da parte dell'Amministrazione, in una procedura di gara". Al contrario, nel caso in esame si fa questione di un provvedimento (quello di recesso) che nulla ha a che vedere con la procedura di scelta del contraente.

L'eccezione di tardività viene quindi respinta.

In via pregiudiziale, poi, il Collegio esamina la questione della spettanza della controversia alla giurisdizione del G.A. sollevata dalla G.O.R.I. s.p.a.

Secondo l'appellante, infatti, la controversia in questione spetterebbe alla giurisdizione del G.O. in quanto avente ad oggetto (non già la fase – pubblicistica – dell'aggiudicazione della gara, bensì) la fase – privatistica – di esecuzione del rapporto contrattuale.

Il Collegio respinge tuttavia l'eccezione in questione e conferma la sussistenza della giurisdizione del G.A.

Osservano al riguardo i Giudici di Palazzo Spada che nel caso in esame non risulta esercitato il diritto di recesso –

per così dire: “tipico” – di cui all’art. 134 del previgente “Codice dei contratti”, bensì il (diverso) potere di recesso dall’appalto che è espressione di una speciale potestà pubblicistica conferita alla stazione appaltante in esito all’emissione dell’informativa antimafia ai sensi dell’art. 95, D.Lgs. n. 159/2011.

Del resto, la stessa giurisprudenza della Corte di cassazione (*ex plurimis*, Cass., Sez. un., ord. 21928/2008) ha costantemente riconosciuto che la deliberazione di recesso dal contratto di appalto ai sensi dell’art. 92, 4° comma, del “Codice delle leggi antimafia”, costituisce espressione di un potere di valutazione di natura pubblicistica, diretto a soddisfare “l’esigenza di evitare la costituzione o il mantenimento di rapporti contrattuali, fra i soggetti indicati nell’art. 1 del medesimo D.P.R.” e le imprese, nei cui

confronti emergano sospetti di legami con la criminalità organizzata.

Viene quindi confermata la giurisdizione del G.A.

Gli effetti. Per effetto della sentenza in questione viene chiarito che, in caso di impugnativa in sede giurisdizionale del provvedimento che dispone il recesso dal contratto di appalto a seguito di un’informativa interdittiva che ha colpito l’appaltatore, i termini processuali non soggiacciono alla dimidiazione tipica del contenzioso avverso gli atti delle pubbliche gare.

Viene altresì chiarito che le controversie in questione spettano alla giurisdizione del G.A. venendo comunque in rilievo provvedimenti che rappresentano esplicitazione di una potestà tipicamente pubblicistica.

Provedimento amministrativo tardivo e danno da disturbo

Consiglio di Stato, Sez. IV, 25 gennaio 2017, n. 296 – Pres. Patroni Griffi – Est. Greco – A.P. e altro – Comune di Guidonia Montecelio.

Atti amministrativi – Danni cagionati dall’esercizio dell’attività amministrativa – Danno da disturbo – Illegittima compressione di facoltà di cui il soggetto sia titolare – Esclusione nel caso di provvedimento di sospensione di attività edilizia *ab initio* assistita da un titolo legittimo ma successivamente realizzata in difformità dal titolo

La questione: può invocare il c.d. “danno da disturbo” (a fronte di un provvedimento amministrativo favorevole ma adottato con notevole ritardo) il soggetto che abbia inizialmente posto in essere condotte antigiuridiche correttamente sanzionate dall’amministrazione con provvedimenti che in seguito siano stati solo tardivamente rimossi?

Il fatto. I signori A.P. e V.P., proprietari di un’area nel Comune di Guidonia Montecelio, ottengono un regolare permesso di costruire per la realizzazione di un fabbricato ad uso abitativo composto di più piani.

Nell’agosto del 1999, tuttavia, il Comune rileva che gli stessi abbiano realizzato opere in parziale difformità rispetto al titolo edilizio e ordina pertanto l’immediata sospensione dei lavori.

A questo punto della vicenda (settembre del 1999) i signori A.P. e V.P. chiedono al Comune il rilascio di un permesso di costruire in sanatoria ai sensi dell’art. 34 del T.U. Edilizia n. 380/2001 (si tratta della disposizione che consente, in caso di parziale difformità dell’edificato rispetto al titolo edilizio, di evitare la demolizione dell’abuso quando la stessa non possa avvenire senza pregiudizio della parte eseguita in conformità).

Il Comune, tuttavia, impiega un tempo estremamente lungo per esaminare ed assentire l’istanza di rilascio del titolo in sanatoria, provvedendovi solo nel luglio del 2006 (*i.e.*: a circa sette anni di distanza dal provvedimento che aveva imposto la sospensione dei lavori).

A questo punto della vicenda gli interessati adiscono il T.A.R. Lazio per ottenere il ristoro del “danno da disturbo” e del “danno da ritardo” che essi avrebbero patito in conseguenza del contegno serbato dal Comune nel corso della complessiva vicenda.

Il Tribunale amministrativo adito, tuttavia, dichiara il ricorso irricevibile per tardività.

In particolare, i Giudici romani ritengono che le disposizioni del c.p.a. (D.L. n. 104/2010) in tema di risarcimento del danno devono essere interpretate nel senso che, se il termine per proporre l’azione avverso il silenzio sia scaduto prima dell’entrata in vigore del “Codice” in questione (16

settembre 2010), il termine decadenziale di 120 giorni per la proposizione del ricorso risarcitorio *ex art.* 30 decorre- rebbe da tale data.

Tanto premesso, siccome il ricorso di primo grado è stato proposto oltre 120 giorni dopo l’entrata in vigore del nuovo “Codice”, il T.A.R. conclude nel senso della sua tardività.

La sentenza in questione viene quindi impugnata dai signori A.P. e V.P. dinanzi al Consiglio di Stato.

La decisione. Il Cons. Stato riforma la sentenza del T.A.R. per quanto riguarda la tempestività dell’azione risarcitoria proposta in primo grado ma, esaminata nel merito, la dichiara in gran parte infondata.

Per quanto riguarda in particolare la tempestività del primo ricorso, il Collegio richiama quanto statuito dall’Ad. Plen. con la sentenza n. 6/2015.

Si è affermato nell’occasione che il termine di 120 giorni per la proposizione del ricorso risarcitorio di cui all’art. 30 del c.p.a. non può trovare applicazione per le domande di risarcimento danni relative a fatti anteriori all’entrata in vigore del c.p.a. (come quella in esame). Le domande in questione restano quindi soggette al solo termine di prescrizione del diritto al risarcimento del danno (termine che nel caso in esame risulta pacificamente rispettato).

Per le medesime ragioni il Collegio non ritiene di aderire alla tesi del T.A.R. secondo cui, pur dandosi atto del carattere innovativo della richiamata disposizione codicistica, il termine di 120 giorni per la proposizione del ricorso risarcitorio troverebbe applicazione anche per le vicende pregresse, con l’unico temperamento che il *terminus a quo* decorrerebbe dalla data di entrata in vigore dello stesso codice.

Nel merito della *res controversa* il Cons. Stato dichiara infondata la domanda finalizzata al ristoro del c.d. “danno da disturbo” connesso all’adozione del provvedimento comunale di sospensione dell’attività edilizia (provvedimento rimosso dal Comune soltanto sette anni dopo).

Osserva al riguardo il Collegio che va esclusa in radice la configurabilità nel caso di specie di un danno “da disturbo”, nel senso individuato dalla giurisprudenza di pregiudizio derivante dall’illegittima compressione di facoltà di cui il privato cittadino sia titolare (cfr. Cons. Stato, V, 4312/2010).

Ed infatti, secondo i Giudici amministrativi, “se è vero che gli odierni istanti avevano avviato la propria attività edificatoria sulla base di un rituale permesso di costruire, la successiva attività repressiva del Comune (concretatasi nel già citato ordine di sospensione dei lavori nr. 300 del 13 agosto 1999, non impugnato a suo tempo) è dipesa dal fatto che in fase esecutiva erano stati realizzati degli abusi in difformità dal predetto titolo, abusi che hanno reso doveroso l’intervento dell’Amministrazione”.

Oltretutto, è dirimente ai fini del decidere il fatto che gli appellanti non abbiano tempestivamente impugnato l’ordine comunale di sospensione dell’attività edilizia del 1999, ragione per cui essi non possono in via di principio lamentare l’illegittimità di quell’ordine quale presupposto per

l’esperimento dell’azione risarcitoria (in tal senso: Ad. Plen. 3 del 2011).

Per quanto riguarda invece il ristoro del c.d. “danno da ritardo” (es.: blocco del cantiere, mancata percezione dei canoni di locazione) il Collegio accoglie solo parzialmente la domanda.

In particolare, il danno in questione non può essere riconosciuto per il lungo periodo di tempo (1999-2004) durante il quale la pratica di sanatoria non è stata esaminata a causa delle lacune documentali imputabili agli stessi richiedenti.

Al contrario, la condotta colpevolmente omissiva serbata dal Comune per il periodo che va dall’ottobre del 2004 al luglio del 2006 è foriera di un danno ingiusto che il Collegio provvede a liquidare utilizzando parametri equitativi.

Gli effetti. Per effetto della sentenza in esame viene ribadito che il c.d. “danno da disturbo” può essere invocato soltanto da colui che abbia subito da parte dell’amministrazione una compressione di (legittime) facoltà di cui sia titolare. Pertanto, il richiamato titolo di danno non può essere invocato dal soggetto che, pur in possesso *ab initio* di un legittimo titolo edilizio, abbia poi subito un provvedimento di interruzione dell’attività intrapresa in conseguenza di una condotta abusiva da lui stesso posta in essere.

Funzione nomofilattica e rinvio pregiudiziale alla CEDU

Consiglio di Stato, Sez. VI, 17 gennaio 2017, n. 167 (ordinanza) – Pres. Santoro – Est. Lageder – AGCM – WIND Telecomunicazioni.

Processo amministrativo – Funzione nomofilattica dell’Adunanza Plenaria (art. 99 c.p.a.) – Possibilità per la Sezione semplice che ritenga il principio di diritto sancito dall’Ad. Plen. contrastante con il diritto UE di rimettere la questione interpretativa alla CGUE ex art. 267 TFUE

La questione: Possono le Sezioni semplici di un Organo giurisdizionale di ultimo grado discostarsi dal principio di diritto (vincolante *ex lege*) espresso dall’Adunanza Plenaria o dalle Sezioni Unite di quello stesso Organo laddove ritengano che tale principio di diritto sia violativo del diritto UE, rimettendo al contempo la questione interpretativa alla CGUE ai sensi dell’art. 267 TFUE?

Il fatto. La complessa vicenda che ha dato origine all’ordinanza di rimessione in esame trae origine dalle difficoltà interpretative connesse alla distinzione fra pratiche commerciali scorrette (PCS – che rientrano nell’ambito di competenza dell’AGCM/*Antitrust* ai sensi del “Codice del consumo” n. 206/2005) e violazione dei diritti informativi degli utenti dei servizi di comunicazione elettronica ai sensi del Codice delle comunicazioni elettroniche n. 259/2003 (che rientrano nell’ambito di competenza dell’AGCom).

Occorre premettere che in tema di PCS (Dir. 2005/29/CE e artt. 20 e segg. del “Codice del consumo”) vige il *principio di specialità*, in base al quale la normativa generale in tema di PCS non trova applicazione quando la medesima fattispecie risulti regolata da disposizioni settoriali del diritto UE o dalle relative norme nazionali di recepimento (come quelle che regolano i diritti informativi degli utenti dei servizi di comunicazione elettronica ai sensi della Dir. 2002/22/UE e del “Codice delle comunicazioni elettroniche” del 2003, che ne dispone il recepimento al livello nazionale).

Con la sentenza n. 11 del 2012 l’Ad. Plen. del Cons. Stato aveva sancito in modo piuttosto netto, nei casi dubbi,

la prevalenza della normativa settoriale (Codice delle comunicazioni elettroniche del 2003) rispetto alla normativa generale (Codice del consumo del 2005) laddove la medesima condotta dell’operatore economico fosse idonea a violare *sia* la normativa in tema di PCS, *sia* la normativa in tema di diritti informativi degli utenti dei servizi di comunicazione elettronica.

In questo quadro generale si inserisce la vicenda di causa, che prende le mosse dal provvedimento del marzo 2012 con cui l’AGCM/*Antitrust* italiana sanziona la WIND Telecomunicazioni per aver realizzato in danno degli acquirenti di nuove schede SIM una pratica commerciale scorretta, consistente nell’attivazione di alcuni servizi a pagamento non richiesti, senza che al consumatore fossero fornite adeguate informazioni.

La sanzione viene impugnata dalla WIND Telecomunicazioni dinanzi al T.A.R. Lazio il quale accoglie il ricorso e annulla il provvedimento sanzionatorio ritenendo che l’AGCM/*Antitrust* fosse priva di competenza sanzionatoria. Ciò, in quanto la corretta applicazione del principio di specialità avrebbe piuttosto fissato la competenza dell’AGCom.

La sentenza in questione viene impugnata in appello dall'AGCM/Antitrust la quale lamenta che i primi Giudici abbiano erroneamente interpretato ed applicato il richiamato principio di specialità.

La decisione. La questione viene in un primo momento rimessa dalla Sesta Sezione all'Ad. Plen. la quale (con sentenza n. 4/2016) opera un parziale *revirement* rispetto al proprio precedente del 2012 e riconosce la *potestas decidendi* all'AGCM/Antitrust, declinando in modo diverso rispetto al passato il principio di specialità.

Secondo l'Ad. Plen., in particolare, la normativa UE e nazionale in tema di pratiche commerciali scorrette dovrebbe essere letta alla luce del principio di "specialità per progressione" o "per fattispecie".

In estrema sintesi, a fronte di un *deficit* informativo nei confronti del consumatore ed imputabile all'operatore economico: *i*) vi sarebbe violazione della normativa settoriale (con competenza dell'AGCom) laddove la violazione sia limitata ai soli profili informativi della vicenda; *ii*) al contrario, vi sarebbe violazione della generale normativa in tema di PCS (con competenza dell'AGCM/Antitrust) laddove la "progressione illecita" abbia realizzato anche gli estremi di una PCS.

L'Ad. Plen. non ritiene però di definire per intero la controversia e, avvalendosi della possibilità riconosciuta dall'art. 99 del c.p.a., rimette la questione alla Sezione semplice.

Gli esiti della vicenda sembrano a questo punto segnati in favore della tesi sostenuta dall'appellante AGCM/Antitrust. Tuttavia, i Giudici di appello (che nutrono dubbi circa la correttezza in termini di compatibilità con il diritto UE della soluzione offerta dall'Ad. Plen.) decidono di rimettere la questione interpretativa alla CGUE.

Sotto questo aspetto, la sentenza in esame risulta di particolare interesse in quanto rappresenta la prima applicazione concreta della possibilità rimessa ai Giudici di ultimo grado di discostarsi dalla forza vincolante del principio di diritto sancito dall'Ad. Plen. (ovvero dalle Sezioni unite – art. 99, 3° comma del c.p.a. e art. 374, 3° comma, c.p.c.) laddove ne ritengano la difformità rispetto agli obblighi rinvenienti dal diritto UE.

La possibilità in questione è stata recentemente risolta in senso affermativo dalla CGUE con la sentenza sul caso *Puligienica* del 5 aprile 2016 e, da ultimo, dalla sentenza Ad. Plen. n. 19/2016.

In questo modo è stato risolto l'apparente contrasto in senso sostanziale che sussiste fra:

– (da un lato) l'art. 99 c.p.a. (il quale impone alla Sezione semplice di conformarsi al principio di diritto sancito dall'Ad. Plen. ovvero di rimettere alla stessa la decisione della vicenda) e

– (dall'altro) l'art. 267 TFUE il quale impone al Giudice nazionale di ultima istanza – il quale nutra dubbi circa l'interpretazione e l'applicazione delle norme di diritto UE rilevanti per la sua decisione – l'obbligo di rimettere la questione interpretativa alla CGUE.

Ebbene, la Sesta Sezione, dubitando nei fatti della correttezza della soluzione offerta dall'Ad. Plen. 4 del 2016 alla questione dell'applicazione del principio di specialità, rimette alla Corte di Lussemburgo sette articolati quesiti interpretativi (che qui non vengono riportati per ragioni di brevità).

I quesiti in parola, comunque, attengono l'individuazione del corretto bilanciamento fra normativa generale in tema di PCS (Dir. 2005/29/CE) e normativa speciale in tema di diritti informativi degli utenti di servizi di comunicazione elettronica (Dir. 2002/22/UE) e, in via mediata, l'individuazione dell'Autorità nazionale di regolazione e vigilanza deputata a sanzionare le relative violazioni.

La questione risulta in tal modo ancora una volta rimessa ai Giudici eurounitari.

Gli effetti. Per effetto dell'ordinanza in esame, la Sesta Sezione del Cons. Stato si avvale per la prima volta del principio di diritto sancito dalla sentenza *Puligienica* della CGUE (aprile 2016) e, dubitando della compatibilità con il diritto UE del principio di diritto enunciato dall'Ad. Plen. con la sentenza n. 4 del 2016, rimette alla CGUE la questione interpretativa (relativa al campo di applicazione delle norme nazionali in tema di pratiche commerciali scorrette) che, pure, era stata risolta dall'Ad. Plen. con decisione in via di principio vincolante per le Sezioni semplici.

■ L'ACI Global è un organismo di diritto pubblico?

Consiglio di Stato, Sez. V, 16 gennaio 2017, n. 108 – Pres. Caringella – Est. Contessa – Ubiest s.p.a. – ACI Global s.p.a.

Contratti della P.A. – Giurisdizione amministrativa sugli atti delle gare indette da Organismi di diritto pubblico (art. 3, 1° comma, lett. d) del nuovo "Codice dei contratti") – Aggiudicazione disposta da una società interamente posseduta dall'ACI – Sussistenza del c.d. "requisito teleologico" nonostante l'operatività in un settore di attività aperto alla concorrenza

La questione: Si può ritenere che la società ACI Global (interamente partecipata dall'ACI) sia qualificabile come organismo di diritto pubblico ai sensi della c.d. "giurisprudenza *Mannesmann*" (con quanto ne consegue in termini di giurisdizione del Giudice amministrativo), ovvero si deve ritenere che essa risulti carente del c.d. "requisito teleologico" in quanto opera nel mercato tendenzialmente concorrenziale del soccorso stradale?

Il fatto. La Ubiest s.p.a., operante nel settore dell'informatica e delle comunicazioni, partecipa a una procedura di gara per l'aggiudicazione del servizio di tracciamento di veicoli indetta dalla ACI Global s.p.a. (società interamente partecipata dall'ACI).

Con ricorso proposto nel corso del 2015 dinanzi al T.A.R. Lazio, la Ubiest chiede l'annullamento degli atti con cui l'appalto è stato aggiudicato alla Telecom Italia s.p.a.

Con la sentenza n. 10100/2015 il Tribunale amministra-

tivo adito dichiara il ricorso di primo grado inammissibile per difetto di giurisdizione del Giudice amministrativo.

In particolare il T.A.R. ritiene nel caso in esame insussistenti i presupposti per individuare in ACI Global s.p.a. un "organismo di diritto pubblico" ai sensi del comma 26 dell'art. 3 del previgente "Codice dei contratti" (ora: art. 3, 1° comma, lett. d), D.Lgs. n. 50/2016).

Secondo i Giudici di via Flaminia, in particolare, la richiamata qualificazione dovrebbe essere esclusa in ragione della carenza del c.d. "secondo requisito *Mannesmann*" (ci si riferisce al fatto che l'organismo della cui natura si discute sia stato istituito "per soddisfare specificatamente esigenze di interesse generale, aventi carattere non industriale o commerciale").

Essi ritengono dirimente al riguardo il fatto che "nel comparto del soccorso stradale sussiste un mercato concorrenziale [ragione per cui] l'ACI Global non poteva in alcun modo essere considerata un organismo di diritto pubblico".

La sentenza in questione viene impugnata in appello dalla Ubiest la quale ne deduce l'erroneità e insiste perché sia dichiarata la giurisdizione dell'adito Giudice amministrativo.

La decisione. Il Consiglio di Stato accoglie l'appello, dichiara la giurisdizione del Giudice amministrativo e annulla con rinvio la sentenza di primo grado declinatoria della giurisdizione (art. 105 c.p.a.).

In particolare, secondo i Giudici di Palazzo Spada, la sussistenza della giurisdizione del G.A. emerge nel caso in esame dal fatto che la gara per cui è causa è stata indetta da un organismo (quale la società ACI Global s.p.a.) che è qualificabile – e in senso contrario a quanto ritenuto dal T.A.R. – come organismo di diritto pubblico.

È evidente, quindi, che il fulcro della questione consista nello stabilire se sussistano in capo alla società ACI Global i cc.dd. "requisiti *Mannesmann*", da ultimo trasfusi nell'art. 3, 1° comma, lett. d) del nuovo "Codice dei contratti" (D.Lgs. n. 50/2016).

Nessun dubbio sussiste, per i Giudici romani, circa la sussistenza in capo ad ACI Global del primo e del terzo "requisito *Mannesmann*" (ci si riferisce, rispettivamente: i) alla titolarità della personalità giuridica; ii) al fatto che la relativa attività "sia finanziata in modo maggioritario dallo Stato, dagli enti pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico oppure [che la] gestione sia soggetta al controllo di questi ultimi oppure il cui organo d'amministrazione, di direzione o di vigilanza sia costituito da membri dei quali più della metà è designata dallo Stato, dagli enti pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico").

Ci si deve domandare, quindi, se sussista altresì il c.d. "requisito teleologico" e – in particolare – se tale requisito possa dirsi sussistente nonostante il fatto che la società della

cui natura si discute opera in un settore (quale quello del soccorso stradale) tendenzialmente aperto alla concorrenza.

Il Cons. Stato richiama al riguardo la più recente giurisprudenza della Corte di Giustizia secondo cui se in linea generale i bisogni non aventi carattere industriale o commerciale si caratterizzano di norma per il fatto di non trovare una adeguata risposta nell'offerta degli operatori sul mercato, è nondimeno possibile che in alcuni casi detti bisogni possano presentare una qualche rilevanza economica, sì da indurre anche operatori economici privati a collocarsi nel settore (e senza che ciò incida sulla possibilità di qualificare l'organismo della cui natura si controverte come o.d.p.).

La Corte di Lussemburgo ha quindi sancito la non incompatibilità fra (da un lato) lo svolgimento di attività di impresa e l'operatività in settori contrassegnati a un'economia di mercato e (dall'altro) la qualificabilità dell'ente come organismo di diritto pubblico (in tal senso: CGUE, sentenza 9 giugno 2009 in causa C-480/06, *Commissione c. Germania*).

Ma una volta escluso che la sussistenza di un mercato in concorrenza escluda *ex se* la qualificabilità di un organismo come O.D.P., occorre effettuare un esame in concreto circa gli elementi che testimoniano l'esistenza di specifiche "esigenze di interesse generale [di] carattere non industriale o commerciale".

Ebbene, all'esito di un'indagine sulla struttura e sui caratteri di ACI Global, il Collegio conclude nel senso della sussistenza del c.d. "terzo requisito *Mannesmann*".

Depongono in particolare in tal senso:

- la circostanza per cui il soccorso stradale costituisce attività di pubblico e generale interesse (anche ai fini della qualificazione dell'organismo a ciò deputato come O.D.P.);
- il fatto che l'organismo in esame percepisca finanziamenti pubblici per il perseguimento delle attività di propria competenza;

- la circostanza per cui nel corso degli anni l'ACI, nella sua qualità di socio unico di ACI Global, abbia talora provveduto a ripianare le perdite di esercizio della società, in tal modo fornendo ulteriori elementi nel senso "dell'assenza di un effettivo e sostanziale rischio di impresa in capo alla stessa".

Viene quindi confermata la natura di O.D.P. di ACI Globale e, in via mediata, la giurisdizione del G.A. sugli atti delle gare dalla stessa infette.

Gli effetti. Per effetto della sentenza in rassegna viene sancita la sussistenza della giurisdizione amministrativa sugli atti della gara indetta da una società per azioni (quale ACI Global s.p.a.) che è da qualificare come organismo di diritto pubblico, nonostante operi in un settore tendenzialmente aperto alla concorrenza quale quello del soccorso stradale.

Recentissime Corti europee

a cura di Daniele Amoroso e Massimo Francesco Orzan*

Doppia incriminabilità e riconoscimento di una sentenza di condanna

Corte di Giustizia dell'Unione europea, Sez. IX, 17 gennaio 2017, causa C-189/15 – Pres. da Cruz Vilaça – Rel. Berger – Avv. Bobek – Grundza

Rinvio pregiudiziale – Cooperazione giudiziaria in materia penale – Decisione quadro 2008/909/GAI – Art. 7 – Condizione della doppia incriminabilità – Art. 9 – Motivo di rifiuto di riconoscimento e di esecuzione tratto dall'assenza di doppia incriminabilità – Cittadino dello Stato di esecuzione condannato nello Stato di emissione per inosservanza di una decisione di un'autorità pubblica

La questione: l'art. 7, par. 3, e l'art. 9, par. 1, lett. d), della dec. quadro 2008/909 debbano essere interpretati nel senso che la condizione della doppia incriminabilità è soddisfatta in una fattispecie, come quella oggetto del procedimento principale, nella quale il riconoscimento della sentenza e l'esecuzione della pena vengono richiesti in relazione a fatti che sono qualificati, nello Stato di emissione, come “reato di inosservanza di una decisione formale commesso nel territorio dello Stato di emissione” e per i quali sussiste nell'ordinamento dello Stato di esecuzione un reato analogamente definito, mentre una norma nazionale di quest'ultimo Stato esige, affinché si configuri tale reato, che la decisione formale sia stata emessa da un'autorità che opera sul suo territorio?

Il fatto. Il 3 ottobre 2014, l'*Okresní soud v Chebu* (Tribunale circoscrizionale di Cheb, Repubblica ceca) ha condannato il sig. Grundza, cittadino slovacco, a una pena cumulativa di quindici mesi di detenzione per furto con effrazione e per inosservanza di una decisione di un'autorità pubblica, vale a dire per trasgressione del divieto temporaneo di guidare ingiuntogli con decisione del *Magistrát mesta Přerov* (Comune di Přerov, Repubblica ceca), il 12 febbraio 2014. La sentenza del 3 ottobre 2014, accompagnata dal certificato di cui all'allegato 1 dec. quadro 2008/909, è stata trasmessa al *Krajský súd v Prešove* (Tribunale regionale di Prešov, Slovacchia) per riconoscimento ed esecuzione di detta pena. Nella decisione di rinvio, tale giudice precisa che il giudice dello Stato di emissione, vale a dire la Repubblica ceca, non ha ritenuto che gli illeciti oggetto del procedimento principale fossero riconducibili ai reati elencati all'art. 7, par. 1, dec. quadro 2008/909, tale che l'esecuzione della pena cumulativa di quindici mesi di detenzione risulta subordinata alla conclusione che i fatti oggetto della sentenza del 3 ottobre 2014 costituiscono reato anche secondo l'ordinamento giuridico slovacco. Orbene, il medesimo giudice nutre dubbi se la condizione della doppia incriminabilità sia soddisfatta nel caso di fatti qualificati come “reato di inosservanza di una decisione di un'autorità pubblica”. A tal riguardo il giudice del rinvio rileva che l'articolo 348, par.1, lett. d), del codice penale slovacco, relativo al reato di inosservanza di una decisione formale, si riferisce soltanto alle decisioni dell'autorità giudiziaria o di altra autorità pubblica “slovacca” esecutive “in territorio slovacco”. Secondo il giudice del rinvio, quindi, dalla valutazione dei fatti per i quali il sig. Grundza è stato condannato nella Repubblica ceca emerge che, in concreto, non si

tratta di un “reato” ai sensi dell'art. 348, par. 1, lett. d), del codice penale slovacco, in quanto tali fatti non corrispondono agli elementi di fatto costitutivi del reato di inosservanza di una decisione formale ai sensi di detta disposizione. Il sig. Grundza, invero, è stato condannato per inosservanza di una decisione adottata da un'autorità della Repubblica ceca, decisione che produrrebbe effetti soltanto sul territorio di tale Stato membro. Il giudice del rinvio si domanda anche se, in considerazione dello scopo della dec. quadro 2008/909, che è quello di favorire il reinserimento sociale della persona condannata, in particolare, sviluppando la cooperazione tra gli Stati membri ai fini dell'esecuzione delle sentenze penali in una fattispecie come quella oggetto del procedimento principale, nella quale è stato leso un interesse tutelato dall'ordinamento giuridico dello Stato di emissione, non occorra esaminare la doppia incriminabilità *in abstracto*, vale a dire come se fosse stato leso un interesse tutelato dall'ordinamento giuridico dello Stato di esecuzione. In tale contesto, il Tribunale regionale di Prešov ha deciso di sospendere il procedimento e di sottoporre alla Corte la questione pregiudiziale sopra indicata.

La decisione. Innanzitutto, la Corte ha stabilito che per fornire una risposta utile alla questione, non è pertinente basare l'analisi della condizione della doppia incriminabilità sulle nozioni di valutazione in concreto o *in abstracto*. In primo luogo, la dec. quadro 2008/909, che è uno strumento di armonizzazione minima, non menziona tali nozioni, neppure all'art. 7, relativo alla condizione della doppia incriminabilità. In secondo luogo, esistono notevoli divergenze tra gli Stati membri in merito all'esatto significato di dette nozioni nel contesto della doppia incriminabilità.

* Le opinioni espresse sono personali e non riflettono il punto di vista della Corte di giustizia.

Ciò premesso, la Corte ha ricordato che, ai sensi dell'art. 7, par. 3, della dec. quadro 2008/909, per quanto riguarda i reati diversi dai 32 che sono elencati all'art. 7, par. 1, lo Stato di esecuzione può subordinare il riconoscimento della sentenza e l'esecuzione della pena alla condizione che essa si riferisca a fatti che costituiscono reato anche nel suo ordinamento, indipendentemente dagli elementi costitutivi o dalla denominazione del reato stesso. In altri termini, tale disposizione permette allo Stato di esecuzione di subordinare il riconoscimento della sentenza e l'esecuzione della pena alla condizione che sia soddisfatto il criterio della doppia incriminabilità. Dal canto suo, l'art. 9 della dec. quadro 2008/909, relativo ai motivi di rifiuto di riconoscimento e di esecuzione, prevede, al par. 1, lett. d), la facoltà per l'autorità competente dello Stato di esecuzione di rifiutare il riconoscimento della sentenza pronunciata nello Stato di emissione e l'esecuzione della pena, anch'essa inflitta in quest'ultimo Stato, nel caso in cui la condizione della doppia incriminabilità non sia soddisfatta. La Corte ha proseguito osservando che risulta dalla decisione di rinvio che i fatti per i quali è stato condannato il sig. Grundza, e in particolare l'inosservanza di una decisione di un'autorità pubblica, non sono stati ritenuti, dall'autorità competente dello Stato di emissione, vale a dire la Repubblica ceca, riconducibili ai reati di cui all'art. 7, paragrafo 1, della dec. quadro 2008/909. Pertanto, ai sensi dell'art. 7, par. 3, della dec. quadro 2008/909, il riconoscimento della sentenza del 3 ottobre 2014 e l'esecuzione della pena cumulativa di quindici mesi di detenzione sono subordinati alla conclusione, da parte dell'autorità slovacca competente, che i fatti oggetto di tale sentenza costituiscono reato anche secondo l'ordinamento giuridico slovacco, indipendentemente dagli elementi costitutivi o dalla denominazione del reato stesso nello Stato di emissione. Ciò precisato, la Corte ha ricordato che, conformemente a una giurisprudenza costante, ai fini dell'interpretazione di una norma del diritto dell'Unione si deve tener conto non soltanto dei termini della stessa, ma anche del suo contesto e degli scopi perseguiti dalla normativa di cui essa fa parte (sentenze del 16 luglio 2015, *Lanigan*, C237/15 PPU, EU:C:2015:474, pt. 35, e dell'8 novembre 2016, *Ognyanov*, C554/14, EU:C:2016:835, pt. 31). La Corte ha continuato il proprio ragionamento evidenziando che per quanto riguarda, in primo luogo, il disposto dell'art. 7, par. 3, della dec. quadro 2008/909, tale disposizione definisce la portata della valutazione della doppia incriminabilità stabilendo che l'autorità competente dello Stato di esecuzione verifichi se i fatti di cui trattasi "costituiscono reato anche" secondo l'ordinamento nazionale, "indipendentemente dai suoi elementi costitutivi o dalla denominazione del reato stesso". Pertanto, la Corte ha rilevato che come emerge dalla stessa formulazione di detto articolo, condizione necessaria e sufficiente per la valutazione della doppia incriminabilità è la circostanza che i fatti che hanno condotto alla condanna pronunciata nello Stato di emissione costituiscano reato anche nello Stato di esecuzione, con la conseguenza che non occorre che i reati siano identici nei due Stati membri interessati. La Corte sottolinea che tale interpretazione è corroborata dai termini "indipendentemente dai suoi elementi costitutivi o dalla denominazione" del reato come previsto nello Stato di esecuzione, dai quali risulta chiaramente che non è necessaria una corrispondenza esatta tra le componenti del reato, quale definito dalle leggi, rispettivamente, dello Stato di emissione e dello Stato di esecuzione,

né nella denominazione o nella classificazione dello stesso secondo le rispettive leggi nazionali. Quindi, secondo la Corte, tale disposizione sancisce un approccio flessibile, da parte dell'autorità competente dello Stato di esecuzione, al momento della valutazione della condizione della doppia incriminabilità, per quanto riguarda sia gli elementi costitutivi del reato sia la denominazione di quest'ultimo. In effetti, l'elemento rilevante ai fini della valutazione della doppia incriminabilità, ai termini stessi dell'art. 7, par. 3, della dec. quadro 2008/909, consiste, nella corrispondenza tra gli elementi di fatto alla base del reato, quali risultano dalla sentenza dello Stato di emissione, da un lato, e la definizione del reato conformemente alla legge dello Stato di esecuzione, dall'altro. Perciò, nel valutare la doppia incriminabilità, l'autorità competente dello Stato di esecuzione deve verificare se gli elementi di fatto alla base del reato, quali risultano dalla sentenza pronunciata dall'autorità competente dello Stato di emissione, sarebbero di per sé, nell'ipotesi in cui si fossero verificati nello Stato di esecuzione, penalmente perseguibili anche nel territorio di quest'ultimo. In secondo luogo, la Corte ha aggiunto che anche il contesto in cui si iscrivono l'art. 7, par. 3, e l'art. 9, par. 1, lett. d), della dec. quadro 2008/909 depongono a favore di una siffatta valutazione della doppia incriminabilità. Infine, in terzo luogo, la Corte ha ricordato che, ai sensi dell'art. 3, par. 1, della dec. quadro 2008/909, lo scopo di quest'ultima decisione è stabilire le norme secondo le quali uno Stato membro, al fine di favorire il reinserimento sociale della persona condannata, debba riconoscere una sentenza ed eseguire la pena, di modo che un'interpretazione restrittiva dell'art. 9, par. 1, lett. d), di tale decisione quadro contribuisce a realizzare lo scopo di favorire il reinserimento sociale della persona condannata, in particolare in una fattispecie in cui, come nel procedimento principale, tale persona è un cittadino dello Stato di esecuzione.

Alla luce di queste considerazioni, tenendo conto che nel caso di specie, risulta dagli elementi sottopostigli che il sig. Grundza era stato condannato dall'autorità giudiziaria competente della Repubblica ceca per aver, in particolare, guidato un veicolo a motore nel territorio di tale Stato membro nonostante una decisione di un'autorità pubblica ceca glielo vietasse, la Corte ha stabilito che per valutare se la condizione della doppia incriminabilità fosse soddisfatta nel procedimento principale, il giudice del rinvio, incaricato del riconoscimento e dell'esecuzione della sentenza di condanna, deve verificare se tali elementi di fatto, vale a dire la guida di un veicolo a motore nonostante una decisione formale che la vietasse, nell'ipotesi in cui si fossero verificati nel territorio dello Stato membro cui appartiene detto giudice, sarebbero stati penalmente perseguibili secondo il diritto nazionale di quest'ultimo Stato. In caso di risposta affermativa, la condizione della doppia incriminabilità deve ritenersi soddisfatta. Pertanto, la Corte ha risposto al quesito pregiudiziale nel senso che l'art. 7, par. 3, e l'art. 9, par. 1, lett. d), della dec. quadro 2008/909 devono essere interpretati nel senso che è da ritenere soddisfatta la condizione della doppia incriminabilità in una fattispecie come quella oggetto del procedimento principale, allorché gli elementi di fatto costitutivi del reato, quali risultano dalla sentenza pronunciata dall'autorità competente dello Stato di emissione, sarebbero di per sé penalmente perseguibili anche nello Stato di esecuzione, qualora si fossero verificati nel territorio di quest'ultimo.

Gli effetti. La sentenza in parola merita di essere segnalata perché con essa la Corte apporta delle precisazioni sulla nozione di doppia incriminabilità nell'ambito dell'esecuzione delle sentenze rese nello spazio UE. In particolare, essa chiarisce che tale nozione deve essere interpretata in senso flessibile e non formale (Castellaneta, *Doppia incriminazione e riconoscimento di una sentenza di condanna: precisazioni da Lussemburgo*, 1° febbraio 2017). In effetti, la Corte ha affermato che, anche in caso di non corrispondenza esatta tra le componenti del reato o l'identità di denominazione, ai fini dell'applicazione della doppia incriminabilità, il giudice dello Stato dell'esecuzione deve valutare se gli elemen-

ti fattuali del reato compiuto nello Stato di emissione sarebbero penalmente perseguibili nel proprio ordinamento e, in caso affermativo, considerare soddisfatta la condizione della doppia incriminabilità. La pronuncia è di particolare rilievo perché se la Corte avesse optato per un approccio formale, l'applicazione della doppia incriminabilità sarebbe stata soddisfatta con maggiore difficoltà. Vero è che un tale approccio sarebbe stato piuttosto insoddisfacente rispetto a uno degli obiettivi principali della dec. quadro, ossia il reinserimento sociale della persona condannata, che sarebbe stato ostacolato da una interpretazione formale della nozione di doppia incriminabilità. [Massimo F. Orzan]

Gestazione surrogata e diritto alla vita privata e familiare ex art. 8 CEDU

Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, Grande Camera, 24 gennaio 2017, ricorso n. 25358/12 – Pres. Luis López Guerra – Paradiso e Campanelli – Italia

Corte Europea dei Diritti dell'Uomo (CEDU) – Diritto al rispetto della vita privata e familiare (art. 8 CEDU) – Ordine pubblico – Maternità surrogata – Adozione

La questione: il provvedimento di allontanamento di un minore dai genitori che hanno utilizzato la tecnica della gestazione surrogata in un Paese straniero è in contrasto con il diritto al rispetto della vita privata e familiare ex art. 8 CEDU?

Il fatto. I ricorrenti, due coniugi di nazionalità italiana, in seguito al fallito tentativo di ottenere una gravidanza mediante fecondazione *in vitro*, decidevano di recarsi in Russia per utilizzare il metodo della gestazione surrogata, la quale – diversamente da quanto accade in Italia – è legalmente ammessa dalla legislazione russa. Dopo la nascita del minore, avvenuta nel febbraio del 2011, la madre surrogata acconsentiva a che il neonato fosse registrato, presso gli uffici dello Stato civile di Mosca, come figlio dei ricorrenti, omettendo qualsiasi riferimento alla tecnica di gestazione utilizzata. Una volta rientrati in Italia, la trascrizione dell'atto di nascita russo non andava a buon fine a causa delle informazioni false in esso contenute (il Consolato italiano aveva nel frattempo provveduto ad informare le autorità giudiziarie in Italia). Aveva quindi inizio un procedimento penale a carico dei coniugi, accusati di aver compiuto una alterazione dello stato civile (art. 567 c.p.), di aver falsificato i documenti (art. 489 c.p.) e di aver violato la legge sull'adozione e affidamento dei minori. Contestualmente, aveva inizio presso il Tribunale dei minori il procedimento di adottabilità del bambino; il tribunale così nominava un curatore speciale che richiedeva di sospendere la potestà genitoriale dei ricorrenti.

Nel corso del procedimento, a seguito degli esiti negativi del test del DNA volto a stabilire la paternità del Sig. Campanelli, veniva ordinato l'allontanamento del bambino dai ricorrenti ed il suo affidamento ad una nuova famiglia.

La Corte d'appello di Campobasso confermava che la registrazione di un atto ideologicamente falso sarebbe stata in contrasto con l'ordine pubblico aggiungendo che, non essendoci alcun legame genetico, non poteva ritenersi provato che il materiale biologico utilizzato fosse quello del ricorrente. L'unica certezza, infatti, era l'identità della madre surrogata e la sua volontà di non tenere il bambino.

I ricorrenti adivano pertanto la Corte EDU lamentando un'illecita interferenza nel proprio diritto alla vita privata e familiare ex art. 8 CEDU, avendo particolare riguardo all'allontanamento del minore. La Seconda sezione della Cor-

te dava ragione ai coniugi Paradiso-Campanelli, avendo ritenuto l'operato delle autorità italiane in contrasto con l'art. 8 CEDU (sentenza del 27 gennaio 2015). Nell'aprile del 2015 il Governo italiano chiedeva ed otteneva, ai sensi dell'art. 43 CEDU, il rinvio dinanzi la Grande Camera.

La decisione. La Grande Camera, contrariamente a quanto sostenuto dalla Seconda sezione, ha ritenuto le misure adottate dalle autorità giudiziarie italiane, circa l'allontanamento del minore dalla sua (non) famiglia di fatto, non in contrasto con l'art. 8 CEDU. Anzitutto, la Grande Camera ha escluso che la relazione tra i ricorrenti e il minore potesse essere qualificata come "vita familiare" ai sensi della Convenzione. A deporre in tal senso, argomenta la Corte, sarebbero la breve durata del legame emotivo venutosi a creare (8 mesi, di cui due in Russia con la sola sig.ra Paradiso) nonché la mancanza di qualsiasi legame biologico.

Le doglianze dei ricorrenti, pertanto, sono state esaminate sotto il profilo della violazione del diritto alla vita privata. In merito a questo aspetto, secondo la Corte, è indubbio che la decisione dell'autorità italiana di allontanare il bambino abbia influito sulla vita privata dei ricorrenti, tuttavia la stessa si è chiesta nuovamente se una tale ingerenza possa ritenersi giustificata e quindi "necessaria in una società democratica" ex art. 8, 2° comma CEDU. A tal proposito, la Grande Camera ha ritenuto che le decisioni adottate dalle Corti interne perseguivano un fine legittimo, in quanto tese a contrastare condotte criminose e ad evitare che il minore soffrisse un danno irreparabile. In merito alla proporzionalità della misura dell'allontanamento, la Corte ha ritenuto che le autorità italiane avessero compiuto un ragionevole bilanciamento degli interessi in gioco, avendo considerato, per un verso, che la separazione dai ricorrenti non avrebbe avuto, sul minore, conseguenze particolarmente gravi e, per altro verso, i rischi connessi alla legalizzazione *de facto* di una pratica chiaramente in contrasto con norme di notevole importanza per l'ordinamento italiano.

Gli effetti. La Corte ha evidenziato anzitutto come il caso di specie sia differente rispetto ad alcuni precedenti sullo stesso tema (*Mennesson c. Francia* e *Labassee c. Francia*, entrambe del 26 giugno 2014). A differenza di questi ultimi, infatti, oggetto della decisione è stata la conformità del provvedimento di allontanamento adottato dai giudici interni alla Convenzione, e non la mancata trascrizione del certificato di nascita straniero. Uno degli aspetti più interessanti della sentenza annotata risiede nell'individuazione degli elementi necessari per inquadrare un legame emotivo

nell'ambito della nozione di "vita familiare". I Giudici di Strasburgo, in particolare, sembrano adottare come *discrimen*, per il riconoscimento di una situazione giuridica fondata su circostanze di fatto, non solo l'esistenza di un legame biologico, ma anche la durata e la "qualità" del rapporto venutosi a creare; giungendo così a conclusioni differenti rispetto a precedenti pronunce (v. *Moretti e Benedetti c. Italia*, sentenza del 27 aprile 2010 e *Kopf e Liberda c. Austria*, sentenza del 17 gennaio 2012) [Alessandro Stiano]

■ Espulsione di stranieri gravemente malati: nuovo orientamento della Corte EDU

Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, Grande Camera, 13 dicembre 2016, ricorso n. 41738/10 – Pres. Raimondi – Paposhvili – Belgio

Stranieri – Espulsione di stranieri gravemente malati – Definizione dei “casi del tutto eccezionali” in cui possa venire in rilievo l'applicazione dell'art. 3 CEDU – Obbligo procedurale di valutare i rischi derivanti dall'indisponibilità di cure adeguate – Diritto al rispetto della vita familiare (art. 8 CEDU) – Obbligo procedurale di valutare il grado di dipendenza dalla famiglia

La questione: l'espulsione di uno straniero gravemente malato, ma non in punto di morte, verso un Paese ove non siano disponibili cure adeguate costituisce una violazione del divieto di trattamenti inumani o degradanti *ex art. 3 CEDU*? L'espulsione di uno straniero gravemente malato dal territorio del Paese in cui risiede stabilmente la sua famiglia viola il diritto al rispetto della vita familiare *ex art. 8 CEDU*?

Il fatto. Il 26 novembre 1998, il sig. Paposhvili e sua moglie, cittadini georgiani giunti in Belgio dall'Italia, avevano presentato domanda di asilo alle autorità belghe. Conformemente alla Convenzione di Dublino in merito alla determinazione dello Stato competente per l'esame di una domanda di asilo presentata in uno degli Stati membri delle Comunità europee (oggi Regolamento (UE) n. 604/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 giugno 2013), tale richiesta era stata esaminata dalle autorità italiane e, nel giugno del 1999, respinta.

A partire dal 2000, il sig. Paposhvili aveva più volte richiesto di regolarizzare la propria situazione in Belgio ai sensi della sezione 9(3) (oggi 9 *bis*) della legge belga del 15 dicembre 1980 sull'ingresso, il soggiorno, lo stabilimento e l'allontanamento degli stranieri, che consente agli stranieri la cui presenza nel Paese sia illegale o precaria – e che desiderino ottenere un permesso di soggiorno di lungo periodo senza dovere tornare nel proprio Paese di residenza per presentarvi la richiesta – di presentare la domanda direttamente in Belgio in presenza di “circostanze eccezionali”; circostanze, tuttavia, non specificate dalla legge. Il ricorrente sosteneva, *inter alia*, che la durata della sua permanenza in Belgio e il suo stato di salute costituissero circostanze eccezionali ai sensi della citata disposizione. Egli aveva altresì presentato due domande di regolarizzazione per motivi medici ai sensi della sezione 9 *ter* della citata legge belga, la quale, all'epoca dei fatti, consentiva agli stranieri che fossero residenti in Belgio e soffrissero di una malattia grave comportante un reale rischio per la vita o l'integrità fisica dell'individuo oppure un reale rischio di incorrere in trattamenti inumani o degradanti in caso di assenza di un trattamento adeguato nel Paese di origine o nell'ultimo Paese di residenza di richiedere l'autorizzazione a soggiornare in Belgio al Ministro o a un suo delegato. Il sig. Paposhvili era infatti malato, fra l'altro, di tubercolosi, epatite C e leucemia linfatica cronica.

Tutte le domande di regolarizzazione presentate dal ricorrente erano state respinte dall'Ufficio stranieri (“*Office des étrangers*”): in particolare, le domande per motivi medici *ex* sezione 9 *ter* erano state respinte in ragione della causa di esclusione di cui al par. 4 della stessa sezione, ai sensi del quale lo straniero è escluso dai benefici della sezione qualora vi siano seri motivi di ritenere che abbia commesso un reato grave. Il sig. Paposhvili, infatti, era stato più volte arrestato e condannato per una serie di reati, fra i quali furto e rapina. Anche i ricorsi presentati dinanzi al Consiglio del contenzioso degli stranieri (“*Conseil du contentieux des étrangers*”) avverso le decisioni dell'Ufficio stranieri e avverso gli ordini di lasciare il territorio emanati, nel frattempo, ai sensi della suindicata legge del 15 dicembre 1980 erano stati rigettati, mentre quello proposto dinanzi al Consiglio di Stato – in cui il ricorrente si appellava, fra l'altro, agli artt. 2 e 3 CEDU – era stato dichiarato irricevibile. In particolare, il Consiglio del contenzioso degli stranieri sosteneva che, ove fosse applicabile una causa di esclusione ai sensi della citata sezione 9 *ter*, non fosse necessario procedere all'esame delle condizioni di salute dello straniero in questione e che, poiché le decisioni adottate nei confronti del sig. Paposhvili non erano state accompagnate da alcuna misura concreta di allontanamento dal territorio, i rischi eventualmente derivanti dal ritorno in Georgia fossero meramente ipotetici. Il Consiglio di Stato aveva confermato tale interpretazione, ritenendo che le condizioni di salute dello straniero dovessero essere prese in considerazione soltanto al momento dell'esecuzione forzata della misura di allontanamento dal territorio. Nel frattempo, tuttavia, la moglie del ricorrente aveva ottenuto, per sé e per i loro tre figli, il permesso di soggiorno a tempo indeterminato nel Paese.

Il 23 luglio 2010, il sig. Paposhvili aveva adito la Corte EDU, sostenendo che vi fossero fondati motivi di ritenere che, se espulso verso la Georgia, egli avrebbe corso un reale

rischio di incorrere in trattamenti inumani o degradanti *ex art. 3 CEDU* o un reale rischio di morte prematura in violazione dell'art. 2 e, allo stesso tempo, lamentando la violazione del suo diritto al rispetto della vita privata e familiare *ex art. 8*. Il 17 aprile 2014, una Camera della Corte si era pronunciata nel senso della mancata violazione delle disposizioni invocate. Conformemente all'art. 43 CEDU, il ricorrente aveva richiesto – e ottenuto – il rinvio alla Grande Camera.

La decisione. La Grande Camera esamina il ricorso del sig. Paposhvili sotto il profilo del divieto di trattamenti inumani o degradanti sancito dall'art. 3 CEDU e quello del rispetto della vita familiare *ex art. 8*, non ritenendo, invece, di doversi pronunciare in merito alla presunta violazione dell'art. 2.

Per quanto concerne il divieto di trattamenti inumani o degradanti, la Grande Camera osserva come, a partire dal caso *N. c. Regno Unito* (n. 26565/05, 27 maggio 2008), l'applicazione dell'art. 3 ai soli casi di espulsione di individui in punto di morte abbia avuto l'effetto di privare gli stranieri gravemente malati ma in condizioni meno critiche della protezione di tale disposizione. I giudici di Strasburgo rilevano, inoltre, come la giurisprudenza successiva della Corte abbia mancato di fornire indicazioni precise circa i “casi del tutto eccezionali” diversi dalla morte imminente – ai quali pure faceva riferimento il caso *N. c. Regno Unito* (par. 43) – nei quali considerazioni imperative di umanità depongano contro l'allontanamento dello straniero. Al riguardo, la Grande Camera chiarisce, nella sentenza in parola, che i casi del tutto eccezionali in relazione ai quali possa venire in rilievo l'applicazione dell'art. 3 devono essere intesi come quei casi di espulsione di un individuo gravemente malato ove vi siano motivi fondati di ritenere che, sebbene l'individuo in questione non corra un imminente rischio di morte, l'assenza o l'inaccessibilità di cure adeguate nel Paese di destinazione (in ragione, ad esempio, dei costi eccessivi) possano comportare un reale rischio di un grave, rapido e irreversibile deterioramento del suo stato di salute risultante in un'intensa sofferenza o in una significativa riduzione dell'aspettativa di vita. I giudici di Strasburgo sottolineano, tuttavia, che tale valutazione non spetta alla Corte ma alle autorità nazionali, il cui obbligo di garantire l'integrità degli individui *ex art. 3* sarebbe principalmente soddisfatto, in tali casi, mediante procedure adeguate atte a consentire tale valutazione.

Applicando tali principi generali al caso di specie, la Corte osserva che il medico dell'Ufficio stranieri aveva redatto diversi pareri circa lo stato di salute del ricorrente ma, nell'ambito dei procedimenti di regolarizzazione per motivi medici così come di quelli relativi all'espulsione del ricorrente, né l'Ufficio stranieri né il Consiglio del contenzioso degli stranieri avevano esaminato tali pareri sotto il profilo del rispetto dell'art. 3 CEDU. Alla luce di tali considerazioni, la Grande Camera ritiene che le informazioni in possesso delle autorità belghe fossero insufficienti a stabilire che il ricorrente, ove espulso verso la Georgia, non avrebbe corso un reale e concreto rischio di incorrere in un tratta-

mento contrario all'art. 3 CEDU e conclude, all'unanimità, che l'espulsione del sig. Paposhvili avrebbe comportato una violazione di tale disposizione.

I giudici di Strasburgo giungono a simili conclusioni anche in relazione alla presunta violazione del diritto al rispetto della vita familiare del sig. Paposhvili, rilevando come le autorità belghe non ne avessero valutato il grado di dipendenza dalla famiglia derivante dal deteriorarsi del suo stato di salute. Ancora una volta, la Grande Camera sottolinea come tale valutazione non spetti alla Corte ma costituisca, piuttosto, un obbligo procedurale posto in capo alle autorità nazionali al fine di garantire l'effettività del diritto sancito all'art. 8. In particolare, tenendo conto della situazione del ricorrente al momento dell'eventuale espulsione, le autorità belghe avrebbero dovuto verificare se ci si potesse ragionevolmente aspettare che la famiglia lo seguisse in Georgia o se, in caso contrario, il rispetto del diritto alla vita familiare del ricorrente non richiedesse, invece, che gli fosse concessa la possibilità di rimanere in Belgio per il tempo che gli restava da vivere. Alla luce di tali considerazioni, la Corte conclude che, in mancanza di una valutazione in tal senso, l'espulsione del ricorrente avrebbe senz'altro comportato la violazione del suo diritto al rispetto della vita familiare *ex art. 8*.

Gli effetti. L'importanza della sentenza in esame, soprattutto sotto il profilo del divieto di trattamenti inumani o degradanti *ex art. 3 CEDU*, non può essere sottovalutata: a quasi dieci anni dal caso *N. c. Regno Unito*, la Grande Camera abbandona l'interpretazione restrittiva dell'art. 3 regolarmente adottata nei casi di espulsione di stranieri gravemente malati. Per la prima volta, i giudici di Strasburgo definiscono quei “casi del tutto eccezionali” previsti – ma non chiariti – nella sentenza *N. c. Regno Unito* in cui considerazioni imperative di umanità depongano contro l'allontanamento dello straniero. Se la soglia per l'applicazione dell'art. 3 è finora stata particolarmente alta, corrispondendo, di fatto, al rischio di morte imminente, la sentenza in parola segna un punto di svolta nella misura in cui si ritiene che tale disposizione venga in rilievo anche in una serie di altre situazioni in cui si configuri, in ragione dell'assenza ma anche della mera indisponibilità di cure adeguate nel Paese di destinazione, un reale rischio di un grave, rapido e irreversibile deterioramento delle condizioni di salute dello straniero suscettibile di risultare in un'intensa sofferenza o in una significativa riduzione dell'aspettativa di vita. È forse lecito aspettarsi che tale inversione di tendenza nella giurisprudenza della Corte EDU e, in particolare, l'enfasi posta sugli aspetti procedurali, oltre a richiedere un adeguamento delle procedure di espulsione in alcuni degli Stati parti della CEDU, possa anche incidere sulla giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea in materia di espulsione di stranieri gravemente malati, in virtù della necessità di tenere conto, nell'interpretazione della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione, della giurisprudenza della Corte EDU, in applicazione dell'art. 52(3) della Carta (*v. Abdida* (C-562/13), 18 dicembre 2014, par. 47). [Federica Favuzza]

MASSIMARIO DELLE OPERAZIONI SOCIETARIE

COMPLETATO CON LA GIURISPRUDENZA
DI MERITO E DI LEGITTIMITÀ

di ANGELO BUSANI

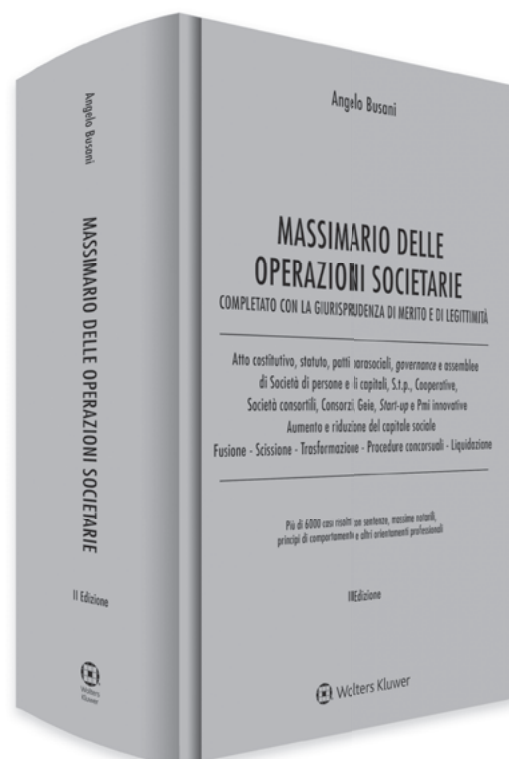
L'opera si caratterizza per la sua originalità nella trattazione giuridica: è al tempo stesso un **manuale** di diritto societario, un **commentario**, perché ciascun istituto è inquadrato nella normativa di riferimento, un **massimario**, perché ogni argomento è svolto utilizzando le massime, i principi di diritto, le regole generali enunciate dai giudici, di legittimità e di merito, con cui le disposizioni sono interpretate e applicate, ma è anche un **prontuario**, in quanto ogni argomento è corredato dei riferimenti alle raccolte, ai pareri, alle prese di posizione degli enti rappresentativi delle professioni interessate.

La seconda edizione dell'opera è stata ampliata: raccoglie **oltre 6000 casi** che possono presentarsi nella vita di una società; rifinita nella sua impostazione, al fine di favorire la ricerca dei materiali contenuti nel volume, ed **arricchita con tutta la giurisprudenza prodotta**, nelle **Corti di merito e in sede di legittimità**, in tema di "operazioni societarie".

La **sistematicità** dell'esposizione degli argomenti trattati, fatta per massime, principi e la **chiarezza** delle proposizioni ne fanno un'opera essenziale nel lavoro quotidiano dei professionisti del settore, e la scelta delle **soluzioni** – netta e lineare – una guida preziosa per chi, trovandosi di fronte a più orientamenti o a più soluzioni, riceve una indicazione primaria assai utile.

€ 150

Cod. 00201540



Procreazione assistita

Corte costituzionale, 13 aprile 2016, n. 84 – Pres. Grossi – Est. Morelli

Filiazione – Procreazione assistita – Fecondazione *in vitro* – Embrioni non destinati alla gravidanza – Divieto di destinazione a ricerca scientifica – Questione di legittimità costituzionale – Inammissibilità

È inammissibile la questione di legittimità costituzio-

nale della L. n. 40/2004 in materia di procreazione assistita nelle parti in cui esclude che gli embrioni frutto di fecondazione in vitro non impiantati nel corpo materno possano essere dai genitori destinati alla ricerca scientifica.

Per il testo della sentenza www.giustizia-amministrativa.it

La Corte costituzionale e lo statuto dell’embrione

Donato Carusi

Se urtava contro principi costituzionali, e in particolare contro esigenze di tutela della persona della gestante, l’assoluto divieto di crioconservazione degli embrioni umani, appartiene invece alla discrezionalità del legislatore ordinario il divieto di destinazione degli embrioni alla ricerca scientifica.

Embrioni in soprannumero e destinazione alla ricerca: il diritto vigente

La L. n. 40/2004, nella sua versione originaria, sanciva il divieto di crioconservazione – oltre che di soppressione – degli embrioni frutto di fecondazione extracorporea (art. 14, 1° comma), nonché il divieto di creare embrioni in eccesso rispetto alla quantità strettamente necessaria per un unico e contemporaneo impianto e comunque in numero maggiore di tre (art. 14, 2° comma). Veniva in tal modo portato a compimento un disegno impostato fin dal 1° comma dell’art. 1 – con l’ardita e appena un po’ ellittica affermazione della soggettività del “concepito” –, svolto con drastica coerenza nel principio di irrevocabilità del consenso alle procedure dal momento della fecondazione dell’ovulo (art. 6, 3° comma, ultimo periodo) e rifinito dalla proibizione, sugli “embrioni” umani, di “qualsiasi sperimentazione” (art. 13, 1° comma) e “ricerca clinica e sperimentale” non finalizzata “alla tutela della salute e allo sviluppo dell’embrione stesso” (art. 13, 2° comma). Nella *mens* del legislatore storico la fecondazione *in vitro*, nei limiti in cui praticabile, non poteva e non doveva metter capo alla giacenza di embrioni in laboratori o banche biologiche: l’unica eccezione, per l’ipotesi che all’impianto nel corpo materno si frapponesse “grave e documentata causa di forza maggiore relativa allo stato di salute della donna non prevedibile al momento della fecondazio-

ne”, era contemplata nel segno di una stretta provvisorietà, il trasferimento in utero restando “da realizzare non appena possibile” (art. 14, 3° comma).

Tra le voci critiche nei confronti di tale disciplina, molte si levarono dagli ambienti medici: la limitazione del numero di embrioni da produrre – si osservò – costringeva in molti casi a reiterare cicli di trattamento ormonale e prelievi di gameti – non esattamente l’*optimum* per il benessere delle pazienti; d’altra parte, la prescrizione del contestuale innesto di tutti gli embrioni prodotti accresceva le probabilità di gravidanze plurigemellari, con gravi rischi per i feti e per le donne, più o meno elevati a seconda di fascia d’età e condizioni fisiche di queste ultime.

La sentenza n. 151/2009, che al di là di qualche ambiguità o reticenza resta a tutt’oggi la più complessa e interessante delle pronunce rese dalla Corte costituzionale con riferimento alla legge sulla procreazione assistita, ha attestato che tanto intransigente declinazione dell’idea della dignità della vita umana fin dal concepimento non è compatibile con la Carta fondamentale¹. Il principio di eguaglianza-ragionevolezza e la garanzia del diritto alla salute – afferma quella sentenza – esigono che al medico sia “consentito” di commisurare alla concretezza del caso il “limite numerico di embrioni da impiantare”, così da “assicurare un serio tentativo di procreazione assistita” insieme riducendo “al minimo ipotizzabile” i rischi per la donna e per il

¹ Corte cost., 8 maggio 2009, n. 151, tra molte altre riviste pubblicata in *Foro It.*, 2009, I, 2301, con nota di G. Casaburi.

feto; la correlativa caducazione del 2° comma dell'art. 14 della legge non può che comportare l'introduzione di una deroga nel "principio generale" di divieto di crioconservazione di cui al 1° comma dello stesso articolo, per "necessità del ricorso alla tecnica di congelamento con riguardo agli embrioni prodotti ma non impiantati". Altra "conseguenza logica" è l'illegittimità del 3° comma "nella parte in cui non prevede che il trasferimento degli embrioni, da realizzare non appena possibile, (...) debba essere effettuato senza pregiudizio della salute della donna". Quanto alla questione di legittimità del 3° comma dell'art. 6 per non consentire ai richiedenti, dopo la fecondazione dell'ovulo, la revoca del consenso all'impianto, la Corte la giudicò manifestamente inammissibile per esser stata prospettata "al solo fine di dare coerenza al sistema" e in definitiva per difetto di rilevanza; ma qualche osservatore non mancò di ipotizzare che essa possa considerarsi superata, dal momento che difficilmente un impianto e una gravidanza rifiutati (per qualunque ragione, e finanche senza ragioni) e però imposti potranno dirsi di giovamento alla salute della madre.

La decisione del 2009 è conforme al pensiero che la donna – persona già fatta – non può essere considerata alla stregua di una mera incubatrice² e contiene l'importante affermazione secondo cui "le acquisizioni

scientifiche e sperimentali (...) sulle quali si fonda l'arte medica" pongono "limiti alla discrezionalità legislativa"³; ma la sua notorietà si deve tutta all'aver riaperto in termini generali il problema che il legislatore del 2004 aveva rimosso: quale destino e quale disciplina giuridica per gli embrioni non impiantati?⁴

Il Governo dell'epoca investì del tema una commissione di studio, il cui responso, stranamente assai poco pubblicizzato, sembra da interpretare in senso decisamente negativo: dell'embrione non impiantato non si potrebbe fare nulla, solo conservarlo nei secoli dei secoli o fino a accertamento della sua estinzione⁵. Non sarebbe campata in aria la questione se, nel rispetto dello stesso spirito della legge, non sia invece per diritto attuale ipotizzabile il dono a coppia che soddisfi i requisiti per l'accesso alle tecniche di assistenza⁶: ma essa non risulta esser stata in concreto mai posta. Quanto al divieto di destinazione alla ricerca, esso è indiscutibilmente sancito dalla legge, tanto da esser stato tra gli oggetti del referendum abrogativo tristemente fallito per difetto di partecipazione. Discussioni e polemiche hanno continuato ad appuntarsi prevalentemente sulla liceità della diagnosi pre-impianto in funzione di scelta di embrioni immuni da malattie genetiche⁷: pratica che già alla luce della pronuncia della Corte poteva ritenersi ammessa.

² Per la necessità di bilanciare gli interessi e la protezione della persona *in fieri* con quelli di "chi persona già è" si veda tra le altre Corte cost., 18 febbraio 1975, n. 27, in *Foro It.*, 1975, I, 515, in tema di interruzione di gravidanza.

³ "sicché – continua la motivazione – in materia di pratica terapeutica, la regola di fondo deve essere la autonomia e la responsabilità del medico, che, con il consenso del paziente, opera le necessarie scelte professionali". Sul punto la Corte richiama i precedenti delle sentenze n. 287/2002 e n. 338/2003.

⁴ D. Carusi-S. Castignone (curr.), *In vita, in vitro, in potenza: lo sguardo del diritto sull'embrione*, Atti del Convegno di Genova, Torino, 2011, e ivi in particolare gli scritti di F.D. Busnelli, G. Ferrando, P. Rescigno.

⁵ Il testo della Relazione finale dell'8 gennaio 2010, comprensivo dell'opinione dissenziente dei commissari A. Santosuosso e C.A. Redi, può leggersi in D. Carusi-S. Castignone (curr.), *op. cit.*, 147 e segg.

⁶ Cfr. D. Carusi, *In vita, in vitro, in potenza: verso una donazione dell'embrione soprannumerario?*, in *Riv. Crit. Dir. Priv.*, 2010, 331 e segg. Che il divieto di fecondazione eterologa ostasse a tale gesto solidaristico era quanto meno opinabile, altro essendo i gameti altro l'embrione ed avendo il legislatore del 2004 fatto il possibile e l'impossibile – il costituzionalmente impossibile – per promuovere la venuta alla nascita di quest'ultimo. A maggior ragione il discorso sembra plausibile una volta che quel divieto – com'è ben noto ed è qui accennato in nota 7 – per intervento della Corte è venuto meno. La Commissione di studio di cui s'è appena detto diede per scontato che l'"adozione" dell'embrione non sia praticabile nel silenzio della legge e ne auspicò timidamente, *de iure condendo*, l'ammissione.

⁷ La questione si è posta inizialmente per coppie portatrici di malattie ereditarie che avevano fatto ricorso alla fivet prima dell'entrata in vigore della legge proprio al fine di sottoporre gli embrioni alla diagnosi. Nelle strutture sanitarie e in giurisprudenza (si veda in particolare Trib. Catania, 3 maggio 2004, in *Foro It.*, 2004, I, 3498, con nota di G. Casaburi) esse sentirono obiettarsi che la diagnosi era adesso proibita ai sensi dell'art. 13, 2° comma. In contrario Trib. Cagliari, 24 settembre 2007, in *Corriere Giur.*,

2008, 383, con nota di G. Ferrando, rifiutando di sollevare questione di legittimità costituzionale, ritenne di poter tutelare direttamente l'interesse degli aspiranti genitori alla diagnosi pre-impianto attraverso un'interpretazione della legge costituzionalmente orientata, ispirata in particolare ai principi di tutela della salute e della libertà dei trattamenti sanitari: la decisione argomentò tra l'altro che sarebbe irragionevole riconoscere all'embrione conservato in provetta una protezione giuridica maggiore di quella spettante al feto nelle prime settimane della gravidanza – il quale può essere volontariamente abortito. Sulla scia di questa sentenza T.A.R. Lazio, Sez. III, 21 gennaio 2008, n. 398, in *Foro It.*, 2008, III, 207, dichiarò illegittime le prime linee guida emanate ai sensi dell'art. 7 della legge (D.M. 21 luglio 2004) nella parte in cui affermavano che "ogni indagine relativa alla salute degli embrioni creati *in vitro* (...) dovrà essere di tipo osservazionale", giudicando tale disposizione restrittiva, quanto agli interventi sull'embrione, oltre i limiti stabiliti dall'art. 13, e perciò viziata da eccesso di potere. Con dubbio senso istituzionale, nelle nuove linee guida (D.M. 11 aprile 2008, n. 31639) fu inserita una formula di parziale apertura alla diagnosi. All'indomani del primo intervento della Corte costituzionale, anche Trib. Bologna, 29 giugno 2009, in *Fam. e Minori*, 2009, 11, 68 affermò che la diagnosi preimpianto esula dalla nozione di "ricerca clinica e sperimentale" di cui al 2° comma dell'art. 13 (si vedano poi Trib. Salerno, 9 gennaio 2010, in *Guida Dir.*, 2010, 9, 69; Trib. Cagliari, 9 novembre 2012, in *Nuova Giur. Civ.*, 2013, I, 67; e già Cass., 21 gennaio 2009, in *Riv. Pen.*, 2009, 669). Mentre resistenze continuavano a opporsi sia in sede teorica che nella prassi ospedaliera, ulteriore impulso alla soluzione affermativa giunse da CEDU, 28 agosto 2012, 54270/10, Costa e Pavan c. Italia, in *Giur. It.*, 2012, 1993, che tirò in ballo l'art. 8 della Convenzione sul "diritto al rispetto della vita privata e familiare", e da Corte cost., 10 giugno 2014, n. 162, in *Nuova Giur. Civ.*, 2014, I, 802, con nota di G. Ferrando, che insistendo sulla funzione terapeutica – di risposta alla difficoltà di procreare quale problema di salute – assegnata dalla legge alle tecniche di assistenza rimosse il divieto di ricorso alle pratiche così dette eterologhe. Si è giunti infine alla sentenza della Corte di cui dirò qui appresso. Per testimonianze e ulteriori

Su questo punto è il caso di soffermarsi: la sentenza del 2009 tenne a precisare di lasciar salvo il divieto di creare embrioni in eccesso rispetto allo “strettamente necessario”; chiaramente aggiunse però che la determinazione del necessario è demandata, “nelle fattispecie concrete, al medico”. Sembra dunque discendere della sentenza che non solo il medico possa e debba scegliere, secondo le circostanze, di non impiantare tutti gli embrioni prodotti, ma che sia suo dovere mirare a produrre embrioni in numero il quale, pur maggiore di quello nella specie indicato per il trasferimento in utero, possa dirsi pur sempre proporzionato allo specifico progetto procreativo della coppia richiedente: sia in modo da consentire un nuovo *transfert* qualora il primo, come avviene non di rado (e più spesso nel caso di aspiranti madri con determinate caratteristiche, per esempio di età) non vada a buon fine; sia nell'intento di disporre per il *transfert*, nel caso di coppie portatrici di gravi patologie, di embrioni esenti dalla malattia. La liceità della diagnosi pre-impianto a limitati fini selettivi non può in alcun modo essere revocata in dubbio dopo la sentenza n. 96/2015, che ha espressamente sancito l'accessibilità delle procedure di assistenza alle “coppie fertili portatrici di malattie genetiche trasmissibili rispondenti ai medesimi criteri di gravità di cui all'art. 6, 1° comma, lettera b), della legge 22 maggio 1978, n. 194” sull'interruzione volontaria della gravidanza⁸.

De facto e de iure è dunque possibile che in banche o laboratori siano custoditi embrioni nelle seguenti situazioni: candidati all'impianto nel caso di fallimento di un primo *transfert*; residuati ad un ciclo di trattamenti coronato da successo, sicché un loro innesto nell'utero materno non è più ipotizzabile nel breve ma solo per il

caso che i genitori decidano in futuro di avere un altro figlio; residuati al trattamento di donne che non hanno più alcuna intenzione o possibilità di portarli alla nascita con una gravidanza; non scelti per l'impianto in ragione dell'essere affetti da una malattia o malformazione o anche perché, per loro caratteristiche, non si prestano alla diagnosi (“non biopsabili”, secondo l'espressione ricorrente nella sentenza in commento).

Si chiedeva adesso alla Corte di accertare se il divieto di destinare embrioni “sopranumerari” alla ricerca non contrasti con principi costituzionali. Il responso negativo, reso in forma di pronuncia di inammissibilità, sembra nella sostanza da condividere: stabilire l'assoluta preminenza del valore della vita umana prenatale sul principio di libertà della scienza rientra nella discrezionalità del legislatore ordinario⁹. Altra cosa è il giudizio di opportunità sull'assolutezza del divieto: la sentenza non esclude che la materia possa in futuro venire regolata in maniera diversa¹⁰, solo suggerendo che sbarrata al legislatore sia la prospettiva della commercializzazione degli embrioni.

L'altra questione posta dall'ordinanza di rimessione del Tribunale di Firenze, di legittimità dell'art. 6, 3° comma, ultimo periodo, è a sua volta – come già nel 2009 – dichiarata inammissibile, in ragione del “carattere meramente ipotetico, e non attuale, della sua rilevanza”: risulta infatti che la coppia dal cui ricorso origina la sentenza, dopo un primo rifiuto, ha accettato l'impianto dell'unico embrione tra quelli disponibili sicuramente non affetto da malattia. Resta al lettore il dubbio che a tanto la coppia si sia indotta per essersi convinta “che non le era più consentito”, con riguardo a quell'embrione, “recedere dal consenso prestato”, e cioè in definitiva sulla base di una

informazioni su queste vicende M. Segni, *Troppi dubbi sulla procreazione assistita*, in *Fam. e Dir.*, 2013, 521 e segg.; D. Carusi (cur.), *Chiamati al mondo. Vite nascenti ed autodeterminazione procreativa*, Atti del Convegno di Genova, Torino, 2015, e ivi specialmente i contributi di M.P. Costantini, U. Salanitro nonché, per gli aspetti medici, A. Forabosco.

⁸ Corte cost., 5 giugno 2015, n. 96, in *Nuova Giur. Civ.*, 2015, 930. Si potrebbe dire che questa sentenza suggelli l'adeguamento della nozione di infertilità o sterilità a un'accezione diffusamente accolta nella comunità medico-scientifica internazionale, comprensiva appunto dell'elevato rischio di avere figli affetti da gravi patologie.

Con riguardo alla diagnosi, è da notare che la così detta Convenzione di Oviedo del 4 aprile 1997 sui diritti dell'uomo e la biomedicina vieta all'art. 14 la selezione degli embrioni per determinare il sesso del nascituro, ma fa eccezione per il caso che sia necessario prevenire la trasmissione di una malattia genetica appunto al sesso collegata. Se testi di questo genere vanno intesi non come sequenze di *diktat* arbitrari, ma come espressione di un pensiero, se ne deve desumere l'apertura alle indagini pre-impianto ordinate al fine di scongiurare la nascita di persone gravemente menomate o malformate. Né in contrario si può addurre – come spesso impropriamente si è fatto – l'art. 3, 2° comma, della Carta di Nizza (Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea, 18 dicembre 2000), poiché ciò che tale norma proibisce è l'imposizione pubblica di pratiche selettive.

⁹ Così, forse con qualche sovrabbondanza, la sentenza: “a fronte (...) di quella che qualcuno ha definito una scelta tragica, tra il

rispetto del principio della vita (...) e le esigenze della ricerca scientifica – una scelta (...) ampiamente divisiva sul piano etico e scientifico, e che non trova soluzioni significativamente uniformi neppure nella legislazione europea – la linea di composizione tra gli opposti interessi, che si rinviene nelle disposizioni censurate, attiene all'area degli interventi con cui il legislatore, quale interprete della volontà della collettività, è chiamato a tradurre, sul piano normativo, il bilanciamento tra valori fondamentali in conflitto, tenendo conto degli orientamenti e delle istanze che apprezzati come maggiormente radicati, nel momento dato, nella coscienza sociale. (...) È quella, dunque, recata dalla normativa impugnata una scelta di così elevata discrezionalità, per i profili assiologici che la connotano, da sottrarsi, per ciò stesso, al sindacato di questa Corte. Per di più, una diversa ponderazione dei valori in conflitto nella direzione, auspicata dal rimettente, di una maggiore apertura alle esigenze della collettività correlate alle prospettive della ricerca scientifica, non potrebbe comunque introdursi nel tessuto normativo per via di un intervento additivo da parte di questa Corte (...). Il differente bilanciamento dei valori in conflitto che attraverso l'incidente di costituzionalità si vorrebbe sovrapporre a quello presidiato dalla normativa scrutinata non potrebbe, infatti, non attraversare (e misurarsi con) una serie di molteplici opzioni intermedie, (...) anch'esse inevitabilmente riservate al legislatore”.

¹⁰ Come accoratamente auspicato, e talvolta assai polemicamente reclamato, da molte voci interne al mondo della ricerca: si veda ad esempio C.A. Redi, *Il biologo furioso*, Milano, 2011, 63 e segg.

discutibile – per la ragione che ho accennata – rappresentazione del diritto effettivamente vigente.

Il dibattito etico

Un ordinamento che – come adesso il nostro per effetto delle sentenze costituzionali – ammetta funzionalmente a specifici progetti di maternità la creazione di embrioni probabilmente in avanzo non ha forse l'attrattiva dei sistemi tracciati con la squadra: è un fatto però ch'esso promuova la vita umana personale più intensamente, consentendo la soddisfazione del desiderio di procreare di coppie in vario senso problematiche, che altrimenti facilmente fallirebbero o vi rinunciarebbero.

Il principale argomento circolante nel dibattito politico e bioetico in favore di una controllata destinazione dei soprannumerari, o almeno di alcuni di essi, alla ricerca scientifica è accennato nella stessa sentenza in commento: piuttosto che “lasciar perire” gli “embrioni non impiantabili”, devolverli per spirito di solidarietà a studi potenzialmente suscettibili “di salvare (...) milioni di esseri umani” sarebbe più rispettoso “della vita” in generale, fors'anche più coerente con il riconoscimento di dignità al singolo embrione in questione. Tale argomento si ritiene a volte di corroborare con qualche osservazione di fatto: non solo e non tanto che lo zigote, e poi l'embrione nelle prime fasi di sviluppo, appare con certezza un essere incapace nell'attualità di desideri e sofferenza; ma soprattutto che degli ovuli fecondati per via “naturale” la larga maggioranza, per ragioni varie (morfologiche,

genetiche e altre), non arriva alla nascita e spesso nemmeno all'attecchimento in utero; sia dunque nel selezionare embrioni per la gravidanza, sia nel portare a distruzione o estinzione – col consegnarli alla ricerca – quelli a gravidanza non destinati, l'agente umano si sostituirebbe o sovrapporrebbe al caso: il che, posto sia fatto per scopi buoni, rappresenterebbe un progresso in termini morali.

Con questi possibili argomenti si spiega che in Paesi di tradizione giuridica non lontana dalla nostra alle coppie che fanno ricorso alla fecondazione *in vitro* venga richiesto di pronunciarsi circa le sorti degli embrioni non impiantati, in particolare dichiarando di volere o non volere che siano impiegati a fini di studio o per estrazione e produzione di cellule staminali¹¹. Non pare potersi dire che discipline di questo tipo trattino il frutto della fecondazione – come da ipotesi stigmatizzata dai giudici di Strasburgo nella sentenza del 27 agosto 2015 citata dalla Corte costituzionale – alla stregua di una qualunque *res* suscettibile di proprietà, poiché l'ambito decisionale riconosciuto ai genitori è definito in positivo – per così dire *ab origine* stringentemente conformato –, ad esempio con pre-determinazione degli enti o soggetti che potranno svolgere le ricerche, e soprattutto con l'esclusione della disposizione per lucro. Al confronto potrebbe chiedersi provocatoriamente se il divieto della nostra legge non ricordi più da presso altri ordinamenti, ove degli embrioni soprannumerari è prevista in modo più o meno dichiarato la nazionalizzazione.

La Corte costituzionale torna sulla sperimentazione sugli embrioni

Ilaria Rivera*

Nel corso dell'ultimo decennio, molteplici sono state le pronunce che hanno interessato la L. 19 febbraio 2004, n. 40, in tema di procreazione medicalmente assistita, dando prova, in taluni casi, di veri e propri interventi correttivi da parte delle autorità giurisdizionali chiamate a dirimere le controversie pendenti e addivenendo, talora, ad interpretazioni “creative” del dettato normativo, sulla scorta di valutazioni ermeneutiche improntate all'esigenza di assicurare il ragionevole bilanciamento degli interessi coinvolti. Si è assistito, pertanto, non solo a un intervento reiterato da parte dei giudici sulla disciplina *de qua*, per i diversi profili di volta in volta in considerazione, ma soprattutto a un'operazione di “riscrittura” della stessa mediante l'azione congiunta delle autorità giurisdizionali nazionali e sovranazionali (Corte europea dei diritti dell'uomo), variamente interpellate a pronunciarsi sulle singole questioni attinenti all'articolato normativo. In tal senso, il percorso giurisprudenziale che ha interessato la L. n. 40 ha condotto, da ultimo, alla sentenza, che si vuole qui annotare, della Corte costituzionale n. 84/2016, con la quale il giudice costituzionale si è pronunciato sulla questione relativa al divieto di sperimentazione sugli embrioni umani di cui all'art. 13, nonché sul divieto di revoca del consenso prestato alla sottoposizione alla procedura di procreazione medicalmente assistita, a mente dell'art. 6 della legge stessa. Con la suddetta pronuncia, in particolare, il giudice delle leggi dichiara l'inammissibilità della questione di legittimità costituzionale in ossequio al rispetto della discrezionalità del legislatore. La nota a commento intende, quindi, esaminare la tematica della sperimentazione degli embrioni, alla luce del quadro normativo, nazionale e sovranazionale, e della rilevante evoluzione giurisprudenziale in materia, richiamata, peraltro, nella pronuncia in questione.

¹¹ Per informazioni dalle esperienze straniere A. Pinori, *Sul trattamento giuridico dell'embrione negli altri Stati europei*, in D. Carusi-S. Castignone (curr.), *op. cit.*, 87 e segg.

* Il contributo è stato sottoposto, in forma anonima, alla valutazione di un referee.

Introduzione

Con la sentenza n. 84/2016¹, la Corte costituzionale è tornata a pronunciarsi sulla L. 19 febbraio 2004, n. 40, in tema di procreazione medicalmente assistita, relativamente al divieto di sperimentazione scientifica sugli embrioni umani² (art. 13, commi 1°, 2° e 3°) e al divieto per la donna di revocare il consenso previamente prestato alla procedura di PMA (art. 6, 3° comma, ultimo capoverso). Tralasciando la questione concernente il secondo profilo, dichiarata inammissibile per difetto di rilevanza, in quanto la donna aveva successivamente deciso di procedere all'impianto degli embrioni prodotti, si cercherà, in questa sede, di analizzare, più nello specifico, la questione della sperimentazione sugli embrioni umani, e, in generale, della tutela della ricerca scientifica, in relazione al particolare oggetto che sarebbe interessato, ossia la "vita umana".

Come sottolineato, infatti, dalla stessa pronuncia, nella fattispecie in esame si pone la problematica di conciliare, da una parte, "il diritto della scienza"³ e, dall'altra, la tutela dell'embrione e della "dignità antropologica che gli viene riconosciuta"⁴. Viene, dunque, in evidenza la necessità di operare una valutazione circa l'assolutezza del divieto di sperimentazione sul prodotto embrionale in sovrannumero, stabilito dall'art. 13 delle legge *de qua*, in ragione della priorità assiologica ed ontologica riconosciuta all'embrione umano⁵, con la conseguente irriducibilità dello stesso a "mero materiale biologico" (richiamando le parole della precedente sentenza n. 229/2015 della Corte costituzionale).

La tematica che viene in rilievo non è di poco momento se si considera che la possibilità di produrre embrioni in soprannumero è stata riconosciuta, in via

pretoria, proprio dal giudice costituzionale con la sentenza n. 151 del 2009⁶, con la quale è stata dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'art. 14, 2° comma, della L. n. 40, nella parte in cui imponeva il limite massimo di tre embrioni e l'obbligo per il personale sanitario di procedere ad un unico e contemporaneo impianto degli stessi. Venendo meno l'obbligo in questione, si è, quindi, ammessa la possibilità di prevedere la crioconservazione degli embrioni prodotti in eccesso e non impiantati. D'altra parte, la necessità di temperare l'obbligo di impianto unico di tutti gli embrioni prodotti, a giudizio della Corte, trovava giustificazione nella tutela della salute psico-fisica della donna che si accingeva a procedere alle pratiche di fecondazione medicalmente assistita, rimettendo, in questa ottica, al medico la valutazione dell'opportunità di prevedere il numero di embrioni impiantabili, in base alle circostanze concrete e sempre nell'ottica della preservazione della futura gestante.

La questione del numero di embrioni non impiantati e destinati, quindi, ad essere conservati è tornata poi all'attenzione del giudice costituzionale nella recente sentenza n. 96/2015, relativamente al divieto di diagnosi preimpianto⁷ per le coppie portatrici di malattie genetiche trasmissibili. Con la pronuncia da ultimo citata⁸, la Corte costituzionale estende la possibilità di procedere all'esame diagnostico della DPG, originariamente previsto nel dettato normativo della L. n. 40/2004 solo per le coppie infertili o sterili, anche alle coppie che, sebbene non infertili o sterili, siano affette da malattie genetiche ereditarie, tali da pregiudicare la salute del nascituro. Tale pronuncia, peraltro, costituisce il seguito giurisprudenziale dei *dicta* affermati dalla Corte europea dei diritti dell'uomo nella sentenza *Costa e Pavan c. Italia*⁹ del 28 agosto 2012. In particolare, nella sentenza della Corte

¹ Corte cost., 22 marzo 2016, n. 84.

² Per un approfondimento, cfr. Cristiano, *La sperimentazione sugli embrioni umani*, in Chieffi, Salcedo Hernandez (a cura di), *Questioni di inizio vita. Italia e Spagna: esperienze in dialogo*, Milano-Udine, 2015, 319 e segg., spec. 330 e segg. per una disamina del quadro normativo europeo ed internazionale.

³ Sulla qualificazione della ricerca scientifica come valore costituzionalmente protetto, cfr. Corte cost., 16 dicembre 2004, n. 423, nella quale si chiarisce che "La ricerca scientifica deve essere considerata non solo una 'materia', ma anche un 'valore' costituzionalmente protetto (artt. 9 e 33 della Costituzione) ..." (Cons. dir. 11.1.). Sul tema, si veda anche la sentenza della Corte costituzionale n. 282 del 19 giugno 2002, in materia di terapia elettroconvulsivante (TEC), con la quale il giudice delle leggi sottolinea il ruolo assunto dalla pratica terapeutica e i possibili interessi che essa inerisce, con particolare riguardo a quello del malato "ad essere curato efficacemente, secondo i canoni della scienza e dell'arte medica" e "quello ad essere rispettato come persona" (Cons., dir. 4). A tal riguardo, peraltro, la Corte rileva l'importanza del medico nella definizione delle evidenze scientifiche e nella conseguente predisposizione delle pratiche ammissibili, non potendo il legislatore sostituirsi a quest'ultimo.

⁴ Sul tema, Palazzani, *Lo statuto giuridico dell'embrione umano*, in *Persona y derecho*, 2001, 44, 113 e segg.

⁵ Per un approfondimento dottrinario, cfr. Tripodina, *Statuto dell'embrione vs libertà di ricerca scientifica: un conflitto risolto in*

modo incostituzionale, in *Nuvole*, 2005, 25, 32-43.

⁶ Per un commento, si vedano Ferrando, *Fecondazione in vitro e diagnosi preimpianto dopo la decisione della Corte costituzionale*, in *Fam. Dir.*, 2009, 761 e segg.; Dogliotti, *La Corte costituzionale interviene sulla produzione e sul trasferimento degli embrioni a tutela della salute della donna*, in *Corriere Giur.*, 2009, 1216 e segg.; Tripodina, *La Corte costituzionale, la legge sulla procreazione medicalmente assistita e la "Costituzione che non vale più la pena di difendere"?*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2009, 950 e segg.

⁷ Per un approfondimento sul divieto in questione, si veda Liberati, *La diagnosi genetica preimpianto tra interpretazione costituzionalmente conforme, disapplicazione della L. n. 40/2004, diretta esecuzione delle decisioni della Corte europea dei diritti dell'uomo e questioni di legittimità costituzionale*, in *Rivista AIC*, 2/2014.

⁸ Sul punto, cfr. Vallini, *Il curioso (e doloroso) caso delle coppie fertili portatrici di malattie ereditarie, che potevano ricorrere all'aborto, ma non alla diagnosi e selezione preimpianto*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2015, 1457 e segg.; Iannuzzi, *La Corte costituzionale dichiara l'illegittimità costituzionale del divieto di accesso alla diagnosi preimpianto e alla procreazione medicalmente assistita e sgretola l'impianto della L. n. 40/2004*, in *Giur. Cost.*, 2015, 805 e segg.

⁹ La pronuncia ha avuto un seguito giudiziario dinanzi al Tribunale di Roma, che, con ordinanza del 23 settembre 2013, ha disapplicato la pertinente normativa interna – segnatamente, l'art.

europea, i giudici di Strasburgo dichiarano l'irragionevolezza del divieto in parola in considerazione della possibilità per la donna di accedere, in via successiva, ad aborto terapeutico ai sensi dell'art. 6, L. 22 maggio 1978, n. 194 (legge sull'interruzione volontaria di gravidanza), evidenziando, in particolare, l'incoerenza del sistema normativo italiano che, da un lato, non consente la sottoposizione ad un esame diagnostico "preventivo" al fine di rilevare possibili patologie genetiche sugli embrioni da impiantare e, dall'altro, permette di ricorrere "in via successiva" ad un intervento particolarmente lesivo per la salute della donna e di quella del feto, qual è, appunto, l'aborto terapeutico, in uno stadio avanzato di formazione dello stesso.

Il divieto di sperimentazione sugli embrioni e la tutela della intangibilità umana

Successivamente, la questione del divieto assoluto "di qualsiasi ricerca clinica o sperimentale che non sia finalizzata alla tutela dell'embrione stesso", previsto dall'art. 13, L. n. 40/2004, è stata sottoposta al giudizio della Corte costituzionale dal Tribunale di Firenze¹⁰, il quale chiedeva, più specificamente, un intervento additivo da parte del giudice costituzionale, "tale da comportare un temperamento all'assolutezza di quel divieto", consentendo, quindi, un'"eterogenesi" della normativa in questione, ossia la produzione – o, meglio, l'utilizzo – di embrioni non usufruibili a fini procreativi per la ricerca scientifica biomedica.

Così prospettata, la tematica attiene alla protezione del fondamentale diritto alla salute ai sensi dell'art. 32 Cost., da intendersi, però, nelle parole del giudice rimettente, in senso "onnicomprensivo", tale da giustificare il sacrificio dell'embrione umano e della salute dello stesso al fine di perseguire i superiori interessi scientifici ed assicurare la salute collettiva.

È interessante, a tal riguardo, notare come la Corte costituzionale, ancorché concluda nel senso di valorizzare l'imprescindibile ruolo del legislatore nella predisposizione della disciplina ritenuta più opportuna, soprattutto in considerazione degli ampi margini

di manovra che imporrebbe la ridefinizione della materia, tanto da trascendere le ben note "rime obbligate" di crisafulliana memoria¹¹, non manchi di sottolineare l'intangibilità dell'embrione umano e l'importanza di assicurare una tutela adeguata fin dalle prime fasi di sviluppo.

Tralasciando di argomentare circa l'opportunità per il giudice costituzionale di ricorrere ad una pronuncia di inammissibilità per la pluralità di soluzioni normative possibili e rispetto alle quali solo il decisore politico potrebbe rappresentare l'oculato scrutatore, si intende qui evidenziare l'assetto motivazionale attraverso il quale la Corte costituzionale perviene ad una siffatta conclusione. La Consulta, al fine di avvalorare il proprio percorso ermeneutico, ripercorre i principali arresti giurisprudenziali che hanno interessato la normativa in questione evidenziando, in particolar modo, la definizione della prevalenza assiologica dell'embrione umano. Così, la Corte costituzionale rammenta che, sebbene «come ogni altro valore costituzionale, anche la tutela dell'embrione è stata ritenuta soggetta a bilanciamento», essa costituisce «un valore costituzionale», meritevole di tutela costituzionale ai sensi dell'art. 2 Cost.

Ad ogni modo, ciò che sembra rappresentare la cifra caratteristica della pronuncia in commento e che rivela, peraltro, il grado di apertura della giurisdizione costituzionale alle influenze di matrice sovranazionale è il richiamo alla sentenza *Parrillo c. Italia* del 27 agosto 2015¹² della Corte europea dei diritti dell'uomo, in tema di sperimentazione sugli embrioni umani, nella quale viene in rilievo la violazione, a giudizio della ricorrente, degli artt. 1, Prot. n. 1 CEDU (diritto di proprietà) e 8 CEDU (diritto al rispetto della vita privata e familiare). In particolare, sembra rappresentare un *novum* nella tecnica decisoria ed argomentativa adoperata dal giudice delle leggi la chiara indicazione dei passaggi più significativi della pronuncia della Corte europea, nella prospettiva di corroborare il *reasoning* della propria pronuncia. La Corte costituzionale, infatti, senza entrare nel merito delle pur rilevanti questioni portate all'attenzione dei giudici di Strasburgo in ordine alla possibile estensio-

4, L. 19 febbraio 2004, n. 40 –, in esecuzione della sentenza CEDU *Costa e Pavan c. Italia*, consentendo, quindi, alla coppia di coniugi, portatrice sana di malattia genetica trasmissibile, l'accesso alla procedura di PMA previa esecuzione della diagnosi preimpianto al fine di impiantare solo gli embrioni sani. A commento della suddetta pronuncia, si veda Ruggeri, *Spunti di riflessione in tema di applicazione diretta della CEDU e di efficacia delle decisioni della Corte di Strasburgo (a margine di una pronuncia del Trib. Di Roma, I Sez. Civ., che dà 'seguito' a Corte EDU Costa e Pavan)*, in *Consultaonline*, 2013. Nel senso che, in caso di contrasto tra la norma interna e la norma convenzionale, non sia possibile per il giudice nazionale disapplicare direttamente quella interna, dovendo, al contrario, rimettere la relativa questione di legittimità costituzionale alla Corte costituzionale, cfr., tra le altre, Corte cost., 7 marzo 2011, n. 80, là dove la Corte chiarisce che l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona non ha modificato lo *status* delle norme CEDU, che, pertanto, fintanto che non si arrivi all'adesio-

ne dell'Unione europea alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo, non possono essere equiparate alle norme europee.

¹⁰ Per un commento all'ordinanza di rimessione, cfr. D'avack, *L'ordinanza 7 dicembre 2012 del Tribunale civile di Firenze*, in *Fam. Pers.*, 2013, 1276 e segg.

¹¹ Cfr. Crisafulli, *Lezioni di diritto costituzionale*, I, Padova, 1984, 402 e segg.

¹² A commento della pronuncia europea, si vedano, tra gli altri, V. Tigano, *Divieto di sperimentazione sugli embrioni umani e convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Dirittopenalecontemporaneo*, 30 settembre 2015; Poracciolo, *Il divieto di sperimentazione sugli embrioni umani non è incompatibile con la Convenzione*, in *Guida Dir.*, 2015, 38, 15 e segg. Sia consentito, peraltro, il rinvio al nostro *La tutela della vita e la "proprietà" dell'embrione umano. Osservazioni a margine della sentenza CEDU, Parrillo c. Italia (ric. 46470/11)*, in *DPCE online*, 4/2015.

ne in via ermeneutica della nozione di “bene”¹³ di cui al predetto art. 1, Prot. 1, CEDU, riprende le argomentazioni offerte a sostegno della mancanza di una disciplina normativa uniforme in ambito europeo, il c.d. *consensus* europeo, tale da giustificare ed, anzi, incentivare la rivendicazione di un margine di apprezzamento nazionale¹⁴.

In tal modo, viene richiamata la pertinente giurisprudenza europea al fine di rappresentare la variegata situazione normativa nella realtà ordinamentale europea e di legittimare la sussistenza di discipline differenziate tra gli Stati. Nel caso di specie, come sottolineato dal giudice delle leggi, la normativa del 2004 non ha vietato del tutto la ricerca scientifica ma ne ha permesso il perseguimento alla specifica finalità terapeutica e diagnostica sull’embrione singolarmente considerato e sempre ai fini del successivo impianto uterino.

Anche nella pronuncia in commento, quindi, la Corte costituzionale fa riferimento alla necessità di valorizzare il margine di apprezzamento statale nella definizione delle opzioni normative preferibili, ma in una prospettiva rinnovata, o, meglio, “rinforzata” dai parametri convenzionali europei, che sembrano consentire, in presenza di tematiche eticamente sensibili¹⁵, valutazioni statali discrezionali.

La tutela dell’embrione umano tra spinte protezionistiche ed esigenze solidaristiche

Come *supra* esposto, la Corte costituzionale, sebbene *de facto* non intervenga sul dettato normativo impugnato nel senso della declaratoria della fondatezza ovvero della non fondatezza della q.l.c. prospettata, sembra sottolineare parimenti il percorso assiologico che dovrebbe informare la disciplina in questione, anche nei futuri approdi legislativi.

Dopo aver debitamente riportato i passaggi nodali del dibattito, dottrinario e politico, in materia, chiarendo, per ciascuna delle posizioni tratteggiate, le principali conseguenze che potrebbero derivare, rispettivamente, da una maggiore ovvero da una minore apertura alla finalità scientifica del prodotto della procreazione medicalmente assistita, il giudice costituzionale chiarisce la difficile composizione degli interessi contrapposti che vedono, da una parte, il rispetto della vita umana, in tutte le sue manifestazioni esistenziali, anche primordiali, e, dall’altra, la pro-

mozione della ricerca scientifica, necessaria al progresso sociale e funzionale alla stessa protezione della salute, individuale e collettiva.

D’altra parte, il giudice costituzionale evidenzia, da un lato, la visione – da taluni sostenuta –umanitaria e fortemente solidaristica, in attuazione del dettato dell’art. 2 Cost., della finalizzazione della produzione degli embrioni umani alla ricerca scientifica e, dall’altro, aderendo ad un’altra impostazione teoretica, l’impossibilità di pervenire ad una concezione “patrimoniale” dell’embrione umano, sul quale i relativi genitori potrebbero rivendicare qualsiasi pretesa, in considerazione del fatto che si donerebbe alla ricerca non già “qualcosa”, bensì “qualcuno”.

Peraltro, a giudizio della Corte, aderendo alla tesi per cui la sperimentazione sarebbe possibile solo previa prestazione di valido consenso, attuale ed informato, non sarebbe possibile procedere alla sperimentazione sugli embrioni umani, poiché questi, qualora fossero considerati persone, non sarebbero nella condizione di manifestare la propria decisione al riguardo.

Forse questo paragrafo può eliminarsi, magari salvandone alcune parti in altri contesti

Il bilanciamento di valori tra discrezionalità legislativa e sindacato della Corte costituzionale

La conclusione cui perviene il giudice costituzionale nella pronuncia annotata è quella che porta a valorizzare l’ampia discrezionalità di cui dispone il legislatore nazionale al fine di temperare i diversi interessi in rilievo e di operare la sintesi ottimale delle esigenze coinvolte, in considerazione anche degli imprescindibili bisogni dei singoli.

Sempre nel solco della sentenza europea previamente richiamata, la Corte costituzionale sembra sottolineare la peculiare sensibilità, politica ed etica, cui si presta la materia in questione, che richiede, pertanto, un approccio flessibile improntato alla esaltazione del bacino trattativo nazionale e della coscienza sociale. In tale prospettiva, solo il legislatore, attraverso la composizione delle differenti posizioni che caratterizzano la plurale realtà sociale e politica, è in grado di assumere decisioni politiche condivise che tengano in considerazione le istanze sociali e le sensibilità culturali. La dimostrazione di tale necessità si rinviene, peraltro, nel mutevole approccio adottato a livello europeo tra i

¹³ Al riguardo, osserva Scarcella, *Legittimo vietare la donazione per la ricerca scientifica di embrioni ottenuti da fecondazione in vitro*, in *Il Quotidiano Giuridico on line*, 3 settembre 2015, che la Corte di Strasburgo si è limitata a chiarire esclusivamente cosa l’embrione non è, senza definire lo status giuridico di cui è titolare. In particolare, l’A. si interroga se l’embrione umano debba essere considerato come parte dell’identità biologica del genitore, quasi come una pertinenza dello stesso, ovvero se costituisca un *tertium genus* tra persone e cose.

¹⁴ Sul punto, cfr. Sapienza, *Sul margine d’apprezzamento statale nel sistema della Convenzione europea dei diritti dell’uomo*, in *Riv. Dir. Int.*, 1991, 571 e segg. Come definito da Costa, *Les articles 8 à*

11 de la Convention et le contrôle juridictionnel de la Cour européenne des droits de l’homme, *Annales du droit luxembourgeois*, 15, 2005, 19, il margine di apprezzamento sarebbe paragonabile alla bilancia del farmacista.

¹⁵ Evidenzia la necessità di procedere con una certa precauzione laddove si approcci a materie che coinvolgano l’etica, il diritto e la scienza Iannuzzi, *La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo sui limiti alla ricerca scientifica nel contesto del dialogo a distanza fra Corti nazionali e internazionali. Il caso della ricerca in ambito genetico*, in Id. (a cura di), *La ricerca scientifica fra possibilità e limiti*, Napoli, 2015, 62, quasi che si tratti di “uno spazio cosmico ignoto”.

diversi Stati membri, attraverso la diversa modulazione degli interessi contrapposti e la risultante elaborazione di proposte risolutive.

La Corte costituzionale, quindi, individuando una pluralità di opzioni normative intermedie cui si potrebbe pervenire nella graduazione del divieto di sperimentazione scientifica, riconosce la priorità operativa dell'organo legislativo, "interprete della volontà collettiva" ed in grado di apprezzare gli orientamenti consolidatisi nella comune coscienza sociale.

Tanto premesso, così delineato l'intervento legislativo, il rischio che si paventerebbe è quello per il quale sarebbe precluso ogni tipo di sindacato della Corte costituzionale, non potendo ingerire nella sfera discrezionale rimessa al legislatore.

Si ripropone, in questa sede, la tematica relativa al ruolo assunto dal giudice costituzionale nell'ambito del sindacato delle scelte politicamente assunte e del rispetto della discrezionalità riconosciuta al Parlamento. In particolare, la pronuncia in commento sembra confermare la tendenza della Corte di valutare le misure adottate dal legislatore attraverso i canoni della ragionevolezza e della proporzionalità¹⁶ nell'operazione di bilanciamento tra i valori costituzionali¹⁷ in considerazione. Valutazione, questa, che sembra arrestarsi ad uno stadio di legittimità formale laddove oggetto dello scrutinio siano normative che ineriscano materie sensibili, quali quelle attinenti al biodiritto. In tal caso, infatti, la Corte sembrerebbe attenersi ad una valutazione di "manifesta irragionevolezza", in ossequio al ruolo spiegato dal Parlamento nella definizione e nella strutturazione dei contorni della normativa adottata e del bilanciamento effettuato *in nuce* dallo stesso.

Si tratterebbe, quindi, come sembrerebbe dimostrare anche la suddetta pronuncia, di un sindacato "esterno" e *ex post* rispetto a quello operato dal legislatore, al quale, in ragione dei rilevanti profili assiologici coinvolti, quello effettuato dalla Corte non potrebbe sottoporsi.

Alcune considerazioni conclusive

Alla luce delle argomentazioni che si è tentato qui di proporre, la pronuncia annotata assume particolare importanza, non solo nel panorama giurisprudenziale, nazionale e sovranazionale, che ha variamente interessato le vicende nelle quali è venuta in rilievo la discussa L. n. 40/2004, sin dal momento della sua entrata in vigore, ma anche, e, soprattutto, per la considerazione dei parametri utilizzati dalla Corte costituzionale nel sindacare la questione relativa alla sperimentazione sugli embrioni umani e ai "confini" di liceità della ricerca scientifica. In particolare, la Corte, nel riconoscere al legislatore il monopolio discrezionale in materie particolarmente controverse, pare richiamare la giurisprudenza della Corte di Strasburgo¹⁸ *ad adiuvandum* nell'asse motivazionale attraverso il quale si snoda la pronuncia in commento, ravvisando nei parametri convenzionali, pur non espressamente richiamati dal giudice rimettente, la matrice normativa e giurisprudenziale per la costruzione di un impianto normativo paneuropeo¹⁹. Il passaggio che precede, anche in relazione alle note, è poco chiaro ma è importante perché fa capire come la Corte cost. utilizzi la giurisprudenza della Corte europea "a corrente alternata", alcune volte valorizzandone il contenuto, altre volte riducendone l'importanza, se non addirittura ignorandola (*ex* sentenza n. 49/2015),

¹⁶ Per un approfondimento sul tema, cfr. Lavagna, *Ragionevolezza e legittimità costituzionale*, in *Studi in memoria di Carlo Esposito*, Padova, 1973, 1573 e segg.; Luther, *Ragionevolezza (delle leggi)*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, Torino, 1997, 341 e segg.; Paladin, *Ragionevolezza (principio di)*, in *Enc. Dir. Agg.*, Milano, 1997, 902 e segg.; e, più di recente, Scaccia, *Gli "strumenti" della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, Milano, 2000; Morrone, *Il cuneo della ragionevolezza*, Milano, 2001.

¹⁷ Sul punto, si veda, tra le altre, la sentenza n. 85/2013 della Corte costituzionale, nella quale il giudice costituzionale evidenzia il tessuto pluralista sul quale si innesta il dettato costituzionale, alla luce del quale si giustifica il perseguimento di un punto di equilibrio tra i valori che informano l'assetto ordinamentale complessivo. In particolare, la Corte costituzionale sottolinea come "La Costituzione italiana, come le altre Costituzioni democratiche e pluraliste contemporanee, richiede un continuo e vicendevole bilanciamento tra principi e diritti fondamentali, senza pretese di assolutezza per nessuno di essi", per cui "Il punto di equilibrio, proprio perché dinamico e non prefissato in anticipo, deve essere valutato – dal legislatore nella statuizione delle norme e dal giudice delle leggi in sede di controllo – secondo criteri di *proporzionalità* e di *ragionevolezza*, tali da non consentire un sacrificio del loro nucleo essenziale" (Cons., dir. 9) (corsivi nostri). In senso analogo, cfr. Corte cost., 19 novembre 2011, n. 264, nella quale si fa richiamo al margine di apprezzamento riconosciuto a livello nazionale per giustificare valutazioni, da parte della Corte costituzionale, con le quali si persegua un livello di tutela dei diritti fondamentali, deve essere sistemico e non frazionato, mediante la ponderazione di "una serie di norme non coordinate ed in poten-

ziale conflitto tra loro" (Cons., dir. 4.1.).

¹⁸ Non sono mancati, tuttavia, casi in cui la Corte costituzionale ha operato vere e proprie operazioni di *distinguishing* rispetto ai dettami europei, rivendicando, in particolare, la "priorità assiologica" del testo costituzionale su quello convenzionale (cfr. Corte cost., 14 gennaio 2015, n. 49), nonché l'obbligo per il giudice nazionale di preferire operazioni ermeneutiche improntate ad assicurare l'aderenza delle norme nazionali da applicare alla lettera costituzionale, prima ancora che alla Convenzione europea. Peraltro, come specificato nella sentenza n. 317/2009, la Corte costituzionale, pur riconoscendo il monopolio interpretativo del testo convenzionale europeo in capo ai giudici di Strasburgo, ribadisce, in ogni caso, la facoltà di operare bilanciamenti e valutazioni circa le modalità con le quali le pronunce CEDU spiegano la propria efficacia nell'ordinamento nazionale, sottolineando, in questo, la possibilità di opporre un margine di apprezzamento nell'obbligo di esecuzione della giurisprudenza europea. Sul tema, cfr., *amplius*, Pirrone, *L'obbligo di conformarsi alle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo*, Milano, 2004.

¹⁹ Per un approfondimento sul dialogo tra Corte costituzionale e Corte europea dei diritti dell'uomo, nella vastissima letteratura sul punto, cfr. Bilancia, De Marco, *La tutela multilivello dei diritti*, Milano, 2004; Luciani, *Costituzionalismo irenico e costituzionalismo polemico*, Relazione al Convegno organizzato dalla Associação Portuguesa de Direito Constitucional, "La Costituzione portoghese", Lisbona, 26 aprile 2006; Cassese, *I tribunali di Babele. I giudici alla ricerca di un nuovo ordine globale*, Roma, 2009; de Vergottini, *Oltre il dialogo tra le Corti. Giudici, diritto straniero, comparazione*, Bologna, 2010.

come quando adotta posizioni contrarie ad essa La Corte costituzionale sembra, infatti, affidarsi alle categorie classificatorie – *consensus* europeo e margine di apprezzamento nazionale²⁰ – proprie del *reasoning* della Corte di Strasburgo.

Peraltro, nella pronuncia annotata, la reverenza non esageriamo riconosciuta al legislatore nazionale, in assenza di proposte normative condivise a livello europeo, si completa di un ulteriore passaggio, che si concreta nel riconoscimento dell'importanza assunta dalle innovazioni tecnologiche e dalle "evidenze scientifiche" nelle tematiche attinenti al biodiritto. In tal modo, la discrezionalità del legislatore, nella predisposizione della normativa ritenuta più opportuna, dovrebbe trovare adeguato conforto nella valutazione dello stato del progresso bio-tecnologico²¹. Dunque, la norma giuridica sembrerebbe arricchirsi di elementi extragiuridici²², di estrazione scientifica, tali da qualificarla come "norma tecnica", in considerazione dell'oggetto della materia trattata.

Nel caso di specie, come sottolineato dallo stesso giudice costituzionale, la valutazione dell'opportunità per il

legislatore di intervenire a modifica della disciplina vigente dovrebbe importare, in ogni caso, la considerazione delle risultanze dell'evoluzione del progresso scientifico e tecnologico²³, per potere stabilire "scientemente"²⁴ se destinare alla ricerca scientifica solo gli embrioni malati e, in caso positivo, quelli affetti da quali patologie, determinare un eventuale periodo di crioconservazione²⁵ ovvero prevedere modalità di consultazione della coppia o della donna donatrice, in caso di volontario abbandono del prodotto embrionale.

Volendo tentare qualche considerazione conclusiva, la sentenza annotata sembra squadernare una serie di problematiche e di criticità attinenti all'*ubi consistam* della normativa censurata, ossia l'"inizio della vita umana", la cui tutela sembra imporre un ripensamento delle categorie assiologiche classiche alla luce delle sempre maggiori e più sofisticate innovazioni scientifiche raggiunte²⁶. Un bilanciamento, questo, che, ad ogni modo, non sembra poter prescindere da un maturo e consapevole processo di consolidamento del comune sentire sociale.

Inadempimento reciproco e caparra confirmatoria

Cassazione civile, Sez. III, 30 settembre 2016, n. 19043 – Pres. Chiarini – Rel. Spirito – P.M. Cardino (conf.) – Costruzioni edili M.C. s.r.l. (avv.ti Ramadori, Maridati) – A.F. (avv.ti Bonfiglio, Lenzini). *Cass. Appello Brescia 14 ottobre 2013*.

Contratto in genere – Inadempimento reciproco – Recesso – Risoluzione stragiudiziale del contratto – Caparra confirmatoria – Risarcimento del danno

La somma di denaro che, all'atto della conclusione del contratto preliminare di compravendita, il promissario acquirente consegna al promittente venditore a titolo di caparra confirmatoria, assolve la funzione, in caso di successiva risoluzione del contratto per inadempimento, di preventiva liquidazione del danno per il mancato pagamento del prezzo, mentre il danno da illegittima occupazione dell'immobile, frattanto consegnato al pro-

²⁰ Sul tema, tra i molti, Tega, *I diritti in crisi*, Milano, 2012, 88 e segg.; Sapienza, *Sul margine di apprezzamento statale nel sistema della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, cit.; Tanzarella, *Il margine di apprezzamento*, in Cartabia (a cura di), *I diritti in azione. Universalità e pluralismo dei diritti fondamentali nelle Corti europee*, Bologna, 2007, 147 e segg.; Sottiaux, Van Der Schyff, *Methods on International Human Rights Adjudication: Towards a More Structured Decision-Making Process for the European Court of Human Rights*, in *Hastings International and Comparative Law Review*, 2008, 115 e segg.; Casonato, *Introduzione al biodiritto*, Torino, 2012, 30 e segg.

²¹ Sul rapporto tra scienza e diritto, tra gli altri, cfr. Casonato, Picocchi, Veronesi (a cura di), *Percorsi a confronto: inizio vita, fine vita e altri problemi: Forum Biodiritto 2008*, Padova, 2009; D'aloia (a cura di), *Bio-tecnologie e valori costituzionali. Il contributo della giustizia costituzionale*, Torino, 2005. Sottolinea, peraltro, l'importanza assunta dalle evidenze scientifiche nel percorso motivazionale ed argomentativo del giudice costituzionale nelle questioni attinenti al biodiritto D'amico, *Scienza e diritto nella prospettiva del Giudice delle Leggi*, Messina, 2008.

²² In senso analogo, cfr. Iannuzzi, *La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo sui limiti alla ricerca scientifica nel contesto del dialogo a distanza fra le Corti nazionali e internazionali. Il caso della ricerca in campo genetico*, cit., 67, il quale sottolinea, alla luce della stretta interrelazione tra scienza e diritto, l'obbligo per il legislatore di revisionare la legislazione in considerazione di due elementi: "l'eventuale formazione di un consenso

fra gli Stati aderenti alla CEDU e l'avanzamento delle conoscenze scientifiche".

²³ Al riguardo, si vedano le riflessioni di Penasa, *La legge della scienza: nuovi paradigmi di disciplina dell'attività medico scientifica. Uno studio comparato in materia di procreazione medicalmente assistita*, Napoli, 2015, spec. 480, ove evidenzia la necessità, allorché l'attività legislativa abbia ad oggetto la materia medico-scientifica, di soddisfare "l'adeguatezza scientifica delle scelte operate". E, ancora, l'A. osserva come la scienza costituisca un valido supporto per l'esercizio della funzione legislativa e giurisdizionale (*ibidem*, 457).

²⁴ Parla, al riguardo, di una sorta di principio di ragionevolezza scientifica Penasa, *Nuove dimensioni della ragionevolezza? La ragionevolezza scientifica come parametro della discrezionalità legislativa in ambito medico-scientifico. Spunti dalla sentenza n. 162 del 2014 della Corte costituzionale*, in *www.forumcostituzionale.it*, 16 giugno 2014.

²⁵ Sul punto, ci si interroga circa l'alternativa di adoperare gli embrioni prodotti e non impiantati per la ricerca scientifica ovvero destinarli a "morte certa" tramite la crioconservazione (cfr. Spadaro, *La sentenza sugli embrioni: molto pregi e ... altrettanti difetti (in dialogo con Lorenza Violini)*, in *Quad. Cost.*, 2012, 440 e segg.).

²⁶ Manifesta le proprie perplessità in ordine all'eventuale primato da assicurare alla scienza nella definizione e nel riconoscimento dei diritti fondamentali Morrone, *Ubi scientia ibi ius. A prima lettura sull'eterologa*, in *www.forumcostituzionale.it*, 2014.

missario, discendendo da un distinto fatto illecito, costituito dal mancato rilascio del bene dopo il recesso dal contratto del promittente, legittima quest'ultimo a richiedere un autonomo risarcimento. Ne consegue che il promittente venditore ha diritto non solo a recedere dal contratto ed ad incamerare la caparra, ma anche ad ottenere dal promissario acquirente inadempiente il pagamento dell'indennità di occupazione dalla data di immissione dello stesso nella detenzione del bene sino al momento della restituzione, attesa l'efficacia retroattiva del recesso tra le parti. (Massima non ufficiale).

Omissis. – Occorre qui ribadire il principio in ragione del quale “La somma di denaro che, all'atto della conclusione del contratto preliminare di compravendita, il promissario acquirente consegna al promittente venditore a titolo di caparra confirmatoria, assolve la funzione, in caso di successiva risoluzione del contratto per inadempimento, di preventiva liquidazione del danno per il mancato pagamento del prezzo, mentre il danno da illegittima occupazione dell'immobile, frattanto consegnato al promissario, discendendo da un distinto fatto illecito, costituito dal mancato rilascio del bene dopo il recesso dal contratto del promittente, legittima quest'ultimo a richiedere un autonomo risarcimento. Ne consegue che il promittente venditore ha diritto non solo a recedere dal contratto ed ad incamerare la caparra, ma anche ad ottenere dal promissario acquirente inadempiente il pagamento dell'indennità di occupazione dalla data

di immissione dello stesso nella detenzione del bene sino al momento della restituzione, attesa l'efficacia retroattiva del recesso tra le parti” (in tal senso, cfr. Cass. nn. 9367/12 e 3704/88).

Sull'ontologia di questo danno cfr. Cass. n. 24510/11 secondo la quale “Il promissario acquirente di un immobile, che, immesso nel possesso all'atto della firma del preliminare, si renda inadempiente per l'obligazione del prezzo, da versarsi prima del definitivo, e provochi la risoluzione del contratto preliminare, è tenuto al risarcimento del danno in favore della parte promittente venditrice, atteso che la legittimità originaria del possesso viene meno a seguito della risoluzione lasciando che l'occupazione dell'immobile si configuri come “sine titulo”. Ne consegue che tali danni, originati dal lucro cessante per il danneggiato che non ha potuto trarre frutti né dal pagamento del prezzo né dal godimento dell'immobile, sono legittimamente liquidati dal giudice di merito, con riferimento all'intera durata dell'occupazione e, dunque, non solo a partire dalla domanda giudiziale di risoluzione contrattuale”.

Nella specie, il giudice, nell'affermare che la scelta della società di recedere, trattenendosi la caparra, sia di ostacolo alla liquidazione degli ulteriori danni da lei reclamati per la protratta occupazione dell'immobile, ha disatteso i summenzionati principi; sicché la sentenza impugnata deve essere cassata, affinché il giudice del rinvio di quegli stessi principi faccia corretta applicazione. – *Omissis.*

Inadempimento reciproco e caparra confirmatoria nel prisma della giurisprudenza

Paolo Gallo*

In un contesto internazionale sempre più favorevole alla risoluzione stragiudiziale del contratto, la sentenza ribadisce che nel caso in cui sia prevista una caparra confirmatoria, la parte fedele ha la facoltà di recedere dal contratto trattenendo la caparra in luogo di chiedere la risoluzione giudiziale del contratto ed il risarcimento del danno; il che preclude in linea di principio la possibilità di chiedere il risarcimento del danno ulteriore conseguente all'inadempimento, ma non anche del danno conseguente all'occupazione senza titolo del bene di cui il promissario acquirente ha goduto prima della risoluzione del contratto.

I fatti

I fatti di causa apparentemente semplici hanno dato adito ad un lungo strascico giudiziario che si è concluso in modo corretto grazie però a ben due interventi chiarificatori della Corte di cassazione, i quali hanno posto fine ad una controversia che forse avrebbe potuto essere risolta in modo più rapido se fosse stata impostata correttamente fin dai primi gradi del giudizio.

Un'impresa edile a suo tempo aveva concluso un contratto preliminare di compravendita avente ad oggetto un appartamento con un promissario acquirente; l'accordo prevedeva il pagamento di un corrispettivo pari a complessivi 311 milioni di lire, di cui 60 a titolo di caparra confirmatoria e 50 a titolo di acconto

in occasione del preliminare; in seguito erano previste due ulteriori tranches di pagamento, pari rispettivamente a 180 milioni da devolvere in occasione della consegna delle chiavi e a 21 milioni da devolvere in occasione del rogito.

Alla consegna dell'immobile la promissaria acquirente si limitò però a devolvere 50 milioni in luogo dei 180 promessi; a questo punto la promissaria venditrice, facendo valere la caparra confirmatoria, decise di recedere dal contratto, trattenendo la caparra; la promissaria acquirente eccepì a sua volta la presenza di imperfezioni nell'adempimento, infiltrazioni d'acqua, nonché carenze sotto il profilo della documentazione circa l'abitabilità, chiedendo in via riconvenzionale il trasferimento dell'immobile *ex art.* 2932 c.c. e la riduzione del prezzo.

* Il contributo è stato sottoposto, in forma anonima, alla valutazione di un referee.

In primo grado il Tribunale di Bergamo, riconosciuta la maggior gravità dell'inadempimento del venditore, dispose la restituzione del doppio della caparra.

La Corte d'appello di Brescia considerò invece preminente l'inadempimento del promissario acquirente, con conseguente legittimità del comportamento del promissario venditore che era receduto trattenendo la caparra e condannando ulteriormente il promissario acquirente a devolvere 97 milioni a titolo di risarcimento del danno conseguente all'illegittima occupazione dell'immobile ed al godimento di esso per 9 anni.

A questo punto il processo avrebbe anche potuto interrompersi, con conseguente notevole risparmio sotto il profilo dei costi processuali, dato che l'esito era molto simile a quello che si sarebbe raggiunto al termine della procedura, ma solo in virtù di un ulteriore e forse sostanzialmente inutile strascico giudiziario.

In seguito la promissaria acquirente propose ricorso in Cassazione, lamentando l'inadempimento della promissaria venditrice e la Corte di cassazione, in accoglimento dello stesso, enunciò il ben noto principio in base al quale in presenza di inadempimenti reciproci occorre procedere ad una loro valutazione comparativa al fine di verificare quale di essi possa considerarsi preminente ed abbia dato causa all'altro. La Corte di legittimità ha pertanto rinviato la questione al giudice di merito affinché venisse valutato se alla data prevista per il rogito fossero disponibili o meno i documenti attestanti la regolarità urbanistica dell'immobile.

In seguito la Corte d'appello di Brescia, in parziale riforma della prima sentenza, ha dichiarato legittimo il recesso del promissario venditore e come conseguenza ulteriore la ritenzione della caparra; ha peraltro respinto la domanda di ulteriori danni conseguenti all'illegittima occupazione dell'immobile, in base alla considerazione che la parte che opta per il recesso trattenendo la caparra, si preclude per ciò stesso la possibilità di pretendere il risarcimento degli eventuali danni ulteriori.

A questo punto le parti si sono invertite e il ricorso in Cassazione è stato proposto dal promissario venditore, il quale lamentava il mancato risarcimento dei danni ulteriori da occupazione illegittima dell'immobile, protratta per ben 9 anni.

Infine la Corte di cassazione, in accoglimento di questo ennesimo ricorso, ha chiarito che in caso di

inadempimento la facoltà di recedere e di trattenere la caparra, preclude la possibilità di chiedere il risarcimento dei danni ulteriori conseguenti all'inadempimento in sé e per sé considerati, ma non anche quella di chiedere il risarcimento dei danni conseguenti alla commissione di eventuali altri fatti illeciti, come per esempio l'occupazione abusiva o senza titolo di un immobile.

L'esito appare senza dubbio soddisfacente, anche se sarebbe stato auspicabile che fosse stato raggiunto fin dai primi gradi del giudizio; i singoli passaggi meritano comunque qualche precisazione.

L'inadempimento reciproco

Un primo nodo problematico concerne la reciprocità dell'inadempimento. Molto spesso nella pratica la parte convenuta in giudizio per inadempimento cerca a sua volta di difendersi eccependo l'altrui inadempimento¹. Nei casi di questo genere si pone ovviamente un problema di valutazione delle posizioni contrapposte; il giudice sarà in altre parole chiamato ad effettuare una valutazione comparativa dei reciproci inadempimenti, per capire quale di essi sia preminente ed abbia dato causa all'alto². Valutazione comparativa alla quale il giudice può peraltro procedere solo in caso di domanda riconvenzionale o di eccezione di inadempimento sollevata dal convenuto³.

Un primo criterio è ovviamente quello di carattere cronologico; occorre in altre parole accertare qual è stato il primo inadempimento che ha scatenato ulteriori inadempimenti a catena⁴, anche se come precisa la giurisprudenza non può attribuirsi efficacia determinante al mero dato cronologico⁵. Strettamente collegato a questo è il criterio causale, in base al quale occorre verificare quale parte ha dato causa, anche solo con affermazioni o con atteggiamenti, alla successiva concatenazione causale di inadempimenti reciproci⁶. Un terzo criterio è quello di proporzionalità, in base al quale occorre tener conto altresì del peso reciproco degli inadempimenti reciproci; in questa prospettiva non potrebbe apparire giustificato un inadempimento grave, ancorché successivo ad un inadempimento di scarsa importanza della controparte⁷.

Qualche difficoltà in più può sorgere nel caso in cui il giudice ravvisi inadempimenti gravi da entrambe le parti. Nei casi di questo genere, sempre secondo la giurisprudenza, non sarebbe comunque possibile pronunciare la risoluzione a favore di entrambe le parti⁸;

¹ Più ampiamente, Mantucci, *L'inadempimento reciproco*, Napoli, 1990.

² Cass., 30 marzo 1989, n. 1554; Cass., 3 febbraio 2000, n. 1168; Cass., 7 settembre 2000, n. 11784; Cass., 28 marzo 2001, n. 4529, in *Contratti*, 2001, 753; Cass., 3 gennaio 2002, n. 27, in *Giur. It.*, 2002, 920; Cass., 4 gennaio 2002, n. 59, in *Giust. Civ.*, 2002, I, 1261; Cass., 15 aprile 2002, n. 5444; Cass., 5 maggio 2003, n. 6756; Cass., 19 agosto 2003, n. 12161; Cass., 4 novembre 2003, n. 16539; Cass., 29 luglio 2004, n. 14378; Cass., 17 febbraio 2004, n. 2992, in *Giur. It.*, 2005, 32; Cass., 2 aprile 2004, n. 6564;

Cass., 1° giugno 2004, n. 10477; Cass., 8 giugno 2006, n. 13365; Cass., 11 giugno 2013, n. 14648, in *Foro It.*, 2013, 3478.

³ Cass., 17 agosto 1990, n. 8344.

⁴ Cass., 6 settembre 2002, n. 12978.

⁵ Cass., 8 maggio 1980, n. 3044; Cass., 9 luglio 1999, n. 7206.

⁶ Cass., 11 aprile 1985, n. 2379.

⁷ Cass., 28 maggio 2001, n. 7242, in *Foro Pad.*, 2001, I, 509; Cass., 18 aprile 2001, n. 5682.

⁸ Cass., 3 gennaio 2002, n. 27, in *Giur. It.*, 2002, 920.

ma occorrerebbe pur sempre individuare l'inadempimento che ha dato causa alla catena successiva di inadempimenti reciproci⁹; con conseguente esclusione della possibilità di pronunciare la risoluzione del contratto nel caso in cui l'inadempimento sia imputabile in pari misura ad entrambe le parti¹⁰.

Delicata può essere altresì la situazione nel caso in cui il giudice ravvisi l'infondatezza di entrambe le domande. Nei casi di questo genere la risoluzione per inadempimento non potrà essere ovviamente pronunciata per carenza dei presupposti. Nel contempo non è però difficile rendersi conto che, di fronte a due domande reciproche di risoluzione, le parti hanno evidenziato la loro inequivoca volontà di porre fine al contratto. In queste condizioni potrebbe ritenersi implicita nella proposizione della domanda di risoluzione il consenso allo scioglimento del contratto, che se bilaterale potrebbe condurre a scioglimento del contratto per mutuo dissenso¹¹; o ancora prendere atto dell'impossibilità reciproca di chiedere l'adempimento del contratto ai sensi dell'art. 1453, 2° comma, c.c., con conseguente risoluzione del medesimo¹².

Soluzioni che sebbene siano state praticate, in particolare quest'ultima, da parte della giurisprudenza, non sfuggono ad una grave obiezione, vale a dire la violazione del principio di corrispondenza tra chiesto e pronunciato di cui all'art. 112 c.p.c.¹³. Rigorosamente parlando il giudice dovrebbe pertanto limitarsi a respingere le domande in oggetto, per carenza dei presupposti; lasciando libertà alle parti di scegliere se adempiere il contratto, scioglierlo per mutuo dissenso, o altro ancora. In ogni caso la volontà negoziale diretta allo scioglimento del contratto per mutuo consenso non può essere desunta dal comportamento di chi non si costituisca in giudizio per contrastare la domanda avversaria¹⁴.

Recesso e caparra confirmatoria

Negli ultimi anni vi è stato un notevole risveglio di interesse per la caparra, in particolare confirmatoria¹⁵; in un contesto internazionale sempre più orientato a favore della risoluzione stragiudiziale del con-

tratto in virtù di recesso, basti a questo proposito ricordare oltre agli ordinamenti di *common law*, il diritto tedesco¹⁶, i principali testi di *soft law* (PICC, PECL, DCFR), nonché l'ordinamento francese; sebbene la Francia, al pari dell'Italia sia uno dei baluardi tradizionali della risoluzione giudiziale del contratto, salvi ovviamente i casi di risoluzione stragiudiziale specificamente contemplati (termine essenziale, clausola risolutiva espressa, diffida ad adempiere, caparra penitenziale), in sede di riforma del codice Napoleone, entrata in vigore il 1° aprile 2016, vi sono state alcune significative aperture in senso favorevole alla risoluzione stragiudiziale del contratto¹⁷.

In questo quadro di grande fermento culturale che ha condotto alla riforma prima del codice civile tedesco (2002) e poi di quello francese (2016), nonché a numerosi progetti di riforma che hanno visto la luce in Spagna¹⁸, in Svizzera¹⁹, e così via, l'ordinamento italiano è rimasto indietro, per lo meno a livello di evoluzione legislativa; attualmente in Italia non vi sono infatti progetti di riforma del codice, ma soprattutto il dibattito a questo proposito è assai scarso²⁰. Questo non toglie tuttavia che, nell'attesa di un'auspicata ed ormai irrimandabile riforma del codice, sia possibile fare molto già in via interpretativa in applicazione delle clausole generali; le quali, come ben insegna l'esempio tedesco, ben possono costituire il fondamento per veicolare soluzioni innovative, che potrebbero poi essere recepite a livello legislativo in occasione della prossima ed auspicata riforma del codice civile.

In questo quadro notevole interesse rivestono in particolare le varie ipotesi di risoluzione di diritto specificamente previste dal legislatore che, se correttamente intese, ben possono costituire un primo punto di riferimento per l'operatività anche in Italia della risoluzione stragiudiziale del contratto²¹; notevole rilevanza assume in particolare a questi fini la caparra penitenziale, la quale costituisce null'altro che un possibile caso di risoluzione del contratto in virtù del recesso²². In conformità ai principi generali, l'inadempimento per assumere rilevanza deve essere imputabile²³ e di non scarsa rilevanza (art. 1455 c.c.)²⁴; la

⁹ Cass., 3 gennaio 2002, n. 27, in *Giur. It.*, 2002, 920.

¹⁰ A. Roma, 18 maggio 1998, in *Foro It.*, 1988, I, 1994.

¹¹ Trib. Napoli, 5 maggio 2001, in *Dir. Ind.*, 2002, 31; Trib. Ivrea, 16 dicembre 2004, in *Giur. di Merito*, 2005, 1319; Radice, *Domande di risoluzione contrapposte e mutuo dissenso*, in *Contratti*, 1993, 527; in senso contrario: Cass., 6 novembre 1981, n. 5865.

¹² Cass., 18 giugno 1982, n. 3744, in *Giur. It.*, 1983, I, 1, 963; Cass., 25 maggio 1992, n. 6230; Cass., 29 aprile 1993, n. 5065; Cass., 29 novembre 1994, n. 10217; Cass., 24 novembre 2000, n. 15167; Cass., 4 aprile 2000, n. 4089; Cass., 18 maggio 2005, n. 10389.

¹³ Così, puntualmente, Cass., Sez. un., 15 gennaio 1983, n. 329, in *Foro It.*, 1983, I, 654.

¹⁴ Cass., 8 luglio 1983, n. 4600.

¹⁵ P. Gallo, *Trattato del contratto*, Torino, 2010, II, 1577-1585.

¹⁶ P. Gallo, *I rimedi restitutori in diritto comparato*, in *Tratt. Dir. Civ., Comp.*, diretto da Sacco, Torino, 1997, 266-271.

¹⁷ Mazeaud, *Prime note sulla riforma del diritto dei contratti nell'ordinamento francese*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2016, 432-445, in partic. 437.

¹⁸ Abas, *Proposta per una modernizzazione del diritto dei contratti e delle obbligazioni in Spagna*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2014, 163-166.

¹⁹ Abas, *Un nuovo diritto delle obbligazioni in Svizzera*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2014, 675-684.

²⁰ Si veda tuttavia: P. Gallo, *Contratto e buona fede*, 2° ed., Torino, 2014.

²¹ P. Gallo, *Trattato*, cit., III, 2154-2173.

²² Diffusamente: Cherti, *La risoluzione mediante caparra*, Padova, 2012; M. Paladini, *L'atto unilaterale di risoluzione per inadempimento*, Torino, 2013.

²³ Cass., 23 gennaio 1989, n. 398; Trib. Roma, 15 febbraio 2007, n. 5329.

²⁴ L. Sitzia, voce "Importanza dell'inadempimento", in *Dig. Sez.*

fattispecie non può dunque essere confusa con la clausola risolutiva espressa, la quale opera nei casi di inadempimento previsti dalle parti, a prescindere dalla loro gravità²⁵. La giurisprudenza meno recente richiedeva inoltre che si trattasse di inadempimento definitivo²⁶; ora è però chiaro che anche un semplice ritardo può rendere legittimo il rifiuto di ricevere l'adempimento²⁷.

In caso di inadempimento della parte che ha dato la caparra, la parte fedele ha la facoltà di recedere dal contratto, trattenendo la caparra a titolo di risarcimento del danno²⁸; a questi fini la domanda di recesso può peraltro considerarsi implicita in quella relativa alla restituzione della caparra²⁹; il silenzio non sarebbe peraltro sufficiente³⁰; se viceversa è inadempiente la parte che ha ricevuto la caparra, la parte fedele può esercitare il diritto di recesso esigendo la devoluzione del doppio della caparra ricevuta³¹; in caso viceversa di adempimento la caparra deve essere restituita o imputata alla prestazione dovuta.

Questa è però solo una delle varie possibilità; la parte fedele può infatti preferire chiedere la risoluzione del contratto secondo le vie ordinarie³²; nei casi di questo genere il risarcimento è regolato dalle norme generali (art. 1385, 3° comma, c.c.)³³. Questo significa che la parte fedele avrà l'onere di provare l'esistenza del danno e la sua entità³⁴; in mancanza non avrà

diritto ad alcun risarcimento, neppure nei limiti della caparra³⁵.

Se la parte fedele decide di recedere e trattenere la caparra, secondo la giurisprudenza può cambiare idea in un momento successivo e chiedere la risoluzione del contratto unitamente al risarcimento del danno³⁶. Più dubbio è se sia possibile l'opposto, vale a dire agire in giudizio per la risoluzione ed i danni, e successivamente, magari in appello, rinunciare alla risoluzione ed esercitare il diritto di recesso, trattenendo la caparra; in un primo tempo la Corte di cassazione si era espressa in più occasioni in senso favorevole³⁷, in base alla considerazione che nel più è ricompreso il meno; in queste condizioni sarebbe stato possibile rinunciare, anche in appello alla domanda di risoluzione³⁸, e recedere dal contratto trattenendo la caparra; soluzione che peraltro non ha mancato di essere oggetto di critiche, consentendo un eccessivo margine di manovra alla parte fedele; la quale potrebbe in ogni caso domandare la risoluzione del contratto unitamente al risarcimento dei danni, riservandosi di cambiare idea, anche in grado di appello, ove non le fosse stato possibile provare di aver subito danni; opportunamente la Corte di cassazione ha però mutato giurisprudenza, considerando non più possibile il recesso dopo l'inizio di un'azione per la risoluzione³⁹. L'intervento delle sezioni unite non è però valso a dissipare

Civ., Agg., Torino 2016, 301-333, in partic. 333; Cass., 2 settembre 1978, n. 4023, in *Giust. Civ.*, 1979, I, 312; Cass., 8 novembre 1979, n. 5769, *Riv. Notar.*, 1980, 521; Cass., 21 agosto 1985, n. 4451; Cass., 8 novembre 1986, n. 6549, in *Giur. Comm.*, 1988, II, 69; Trib. Torino, 26 ottobre 1988, in *Giur. It.*, 1990, I, 2, 46; Cass., 27 agosto 1991, n. 9158; Cass., 19 dicembre 2006, n. 27129; Trib. Messina, 19 marzo 2007; Trib. Salerno, 20 dicembre 2007, n. 2824; Cass., 6 settembre 2011, n. 18266; Cass., 13 gennaio 2012, n. 409; Cass., 11 febbraio 2014, n. 3089; secondo Cass., 14 marzo 1988, n. 2435, sarebbe sufficiente che non vi siano contestazioni circa l'importanza dell'inadempimento.

²⁵ Cass., 13 giugno 1975, n. 2380; l'esercizio della facoltà di recesso non è inoltre subordinato né all'esistenza di un termine essenziale, né all'intimazione di una diffida ad adempiere: Cass., 21 giugno 1972, n. 2019.

²⁶ Cass., 13 giugno 1975, n. 2380; Trib. Torino, 26 ottobre 1988, in *Giur. It.*, 1990, I, 2, 46; Cass., 19 febbraio 1993, n. 2032, in *Vita Notar.*, 1993, 778.

²⁷ Cass., Sez. un., 6 giugno 1997, n. 5086, in *Giust. Civ.*, 1997, 450; *Contratti*, 1997, 450; in *Foro It.*, 1997, I, 2446; in *Vita Notar.*, 1997, 1466; Cass., Sez. un., 9 luglio 1997, n. 6224, in *Giust. Civ.*, 1998, I, 825.

²⁸ Cass., 9 febbraio 1994, n. 1340, in *Contratti*, 1994, 245, con nota di Balzaretto, *Caparra confirmatoria, recesso e risoluzione*.

²⁹ Cass., 1° marzo 1994, n. 2032.

³⁰ Cass., 18 febbraio 2013, n. 3970.

³¹ A. Genova, 24 novembre 1994, in *Giur. di Merito*, 1995, 949, con nota di I. Cavanna, *Cumulatività degli effetti di risoluzione e recesso nella caparra confirmatoria*; Trib. Roma, 20 maggio 1997, in *Nuovo Dir.*, 1998, 847, con nota di Santarsiere, *Preliminare di vendita terreno con vincolo paesistico non dichiarato – diritto di recesso*.

³² Cass., 6 maggio 1988, n. 3371; Cass., 19 ottobre 2000, n. 13828, in *Contratti*, 2001, 652; in *Giur. It.*, 2001, 2050.

³³ Cass., Sez. un., 8 ottobre 1925, in *Giur. It.*, 1926, I, 188, con nota di Butera, *La caparra come limite al risarcimento del danno*;

Cass., 29 agosto 1998, n. 8630, in *Corriere Giur.*, 1998, 1147, con nota di Gioia, *Caparra confirmatoria e risarcimento del danno*; Cass., 19 ottobre 2000, n. 13828.

³⁴ Cass., 17 dicembre 2013, n. 28204, in *Giur. It.*, 2014, 2422, con nota di Viti, *I rapporti fra caparra confirmatoria e risarcimento del danno*.

³⁵ A. Milano, 22 settembre 1989, in *Giur. It.*, 1990, I, 2, 160; Cass., 24 gennaio 2002, n. 849, in *Giust. Civ.*, 2002, I, 1905; in *Riv. Notar.*, 2002, 1032; in *Contratti*, 2002, 892; Cass., 20 settembre 2004, n. 18850; si veda in particolare: Cass., Sez. un., 14 gennaio 2009, n. 553, in *Giust. Civ.*, 2009, 1294; seguita da Cass., 22 febbraio 2011, n. 4278, in *Nuova Giur. Comm.*, 2011, I, 821, con nota di R. Galasso, *Recesso, risoluzione del contratto e ritenzione della caparra*; secondo alcune pronunzie di merito la caparra costituisce peraltro un minimo al di sotto del quale non è possibile scendere: Trib. Monza, 3 novembre 2000; Trib. Monza, 1° luglio 2002.

³⁶ Trib. Milano, 3 giugno 2015, n. 6815; in senso contrario: Bavetta, *La caparra*, Milano, 1963, 114 e segg., 150.

³⁷ Concorda V.M. Trimarchi, voce "Caparra (dir. civ.)", in *Enc. Dir.*, VI, Milano, 1960, 191, 200.

Cass., 8 luglio 1963, n. 1832; Cass., 20 gennaio 1970, n. 205; Cass., 11 gennaio 1999, n. 186; Cass., 16 maggio 2006, n. 11356; A. Firenze, 25 febbraio 2009, n. 265.

³⁸ Cass., 13 giugno 1975, n. 2380, in *Giust. Civ.*, 1976, I, 1844; Cass., 5 marzo 1986, n. 1391, in *Giust. Civ.*, 1986, I, 2184; Cass., 8 aprile 1987, n. 3443; Cass., 6 marzo 1989, n. 1213; A. Reggio Calabria, 12 aprile 1991, in *Giur. di Merito*, 1992, 813; Cass., 18 settembre 1992, n. 10683; Cass., 3 settembre 1994, n. 7644; Cass., 24 gennaio 2002, n. 849, con nota di Timpano, *Caparra confirmatoria e tutela del contraente non inadempiente*; Cass., 10 febbraio 2003, n. 1952, in *Giust. Civ.*, 2003, I, 1536.

³⁹ Effettua una decisa svolta nel segno del rigore: Cass., Sez. un., 14 gennaio 2009, n. 553, in *Resp. Civ. e Prev.*, 2009, 1073; in *Riv. Dir. Civ.*, 2009, II, 327, con nota di Lucchini Guastalla, *Caparra confirmatoria, recesso e risoluzione del contratto*; in *Nuova*

del tutto i dubbi interpretativi; in seguito la giurisprudenza ha infatti ribadito la possibilità di optare per il recesso trattenendo la caparra, specie in materia di diffida ad adempiere⁴⁰ e di termine essenziale⁴¹; il che rende auspicabile un ulteriore intervento chiarificatore delle sezioni unite. Sempre possibile è invece chiedere la risoluzione dopo aver agito per l'adempimento (art. 1453, 2° comma, c.c.); in questa prospettiva la Corte di cassazione ha ritenuto che l'iniziale proposizione della domanda di esecuzione in forma specifica non preclude la possibilità di avvalersi in corso di causa della facoltà di recesso ai sensi dell'art. 1385, 2° comma, c.c.⁴².

La parte fedele può altresì insistere per l'adempimento, unitamente al risarcimento dei danni; in questo caso è viceversa sempre possibile cambiare idea in un momento successivo e recedere dal contratto, trattenendo la caparra o esigendo il doppio di essa⁴³.

Il danno ulteriore

Per regola generale, ove si decida di recedere dal contratto trattenendo la caparra, il contraente si preclude per ciò stesso la possibilità di chiedere il risarcimento dell'eventuale danno ulteriore conseguente all'inadempimento⁴⁴; il risarcimento del danno ha luogo infatti in via forfettaria, senza che vi sia la necessità di provarlo; ne consegue l'esclusione della possibilità di chiedere l'eventuale risarcimento del danno ulteriore, salva la possibilità di chiedere la risoluzione secondo le vie ordinarie ed il risarcimento del danno, la cui entità deve peraltro essere specificamente provata secondo i principi generali.

In questa prospettiva non sembrerebbe dunque esserci spazio per eventuali pretese ulteriori; molto opportunamente la Corte di cassazione ha peraltro chiarito che il recesso con conseguente trattenimento della caparra, se vale ad escludere pretese ulteriori aventi ad oggetto l'inadempimento stesso, non vale ad escludere eventuali domande risarcitorie che trovano fondamento su eventuali altri e distinti fatti illeciti, come per esempio il godimento senza titolo di un immobile; il che pare senza dubbio condivisibile. Se infatti si tratta di preliminarizzare ad effetti anticipati, in caso di scioglimento del contratto e restituzione dell'immobi-

le non si può prescindere dal tener conto anche del godimento effettuato *medio tempore*; come precisa la Corte di cassazione con riferimento all'intera durata dell'occupazione e non solo a partire dalla domanda giudiziale di risoluzione contrattuale.

La quantificazione del danno

Semmai un problema ancora ulteriore potrebbe concernere la quantificazione del danno conseguente al mancato godimento del bene; la Corte di cassazione fa riferimento ai danni consistenti nel lucro cessante per il danneggiato che non ha potuto conseguire i frutti né del pagamento del prezzo, né del godimento dell'immobile; si consideri tuttavia che il lucro cessante conseguente al mancato godimento dei frutti prodotti dal denaro, già ricade nella voce di risarcimento conseguente all'inadempimento, il quale è risarcito a titolo forfettario in virtù della ritenzione della caparra e che quindi non potrebbe essere oggetto di un duplice risarcimento; residua senza dubbio il lucro cessante conseguente alla mancata percezione dei frutti conseguenti al godimento del bene, il quale può essere quantificato facendo riferimento al corrispondente canone di locazione dell'immobile; in alternativa i medesimi risultati potrebbero essere raggiunti facendo applicazione dei rimedi restitutori⁴⁵.

La questione è stata affrontata dalla giurisprudenza con particolare riferimento ad un caso analogo, vale a dire l'esecuzione di un rapporto di locazione in esecuzione di un contratto nullo; nei casi di questo genere, poiché la declaratoria della nullità ha normalmente effetto retroattivo, ne dovrebbe conseguire che ciascuna parte dovrebbe restituire tutto quello che ha ottenuto come conseguenza dell'esecuzione del contratto. In particolare il conduttore dovrebbe restituire il bene, ed il locatore dovrebbe restituire i canoni. Un tale esito potrebbe però ovviamente essere fonte di palesi ingiustizie ove si consideri che in realtà il conduttore non può restituire il godimento del bene stesso. Per evitare quindi che la restituzione unilaterale dei canoni possa essere fonte di arricchimento a favore del conduttore, la Corte di cassazione ha giustamente escluso che il locatore sia tenuto a restituire i canoni non percepiti⁴⁶.

Giur. Comm., 2009, I, 680, con nota di Leggieri, *Caparra confirmatoria ed inadempimento: inammissibilità del recesso nel caso di preventiva domanda di risoluzione e risarcimento del danno*; in *Giur. It.*, 2009, 1907, con nota di Attademo; discute in termini generali la questione: L. Pascucci, *Ritrattazione della volontà risolutoria e reviviscenza del contratto*, Torino, 2013, con recensione di Macario, in *Riv. Dir. Civ.*, 2015, 1478.

⁴⁰ Cass., 28 febbraio 2012, n. 2999, in *Giust. Civ.*, 2012, 610; Trib. Reggio Emilia, 21 febbraio 2013, n. 358, in *Foro It.*, 2913, 1327.

⁴¹ Cass., 25 ottobre 2010, n. 21838, in *Vita Notar.*, 2011, 366.

⁴² Cass., 24 novembre 2011, n. 24841.

⁴³ Bavetta, *op. cit.*, 160.

⁴⁴ Cass., 22 aprile 2008, n. 10394.

⁴⁵ P. Gallo, *Arricchimento senza causa e quasi contratti, I rimedi restitutori*, in *Tratt. Dir. Civ.*, diretto da Sacco, II ed., Torino, 2008, 228-230.

⁴⁶ Cass., 6 maggio 1966, n. 1168, in *Foro It.*, 1966, I, 1, 1249; Cass., 3 maggio 1991, n. 4849.

Trattamento dei dati personali

Cassazione civile, Sez. I, 19 settembre 2016, n. 18302 – Pres. Bernabai – Rel. Lamorgese – P.M. Capasso (conf.) – Istituto Poligrafico e Zecca dello Stato S.p.A. (avv.ti Guerra e Ricchiuto) – Garante per la Protezione dei Dati Personali (Avvocatura generale dello Stato). *Rigetta il ricorso avverso Trib. Roma, 4 aprile 2013, n. 1196*

Protezione dei dati personali (privacy) – Diritti della personalità – Trattamento dei dati personali – Fattispecie (controllo e-mail aziendale) – Previa concertazione sindacale o autorizzazione amministrativa – Necessità

Il controllo datoriale sulla e-mail aziendale del dipendente è soggetto alle norme dello Statuto dei Lavoratori che rendono necessaria la concertazione con le organizzazioni sindacali o, in difetto di accordo, l'autorizzazione del controllo in sede amministrativa. (Massima non ufficiale)

Per il testo della sentenza v. www.cortedicassazione.it.

Un intervento della Cassazione in materia di controlli sulla e-mail aziendale

I supremi giudici hanno confermato quanto già ritenuto dal giudice di merito in ordine alla legittimità del provvedimento con cui il Garante per la Protezione dei Dati Personali era intervenuto per inibire ad un ente determinate condotte intese a realizzare varie forme di trattamento di dati dei suoi dipendenti. In particolare, venivano in rilievo meccanismi che consentivano di: bloccare l'accesso a certi siti *internet* dai *computers* aziendali, registrando il tentativo di accesso, e più in generale di controllare ogni attività di navigazione *online* posta in essere dai lavoratori, anche con riguardo a visualizzazioni, ad esempio di *banners* pubblicitari, non dipendenti da loro scelte volontarie; conservare per un lungo periodo di tempo, rendendoli integralmente accessibili ai cosiddetti amministratori del sistema, cioè a persone specificamente incaricate dal datore di lavoro, i messaggi di posta elettronica inviati e ricevuti dai dipendenti per mezzo del *server* aziendale; registrare i dati relativi al traffico telefonico dei lavoratori ed allertare il datore di lavoro ogniqualvolta venissero contattati numeri previamente indicati come da monitorare.

In tutti i casi si è constatata una violazione delle norme dello Statuto dei Lavoratori sui controlli a distanza che ne prevedono la necessaria concertazione in sede sindacale, o, in difetto di accordo, l'autorizzazione da parte della competente autorità amministrativa. Nella specie non risultava, infatti, essere stata avviata né l'una né l'altra procedura, e la Suprema Corte non ha, naturalmente, ritenuto di prendere in

considerazione i differenti interventi di mera informazione circa il controllo effettuato, non previsti dalla legge ed asseritamente posti in essere dal datore di lavoro nei confronti dei lavoratori, ma che comunque non sarebbero valsi a legittimare il controllo stesso, né tantomeno di dar valore ad un generico richiamo alla funzione pubblica esercitata che avrebbe dovuto, nella prospettiva dell'ente, giustificare l'operato.

Il punto decisivo dell'argomentazione, da cui tali conseguenze sono derivate in maniera lineare, sta dunque nella sussunzione dei controlli effettuati nell'ambito di quelli regolati dallo Statuto dei Lavoratori. Beninteso, il testo originario di tale normativa non poteva contenere espressi riferimenti alla navigazione su *internet* o ai sistemi di *e-mail* aziendale e nemmeno agli odierni meccanismi di rilevamento delle telefonate esterne, ma la sentenza non ha ritenuto di doversi discostare dall'indirizzo interpretativo che riconduceva anche questo genere di ipotesi all'ampia fattispecie delle "altre apparecchiature" assoggettate alla disciplina dei controlli a distanza di cui all'art. 4 dello Statuto. Si tratta, in effetti, di un orientamento cui avevano aderito varie decisioni (cfr. Cass., 23 febbraio 2010, n. 4375, in *Giust. Civ. Mass.*, 2010, 4, 485; Cass., 1 ottobre 2012, n. 16622, in *Giust. Civ. Mass.*, 2012, 10, 1168), e l'esistenza di un diverso indirizzo, rimasto minoritario (cfr. Cass., 3 aprile 2002, n. 4746, in *Giust. Civ. Mass.*, 2002, 576), non è stata ritenuta tale da giustificare una rimessione della questione alle Sezioni Unite, come invece richiesto dal ricorrente. Peraltro, i supremi giudici hanno osservato, sulla falsariga delle considerazioni del Garante, che acquisendo informazioni sui siti visitati e sui messaggi inviati e ricevuti si viola anche il successivo art. 8 del medesimo Statuto, che vieta indagini sulle opinioni politiche, religiose o sindacali del lavoratore, nonché su fatti non attinenti all'ambito professionale.

La sentenza, di per sé non particolarmente innovativa, assume però un certo interesse in quanto potrebbe essere tra le ultime a pronunciarsi in tal senso. Sono, infatti, da poco entrate in vigore le norme che, nel contesto della più ampia riforma limitativa dei diritti dei lavoratori nota come *Jobs Act*, hanno riscritto il contenuto del menzionato art. 4 dello Statuto (art. 23, 1° comma, D.Lgs. 14 settembre 2015, n. 151; art. 5, 2° comma, D.Lgs. 24 settembre 2016, n. 185; cfr. E. Dagnino, *Tecnologie e controlli a distanza*, in *Dir. Relaz. Ind.*, 2015, 988; M.T. Salimbeni, *La riforma dell'articolo 4 dello Statuto dei Lavoratori: l'ambigua risolutezza del legislatore*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2015, 589; nonché C. Zoli, *Il controllo a distanza del datore di lavoro: l'art. 4, l. n. 300/1970 tra attualità ed esigenze di riforma*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2009, 485). Il testo previgente poneva un generale divieto di controllo a distanza sull'attività dei lavoratori, cui faceva seguito la deroga per i controlli aventi altre finalità ma

suscettibili di comportare anche tale effetto, ammessi solo previo concerto sindacale o autorizzazione amministrativa. Il nuovo testo esordisce invece con quella che era la deroga, ed ora sembra la regola generale, cui seguono peraltro norme che esentano comunque da tale procedura i controlli realizzati tramite strumenti utilizzati dal lavoratore per rendere la sua prestazione, nonché i meccanismi di registrazione degli accessi e delle presenze. L'utilizzabilità dei dati così raccolti, a qualunque fine connesso col rapporto di lavoro, viene quindi condizionata solo ad una previa adeguata informazione dei lavoratori circa le modalità di utilizzo di tali strumenti e quelle di effettuazione dei relativi controlli, oltre che ad un generico richiamo al rispetto del Codice della Privacy. Dato che tra gli strumenti con cui il dipendente rende la propria prestazione rientrano, nella gran parte dei contesti lavorativi odierni, i *computers* e la *e-mail* aziendale, la nuova normativa sembrerebbe avere totalmente liberato il controllo sugli stessi dal vincolo di concertazione o autorizzazione, mentre parrebbero essere divenute più che sufficienti le procedure di mera informazione cui anche l'ente ricorrente avrebbe fatto ricorso nel caso di specie.

Resta il dubbio se una tutela più incisiva non possa comunque ritenersi in qualche misura ancora necessaria sulla base di ulteriori riferimenti. A livello legislativo occorre considerare che la riforma non ha modificato l'art. 8 dello Statuto, per cui potrà assumere ben altro rilievo il richiamo che ad esso ricorre nel provvedimento del Garante e nella sentenza in commento, ma che con riferimento al vecchio testo dello Statuto risultava tutto sommato formulato *ad abundantiam*, in quanto l'illegittimità del controllo si evinceva già in maniera palese dal mancato espletamento di una procedura prevista e dettagliatamente regolata dalla legge. Adesso che invece, a quanto pare, tale procedura non è più richiesta per il controllo sui siti visitati o sui messaggi *mail* inviati e ricevuti, diviene molto più significativo domandarsi come operi in tali ipotesi una norma che non ha riguardo ad uno specifico trattamento dei dati acquisiti, ma colpisce la mera possibilità di un'indagine sulle opinioni religiose, politiche e sindacali, nonché sui fatti estranei all'ambito lavorativo, possibilità che, come rileva appunto anche la sentenza, è sostanzialmente intrinseca a questo genere di controlli (cfr. Garante Privacy, 22 dicembre 2016, n. 547, pubblicato nella Newsletter istituzionale del 17 febbraio 2017, n. 424).

Peraltro, tale profilo diviene ancora più evidente se prendiamo in considerazione le nuove forme di attività lavorativa, che non implicano necessariamente l'utilizzo di una postazione informatica presso la sede aziendale, ma possono realizzarsi a domicilio, o dovunque, col ricorso a *personal computers*, *tablets*, *smartphones*, nonché dispositivi *wearable*, la cui interazione con quelli del datore di lavoro e dei colleghi è garantita appunto dalla *e-mail* aziendale, oltre che da meccanismi di condivisione dei *files*. In altri ordina-

menti sono già state emanate specifiche norme intese alla tutela di tali modalità di lavoro, ad esempio con riferimento al diritto a disconnettersi (cfr. *art. L2242-8, Code du Travail, come introdotto dalla loi 8 août 2016, n. 1088, art. 55*), ed anche in Italia si sta ipotizzando di introdurre una disciplina generale del cosiddetto "lavoro agile" (cfr. d.d.l. 2229, assorbito nel d.d.l. 2233 approvato in prima lettura dal Senato il 3 novembre 2016). Ad ogni modo, è evidente come in siffatte ipotesi il controllo datoriale sul dispositivo informatico, ad esempio con riguardo ai siti visitati, possa risultare particolarmente intrusivo, in quanto si ha a che fare con strumenti il cui utilizzo anche per finalità extra-lavorative, sempre più diversificate sulla base di quanto offrono le varie innovazioni tecnologiche, è del tutto fisiologico.

Quanto alla possibilità di lettura dei messaggi *mail* inviati e ricevuti, vengono poi in rilievo ulteriori profili che ci sembrano rendere necessaria una limitazione del controllo datoriale in sede di interpretazione costituzionalmente orientata della nuova normativa. Almeno in certi ambiti specifici, è evidente come un controllo indiscriminato dei messaggi inviati e ricevuti da caselle aziendali o istituzionali rischierebbe di mettere a repentaglio il rispetto di alcuni principi fondamentali dell'ordinamento, quali sono la tutela dei segreti professionali ma anche l'indipendenza della magistratura e la libertà della scienza e dell'insegnamento: si pensi, ad esempio, alle conseguenze che si avrebbero, se si finisse per ritenere l'editore legittimato ad accedere sempre ai messaggi intercorsi fra il giornalista dipendente e le sue fonti, ovvero il Ministero alla lettura di tutti quelli che un magistrato invii o riceva tramite la sua casella @giustizia.it, ma anche le autorità accademiche al controllo integrale sulle comunicazioni che avvengano col ricorso a caselle *e-mail* universitarie di cui sono di norma muniti i docenti e spesso anche gli studenti. La mente corre pure al recente episodio che ha visto un'esponente di primo piano della politica americana messa sotto accusa non già per un utilizzo privato della *e-mail* istituzionale, che sarebbe stato pressoché irrilevante, ma per un poco accorto utilizzo della *e-mail* privata, meno protetta, per delle comunicazioni attinenti anche a questioni di sicurezza nazionale.

Più in generale bisognerebbe ricordare che la libertà e la segretezza della corrispondenza sono oggetto di una garanzia derivante direttamente dal testo della legge fondamentale, che ha dimostrato di recente la propria capacità di resistenza, e formulata nei termini assai specifici di cui all'art. 15 Cost. Si tratta quindi, con ogni probabilità, di una garanzia più forte di quella che si potrebbe comunque riconnettere all'art. 2 Cost. per il più ampio concetto di *privacy*, coperto anche a livello internazionale da quell'art. 8 Conv. EDU che però è stato ritenuto non ostativo al controllo datoriale sulla *e-mail* aziendale da una recente sentenza (Corte EDU, 12 gennaio 2016, caso *Bărbulescu vs. Romania*), su cui è ancora pendente il giudizio d'appello (l'udienza della

Grand Chambre si è tenuta il 30 novembre 2016). Ad ogni modo, tutto ciò non toglie che la più intensa tutela a livello interno di un particolare profilo della riservatezza, rappresentato dalla libertà e segretezza della corrispondenza, non si pone affatto in contrasto con gli ordinamenti sopranazionali. Insomma, a meno che non si voglia ritenere che il mezzo informatico sia di per sé tale da ridurre drasticamente tutele che ritenevamo ovvie per quello cartaceo, difficilmente potremmo escludere dalle stesse le comunicazioni che transitino per una casella *e-mail* aziendale personale (poniamo di

tipo nome.cognome@ente.it e non l'impersonale ufficio@ente.it). Basterebbe riflettere su quanto troveremo assurda la pretesa di un datore di lavoro che in un ufficio postale pretendesse di controllare i plichi spediti dai dipendenti utilizzando la carta intestata aziendale, o di aprire le lettere personali che costoro, per qualunque ragione, si fossero fatti recapitare presso il luogo di lavoro invece che a casa.

Marco Rizzuti

Esecutore testamentario

Cassazione civile, Sez. II, 14 giugno 2016, n. 12241 – Pres. Mazzacane – Rel. Scarpa – P.M. Celeste (conf.) – R.F. (avv.ti Valensise e Pozzi) – C.R. M.G. (avv.ti Lucisano e Liberato). *Respinge il ricorso.*

Successione legittima e testamentaria – Esecutori testamentari – Accettazione – Beni ereditari – Possesso

Il possesso annuale, prorogabile per un ulteriore anno dall'autorità giudiziaria, dei beni ereditari attribuito dall'art. 703, 3° comma, c.c. all'esecutore testamentario decorre dal momento in cui l'esecutore consegue la materiale disponibilità dei beni stessi e non dall'apertura della successione né dall'accettazione dell'incarico. (Massima non ufficiale)

Successione legittima e testamentaria – Esecutori testamentari – Funzioni – Durata – Termine annuale ex art. 703 c.c. – Portata – Limiti

In tema di funzioni dell'esecutore testamentario, il termine annuale previsto dall'art. 703 c.c. riguarda solo il possesso dei beni ereditari, non anche la durata dell'ufficio che l'esecutore deve svolgere finché non siano esattamente attuate le disposizioni testamentarie, salvo contraria volontà del testatore o esonero giudiziale ex art. 710 c.c. (Massima non ufficiale)

Omissis. – R.F. conveniva in giudizio davanti al Tribunale di Milano i dottori C.R. e M.G., esponendo che: era coniugata con G.F., deceduto in data (*omissis*); la successione *mortis causa* era regolata dal testamento olografo del 21.10.2000, pubblicato in data 15.1.2003 con verbale del notaio Fugazzola di (*omissis*); in tale testamento l'attrice era istituita erede universale; aveva accettato con beneficio d'inventario, eseguito in data 20.5.2003; il *de cuius* aveva prelegato alla moglie ed erede universale le sue quote di partecipazione, pari al 99,80% del totale, nella Arno Metallurgica s.r.l.

In particolare, la disposizione testamentaria così stabiliva: “Prelego la quota rappresentante il 99,80% del capitale della società Arno Metallurgica s.r.l. a mia moglie R.F., con onere di attribuire e consegnare a mio fratello G.G. la somma di un miliardo a valere sul ricavato della vendita della quota suddetta, alla seguente inderogabile condizione: entro il termine più breve possibile la quota di cui sopra del capitale della Arno Metallurgica s.r.l. dovrà essere ven-

duta a terzi attraverso l'opera degli esecutori testamentari, che designo disgiuntamente nelle persone dei signori dott. M.G. e dott. C.R., dottori commercialisti in (*omissis*), i quali, con carattere professionale e anche sulla base di mie separate istruzioni, dovranno vendere la quota in parola alle migliori condizioni. A tal fine gli aventi diritto sulla quota dovranno rilasciare agli esecutori testamentari, i quali potranno agire in via disgiunta, procure speciali notarili a vendere alle migliori condizioni. Gli esecutori testamentari opereranno come mandatari, con obbligo di rendiconto. Nelle more della vendita, gli esecutori testamentari dovranno designare uno o più managers da inserire nel consiglio di amministrazione, che comprenderà, in ogni caso, mio fratello G.G. e non dovrà invece comprendere altri parenti ed affini”; G.F. aveva già fatto eseguire due perizie di stima del patrimonio della Arno Metallurgica s.r.l., valutato al 1 gennaio 2002 in Euro 5.750.000,00 ed al 31 dicembre 2002 in Euro 5.846.000,00; i dottori C.R. e M. G. avevano accettato la carica di esecutori testamentari in data 26 febbraio 2003, e in data 25 febbraio 2004 avevano richiesto al Tribunale la proroga del termine annuale ex art. 703 c.c., 2° comma, proroga concessa fino al 10 settembre 2004 con provvedimento del 10 marzo 2004; insorte nel settembre 2004 discordanze tra la signora R. e gli esecutori testamentari quanto all'opportunità di proseguire le trattative di cessione delle quote della Arno Metallurgica s.r.l. alla Fonderia Fratelli M. s.r.l., gli stessi esecutori C. e M. avevano comunicato all'attrice, con lettera del 15 settembre 2004, che il Tribunale di Milano, sezione distaccata di Legnano, con provvedimento in data 15 luglio 2004, senza sentire né convocare la signora R. F., aveva ulteriormente prorogato il loro incarico sino al 26 febbraio 2005; nella stessa lettera del settembre 2004, i convenuti rappresentavano la loro intenzione di accettare la proposta di acquisto della Fonderia Fratelli M. s.r.l.

Su tali premesse, l'attrice chiedeva di accertare la nullità, l'annullabilità o comunque l'inefficacia ed inopponibilità nei suoi confronti del provvedimento di proroga del Tribunale di Milano, sezione distaccata di Legnano, del 15 luglio 2004 e, per l'effetto, di dichiarare gli esecutori testamentari privi di poteri in ordine ai beni relitti da G.F. dalla data del 10 settembre 2004; nonché di accertare e dichiarare la nullità, e/ o illegittimità e/o inefficacia della preannunziata vendita delle quote di partecipazione nella Arno Metallurgica s.r.l. e di ogni altro atto comunque riguardante i beni relitti da G.F., compiuto dai dottori C.R. e M.G. dopo la data del 10 settembre 2004; conseguentemente, di accertare e dichiarare che la vendita delle quote di parte-

cipazione nella Arno Metallurgica s.r.l., ovvero di ogni altro atto successivo al 10 settembre 2004 fosse inefficace e fonte di danno, nonché di responsabilità dei convenuti nei confronti dell'attrice e quindi inibirli, dichiarando l'inefficacia di tali atti anche nei confronti di eventuali aventi causa. Si costituivano in giudizio i convenuti i quali chiedevano il rigetto delle domande attoree, in quanto il decreto del Giudice della sezione distaccata di Legnano del 15 luglio 2004 era passato in giudicato e comunque era legittimo; in via riconvenzionale, C.R. e M.G. chiedevano di dichiararsi che il loro ufficio avesse termine solo dopo l'integrale realizzazione delle volontà del *de cuius*. Con sentenza del 26 febbraio 2007 il Tribunale di Milano accoglieva le domande dell'attrice R., dichiarava la nullità del provvedimento di proroga del Tribunale di Milano, sezione distaccata di Legnano, del 15 luglio 2004, dichiarava i convenuti esecutori testamentari privi di poteri dal 10 settembre 2004 e la conseguente nullità ed inefficacia degli atti da questi compiuti dopo tale data, rigettava la domanda riconvenzionale.

Avverso la decisione di primo grado proponevano appello C. R. e M.G., e tale gravame veniva accolto dalla Corte d'Appello di Milano con sentenza n. 2939/2010 del 4 novembre 2010, che, in parziale riforma della pronuncia del Tribunale, alla stregua dell'interpretazione prescelta dell'art. 703 c.c., 3° comma, dichiarava che l'ufficio di esecutore testamentario affidato agli appellanti da G.F., avrebbe avuto termine, indipendentemente dal possesso dei beni ereditari, solo quando fossero state integralmente attuate le ultime volontà del medesimo *de cuius*.

R.F. ha proposto ricorso in sei motivi contro la sentenza della Corte d'Appello di Milano.

Resistono con controricorso C.R. e M. G.

Motivi della decisione

Il primo motivo di ricorso di R.F. deduce violazione e falsa applicazione dell'art. 703 c.c., per aver la Corte di merito ritenuto che l'ufficio di esecutore testamentario non incontra alcun limite di durata, essendo questo riferibile solo all'amministrazione ed al possesso dei beni ereditari. Il ricorrente oppone che tale norma preveda una durata massima annuale, prorogabile per un solo anno ulteriore, delle integrali funzioni di esecutore testamentario.

Si citano a sostegno stralci della Relazione ministeriale al Codice Civile del 1942 e di dottrina.

Il secondo motivo censura la violazione o falsa applicazione degli artt. 700, 701, 702, 704, 705, 706, 707, 708, 709, 710, 711, 712 e 832 c.c., per aver la sentenza impugnata ritenuto che, a prescindere dalla durata dell'ufficio, gli esecutori potessero conservare il potere di vendere le quote di partecipazione nella Arno Metallurgica s.r.l. nonostante la pacifica perdita del possesso e dell'amministrazione dei beni ereditari.

Il terzo motivo denuncia vizi di motivazione ex art. 360 c.p.c., n. 5, in merito alla spettanza, o meno, in capo agli esecutori testamentari del potere di vendere i beni ereditari pur dopo il 10 settembre 2004. Il quarto motivo, sempre ai sensi dell'art. 360 c.p.c., n. 5, evidenzia come la Corte di Milano avesse trascurato che il legato a favore di G.G., fratello del testatore, fosse stato da tempo già eseguito, indipendentemente dalla preventiva vendita delle quote, deducendosi al riguardo pure circa la transazione con questo intervenuta il 3 novembre 2006, e ciò perché tra la R. e G.G. si era convenuto circa l'inopportunità della cessione a terzi delle quote della Arno Metallurgica.

Il quinto motivo critica i vizi motivazionali della sentenza

d'appello, la quale non avrebbe tenuto conto che i provvedimenti di proroga richiesti da C.R. e M.G. avessero ad oggetto proprio le funzioni di esecutore testamentario e non quelle di amministrazione e possesso dei beni ereditari;

Il sesto motivo di ricorso ipotizza la violazione e falsa applicazione dell'art. 112 c.p.c., dell'art. 2909 c.c. e dell'art. 324 c.p.c., essendo stata ingiustificatamente non accolta dalla Corte di Milano l'eccezione secondo cui ogni questione circa la continuazione dell'ufficio degli esecutori dovesse aversi per superata in quanto il provvedimento di proroga concerneva le funzioni di esecutore testamentario.

I sei motivi possono essere esaminati congiuntamente, in quanto tutti attinenti all'assunta temporaneità delle funzioni dell'esecutore testamentario, alla sussistenza di limiti temporali dei poteri dello stesso, alla correlazione tra l'amministrazione dei beni ereditari ad esso devoluta ed il possesso degli stessi, il tutto alla stregua della corretta interpretazione dell'art. 703 c.c.

L'art. 703 c.c. prescrive che l'esecutore testamentario deve adoperarsi affinché siano esattamente eseguite le disposizioni di ultima volontà del defunto, compiendo "tutti gli atti di gestione occorrenti". A tal fine, salva contraria disposizione del "de cuius", l'esecutore amministra la massa ereditaria, potendo anche alienare beni dell'eredità, previa autorizzazione del giudice. Il possesso dei beni dell'eredità in capo all'esecutore non può durare più di un anno, prorogabile al massimo per pari durata, a far tempo dalla dichiarazione di accettazione. Gli artt. 707 e 709 c.c. onerano, poi, l'esecutore, di effettuare la consegna, agli aventi diritto, anche spirato l'anno dalla morte del testatore, se la gestione si prolunghi ulteriormente.

In ormai remote, ma ancora del tutto condivisibili, pronunce di questa Corte, si è spiegato come l'esecutore testamentario non acquista il possesso dei beni ereditari "ipso jure" con l'accettazione dell'incarico, dovendo richiederlo all'erede. Ove, pertanto, egli non sia in grado di entrare nel possesso dei beni ereditari – avvenga ciò per rifiuto dell'erede di procedere alla consegna dei beni stessi o per altre contestazioni dallo stesso sollevate – non può porsi a carico dell'esecutore l'impossibilità, dovuta a fatto a lui non imputabile, di esercitare le sue funzioni ed in tal caso il termine di un anno dalla dichiarazione di accettazione, previsto dall'art. 703 c.c., non potrà cominciare a decorrere se non dal momento in cui sarà cessata la causa dell'impedimento (Cass. Sez. 2, Sentenza n. 995 del 27 gennaio 1995; Cass. Sez. 2, Sentenza n. 1619 del 04 giugno 1974).

Deve allora ribadirsi quanto in particolare chiarito in motivazione da Cass. Sez. 1, Sentenza n. 1273 del 23 aprile 1969, secondo la quale "le funzioni dell'esecutore testamentario non cessano, dopo un anno dall'accettazione della nomina, Tale limitazione temporale è posta dalla legge (art. 703 c.c., 3° comma) per il solo possesso dei beni ereditari, non anche per l'amministrazione degli stessi da parte dell'esecutore testamentario, la cui gestione deve durare, salvo contraria volontà del testatore, fino a quando non siano esattamente eseguite le disposizioni di ultima volontà del defunto (art. 703 c.c. e art. 709 c.c., 1° comma). A tal fine, la legge non stabilisce alcun termine, appunto perché l'esecutore testamentario deve continuare ad amministrare la massa ereditaria (salva contraria volontà del testatore) fino a quando le circostanze dei singoli casi lo rendano necessario". Questo era il senso anche di altre decisioni di questa Corte, che, sotto il profilo processuale, con riguardo alla legittimazione dell'esecutore testamentario a stare in giudi-

zio come attore, convenuto o interveniente, hanno affermato che la sua qualità di parte dura finché si svolge il processo, quand'anche si superi il termine di un anno fissato dall'art. 703 c.c. per il solo possesso dei beni della massa ereditaria da parte dell'esecutore medesimo, il quale sarà tenuto, cessato quel termine e la sua eventuale proroga, a dismettere il possesso dei beni predetti, senza però decadere dall'ufficio (Cass. Sez. 2, Sentenza n. 929 del 20 aprile 1964; Cass. Sez. 2, Sentenza n. 78 del 07 gennaio 1967).

La temporaneità dell'amministrazione dell'esecutore testamentario è quindi coesistente all'esecuzione delle disposizioni di ultima volontà, che investono lo stesso di un ufficio che connota in termini di obbligatorietà la sua gestione.

Ciò significa che, nel caso in esame, e conformemente a quanto deciso dalla Corte d'Appello di Milano, gli esecutori testamentari dottor M.G. e dottor C.R. dovevano adoperarsi in maniera da eseguire esattamente le disposizioni di ultima volontà del defunto G.F. contenute nel testamento olografo del 21.10.2000, compiendo "tutti gli atti di gestione occorrenti" a vendere a terzi, "alle migliori condizioni" ed "entro il più breve tempo possibile", la quota pari al 99,80% del totale del capitale della Arno Metallurgica s.r.l..

Non è quindi fondato quanto sostenuto nel primo motivo di ricorso, secondo cui, in base all'art. 703 c.c., l'ufficio di esecutore testamentario soggiace ad un limite massimo di durata: decorso l'anno – o il biennio – dalla dichiarazione di accettazione, o comunque dal conseguimento del possesso dei beni dell'eredità, egli è tenuto a dismettere il possesso di quanto residui della massa, ma non decade automaticamente dall'esercizio delle sue funzioni, né è quindi liberato dall'obbligo di attuare la volontà del testatore.

Il profilo attuativo della volontà del *de cuius* costituisce l'unico effettivo limite teleologico dell'ufficio dell'esecutore, trovando esso argine, peraltro, nel disposto dell'art. 710 c.c., il quale allestisce il rimedio giudiziale dell'esonero per contrastare l'eventualità di gravi irregolarità nell'adempimento dei suoi obblighi, di sua inidoneità o di commissione di azioni che ne menomino la fiducia.

Né sono plausibili il secondo ed il terzo motivo di ricorso, i quali prospettano che gli esecutori testamentari non avessero più il potere di vendere le quote di partecipazione nella Arno Metallurgica s.r.l. non avendo più il possesso dei beni ereditari, quanto meno a far tempo dal 10 settembre

2004 (data di scadenza della proroga ex art. 703 c.c., 3° comma, assentita con provvedimento del 10 marzo 2004). Se è corretto affermare che le quote di partecipazione in una società a responsabilità limitata, pur non configurandosi come beni materiali, possono costituire oggetto di possesso (Cass. Sez. 3, Sentenza n. 22361 del 21 ottobre 2009), l'operazione di trasferimento delle quote si perfeziona, "inter partes", in base al principio consensualistico, e, ai fini di opponibilità alla società, nel rispetto delle forme di cui all'art. 2470 c.c., sicché, allo scopo di poter eseguire la cessione delle quote della Arno Metallurgica s.r.l., era essenziale che gli esecutori testamentari M. e C. conservassero non il possesso dei beni dell'eredità, quanto la legittimazione sostanziale a compiere l'atto dispositivo voluto dal *de cuius* in luogo degli eredi.

Né ha rilievo quanto dalla ricorrente R. affermato nel quarto motivo, ovvero l'avvenuto versamento della somma di un miliardo di lire già effettuato a vantaggio del legatario G. G., senza attendere la vendita delle quote, in quanto tale comportamento non costituisce adempimento della chiara ed inequivoca volontà del "de cuius" di attribuire al fratello tale somma "a valere sul ricavato della vendita della quota... alla seguente inderogabile condizione", ovvero, appunto, la vendita della stessa partecipazione societaria a terzi a mezzo degli esecutori testamentari. Soltanto la piena attuazione della volontà del defunto, correlata alla "inderogabile condizione" della vendita delle quote a terzi, poteva esaurire l'attribuzione dei diritti e degli obblighi relativi all'incarico degli esecutori testamentari.

Le questioni poste nel quinto e nel sesto motivo, circa l'esatto contenuto dei provvedimenti di proroga richiesti da C. R. e M.G., rimangono parimenti superate sulla base delle precedenti considerazioni, che hanno chiarito come il termine ed il meccanismo di proroga giudiziale ex art. 703 c.c., 3° comma, non incidono sulle funzioni dell'esecutore testamentario, ma unicamente sulla durata del possesso dei beni ereditari.

Consegue il rigetto del ricorso. Le spese del giudizio di legittimità vengono regolate secondo soccombenza e liquidate in dispositivo.

P.Q.M.

La Corte rigetta il ricorso e condanna la ricorrente a rimborsare ai controricorrenti le spese del giudizio di cassazione, che liquida in complessivi Euro 10.200,00, di cui Euro 200,00 per esborsi, oltre a spese generali e ad accessori di legge.

Il "possesso" dei beni ereditari e la funzione di esecutore testamentario

Enrico Antonio Emiliozzi

Ai fini della estinzione dell'ufficio di esecutore testamentario non rileva la scadenza del termine previsto dall'art. 703, 3° comma, c.c. che concerne solo la durata del possesso dei beni ereditari da parte dello stesso esecutore, bensì è determinante il conseguimento delle finalità indicate dal *de cuius* nel testamento.

Premessa

Nella fattispecie giunta all'attenzione della Corte di legittimità, l'erede ha chiamato in giudizio gli esecutori testamentari per accertare l'estinzione del relativo ufficio a causa della scadenza del termine massimo di durata, stabilito dall'art. 703, 3° comma, c.c., da cui l'erede ritiene derivi altresì la nullità, illegittimità ed

inefficacia di tutti gli atti eventualmente compiuti dagli esecutori testamentari, oltre tale termine, nonostante fossero finalizzati al perseguimento della volontà del *de cuius* espressa nel testamento.

La Corte di cassazione, nella sentenza in commento, riprendendo alcuni precedenti giurisprudenziali, ha escluso che l'incarico attribuito dal testatore all'esecu-

tore testamentario sia sottoposto al termine di durata di cui all'art. 703, 3° comma, c.c., in quanto esso concerne solo la durata del possesso dei beni da parte dell'esecutore testamentario e non stabilisce, invece, un limite temporale all'esecutore testamentario per il compimento di tutti gli atti necessari per dare attuazione alla volontà del testatore.

Qualificazione giuridica dell'esecutore testamentario

La nomina dell'esecutore testamentario risponde alla funzione di assicurare l'adempimento delle disposizioni di ultima volontà del defunto, al fine di evitare che gli eredi, ai quali compete altrimenti l'esecuzione delle disposizioni testamentarie, a ciò non provvedano perché in conflitto con i loro interessi o per negligenza ovvero per inidoneità ad una funzione che spesso richiede competenze specifiche professionali di cui sono sprovvisti¹.

Particolare attenzione è stata rivolta dagli studiosi dell'istituto alla questione della qualificazione giuridica dell'esecutore testamentario, cosicché sono stati compiuti vari tentativi di ricondurre l'istituto in esame nel novero di fattispecie negoziali che risultano tipizzate dal nostro ordinamento giuridico, come avviene per il contratto di mandato o per il negozio unilaterale di conferimento della *contemplatio domini*. Tuttavia, nonostante tali pregevoli tentativi, per l'opinione ormai prevalente², la nomina dell'esecutore testamentario configura un ufficio di diritto privato non rappresentativo che oltre ad essere destinato a soddisfare interessi sociali ed etici del testatore assume anche valenza pubblicistica riscontrabile nella gratuità che

connota, per volontà legislativa (art. 711 c.c.), lo svolgimento del relativo incarico³.

Nell'istituto è possibile rinvenire la commistione di interessi privati e pubblici rappresentati, rispettivamente, dalla volontà del *de cuius* e dall'interesse generale all'esatta esecuzione delle disposizioni testamentarie⁴, nonché dal controllo dell'autorità giudiziaria a cui è sottoposta l'attività dell'esecutore testamentario, in merito alla durata dell'incarico (art. 703, 3° comma, c.c.), agli atti di alienazione (art. 703, 4° comma, c.c.) ed all'eventuale esonero per fatti particolarmente gravi (art. 710 c.c.)⁵.

Tale natura trova conferma nella *Relazione* della Commissione reale, la quale, in merito alla qualifica giuridica di ufficio di diritto privato dell'esecutore testamentario, rileva che "La preferenza data a codesta concezione sembra giustificata, in quanto che non poteva certo trovare favore la teoria di coloro che vedono nell'esecutore la figura di un mandatario o di un rappresentante del *de cuius*, che dovrebbe esplicare la sua attività dopo la morte del mandante o del rappresentato, né quella che considera l'esecutore testamentario un rappresentante dell'erede o dei legatari, dato che non di rado le sue attribuzioni contrastano cogli interessi degli uni o degli altri, né quella, infine, che raffigura nell'esecutore un rappresentante dell'eredità, riuscendo non agevole spiegare donde provenga una tale rappresentanza. Non restava, pertanto, che seguire la dottrina più recente, la quale ritiene che l'istituto costituisca un ufficio, all'esercizio del quale si è attribuito un certo carattere pubblicistico, giacché non manca un interesse pubblico a che la volontà testamentaria sia esattamente eseguita"⁶.

La qualificazione dell'esecutore testamentario⁷ co-

¹ Bonilini, voce "Esecutore testamentario", in *Digesto Civ.*, VII, Torino, 1991, 538; Palazzo, *Le successioni*, in *Tratt. Dir. Priv. Iudica e Zatti*, Milano, 2000, II, 841.

² Albanese, *Della revocazione delle disposizioni testamentarie. Delle sostituzioni. Degli esecutori testamentari*, in *Comm. C.C. a cura di Scialoja, Branca, Galgano, De Nova*, Libro II, delle successioni (artt. 679-712) Bologna 2015, 251 e segg.; Messineo, *Contributo alla dottrina dell'esecuzione testamentaria*, Roma, 1923, 12; Cuffaro, voce "Esecutore testamentario", in *Enc. Giur. Treccani*, XIV, Roma, 1997, 2; Id., *Gli esecutori testamentari*, in *Tratt. Dir. Priv.* a cura di Rescigno, Torino, 1997, 6, II, 356; Id., *L'esecutore testamentario*, in *Diritto delle successioni* a cura di Calvo e G. Perlingieri, Napoli, 2009, 1141 e segg.; Palazzo, *op. cit.*, 842; Manca, *Degli esecutori testamentari*, in *Comm. C.C. a cura di D'Amelio, Finzi*, Firenze, 1941, II, 635; Giannattasio, *Delle successioni. Successioni testamentarie*, in *Comm. C.C. a cura di AA.VV.*, Torino, 1962, 408; Candian, *Del c.d. "ufficio privato" e in particolare dell'esecutore testamentario*, in *Temi*, 1952, 372; Capozzi, *Successioni e donazioni*, Milano, 2009, II, 1069-1070; Licini, *Degli esecutori testamentari*, in *C.C. annotato* a cura di G. Perlingieri, Napoli, 2010, 547; Di Marzio, *Degli esecutori testamentari*, in *Comm. C.C. a cura di Cendon*, Milano, 2009, 1644 e segg.; Azzariti, *Le successioni e le donazioni*, Napoli, 1990, 656; Bergamo, *Delle successioni*, in *Comm. C.C. a cura di Gabrielli*, Torino, 2010, 949 e 966; Ieva, *Successioni, donazioni, beni*, in *Diritto civile*, diretto da Lipari e Rescigno, coordinato da Zoppini, I, Milano, 2009, 209; Bergamo, *Delle successioni*, in *Comm. C.C. a cura di Gabrielli*, Torino, 2010, 966; Trimarchi, voce "Esecutore

testamentario", in *Enc. Dir.*, XV, Milano, 1966, 393 e 406 e segg.; F.S. Azzariti-Martinez-G. Azzariti, *Successione per causa di morte e donazioni*, Padova, 1979, 585. Non ritiene possibile ricondurre l'istituto in una categoria giuridica: Bonilini, voce "Esecutore testamentario", cit., 548. Esclude non solo la possibilità di ricondurre l'esecutore testamentario ad un ufficio privato, ma anche la stessa categoria dell'ufficio privato: Gardani Contursi Lisi, voce "Esecutore testamentario", in *Noviss. Dig. It.*, VI, Torino, 1968, 695. Per un'ampia rassegna delle varie teorie si rinvia a Di Marzio, *Gli esecutori testamentari*, in *Le successioni*, III, *Il diritto privato nella giurisprudenza* a cura di Cendon, Torino, 2000, 386 e segg.

³ Albanese, *op. cit.*, 252.

⁴ Albanese, *op. cit.*, 253.

⁵ Capozzi, *op. cit.*, 1070, per il quale la natura di ufficio di diritto privato deriva altresì dalla considerazione che l'esecutore testamentario agisce in nome proprio e nell'interesse obiettivo all'esatta esecuzione delle disposizioni testamentarie. Rileva Albanese, *op. cit.*, 254 che "...l'interesse all'esecuzione esatta del testamento è certo prevalente, ma non tale da affievolire la tutela di altri, eterogenei, interessi altrui, si tratta di titolare di un ufficio di diritto privato non rappresentativo che soddisfa esigenze sociali ed etiche della volontà del testatore, colorandosi di aspetti pubblicistici, che trovano riscontro nella naturale e codificata gratuità dell'ufficio medesimo (art. 711)".

⁶ Relazione della commissione reale, 78.

⁷ Dubbi sull'utilità di attribuire una qualificazione giuridica all'esecutore testamentario sono manifestati da Polacco, *Delle successioni. I. Successioni legittime e testamentarie*, Milano-Roma,

me titolare di un ufficio di diritto privato ha portato al superamento di altre teorie che lo configuravano come investito di un mandato *post mortem*⁸, oppure come titolare di una procura *post mortem* conferita dal testatore⁹, o come soggetto autorizzato ad agire, relativamente ai beni ereditari, in nome proprio, ma nell'interesse altrui¹⁰.

La teoria che configura il rapporto tra il testatore e l'esecutore testamentario come un contratto di mandato rileva che l'ufficio dell'esecutore si fonda, oltre che nel momento genetico, anche in quello funzionale, sull'incarico che il testatore dà all'esecutore, a differenza di altre fattispecie, come era previsto per la patria potestà, nonché risulta per la tutela e la cura della massa fallimentare che operano in qualsiasi caso in cui vi sia un minore, un incapace o una massa fallimentare da amministrare. L'esecutore testamentario, invece, non opera in ogni caso di apertura di una successione, bensì solamente quando viene eventualmente nominato dal testatore¹¹.

Tuttavia la natura necessariamente bilaterale del contratto di mandato *post mortem* è apparsa incompatibile con l'istituto in esame¹², il quale si fonda su due atti del tutto separati rappresentati dalla nomina dell'esecutore¹³, contenuta nel testamento, e dalla relativa accettazione, atti che rivestono natura unilaterale e, quindi, non riconducibili alla fattispecie genetica del contratto¹⁴.

Anche la teoria che configura l'esecutore testamentario come titolare di una procura *post mortem* non ha retto alla facile obiezione che questi non agisce in nome del testatore, bensì in nome proprio, con la conseguenza che nella fattispecie difetta proprio il carattere essenziale della *contemplatio domini*¹⁵. In particolare l'esecutore testamentario agisce in nome proprio e nell'interesse altrui ed a tale scopo riceve,

per volontà del defunto, un fascio di poteri che esercita al fine dell'esatta attuazione delle disposizioni di ultima volontà¹⁶. Inoltre la difficoltà di ricondurre l'agire dell'esecutore testamentario nell'ambito della rappresentanza deriva anche dalla carenza della necessaria coesistenza dei soggetti del rapporto e dall'incompatibilità, che talvolta sfocia nella conflittualità, degli interessi da rappresentare¹⁷.

L'attenzione rivolta all'interesse perseguito dall'esecutore testamentario conduce¹⁸ anche ad escludere che il relativo atto di nomina costituisca un'autorizzazione ad agire in nome proprio, ma nell'interesse altrui, poiché non persegue esclusivamente l'interesse del testatore e neppure quello dell'erede, potendo anzi trovarsi in conflitto con quest'ultimo¹⁹, come d'altronde è avvenuto nella fattispecie decisa dalla sentenza in commento. L'esecutore testamentario e gli eredi possono trovarsi a perseguire interessi incompatibili, ma il primo attua tuttavia quanto previsto nel testamento, con il solo limite del rispetto delle disposizioni di legge²⁰.

Non manca tuttavia neppure chi ha pensato di superare qualsiasi tentativo di qualificazione giuridica dell'esecutore testamentario considerando tale istituto un *unicum* dotato di autosufficienza normativa²¹ e caratterizzato da elementi di peculiarità rappresentati dall'agire dell'esecutore testamentario, in nome proprio, ma senza acquistare per sé diritti, né assumere, in proprio, obbligazioni, che debba poi trasferire ad altri mediante apposito negozio traslativo, poiché gli effetti degli atti da lui compiuti ricadono direttamente sul patrimonio ereditario, come se fossero stati compiuti dagli eredi stessi²².

La giurisprudenza ha qualificato l'esecutore testamentario come titolare di un ufficio di diritto privato ed infatti, di recente, la Corte di legittimità ha stabilito

1937, 378; Talamanca, *Successioni testamentarie*, in *Comm. C.C. a cura di Scialoja, Branca, Libro II, delle successioni* (artt. 679-712), Bologna-Roma, 1965, 435-436.

⁸ Gangi, *La successione testamentaria nel vigente diritto italiano*, Milano, 1952, 534 e segg.; Giampiccolo, *Il contenuto atipico del testamento*, Milano, 1954, 130.

⁹ Carusi, *Il negozio giuridico notarile*, Milano, 1994, 512.

¹⁰ Azzariti, *Le successioni e le donazioni*, Napoli, 1990, 656.

¹¹ Gangi, *op. cit.*, 534: "L'ufficio di esecutore quindi deve la sua origine unicamente ed esclusivamente alla volontà del testatore, e precisamente al mandato o incarico da lui dato ad una determinata persona di esercitarlo".

¹² Palazzo, *op. cit.*, 841. Vi è tuttavia chi ritiene trattarsi di un mandato sui generis (Vidiri, *Esecutore testamentario: natura e gratuità dell'ufficio*, in *Giust. Civ.*, I, 2005, 91; Gangi, *op. cit.*, 535: "L'avversione contro questo concetto del mandato nella nostra dottrina è derivata, secondo me, unicamente dalla falsa opinione che l'unica specie di mandato conosciuta dal nostro diritto è quella che ha la sua fonte nel contratto e che è regolata appunto tra i contratti, mentre non vi è logicamente alcun motivo per escludere che possa esservi qualche altra specie di mandato, e un'altra specie di mandato si ha appunto nell'incarico dell'esecuzione delle disposizioni testamentarie dato dal testatore ad una o più persone determinate"; Giampiccolo, *op. cit.*, 131).

¹³ Sulla natura giuridica dell'atto di nomina dell'esecutore te-

stamentario cfr. Trimarchi, *op. cit.*, 392: "...l'atto di nomina si presta ad essere qualificato come un atto di volontà accessorio, unilaterale (non essenzialmente), personale e unipersonale, solenne, eventualmente condizionato, posto in essere *intuitu personae, mortis causa* e revocabile".

¹⁴ Cuffaro, voce "Esecutore testamentario", *cit.*, 1; Albanese, *op. cit.*, 254; Capozzi, *op. cit.*, 1069.

¹⁵ Cuffaro, *op. ult. cit.*, 1; Capozzi, *op. cit.*, 1069; Trimarchi, *op. cit.*, 406.

¹⁶ Bonilini, voce "Esecutore testamentario", *cit.*, 539.

¹⁷ Trimarchi, *op. cit.*, 406; Cuffaro, *Gli esecutori testamentari*, in *Tratt. Dir. Priv.*, *cit.*, 355.

¹⁸ Cuffaro, voce *Esecutore testamentario*, *cit.*, 1.

¹⁹ Gangi, *op. cit.*, 536; Capozzi, *op. cit.*, 1069; Vicari, *L'esecutore testamentario*, in *Trattato breve delle successioni e donazioni* diretto da Rescigno, I, Padova, 2010, 1308.

²⁰ Bonilini, voce "Esecutore testamentario", *cit.*, 539.

²¹ Bonilini, *Degli esecutori testamentari*, in *Comm. C.C. a cura di Schlesinger*, 96 e segg.

²² Bonilini, *op. ult. cit.*, 97, il quale, tuttavia, ritiene che nello specifico caso dell'esecutore testamentario l'uso della categoria dell'ufficio di diritto privato non sia del tutto erroneo qualora serva per indicare i poteri-doveri che ricadono in capo al soggetto designato dal testatore per la realizzazione delle disposizioni di ultima volontà.

che “l’istituto dell’esecutore testamentario si concreta in un ufficio di diritto privato, con alcuni accenti pubblicistici, in base al quale l’esecutore, nominato dal testatore *intuitu personae* in forza della clausola testamentaria, è investito del potere di compiere in nome proprio determinati atti, i cui effetti ricadono direttamente sul patrimonio ereditario, come se li avessero compiuti gli eredi. In particolare, compito dell’esecutore testamentario è quello di dare attuazione alle disposizioni di ultima volontà del *de cuius*, a tal fine prendendo possesso della massa ereditaria, amministrandola e compiendo tutti gli atti di gestione occorrenti (art. 703 c.c.)”²³.

Il *dies a quo* del “possesso” dei beni ereditari

Ai sensi del 3° comma dell’art. 703 c.c., il possesso dell’esecutore testamentario non può durare più di un anno dalla dichiarazione di accettazione dell’incarico, salva la possibilità, per l’autorità giudiziaria, in caso di motivi di evidente necessità e sentiti gli eredi, di prolungarne la durata che, tuttavia, non potrà in alcun caso superare un altro anno. Pertanto, come stabilito da tale disposizione, il possesso dell’esecutore testamentario non può oltrepassare il biennio nel caso in cui vi sia stata la proroga giudiziaria.

Nella fattispecie di cui è stata investita la Corte di legittimità, con la sentenza in commento, gli esecutori testamentari avevano beneficiato della proroga prevista dall’art. 703, 3° comma, c.c. e, pertanto, l’erede chiedeva che fosse dichiarata l’estinzione della funzione dell’esecutore testamentario proprio perché era spirato il termine previsto dal provvedimento giudiziario²⁴.

Prima di approfondire la questione occorre premettere che la norma innova rispetto a quanto era previsto dal Codice previgente che individuava nel giorno di apertura della successione il *dies a quo* di decorrenza del possesso dei beni ereditari da parte dell’esecutore testamentario. La normativa vigente, invece, diversamente rispetto al Codice abrogato, fa decorrere il termine di durata del possesso dalla data di accettazione dell’incarico compiuta dall’esecutore testamen-

tario e, comunque, del tutto irrilevante diviene l’eventuale possesso in epoca antecedente²⁵.

Anche se il *dies a quo* del possesso è individuato dal Codice vigente con la data di accettazione dell’ufficio da parte dell’esecutore, tuttavia, non sempre coincide con esso, non solo nei casi in cui l’erede o gli eredi non consegnino i beni all’esecutore contestualmente all’accettazione²⁶, ma anche nei casi in cui facciano parte del compendio ereditario beni insuscettibili di apprensione materiale.

È stato così precisato che “il potere di fatto sui beni ereditari, non può che avere inizio dal momento dell’effettivo ingresso nella materiale disponibilità della cosa”²⁷, cosicché qualora si accerti che l’esecutore testamentario abbia conseguito la detenzione dei beni in un periodo successivo rispetto a quello dell’accettazione dell’ufficio sarà in riferimento al primo momento che dovrà aversi riguardo per calcolare il *dies a quo* del termine annuale di detenzione, prorogabile, in seguito all’autorizzazione giudiziaria, per un ulteriore anno²⁸.

In conformità alle conclusioni a cui è pervenuta la dottrina, la Corte di cassazione, nella pronuncia in epigrafe, ha deciso che il *dies a quo* da cui deve essere fatto decorrere il termine massimo di possesso per l’esecutore testamentario non coincide necessariamente con la data di accettazione dell’incarico, in quanto l’esecutore testamentario deve richiedere il possesso all’erede, e, quindi, non può porsi a carico dell’esecutore stesso il rischio dell’impossibilità, dovuta a fatto a lui non imputabile, di esercitare le sue funzioni, cosicché il termine legale è destinato a decorrere, anziché dall’accettazione, dal momento in cui avrà conseguito il possesso²⁹.

Resta comunque da precisare che la qualificazione di possesso del potere attribuito all’esecutore testamentario non corrisponde al potere di fatto sulla cosa previsto dall’art. 1140 c.c., manifestato dal proprietario o da chi decida di comportarsi come tale nei confronti del bene, poiché il possesso del compendio ereditario compete soggettivamente all’erede (art. 1146 c.c.) o al chiamato (art. 460 c.c.), mentre l’esecutore testamentario è un mero detentore³⁰.

²³ Cass., 26 novembre 2015, n. 24147, in *Dir. e Giust.*, 2015, 74, con nota di Villani, *La volontà del de cuius deroga alla regola della gratuità dell’ufficio di esecutore testamentario*. In precedenza, nello stesso senso, tra le altre, Cass., 22 marzo 1994, n. 2707, in *Giust. Civ.*, 1994, I, 2525; Cass., 27 aprile 1993, n. 4930, in *Giur. It.*, 1993, I, 1, 2252; Trib. Lecce, 20 gennaio 2010, in *Riv. Notar.*, 2010, con nota di Lubelli, *La rinunzia (informale) del coesecutore testamentario e gli effetti sul regime dell’esecuzione*; Cass., 24 aprile 1965, in *Giust. Civ.*, 1965, I, 293; Cass., 16 marzo 1977, n. 1044, in *Giust. Civ.*, 1977, I, 719; Trib. Roma, 1 aprile 1992, in *Giur. di Merito*, 1993, I, 347.

²⁴ Sulle cause di estinzione dell’ufficio di esecutore testamentario cfr. Bonilini, voce “Esecutore testamentario”, cit., 547.

²⁵ Brama, *Dizionario della successione testamentaria*, Milano, 1998, 136.

²⁶ La concorrenza del potere di amministrare il compendio ereditario tra l’esecutore testamentario e l’erede è esclusa da Di Marzio, *Gli esecutori testamentari*, cit., 410.

²⁷ Bonilini, *Degli esecutori testamentari*, cit., 345. Trib. Napoli,

2 agosto 2006: “L’esecutore testamentario non acquista il possesso dei beni ereditari ipso iure con l’accettazione dell’incarico ma deve richiederlo all’erede”.

²⁸ Bonilini, *Degli esecutori testamentari*, cit., 345-346.

²⁹ Cfr. Cass., 27 gennaio 1995, n. 995, in *Repertorio Giur. It.*, 1995, voce “Successione legittima e testamentaria”, n. 105: “L’esecutore testamentario non acquista il possesso dei beni ereditari ipso iure con l’accettazione dell’incarico, dovendo richiederlo all’erede. Ove, pertanto, egli non sia in grado di entrare nel possesso dei beni ereditari – avvenga ciò per rifiuto dell’erede di procedere alla consegna dei beni stessi o per altre contestazioni dallo stesso sollevate – non può porsi a carico dell’esecutore l’impossibilità, dovuta a fatto a lui non imputabile, di esercitare le sue funzioni ed in tal caso il termine di un anno dalla dichiarazione di accettazione, previsto dall’art. 703 c.c., non potrà cominciare a decorrere se non dal momento in cui sarà cessata la causa dell’impedimento”.

³⁰ Cuffaro, voce “Esecutore testamentario”, cit., 5; Id., *Gli esecutori testamentari*, in *Tratt. Dir. Priv.*, cit., 371; Vicari, *op. cit.*,

Esecuzione delle disposizioni di ultima volontà dopo l'estinzione del possesso

La Corte di cassazione, nella sentenza in commento, aderendo a precedenti pronunce, ha altresì precisato che si deve distinguere tra la durata massima del possesso prevista dall'art. 703, 3° comma, c.c. e la durata delle funzioni esercitate dall'esecutore testamentario. Infatti mentre per il possesso dei beni ereditari il legislatore ha stabilito che esso ha la durata di un anno prorogabile, una sola volta, per un ulteriore anno, diversamente vale per quel che concerne l'incarico rivestito dall'esecutore testamentario, finalizzato al perseguimento della volontà del testatore, per il quale non trova applicazione il limite temporale previsto dall'art. 703, 3° comma, c.c., bensì esso è destinato a durare, salvo diversa volontà del testatore stesso, fino a quando non siano state adempiute le disposizioni di ultima volontà del defunto. Non vi è pertanto coincidenza tra il possesso dei beni ereditari e la durata della funzione di esecutore testamentario, cosicché la decorrenza del termine di un anno, eventualmente prorogabile, non produce la decadenza dell'esecutore testamentario dalle relative funzioni³¹.

Occorre tuttavia segnalare che non manca in dottrina chi ritiene che la decadenza dal possesso dell'esecutore testamentario per scadenza del termine di legge comporti anche il venir meno dei poteri (e doveri) dell'esecutore di dare attuazione alle disposizioni testamentarie³², tuttavia, è sicuramente maggioritaria la diversa opinione in base alla quale la scadenza del termine stabilito dall'art. 703, 3° comma, c.c. determina l'estinzione del solo possesso dei beni ereditari da parte dell'esecutore testamentario, ma non anche della funzione che questi deve assolvere a seguito della designazione contenuta nel testamento e della conseguenziale accettazione. Pertanto alla scadenza di tale termine l'esecutore conserva le sue funzioni fino al completamento del relativo incarico, ma perde il potere di amministrare i beni ereditari, non tanto perché in ipotesi escluso dal testatore, ai sensi del capoverso dell'art. 703 c.c., bensì, soprattutto, perché collegato da un nesso funzionale al possesso del compendio

ereditario, cosicché il venir meno di esso per scadenza del termine provoca altresì l'estinzione dell'amministrazione del titolare dell'ufficio di esecutore³³. In quest'ultimo caso l'esecutore dovrà comunque attivarsi per l'esatta attuazione delle disposizioni di ultima volontà del *de cuius*, ma in relazione all'attività gestoria del patrimonio condotta dagli eredi³⁴. Pertanto, come rilevato dalla dottrina: "L'amministrazione del patrimonio ereditario non assorbe quindi il campo di attività dell'esecutore poiché mentre questa è legata (e quindi permane fino) al compimento delle disposizioni testamentarie, l'amministrazione rimane circoscritta entro un ben preciso ambito temporale non potendo protrarsi per più di un anno (o due al massimo, art. 703, 3° comma c.c.) dal momento dell'accettazione dell'incarico"³⁵. Tra l'altro l'indipendenza dell'esecuzione dell'incarico ad opera dell'esecutore testamentario rispetto all'amministrazione dei beni ereditari è avvalorata dalla conclusione, elaborata dalla dottrina³⁶, in tema di nomina del curatore dell'eredità giacente, che ritiene che l'amministrazione dell'esecutore cessi appunto con la nomina del curatore, al quale l'esecutore deve consegnare i beni, con la conseguente estinzione, da parte di quest'ultimo, del possesso e dell'amministrazione sugli stessi beni³⁷.

Alla luce dei principi di diritto esposti dalla Corte di legittimità nella sentenza in commento, il Collegio ha respinto la domanda dell'erede che era rivolta ad accertare la decadenza degli esecutori testamentari dal relativo ufficio, nonché l'invalidità, illegittimità ed inefficacia di tutti gli atti eventualmente compiuti dopo la scadenza del termine prorogato dall'autorità giudiziaria. Infatti la Corte di cassazione, oltre a rilevare che nel computo del termine indicato dall'art. 703, 2° comma, c.c., il *dies a quo* non coincide con la data di accettazione dell'incarico, bensì con il momento dal quale gli esecutori testamentari conseguono il possesso dei beni, ribadisce altresì che la funzione di esecutore testamentario non è soggetta al termine di decadenza previsto dall'art. 703, 3° comma, c.c., bensì dura fino al compimento di tutte le attività necessarie per l'attuazione della volontà del defunto che, nel caso

1321; Bergamo, *op. cit.*, 971; Licini, *op. cit.*, 553; A. Palazzo, *op. cit.*, 843; Gangi, *op. cit.*, 549.

³¹ Giannattasio, *op. cit.*, 416; Bonilini, voce "Esecutore testamentario", cit., 543.

³² Trimarchi, *op. cit.*, 398, che a proposito del 3° comma dell'art. 703 c.c. rileva: "Nonostante che la norma faccia riferimento al possesso, le disposizioni concernono l'amministrazione nella sua interezza. Il possesso da parte dell'esecutore testamentario è il segno concreto e visibile di una amministrazione in atto".

³³ Cuffaro, voce "Esecutore testamentario", cit., 5; Id., *Gli esecutori testamentari*, in *Tratt. Dir. Priv.*, cit., 366, il quale sottolinea che "...il potere di amministrazione della massa lungi dal costituire il termine cui vanno ricondotti tutti i possibili contenuti dell'attività esecutoria deve essere correttamente riguardato solo quale, possibile, atteggiarsi dell'attività stessa"; Id., *L'esecutore testamentario*, in *Diritto delle successioni*, cit., 1152; Bergamo, *op. cit.*, 969; Talamanca, *op. cit.*, 498; Licini, *op. cit.*, 554: "Allo spirare del termine l'esecutore perde non solo il possesso ma anche l'ammi-

nistrazione (essendo l'uno strumentale all'altro) e viene a trovarsi nella posizione giuridica di esecutore sprovvisto di amministrazione".

³⁴ Bonilini, voce "Esecutore testamentario", cit., 542-543: "Intuitivamente, si è qui in presenza di un'esecuzione testamentaria assai circoscritta, e fondamentalmente riassunta nella funzione di controllo". Sulla stretta interdipendenza, a carattere derivativo, tra possesso ed amministrazione dei beni ereditari da parte dell'esecutore testamentario cfr. Gardani Contursi Lisi, voce "Esecutore testamentario", cit., 700.

³⁵ Cuffaro, *Gli esecutori testamentari*, in *Tratt. Dir. Priv.*, cit. 366; A. Palazzo, *op. cit.*, 843.

³⁶ Natoli, *L'amministrazione dei beni ereditari*, Milano, 1968, II, 354. In senso contrario, tuttavia, cfr. Talamanca, *op. cit.*, 539.

³⁷ Segnala che non bisogna confondere l'amministrazione dei beni ereditari attribuita all'esecutore testamentario rispetto a quella che spetta al curatore dell'eredità giacente: Cuffaro, voce "Esecutore testamentario", cit., 4.

di specie, coincidono con la vendita delle quote della società e la distribuzione del ricavato dalla vendita tra l'erede ed il terzo nominato dal testatore.

Se pertanto non vi è un rapporto di dipendenza necessaria tra l'amministrazione ed il possesso dei beni ereditari dell'esecutore testamentario da un lato ed il compimento di tutte quelle attività necessarie per l'adempimento delle ultime volontà del *de cuius* contenute nel testamento dall'altro, tanto che per quest'ultime non trova applicazione il termine stabilito dall'art. 703, 3° comma c.c., tuttavia, il possesso e l'amministrazione dei beni ereditari non possono di certo sopravvivere al compimento dei doveri dell'ufficio da parte dell'esecutore testamentario. Quindi la realizzazione della volontà del testatore determina l'estinzione dei poteri e delle facoltà attribuite dall'atto *mortis causa* e dalla legge all'esecutore testamentario, compresi il possesso e l'amministrazione dei beni ereditari, anche prima della scadenza del termine stabilito dall'art. 703, 3° comma, c.c.³⁸.

L'indipendenza della funzione di attuare le disposizioni testamentarie attribuite all'esecutore testamentario rispetto al possesso dei beni ereditari, proclamata dalla giurisprudenza di legittimità, nella sentenza in commento, risulta confermata, tra l'altro, anche dall'art. 703, 2° comma, c.c. che consente al testatore di escludere l'esecutore dall'amministrazione dei beni ereditari che, in tale caso, rientrerà tra le facoltà di esclusiva competenza dell'erede³⁹. Ciò dimostra appunto che l'amministrazione e la detenzione dei beni ereditari non sono gli strumenti essenziali approntati dal legislatore per l'esecuzione dell'incarico⁴⁰.

La sentenza in commento si segnala tuttavia per la scissione operata tra possesso ed amministrazione dei beni ereditari dopo che è spirato il termine previsto dall'art. 703, 3° comma, c.c. In particolare, come è

stato sopra rilevato, la scadenza del termine provoca l'estinzione del possesso, ma non determina l'estinzione dei compiti dell'esecutore testamentario, qualora non siano stati ancora adempiuti. Tuttavia se, come sopra illustrato, si ritiene che all'estinzione del possesso per decorrenza del termine di cui all'art. 703, 3° comma, c.c. corrisponda anche la decadenza dalla facoltà di amministrare i beni ereditari⁴¹, per la Corte di legittimità occorre, invece, scindere il possesso dall'amministrazione dei beni ereditari, la quale sarebbe invece in rapporto di strumentalità necessaria con l'adempimento delle funzioni dell'ufficio di esecutore testamentario. Da ciò, per la Corte di cassazione, nella fattispecie in esame, deriva che l'amministrazione dei beni ereditari rimane attribuita all'esecutore testamentario anche dopo lo spirare del termine legale e fino a quando non abbia trovato attuazione la volontà del *de cuius* espressa nel testamento. In sostanza, quindi, la Corte di legittimità, se da un lato aderisce all'opinione secondo la quale la scadenza del termine del possesso dei beni ereditari non incide sulle funzioni dell'esecutore testamentario, ritiene, tuttavia, con ciò discostandosi rispetto a quanto sostenuto dalla dottrina, che il potere di amministrare i beni ereditari sopravviva all'estinzione del relativo possesso, fino alla completa attuazione della volontà del testatore, rispetto alla quale costituisce uno strumento necessario⁴².

Estinzione dell'ufficio di esecutore testamentario e legittimazione processuale

La scissione temporale sopra illustrata tra il possesso dei beni ereditari e l'esercizio delle funzioni di esecutore testamentario incide sulla questione della legittimazione processuale attribuita a quest'ultimo dall'art. 704 c.c.⁴³

In particolare occorre ricordare che la legittimazio-

³⁸ Cuffaro, *op. ult. cit.*, 386: "...l'esecutore testamentario mantiene il proprio incarico e resta titolare dei relativi poteri (ad esempio la legittimazione attiva ad agire) sino a quando la funzione non possa dirsi conclusa, sino a quando, cioè, le disposizioni di ultima volontà non possano considerarsi compiutamente eseguite, giacché l'unica limitazione cronologica di cui è traccia nella disciplina normativa attiene ad un particolare (anche se rilevante) profilo della attività esecutoria: alla durata dell'amministrazione e del possesso dei beni ereditari. Quindi, se anche sia trascorso l'anno (o il biennio) dall'accettazione, non solo per questo l'attività dell'esecutore viene a cessare, potendo invece continuare rispetto a specifiche incombenze, dall'altro lato l'attività dell'esecutore può risultare circoscritta ad un breve periodo, così quando il testatore abbia nominato una pluralità di esecutori suddividendo tra loro i compiti di tal che adempiuta la mansione ciascuno di essi esaurisce la propria funzione"; Bonilini, *Degli esecutori testamentari*, cit., 342: "È agevole rammentare, peraltro che, nel caso in cui lo scopo sia stato raggiunto, vale a dire risultino eseguite le disposizioni testamentarie, alla cui attuazione è strumentale la detenzione dei beni ereditari, la stessa deve cessare, quantunque non sia ancora decorso il termine annuale".

³⁹ Cfr. Albanese, *op. cit.*, 307, per il quale, in tale eventualità, all'esecutore spetterà un'attività di vigilanza e controllo sull'operato degli eredi, al fine di verificare il corretto adempimento delle volontà testamentarie. Sul concorso dell'amministrazione dei beni

ereditari tra l'esecutore testamentario ed il chiamato all'eredità cfr. Palazzo, *op. cit.*, 852.

⁴⁰ Bonilini, *Degli esecutori testamentari*, cit., 250.

⁴¹ Tra gli altri cfr. Palazzo, *op. cit.*, 843; Cuffaro, voce "Esecutore testamentario", cit., 3: "...mentre l'attività dell'esecutore è legata, e quindi permane fino al compimento delle disposizioni testamentarie, l'amministrazione rimane circoscritta entro un ben preciso ambito temporale, non potendo protrarsi per più di un anno (o al massimo due; cfr. art. 703, 3° co., c.c.) dal momento dell'accettazione dell'incarico".

⁴² Per precedenti conformi v. Cass., 20 aprile 1964, n. 929, in *Mass. Giur. It.*, 1964, 295-296; Cass., 7 gennaio 1967, n. 78, in *Repertorio Giur. It.*, 1967, voce "Successione legittima e testamentaria", n. 134.

⁴³ Sul tema della rappresentanza processuale attribuita all'esecutore testamentario cfr. Albanese, *op. cit.*, 339 e segg.; Bonilini, *Degli esecutori testamentari*, in *Comm. C.C.*, cit., 403 e segg.; Contursi Lisi, *L'esecutore testamentario*, Padova, 1950, 173 e segg.; Giannattasio, *op. cit.*, 419 e segg.; Trimarchi, *op. cit.*, 401 e segg.; Palazzo, *op. cit.*, 849: "...l'esecutore non deve essere considerato alla stregua di un rappresentante degli eredi, ma assume la qualità di sostituto processuale specie nelle controversie relative ai rapporti di cui non è titolare (es. accertamento dell'oggetto della disposizione testamentaria)".

ne processuale⁴⁴, stabilita dalla norma appena citata, attribuisce all'esecutore testamentario la qualità di sostituto processuale⁴⁵, con il potere di agire per la tutela di situazioni giuridiche delle quali l'esecutore non è titolare, ma che tuttavia risultano strumentali all'esatto adempimento dei compiti che gli sono stati affidati dal *de cuius* nell'atto di ultima volontà⁴⁶. Ebbene la sostituzione processuale appena descritta⁴⁷ si esplica con l'attribuzione all'esecutore testamentario sia della legittimazione passiva, così che diviene parte necessaria in tutti i giudizi promossi contro l'eredità, sia della legittimazione attiva con la facoltà di intervenire nei giudizi promossi dall'erede e di proporre autonomamente tutte le azioni che sono necessarie per l'adempimento dell'incarico rivestito⁴⁸.

Proprio perché la legittimazione processuale attribuita all'esecutore testamentario non dipende dall'amministrazione e dal possesso dei beni ereditari, ma è necessaria per la corretta e completa esplicazione delle funzioni attribuite dal testatore e dalla legge all'esecutore testamentario⁴⁹, ciò influisce, in maniera determinante, sulle relative cause di estinzione. Infatti come è stabilito dalla sentenza in commento, lo spirare del termine massimo di possesso dei beni ereditari a favore dell'esecutore testamentario produce il solo effetto di estinguere i limiti al potere di fatto dell'erede su tali beni, senza incidere sulle facoltà dell'esecutore testa-

mentario, finalizzate alla completa attuazione della volontà del testatore. Si deve ritenere pertanto che la legittimazione processuale dell'esecutore non subisca la stessa sorte prevista per il possesso dei beni ereditari, bensì dipenda esclusivamente, in quanto appunto ad esso strumentale, dall'adempimento delle funzioni attribuite all'ufficio dell'esecutore.

Deriva pertanto che nei casi in cui la sostituzione processuale rappresenti un istituto previsto dal legislatore per garantire l'adempimento dell'incarico ricevuto, essa si estingue solo con il venir meno della funzione per la quale era stata prevista e, di conseguenza, si deve escludere che l'evento estintivo possa coincidere con la scadenza del termine per il possesso dei beni ereditari, bensì corrisponde all'adempimento delle funzioni dell'esecutore testamentario per le quali era stato nominato⁵⁰.

Il venir meno del possesso e dell'amministrazione dei beni ereditari, tuttavia, indipendentemente dalla causa da cui dipenda, può determinare una restrizione della capacità di sostituto processuale dell'esecutore testamentario, per quanto riguarda le azioni che non sono strettamente funzionali all'esecuzione dell'incarico. Diversamente, invece, tutte le azioni processuali che rientrano nei doveri di attuazione delle disposizioni testamentarie permangono in capo all'esecutore, comprese le azioni possessorie e quelle petitorie⁵¹.

Occupazione di immobile

Tribunale di Taranto, Sez. II, 26 maggio 2016, n. 1731 – G.I. Casarano – Coop. X. a r.l., in liquidazione (avv. Colarusso) – K.J. (avv. Amendolito).

Società – Società di capitali – Società cooperative edilizie – Esclusione socio cooperativa edilizia – Posizione detenzione immobile socio – Restituzioni ex art. 1458 c.c. – Ripetizione dell'indebitato – Natura danno da occupazione di immobile – Indennizzo

per occupazione di immobile – Prescrizione applicabile – Prescrizione decennale

Il diritto all'indennizzo per occupazione di immobile, divenuta indebita a seguito dell'esclusione del socio di una società cooperativa edilizia, si prescrive in dieci anni, trovando l'indennizzo fondamento giuridico nelle restituzioni di cui all'art. 1458 c.c., con conseguente applicabilità della disciplina sulla ripetizione dell'indebitato.

⁴⁴ Cuffaro, *Gli esecutori testamentari*, in *Tratt. Dir. Priv.*, cit., 380, precisa che l'art. 704 c.c. non deve indurre in errore a proposito della relativa rubrica, poiché la norma non disciplina la rappresentanza processuale, bensì la materia della legittimazione processuale dell'esecutore sia dal lato attivo che da quello passivo; Id., *L'esecutore testamentario*, in *Diritto delle successioni*, cit., 1163 e segg.

⁴⁵ Dubbi sulla sostituzione processuale, nel caso specifico, sono espressi da Contursi Lisi, *L'esecutore testamentario*, cit., 175-176, per la quale: "La disciplina processuale appare così coerente, e coordinata, non ad uno schema di sostituzione tra erede ed esecutore, ma a quello, già formulato, di una *coesistenza* tra esecutore ed erede; i due soggetti, cioè, che agiscono, il primo per il fine particolare, il secondo per un fine generale".

⁴⁶ Albanese, *op. cit.*, 339.

⁴⁷ Sui limiti alla rappresentanza processuale dell'esecutore testamentario, in relazione ai diritti dell'erede, si rinvia a Bonilini, *Degli esecutori testamentari*, cit., 406; Contursi Lisi, *L'esecutore testamentario*, cit., 177; Id., voce "Esecutore testamentario", cit., 699.

⁴⁸ Albanese, *op. cit.*, 340 e segg.; A. Palazzo, *op. cit.*, 849.

⁴⁹ In giurisprudenza sulla strumentalità della rappresentanza processuale dell'esecutore testamentario rispetto all'adempimento

delle funzioni del relativo ufficio cfr. Cass., 28 febbraio 1955, n. 607, in *Repertorio Giur. It.*, 1955, voce "Successione legittima e testamentaria", n. 192: "Qualora l'esecutore testamentario sia stato legittimato a stare in giudizio, come attore o come convenuto o come interveniente, la sua qualità di parte dura finché si svolge il processo, anche se si supera la durata di un anno dalla accettazione delle funzioni di esecutore di cui all'art. 703 c.c.". Nello stesso senso anche Cass., 20 aprile 1964, n. 929, cit.; Cass., 7 gennaio 1967, n. 78, cit.

⁵⁰ Cuffaro, *Gli esecutori testamentari*, in *Tratt. Dir. Priv.*, cit., 386; Bonilini, voce "Esecutore testamentario", cit., 544; Trimarchi, *op. cit.*, 403: "La scadenza del termine di gestione, ordinario o prorogato, non comporta l'automatico venir meno della legittimazione. Solo con la cessazione delle funzioni, definitivamente cessa la legittimazione"; Vicari, *op. cit.*, 1331; Caramazza, *Delle successioni testamentarie*, in *Comm. C.C.*, diretto da De Martino, Roma, 1982, 569. Rileva, invece, una stretta connessione tra l'attività di detenzione dei beni ereditari e la legittimazione processuale di cui all'art. 704 c.c., Gardani Contursi Lisi, voce "Esecutore testamentario", cit., 699.

⁵¹ Palazzo, *op. cit.*, 849.

Omissis. – La individuazione del momento dell'insorgenza del diritto all'indennizzo da indebita occupazione degli immobili di cui era assegnataria la socia convenuta – ai fini della decorrenza della prescrizione ex art. 2935 c.c.

Occorre muovere dal rilievo che il contratto sociale dedotto in giudizio si scioglieva per effetto della deliberazione di esclusione del 25-10-2007, trattandosi di atto che per sua natura è idoneo a produrre ex se l'estinzione del rapporto sociale.

È vero che la delibera veniva impugnata dalla convenuta con apposita azione giudiziaria, ma la sentenza che interveniva in materia, in quanto di rigetto, ha natura dichiarativa rispetto ad un effetto sostanziale già prodottosi: e cioè lo scioglimento del contratto; non può quindi equipararsi la situazione giuridica in esame alla pronuncia giudiziale di risoluzione di un contratto, come fa invece la difesa istante, trattandosi in questo secondo caso di una statuizione costitutiva, dalla quale soltanto perciò sorge l'effetto risolutivo del contratto e quindi del rapporto.

Viceversa sarebbe stata costitutiva la pronuncia giudiziale di annullamento della delibera di esclusione (pur se con effetto retroattivo, arg. ex art. 1458 c.c.). Se allora la delibera di esclusione era idonea a produrre l'effetto dello scioglimento del sodalizio sociale fra la cooperativa e la socia convenuta, vuol dire che sin da allora sorgeva – cioè poteva essere fatto valere ex art. 2935 c.c. in tema di decorrenza della prescrizione – il diritto conseguente all'indennizzo per occupazione: nel giudizio di impugnativa della delibera di esclusione proposto dalla convenuta a suo tempo, non avrebbe potuto proporre in via riconvenzionale la cooperativa attrice il diritto di ottenere il risarcimento del danno conseguente all'indebita occupazione?

Può allora affermarsi che il diritto all'indennizzo sorgeva con la delibera di esclusione dalla società della convenuta ossia dal 25-10-2007.

La prescrizione applicabile (*tura novit curia*): l'esclusione della prescrizione breve ex art. 2948 n. 3 (si prescrivono in cinque anni) le pigioni delle case

Una volta appurato il momento in cui sorge il diritto all'indennizzo per l'occupazione dei beni controversi, occorre chiedersi quale sia la specie di prescrizione applicabile al caso in esame, essendo sorto contrasto sul punto.

Deve ritenersi che la domanda di pagamento dell'indennizzo per occupazione degli immobili controversi, pur se divenuta indebita per una ragione sopravvenuta, ossia per l'inadempimento che fondava la delibera di esclusione sociale, evochi necessariamente una forma di illecito di natura

contrattuale: non può infatti essere revocato in dubbio che si deduceva, a fondamento della impugnativa della delibera, l'inadempimento ad un'obbligazione derivante dal contratto sociale.

Si applica però la prescrizione decennale o quella quinquennale evocata dalla convenuta ex art. 2948, n.3?

Non può ritenersi applicabile quest'ultima forma di prescrizione speciale, posto che si applica espressamente, in deroga alla regola generale della prescrizione decennale, solo nei casi espressamente previsti: solo cioè per le obbligazioni che ab origine sorgono come canoni.

Nel caso in esame invece il fondamento giuridico della domanda di pagamento dell'indennizzo risiede piuttosto nelle restituzioni che devono seguire allo scioglimento di un contratto di cooperativa edilizia e che sono del tipo di quelle di cui si fa parola nell'art. 1458 c.c.: non potendosi restituire l'avvenuto godimento del bene da parte della socia inadempiente, il suo equipollente risiede inevitabilmente nel suo equivalente monetario.

Solo ai fini della quantificazione si fa ricorso poi all'istituto del canone figurativo: i due profili vanno però tenuti distinti.

Il credito da restituzione del godimento è poi unitario, nel senso che sorgendo nella sua interezza dalla avvenuta delibera di esclusione, non può che riguardare tutto il periodo in cui la detenzione dei beni risultava, pur se una ragione sopravvenuta, indebita.

Non può quindi considerarsi – ai fini della decorrenza della prescrizione – il credito in parola come se si fosse trattato di un canone, anche perché l'esigibilità è diversa nei due casi: quando si tratta di canoni, l'esigibilità sorge alla scadenza dell'obbligazione contrattuale, in genere mensile; viceversa nel caso in esame l'esigibilità sorgeva solo per effetto della delibera di esclusione sociale, anche con riguardo al periodo più remoto ultradecennale.

Così facendo peraltro il riequilibrio delle prestazioni (arg. ex art. 1458 c.c.), quando si risolve un rapporto che si è snodato nel tempo beninteso senza assurgere a contratto ad esecuzione periodica o continuata – vedi art. 1458 c.c.), è garantito appieno: è vero che l'indennizzo coprirà un tempo molto lungo, nel caso di specie un periodo ultraventennale, ma è anche vero che è garantita anche la restituzione delle somme versate dal socio escluso nell'eguale periodo (somme che venivano versate a titolo di pagamento del prezzo dell'immobile in cooperativa edilizia e non certo come canoni di locazione). – *Omissis.*

Sulla prescrizione del diritto all'indennizzo per occupazione di immobile

Giorgia Vulpiani*

La pronuncia in commento offre l'occasione per una riflessione sulla posizione del socio di cooperativa edilizia e sul fondamento giuridico della domanda di pagamento dell'indennizzo per l'occupazione dell'immobile da parte del socio escluso dalla cooperativa edilizia prima dell'assegnazione definitiva. Con riguardo a questo secondo profilo, la pronuncia in commento ravvisa detto fondamento nelle restituzioni che devono seguire allo scioglimento del rapporto sociale; restituzioni assimilabili a quelle indicate nell'art. 1458 c.c., con conseguente applicazione della disciplina sulla ripetizione dell'indebito, nonché del termine di prescrizione decennale.

* Il contributo è stato sottoposto, in forma anonima, alla valutazione di un referee.

Il caso

Una società cooperativa in liquidazione conveniva in giudizio una *ex socia*, esclusa con delibera del 2007 per inadempimento degli oneri sociali, al fine di ottenere il pagamento di un equo indennizzo per l'occupazione di un immobile preso in consegna dalla stessa nel 1987.

La convenuta resisteva affermando di aver regolarmente adempiuto a tutti gli obblighi personali e societari a suo carico, di essere entrata legittimamente nel possesso dei beni e di risulturne, da un lato, assegnataria, per aver contratto ed estinto il mutuo collettivo, e, dall'altro, proprietaria, avendo contratto ed estinto anche il mutuo individuale, condizione – quest'ultima – indispensabile per l'assegnazione in titolarità piena ed esclusiva. La stessa chiedeva poi, in via riconvenzionale, il riconoscimento del controcredito derivante dalle somme corrisposte alla cooperativa e la condanna della controparte al pagamento delle somme versate a titolo di miglioramenti arrecati all'immobile. In via subordinata eccepeva la prescrizione quinquennale ai sensi dell'art. 2948 c.c. del credito vantato dalla cooperativa ed in estremo subordine chiedeva che l'indennizzo eventualmente concesso fosse calcolato a far data dalla delibera di esclusione.

Il Tribunale dichiarava inammissibili le eccezioni e le domande riconvenzionali della convenuta per tardività della costituzione e affermava che, non essendo ancora avvenuta l'assegnazione definitiva degli immobili, legittimamente sorgeva per la cooperativa edilizia il diritto all'indennizzo per l'occupazione dell'alloggio.

Tale diritto sorgeva dalla delibera di esclusione e non, come affermato dalla convenuta, dalla sentenza che rigettava l'impugnativa della delibera proposta dalla socia; sentenza con natura dichiarativa rispetto ad un effetto sostanziale già prodottosi, essendo la delibera di esclusione *ex se* idonea a determinare lo scioglimento del sodalizio sociale fra la cooperativa e la convenuta.

Accertato, dunque, il momento in cui sorgeva il diritto all'indennizzo per l'occupazione dei beni controversi, il Giudice adito riteneva dovesse applicarsi la prescrizione decennale e non quella quinquennale invocata dalla convenuta *ex art.* 2948, n. 3 c.c.; previsione, che può applicarsi solo alle obbligazioni che *ab origine* sorgono come canoni, in quanto il credito vantato dalla cooperativa non può essere considerato come un canone.

Secondo il Tribunale di Taranto, infatti, il fondamento giuridico della domanda di pagamento dell'indennizzo risiederebbe nelle restituzioni che devono seguire allo scioglimento di un contratto di cooperativa edilizia; restituzioni, che sono assimilabili a quelle indicate nell'art. 1458 c.c., con conseguente applicazione della disciplina sulla ripetizione dell'indebitato.

La socia inadempiente, dunque, non potendo restituire l'avvenuto godimento del bene deve restituirne l'equivalente monetario, da calcolarsi ricorrendo all'istituto del canone figurativo.

Inoltre, il credito da restituzione del godimento deve ritenersi unitario e, sorgendo nella sua interezza dall'avvenuta delibera di esclusione, non può che riguardare tutto il periodo in cui l'occupazione dei beni risultava, anche se per motivi sopravvenuti, indebita.

In tal modo, è pienamente garantito il riequilibrio delle prestazioni quando si risolve un rapporto che si è protratto nel tempo, infatti viene garantito non solo il pagamento dell'indennizzo per l'occupazione dell'immobile divenuta *sine titulo*, ma anche la restituzione delle somme versate dal socio escluso nell'eguale lasso temporale.

Alla luce delle suesposte argomentazioni, il Tribunale condannava, dunque, la convenuta al pagamento a favore della società attrice dell'indennizzo calcolato a far data dalla consegna dell'immobile, avvenuta nel gennaio 1987, fino al rilascio, avvenuto nel novembre 2015, e, allo stesso tempo, riconosceva alla *ex socia* una somma in controcredito per le somme versate dalla stessa in favore della cooperativa.

La pronuncia in commento, dunque, permette di soffermarsi su interessanti questioni, quali la posizione del socio prenotatario nelle cooperative edilizie, la natura delle restituzioni ai sensi dell'art. 1458 c.c., la natura del danno da occupazione di immobile e la relativa prescrizione.

La posizione del socio nella cooperativa edilizia

Come anticipato, il provvedimento in esame sollecita in primo luogo una riflessione sulle peculiarità della posizione del socio di cooperativa edilizia¹.

Nelle cooperative edilizie lo scopo mutualistico, ossia l'attitudine a procurare ai soci beni e servizi a condizioni economiche più vantaggiose, si realizza attraverso un rapporto di scambio ulteriore rispetto al contratto sociale, ossia la stipulazione del contratto che permette al socio di acquisire la proprietà dell'alloggio².

¹ Le società cooperative sono società a capitale variabile con scopo mutualistico e sono disciplinate dagli artt. 2511 c.c. e seguenti. In particolare, le cooperative edilizie sono disciplinate dal T.U. sull'edilizia popolare ed economica (R.D. 28 aprile 1938, n. 1165) e dalle disposizioni del codice civile, così come previsto dall'art. 2520 c.c., il quale dispone che alle cooperative rette da leggi speciali, le disposizioni del codice civile si applicano in quanto compatibili. In proposito, si è osservato in dottrina che le leggi speciali nel settore dell'edilizia "punteggiano caratteri particolari dello scambio mutualistico, ovvero suoi specifici profili applicati-

vi, lasciando però al Codice la disciplina inerente la costituzione della società, gli organi sociali, le loro competenze e funzionamento, la pubblicità", così M. Cavanna, *Le cooperative edilizie di abitazione*, in G. Bonfante, *Trattato di diritto commerciale: La società cooperativa*, V, tomo III, Padova, 2014, 609.

² A. Bassi, *Le società cooperative*, Torino, 1995, 34; Id., *Delle imprese cooperative e delle mutue assicuratrici*, in *Commentario Schlesinger*, Milano, 1988, 88; F. Galgano, *Mutualità e scambio nelle società cooperative*, in *Rass. Dir. Civ.*, 1985, 1051; L. Paolucci, *Mutualità e scambio mutualistico nelle cooperative*, in *Le*

In particolare, l'acquisto da parte dei soci della proprietà dell'alloggio per la cui realizzazione la cooperativa sia stata costituita passa attraverso un procedimento complesso, che muove da una prima fase di prenotazione e si conclude nell'assegnazione definitiva, con la quale il socio acquista la piena proprietà dell'immobile.

Secondo l'orientamento dottrinale e giurisprudenziale prevalente, la prenotazione sarebbe assimilabile

ad un contratto preliminare³ e l'assegnazione ad un contratto di compravendita⁴.

Si è, inoltre, affermato che nelle cooperative edilizie, fino all'assegnazione definitiva dell'immobile il socio di società cooperativa vanta solo una posizione di detenzione nell'interesse della cooperativa, proprietaria dell'edificio⁵.

Venuta meno la qualità di socio a seguito della delibera di esclusione⁶, come nel caso affrontato dalla

Società, 2001, 935; G. Taratano, *Scambio e mutualità nella cooperazione edilizia*, Napoli, 1984, 97.

³ Il socio potrebbe, di conseguenza, agire ex art. 2932 c.c.: cfr. Cass., Sez. II, 15 aprile 2004, n. 7157, in *Giust. Civ. Mass.* 2004, 4, secondo cui "la domanda di esecuzione specifica ai sensi dell'art. 2932 c.c. può essere proposta anche nei confronti di una società cooperativa che abbia come oggetto sociale la costruzione di alloggi da assegnare ai soci, di fronte al rifiuto della società di prestare il consenso all'atto traslativo della proprietà dell'immobile al socio assegnatario"; in senso conforme, v. Cass., Sez. I, 24 gennaio 1997, n. 752, in *CED*, secondo cui "è l'atto di prenotazione un atto negoziale, ancorché vincolato al rispetto di regole fissate dalla legge e dall'atto costitutivo (ordine di anzianità, estrazione a sorte fra i soggetti che posseggono i requisiti richiesti, o altre concorrenti o subordinate fissate con l'atto di autonomia), non meramente unilaterale, dal quale discende non solo l'individuazione dei soci aventi diritto ad un alloggio, ma la precisazione dell'alloggio spettante al singolo socio. Il diritto alla prestazione del consenso per il trasferimento della proprietà dell'alloggio, sorge da questa fattispecie complessa – che vale ad instar di contratto preliminare – formata essenzialmente dall'acquisizione dello status di socio e dall'ulteriore atto negoziale della 'prenotazione'. Dovendosi ribadire l'affermazione (Cass., 8 luglio 1987, n. 5941) secondo cui 'il socio di una cooperativa edilizia, prima del conseguimento della proprietà dell'alloggio, che rappresenta il fine della sua partecipazione alla società ed insieme lo scopo ultimo di essa riguardo all'insieme dei soci che lo compongono, è titolare di una situazione giuridica in evoluzione costituita da una somma di poteri e di doveri, perfettamente correlati e funzionali a siffatte attività, che perciò, approssimandosi la realizzazione di esse perdono via il loro prevalente carattere sociale e progrediscono verso forme sempre più individualizzate e specifiche"; cfr. anche Cass., Sez. I, 17 luglio 1980, n. 4649, in *Giust. Civ.*, 1980, I, 2675; Cass., Sez. I, 8 marzo 1995, n. 2697, in *Giust. Civ. Mass.* 1995, 542; Cass., Sez. II, 23 maggio 2008, n. 13403, in *Guida al Dir.*, 2008, 42, 76; Cass., Sez. II, 30 marzo 2012, n. 5160, in *CED*; Cass., Sez. I, 4 novembre 2015, n. 22565, in *CED*.

⁴ G. Bonfante, *Delle imprese cooperative*, in Galgano (a cura di), *Commentario al codice civile Scialoja Branca*, Bologna-Roma, 1999, 106; A. Bassi, *Cooperazione e mutualità*, Napoli, 1976, 88. Sull'assoggettabilità a revocatoria ordinaria dell'atto di assegnazione di immobile al socio di cooperativa edilizia, v. A. Bassi, *Assegnazione di immobili ai soci di cooperativa e azione revocatoria*, in *Dir. Fall.* 1990, 894; Cass., Sez. I, 22 novembre 2012, n. 20677, in *www.ilfallimentarista.it*, con nota di L. Restaino.

⁵ Così statuisce Cass., 5 febbraio 2008, n. 2749 "sino all'assegnazione definitiva dell'immobile, il socio di società cooperativa non può vantare, rispetto all'immobile occupato, altra posizione che quella di detentore nell'interesse della cooperativa, proprietaria dell'intero edificio; venuta meno la qualità di socio a seguito della delibera di esclusione (peraltro esecutiva ex lege e che non risulta essere stata sospesa in via giudiziaria) il ricorrente è decaduto anche dalla prenotazione dell'immobile, con la conseguenza che egli non può vantare alcun diritto alla permanenza nell'occupazione [...] né con riferimento alla cooperativa né con riguardo al P., che dell'immobile è divenuto assegnatario e proprietario".

⁶ L'art. 2533 c.c. disciplina i casi in cui la società può disporre l'esclusione del socio: mancato pagamento delle quote o delle

azioni, gravi inadempienze del socio degli obblighi derivanti dal rapporto sociale o dal rapporto mutualistico; mancanza o perdita dei requisiti previsti per la partecipazione alla società. Il cod. civ. prevede, inoltre, che cause di esclusione possono essere introdotte dall'atto costitutivo. In particolare, esse, secondo l'orientamento prevalente, sono valide solo se indicate in modo specifico e determinato, mentre sono affette da invalidità le clausole generiche. In arg., v. A. Bianchi, *L'esclusione del socio di cooperativa*, in *Giur. Comm.*, 1986, 121; V. Buonocore, *Diritto della cooperazione*, Bologna, 1997, 245; in *Giur.*, Trib. Milano, 26 settembre 1988, in *Le Società*, 1988, 1268; Trib. Milano, 9 marzo 1989, in *Le Società*, 1989, 1040; Trib. Taranto, 29 gennaio 1996, in *Le Società*, 1996, 917; App. Bari, 3 dicembre 1996, in *Notar.*, 1997, 48; Trib. Napoli, 19 marzo 1999, in *Foro napoletano*, 1999, 272; Cass. civ., 10 gennaio 2007, n. 257, in *Le Società*, 1107, con nota di R. Lolli. L'esclusione può ritenersi legittima solo se l'inadempimento non rivesta scarsa importanza (Cass., Sez. I, 8 marzo 1995, n. 2697, in *Giust. Civ. Mass.*, 1995, n. 542; Cass., Sez. lav., 6 giugno 2002, n. 8251, in *Dir. e Prat. Soc.*, 2002, 18, 44, con nota di G. Fauceglia; Cass., Sez. lav., 5 luglio 2011, n. 14741, in *Riv. Critica Dir. Lav.*, 2011, 730, con nota di A. Guariso). L'esclusione viene deliberata dagli amministratori o, se previsto dall'atto costitutivo, dall'assemblea. La deliberazione di esclusione deve essere motivata (v. Cass., 19 ottobre 1989, n. 4207, in *Le Società*, 1990, 459, con nota di E. Protetti e in *Giust. Civ.*, 1990, 1840, con nota di M. Stella-Richter) e comunicata al socio. Si ritiene che tale comunicazione non richieda l'adozione di specifiche formalità, ritenendosi sufficiente qualsiasi fatto o atto idoneo a rendere edotto il socio delle ragioni e del contenuto della delibera di esclusione, al fine di permettergli di articolare le proprie difese (v. Cass., Sez. I, 18 giugno 2004, n. 11402, in *CED*; Cass., 18 novembre 2015, n. 23628, in *CED*). Ove non diversamente previsto dall'atto costitutivo, l'esclusione del socio è immediatamente efficace, anche sui rapporti mutualistici pendenti, determinandone lo scioglimento ai sensi dell'art. 2533, 4° comma, c.c. In arg. v. G. Bonfante, *La società cooperativa*, in *Trattato di diritto commerciale*, Padova, 2014, 250; D. Galletti, *Sub art. 2533*, in A. Maffei Alberti (a cura di), *Il nuovo diritto delle società*, Padova, 2005, 2764. Contro la delibera di esclusione il socio, ai sensi dell'art. 2533, 3° comma, c.c., può proporre opposizione nel termine di sessanta giorni dalla comunicazione. L'opposizione si propone con atto di citazione innanzi al Tribunale competente. In generale, per quanto riguarda le questioni di giurisdizione sulle controversie in tema di cooperative edilizie, v. Cass., Sez. I, 9 ottobre 2013, n. 22917, in *Riv. Giur. dell'Edilizia*, 2014, I, 73; Cass., Sez. un., 24 maggio 2013, n. 12898, in *Dir. e Giust.*, 2013; Cons. Stato, Sez. V, 11 maggio 2010, n. 2821, in *Urbanistica e appalti*, 2010, 9, 1061, con nota di S. Cattaneo; Cass., Sez. un., 14 giugno 2006, n. 13687, in *Foro Amm.*, 2006, 10, 2741; Cass., Sez. un., 9 maggio 2006, n. 10592, in *Foro Amm.*, 2006, 9, 2450; Cass., Sez. un., 10 maggio 2006, n. 10710, in *Foro Amm.*, 2006, 9, 2453; Cass., Sez. un., 23 maggio 2006, n. 12083, in *Foro Amm.*, 2006, 9, 2465; Cass., Sez. un., 3 luglio 1993, n. 7292, in *Giust. Civ. Mass.*, 1993, 1111; Cass., Sez. un., 23 giugno 1993, n. 6949, in *Dir. Fall.*, 1994, II, 475. Sull'arbitrato nelle società cooperative, v. Cass., Sez. VI, 13 giugno 2016, n. 12124, in *CED*; Cass., Sez. un., 6 luglio 2016, n. 13722, in *Dir. e Giust.*, 2016, 31, 43, con nota di E. Bruno, *L'arbitrato rituale ha natura giudiziale*; Trib. Piacenza, 10 dicembre 2014, in *Rivista dell'Arbi-*

sentenza in commento, viene meno anche la prenotazione dell'immobile.

Di conseguenza il detentore *ex socio* non può più vantare alcun diritto di permanenza nell'immobile, né con riferimento alla cooperativa, né con riguardo al successivo assegnatario dell'immobile⁷.

La giurisprudenza di legittimità, inoltre, distingue tra il rapporto sociale di carattere associativo e quello di scambio di natura sinallagmatica; rapporti che, seppur collegati, hanno causa giuridica autonoma.

Il pagamento di una somma eseguita dal socio a titolo di prenotazione dell'immobile deve essere ascritto al rapporto di scambio e, dunque al pagamento dell'acquisto, alla cui restituzione la cooperativa è tenuta in caso di scioglimento del rapporto sociale per esclusione o per recesso, anche in presenza di un disavanzo di bilancio⁸.

Secondo un altro orientamento, il rapporto tra il socio prenotatario dell'immobile già immesso nel possesso dello stesso e la cooperativa edilizia è qualificabile come un negozio giuridico a se stante di natura personale, fonte di reciproche obbligazioni⁹.

Più in generale, per giurisprudenza costante, nelle cooperative edilizie i rapporti tra i soci e la società sono di due specie: da un lato, quelli attinenti all'attività sociale, comportanti l'obbligo dei conferimenti e della contribuzione alle spese comuni di organizzazione e di amministrazione, dall'altro, i rapporti relativi alla peculiarità dello scopo perseguito, comportanti anticipazioni ed esborsi di carattere straordinario ai fini dell'acquisto del terreno, della realizzazione degli alloggi e altre spese inerenti.

Le contribuzioni del primo tipo rientrano fra i debiti di conferimento, ai sensi e per gli effetti dell'art. 2530 c.c., e si ricollegano ad un obbligo che permane fino a quando persiste la qualità di socio e, dunque,

fino allo scioglimento della cooperativa, salvo il caso di recesso o esclusione del socio.

Le contribuzioni del secondo tipo, invece, non rientrano fra i debiti di conferimento, in quanto non strettamente inerenti al rapporto sociale, e destinate a gravare, in caso di uscita dalla cooperativa del socio che le ha fatte, sul socio che gli subentra e che acquista, in questo modo, l'aspettativa all'assegnazione dell'alloggio¹⁰.

Ne consegue che le anticipazioni e gli esborsi effettuati dal socio non a titolo di conferimento e in conseguenza dell'obbligo relativo alla partecipazione alle spese comuni di organizzazione e di amministrazione, ma per il conseguimento dei singoli beni o servizi prodotti dalla cooperativa, pongono il socio nella posizione di creditore verso la cooperativa. Posizione che, una volta avvenuto lo scioglimento del rapporto sociale, si manifesta come diritto alla restituzione delle somme anticipate, sempre che, ovviamente, la proprietà dell'alloggio non sia stata nel frattempo conseguita e lo scopo sociale non sia stato raggiunto¹¹.

A tale diritto del socio al rimborso delle somme versate non corrisponde, tuttavia, un diritto di ritenzione dell'alloggio, né è possibile, secondo un orientamento, avvalersi dell'*exceptio inadimplenti non est adimplendum* di cui all'art. 1460 c.c., in quanto gli obblighi di riconsegna e restituzione delle somme non sono configurabili come prestazioni reciproche di un sinallagma contrattuale, ma soltanto come effetto del venir meno del rapporto sociale tra il socio receduto o escluso e la cooperativa edilizia¹².

Un diverso orientamento ritiene, invece, che sia possibile dare rilevanza al comportamento inadempiente della cooperativa edilizia nella cessione dell'immobile¹³.

Se la posizione del socio fino all'assegnazione defi-

trato, 2015, 366, con nota di E. Gabellini; Trib. Bari, 28 giugno 2010, in *Giur. Comm.*, 2012, 207, con nota di M. Cavanna; R. Muroni, *Clausola compromissoria statutaria e rapporto mutualistico* in *Riv. dell'Arbitrato*, 2008, 45. In particolare, nel caso in esame, la questione relativa all'impugnazione della delibera di esclusione del socio era stata compromessa in arbitri. La giurisprudenza di legittimità ha escluso che, una volta decorso il termine per la proposizione dell'opposizione, i vizi di legittimità della delibera di esclusione possano essere sollevati in via di eccezione davanti al giudice o rilevati d'ufficio da questi. In questo senso, Cass., Sez. I, 22 novembre 2013, n. 26211, in *CED*; Cass., Sez. I, 5 dicembre 2011, n. 25945, in *CED*. Inoltre, l'annullamento della delibera ha efficacia retroattiva. Di conseguenza, come anche affermato dalla sentenza in commento, la sentenza avrà natura costitutiva.

⁷ Cass., Sez. VI, 31 luglio 2014, n. 17465, in *Dir. e Giust.*, 2014, 162, con nota di G. Tarantino; Cass., 5 febbraio 2008, n. 2749, in *Giust. Civ. Mass.*, 2008, 2, 160; v. anche Cass., Sez. I, 18 maggio 2005, n. 10425, in *Giust. Civ. Mass.*, 2005, 9.

⁸ Cass., Sez. I, 3 maggio 2010, n. 10648, in *Giust. Civ. Mass.*, 2010, 5, 665; Cass., Sez. I, 30 maggio 2013, n. 13641, in *Giust. Civ. Mass.*, 2013; Cass., Sez. VI, 31 luglio 2014, n. 17465, cit.

⁹ Cass. civ., Sez. I, 31 dicembre 2013, n. 28808, in *Cooperative e Enti non profit*, 2014, 8/9, 21, con nota di E. Poli, *La responsabilità degli amministratori di società cooperativa edilizia*.

¹⁰ Cass., Sez. I, 7 dicembre 2000, n. 15550; Cass., Sez. I, 7 marzo 2008, n. 6197; Cass., Sez. I, 10 luglio 2009, n. 16304, in *CED*.

¹¹ Cass., Sez. I, 6 dicembre 2000, n. 15489, in *CED*; Cass., Sez. I, 18 maggio 2004, n. 9393, in *Dir. e Giust.*, 2004, 26, 29.

¹² Cass., Sez. I, 7 marzo 2008, n. 6197; Cass., Sez. I, 10 luglio 2009, n. 16304, in *CED*.

¹³ Cass., 12 dicembre 2014, n. 26222, in *Le Società*, 2015, 8-9, 941, con nota di M. Cavanna. Secondo la Suprema Corte, infatti, "il principio, secondo il quale i rimedi generali dettati in tema di inadempimento contrattuale (risoluzione del contratto, 'exceptio inadimplenti contractus' ecc.) non sono utilizzabili nel diverso ambito dei contratti societari (per essere questi ultimi caratterizzati non già dalla corrispettività delle prestazioni dei soci, bensì dalla comunione di scopo, sicché i rimedi invocabili sono quelli del recesso e dell'esclusione del socio), non si applica alle società cooperative, nelle quali il rapporto attinente al conseguimento dei servizi o dei beni prodotti dalla società, ed aventi ad oggetto prestazioni di collaborazione o di scambio tra socio e società, si palesa ulteriore rispetto a quello relativo alla partecipazione all'organizzazione della vita sociale ed è caratterizzato non dalla comunione di scopo, ma dalla contrapposizione tra quelle prestazioni e la retribuzione o il prezzo corrispettivo. In particolare, nell'ambito delle cooperative edilizie, un tale rapporto economico-giuridico, distinto da quello sociale, instaurandosi tra società e socio prenotatario a seguito dell'attribuzione dell'unità immobiliare costruita, caratterizza l'attribuzione come atto traslativo della proprietà a titolo oneroso, per cui riprendono vigore i rimedi generali volti a mantenere o ristabilire l'equilibrio sinallagmatico tra le presta-

nitiva dell'immobile è di mera detenzione, ben diversa è la posizione del socio in seguito all'assegnazione definitiva.

In quest'ultimo caso, infatti, il socio, oltre al rapporto associativo discendente dall'adesione al contratto sociale, è parte del rapporto di natura sinallagmatica derivante dal contratto bilaterale di scambio per effetto del quale si appropria del bene o del servizio resogli dall'ente, che, come sopra accennato, nelle cooperative edilizie passa attraverso la stipulazione di un contratto di scambio, la cui causa è del tutto omogenea a quella della compravendita, in relazione al quale la cooperativa assume la veste di alienante e il socio quella di acquirente¹⁴.

Nel caso di specie, invece, la convenuta vantava solo una posizione di detenzione sull'immobile, in quanto non si era ancora perfezionata l'assegnazione definitiva. Dunque, venuta meno la qualità di socia, presupposto essenziale per il perfezionamento della fattispecie acquisitiva, a seguito dell'esclusione, la convenuta non aveva più titolo a rimanere nell'alloggio. Inoltre, la risoluzione del contratto associativo dava diritto alle parti di ottenere la restituzione di quanto versato.

Gli effetti della risoluzione del contratto associativo: a) le restituzioni

Il Tribunale di Taranto afferma che quanto dovuto dalla convenuta nei confronti della società cooperativa, per effetto della risoluzione del rapporto sociale, rientra nelle restituzioni di cui all'art. 1458 c.c.

Tale articolo dispone che la risoluzione provoca lo scioglimento retroattivo del rapporto contrattuale, sal-

vo che non si tratti di contratti ad esecuzione continuata o periodica¹⁵.

È noto come la risoluzione comporti per le parti due effetti: quello liberatorio *ex nunc* delle prestazioni ancora da eseguire e quello recuperatorio *ex tunc* delle prestazioni già eseguite, che dovranno, dunque, essere restituite o rimborsate¹⁶.

La retroattività degli effetti della risoluzione implica che le attribuzioni patrimoniali già eseguite perdano il loro originario fondamento giustificativo e diventino, dunque, *sine causa*¹⁷.

Secondo l'orientamento prevalente ciò comporterebbe l'applicabilità della disciplina sulla ripetizione dell'indebito¹⁸ proprio perché, a seguito della risoluzione del contratto, diviene inefficace il titolo in base al quale le prestazioni sono state eseguite.

Tali prestazioni risultano, pertanto, come non dovute e devono essere restituite così come disposto dall'art. 2033 c.c.

Di conseguenza, in applicazione della disciplina dell'indebito, da un lato, la parte inadempiente è equiparata alla posizione dell'accipiente di mala fede¹⁹ ed è tenuta alla restituzione della prestazione ricevuta con gli interessi e i frutti (naturali o civili) fin dal momento del pagamento²⁰, dall'altro, la parte fedele è tenuta a restituire la prestazione ricevuta e gli interessi e i frutti sono dovuti dal giorno della domanda.

Secondo una diversa impostazione, invece, l'istituto della ripetizione dell'indebito è inapplicabile in quanto al momento dell'esecuzione del contratto le prestazioni sono dovute da entrambe le parti e non sarebbe, dunque, possibile distinguere tra *accipiens* di buona fede e *accipiens* di mala fede²¹.

zioni". Sull'inadempimento reciproco, v. D. Mantucci, *L'inadempimento reciproco*, Napoli, 1990.

¹⁴ Cass. civ., Sez. I, 28 marzo 2007, n. 7646, in *Guida al Dir.* 2007, 25, 40; Cass. civ., Sez. I, 23 settembre 2009, n. 20441, in *Guida al Dir.*, 2009, 46, 49; Cass. civ., Sez. I, 4 novembre 2015, n. 22565, in *CED*.

¹⁵ In questo caso, infatti, gli effetti risolutivi non si estendono alle prestazioni già eseguite. In arg., v. S. Pagliatini, *La risoluzione dei contratti di durata*, Milano, 2006.

¹⁶ C.M. Bianca, *Diritto civile*, V, Milano, 2012, 314; A. Dalmartello, voce "Risoluzione del contratto", in *Noviss. Dig. It.*, Torino, 1963, 144; G. Mirabelli, *Dei contratti in generale*, in *Commentario al Codice Civile*, IV, Torino, 1980, 633; R. Sacco, voce "Risoluzione per inadempimento", in *Digesto delle Discipline Privatistiche*, Torino, 1998, 59. In giurisprudenza, v. in particolare Cass., Sez. III, 22 febbraio 2008, n. 4604, in *Giust. Civ. Mass.*, 2008, 2, 277; Cass., Sez. III, 18 settembre 2014, n. 19659, *Giust. Civ. Mass.*, 2014.

¹⁷ Ed è proprio dal venir meno della causa – si precisa in dottrina – che traggono origine le restituzioni, le quali, dunque, non sono conseguenza diretta della risoluzione: cfr. R. Sacco, *I rimedi sinallagmatici*, in P. Rescigno (diretto da), *Tratt. Dir. Priv.*, X, Torino, 1995, 606.

¹⁸ C.M. Bianca, *Diritto civile*, V, cit., 315; R. Sacco, *I rimedi sinallagmatici*, cit., 605; Cass., Sez. II, 2 agosto 2006, n. 17558, in *Giust. Civ. Mass.*, 2006, 7-8; Cass., Sez. II, 15 gennaio 2007, n. 738, in *Giust. Civ. Mass.*, 2007, 1; Cass., Sez. II, 15 ottobre 2007, n. 21587, in *Vita Notar.*, 2008, 121 con nota di C. Carbone; Cass., Sez. III, 15 aprile 2010, n. 9052, in *Giust. Civ. Mass.* 2010, 4, 549;

Cass., Sez. III, 7 febbraio 2011, n. 2956, in *Guida al Dir.*, 2011, 18, 43. In generale sulla disciplina del pagamento dell'indebito v. G. Andreoli, *La ripetizione dell'indebito*, Padova, 1940; U. Brecchia, *La ripetizione dell'indebito*, Milano, 1974; Id., *Il pagamento dell'indebito*, in P. Rescigno (a cura di), *Trattato di diritto privato*, Torino, 1999, 912; P. Gallo, voce "Ripetizione dell'indebito", in *Dig. Disc. Priv.*, Sez. civ., XVIII, Torino, 1998, 1; Id., *Arricchimento senza causa e quasi contratti (i rimedi restitutori)*, in R. Sacco (diretto da), *Trattato di diritto civile*, Torino, 2008, 145; G. Morscati, *Indebito (pagamento e ripetizione dell')*, in *Enc. Dir.*, XXI, Milano, 1971; Id., *Del pagamento dell'indebito*, in Scialoja-Branca (a cura di), *Commentario al codice civile*, Bologna-Roma, 1981, 61-580; Id., *Pagamento dell'indebito*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1985, II, 11; P. Rescigno, *Ripetizione dell'indebito*, in *Noviss. Dig. It.*, XV, Torino, 1968; C. Scuto, *Natura giuridica e fondamento della ripetizione dell'indebito nel diritto civile italiano*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1917, 1.

¹⁹ C.M. Bianca, *Diritto civile*, V, Milano, 2012, 809; G.M. Pellegrini, *Sub art. 1458*, in P. Rescigno (a cura di), *Comm. al Codice Civile*, I, Milano, 2008, 2707.

²⁰ Nel caso in cui di essi non sia possibile la restituzione, la parte è tenuta alla corresponsione dell'equivalente in denaro. Riguardo alle restituzioni per il godimento di un bene promesso in vendita in caso di contratto preliminare ad effetti anticipati, v. Cass., Sez. II, 18 gennaio 2002, n. 550, in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 2003, I, 13, con nota di A. Gnani, *Retroattività di effetti della risoluzione e contenuto dell'obbligo restitutorio*.

²¹ In dottrina: P. Barcellona, *Note critiche in tema di rapporti fra negozio e giusta causa della attribuzione*, in *Riv. Trim.*, 1965, I, 11; A.M. Bruni, *Contributo allo studio dei rapporti tra azione di cadu-*

Tale orientamento è criticato da autorevole dottrina²², la quale ritiene che in sede di risoluzione del contratto ricorrerebbero posizioni equiparabili a quelle degli *accipiens* di buona e di mala fede, in quanto la parte fedele riceve la prestazione che le è effettivamente dovuta e può, dunque, giovare del vantaggioso trattamento riservato all'accipiente di buona fede. Al contrario la parte inadempiente non potrebbe reclamare il medesimo trattamento, derivando l'inefficacia del contratto dalla sua condotta inadempiente.

Sul piano processuale, rientra nell'autonomia delle parti disporre delle conseguenze della risoluzione e, pertanto, di chiedere o no la restituzione della prestazione eseguita in base al contratto risolto e rimasto senza causa, non potendo – di contro – il giudice provvedere d'ufficio²³. Più in particolare, recente giurisprudenza ha statuito che la domanda di restituzione non può essere proposta con la generica formula “con tutte le conseguenze di legge”, essendo tale clausola di stile priva di un reale *petitum* e insuscettibile di determinare un obbligo di pronuncia del giudice ai sensi dell'art. 112 c.p.c., in quanto rimetterebbe la determinazione della domanda al giudice stesso, in violazione dell'art. 99 c.p.c.²⁴

Inoltre, deve rilevarsi che la domanda di restituzione non può essere proposta per la prima volta in appello nel caso in cui la parte abbia in primo grado proposto la sola domanda di risoluzione²⁵, costituendo la stessa domanda nuova e, dunque, inammissibile ai sensi dell'art. 345 c.p.c.

(Segue): b) il danno da occupazione d'immobile

Per occupazione abusiva di immobile si intendono le ipotesi in cui un bene immobile sia detenuto da un soggetto in assenza di un valido titolo giustificativo. Tale titolo potrebbe non essere mai esistito, come nel caso di arbitraria occupazione di immobile altrui, oppure potrebbe essere venuto meno, come nel caso di risoluzione, annullamento, nullità del contratto o di scadenza del termine.

Per quanto riguarda le azioni esperibili dal titolare dell'immobile, si ritiene che lo stesso possa esperire l'azione di rivendicazione o quella di restituzione o rilascio.

Ponendo, per il momento, da parte il discorso attorno alla natura del danno da illegittima occupazione di immobili, va detto che in giurisprudenza sussiste un contrasto tra chi ritiene che il danno sia da considerarsi *in re ipsa* e chi ritiene che l'occupazione *sine titulo* non si concretizzerebbe in un danno in sé, né coinciderebbe con il mero fatto dell'occupazione.

Secondo tale ultimo orientamento, infatti, l'occupazione non sarebbe di per sé un danno, ma una condotta produttiva di danno. Pertanto, il danneggiato che voglia ottenere il risarcimento del pregiudizio derivante dall'occupazione abusiva ha l'onere di dimostrare di aver subito una lesione effettiva del proprio patrimonio, derivante dall'impossibilità di concedere in locazione o altrimenti direttamente e tempestivamente utilizzare il bene, ovvero per aver perso l'occasione di venderlo ad un prezzo conveniente o per aver sofferto altre situazioni pregiudizievoli. Di conseguenza, la quantificazione del danno è rimessa in via equitativa al giudice del merito, anche mediante l'utilizzo della prova per presunzioni²⁶.

Al contrario, secondo il primo orientamento, il danno è *in re ipsa*, in quanto discende dalla perdita della disponibilità del bene e dall'impossibilità di conseguire l'utilità ricavabile dal bene medesimo in relazione alla natura fruttifera dello stesso. Non occorrerebbe, dunque, fornirne alcuna dimostrazione.

Tale tesi si fonda sull'assunto che il diritto di proprietà racchiude in sé le facoltà di godimento e di disponibilità del bene che ne forma oggetto. L'occupazione dell'immobile avrebbe, difatti, come effetto immediato quello di inibire tali facoltà e, dunque, il danno potrebbe ritenersi sussistente in base ad una presunzione *iuris tantum*, superabile esclusivamente con la concreta dimostrazione che il proprietario, anche senza l'occupazione indebita, si sarebbe in ogni

cazione contrattuale e ripetizione dell'indebito, in *Riv. Trim.* 1987, 173; A. Belfiore, *Risoluzione per inadempimento e obbligazioni restitutorie*, in *Scritti in onore di Giuseppe Auletta*, II, Milano, 1988, 276; A. Di Majo, *Restituzioni e responsabilità nelle obbligazioni e nei contratti*, in *Riv. Crit.*, 1994, 291; P. Gallo, *Arricchimento senza causa e quasi contratti, i rimedi restitutori*, in R. Sacco (diretto da), *Tratt. Dir. Civ.*, Torino, 1996, 225; Id., voce “Ripetizione dell'indebito”, in *Digesto delle Discipline Privatistiche*, Torino, 1998, 10; L. Guerrini, *Le restituzioni contrattuali*, Torino, 2012, 23.

²² C.M. Bianca, *Diritto civile*, V, cit., 316.

²³ In tal senso, *ex multis*, Cass., Sez. II, 19 maggio 2003, n. 7829, in *Guida al Dir.*, 2003, 30, 56; Cass., Sez. II, 20 ottobre 2005, n. 20257, in *Giust. Civ. Mass.*, 2005, 7/8; Cass., Sez. II, 20 febbraio 2008, n. 4371, in *Giur. It.*, 2008, 2182; Cass., Sez. III, 29 gennaio 2013, n. 2075, in *Guida al Dir.*, 2013, 14, 62; Cass., Sez. II, 26 luglio 2016, n. 15461, in *Dir. e Giust.*, 2016.

²⁴ In questo senso, Cass., Sez. II, 26 luglio 2016, n. 15461, cit.

²⁵ In giurisprudenza, *ex multis*, Cass., Sez. II, 19 maggio 2003, n. 7829, cit.; Cass., Sez. II, 2 febbraio 2009, n. 2562, in *Giust. Civ.*

Mass., 2009, 2, 159; Cass., Sez. II, 26 luglio 2016, n. 15461, cit.

²⁶ In questo senso, Cass., Sez. III, 11 gennaio 2005, n. 378; Cass., Sez. III, 17 giugno 2013, n. 15111; Cass., Sez. III, 21 settembre 2015, n. 18494 in *Resp. Civ. e Previdenza*, 2015, 6, 1987, la quale critica la tesi secondo cui il danno è *in re ipsa*, affermando che nel nostro ordinamento non esistono danni *in rebus ipsis* e nessun risarcimento è esigibile se dalla lesione del diritto o dell'interesse non è derivato un concreto pregiudizio (così ad es. Cass., Sez. VI, 5 settembre 2014, n. 18812, in *Foro It.* 2015, I, 119), infatti, “il danno risarcibile...non può dirsi esistente sol perché sia stato vulnerato un diritto. La lesione del diritto è il presupposto del danno, non il danno. Quest'ultimo vi sarà soltanto se dalla lesione del diritto sia altresì derivata una perdita, patrimoniale o non patrimoniale che sia. L'inconcepibilità di danni *in re ipsa* fa sì che non è possibile pretendere il risarcimento, sol perché si sia provata la lesione del diritto. Tuttavia ciò non toglie che l'esistenza del danno possa essere dimostrata con ogni mezzo di prova, ivi comprese le presunzioni semplici di cui all'art. 2727 c.c.”.

caso disinteressato dell'immobile e non lo avrebbe utilizzato²⁷.

Inoltre, il danno così concepito sarebbe quantificabile ricorrendo al c.d. canone figurativo, ossia al valore locativo dell'immobile occupato.

La sentenza in esame, da un lato, sembra accedere all'ultima ipotesi ricostruttiva, peraltro quantificando l'indennizzo mediante il criterio del c.d. canone figurativo, dall'altro, si riferisce alla somma che la convenuta deve versare alla società come ad un indennizzo rientrante nelle restituzioni di cui all'art. 1458 c.c.

Si afferma, infatti, che "il fondamento giuridico della domanda di pagamento dell'indennizzo risiede piuttosto nelle restituzioni che devono seguire allo scioglimento di un contratto di cooperativa edilizia e che sono del tipo di quelle di cui si fa parola nell'art. 1458 c.c.: non potendosi restituire l'avvenuto godimento del bene da parte della socia inadempiente, il suo equipollente risiede inevitabilmente nel suo equipollente monetario".

Poco dopo, con formula piuttosto criptica, si precisa che "non sono dovuti neanche gli interessi compensativi, spettando questi solo nella particolare ipotesi prevista dall'art. 1499 c.c.: quando cioè alla vendita sia seguito il trasferimento della proprietà ed il suo possesso, ma il pagamento del prezzo non sia ancora esigibile: il caso in esame è ben diverso, trattandosi di una forma di risarcimento o meglio di ripetizione di indebito, nel senso sopra precisato".

Occorre sottolineare, inoltre, che il Tribunale di Taranto, in modo non del tutto chiaro, qualifica l'occupazione degli immobili, divenuta indebita a seguito della delibera di esclusione, come una forma di illecito di natura contrattuale, in quanto l'obbligazione alla quale la socia non aveva adempiuto e che ne aveva determinato l'esclusione, derivava dal contratto sociale. Afferma, infatti, che "deve ritenersi che la domanda di pagamento dell'indennizzo per occupazione degli immobili controversi, pur se divenuta indebita per una ragione sopravvenuta, ossia per l'inadempimento che fondava la delibera di esclusione sociale, evochi necessariamente una forma di illecito di natura contrattuale: non può infatti essere revocato in dubbio che si deduceva, a fondamento della impugnativa del-

la delibera, l'inadempimento ad un'obbligazione derivante dal contratto sociale".

A ben vedere, dunque, nel provvedimento in esame non sembra essere stata tenuta ferma la distinzione tra i due differenti rapporti che intercorrono tra socio e cooperativa: il rapporto sociale di carattere associativo e quello di scambio di natura sinallagmatica, a cui attiene la prenotazione dell'alloggio.

I passaggi sopra citati non appaiono pertanto chiari, poiché si afferma, da un lato, che l'occupazione *sine titulo* è un illecito contrattuale in quanto conseguenza dell'inadempimento e, dall'altro, che l'indennizzo conseguente a tale illecito non costituisce risarcimento del danno, ma rientra nelle restituzioni dell'art. 1458 c.c.

Come prima osservato, tuttavia, le restituzioni e il risarcimento del danno conseguenti alla risoluzione del contratto attengono a profili distinti e non sovrapponibili, tanto che il giudice non può *ex officio* pronunciarsi sulle restituzioni e sul risarcimento.

Peraltro, numerosa giurisprudenza, sia di legittimità, che di merito, qualifica il danno da occupazione di immobile quale danno aquiliano ai sensi dell'art. 2043 c.c.²⁸.

(Segue): c) la prescrizione

Quanto alla prescrizione, il Tribunale individua il momento dell'insorgenza del diritto all'indennizzo da indebita occupazione nel momento in cui si è risolto il contratto sociale, ovvero il 25 ottobre 2007, data della delibera di esclusione del socio, e non nella sentenza di rigetto dell'opposizione alla delibera, sentenza da ritenersi meramente dichiarativa, ovvero "certificativa" di un effetto già realizzatosi con la delibera di esclusione.

È, dunque, da quella data che inizia a decorrere la prescrizione del diritto al risarcimento del danno per indebita occupazione.

Tuttavia, il danno non viene quantificato a partire dalla data della delibera di esclusione del socio, bensì *ab initio*, ossia dal momento della consegna dell'alloggio al socio stesso.

Con la risoluzione del rapporto, infatti, anche la detenzione pregressa deve ritenersi – ormai – priva di titolo giustificativo.

²⁷ In questo senso, Cass., 18 febbraio 1999, n. 1373; Cass., Sez. II, 21 gennaio 2000, n. 649; Cass., Sez. II, 7 giugno 2001, n. 7692; Cass., Sez. II, 5 novembre 2001, n. 13630; Cass., Sez. III, 18 gennaio 2006, n. 827; Cass., Sez. III, 8 maggio 2006, n. 10498; Cass., Sez. III, 11 febbraio 2008, n. 3251; Cass., Sez. III, 6 novembre 2008, n. 26610; Cass., Sez. II, 8 marzo 2010, n. 5568; Cass., Sez. III, 10 febbraio 2011, n. 3223; Cass., Sez. II, 7 agosto 2012, n. 14222; Cass., Sez. III, 16 aprile 2013, n. 9137; Cass., Sez. II, 15 ottobre 2015, n. 20823, in *www.dejure.it*.

²⁸ Con conseguente applicazione della prescrizione quinquennale v., tra le più recenti, Cass., Sez. III, 16 aprile 2013, n. 9137, cit.; Cass., Sez. II, 15 maggio 2013, n. 11736 in *CED*; Cass., Sez. III, 21 settembre 2015, n. 18494, cit.; Trib. Roma, Sez. VIII, 19 ottobre 2011, in cui il Tribunale ha affermato che il mancato rilascio di un immobile dopo la risoluzione della locazione comporta occupazione abusiva da parte del già conduttore che genera

dei danni risarcibili *ex art.* 2043 c.c. e il danno va calcolato dal momento in cui il conduttore avrebbe dovuto riconsegnare la cosa locata; Trib. Milano, 11 luglio 2013, n. 9907; Trib. Teramo, 20 gennaio 2015, n. 64; Trib. Siena, 17 aprile 2015, n. 303, in *www.dejure.it*. Per quanto riguarda la questione dell'occupazione dell'immobile di un privato da parte della P.A., la giurisprudenza è costante nel ritenere che il diritto all'indennizzo si prescrive in cinque anni, *ex multis*, Cass., Sez. I, 5 aprile 2016, n. 6563, in *Guida al Dir.* 2016, 28, 43; Cass., Sez. un., 19 gennaio 2015, n. 735, in *Foro It.*, 2015, 1, 436, con nota di R. Pardolesi; Cass. civ., Sez. I, 17 aprile 2014, n. 8965, in *Riv. Giur. dell'Edilizia*, 2014, 3, I, 520; Cass., Sez. un., 25 novembre 1992, n. 12546, in *Foro It.*, 1993, I, 87. In arg. v. anche F. Roselli-P. Vitucci, *La prescrizione e la decadenza*, in P. Rescigno (diretto da), *Trattato di diritto privato*, Torino, 1997, 560.

In questo senso si è espressa anche la giurisprudenza di legittimità in un caso relativo alla risoluzione di un contratto preliminare per l'acquisto di un immobile che era stato dato in consegna al promissario acquirente; fattispecie che, attesa l'assimilazione da parte di dottrina e giurisprudenza della prenotazione dell'alloggio al preliminare²⁹, è interessante mettere in parallelo con quella in commento. In particolare, nel caso affrontato, la Suprema Corte ha affermato il principio secondo cui il promissario acquirente di un immobile che, immesso nel possesso all'atto della firma del preliminare, si renda inadempiente per l'obbligo del prezzo da versarsi prima del definitivo, provocando così la risoluzione del preliminare, è tenuto al risarcimento del danno in favore del promittente venditore, atteso che l'originaria legittimità del possesso viene meno in seguito alla risoluzione, facendo sì che l'occupazione dell'immobile si configuri come *sine titulo*. Di conseguenza, i danni devono essere liquidati con riferimento all'intera durata dell'occupazione³⁰.

Individuato il momento dal quale inizia a decorrere

la prescrizione, il Tribunale, muovendo dal presupposto addietro evidenziato, ovvero dalla riconducibilità dell'indennizzo nell'alveo delle restituzioni³¹, si interroga quindi sulla prescrizione applicabile.

La convenuta aveva invocato l'applicabilità della prescrizione quinquennale ai sensi dell'art. 2948, n. 3, c.c. che prevede che si prescrivono in cinque anni "le pigioni delle case, i fitti dei beni rustici e ogni altro corrispettivo di locazioni".

Tale prescrizione quinquennale³², applicabile solo nei casi espressamente previsti, secondo la sentenza in commento, non può essere fatta valere poiché la fattispecie sottoposta al suo esame non integra una locazione, in quanto le somme versate dalla socia esclusa nel periodo di detenzione dell'immobile non venivano versate come canoni di locazione, bensì a titolo di pagamento del prezzo dell'immobile in cooperativa edilizia. Il canone figurativo viene, infatti, utilizzato solo come parametro per la quantificazione del danno^{33 34}.

Il Tribunale di Taranto ritiene, dunque, applicabile la prescrizione ordinaria decennale proprio perché, come sottolineato in precedenza, il diritto all'inden-

²⁹ Come esaminato nel secondo paragrafo al quale si rinvia.

³⁰ Cass., Sez. II, 29 gennaio 2003, n. 1307, in *Giust. Civ. Mass.*, 2003, 214, secondo cui "nel caso in cui il promissario acquirente di un immobile venga immesso nel possesso materiale dello stesso all'atto della firma del preliminare ed in vista del definitivo, se detto promissario si rende inadempiente per il pagamento del prezzo, da versarsi prima del definitivo, provocando, così, la risoluzione del contratto preliminare per sua colpa, il giudice di merito, nel liquidare il danno in favore della parte promittente (venditore) non inadempiente ben può commisurarla figurativamente ai possibili frutti dell'immobile (cinque per cento annuo del suo valore) riferiti all'intera durata dell'occupazione, a prescindere dal fatto che l'occupazione sia legittimamente iniziata e tale si sia protratta almeno fino alla domanda (come assumono i ricorrenti), essendo evidente che il lucro cessante è da ricollegarsi causalmente all'inadempimento del promissario acquirente nell'onore gli impegni derivatigli dal contratto, in conseguenza del quale inadempimento il (promettente) venditore – nei confronti del quale va ripristinata la situazione quo ante esistente prima del contratto (ex art. 1459 c.c.) – non ha potuto trarre frutti né dall'utilizzo della moneta, corrispondente al prezzo non pagato, né dal diretto godimento dell'immobile né godere dei frutti civili che questo poteva procurargli, di tal che, una volta risolto il preliminare con effetto *ex tunc* per in venir meno ab origine della causa delle attribuzioni patrimoniali, non assume rilievo ai fini del danno, la legittimità originaria del possesso ma il fatto che questo, avente la peculiare e temporanea funzione di essere essenzialmente preordinato alla stipula del definitivo, sia protrato in forza del preliminare rimasto inadempito, senza una giustificazione e, perciò *sine titulo* (cfr. al riguardo: Cass. II, n. 2832-90; Cass. II, n. 2209-97 e n. 4465-97); Cass., Sez. II, 21 novembre 2011, n. 24510, in *www.dejure.it*; Cass., Sez. III, 9 aprile 2013, n. 8571, in *Dir. e Giust. Online* 2013.

³¹ Invero, si riscontra, sempre in tema di contratto preliminare, risalente giurisprudenza secondo la quale "a seguito della dichiarazione di inefficacia del contratto preliminare predetto, nel caso in esame – in cui nessun atto o fatto illecito, in senso tecnico e proprio, è stato ritenuto e affermato a carico dei promissari compratori, i quali ottennero, dal promittente venditore, la consegna ed il godimento del bene nell'ambito e nel quadro del contratto preliminare di compravendita tra loro intercorso e del rapporto a questo ricollegantesi – si è determinata una situazione in tutto

simile a quella che si verifica allorché viene meno la causa o il titolo originario del rapporto e l'"*accipiens*" deve restituire ciò che ha ricevuto in dipendenza del rapporto medesimo con i relativi (eventuali) "frutti" a norma dell'art. 2033 c.c. ("*condictio indebiti ob causam finitam*", e non già pretesa risarcitoria)". Così Cass., Sez. II, 29 ottobre 1993, n. 10752, in *CED*.

³² In generale la previsione di termini prescrizionali più brevi rispetto a quello ordinario "risponde alla insindacabile valutazione normativa secondo la quale in relazione al particolare titolo del diritto occorre un minor tempo di inerzia per giustificare il presunto disinteresse del titolare", così C.M. Bianca, *Diritto Civile*, VII, Milano, 2012, 638. I principali casi di prescrizione quinquennale riguardano il diritto al risarcimento del danno da fatto illecito, i crediti di lavoro, le azioni di annullamento e i diritti societari. In arg. G. Azzariti, G. Scarpello, *Della prescrizione e della decadenza*, in *Comm. Scialoja-Branca, Sub artt. 2934-2969*, Bologna-Roma, 1977; R. Ferrucci, *Della prescrizione e della decadenza*, in L. Bigliuzzi Geri-F.D. Busnelli-R. Ferrucci, *Della tutela dei diritti, Commentario del Codice civile*, VI, Torino, 1964, 519.

³³ Diversa sarebbe anche l'esigibilità del danno, infatti, come affermato dal Tribunale di Taranto "quando si tratta di canoni, l'esigibilità sorge alla scadenza dell'obbligazione contrattuale, in genere mensile; viceversa nel caso in esame l'esigibilità sorgeva solo per effetto della delibera di esclusione sociale, anche con riguardo al periodo più remoto ultradecennale".

³⁴ Ci si potrebbe, inoltre, chiedere perché non potrebbe applicarsi al caso in esame la prescrizione quinquennale di cui all'art. 2949 c.c. relativa ai rapporti societari. Prevede, infatti, tale disposizione che si prescrivono in cinque anni i diritti derivanti da rapporti societari concernenti società iscritte nel registro delle imprese e le azioni di responsabilità contro gli amministratori. Tale termine prescrizionale, tuttavia, attiene esclusivamente ai diritti che hanno titolo nel contratto societario, così G. Azzariti-G. Scarpello, *Della prescrizione e della decadenza*, cit., 305; C.M. Bianca, *Diritto Civile*, VII, cit., 652. Dunque, l'art. 2949 c.c. non potrebbe trovare applicazione al caso *de qua*, in quanto il diritto all'indennizzo per occupazione di immobile non rientrerebbe nel rapporto associativo, ma nell'altro rapporto di cui è titolare il socio di cooperativa edilizia, ossia il rapporto di scambio volto all'acquisizione definitiva della proprietà dell'alloggio, che, come osservato in precedenza, è autonomo e distinto dal rapporto associativo.

nizzo troverebbe il proprio fondamento giustificativo nelle restituzioni di cui all'art. 1458 c.c., con conseguente applicazione della disciplina sulla ripetizione di indebito, per cui la prescrizione applicabile, come noto, soggiace al termine ordinario decennale.

Pertanto, non potendo la socia restituire l'avvenuto godimento del bene, dovrebbe restituirne l'equivalente monetario, che viene calcolato attraverso l'istituto del canone figurativo.

Conclusioni

Tirando, dunque, le fila delle considerazioni sinora svolte, va in sintesi evidenziato che la sentenza in commento rispetto ad alcune questioni si pone nel solco della giurisprudenza di legittimità. In questo

senso, si veda ad esempio la qualificazione offerta dal provvedimento rispetto alla posizione del socio, appunto qualificata in termini di mera detenzione dell'alloggio.

Sotto altri profili, invece, se ne discosta, sollevando invero talune ragioni di perplessità.

In particolare, non convincono la mancata distinzione tra rapporto associativo e rapporto sinallagmatico, caratterizzante il rapporto tra socio e cooperativa, la qualificazione dell'occupazione indebita come illecito di natura contrattuale derivante dall'inadempimento – causa dell'esclusione del socio – ed il conseguente inquadramento dell'indennizzo dovuto dal socio stesso nell'alveo delle restituzioni di cui agli artt. 1458 e 2033 c.c.

Diritti della personalità

Tribunale Roma, 7 dicembre 2015 – Pres. Covelli – Est. Bifano – X. – Presidenza del Consiglio dei Ministri e altri

Famiglia – Diritti della personalità – Diritto al nome – Cognomizzazione dei predicati nobiliari – Diritto soggettivo perfetto – Presupposti – Funzione socialmente identificante del predicato – Necessità – Fattispecie – Sussistenza – Esclusione

La cognomizzazione dei predicati nobiliari dei titoli esistenti alla data del 28 ottobre 1922 è meritevole di tutela unicamente se mira a preservare l'identità personale, nel senso di immagine sociale, del richiedente. Pertanto, la domanda di cognomizzazione avanzata da alcuni discendenti di chi ricevette un titolo nobiliare con predicato non può essere accolta in assenza della prova da parte degli stessi della funzione socialmente identificante, esclusiva del proprio ristretto nucleo familiare, del predicato nobiliare.

Omissis. – 2. La domanda attorea è infondata e come tale va respinta.

Procedendo gradatamente nell'esame delle questioni oggetto di giudizio – arg. ex art. 276 c.p.c. – giova riportare per esteso le disposizioni dei primi due commi della XIV disposizione transitoria e finale della Costituzione, costituendo esse il primo parametro normativo rispetto al quale valutare la fondatezza della domanda attorea:

“I titoli nobiliari non sono riconosciuti.

I predicati di quelli esistenti prima del 28 ottobre 1922, valgono come parte del nome”.

Rilevanza decisiva ai fini dell'interpretazione della norma posta dal secondo comma della XIV disposizione transitoria e finale della Costituzione assume la sentenza della Corte costituzionale. 101 del 26.6.1967, la quale ha dichiarato costituzionalmente illegittime una pluralità di norme entrate in vigore prima della Costituzione repubblicana “nei limiti in cui ad esse possa darsi applicazione per l'aggiunta al nome di predicati di titoli nobiliari anteriori al 28 ottobre 1922, ma non riconosciuti prima dell'entrata in vigore della Costituzione, nonché nei limiti in cui essi sottopongono il

diritto predetto e la relativa tutela giudiziaria ad una disciplina diversa da quella disposta dall'ordinamento per il diritto al nome”.

Premessa l'efficacia erga omnes delle sentenze dichiarative dell'illegittimità costituzionale, giova evidenziare che le ordinanze di rimessione della questione così decisa dalla Corte costituzionale erano state pronunciate proprio nell'ambito di procedimenti civili aventi ad oggetto, come nel caso di specie, la domanda di aggiunta al nome di predicati di titoli nobiliari.

Per tali concorrenti motivi, le motivazioni della suddetta sentenza n. 101/1967, di cui viceversa parte attrice considera e menziona solo la massima, costituiscono ancor oggi un insuperato punto di riferimento interpretativo della materia in esame.

Articolazioni del percorso argomentativo che qui viene compiuto, sono i seguenti:

– il reale significato della norma costituzionale posta dal secondo comma della XIV disposizione transitoria e finale della Costituzione deve essere individuato alla luce del principio espresso dal primo comma della disposizione, secondo il quale l'ordinamento repubblicano non riconosce i titoli nobiliari: l'art. 3 Costituzione, infatti, osta radicalmente ad una qualsiasi possibile distinzione di rilevanza sociale determinata da circostanze che non siano dipendenti da capacità e meriti personali;

– i titoli nobiliari sono fuori dal mondo giuridico: non avendo alcuna rilevanza giuridica, essi non costituiscono contenuto di un diritto;

– tale irrilevanza giuridica dei titoli nobiliari impedisce che gli stessi possano essere giudizialmente accertati e che ai fini della applicazione della disposizione in esame, e cioè della c.d. cognomizzazione del predicato nobiliare, possano assumere rilevanza le regole proprie del regime successorio nobiliare ovvero la legislazione araldica;

– è da escludere che la lettera della norma costituzionale si riferisca all'esistenza del titolo in contrapposto al suo riconoscimento: la contrapposizione, invero, è solo fra titoli anteriori e titoli posteriori al 28 ottobre 1922;

– il secondo comma della XIV disposizione della Costituzione va dunque interpretato nel senso per cui intanto i predicati nobiliari esistenti alla data del 28.10.1922 possono essere riconosciuti come parte del cognome, ed in quan-

to tali ricevere la corrispondente tutela, in quanto ne condividano la funzione sociale di elemento distintivo dell'identità personale utile ad evitare confusioni con altri soggetti, seppur con riferimento ad una determinata appartenenza familiare (cfr. S.C. I, sent. n. 10936 del 7.11.1997; sent. n. 2426 del 7.3.1991; sent. 1185 del 26.2.1981; sent. n. 829 del 15.03.969): la tutela che si esprime nella cognomizzazione del predicato del titolo nobiliare, nell'ordinamento repubblicano, non può avere, cioè, altra ragione d'essere che quella fondata sull'art. 2 Cost. il quale tutela i diritti inviolabili dell'uomo, nella complessità ed unitarietà di tutte le sue componenti, come singolo e, appunto, nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità;

– ne consegue che l'interesse della persona a modificare il proprio cognome integrandovi come parte costitutiva, e del tutto equivalente (cfr.: S.C., I, sent. n. 10936 del 7.11.1997, cit.), il predicato di un titolo nobiliare esistente alla data del 22.10.1922 e riconosciuto prima dell'entrata in vigore della Costituzione, è meritevole di tutela nel vigente ordinamento se mira a preservare la propria identità personale, nel senso di immagine sociale, e cioè di coacervo di valori, intellettuali, politici, religiosi, professionali, purché anch'essi compatibili con l'ordinamento repubblicano, rilevanti nella rappresentazione che di essa viene data nella vita di relazione (cfr. S.C., I, sent. n. 3769 del 22.06.1985);

– tale conclusione, per cui il riconoscimento del diritto alla cognomizzazione del predicato nobiliare segue, sia dal punto di vista sostanziale che processuale, la disciplina privatistica del diritto al nome, trova conferma nei lavori preparatori alla Costituzione da cui si ricava che funzione della previsione del secondo comma della XIV disposizione transitoria e finale della Costituzione fu quella di evitare che il disconoscimento dei titoli nobiliari potesse comportare, in alcuni casi, una lesione del diritto al nome;

– coerenti con tali ricostruzioni risultano anche le norme attualmente vigenti in materia di modificazioni del nome e del cognome di cui al residuo titolo X del DPR n. 396/2000 contenente il "Regolamento per la revisione e la semplificazione dell'ordinamento dello stato civile": esse, infatti, confermano la rilevanza condizionante che ai fini della conservazione o della modifica del cognome è riconosciuta alla sua funzione sociale identificativa.

Si rileva, difatti, che è consentito modificare il cognome se "ridicolo o vergognoso o perché rivela l'origine naturale" (cfr. art. 89 co. 1) mentre viceversa ciò è precluso ove ingeneri confusione, in particolare allorché sia richiesta "l'attribuzione di cognomi di importanza storica o comunque tali da indurre in errore circa l'appartenenza del richiedente a famiglie illustri o particolarmente note nel luogo in cui si trova l'atto di nascita del richiedente o nel luogo di sua residenza" (art. 89 co. 2).

Al 1 converso "Il figlio maggiorenne che subisce il cambiamento o la modifica del proprio cognome a seguito della variazione di quello del genitore da cui il cognome deriva, nonché il figlio nato fuori del matrimonio, riconosciuto, dopo il raggiungimento della maggiore età, da uno dei

genitori o contemporaneamente da entrambi, hanno facoltà di scegliere, entro un anno dal giorno in cui ne vengono a conoscenza, di mantenere il cognome portato precedentemente, se diverso, ovvero di aggiungere o di anteporre ad esso, a loro scelta, quello del genitore".

3. Tutto ciò premesso si osserva che:

– parte attrice ha allegato ma non dimostrato la preesistenza al 28.10.1922 del titolo nobiliare cui il predicato " () accede;

– la Presidenza del Consiglio dei Ministri ha tuttavia prodotto fotocopia della pg 516 dell'Elenco Ufficiale Nobiliare Italiano, Torino 1922 approvato con decreto Reale 3 luglio 1971, n. 972 in cui si legge, in corrispondenza del cognome la dicitura () ' ed il riferimento alla discendenza "da intestatario del feudo di Calabria ultra 1752": può ritenersi che tale emergenza documentale dimostri il mero fatto storico rappresentato dalla preesistenza al 1922 del titolo nobiliare cui accede il predicato oggetto di domanda;

– gli attori, quali figli di (...) nulla hanno allegato, né dimostrato, in ordine alla specifica funzione di identificazione sociale del proprio ristretto nucleo familiare con quel predicato " (...) che chiedono venga riconosciuto come parte integrante del proprio cognome: ciò nonostante il comune padre sia solo uno dei quattro figli di in favore del quale il titolo ed il predicato furono riconosciuti con regio decreto il 24.01.1941 (cfr. doc. 2 di parte attrice);

– gli attori nulla hanno replicato ai componenti del comune ceppo familiare, (il convenuto costituito è uno dei restanti tre figli del suddetto oltre a padre degli attori) i quali, ad eccezione di una sorella – hanno chiesto il rigetto della domanda attorea proprio deducendo: a) la sufficienza del cognome in ragione della sua risalente notorietà ed originalità, a contraddistinguere l'intera famiglia discendente da; b) l'assenza di ragioni che giustifichino una differenziazione degli attori dai restanti membri della comune famiglia.

Le premesse in diritto sopra poste e le rilevate lacune assertive e probatorie della difesa attorea, conducono ad osservare che nel caso di specie gli attori non hanno – si ribadisce – nemmeno allegato gli elementi idonei a configurare l'esistenza del preteso diritto, e cioè la funzione socialmente identificante, esclusiva del proprio nucleo familiare, del predicato nobiliare che chiedono di aggiungere al proprio cognome, e conseguentemente un interesse meritevole di tutela alla differenziazione dalla restante parte della famiglia connotata dallo stesso attuale cognome.

Nonostante, infatti, gli attori abbiano espressamente menzionato nel proprio atto introduttivo la sentenza della Corte costituzionale n. 101/1967, ne hanno del tutto trascurato l'indirizzo interpretativo, omettendo di allegare e provare che il predicato sia proiezione sociale della propria personalità ed identità familiare ed il rischio di confusione che la mancata modifica potrebbe pubblicamente ingenerare.

Per tali motivi la domanda deve essere respinta. – *Omissis*.

Le ristrette prospettive della cognomizzazione dei predicati nobiliari

Francesco A. Magni

Il Tribunale di Roma affronta la questione della cognomizzazione dei predicati nobiliari ai sensi dell'art. XIV, fornendo una interpretazione costituzionalmente orientata della norma e affermando che la cognomizzazione presuppone, oltre ad un titolo nobiliare riconosciuto anteriormente al 28 ottobre 1922, che il predicato identifichi attualmente il soggetto e il proprio ristretto nucleo familiare. La decisione, ponendosi sulla scia della sentenza della Corte Costituzionale 8 luglio 1967, n. 101, finisce per il rendere oltremodo difficile se non quasi impossibile ottenere la cognomizzazione di un predicato, dovendo essere dimostrato che un predicato, pur non essendo parte del cognome anagrafico, svolga attualmente una funzione identificativa della persona.

Il significato della XIV Disposizione Transitoria e Finale della Costituzione

Discutere oggi di titoli nobiliari e relativi predicati può apparire anacronistico, soprattutto dopo l'entrata in vigore di una serie di disposizioni di legge – tra tutte, quelle sulla definitiva parificazione dei figli naturali ai legittimi, con l'eliminazione delle relative espressioni dal nostro dizionario giuridico; e l'introduzione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso¹ – che allontanano sempre di più alcune regole e principi (anche sociali) che caratterizzavano l'ordinamento italiano, e la legislazione nobiliare in particolare², prima della entrata in vigore della Costituzione. Eppure è una precisa norma di rango costituzionale, anche se transitoria³, a consentire che si possa ancora teoricamente dibattere di predicati nobiliari e soprattutto che di tale materia possa essere interessato un Tribunale della Repubblica

che i titoli non li riconosce da quasi settant'anni⁴. L'odierna decisione⁵, pur testimoniando che i titoli nobiliari hanno perso di valore giuridico, ma conservano ancora un certo valore sociale⁶, offre un'interpretazione costituzionalmente orientata della disposizione sulla cognomizzazione dei predicati nobiliari, che di fatto ne certifica il quasi definitivo tramonto applicativo.

Come è noto, la XIV Disposizione Transitoria e Finale della Costituzione, nello stabilire che "I titoli nobiliari non sono riconosciuti. I predicati di quelli esistenti prima del 28 ottobre 1922, valgono come parte del nome", ha disconosciuto i titoli nobiliari che, dunque, non hanno alcun valore per il nostro ordinamento⁷, pur non essendone vietato l'uso⁸; mentre ha inteso preservare, come parte del nome, solo quei predicati nobiliari esistenti prima della data della marcia su Roma (in ossequio al generale sfavore per quanto accaduto dopo tale periodo⁹).

¹ A ciò si aggiunga che la Corte costituzionale, con sentenza 21 dicembre 2016, n. 286 ha dichiarato illegittime le disposizioni di legge che prevedono l'automatica attribuzione al figlio del cognome paterno e non consentono ai genitori di trasmettere anche il cognome materno. La Corte ha osservato, tra l'altro, che si tratta di norme che sono il retaggio di una società patriarcale; e va detto che anche la trasmissione dei titoli nobiliari su tale retaggio si fonda, considerato che la successione femminile, che costituiva una eccezione nel diritto nobiliare, fu abolita nel 1926.

² Il R.D. 7 giugno 1943, n. 651 (Ordinamento dello Stato nobiliare italiano) prevedeva la successione nei titoli dei soli figli legittimi, con esclusione dei figli naturali e degli adottivi.

³ La nozione di transitorietà non coincide necessariamente con quella di temporaneità: le norme transitorie disciplinano alcune situazioni nel passaggio ad un nuovo ordinamento, nel senso di salvaguardare, per un tempo non limitato se ciò non è espressamente detto, diritti che sono stati precedentemente acquisiti (in questi termini, proprio con riferimento all'art. XIV di cui si discute, Corte cost., 8 luglio 1967, n. 101, in *Giur. It.*, 1967, I, 1329 con nota di A. Pezzana, *La Costituzione e i titoli nobiliari*, che osserva come la disciplina dei predicati è sottratta alla efficacia del nuovo ordinamento costituzionale che non riconosce i titoli nobiliari).

⁴ Secondo M. Gaslini, *La cognomizzazione dei predicati nobiliari (Osservazioni sulla XIV Disp. transitoria della Costituzione)*, in *Riv. dir. civ.*, 1991, II, 235 la XIV disposizione "è venuta ad assurgere al ruolo di vero e proprio principio cardine del diritto nobiliare", anche se, precisa poi l'Autore (p. 236), "al fine, limitato e strumentale, dell'individuazione della persona fisica". Peraltro, fino alla entrata in vigore del nuovo Concordato tra Stato e Chiesa (legge 25 marzo 1985, n. 121), si è avuta la particolare situazione per cui lo Stato italiano, pur non riconoscendo i titoli nobiliari del Regno d'Italia, in ossequio ai Patti Lateranensi del 1929, era tenuto a riconoscere i titoli nobiliari pontifici attraverso l'istituto della "autorizzazione" all'uso (in arg. Gaslini, *op. cit.*, 237).

⁵ La sentenza è pubblicata anche in *Riv. Araldica*, 2016, 68 e

segg. con nota di F. Testoni Blasco, *In materia di cognomizzazione di predicati nobiliari: una sentenza sorprendente*. In arg. anche G. Galletti, *Della cognomizzazione del predicato*, *ivi*, 86 e segg.

⁶ In questi termini già si esprimeva A. De Cupis, *I diritti della personalità*, Milano, 1959, 254. Non di attualità meramente sociale dovrebbe parlarsi, se si considera una recente iniziativa della Presidenza del Consiglio dei Ministri contro un editore che da circa cento anni pubblica un annuario della nobiltà italiana con il titolo Libro d'Oro della Nobiltà Italiana (Trib. Roma, 30 luglio 2015, in *Riv. Araldica*, 2016, 91 con nota di F. A. Magni, "Libro d'Oro della Nobiltà Italiana" non sussistono il diritto di privativa dello Stato italiano sulla titolazione né il rischio di confusione con la omonima pubblicazione privata, ha respinto la richiesta di provvedimento d'urgenza chiesto dalla Presidenza del consiglio).

⁷ G. Cansacchi, *La "cognomizzazione" dei predicati nobiliari e la loro tutela giurisdizionale*, in *Giur. It.*, 1954, IV, 193. Secondo Corte cost., 8 luglio 1967, n. 101, cit., "i titoli nobiliari non costituiscono contenuto di un diritto e, più ampiamente, non conservano alcuna rilevanza: in una parola, essi sono fuori del mondo giuridico".

⁸ Osserva C. Mistruzzi di Frisinga, *I diritti nobiliari e la Costituzione italiana*, Milano, 1957, che i titoli nobiliari fanno parte delle "cosiddette libertà di fatto, che la legge non tutela ma non vieta" (10 e 27) e che "non soppressi, ma privati del loro valore giuridico che li comprendeva fra i soggetti di diritto pubblico, rimangono in vita quel reminiscenza storica e con quel valore sociale che loro deriva dal perdurante costume" (25). In giurisprudenza sin dalle prime pronunce si è affermato che non vi è alcun divieto di usare i titoli nobiliari (Cass., 16 luglio 1951, in *Giur. It.*, 1952, II, 51). Si deve però ritenere che non possano essere usati negli atti pubblici e che sia vietato ai pubblici ufficiali menzionarli, indicando specificamente la legge notarile quali elementi identificativi della persona possono essere inseriti (di diversa opinione sono Mistruzzi di Frisinga, *I diritti nobiliari*, cit., 46 e seg. e Pezzana, *op. cit.*, 1333, nt. 8).

⁹ Osserva correttamente Gaslini, *op. cit.*, che tale scelta pena-

La nozione di predicato è ormai appannaggio esclusivo della araldica¹⁰ e della storia del diritto (nobiliare), cui ci si deve ancora oggi rivolgere per cercarne una definizione utile a comprenderne il significato. Si tratta della particella “di” che a volte veniva aggiunta al titolo nobiliare per specificarlo e completarlo¹¹, e che per i titoli più antichi indicava il feudo e per i titoli non feudali la località su cui il predicato era appoggiato; talvolta l’indicazione era meramente onorifica e non legata ad un territorio¹². Il predicato giuridicamente rilevante, come è specificato dalla XIV disposizione, è però solo quello collegato ad un titolo nobiliare, essendovi anche predicati che non sono uniti a cognomi nobiliari¹³ e non essendo il predicato un requisito necessario dei titoli nobiliari¹⁴. Peraltro, vi erano titoli molto importanti, anche di rilievo come quello di principe, che erano appoggiati sul cognome e, dunque, erano privi di predicato.

Prima della entrata in vigore della Costituzione, si discuteva della natura del titolo nobiliare (secondo alcuni appartenente alla categoria dei diritti onorifici) che era comunque ritenuto espressione di un diritto soggettivo perfetto anche per quanto riguarda l’eventuale predicato¹⁵. All’indomani della entrata in vigore

della XIV disposizione, la dottrina¹⁶ che si è occupata della questione, seguita dalla giurisprudenza di merito¹⁷, ha per lo più confermato la natura di diritto soggettivo perfetto del predicato nobiliare quale parte del nome, con conseguente diritto di ottenere una pronuncia che riconoscesse l’aggiunta del predicato, ove non annotato negli atti dello stato civile¹⁸.

Certo è che la disposizione transitoria, dettata dalla esigenza di salvaguardare il diritto alla identità e alla immagine di chi traeva dal predicato un elemento distintivo della propria personalità, ha manifestato subito una apparente contraddizione perché collegando la cognomizzazione del predicato al suo carattere ‘nobiliare’, ha imposto al Giudice di accertare l’esistenza di un titolo nobiliare e di conseguenza di fare applicazione, seppure in via incidentale, di una complessa legislazione nobiliare che, se non abolita espressamente¹⁹, doveva esserlo per incompatibilità con il disconoscimento dei titoli²⁰.

Le interpretazioni di dottrina e giurisprudenza

Secondo le prime interpretazioni di dottrina²¹ e giurisprudenza²², si riteneva che al Giudice fosse deman-

lizza titoli in nessun modo espressione del “merito fascista”, come, ad esempio, quelli concessi dopo la caduta del fascismo. Per altro verso, durante il ventennio non tutti i provvedimenti in materia nobiliare (concessioni, rinnovazioni, etc.) possono dirsi condizionati dal fascismo.

¹⁰ Per una nozione di araldica v. F. Agrò, voce “Araldica”, in *Enc. Dir.*, II, Milano, 1958, 934 e segg.

¹¹ Messineo, *Manuale di diritto civile e commerciale*, I, Milano, 1946, 392; C. Mistruzzi di Frisinga, *I diritti nobiliari*, cit., 57.

¹² C. Mistruzzi di Frisinga, *La competenza dell’autorità giudiziaria in materia nobiliare*, Milano, 1958, 97.

¹³ Non è questa la sede per una analisi approfondita dei predicati nobiliari. Merita solo di essere ricordato che per predicato si intende sia l’indicazione del feudo su cui è appoggiato il titolo nobiliare sia, per i titoli non feudali, quella di altra località sulla cui denominazione sia stato appoggiato il titolo nel decreto di concessione. Inoltre, il predicato poteva essere meramente onorifico, di pura fantasia e non legato ad alcun territorio. Sulla distinzione tra predicati feudali, allodiali e onorifici v. C. Mistruzzi di Frisinga, *I diritti nobiliari*, cit., 57 e segg.; Id., *La competenza dell’autorità*, cit., 97; Id., *Trattato di diritto nobiliare italiano*, Vol. III, Milano, Giuffrè, 1961, 331; Gaslini, *op. cit.*, 240 e ss.

¹⁴ Come già ironicamente osservato da Victor Hugo ne *I Miserabili*, anche se in relazione alla esperienza della Francia, “una delle false idee della borghesia della restaurazione, in materia di aristocrazia e di nobiltà, era di credere alla particella; come è noto, la particella non ha alcun significato”. L’osservazione di C. Mistruzzi di Frisinga, *I diritti nobiliari*, cit., 57 secondo cui “vi sono però titoli nobiliari senza predicato, non però predicati che essendo nobiliari non presuppongono nel soggetto almeno la qualità di nobile o altra equivalente”, forse non è del tutto esatta, perché anche se era abbastanza raro, vi potevano essere cognomi con un predicato non appoggiati ad un titolo, soprattutto quando vi erano matrimoni tra borghesi e nobili e soprattutto se la casata nobiliare era destinata ad estinguersi (in arg. v. anche Gaslini, *op. cit.*, 240 e nt. 23). In tale ipotesi, per la trasmissione anche dei titoli era necessario un atto del sovrano che si qualificava come atto di “grazia” ed aveva per lo più la forma della rinnovazione del titolo. Con l’entrata in vigore della Costituzione si è poi assistito ad un proliferare di aggiunte di pseudo predicati, al di fuori

ovviamente del meccanismo della cognomizzazione disciplinato dalla disposizione transitoria.

¹⁵ Osserva Pezzana, *op. cit.*, 1334 che “nell’ordinamento anteriore alla Costituzione i titoli nobiliari erano tutelati come diritto della personalità, di natura schiettamente privata e sostanzialmente analogo al diritto al nome”.

¹⁶ Cfr. le opinioni riportate da C. Mistruzzi di Frisinga, *Gli insegnamenti della Suprema Corte in materia nobiliare*, in *Scritti in onore di Antonino Giuffrè*, II, Milano, 553 e segg. e Id., *La competenza dell’autorità giudiziaria*, 6 e segg. Osserva Gaslini, *op. cit.*, 246 che i predicati si sono “tramutati in una sorta di proprietà incorporale” e “parte del patrimonio morale dell’individuo”.

¹⁷ Per una rassegna di giurisprudenza di merito nel periodo immediatamente successivo all’entrata in vigore della Costituzione, v. C. Mistruzzi di Frisinga, *La competenza dell’autorità giudiziaria* 114 e segg.

¹⁸ La cognomizzazione del predicato si ottiene con un’azione giudiziaria ordinaria dinanzi al Tribunale, quale azione di stato (Cass., 11 luglio 1960, n. 1874, in *Foro. It.*, 1960, I, 1476; Id., 28 gennaio 1961, in *Foro. It.*, 1961, I, 202; Id., 13 giugno 1957, n. 2221, in *Foro. It.*, 1958, I, 234 con nota di A. Pezzana, *Rettifica degli atti dello stato civile e riconoscimento dei predicati nobiliari*). Sul punto v. anche parere Cons. Stato, 12 aprile 2012, n. 1783.

¹⁹ Il D.L. 25 giugno 2008, n. 112 (conv. in L. 6 agosto 2008, n. 133) ed il D.Lgs. 15 marzo 2010, n. 66 (art. 2269, n. 157) hanno espressamente abrogato, rispettivamente, il R.D. n. 651/1943 ed il R.D. n. 652/1943. All’indomani dell’entrata in vigore della Costituzione repubblicana, si è discusso se, in mancanza di una esplicita abrogazione della Consulta Araldica, questa si dovesse ritenere ancora esistente ed alla diatriba (meramente teorica) ha posto fine la sentenza 26 giugno 1967, n. 101 cit., della Corte Costituzionale che ha dichiarato illegittimità costituzionale della legislazione araldico-nobiliare italiana.

²⁰ G. Cansacchi, *op. cit.*, 194.

²¹ In questi termini G. Cansacchi, *op. cit.*, 196; C. Mistruzzi di Frisinga, *I diritti nobiliari*, cit., 68; De Fraja Frangipane, *Configurazione giuridica dei titoli e predicati nobiliari*, in *Riv. Araldica*, 1953, 468.

²² Per una rassegna di giurisprudenza di merito v. C. Mistruzzi di Frisinga, *Gli insegnamenti*, cit., 561 e segg.

dato il compito di accertare l'esistenza di un predicato e, dunque, se il richiedente, secondo la abrogata legislazione, possedesse il relativo titolo nobiliare. Inoltre, si discuteva se, dal momento che la disposizione XIV parla di titoli "esistenti" prima del 28 ottobre 1922 e non anche "riconosciuti", il Tribunale potesse essere investito di una richiesta di cognomizzazione di un predicato appoggiato su un titolo nobiliare che, ancorché esistente, non fosse stato riconosciuto dallo Stato, e se dunque potesse svolgere un giudizio di riconoscimento del titolo nobiliare, prodromico alla cognomizzazione²³.

Vi sono poi una serie di ulteriori questioni, su cui può essere chiamato a pronunciarsi il Giudice e che non possono essere risolte con il solo riferimento alla legislazione (nobiliare), essendo necessarie nozioni di storia ed araldica. Si pensi, ad esempio, alla cognomizzazione, nell'ipotesi della nobiltà civica e del patriziato, della città di appartenenza, esclusa dalla dottrina, ma non unanimemente²⁴; alla rilevanza o meno della successione femminile nei titoli, abrogata solo nel 1926, ma che potrebbe assumere rilievo se si considera che la disposizione XIV fa riferimento ai titoli esistenti al 28 ottobre 1922²⁵; se possa cognomizzarsi il predicato di un titolo oggetto di provvedimento di "rinnovazione" o "convalida" successivamente al 28 ottobre 1922²⁶; se chi possiede più titoli nobiliari e relativi predicati abbia il diritto alla cognomizzazione di tutti i predicati o solo del principale.

Le suggestive diatribe interpretative sono rimaste per lo più confinate nel chiuso di un dialogo dottrinario di specialisti della materia, perché se si esclude una più cospicua produzione di sentenze negli anni '50 e '60', le richieste giudiziarie di cognomizzazione

dei predicati complessivamente non sono state moltissime e nel tempo sono diminuite²⁷.

A mettere un punto fermo sulla cognomizzazione dei predicati nobiliari è intervenuta nel 1967 la Corte costituzionale (sentenza 8 luglio 1967, n. 101) che, nell'affermare l'illegittimità costituzionale della legislazione araldico-nobiliare italiana, ha innanzi tutto affermato che la XIV, là dove si riferisce ai titoli "esistenti" prima del 28 ottobre 1922, non può essere interpretata in termini letterali, per cui la cognomizzazione non è ammissibile se il titolo non è stato anche "riconosciuto" prima della fine del regime monarchico e dunque non necessariamente prima del 28 ottobre 1922. Secondo la Consulta, il titolo nobiliare costituisce un "presupposto di fatto" che il Giudice deve poter ricavare, senza ulteriori accertamenti giuridici, dagli elenchi ufficiali. Con ciò escludendo dunque che esista un diritto alla cognomizzazione del predicato da parte di chi, pur essendo nobile secondo la legislazione previgente, non abbia ottenuto un riconoscimento ufficiale²⁸.

La sentenza ha inoltre precisato che "le vicende del diritto attribuito dal secondo comma della XIV disposizione devono ormai essere valutate non secondo le norme che regolavano la successione dei titoli nobiliari, ma alla stregua di quelle che disciplinano i modi di acquisto al nome"; e che "la tutela di tale diritto sotto ogni aspetto (...) deve seguire le regole che il vigente ordinamento detta per la tutela del diritto al nome". In sostanza, secondo la Corte costituzionale la cognomizzazione del predicato nobiliare non deve essere intesa come tutela del prestigio della famiglia e come segno distintivo e onorifico della persona in quanto appartenente ad una nobile stirpe, perché i

²³ Nel senso che il Giudice chiamato a decidere sulla istanza di cognomizzazione del predicato potesse svolgere un accertamento incidentale della spettanza del titolo si era espressa la giurisprudenza degli anni '50 e '60: Cass., sez. un., 20 maggio 1965, n. 987, in *Riv. Araldica*, 1965, 349. Pertanto, anche se ai soli fini della cognomizzazione si ipotizzava che il Tribunale potesse continuare ad essere investito di un giudizio di riconoscimento dei titoli che era disciplinato dalla abrogata legislazione nobiliare e che prevedeva la partecipazione necessaria dello Stato, segnatamente dell'Ufficio Araldico (per una puntuale disamina del processo nobiliare prima della Costituzione v. C. Mistruzzi di Frisinga, *La competenza dell'autorità*, cit., 1 e segg.). Si discuteva inoltre se dovesse applicarsi il nuovo ordinamento nobiliare approvato ed entrato in vigore nel 1943 o quello precedente risalente al 1896 ed abrogato dal primo. La dottrina (in arg. v. Mistruzzi di Frisinga, *Gli insegnamenti*, cit., 594 e segg.; Id., *La competenza dell'autorità giudiziaria*, cit., 89 e segg.) era per lo più orientata ad ammettere l'accertamento incidentale e nello stesso senso si pronunciò la Suprema Corte (Cass., Sez. un., 20 maggio 1965, n. 987), che si spinse anche oltre affermando che per accertare l'esistenza del titolo dovesse farsi riferimento alla legislazione nobiliare esistente alla data del 28 ottobre 1922 e non dunque all'ordinamento nobiliare successivamente emanato nel 1926 e nel 1943 (Cass., 11 ottobre 1961, n. 2087).

²⁴ G. Cansacchi, *op. cit.*, 195-196, nt. 12 propendeva per una interpretazione estensiva e dunque per la cognomizzazione anche nell'ipotesi di nobiltà civica. Nel senso che non sono suscettibili di cognomizzazione i "predicati" di nobiltà civica Pezzana, *Sul con-*

retto di predicato nobiliare, in *Foro. It.*, 1958, IV, 217. In arg. v. anche Mistruzzi di Frisinga, *Gli insegnamenti*, cit., 568 e seg.

²⁵ In arg. G. Cansacchi, *Un caso curioso*, in *Riv. Araldica*, 1962, 325.

²⁶ La prerogativa sovrana prevedeva la "concessione" di titoli nuovi, la "rinnovazione" di titoli già estinti (a favore di altri membri della stessa famiglia) e il "riconoscimento" di titoli con possesso difettoso o insufficiente (artt. 23, 25 e 27 del R.D. n. 314/1896).

²⁷ Una scorsa dei massimari di giurisprudenza, anche se consente di estrapolare solo le sentenze pubblicate in riviste, dimostra che sono sempre più rare le decisioni sul tema. Tale tendenza trova probabile spiegazione sia nel fatto che molti predicati erano già cognomizzati prima della caduta della monarchia e in molti casi la notorietà della famiglia era legata al cognome più che ai predicati, spesso numerosi sia nel fatto che comunque con il tempo si è venuto esaurendo il filone dei riconoscimenti.

²⁸ La decisione risponde evidentemente anche all'esigenza di evitare che dinanzi ad un Tribunale della Repubblica si apra un "processo nobiliare" anche se al limitato fine della cognomizzazione del predicato, con ogni conseguente e complessa questione circa la legislazione da applicare. Certo è che il discrimine introdotto dalla Consulta finisce per ledere il principio di uguaglianza, tenuto conto che il "riconoscimento" del titolo altro non era che un atto meramente dichiarativo della esistenza del titolo e non costitutivo, per cui il titolo nobiliare doveva ritenersi esistente anche se formalmente non riconosciuto (in arg. v. Gaslini, *op. cit.*, 237).

titoli nobiliari non hanno valore giuridico e non sono ammesse distinzioni, neanche onorifiche, fondate su tali titoli²⁹. La cognomizzazione è, dunque, collegata alla identità della persona e alla tutela del diritto al nome come segno distintivo della persona e del suo eventuale ristretto nucleo familiare.

La decisione è importante sotto questo profilo perché la giurisprudenza fino a quel momento aveva posto l'accento anche sull'"interesse, riconosciuto e protetto dalla norma costituzionale, di conservare il riflesso di ricordi familiari, di carattere storico attraverso il cognome patronimico"³⁰ e, dunque, attribuiva rilievo anche ad un'esigenza di conservazione storica del predicato³¹.

La sentenza del Tribunale di Roma

Alle considerazioni sinteticamente svolte dalla Consulta³², fa eco la sentenza in esame del Tribunale di Roma che ha negato la cognomizzazione di un predicato nobiliare ad alcuni discendenti di una famiglia nobile con riferimento ad un titolo con predicato concesso secoli prima, ritenendo che i richiedenti non abbiano fornito la prova che tale predicato svolga attualmente una funzione sociale di elemento distintivo della propria personalità, pur non essendo in contestazione né l'appartenenza dei richiedenti alla famiglia né l'esistenza del titolo nobiliare e del predicato, "riconosciuti" anteriormente al 28 ottobre 1922. Il

predicato di un titolo nobiliare è meritevole di tutela, osserva il Tribunale, "se mira a preservare la propria identità personale, nel senso di immagine sociale, e cioè di coacervo di valori, intellettuali, politici, religiosi, professionali, purché anch'essi compatibili con l'ordinamento repubblicano, rilevanti nella rappresentazione che di essa viene data nella vita di relazione".

Nel ribadire, dunque, che la cognomizzazione del predicato nobiliare "segue, sia dal punto di vista sostanziale che processuale, la disciplina privatistica del diritto al nome", e che del resto le norme vigenti sulla modifica del cognome attribuiscono rilevanza alla sua "funzione sociale identificativa", il Tribunale di Roma ha respinto la domanda perché i richiedenti non hanno dimostrato che il predicato nobiliare avesse una "specifica funzione di identificazione sociale del proprio ristretto nucleo familiare con quel predicato"; e che, a fronte delle contestazioni svolte da altri componenti della famiglia con lo stesso cognome, che sostenevano la sufficienza del cognome in ragione della sua risalente notorietà e originalità a contraddistinguere l'intera famiglia discendente dal comunque stipe e l'assenza di ragioni che giustifichino una differenziazione rispetto agli altri membri della comune famiglia, non è stata offerta alcuna prova di una specifica ed attuale funzione identificatrice del predicato.

Emerge dalla decisione una chiara presa di posizione circa il significato da attribuire alla cognomizzazio-

²⁹ Va precisato che già con l'entrata in vigore dello Statuto albertino il titolo nobiliare ha visto di molto ridimensionato la sua funzione, in quanto non determinava alcuna distinzione giuridica nella capacità dei cittadini né attribuiva privilegi o esoneri di alcuna specie. In arg. v. L. Mortara, *I titoli di nobiltà e la competenza giudiziaria*, in *Temi veneta*, 1882, 483; C. Mistruzzi di Frisinga, *La competenza dell'autorità*, cit., 11-21.; Raccioppi e Brunelli, *Commento allo Statuto del Regno*, Torino, 1909, 704. Sul significato dell'art. 79 dello Statuto Albertino v. C. Lozzi, *Interpretazione dell'art. 79 dello Statuto*, in *Giur. It.*, 1882, IV, 2; Sabini, *Contributo all'interpretazione dell'art. 79 dello Statuto*, in *Riv. dir. pubblico*, 1912, 257.

³⁰ Cass., 20 maggio 1965, in *Foro. It.*, 1965, I, 1928.

³¹ Osserva Gaslini, *op. cit.*, 245 che "l'attribuzione d'una giuridica rilevanza al predicato nobiliare non fosse da ascrivere unicamente alla limitata finalità di non far conseguire all'eliminazione dei titoli nobiliari una pratica lesione del diritto al nome; ma, d'altro canto, trovasse una rilevantissima ragion d'essere nell'inevitabile riconoscimento della caratteristica di *storicità* attinente ad alcune famiglie". A seguito della decisione della Corte costituzionale, la giurisprudenza ha escluso che il Giudice possa accertare, anche incidentalmente, l'esistenza di un titolo non riconosciuto alla data del 28 ottobre 1922, non avendo dunque valore, ai fini della cognomizzazione, i riconoscimenti intervenuti successivamente a tale data ancorché durante il regime monarchico (Cass., Sez. un., 24 marzo 1969, n. 935 in *Giur. It.*, 1969, I, 963 con nota di G. Cansacchi, *Il vuoto legislativo araldico-nobiliare e la cognomizzazione dei predicati nobiliari*, che dunque si è espressa in termini ancora più restrittivi della Corte costituzionale). Qualche isolata pronuncia di merito ha, invece, ritenuto che potesse essere cognomizzato anche il predicato di un titolo esistente prima del 28 ottobre 1922, ma oggetto di provvedimento sovranò di "rinnovazione" dopo tale data (Trib. Torino, 5 maggio 1986, in *Giust. Civ.*, 1987, I, 2955. Ma va ricordato che la "rinnovazione" è un provvedimento di grazia sovranò di concessione di titoli già estinti

a favore di altri membri della stessa famiglia, cui il titolo non spetterebbe); e che per i titoli nobiliari preunitari con predicato, ossia concessi prima dello Statuto albertino, si potesse prescindere dall'esistenza di un riconoscimento avvenuto in periodo monarchico (Trib. Catania, 2 ottobre 1998, in *Foro. It.*, 2000, I, 2372 con nota di S. Bordonali, *Nuove prospettive sulla cognomizzazione dei predicati nobiliari*). In senso critico nei confronti della svolta operata dalla Corte costituzionale e delle applicazioni da parte dei giudici di merito A. Pezzana, *Orientamenti nuovi in tema di cognome familiare*, in *Dir. eccl.*, 2000, 128; Gaslini, *op. cit.*, 248 e ss.

³² Va anche sottolineato che la Corte costituzionale, con la sentenza 3 febbraio 1994, n. 13 ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 165 del Regio decreto 9 luglio 1939, n. 1238 (Ordinamento dello stato civile), nella parte in cui non prevede che, quando la rettifica degli atti dello stato civile, intervenuta per ragioni indipendenti dal soggetto cui si riferisce, comporti il cambiamento del cognome, il soggetto stesso possa ottenere dal giudice il riconoscimento del diritto a mantenere il cognome originariamente attribuitogli ove questo sia ormai da ritenersi autonomo segno distintivo della sua identità personale. In tale occasione – si trattava di un caso di un soggetto cui era stato attribuito un cognome diverso da quello cui avrebbe avuto diritto secondo la discendenza familiare – la Consulta ha osservato che l'attribuzione del cognome è ordinariamente conseguente al possesso di uno *status familiae*, ai sensi dell'art. 6 del cod. civ., ma che accanto alla tradizionale funzione del cognome quale segno identificativo della discendenza familiare, con le tutele conseguenti a tale funzione, occorre riconoscere che il cognome stesso in alcune ipotesi già gode di una distinta tutela anche nella sua funzione di strumento identificativo della persona, e che, in quanto tale, costituisce parte essenziale ed irrinunciabile della personalità. Da qui l'esigenza di protezione dell'interesse alla conservazione del cognome, attribuito con atto formalmente legittimo, in presenza di una situazione nella quale con quel cognome la persona sia ormai individuata e conosciuta nell'ambiente ove vive.

ne del predicato nobiliare, in termini ancora più espliciti e restrittivi rispetto a quanto enunciato dalla Consulta, che comunque già l'aveva ancorata alla tutela della identità personale e alla disciplina del diritto al nome. Secondo il Tribunale l'esistenza del predicato nobiliare non autorizza la sua cognomizzazione se non si dimostra che esso svolge, attualmente, una funzione identificativa della persona o del proprio ristretto nucleo familiare e che dunque è meritevole di tutela come lo è il diritto al proprio cognome. La decisione in esame richiama anche alcuni precedenti della Suprema Corte che, da un diverso angolo prospettico, hanno specificamente ricondotto la tutela del predicato nobiliare nell'alveo della tutela del diritto al nome e stabilito che l'usurpazione del predicato non è sanzionabile dal punto di vista civilistico se non vi è un concreto pregiudizio ai sensi dell'art. 7 c.c.³³. Parallelamente, secondo la sentenza in esame, la cognomizzazione può essere ottenuta, non per la conservazione storica del predicato, ma a tutela del diritto al nome e della sua funzione identificativa, se effettiva.

Le richieste di cognomizzazione sembrano diminuire con gli anni³⁴, ma quanto stabilito dal Tribunale, se si affermerà come principio generale, renderà di fatto molto difficile ottenerla perché non è agevole dimostrare che per non meno di novanta anni (ossia almeno dal 28 ottobre 1922), un predicato nobiliare non cognomizzato abbia continuato a svolgere una funzione di identificazione sociale della persona, tenuto conto, peraltro, che il predicato, in quanto non aggiunto ufficialmente al cognome, non ha potuto essere riportato negli atti pubblici.

Le conclusioni cui perviene il Tribunale, in linea, va rimarcato, con quanto affermato dalla Consulta e dal-

la Cassazione, difficilmente possono essere contestate se ci si pone dal punto di vista dell'ordinamento giuridico e se si ha riguardo allo scopo divisato dal costituente di preservare l'identità della persona e non la tradizione della famiglia, mentre l'unica obiezione che può essere mossa, sotto il profilo letterale, è che la XIV disposizione transitoria non pone condizioni alla cognomizzazione del predicato nobiliare. E ci si deve anche chiedere se abbia senso, dopo quasi settant'anni dall'entrata in vigore della Costituzione repubblicana, che si modifichi un cognome con un predicato nobiliare, magari concesso secoli addietro, e che non è mai stato usato né svolge alcuna effettiva funzione identificativa e soprattutto senza che fino ad oggi nessun rappresentante della famiglia abbia mostrato interesse ad aggiungerlo al cognome.

Un autorevole Autore³⁵, non condividendo le tendenze sempre più restrittive della giurisprudenza in materia (anche se con riferimento alla diversa questione della cognomizzazione dei soli titoli "riconosciuti"), evidenziava il paradosso di un discendente del Conte di Cavour o del Marchese d'Azeglio, che avendo ommesso a suo tempo di iscriverlo nello stato civile il relativo predicato, oggi non potrebbe più portare lo storico cognome d'uso e dovrebbe soltanto chiamarsi Benso o Tapparelli. Ma il punto sta proprio nell'uso del predicato, per cui il discendente del conte di Cavour potrebbe ancora oggi ottenere la cognomizzazione del predicato, a patto di dimostrare che tale predicato abbia continuato ad essere il suo cognome d'uso. Diversamente, secondo la linea tracciata dal Tribunale, non può pretendersi di modificare il cognome con un predicato che non identifica più il soggetto richiedente da ormai tanto tempo³⁶.

³³ Cass., 26 febbraio 1981, n. 1185, in *Giur. It.*, 1981, I, 1, 1025; Id., 7 novembre 1997, n. 10936 che ha in particolare osservato che "il predicato medesimo, nell'ordinamento giuridico italiano, non può 'valere di più', in quanto tale, di quel che 'valgono' le 'ordinarie' parti del nome e, più specificamente, del cognome 'ordinario' (art. 6 comma 2 cod. civ.); e ciò in quanto, altrimenti opinando, resterebbe frustrata la equilibrata ratio emergente dal combinato disposto dei primi due commi dell'art. XIV Cost."

³⁴ Va osservato che vi sono stati molti casi in cui si è ottenuta la cognomizzazione attraverso la non rituale strada del procedimen-

to amministrativo.

³⁵ Cansacchi, *Il vuoto legislativo araldico-nobiliare e la cognomizzazione dei predicati nobiliari*, cit., 966.

³⁶ Muovendo dal medesimo principio si è affermata la protezione dell'interesse alla conservazione del cognome, falsamente attribuito, laddove con quel cognome la persona sia ormai individuata e conosciuta nell'ambiente ove vive (cfr. Corte cost., 3 febbraio 1994, n. 13, cit.). In arg. v. P. Morozzo della Rocca, *Il diritto all'identità personale non comprende il falso predicato nobiliare*, in *Giust. civ.*, 2000, I, 1127.

Diritto Processuale Civile

a cura di Sergio Chiarloni

con Chiara Besso, Mauro Bove, Antonio Carratta e Achille Saletti

Espropriazione presso terzi

Cassazione civile, Sez. III, 10 maggio 2016, n. 9390 – Pres. Amendola – Rel. Barreca – P.M. Cardino (diff.). *Cassa App. Catanzaro 20 maggio 2013.*

Esecuzione forzata – Obbligazioni pecuniarie – Espropriazione presso terzi – Ordinanza di assegnazione – Efficacia esecutiva – Termine dilatorio dalla notifica – Necessità

Nell'espropriazione forzata presso terzi l'ordinanza di assegnazione ex art. 553 c.p.c. al creditore procedente del credito del debitore eseguito verso il terzo costituisce titolo esecutivo verso quest'ultimo, ma acquista tale efficacia, in mancanza di un diverso termine fissato nell'ordinanza di assegnazione, soltanto dopo almeno dieci giorni dalla sua notificazione al terzo, in analogia con quanto previsto dall'art. 477 c.p.c. per gli eredi del debitore eseguito.

Omissis. – 1. – Col primo motivo del ricorso si deduce violazione dell'art. 384 cod. proc. civ., in relazione agli artt. 474, 479 e 480 cod. proc. civ. (*omissis*) Il motivo critica il rigetto dell'appello contro la sentenza (*omissis*) del Pretore di Catanzaro, riguardante l'opposizione proposta (*omissis*) avverso il precetto relativo al credito per le spese processuali (*omissis*)

Il Pretore aveva reputato non dovuti (*omissis*) al creditore precedente le spese ed i diritti non previsti nelle ordinanze di assegnazione poste a fondamento degli atti di precetto opposti.

La Corte d'Appello di Catanzaro, in sede di rinvio, ha confermato questa statuizione.

1.2. “ Il ricorrente assume la violazione di legge, con riferimento alle norme sopra indicate, perché la Corte d'Appello non si sarebbe attenuta ai seguenti due principi di diritto affermati dalla sentenza della Corte di Cassazione n. 5368/2003, che ha disposto il rinvio:

– l'ordinanza di assegnazione costituisce verso il terzo titolo esecutivo;

– l'inadempimento del terzo deve poter essere superato dal creditore ed il modo non può essere rappresentato che da una esecuzione forzata per espropriazione.

Secondo il ricorrente, la Corte d'Appello avrebbe disatteso questi principi per non avere considerato che il titolo esecutivo, quale è l'ordinanza di assegnazione, può essere notificata unitamente al precetto, per mettere in mora il debitore, ai sensi dell'art. 479 cod. proc. civ. e che, una volta notificato quest'ultimo, l'esecuzione forzata non può essere iniziata prima di dieci giorni ai sensi dell'art. 480 cod. proc. civ.

Quindi, la Corte d'Appello, quale giudice di rinvio, avrebbe dovuto riconoscere il diritto del creditore procedente di notificare al terzo, divenuto creditore principale, l'ordinanza di assegnazione unitamente all'intimazione ad adempiere contenuta nel rituale atto di precetto ed avrebbe perciò dovuto riconoscere il diritto a richiedere le spese e i compensi dell'atto di precetto come da tariffa professionale. (*omissis*)

2. – Il motivo è infondato quanto alla prima censura (*omissis*)

2. 1. – La Corte d'Appello (*omissis*) ha confermato la decisione del pretore, pur riconoscendo che l'ordinanza di assegnazione emessa ai sensi dell'art. 553 cod. proc. civ. ha natura di titolo esecutivo nei confronti del terzo assegnato e quindi è potenzialmente idonea a fondare la pretesa verso quest'ultimo anche di somme ulteriori, per spese e competenze, rispetto a quelle liquidate nella stessa ordinanza. Ha tuttavia reputato che il terzo possa essere qualificato come soggetto esposto ad una procedura esecutiva sulla base dell'ordinanza di assegnazione “solo dopo che costui all'indomani della notifica del provvedimento abbia tenuto una condotta inadempiente all'ordine del giudice in essa con tenuto”. (*omissis*)

3. La decisione è corretta.

Quanto alla questione di diritto, essa segue l'orientamento giurisprudenziale di legittimità – espresso anche dalla sentenza (*omissis*) n. 19363/07 e, di recente, Cass. n. 11493/15 – per il quale l'ordinanza di assegnazione è, a sua volta, titolo esecutivo che, munito della relativa formula, può essere portato ad esecuzione dal creditore assegnatario (già pignorante) contro il terzo pignorato. Con la precisazione che, nel caso in cui il creditore assegnatario agisca esecutivamente in danno del terzo pignorato inadempiente questi assume la qualità di debitore eseguito ed in siffatta qualità, si può avvalere dei rimedi riconosciuti dall'ordinamento in favore della generalità dei debitori (così anche la stessa sentenza Cass. n. 5368/03) che siano eseguiti in forza di un titolo esecutivo di formazione giudiziale (quale è l'ordinanza di assegnazione, anche se non idonea al giudicato: cfr. Cass. n. 11404/09).

3. 1. – Né la sentenza n. 5368/03, (*omissis*) né altre pronunce successive, si sono occupate specificamente della questione ulteriore (*omissis*): se l'ordinanza di assegnazione sia equiparabile ai titoli di formazione giudiziale anche quanto agli adempimenti necessariamente prodromici all'esecuzione; più in particolare, se sia applicabile all'ordinanza di assegnazione l'art. 479, ult. co., cod. proc. civ., per il quale “il precetto può essere redatto di seguito al titolo esecutivo ed essere notificato insieme con questo, purché la notificazione sia fatta alla parte personalmente”.

Al quesito ha dato risposta positiva la più risalente sentenza di questa Corte n. 3976/2003, che ha ricostruito il sistema nei seguenti termini: “Il Collegio (*omissis*) ritiene che l’ordinanza di assegnazione costituisca titolo esecutivo nei confronti del terzo (Cass. 30 maggio 1963, n. 394; Cass. 5 febbraio 1968, n. 394, Cass. 14 febbraio 1996, n. 453; Cass. 24 novembre 1980, n. 6245). L’ordinanza di assegnazione produce una modificazione soggettiva del rapporto creditorio, in virtù del quale il terzo, *debitor debitoris*, è tenuto ad eseguire la prestazione di chi si è dichiarato debitore, non più al proprio creditore, ma al creditore di questi. Ciò postula, in un’ottica di tutela del creditore procedente, che il provvedimento, quale che sia la forma che la legge ad esso impone, debba avere in sé efficacia tale da assicurare la soddisfazione del diritto attribuito all’assegnatario nei confronti dell’assegnato, che non può essere costretto ad intraprendere un separato giudizio di cognizione per ottenere il titolo esecutivo. Il fondamento di questa efficacia esecutiva – di individuazione problematica in quanto l’art. 474 c.p.c. non ricomprende il provvedimento di assegnazione tra i titoli esecutivi e l’art. 533 c.p.c. non fa cenno dell’efficacia esecutiva dell’assegnazione – può ricavarsi da una lettura sistematica delle norme disciplinanti l’espropriazione presso terzi. L’assegnazione in pagamento a norma dell’art. 552 c.p.c. consegue alla dichiarazione del terzo di essere debitore di somme (art. 547 c.p.c.) ovvero, in mancanza, alla sentenza che definisce il giudizio di accertamento dell’obbligo del terzo (art. 548 c.p.c.). Se il procedimento si conclude con una sentenza di accertamento dell’obbligo del terzo, non vi sono ovviamente problemi essendo la sentenza – pur se definita di accertamento dall’art. 549 c.p.c. – titolo esecutivo. Ma a conclusioni analoghe deve pervenirsi nel caso in cui l’assegnazione consegue alla dichiarazione confessoria del terzo. Ai fini dell’assegnazione, infatti, l’art. 553 c.p.c. pone sullo stesso piano la dichiarazione del terzo e la sentenza di accertamento. E sullo stesso piano devono porsi, per le esigenze della procedura esecutiva, l’efficacia della dichiarazione o della sentenza. Ciò per l’ovvia considerazione che, come rilevato in dottrina, il terzo che ha usato della facoltà di rendere la dichiarazione positiva si sottrae all’accertamento giudiziale a norma degli artt. 548 e 549 c. p. c., cosicché nulla può poi lamentare se dopo l’ordinanza di assegnazione nessun accertamento sarà necessario per conseguire quanto egli ha messo a disposizione della procedura esecutiva. In altri termini l’alternatività tra la dichiarazione resa spontaneamente del terzo e la sentenza che accerta l’obbligo del terzo induce a ritenere che in entrambi casi il provvedimento di assegnazione abbia efficacia esecutiva. In tal modo si evita l’incoerenza che la procedura esecutiva possa concludersi con un provvedimento meramente dichiarativo, tale da imporre nuovamente al creditore il ricorso al giudizio di cognizione nei confronti del debitore ceduto. (*omissis*)”.

Da questa ricostruzione si è tratta la conclusione per la quale “versandosi in materia di titolo esecutivo per un diritto esigibile non ha senso parlare di adempimento o inadempimento, essendo stata intrapresa l’esecuzione, con la notificazione del titolo esecutivo e del precetto, come previsto dall’art. 479 c.p.c. Quanto alla doglianza circa le ulteriori spese che sarebbero contenute nel precetto, si rileva che [...] il titolo esecutivo si estende anche alle spese necessarie alla sua concreta attuazione (Cass. 5 febbraio 1968, n. 394)”.

Il Collegio condivide la ricostruzione sistematica di cui sopra, ritenendo tuttavia che la stessa necessità delle precisazioni di cui appresso, che comportano anche la modifica delle conclusioni da trarre sulla questione oggetto di ricorso.

È vero che l’equiparazione posta dall’art. 553 cod. proc. civ. tra la dichiarazione resa spontaneamente dal terzo e la

sentenza (oggi, ordinanza) (*omissis*) che accerta l’obbligo del terzo induce a ritenere che in entrambi i casi il provvedimento di assegnazione adottato dal giudice dell’esecuzione abbia efficacia esecutiva, senza che sia necessario che il creditore ricorra nuovamente al giudizio di cognizione nei confronti del assegnato.

Tuttavia, la posizione del terzo non è identica nell’una e nell’altra fattispecie.

Da tempo è stato superato l’orientamento giurisprudenziale, sostenuto anche da una parte della dottrina, secondo cui il terzo pignorato sarebbe parte del processo esecutivo (cfr., in tal senso, la risalente Cass. n. 1425/77), mediante l’affermazione – sostenuta da altra parte della dottrina – della estraneità del terzo al processo di espropriazione. Questo, infatti, si svolge tra creditori (procedente ed intervenuti) e debitore e, non essendo rivolta domanda alcuna nei confronti del terzo pignorato, questi ha la veste di terzo estraneo al processo in corso *inter alios* (cfr. già Cass. n. 6242/87 e la giurisprudenza successiva, tra cui Cass. n. 6432/03, n. 18352/05, n. 25567/11; cui adde Cass. S. U. n. 9407/87 e Cass. n. 13247/14 e n. 6843/15, in tema di inapplicabilità al terzo dell’art. 96 cod. proc. civ.)

Incidentalmente si osserva che la riforma del processo per espropriazione presso terzi attuata con la legge 24 dicembre 2012 n. 228 e proseguita con il decreto legge 12 settembre 2014 n. 132, convertito con modificazione dalla legge 10 novembre 2014 n. 162 e, da ultimo con il decreto legge 27 giugno 2015 n. 83 convertito con modificazioni dalla legge 6 agosto 2015 n. 132 (di cui non è dato occuparsi espressamente perché non applicabili *ratione temporis*), non comporta una diversa posizione del *debitor debitoris*, che continua ad essere terzo estraneo al processo esecutivo. Anzi, questa estraneità è fisicamente riscontrata dalla, oramai normale, assenza del terzo all’udienza fissata ex art. 543 n. 4 cod. proc. civ., dovendo il terzo rendere la dichiarazione per iscritto al creditore (cfr., sulla ribadita estraneità del terzo al processo esecutivo, nel vigore delle norme introdotte con la riforma del 2012, Cass. n. 11642/14).

Diversa è invece la posizione che il terzo assume nel giudizio di accertamento dell’obbligo del terzo, sia quando condotto nelle forme dell’ordinario giudizio di cognizione ai sensi dell’art. 549 cod. proc. civ. nel testo originario del codice di rito, sia quando condotta nelle forme dell’incidente dinanzi al giudice dell’esecuzione ai sensi dell’art. 549 cod. proc. civ. (*omissis*).

In entrambe siffatte situazioni processuali il terzo “diventa” parte del processo (o sub procedimento) di accertamento del suo obbligo che si conclude con sentenza (ovvero, a seguito della riforma predetta, con ordinanza).

Allora, l’equiparazione delle due situazioni che si trae dal disposto dell’art. 553 cod. proc. civ. non può essere portata fino alle conseguenze tratte dal precedente di cui a Cass. 3976/03.

Quando l’ordinanza di assegnazione è pronunciata a seguito di dichiarazione positiva del terzo (oggi, dopo la modifica degli artt. 547 e 548 cod. proc. civ. di cui alle leggi citate, anche a seguito di dichiarazione mancata o rifiutata), senza che sia stato necessario procedere all’accertamento dell’obbligo del terzo (con giudizio ordinario ovvero, dopo le modifiche anzidette, con accertamento incidentale dinanzi al giudice dell’esecuzione) essa costituisce titolo esecutivo nei confronti del terzo assegnato; tuttavia, è un titolo esecutivo che si è formato in un giudizio del quale il terzo non è stato mai parte.

Questa situazione processuale vale a distinguere l’ordinanza di assegnazione ex art. 553 cod. proc. civ. da ogni altro titolo giudiziale che venga azionato esecutivamente

nei confronti della parte che è stata tale nel giudizio in cui il titolo si è formato.

Solo in tale ultima eventualità si giustifica sistematicamente la previsione dell'art. 479, ult. co., cod. proc. civ. che consente al creditore di notificare il titolo in forma esecutiva contestualmente al precetto: il legislatore del codice ha dato per scontato che il debitore esecutato, essendo stato parte, appunto, nel processo in cui il titolo esecutivo si è formato, lo conosca e, malgrado ciò, non vi abbia prestato spontanea esecuzione.

Vi è un'altra norma che corrobora, a contrario, la conclusione appena raggiunta. L'art. 477 comma primo cod. proc. civ. prevede, infatti, che il titolo esecutivo contro il defunto ha efficacia contro gli eredi "ma si può loro notificare il precetto solo dopo dieci giorni dalla notificazione del titolo". La ratio del divieto di notificazione contestuale di titolo esecutivo e di precetto è la medesima: poiché i destinatari erano estranei al processo in cui il titolo esecutivo si è formato (pur se subentrati nella posizione debitoria in qualità di successori del defunto), se ne presume l'incolpevole mancata spontanea esecuzione per la presunzione di non conoscenza di un titolo non formatosi nei loro confronti.

La medesima ratio ha indotto la giurisprudenza di legittimità ad estendere la disciplina processuale dell'art. 477, comma primo, cod. proc. civ. alle ipotesi di c. d. efficacia espansiva del titolo esecutivo (nelle quali questo è utilizzabile nei confronti di soggetti diversi sia da quello contemplato nel titolo sia dal suo successore in senso stretto), come per il socio rispetto alla società di persone e per il singolo condomino rispetto al condominio. Al riguardo, si è espressamente affermato che il titolo esecutivo formatosi nei confronti dell'ente collettivo debba essere notificato, nei confronti del singolo, prima e separatamente dal precetto (cfr. Cass. n. 1289/12).

Nel caso in esame peraltro vi è la complicazione costituita dal fatto che l'ordinanza di assegnazione non è titolo esecutivo contro il debitore originario (cfr., da un ultimo Cass. ord. 30457/11) ma soltanto contro il terzo assegnato.

Pertanto non ci si trova in presenza di un fenomeno successorio né di un fenomeno di espansione soggettiva del titolo esecutivo. Piuttosto, in linea di continuità con la sentenza n. 3297/03 che ha fatto propria una autorevole tesi dottrinale, per la quale non sarebbe coerente con le finalità della legge che un procedimento espropriativo si chiuda con un provvedimento avente efficacia soltanto dichiarativa), va affermato che si determina una cessione coattiva del credito, con una modificazione soggettiva dell'originario rapporto tra il debitore esecutato ed il suo debitore, terzo pignorato (cfr. Cass. n. 394/68). Di questa modificazione soggettiva, quest'ultimo non può non essere informato in base al principio generale desumibile dall'art. 1264, comma primo, cod. civ. dettato per la cessione del credito. In sintesi, se è vero che l'assegnazione determina la sostituzione del creditore pignorante al creditore-debitore pignorato sicché il terzo è tenuto ad adempiere nei confronti dell'assegnatario, questo effetto per il terzo assegnato si determina soltanto quando egli venga a conoscenza del provvedimento di assegnazione (arg. ex art. - 1264, comma primo, cod. civ.).

Poiché il terzo non è parte del processo esecutivo, anche se sia comparso in udienza a rendere la dichiarazione ai sensi dell'art. 547 cod. proc. civ. (nel testo originario, ovvero ai sensi dell'art. 548 cod. proc. civ., nel testo risultante dalle modifiche di cui sopra), non è applicabile nei suoi confronti l'art. 176, comma secondo cod. proc. civ. Pertanto, la conoscenza dell'ordinanza di assegnazione da parte del terzo dovrà essere assicurata altrimenti.

Soltanto dopo che il terzo, messo a conoscenza dell'ordinanza di assegnazione, sia per ciò messo in condizione di

darvi spontanea esecuzione, potrà configurarsi un inadempimento del terzo nei confronti del creditore assegnatario (restando così superate le contrarie affermazioni contenute nel precedente di cui a Cass. n. 9888/95): quindi, soltanto dopo questo momento potrà essere avviata l'azione esecutiva nei confronti del terzo che non abbia spontaneamente adempiuto (atteso che, come si afferma nella sentenza n. 5368/03, che ha disposto il rinvio, "è generalmente ammesso che l'inadempimento del terzo debba potersi superare dal creditore ed il modo non possa esserne rappresentato che da una esecuzione forzata per espropriazione". Tutto ciò comporta che – ferma restando la valutazione caso per caso rimessa al giudice del merito – il terzo possa essere considerato inadempiente soltanto dopo il decorso di un termine ragionevole dalla presa d'atto dell'avvenuta assegnazione – tale dovendosi intendere un termine almeno non inferiore a dieci giorni (arg. ex art. 477, comma primo, nonché ex art. 480, comma primo cod. proc. civ.).

Giova aggiungere che potrebbe essere opportuno che, emettendo l'ordinanza di assegnazione, il giudice dell'esecuzione ne differisca l'effetto esecutivo, fissando egli questo termine, decorrente dalla conoscenza del provvedimento da parte del terzo, prima del quale il credito in essa contemplato non sia esigibile.

Va allora affermato il seguente principio di diritto: "In tema di esecuzione mobiliare presso terzi l'ordinanza con la quale il giudice dell'esecuzione, ai sensi dell'art. 553, cod. proc. civ., assegna in pagamento al creditore procedente la somma di cui il terzo pignorato si è dichiarato debitore nei confronti del debitore espropriato costituisce titolo esecutivo nei confronti del terzo ed a favore dell'assegnatario ma acquista tale efficacia soltanto dal momento in cui sia portata a conoscenza del terzo assegnatario o dal momento successivo a tale conoscenza che sia specificamente indicato nell'ordinanza di assegnazione".

Corollari di questo principio diritto sono i seguenti:

– il creditore procedente potrà comunicare l'ordinanza di assegnazione al terzo ovvero potrà notificargli lo stesso provvedimento in forma esecutiva; ma, in tale seconda eventualità, non potrà essere contestualmente intimato il precetto, risultando inapplicabile il disposto dell'art. 479, comma terzo, cod. proc. civ.;

– se tuttavia il precetto venga redatto di seguito all'ordinanza di assegnazione e notificato insieme con questa, senza che sia stato preceduto dal la comunicazione dell'ordinanza al terzo assegnato (e/o dalla concessione di un termine adeguato per adempiervi), si potrà configurare un abuso dello strumento esecutivo nei confronti del terzo assegnato, non ancora inadempiente (o non colpevolmente inadempiente). In proposito, il principio di diritto di cui sopra si specifica nell'affermazione per la quale "se l'ordinanza di assegnazione pronunciata ai sensi dell'art. 533 cod. proc. civ. viene notificata al terzo in forma esecutiva contestualmente all'atto di precetto, senza che gli sia stata preventivamente comunicata né altrimenti resa nota, è inapplicabile l'art. 95 cod. proc. civ. e le spese sostenute per il precetto restano a carico del creditore procedente". Il corrispondente vizio del precetto per la parte in cui sono pretese tali spese, può essere fatto valere mediante opposizione all'esecuzione, in quanto si contesta il diritto del creditore di procedere esecutivamente per il rimborso delle somme auto-liquidate nel precetto.

Dal momento che la Corte d'Appello di Catanzaro, nel decidere un'opposizione di tale contenuto, ha presupposto che in tanto queste spese potessero essere rimborsate in quanto il terzo fosse inadempiente, la censura di violazione di legge mossa col primo motivo si rivela del tutto infondata, alla stregua dei principi appena enunciati. – *Omissis*.

Sulla ritardata esecutività dell'ordinanza di assegnazione del credito verso il terzo

Giorgio Frus

Nell'espropriazione presso terzi, la pronuncia annotata attribuisce efficacia esecutiva all'ordinanza di assegnazione del credito dopo un termine dilatorio, fissato dal giudice o, in mancanza, individuato analogicamente in dieci giorni decorrenti dalla notificazione del titolo esecutivo

Premessa sulla fattispecie

Il contesto processuale in cui è sorta la *quaestio iuris* affrontata nella sentenza si colloca nell'espropriazione presso terzi, successivamente all'ordinanza di assegnazione del credito pignorato *ex art. 553 c.p.c.*

Qualora si riconosca a tale provvedimento natura di titolo esecutivo verso il terzo¹, ci si domanda se il creditore possa notificarla al terzo unitamente all'atto di precetto con la richiesta delle relative spese, ovvero se, non essendo ancora stato formalmente constatato un colpevole inadempimento del terzo, si debba dapprima notificare la sola ordinanza e solo dopo aver atteso un termine ragionevole, in caso di perdurante inadempimento, si possa intimare il pagamento del dovuto con l'atto di precetto.

Nella fattispecie, infatti, avendo il creditore assegnatario minacciato di agire esecutivamente in danno del terzo pignorato con la notifica dell'ordinanza di assegnazione unitamente all'atto di precetto, il terzo aveva proposto un'opposizione esecutiva, contestando di essere tenuto al pagamento delle spese dell'atto di precetto, in mancanza della preventiva constatazione di un suo inadempimento all'obbligo portato dal titolo esecutivo.

Le doglianze del terzo erano state condivise dal giudice di merito, avendo reputato che il terzo potesse essere considerato inadempiente (e, pertanto, destinatario delle spese dell'atto di precetto) solo dopo che esso, nonostante la notifica della (sola) ordinanza di assegnazione del credito, avesse “tenuto una condotta inadempiente all'ordine del giudice in essa contenuto”. Da qui la negazione del diritto al pagamento delle spese dell'atto di precetto.

Il creditore procedente ha censurato in cassazione tale decisione, richiamandosi all'orientamento di legittimità secondo cui l'ordinanza di assegnazione vale come titolo esecutivo nei confronti del terzo pignorato e pertanto, una volta spedita in forma esecutiva, legittimamente può essere notificata con l'atto di precetto al terzo, secondo quanto consentito dall'art. 479, 3° comma, c.p.c., con l'autoliquidazione delle ulteriori spese².

Il percorso argomentativo della sentenza annotata

La corte di cassazione rigetta il ricorso con un ragionamento che si articola nei seguenti passaggi argomentativi:

– sono condivisibili le premesse sistematiche poste da Cass. n. 3976/2003 cit.³, la quale, riconoscendo la natura di titolo esecutivo verso il terzo dell'ordinanza di assegnazione *ex art. 553 c.p.c.*, non ha ravvisato ostacoli alla possibilità di notificarla unitamente all'atto di precetto, autoliquidando le relative spese, conformemente a quanto affermato già da Cass. n. 394/1968⁴;

– vanno però effettuate alcune precisazioni, che inducono a modificare le conclusioni di tali decisioni;

– occorre infatti distinguere tra l'ipotesi in cui l'ordinanza di assegnazione si fonda (i) sulla sola dichiarazione del terzo, ovvero (ii) sull'accertamento giudiziale di cui all'art. 549 c.p.c., poiché (i) nel primo caso il terzo non è parte del processo esecutivo, a differenza (ii) del secondo caso, in cui viene direttamente coinvolto nel procedimento di accertamento;

– dunque, quando l'ordinanza di assegnazione consegue alla dichiarazione positiva e incontestata del terzo, viene pronunciata all'esito di un giudizio di cui il terzo non è stato parte;

– tale situazione, secondo la corte, “vale a distinguere l'ordinanza di assegnazione *ex art. 553 c.p.c.* da ogni altro titolo giudiziale che venga azionato esecutivamente nei confronti della parte che è stata tale nel giudizio in cui il titolo si è formato”;

– solo in quest'ultimo caso si giustifica la regola di cui all'art. 479, 3° comma, c.p.c., che, non a caso, è derogata dall'art. 477, 1° comma, c.p.c., nei confronti degli eredi del debitore defunto, i quali beneficiano di un termine dilatorio di dieci giorni tra la notificazione del titolo esecutivo e dell'atto di precetto, poiché, essendo estranei al processo di formazione del titolo, “se ne presume l'incolpevole mancata spontanea esecuzione per la presunzione di non conoscenza di un titolo non formatosi nei loro confronti”;

– la giurisprudenza ha espanso tale regola anche al caso in cui il titolo esecutivo ottenuto verso il condo-

¹ Tema su cui le opinioni degli interpreti non sono sempre state unanimi, come si vedrà *infra*

² In tal senso, cfr., da ultimo, Cass., 3 giugno 2015, n. 11493, in *Rep. Foro It.*, 2015, voce “Esecuzione per obbligazioni pecuniarie”, n. 118, pubblicata per esteso in *www.lanuovaproceduracivile.com*, 2015, secondo cui “anche quando il titolo esecutivo è costituito dall'ordinanza di assegnazione *ex art. 553 c.p.c.*, il creditore assegnatario... può agire esecutivamente, in forza dello stesso titolo, non solo per la somma indicata, comprensiva delle spese liquidate dal giudice del processo esecutivo in cui è stata pronun-

ciata, ma anche per le spese successive necessarie alla sua attuazione, come le spese di registro o quelle per le copie o per la notificazione. Queste spese, così come i compensi per la correlata attività del procuratore *ad litem*, non possono che essere autoliquidati nel precetto”; conf. Cass., 18 marzo 2003, n. 3976, in *Riv. Esec. Forz.*, 2003, 708, con nota di Groppoli, *Sulla efficacia esecutiva dell'ordinanza di assegnazione nell'espropriazione presso terzi*

³ Cfr. nota 1.

⁴ Cfr. Cass., 5 febbraio 1968, n. 394, in *Foro It.*, 1968, I, 944.

minio è fatto valere nei confronti del singolo condomino⁵;

– nel caso in esame, l'ordinanza di assegnazione determina una cessione coattiva del credito verso il terzo, dal debitore esecutato al creditore procedente;

– in base al principio generale desumibile dall'art. 1264 c.c. il terzo, divenuto coattivamente debitore ceduto con l'ordinanza di assegnazione ex art. 553 c.p.c., deve essere informato della cessione e, pertanto, sarà tenuto ad adempiere verso l'assegnatario solo quando venga a conoscenza dell'ordinanza di assegnazione;

– egli potrà pertanto essere considerato colpevolmente inadempiente solo dopo un termine ragionevole (individuato in quello di almeno dieci giorni, di cui all'art. 477 c.p.c.) dalla conoscenza dell'avvenuta cessione coattiva, per il tramite della notificazione dell'ordinanza di assegnazione;

– la corte suggerisce altresì al giudice dell'esecuzione di differire l'effetto esecutivo dell'ordinanza di assegnazione, fissando egli stesso un termine, decorrente dalla conoscenza del provvedimento da parte del terzo, prima del quale il credito non sia esigibile;

– all'esito di tale ragionamento, la corte ritiene che il creditore procedente possa comunicare al terzo l'ordinanza di assegnazione, ovvero notificarla in forma esecutiva, ma non unitamente all'atto di precetto, per evitare di incorrere in un "abuso dello strumento esecutivo nei confronti del terzo assegnato, non ancora inadempiente (o non colpevolmente inadempiente)";

– qualora, come nel caso di specie, tale regola non sia stata osservata, il vizio del precetto potrà essere fatto valere dal terzo con l'opposizione all'esecuzione, in quanto si contesta il diritto del creditore di procedere esecutivamente per il rimborso delle somme autorizzate nel precetto.

Il panorama interpretativo sull'art. 553 c.p.c. e la presente sentenza

La natura di titolo esecutivo dell'ordinanza di assegnazione del credito pignorato, all'esito dell'espropriazione presso terzi, non è sempre stata universalmente riconosciuta.

Il problema nasce dal dettato dell'art. 474 c.p.c., chiarissimo nel qualificare come titoli esecutivi solo i provvedimenti giudiziali cui la legge attribuisce "espressamente" tale efficacia, mentre sia l'art. 507 c.p.c. (il quale disciplina la forma del provvedimento di assegnazione), sia l'art. 553 c.p.c. (che ne regola l'operatività) tacciono al riguardo, così inducendo a dubitare che l'interprete, nel silenzio della legge, possa sostituirsi al silenzio del legislatore⁶.

Il tentativo, operato in passato dalla giurisprudenza, di attribuire efficacia esecutiva a tale ordinanza riconoscendole una natura decisoria e la sostanza di una sentenza di condanna nei confronti del terzo⁷ non è stato condiviso da una parte della dottrina, che ha obiettato come, così ragionando, si operasse un'indebita confusione tra accertamento del credito e sua attribuzione all'assegnatario. In altri termini, si riteneva che con tale ordinanza il giudice dell'esecuzione non operasse alcun accertamento, ma un mero trasferimento del credito⁸, con una "sostituzione subiettiva dell'assegnatario all'espropriato"⁹, e che ciò non implicasse alcuna efficacia esecutiva del provvedimento¹⁰.

In senso contrario si è però osservato come tale ordinanza, costituendo l'atto finale di un'espropriazione forzata, non potrebbe raggiungere lo scopo satisfattorio del processo esecutivo se non avesse efficacia esecutiva¹¹.

Cosicché una lettura sistematica delle norme disciplinanti l'espropriazione forzata presso terzi¹² non può far dubitare che tale ordinanza abbia efficacia di titolo esecutivo¹³, anche perché, diversamente opinando, si "punirebbe" ingiustamente il creditore procedente, costringendolo ad un nuovo giudizio di cognizione nei confronti del terzo pignorato¹⁴.

Attualmente, pertanto, risulta prevalente la tesi che attribuisce efficacia esecutiva all'ordinanza in oggetto, e, sulla base di tale premessa, finora la giurisprudenza non ha dubitato dell'applicabilità anche a tale ipotesi dell'art. 479, 3° comma, c.p.c.¹⁵.

Partendo dalla medesima premessa, invece, la sentenza annotata giunge a diverse conclusioni, per l'ipotesi in cui l'ordinanza sia stata emanata a seguito di

⁵ Cfr. Cass., 30 gennaio 2012, n. 1289, in *Giust. Civ.*, 2012, I, 935, con nota di Izzo, *La parziarietà del condominio e la solidarietà nella comunione ordinaria pro indiviso: la riconferma della cassazione e le questioni circa l'esecuzione forzata del titolo esecutivo ottenuto nei confronti del condominio*.

⁶ Cfr. Micheli, *Esecuzione forzata*, in *Commentario del codice civile* a cura di Scialoja e Branca, *Libro VI, Della tutela dei diritti*, Bologna-Roma, 1964, 153; Colesanti, *In tema di efficacia esecutiva dell'ordinanza di assegnazione del credito pignorato*, in *Giur. It.*, 1969, I, 125 ss.; Bucolo, *Il pignoramento e il sequestro presso il terzo*, Padova, 1986, 298; Bove (Capponi-Martinetto-Sassani), *L'espropriazione forzata*, in *Giur. Sist. di Diritto Process. Civ.*, Torino, 1988, 385.

⁷ Cfr. Cass., 5 febbraio 1968, n. 394, cit.

⁸ Così Bove, *op. cit.*, 384.

⁹ Cfr. Colesanti, *op. cit.*, 125; per l'esclusione del carattere decisorio dell'ordinanza di assegnazione del credito cfr. anche Ricci, *Il rifiuto di assegnazione del credito pignorato e l'art. 111, 2° comma, Cost.*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1968, 116; Bucolo, *op. cit.*, 300;

Rigosi, *Spunti sulla natura e sul regime dell'ordinanza di assegnazione del credito*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1984, 302; Saletti, *Processo esecutivo e prescrizione*, Milano, 1992, 215.

¹⁰ Cfr. Manfelotto, *Natura dell'ordinanza di assegnazione e sua efficacia esecutiva nei confronti del terzo pignorato*, in *Arch. Ric. Giur.*, 1964, 644 e segg.; Cordopatri, *Posizione e tutela del debitor debitoris nel processo di espropriazione*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1976, 839 e segg.

¹¹ Cfr. Rigosi, *op. cit.*, 306 e segg.; Sparano, *L'espropriazione forzata e i diritti di credito*, Napoli, 1958, 216.

¹² Cfr. Cass., 18 marzo 2003, n. 3976, cit., in motivazione.

¹³ In tal senso, cfr. Soldi, *Manuale dell'esecuzione forzata*, Milano, 2016, 1136 e seg.; Tiscini, *Considerazioni intorno natura, effetti e regime dell'ordinanza di assegnazione del credito ex art. 553 c.p.c.*, in *Riv. Esec. Forz.*, 2012, 4 e segg., con la dottrina ivi citata.

¹⁴ Cfr. Pappalardo, *Il pignoramento presso terzi: procedimento e questioni controverse*, in *Riv. Esec. Forz.*, 2002, 112.

¹⁵ Cfr. nota 2.

dichiarazione incontestata del terzo, che, non essendo parte del processo esecutivo, non ne ha potuto avere conoscenza, imponendo al creditore di renderla preventivamente nota al terzo con una comunicazione o con una notificazione.

Per contro, qualora il creditore decida di notificarla già spedita in forma esecutiva, non potrà dar seguito all'esecuzione forzata prima di un termine ragionevole (individuato dalla corte in non meno di dieci giorni, in analogia a quanto disposto dagli artt. 477 e 480 c.p.c.), poiché, prima di quel momento, il terzo non potrà essere considerato colpevolmente inadempiente.

La ragione della *regula iuris* creata in via interpretativa dalla corte è individuata nell'unicità di tale fattispecie giuridica, perché l'ordinanza *ex art. 553 c.p.c.* fondata sulla dichiarazione incontestata del terzo, essendosi formata in un giudizio di cui il terzo non è stato parte, renderebbe inapplicabile l'art. 479, 3° comma, c.p.c., la cui giustificazione sistematica sarebbe da ravvisare nel fatto che il debitore esecutato, essendo stato parte del processo in cui il titolo esecutivo giudiziale si è formato, pur conoscendolo ha deciso di non adempiere.

Osservazioni e dubbi sul principio affermato dalla corte

Il ragionamento della corte, pur suggestivo e dotta-mente argomentato, si presta ad alcune osservazioni.

In primo luogo, pare riduttivo riferire l'ult. comma dell'art. 479 c.p.c., sul piano sistematico, unicamente a titoli esecutivi formati in processi di cui il debitore esecutato è stato parte, posto che la regola ivi prevista non è limitata ai titoli esecutivi giudiziali, ma anche a quelli stragiudiziali, in cui un precedente procedimento, per definizione, manca del tutto: segno che la partecipazione diretta del debitore esecutato al processo in cui si è generato il titolo non è stata ritenuta dal legislatore, contrariamente a quanto opinato dalla corte, fattore scriminante per la sua applicazione.

In senso contrario, si potrebbe peraltro obiettare che la genesi dei titoli extragiudiziali non può prescindere dalla partecipazione del debitore esecutato, il quale, pertanto, non può addurre la sua ignoranza sull'esistenza del titolo, per giustificare il suo inadempimento prima della notificazione contestuale di titolo esecutivo e atto di precetto.

Se, tuttavia, poniamo mente allo stato psicologico di conoscenza della formazione del titolo da parte del debitore esecutato, forse non sono ravvisabili differenze così marcate tra la posizione del soggetto escusso con un titolo esecutivo giudiziale e quella del terzo pignorato, escusso sulla base dell'ordinanza di assegnazione *ex art. 553 c.p.c.*

Infatti, il terzo pignorato che rende al creditore pignorante una dichiarazione positiva sull'esistenza del

credito, nell'ambito del processo di espropriazione forzata presso terzi sa che delle due l'una: o la sua dichiarazione sarà contestata, con la conseguente necessità di accertarla ai sensi dell'art. 549 c.p.c.; ovvero, in caso contrario, ad essa seguirà normalmente¹⁶ l'ordinanza di assegnazione *ex art. 553 c.p.c.*

Ed allora, la sua posizione psicologica non si differenzia molto da quella di un debitore di un canone di locazione relativo ad un contratto di locazione stipulato con scrittura privata molti anni prima dell'ipotesico suo inadempimento, che sa (o meglio, dovrebbe ricordare) che in caso di mancato spontaneo pagamento del canone di locazione potrà subire un'azione esecutiva; così come il terzo pignorato, dopo la sua dichiarazione, dovrebbe sapere che, se non riceve ulteriori comunicazioni sul processo esecutivo (per l'eventuale accertamento *ex art. 549 c.p.c.*) dovrà adempiere nei confronti del creditore precedente il debito che in precedenza aveva verso il debitore pignorato.

Del resto, con la regola di cui all'art. 479, 3° comma, c.p.c., enunciata senza eccezioni di sorta per qualsiasi titolo esecutivo, il legislatore ha addirittura accettato il rischio che sia escusso esecutivamente con titolo esecutivo e precetto una parte non legittimata, come il soggetto nei cui confronti sia fatta valere, ad esempio, una scrittura privata autenticata di cui la parte neghi la sottoscrizione.

Anche in tal caso, estremo, si è ritenuto che costituisca sufficiente forma di bilanciamento degli opposti interessi il potere del soggetto esecutato di proporre un'opposizione all'esecuzione, se del caso in via preventiva, per il tramite di un'opposizione a precetto, con la richiesta di sospensione dell'esecutività del titolo esecutivo.

D'altro canto, è vero che, come nota la corte, l'art. 1264 c.c. impone di rendere edotto il debitore ceduto della cessione del credito, ma è altrettanto vero che nel nostro caso la normativa processuale – che si presume conosciuta da tutti i consociati – assolve in via preventiva a tale compito, laddove chiarisce che in caso di dichiarazione positiva incontestata del terzo il credito pignorato sarà assegnato al creditore procedente.

In sintesi finale, la premessa di totale ignoranza da parte del terzo pignorato di dover adempiere nei confronti del creditore procedente, posta dalla corte di cassazione alla base del proprio percorso interpretativo, non sembra così assoluta e dirimente e, comunque, forse non è tale da giustificare una deroga alla regola di cui all'art. 479, 3° comma, c.p.c., dettata dal legislatore senza eccezioni di sorta, per tutti i titoli esecutivi, sia giudiziali che stragiudiziali¹⁷.

Quanto al rischio che il terzo pignorato, pur desideroso di adempiere spontaneamente nei confronti del creditore pignorante, assegnatario del credito, sia ingiustamente gravato dalle spese del precetto, lo si

¹⁶ Tranne in casi particolari, probabilmente solo di scuola, come quello in cui nel frattempo il debitore pignorato adempia il suo debito nei confronti del creditore procedente.

¹⁷ Così come ha rilevato, con riferimento all'ordinanza *ex art. 553 c.p.c.*, la precedente giurisprudenza, criticata dalla corte di cassazione nella sentenza annotata.

può forse adeguatamente contrastare gravando il terzo dell'onere di comunicare al creditore, o con la sua dichiarazione ex art. 547 c.p.c., ovvero con una successiva comunicazione, la sua disponibilità ad uno spontaneo adempimento del suo obbligo; di talché in tal caso – e solo in tal caso – potrà configurarsi quell'“abuso dello strumento esecutivo”, stigmatizzato dalla corte nella sentenza annotata, nella minaccia del creditore procedente di agire esecutivamente, effettuata con la notifica contestuale di titolo esecutivo e atto di precetto.

Procura alle liti e garanzia impropria

Cassazione civile, Sez. un., 14 marzo 2016, n. 4909 – Pres. Amoroso – Rel. Scarano – New Impre Service s.r.l. (avv. D'Alessandro) – Condominio di (*omissis*). *Rigetta il ricorso.*

Processo civile – Procura alle liti c.d. generica – Azione di garanzia impropria – Potere del difensore di esperirla – Sussistenza

La procura alle liti, conferita in termini ampi e comprensivi, è idonea ad attribuire al difensore il potere di esperire tutte le azioni necessarie o utili per il conseguimento del risultato a tutela dell'interesse dell'assistito, ivi compresa l'azione di garanzia impropria anche se non espressamente prevista. (Massima non ufficiale)

Omissis. – *Motivi della decisione.* Con il primo motivo la ricorrente denuncia “violazione e falsa applicazione” degli artt. 75, 82, 83, 84, 164, 167 e 269 c.p.c., art. 1130 c.c., in relazione all'art. 360 c.p.c., comma 1, n. 3.

Si duole che la corte di merito abbia erroneamente ritenuto ammissibile la sua chiamata in causa da parte del difensore del Condominio, pur difettando il medesimo di procura ad litem al riguardo.

Lamenta non potersi ritenere deporre per la relativa sussistenza l'espressione “ogni facoltà” contenuta nella procura ad litem rilasciata al predetto difensore dall'amministratore del Condominio per l'esperimento di azione monitoria nei confronti dei condomini G.M.L. e M.G. (quali eredi del defunto sig. M.S.), “in quanto morosi nel pagamento delle spese condominiali”, e non anche per la proposizione di “azione di responsabilità nei confronti di soggetti terzi”.

Si duole non essersi dalla corte di merito considerato che “per l'ulteriore azione, esperita nei confronti della New Impre s.r.l., l'Amministratore avrebbe dovuto munirsi a sua volta dell'autorizzazione dell'assemblea condominiale in quanto trattavasi di azione non esperibile in via autonoma a mente dell'art. 1130 c.c.”.

Lamenta che “anche a voler condividere il principio del conferimento implicito del potere di chiamata in causa di terzo... nella comparsa di costituzione manca qualsiasi procura alle liti da cui inferire l'implicito mandato da parte del condominio: l'unica procura è quella apposta in calce al ricorso per decreto ingiuntivo”, che “legittimava il difensore del Condominio... per ogni fase e grado del processo, ma per agire esclusivamente contro i Sig.ri M. e non anche nei confronti di terzi estranei alla vicenda”, sicché la sua chiamata in causa è “affetta da nullità assoluta per difetto di procura e, quindi, di legittimazione da parte del difensore

Sembra dunque possibile una prognosi dubitativa sul consolidamento del principio di diritto affermato dalla corte nella sentenza qui annotata, perché, senza giungere ad affermazioni assolute e generali, la sussistenza del rimedio dell'opposizione all'esecuzione (anche per il tramite dell'opposizione a precetto), riconosciuto alla parte che si ritenga ingiustamente minacciata dall'esecuzione, pare costituire un sufficiente strumento per consentire di valutare, caso per caso, se siano o meno dovute le spese dell'atto di precetto richieste dal creditore procedente.

ad esercitare lo ius postulandi nei confronti della New Impre Service s.r.l.”, in quanto “la carenza di ius postulandi in capo al difensore si traduce in un difetto di legitimatio ad causam e ad processum, che come è noto costituisce un presupposto indefettibile per la valida costituzione del contraddittorio e per tale ragione il relativo difetto è rilevabile anche d'ufficio in ogni stato e grado del processo fatti salvi gli effetti del giudicato che, però, nel caso in esame non possono neppure essere adombrati”, avendo in ogni caso “tempestivamente eccepito l'inammissibilità della propria chiamata in causa già con la comparsa di costituzione”, a tale stregua pertanto impedendo “la valida costituzione del contraddittorio sulla nuova res litigiosa dedotta dal difensore del condominio in carenza di valida procura alle liti”.

Il motivo è infondato e va rigettato nei termini di seguito indicati.

Emerge dall'impugnata sentenza che la corte di merito ha nel caso respinto l'eccezione sollevata dall'odierna ricorrente di “inammissibilità della propria chiamata in causa per inesistenza di idonea procura ad hoc in capo al difensore del Condominio” sulla base di una doppia ratio decidendi.

Ha al riguardo in particolare affermato essere “agevole osservare” che tale eccezione risulta “intrinsecamente smentita” in ragione del “tenore della procura ad litem rilasciata al legale del Condominio (“... ogni facoltà”).

Ha quindi rilevato essere essa altresì tardiva, in quanto “sollevata soltanto nella comparsa conclusionale di primo grado”, “con piena accettazione” pertanto “del contraddittorio svoltosi sino a quel momento”.

La Sezione rimettente ha invero ravvisato il “latente o inconsapevole” contrasto segnalato nell'ordinanza interlocutoria di rimessione al Primo Presidente con riferimento a quest'ultima ratio.

Ritengono queste Sezioni Unite che la causa possa e debba essere invece decisa alla stregua della prima delle suindicate rationes.

La procura alle liti è l'atto formale con il quale si attribuisce al difensore lo ius postulandi, il “ministero” di rappresentare la parte nel processo (cfr. Cass., Sez. Un, 7/3/2005, n. 4814).

La procura ad litem ex art. 83 c.p.c. è negozio unilaterale processuale, formale ed autonomo (v. Cass., 23/11/1979, n. 6113), che investe della rappresentanza in giudizio il difensore e si distingue dal presupposto rapporto c.d. interno, il quale ha fonte nel contratto di prestazione d'opera professionale stipulato tra quest'ultimo e la parte – o chi per essa – (v. Cass., 24/2/2010, n. 4489; Cass., 4/4/1997, n. 2910; Cass., 8/6/1996, n. 5336; Cass., 26/1/1981, n. 579; Cass., 6/12/1971, n. 3547), restando insensibile alla sorte del contratto di patrocinio (v. Cass., 2/9/1997, n. 8388).

La legge non determina il contenuto necessario della procura, limitandosi a distinguere tra procura generale e speciale (art. 83 c.p.c., comma 2), e a stabilire che il difensore può compiere e ricevere, nell'interesse della parte, tutti gli atti del processo che dalla legge non sono ad essa espressamente riservati, mentre non può compiere atti che importano disposizione del diritto in contesa, se non ne ha ricevuto espressamente il potere (art. 84 c.p.c.).

Affermatosi che il contenuto della procura alle liti è determinato dalla natura del rapporto controverso e dal risultato perseguito dal mandante nell'intentare la lite o nel resistere ad essa (v. Cass., 18/4/2003, n. 6264; Cass., 4/4/1997, n. 2910; Cass., 6/3/1979, n. 1392), si è al riguardo da queste Sezioni Unite posto quindi in rilievo che, come "efficacemente sottolineato" anche in dottrina, i poteri processuali risultano al difensore attribuiti direttamente dalla legge, con la procura la parte realizzando "semplicemente una scelta ed una designazione", e non anche un'"attribuzione di poteri", al cui riguardo la volontà della parte è pertanto "irrilevante", potendo assumere invero rilievo esclusivamente al fine della eventuale limitazione dei "poteri del procuratore derivanti dalla legge" (v. Cass., Sez. Un., 14/9/2010, n. 19510. E già Cass., 13/7/1972, n. 2373).

Alla procura alle liti, in assenza di specifica regolamentazione, si applica la disciplina codicistica sulla rappresentanza e sul mandato, avente carattere generale rispetto a quella processualistica (v.

Cass., Sez. Un., 4/5/2006, n. 10209; Cass., Sez. Un., 28/7/2005, n. 15783; Cass., Sez. Un., 6/8/2002, n. 11759. Cfr. altresì, in ordine all'applicabilità al mandato alle liti dei criteri ermeneutici di cui all'art. 1362 ss. c.c., Cass., Sez. Un., 4/5/2006, n. 10209; Cass., 7/1/2004, n. 47; Cass., 3/2/1999, n. 921; Cass., 10/3/1998, n. 2646; Cass., 7/5/1997, n. 3966), ivi ricompreso in particolare il principio generale posto all'art. 1708 c.c. secondo cui il mandato comprende tutti gli atti necessari al compimento dell'incarico conferito (v. Cass., 18/4/2003, n. 6264; Cass., 4/4/1997, n. 2910; Cass., 6/3/1979, n. 1392).

Pur in presenza di una procura ad litem di contenuto scarno e generico, si è ritenuto spettare al difensore, che gode di discrezionalità tecnica (salva la responsabilità verso il mandante per l'eventuale inosservanza delle istruzioni), di impostare la lite e scegliere la condotta processuale più rispondente agli interessi del proprio rappresentato (v. Cass., 7/1/1984, n. 99; Cass., 20/6/1978, n. 3033); proporre tutte le domande comunque ricollegabili all'oggetto originario (v. Cass., 26/7/2005, n. 15619; Cass., 7/4/2000, n. 4356; Cass., 7/2/1995, n. 1393; Cass., 30/10/1981, n. 5736; Cass., 26/3/1979, n. 1745; Cass., 8/1/1977, n. 52; Cass., 13/10/1975, n. 3284); fissare con le conclusioni definitive il thema decidendum, salve le espresse limitazioni del mandato (v. Cass., 13/0/1972, n. 2373).

Si è pertanto riconosciuto il potere del difensore di modificare la condotta processuale in relazione agli sviluppi e agli orientamenti della causa nel senso ritenuto più rispondente agli interessi del proprio cliente (v. Cass., 4/2/2002, n. 1439; Cass., 3/7/1979, n. 3762), nonché di compiere, con effetto vincolante per la parte, tutti gli atti processuali non riservati espressamente alla stessa, come ad esempio consentire od opporsi alle prove avversarie e di rilevarne l'inutilità (v. Cass., 3/7/1979, n. 3762), rinunciare a singole eccezioni o conclusioni, ridurre la domanda originaria e rinunciare a singoli capi della domanda, senza l'osservanza di forme rigorose (v. Cass., 24/9/2013, n. 21848; Cass., 8/1/2002, n. 140; Cass., 10/4/1998, n. 3734; Cass., 15/5/1997, n. 4283; Cass., 28/1/1995, n. 1047; Cass., 1/12/

1994, n. 10268; Cass., 28/10/1988, n. 5859; Cass., 20/6/1978, n. 3033).

Si è viceversa escluso che la procura alle liti consenta al difensore di effettuare atti che importino disposizione del diritto in contesa, come transazione, confessione, rinuncia all'azione o all'intera pretesa azionata dall'attore nei confronti del convenuto, rinuncia agli atti del giudizio (v. Cass., 17/12/2013, n. 28146; Cass., 5/7/1991, n. 7413; Cass., 28/10/1988, n. 5859; Cass., 7/1/1984, n. 99; Cass., 20/6/1978, n. 3033; Cass., 2/8/1977, n. 3396); nonché di introdurre una nuova e distinta controversia eccedente l'ambito della lite originaria (v. Cass., 26/7/2005, n. 15619; Cass., 7/4/2000, n. 4356; Cass., 7/2/1995, n. 1393; Cass., 26/3/1979, n. 1745; Cass., 13/10/1975, n. 3284), non potendo essere validamente utilizzata per un rapporto litigioso soggettivamente e oggettivamente diverso da quello per il quale è stata rilasciata (v. Cass., 18/6/1969, n. 2164; Cass., 18/6/1968, n. 2017).

La procura alle liti conferisce dunque al difensore il potere di proporre tutte le domande che non eccedano l'ambito della lite originaria.

Al riguardo si sono peraltro registrati non univoci orientamenti interpretativi relativamente, in particolare, alla domanda riconvenzionale; all'appello incidentale; alla chiamata in causa di un terzo.

Quanto alla domanda riconvenzionale risulta ormai superato il risalente orientamento restrittivo al riguardo emerso (v. Cass., 7/11/1992, n. 12407; Cass., 4/6/1988, n. 3800), essendosi affermato che il mandato ad litem, anche quando sia conferito in calce alla copia notificata della citazione, attribuisce al difensore la facoltà di proporre tutte le difese che siano comunque ricollegabili all'originario oggetto della causa, e quindi anche la domanda riconvenzionale, atteso che quest'ultima, anche quando introduce un nuovo tema di indagine e mira all'attribuzione di un autonomo bene della vita, resta sempre fondamentalmente connotata dalla funzione difensiva di reazione alla pretesa della controparte (v. Cass., 29/10/2015, n. 22118; Cass., 26/7/2012, n. 13209; Cass., 27/5/2011, n. 11847; Cass., 5/11/2009, n. 23467; Cass., 24/10/2007, n. 22330; Cass., 20/5/2009, n. 11744; Cass., 20/3/2009, n. 6883; Cass., Sez. Un., 15/1/2008, n. 5080; Cass., 7/4/2006, n. 8207; Cass., 2/10/2000, n. 13001; Cass., 7/4/2000, n. 4356; Cass., 5/1/2000, n. 38; Cass., 11/05/1998, n. 4744; Cass., 7/2/1995, n. 1393; Cass., 26/3/1979, n. 1745. E già Cass., 13/10/1975, n. 3284; Cass., 19/6/1973, n. 1811).

Con riferimento all'appello incidentale, queste Sezioni Unite hanno recentemente composto l'insorto contrasto interpretativo pervenendo ad affermare che secondo un'interpretazione costituzionalmente orientata della normativa processuale, idonea a dare attuazione ai principi di economia processuale e di tutela del diritto di azione e di difesa della parte stabiliti dagli artt. 24 e 111 Cost., deve senz'altro riconoscersi al difensore dell'appellato il potere di proporre appello incidentale anche nel caso in cui la procura sia stata apposta in calce alla copia notificata dell'atto di citazione in appello, ossia ad uno degli atti previsti dall'art. 83 c.p.c., comma 3, in quanto la facoltà di proporre tutte le domande ricollegabili all'interesse del suo assistito e riferibili all'originario oggetto della causa è attribuita al difensore direttamente dall'art. 84 c.p.c., e non dalla volontà della parte che conferisce la procura alle liti, rappresentando tale conferimento non un'attribuzione di poteri ma semplicemente una scelta ed una designazione, con la conseguenza che la natura dell'atto con il quale od all'interno del quale viene conferita, o la sua collocazione formale, non costitui-

scono elementi idonei a limitare l'ambito dei poteri del difensore (v. Cass., Sez. Un., 14/9/2010, n. 19510).

In ordine alla chiamata di un terzo in causa, con particolare riferimento al rapporto di garanzia si è nella giurisprudenza di legittimità generalmente ritenuto il difensore del convenuto abilitato dalla procura conferita per resistere alla domanda attrice a chiamare in causa un terzo in garanzia ad. propria (che si ha quando la causa principale e quella accessoria abbiano lo stesso titolo, ovvero quando ricorra una connessione oggettiva tra i titoli delle due domande: v. Cass., 16/4/2014, n. 8898; Cass., 29/07/2009, n. 17688; Cass., 24/01/2007, n. 1515), onde sollevare il proprio assistito dall'eventuale soccombenza nei confronti dell'attore (v. Cass., 31/3/2000, n. 3928; Cass., 29/1/1991, n. 877; Cass., 14/4/1984, n. 2415), o comunque per esigenze difensive (v. Cass., 17/5/1986, n. 3274).

Nel sottolineare che la chiamata in causa del terzo in base ad una normale e generica procura originaria è ammissibile qualora la presenza del medesimo costituisca un'esigenza della difesa nel processo, si è al riguardo in particolare sottolineato che allorquando il convenuto per risarcimento di danni abbia conferito il mandato alle liti "con ogni più ampia facoltà di legge", ed abbia subito indicato quale unico responsabile un terzo, deve ritenersi che la sua reale volontà sia stata quella di conferire al patrono non solo il potere di chiamare in causa il terzo per soddisfare l'esigenza di difesa rispetto alla domanda risarcitoria dell'attore, ma anche il potere di proporre nei confronti del terzo la domanda di risarcimento dei danni, e ciò al fine evidente di conseguire, in un unico processo, la decisione su tutte le pretese (v., con riferimento a caso di scontro di autoveicoli, Cass., 22/7/1991, n. 2421).

Si è viceversa escluso che una siffatta procura consenta al difensore di esperire contro il terzo azioni fondate su un titolo autonomo e distinto, implicanti un'estensione dell'ambito della lite (v. Cass., 16/3/2006, 5817; Cass., 17/5/1986, n. 3274. Cfr. altresì Cass., 26/7/2005, n. 15619; Cass., 7/4/2000, n. 4356; Cass., 7/2/1995, n. 1393; Cass., 24/3/1981, n. 1695; Cass., 12/5/1979, n. 2729; Cass., 26/3/1979, n. 1745; Cass., 13/10/1975, n. 3284).

Tale si è ritenuta, in particolare, la chiamata del terzo in garanzia c.d. impropria che si ha quando il convenuto tenda a riversare su di un terzo le conseguenze del proprio inadempimento in base ad un titolo diverso da quello dedotto con la domanda principale, ovvero in base ad un titolo connesso al rapporto principale solo in via occasionale o di fatto (v. Cass., 16/4/2014, n. 8898; Cass., 24/01/2007, n. 1515; Cass., 30/9/2005, n. 19208), perché risponda in suo luogo, oppure venga condannato a rispondere di quanto sia eventualmente tenuto a prestare all'attore (v. Cass., 8/8/2002, n. 12029). Per la diversa ipotesi della chiamata del terzo responsabile, indicato dal convenuto come l'effettivo titolare passivo della pretesa dedotta in giudizio dall'attore, v. altresì Cass., 29/9/2015, n. 19223; Cass., 7/10/2011, n. 20610; Cass., 7/6/2011, 12317; Cass., 21/10/2008, n. 25559; Cass., 28/1/2005, n. 1748. E già Cass., 19/6/1973, n. 1811.

A tale stregua, si è ad esempio escluso che nel giudizio promosso dal danneggiato da sinistro stradale il difensore del convenuto possa proporre, avvalendosi del mandato ricevuto solo per resistere alla pretesa azionata nei suoi confronti, domanda di garanzia contro l'assicuratore della parte rappresentata (v. Cass., 11/3/1992, n. 2929).

Per la chiamata del terzo in garanzia c.d. impropria si è ravvisato necessario il conferimento espresso al difensore (anche) del relativo potere, se del caso mediante nuova procura, in calce o a margine della citazione in chiamata.

Si è peraltro fatta in ogni caso salva l'ipotesi che l'attribuzione di siffatto potere risulti implicitamente evincibile dal contesto dell'atto cui essa accede; che dall'atto contenente la procura originaria emerga cioè la chiara espressione di volontà della parte di autorizzare il difensore (anche) alla chiamata in garanzia impropria (v. Cass., 29/9/2009, n. 20825; Cass., 25/5/2007, n. 12241; Cass., 17/3/2005, n. 5768; Cass., 2/12/1998, n. 12223; Cass., 21/5/1998, n. 5083; Cass., 19/11/1987, n. 8534; Cass., 27/7/1983, n. 5151; Cass., 23/3/1977 n. 1136; Cass., 18/6/1968, n. 2017).

La verifica della effettiva estensione della procura rilasciata al difensore si è affermato costituire un obbligo del giudice, a garanzia non tanto delle controparti quanto della stessa parte che l'ha rilasciata, perché la medesima non risulti esposta al rischio del coinvolgimento in un'ulteriore controversia non voluta, in ragione dell'autonoma iniziativa del proprio difensore (v. Cass., 22/11/1996, n. 10307).

Si è da queste Sezioni Unite posto d'altro canto in rilievo come il difetto di *ius postulandi* ridondi invero sul piano della valida instaurazione del contraddittorio (v. Cass. Sez. Un., 1/6/2002, n. 9556).

Orbene, va osservato come dal principio affermato da queste Sezioni Unite in base al quale i poteri del difensore discendono direttamente dalla legge, la procura valendo solamente a realizzare la scelta e la designazione dell'avvocato e a far emergere la relativa (più o meno ampia) eventuale limitazione in base alla volontà della parte (v. Cass., Sez. Un., 14/9/2010, n. 19510), deve correttamente trarsene, quale ulteriore corollario, che la procura, ove risulti come nella specie conferita in termini ampi e comprensivi ("con ogni facoltà"), in base a un'interpretazione costituzionalmente orientata della normativa processuale idonea a dare attuazione ai principi di tutela del diritto di azione e di difesa nonché di economia processuale (artt. 24 e 111 Cost.) deve intendersi come idonea ad attribuire al difensore il potere di esperire tutte le azioni necessarie o utili per il conseguimento del risultato a tutela dell'interesse della parte assistita.

Ivi ricompresa, pertanto, l'azione di garanzia c.d. impropria, volta come detto a salvaguardare l'interesse della parte mediante la chiamata in causa del terzo, perché risponda in suo luogo o venga condannato a tenerla indenne di quanto risulti eventualmente tenuta a prestare all'attore.

Esigenza invero pienamente avvertita dalla corte di merito nell'impugnata sentenza, che della disciplina in argomento ha dato corretta interpretazione, meritevole di trovare conferma in questa sede. – *Omissis*.

Procura alle liti e garanzia impropria tra diritto alla difesa ed ossimori del formalismo

Andrea Giordano*

La procura alle liti “generica” non preclude la chiamata in garanzia c.d. impropria. Il principio, contenuto nella recente pronuncia n. 4909/2016 delle Sezioni unite, si basa sul rilievo per cui, non nella procura, ma nella sola disciplina di legge si rinverrebbe il titolo dei poteri del difensore. Individuata la “legge” nell’ordinamento che regola la professione forense, l’A. investiga le implicanze delle statuizioni della Corte, vagliandone, anche nell’ottica storico-comparatistica, i possibili riflessi, *de jure condito* e *de jure condendo*, di “lungo periodo”.

La pronuncia delle Sezioni unite, n. 4909/2016, nell’orizzonte giurisprudenziale

La procura “generica”¹ non preclude la chiamata in garanzia c.d. impropria.

Stando alla sentenza della Sezioni unite, n. 4909/2016, il titolo dei poteri del difensore si rinverrebbe nella sola disciplina di legge². Non potendo la procura conferire poteri, ma solo eventualmente circoscriverli, l’attribuzione di “ogni più ampia facoltà di legge” consentirebbe la proposizione di tutte le azioni a tutela della parte, compresa quella di garanzia c.d. impropria³.

Se la logica sottesa a conclusione siffatta può farla apparire finanche scontata, diversamente deve dirsi alla luce delle numerose, precedenti, pronunce di segno contrario⁴, che hanno recisamente escluso che il conferimento, giusta procura *ad litem*, di “ogni più ampia facoltà di legge” o, più semplicemente, di “ogni facoltà” consenta al difensore di chiamare un terzo in garanzia impropria⁵.

La procura ‘generica’ non legittimerebbe l’esperienza contro il terzo di azioni che, siccome fondate su un titolo autonomo e distinto, implicherebbero un’estensione dell’originario ambito della controversia⁶. Così, esulerebbe dall’orto delle attribuzioni difensive la proposizione di una azione che, come quella

di garanzia impropria, si fonda su un titolo diverso da quello dedotto con la domanda principale o, comunque, connesso al rapporto principale solo in via occasionale o di fatto⁷. Esegesi differenti esporrebbero l’assistito – nel cui interesse sarebbe doverosa la verifica *ex officio* dell’effettiva estensione della procura – al rischio del coinvolgimento in una ulteriore controversia non voluta, in ragione dell’autonoma iniziativa del difensore⁸, o priverrebbero la parte avversa di ogni certezza in ordine alla provenienza del potere di rappresentanza⁹.

E proprio nell’ottica della tutela della parte assistita e dei suoi contraddittori deve, pertanto, leggersi la pronuncia delle Sezioni Unite, la cui analisi non può prescindere dalla preliminare disamina della figura giuridica dell’avvocato e della correlata *quaestio* delle attribuzioni difensive al medesimo spettanti.

Figura giuridica ed attribuzioni del difensore secondo il codice del rito civile

Il potere del difensore di chiamare il terzo in garanzia impropria discenderebbe “direttamente dalla legge”, “la procura valendo solamente a realizzare la scelta e la designazione dell’avvocato”¹⁰.

Se, tuttavia, per “legge” avesse a intendersi il codice del rito civile, la soluzione sarebbe lungi dall’apparire

* Il contributo è stato sottoposto, in forma anonima, alla valutazione di un referee.

¹ L’espressione “procura generica” si rinviene, ad esempio, in Cass. civ., Sez. I, 23 aprile 1998, n. 4206, in *Giust. Civ.*, 1998, I, 2179. V., in argomento, anche per la bibliografia: Comoglio, voce “Procura (dir. proc. civ.)”, in *Enc. Dir.*, aggiornamento, IV, Milano, 2000.

² In termini, per la dottrina: Pavanini, *Note sulla figura giuridica del difensore*, in *Riv. Trim. Dir. e Proc. Civ.*, 1957, 256: “[...] i poteri del difensore non ripetono più la loro fonte da un atto di autonomia privata – quale può essere il mandato – ma piuttosto dallo stesso ordinamento giuridico, in virtù della funzione al difensore assegnata e che egli, una volta accettato l’incarico, è vincolato a svolgere nell’interesse altrui”.

³ Sulla relativa nozione, v. Cass. civ., Sez. un., 4 dicembre 2015, n. 24707, in *Giur. It.*, 2016, 580. Per la dottrina, v., da ultimi, anche per la bibliografia: Carratta, *Requiem per la distinzione tra garanzia propria e impropria in sede processuale*, in *Giur. It.*, 2016, 580 e segg. e Consolo-Baccaglioni-Godio, *Le Sez. un. e il venir meno della distinzione tra “garanzia propria” e “garanzia impropria”: cosa muta (e cosa no) nella dinamica processuale*, *ivi*, 593 e segg.

⁴ Ad es.: Cass. civ., Sez. lav., 16 marzo 2006, n. 5817, in *www.dejure.it*; Cass. civ., Sez. III, 11 marzo 1992, n. 2929, in *Foro It.*, 1994, I, 1184.

⁵ Va, nondimeno, precisato che – come è evidente – non potrebbero porsi questioni di *ius postulandi* – segnatamente, in pun-

to di legittimazione alla chiamata del terzo in garanzia impropria – ove “la volontà di chiamare il terzo sia chiaramente manifestata nella comparsa di risposta, e la procura alle liti sia apposta in margine od in calce alla stessa” (Cass. civ., Sez. III, 17 marzo 2005, n. 5768, in *www.dejure.it*).

⁶ Cass. civ., Sez. III, 26 luglio 2005, n. 15619, in *www.dejure.it*.

⁷ Ad eccezione del caso in cui, dal contesto della procura, emerga, in modo espresso ed inequivoco, la volontà di autorizzare il difensore alla chiamata in garanzia impropria (Cass. civ., Sez. III, 29 settembre 2009, n. 20825, in *Giust. Civ. Mass.*, 2009, 1369).

⁸ Cass. civ., Sez. II, 22 novembre 1996, n. 10307, in *Giust. Civ. Mass.*, 1996, 1571.

⁹ Cass., 31 marzo 2005, n. 6813, in *www.dejure.it*.

¹⁰ Così, la sentenza in epigrafe, che fa propria la nota impostazione di Mandrioli, *Dei difensori*, in *Comm. Cod. Proc. Civ.*, diretto da Allorio, I, 2, Torino, 1973, 942 (“I poteri in cui si estrinseca il ministero del difensore-procuratore sono conferiti a quest’ultimo non già dalla parte, ma [...] direttamente dalla legge e precisamente dalla norma in esame [l’art. 84 c.p.c.]. Questo conferimento avviene in maniera globale, ossia con riguardo generico a tutti gli atti della parte nel processo, rispetto ai quali atti la norma attribuisce al difensore la legittimazione attiva e passiva. Il solo limite è quello che deriva da un’espressa riserva alla parte o, comunque – e qui la formula della legge ha chiaramente il significato di chiusura del sistema – dalla circostanza che gli atti importino disposizione del diritto in contesa”).

di immediata evidenza, non risultando univoca l'esegesi dell'art. 84 c.p.c., in coordinato disposto con il precedente art. 83.

A dimostrarlo è l'altalenante giurisprudenza in tema di individuazione dei "poteri" di spettanza dell'avvocato ai lumi del detto combinato di articoli.

Si pensi agli indirizzi contrari alla proposizione di domande riconvenzionali non espressamente autorizzate dalla parte¹¹ o all'esperimento di appelli incidentali in difetto di procure *ad hoc*¹². E si consideri che anche gli arresti favorevoli si fondano su ordini di ragioni non sempre coincidenti: promuovono, quindi, la disomogeneità delle esegesi possibili¹³.

Quanto al precipuo oggetto della pronuncia in epigrafe, dovrebbe, poi, rilevarsi che, anche allorché si ritenesse di diretta provenienza dalla legge (*recte*: dal codice del rito civile) il potere di chiamare il terzo in garanzia propria, per nulla automatica sarebbe l'estensione dello *ius postulandi* anche alla chiamata in garanzia impropria. Le differenze strutturali che, tra le due figure, intercorrono¹⁴ potrebbero ostare all'operatività, nel senso che si è detto, della proprietà transittiva¹⁵.

La prospettiva non parrebbe mutare alla stregua dell'art. 1708 c.c., pure richiamato dalle Sezioni Unite. Vero è, infatti, che il 1° comma del disposto circo-scrive l'oggetto del mandato speciale ai soli atti per i quali è stato conferito e a "quelli che sono necessari al loro compimento". Potendo la domanda di manleva, così come la riconvenzione, integrare il precipuo oggetto di un giudizio autonomo e distinto, difetterebbe, almeno in astratto, il presupposto della "necessità" – ben altra dall'"utilità"¹⁶ – di cui parla l'art. 1708 c.c.

La prospettiva ordinamentale

Muta la prospettiva ove per "legge" si intenda la normativa che regola la professione forense.

La dubbia regolamentazione dei confini tra previsioni contenute nel codice del rito civile e procura alle liti trova un punto fermo nella disciplina ordinamentale che presiede al *munus* difensivo.

A rilevare è, segnatamente, l'art. 2, 1° comma, della L. n. 247/2012¹⁷, che, a presidio delle funzioni dell'avvocato, attribuisce a quest'ultimo uno *status* di piena "libertà, autonomia ed indipendenza"¹⁸; parimenti rilevante è l'art. 3, 1° comma, che ribadisce che l'esercizio della professione debba essere fondato sull'autonomia ed indipendenza dell'azione professionale e del giudizio intellettuale¹⁹. Complementare rispetto ai detti articoli è il 2° comma dell'art. 2, che contempla il profilo teleologico: l'attività forense è preordinata alla garanzia dell'effettività della tutela dei diritti²⁰.

Non è, pertanto, dato revocare in dubbio la discrezionalità tecnica del difensore nell'impostare la lite e, più in particolare, nello scegliere la condotta processuale da seguire e nel modificarla in relazione agli sviluppi della causa²¹.

Se l'autonomia è, nel genoma forense, il cromosoma dominante, perdono terreno le impostazioni che confinavano il difensore nelle "figure" del mero *nuncius* o del rappresentante²².

Mentre, infatti, può ricondursi al *nuncius* la sola forma degli atti, e non anche le loro causa e volontà²³, il difensore non è un mero creatore di forma, ma con la propria autonoma volizione partecipa al compimento del singolo atto²⁴.

¹¹ Cass. civ., Sez. III, 4 giugno 1988, n. 3800, in *www.dejure.it*.

¹² Cass. civ., Sez. III, 15 febbraio 2001, n. 2218, in *Giust. Civ. Mass.*, 2001, 258.

¹³ Se l'appello incidentale avrebbe, infatti, il benessere in quanto inidoneo ad ampliare l'oggetto del giudizio definito dalla sentenza impugnata (Cass., Sez. un., 14 settembre 2010, n. 19510, in *Giust. Civ. Mass.*, 2010, 1228), la riconvenzionale sarebbe proponibile siccome connotata da una funzione di mera "reazione" alle pretese di controparte (Cass. civ., Sez. I, 29 ottobre 2015, n. 22118, in *www.dejure.it*). Si noti, tuttavia, che la riconvenzionale può – secondo la prevalente impostazione – fondarsi anche su un rapporto giuridico diverso da quello che è *causa petendi* della domanda principale, purché presupposto come esistente o inesistente rispetto all'azione medesima o tale da integrare uno solo degli elementi che concorrono a fondare la *causa petendi* della domanda principale (v. Tarzia-Balbi, voce "Riconvenzione (diritto processuale civile)", in *Enc. Dir.*, Milano, 1989, 674).

¹⁴ *Contra*, tuttavia, Cass. civ., Sez. un., 4 dicembre 2015, n. 24707, cit., 580.

¹⁵ V., del resto, ad es., Cass. civ., Sez. lav., 16 marzo 2006, n. 5817, in *www.dejure.it*.

¹⁶ Di cui parla la pronuncia che si annota ("la procura, ove risulti come nella specie conferita in termini ampi e comprensivi ("con ogni facoltà") [...] deve intendersi come idonea ad attribuire al difensore il potere di esperire tutte le azioni necessarie o utili per il conseguimento del risultato a tutela dell'interesse della parte assistita").

¹⁷ L. 31 dicembre 2012, n. 247 ("Nuova disciplina dell'ordinamento della professione forense"), su cui v. Scarselli, *Note sulla nuova disciplina dell'ordinamento della professione forense*, in *Cor-*

riere Giur., 2013, 301 e segg.

¹⁸ Così, il citato art. 2, 1° comma: "L'avvocato è un libero professionista che, in libertà, autonomia e indipendenza, svolge le attività di cui ai commi 5 e 6".

¹⁹ V. anche l'art. 9 del Codice Deontologico Forense, pubblicato nella G.U. Serie Generale n. 241 del 16 ottobre 2014, che fa dell'indipendenza l'oggetto di un vero e proprio dovere.

²⁰ V. l'art. 2, 2° comma: "L'avvocato ha la funzione di garantire al cittadino l'effettività della tutela dei diritti". Si confronti anche l'art. 3, 2° comma, che puntualmente richiama il "rilievo sociale della difesa", oltre agli artt. 1 e 10 del del Codice Deontologico Forense.

²¹ Cass. civ., Sez. II, 23 gennaio 1995, n. 722, in *Giust. Civ. Mass.*, 130; per la dottrina, v., in particolare, Mazzarella, voce "Avvocato e procuratore", in *Enc. Giur. It.*, IV, Roma, 1988, 7; Pezzano, voce "Patrocinio (nozioni generali)", in *Enc. Dir.*, XXXII, Milano, 1982, 430; Andrioli, *Diritto processuale civile*, I, Napoli, 1979, 403; Mandrioli, *Dei difensori*, cit., 944; Id., *La rappresentanza nel processo civile*, Torino, 1959, 383, più di recente: Cipriani, *Errori nella difesa e responsabilità del difensore*, in *Giusto Processo Civile*, 2009, 1 e segg.

²² Sulla figura giuridica del difensore, v., oltre ai testi indicati nelle note a seguire, Punzi, *La difesa nel processo civile e l'assetto dell'avvocatura in Italia*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2006, 813 e segg.; Id., *Note sul ministero del difensore nel processo civile*, in *Studi onore di Segni*, Milano, 1967, IV, 147 e segg.; Pavanini, *Note sulla figura giuridica del difensore*, cit., 246 e segg.; Carnelutti, *Figura giuridica del difensore*, in *Riv. Dir. Proc. Civ.*, 1940, 65 e segg.

²³ Carnelutti, *Figura giuridica del difensore*, cit., 74.

²⁴ In questo senso, Calamandrei, *Gli avvocati dello Stato e l'i-*

Anche lo strumento della rappresentanza²⁵ mal si ataglia, per la tipica secondarietà che lo connota, al ministero difensivo. I poteri dell'avvocato non sono, infatti, secondari, ma suoi propri²⁶; l'attività difensiva non è costretta negli angusti margini delle istruzioni di un "mandante"²⁷. Lungi dall'essere esclusivo ed assorbente, l'interesse del cliente va, in ogni caso, filtrato secondo i canoni di lealtà e correttezza nell'esercizio dell'azione²⁸.

L'ancoraggio della difesa tecnica nell'ordinamento forense – e, mediamente, nei principi di cui agli artt. 24 e 111 Cost. – fanno dell'avvocato il titolare di un *munus* autonomo ed indipendente²⁹.

Far dipendere l'esercizio delle prerogative professionali dall'espresso conferimento di poteri giusta procura *ad litem* stridrebbe con i detti, istituzionali, connotati.

Ferma restando la libertà nei "mezzi" – purché, beninteso, non siano difforni rispetto al canone della diligenza qualificata *ex* artt. 1176, 2° comma, e 2236 c.c. –, vi è, quanto al fine, il vincolo che discende dall'art. 2, 2° comma, della L. n. 247/2012, a sua volta radicato negli artt. 24 e 111 Cost.

Quale che sia la pista difensiva dall'avvocato prescelta, resta la stella polare dell'effettività della tutela dei diritti: tra le molte soluzioni possibili, deve, pertanto, optarsi per quella che più efficacemente salvaguardi la situazione soggettiva vantata dal cliente.

L'attività del difensore non è, dunque, libera nel fine; come la discrezionalità amministrativa è vincolata al perseguimento dei fini individuati *ope legis*, così le discrezionali strategie dell'avvocato sono condizionate, non dalle istruzioni della parte³⁰, ma dall'interesse – anch'esso di colore pubblicistico – alla migliore tutela delle posizioni soggettive.

Contribuisce, dunque, l'avvocatura all'esercizio del-

la giurisdizione e, quindi, alla stessa attuazione dell'ordinamento, assurgendo, anche per i profili di obbligatorietà che caratterizzano il patrocinio³¹, a vera e propria missione³².

Possibilità dell'attività difensiva

La prospettiva ordinamentale consente di delineare possibilità e limiti dell'attività difensiva.

Se il ministero è strutturalmente autonomo e teleologicamente orientato verso l'effettività della tutela, tutte le attività alla stessa funzionali debbono intendersi non solo lecite, ma anche dovute.

Non è un caso che la giurisprudenza, seguendo un *trend* evolutivo, abbia gradualmente espunto i limiti alla proposizione di domande riconvenzionali, appelli incidentali ed azioni di garanzia propria.

Noto è il *favor* per la proponibilità di domande riconvenzionali anche da parte del difensore del convenuto, munito di procura generica apposta sulla copia notificata dell'atto di citazione³³; parimenti noto è il recente arresto con cui le Sezioni Unite hanno il dato il via libera all'esperibilità di un appello incidentale anche in difetto di procura *ad hoc*³⁴. Ammessa è la stessa iniziativa del difensore, sprovvisto di precisa autorizzazione della parte, di chiamare il terzo in garanzia propria³⁵.

Fare discorsi a parte per la garanzia impropria stridrebbe con la *ratio* del ministero difensivo.

Se, infatti, quest'ultimo affonda nel diritto alla difesa le sue radici, negare all'avvocato il potere di esperire un'azione che, come quella di garanzia impropria, sgrava la parte degli oneri economici discendenti dalla controversia si risolverebbe in una *contradictio in terminis*.

Oltre a non essere ragionevole differenziare – nonostante l'identità di *ratio*, destinata ad appuntarsi nel-

nammissibilità, in *Foro It.*, 1943, III, 33, nonché Carnacini, *Tutela giurisdizionale e tecnica del processo*, in *Studi in onore di Redenti*, Milano, 1951, II, 712-713. In termini, più di recente: Mandrioli, *La rappresentanza nel processo civile*, cit., 388.

²⁵ In questo senso, Redenti, *Profili pratici del diritto processuale civile*, Milano, 1936, 373-377, nonché Zanzucchi, *Diritto processuale civile*, I, Milano, 1955, 384 e segg. V. anche Liebman, *Manuale di diritto processuale civile*, I, Milano, 1955, 140 e segg., che, tuttavia, evidenzia come il procuratore alle liti sia comunque dotato di maggiore autonomia rispetto al rappresentante di diritto privato.

²⁶ Il rilievo è di Mandrioli, *La rappresentanza nel processo civile*, cit., 384-385. V. già Carnacini, *Tutela giurisdizionale e tecnica del processo*, cit., 709, che parla in termini di reciproca integrazione tra la volontà della parte e quella del difensore.

²⁷ Punzi, *Note sul ministero del difensore nel processo civile*, cit., 159-160.

²⁸ Punzi, *Note sul ministero del difensore nel processo civile*, cit., 160.

²⁹ In questo senso, ancora Punzi, *Note sul ministero del difensore nel processo civile*, cit., 164 e segg. e Id., *La difesa nel processo civile e l'assetto dell'avvocatura in Italia*, cit., 818-819.

³⁰ Sul punto, v. già Pavanini, *Note sulla figura giuridica del difensore*, cit., 271.

³¹ Sulla difesa tecnica quale estrinsecazione dell'inviolabilità del diritto alla difesa, v. Comoglio, *La garanzia costituzionale dell'azione ed il processo civile*, Padova, 1970, 215 e segg., nonché Id., *Il diritto di difesa nel processo civile*, in *Commentario della Costitu-*

zione, a cura di Branca, Bologna-Roma, 1981, *sub* art. 24, 58-60.

³² Di "*mission de l'avocat*" parla, del resto, il Preambolo del c.d. Codice Deontologico Europeo, approvato dal *Conseil des Barreaux de la Communauté Européenne* a Strasburgo il 28 ottobre 1988. V., tuttavia, i rilievi di Punzi, *Note sul ministero del difensore nel processo civile*, cit., 166-167, che, pur riconoscendo l'essenzialità della funzione del difensore ai fini dell'esercizio della giurisdizione, nega l'assimilazione del medesimo ad un funzionario dello Stato ("Ma se si può dire che il difensore si pone come vero e proprio cooperatore del giudice, se si deve riconoscere che la funzione che egli esercita è essenziale all'esercizio della giurisdizione, non si può in alcun modo ammettere che egli assuma la qualifica di funzionario dello stato. Infatti, se l'avvocato per assolvere la propria funzione deve essere autonomo e non subordinato rispetto al cliente, altrettanto deve dirsi per i suoi rapporti con lo stato: il difensore non può essere mandatario o nuncius della parte, ma neanche funzionario dello stato. E ciò non tanto perché l'asservimento ai pubblici poteri significherebbe minore tutela dell'interesse privato, quanto e soprattutto perché l'autonomia del difensore è condizione e garanzia dell'imparzialità del giudice, e quindi dell'attuazione della giustizia"); *contra*: Pavanini, *Note sulla figura giuridica del difensore*, cit., 261 e segg.

³³ V., ad es., Cass. civ., Sez. II, 20 marzo 2009, n. 6883, in *Guida al Dir.*, 2010, 40.

³⁴ Cass., Sez. un., 14 settembre 2010, n. 19510, cit.

³⁵ Cass. civ., Sez. III, 14 aprile 1984, n. 2415, in *Giust. Civ.*, 1985, I, 146.

l'interesse dell'ordinamento a promuovere il *simultaneus processus*³⁶ e le "soluzioni armoniche"³⁷ – la garanzia impropria da quella propria, impedire alla parte di far valere la prima nel giudizio in cui è convenuta la esporrebbe al rischio di subire in proprio una condanna, per sua natura immediatamente esecutiva, e, così, di onerarla dei tempi e costi di una nuova promovenda azione.

(Segue). E correlati limiti

Le possibilità non hanno ragion d'essere, né prima ancora sussistono, senza i correlati limiti.

Al contrappeso, connaturale al ministero difensivo, che l'art. 2, 2° comma, della L. n. 247/2012 individua nell'orientamento al fine dell'effettività della tutela, si aggiungono quelli, volti a bilanciare l'autonomia del professionista, che, nello stesso ordinamento forense, si rinvengono.

Premminente rilievo lo assumono gli artt. 3 della L. n. 247/2012 e 9-10 del Codice Deontologico Forense, che scolpiscono i doveri dell'avvocato, prevedendo che la professione debba essere esercitata con indipendenza, lealtà, correttezza, probità, dignità, decoro, diligenza, competenza e fedeltà³⁸.

Se probità, dignità e decoro attengono all'"essere", obbligando il difensore ad osservare, non solo in ambito professionale, un contegno coerente e rispettoso

della categoria³⁹, la lealtà, insieme alla correttezza, orienta l'"agire", imponendo l'osservanza delle regole di buona condotta⁴⁰.

A garantire la qualità delle prestazioni concorrono la diligenza⁴¹ – liturgica osservanza di ogni necessaria cautela – e la complementare competenza⁴², che individua la capacità specifica imposta dalla singolare controversia.

La fedeltà riassume tutti i connotati, al contempo operando e nei confronti della parte e rispetto all'istituzionale funzione dell'avvocato⁴³.

Le novità introdotte dalla riforma della professione e dai successivi decreti ministeriali e regolamenti del Consiglio Nazionale Forense presidiano, più ancora rispetto al passato, lo statuto della professione, vigorosamente orientandolo nell'ottica della tutela dell'assistito e delle controparti.

Il dovere di competenza trova linfa nell'obbligo di formazione continua⁴⁴, nonché nel potenziato rigore dei meccanismi di accesso⁴⁵, nelle neointrodotte verifiche sull'effettivo, continuativo, abituale e prevalente esercizio della professione⁴⁶ e nel sistema delle c.d. specializzazioni, da ultimo sagomato dal D.M. 12 agosto 2015, n. 144⁴⁷.

Il dovere di diligenza esce rafforzato dal novellato procedimento disciplinare forense, non più rimesso ai domestici Consigli dell'Ordine⁴⁸, ma ai 'terzi' Consigli distrettuali di disciplina⁴⁹, e dai, sempre più stringenti, obblighi di informativa⁵⁰.

³⁶ Chiovenda, *Principii di diritto processuale civile*, Napoli, 1923, 1122, nt. 1, secondo cui la chiamata in causa del terzo garante si giustificerebbe in ragione dell'oggettiva convenienza, per colui che per causa del terzo è condannato, a conseguire insieme la condanna di quest'ultimo a rivalerlo.

³⁷ Redenti, *Diritto processuale civile*, II, Milano, 1953, 87. V., negli stessi termini, da ultimo, Carratta, *Requiem per la distinzione tra garanzia propria e impropria in sede processuale*, in *Giur. It.*, 2016, 580 e segg. Non di identità di *ratio* tra garanzia propria ed impropria, ma di distinzione meramente descrittiva tra le due, parla Cass. civ., Sez. un., 4 dicembre 2015, n. 24707, cit., 580.

³⁸ In tema, v., da ultimo, con specifico riguardo al nuovo Codice Deontologico Forense: Scarselli, *Brevi osservazioni sul nuovo codice deontologico forense*, in *Foro It.*, 2014, 245. Sui principi deontologici regolatori della professione forense, v., più in generale, R. Danovi, *Corso di ordinamento forense e deontologia*, Milano, 2003 e Gianniti, *Principi di deontologia forense*, Padova, 1992; sulle origini e sul concetto di deontologia, v. Fornero, voce "Deontologia", in Abbagnano (a cura di), *Dizionario di filosofia*, Torino, 1998, 268 e Sarteau, *L'emergenza deontologica*, Roma, 2007, *passim*.

³⁹ V. l'art. 9, 2° comma, del Codice Deontologico Forense.

⁴⁰ Per indipendenza deve, poi, intendersi l'autonomia rispetto a poteri e gruppi di persone di qualsivoglia natura.

⁴¹ Art. 12 del Codice Deontologico Forense.

⁴² V. l'art. 14, oltre al successivo art. 15, del Codice Deontologico Forense; si confronti anche l'art. 26 del medesimo Codice, nonché, con specifico riguardo alla mediazione, l'art. 62, 2° comma.

⁴³ V. l'art. 10 del Codice Deontologico Forense. Sulla fedeltà alla funzione, v., in particolare, Punzi, *La difesa nel processo civile e l'assetto dell'avvocatura in Italia*, cit., 822, che alla stessa riconduce il regime dei poteri del difensore e delle c.d. istruzioni della parte, la disciplina delle incompatibilità e i disposti sui compiti riservati all'avvocato nelle ipotesi di crisi della parte.

⁴⁴ Pur a fronte delle criticità che connotano il sistema dei crediti formativi (in merito, v., condivisibilmente, Scarselli, *Sulla formazione continua degli avvocati*, in *Giur. It.*, 2010, 1150 e Id., *Note sulla nuova disciplina dell'ordinamento della professione forense*, cit., 301 e segg.). Sulla c.d. formazione continua, v. il Regolamento

del C.N.F., 16 luglio 2014, n. 6.

⁴⁵ V., quanto all'esame di abilitazione, il D.M. 25 febbraio 2016, n. 48 (su cui il giudizio, per lo più positivo, di Scarselli, *Il nuovo decreto ministeriale per lo svolgimento dell'esame di Stato per l'abilitazione all'esercizio della professione forense*, in *Foro It.*, 2016, 139) e, quanto ai corsi finalizzati all'iscrizione all'Albo speciale per il patrocinio davanti alle giurisdizioni superiori, il Regolamento C.N.F., 20 novembre 2015, n. 1, che ha sostituito il previgente Regolamento C.N.F., 16 luglio 2014, n. 5. Di rilievo è altresì il D.M., 17 marzo 2016, n. 70, che ha fissato puntuali criteri atti a disciplinare il tirocinio forense. Sull'importanza della serietà delle selezioni, v., del resto, Cipriani, *Troppi avvocati?*, in *Foro It.*, 1997, 241 e segg.

⁴⁶ V. il D.M. 25 febbraio 2016, n. 47 (su cui Scarselli, *Il regolamento ministeriale per il titolo di avvocato specialista*, in *Foro It.*, 2015, 413, che, tuttavia, giustamente, critica i criteri sottesi alle singole aree di specializzazione, così come individuate dal decreto ministeriale).

⁴⁷ Da leggersi in una con le sentenze T.A.R. Lazio, 14 aprile 2016, n. 4424, 4426 e 4428, in *www.giustizia-amministrativa.it*, che lo hanno, in parte, annullato.

⁴⁸ V. l'art. 38, 2° comma, del R.D.L. 27 novembre 1933, n. 1578.

⁴⁹ Sul punto, v. già Scarselli, *L'avvocato e il giusto processo disciplinare*, in *Foro It.*, 2009, I, 1548. A risultati comunque compatibili con i principi si sarebbe potuto approdare anche mantenendo la potestà disciplinare in capo ai Consigli dell'Ordine, purché si evitasse che l'iscritto venisse giudicato dal proprio Ordine di appartenenza e, simultaneamente, si attuasse una separazione effettiva tra funzioni istruttorie e decisorie (su cui, in generale, Longobardi, *La regolamentazione ed i controlli: le autorità amministrative indipendenti – il modello regolativo giustiziale*, in Id., *Autorità amministrative indipendenti e sistema giuridico-istituzionale*, Torino, 2009, 250), tale, ad esempio, da escludere il Consigliere istruttore dal Collegio deliberante. Sul procedimento disciplinare forense, v. il Regolamento del C.N.F., 21 febbraio 2014, n. 2 (nonché, sulla composizione dei Consigli distrettuali di disciplina, il Regolamento del C.N.F., 31 gennaio 2014, n. 1).

⁵⁰ Rilevanti, questi ultimi, anche nell'ottica della fedeltà e fidu-

Se, infatti, questi ultimi trovano, anzitutto, positivo fondamento nel Codice Deontologico Forense⁵¹, il loro potenziamento è disceso dalle novelle su media-conciliazione e negoziazione assistita⁵², dalla regola, di cui all'art. 13, 5° comma, della L. n. 247/2012, per cui l'avvocato è tenuto, all'atto del conferimento dell'incarico, a prospettare profili di complessità ed oneri ipotizzabili⁵³, e – non da ultimo – dal fecondo apporto della giurisprudenza della Suprema Corte⁵⁴ e del Consiglio Nazionale Forense⁵⁵.

Spunti di analisi nella prospettiva storico-comparatistica

Se è vero che i poteri dell'avvocato discendono dalla legge, e se per legge si intende l'ordinamento che regola la professione forense, in formalismi inutili si risolve la *regula* che, dall'omessa attribuzione in procura di questa o quella facoltà, fa discendere il divieto del relativo esercizio.

Sia che l'onere formale si fondi sulla tutela dell'assistito⁵⁶, sia che faccia leva sulla protezione dei terzi⁵⁷, il fine non è, comunque, idoneo a giustificare il mezzo.

Il cliente riceve indiretta e diretta salvaguardia attraverso il nesso tra doveri del professionista e conseguenze – civili, penali e deontologiche – che alle omissioni e reticenze si correlano, viepiù a fronte del rafforzamento dell'obbligo di informativa che, dalla L. n. 247/2012 e dal Codice Deontologico, discende. Tra le "attività da espletare" di cui all'art. 27 del nuovo Codice Deontologico e i profili di complessità dell'incarico o le informazioni utili circa gli oneri ipotizzabili *ex art.* 13, 5° comma, L. n. 247/2012 non possono rientrare iniziative difensive di rilievo – ed incidenza anche economica – come l'istanza per la chiamata in causa del terzo.

Analoga tutela la ricevono le controparti, non solo

attesa l'immediata imputazione all'assistito degli effetti dell'attività del difensore⁵⁸, ma anche alla stregua dei contrappesi di cui all'ordinamento forense. Lo statuto dell'avvocato si applica, infatti, anche ai rapporti con le controparti, legittimate – tanto quanto gli assistiti – a dare impulso all'*iter* disciplinare⁵⁹.

Dichiarare inammissibile o, secondo altra impostazione, nulla⁶⁰ la chiamata in garanzia "non autorizzata" è, pertanto, nell'una o nell'altra ottica, inutile, come è, parimenti, inutile nella prospettiva del difensore, che, proprio osservando i doveri deontologici, si precostituisce – con il contratto di patrocinio, i messaggi di posta elettronica, e al. – le prove del conferimento dell'incarico e dell'adesione del cliente alla linea difensiva.

Nello statuto della professione forense, che, al contempo, legittima e limita le facoltà dell'avvocato, si rinvencono gli antidoti, con cui, resistendo al formalismo, può darsi avallo al sempre maggiore snellimento delle forme, verso il graduale approdo – che è, invero, un ritorno – al mandato tacito *ad litem*.

Risalendo alle origini della procura scritta, rileva, infatti, il modello di cui alla Parte III del "Codice per lo Regno delle Due Sicilie", che aveva fatto proprio il mandato presunto di stampo francese⁶¹ ed il c.d. sistema della disapprovazione⁶², con cui la parte poteva disconoscere l'operato del difensore.

Se, poi, l'art. 48 del c.p.c. del 1865 ha tassativamente previsto il conferimento della procura con atto pubblico o scrittura privata autenticata, tanto rigore si è, nel tempo, attenuato, dapprima con il "via libera" all'apposizione della procura su singoli atti processuali e al potere di certificazione del difensore⁶³, quindi con l'allentamento del nesso tra procura e singolo giudizio⁶⁴.

E, per il vero, anche guardando all'art. 48 c.p.c. del 1865, dovrebbe, alla luce della Relazione Pisanelli, constatarsi che la sottesa *ratio* si appuntava sulla "tutela del

ciarietà del rapporto tra professionista e cliente. Sul tema, v. Monticelli, *Obblighi d'informazione e responsabilità dell'avvocato*, in *Contratti*, 2016, 85.

⁵¹ Si fa, in particolare, riferimento all'art. 27 del Codice Deontologico Forense, secondo cui "L'avvocato deve informare chiaramente la parte assistita, all'atto dell'assunzione dell'incarico, delle caratteristiche e dell'importanza di quest'ultimo e delle attività da espletare, precisando le iniziative e le ipotesi di soluzione. L'avvocato deve informare il cliente e la parte assistita sulla prevedibile durata del processo e sugli oneri ipotizzabili; deve inoltre, se richiesto, comunicare in forma scritta, a colui che conferisce l'incarico professionale, il prevedibile costo della prestazione".

⁵² Art. 4, 3° comma, D.Lgs. 4 marzo 2010, n. 28 e art. 2, 7° comma, e 6, 3° comma, D.L. 12 settembre 2014, n. 132. V. anche i peculiari doveri di informazione dettagliati nel D.Lgs. 30 giugno 2003, n. 196 in tema di protezione dei dati personali.

⁵³ "Il professionista è tenuto, nel rispetto del principio di trasparenza, a rendere noto al cliente il livello della complessità dell'incarico, fornendo tutte le informazioni utili circa gli oneri ipotizzabili dal momento del conferimento alla conclusione dell'incarico; a richiesta è altresì tenuto a comunicare in forma scritta a colui che conferisce l'incarico professionale la prevedibile misura del costo della prestazione, distinguendo fra oneri, spese, anche forfetarie, e compenso professionale".

⁵⁴ V., ad es., da ultima, Cass., Sez. II, 2 aprile 2015, n. 6782, in *www.dejure.it*.

⁵⁵ V., *ex multis*, C.N.F., 24 settembre 2015, n. 147, in *www.co-*

dicedeontologico-cnfi.it.

⁵⁶ Cass. civ., Sez. II, 22 novembre 1996, n. 10307, in *Giust. Civ. Mass.*, 1996, 1571, che, in relazione alla chiamata in garanzia, fa riferimento al rischio che l'assistito venga coinvolto in una controversia non voluta.

⁵⁷ Cass. civ., Sez. trib., 31 marzo 2005, n. 6813, cit., che individua lo scopo della procura nel conferimento di certezza della provenienza dalla parte del potere di rappresentanza. Analogamente, del resto, Pisanelli, *Relazione sul progetto del c.p.c.*, § 151, in Picardi-Giuliani (a cura di), *Codice di procedura civile del Regno d'Italia, 1865*, Milano, 2004, 74.

⁵⁸ Punzi, *La difesa nel processo civile e l'assetto dell'avvocatura in Italia*, cit., 822, nonché, analogamente, già Mandrioli, *La rappresentanza nel processo civile*, cit., 408.

⁵⁹ V., del resto, gli artt. 63-68 del Codice Deontologico Forense, che regolano i rapporti con terzi e controparti.

⁶⁰ Pur in assenza dell'espressa comminatoria *ex lege* di inammissibilità o nullità di sorta.

⁶¹ V. il Libro III, Titolo II ("Della costituzione de' patrocinatori e delle difese").

⁶² Discendente dal *désaveu* francese. V. il Libro III, Titolo XVII ("Della disapprovazione del fatto de' patrocinatori").

⁶³ In linea con la tesi di Mortara, *Commentario del codice e delle leggi di procedura civile*, II, Milano, 1923, 756. V. la previsione, originaria e vigente, dell'art. 83 c.p.c.

⁶⁴ Si pensi alla c.d. procura spillata ed, oggi, alla procura telematica.

diritto della parte contraria”⁶⁵, che era ed è, invero, garantita dai contrappesi dell’ordinamento forense, dalla possibilità di avere, *per facta concludentia*⁶⁶, certezza della volontà dell’assistito, e – non da ultimo – dall’assoluta improbabilità – e i passati trascorsi lo dimostrano⁶⁷ – di un patrocinio non autorizzato (che non solo esporrebbe l’avvocato al rischio di patire conseguenze disciplinari, ma anche a quello di non essere pagato).

Come la storia e lo stesso attuale stato dell’arte (si pensi alla neointrodotta delega orale all’avvocato sostituto di udienza⁶⁸ – anch’essa prevista della nuova Legge professionale⁶⁹ –, all’attività stragiudiziale e al patrocinio *ex lege* dell’Avvocatura dello Stato⁷⁰), così l’esperienza del diritto comparato insegna che la procura non integra un imperativo categorico.

Per nulla isolato è l’esempio della Francia, ove, oltre ad operare la presunzione semplice di avvenuto conferimento dell’incarico⁷¹, che può essere vinta dalla sola prova della parte di essere stata falsamente rappresentata⁷², è stato soppresso – a testimonianza della bontà del modello – il c.d. giudizio di disapprovazione.

Difetto del potere di rappresentanza

Cassazione civile, Sez. un., 4 marzo 2016, n. 4248 – Pres. Rovelli – Rel. D’Ascola – P.M. Pratis (diff.) – G. (avv. ti Miglino, Gambardella) – A. e altri (avv. Montesanto). *Cassa senza rinvio App. Salerno, 29 aprile 2008*

Analoga è, infatti, la disciplina che vige in Austria e in Germania. Se, nella prima, basta che il legale faccia riferimento al conferito incarico, senza doverne dare prova documentale⁷³, nella seconda gli è consentito di provvisoriamente agire in difetto di investitura, salva successiva ratifica dell’attività espletata⁷⁴.

Non stupisce, poi, che, nel diritto europeo, la procura *ad litem* non abbia, per nulla, cittadinanza: stando, infatti, al Regolamento di procedura della Corte di Giustizia, l’esercizio dello *ius postulandi* presuppone la sola esibizione di un certificato da cui risulti l’abilitazione al patrocinio avanti ad un organo giurisdizionale di uno Stato membro⁷⁵.

La forma ha, del resto, ragion d’essere ove sottenda la sostanza⁷⁶. Se la procura “dettagliata” si risolve in un vuoto simulacro e la procura in sé, “generica” o “dettagliata” che sia, nulla aggiunge alla tutela che l’ordinamento forense già appresta, dovrebbe farsi opportuno uso del rasoio logico⁷⁷. Soprattutto se la pleonastica moltiplicazione degli “enti”⁷⁸, producendo inammissibilità o nullità presunte tali, si traduce in uno strumento di torto.

Processo civile – Difetto di rappresentanza processuale – Preclusioni istruttorie – Rilievo d’ufficio – Sanatoria in sede di legittimità

Il difetto di rappresentanza processuale è suscettibile di sanatoria, anche in grado di impugnazione, senza che

⁶⁵ Pisanelli, *Relazione sul progetto del c.p.c.*, § 151, in Picardi-Giuliani (a cura di), *Codice di procedura civile del Regno d’Italia, 1865*, cit., 74.

⁶⁶ Si pensi, ad es., al deposito, da parte della difesa avversaria, della citazione notificata, prova o, quanto meno, presunzione grave e precisa del conferimento dell’incarico; potrebbe, poi, avere rilievo la comparizione personale della parte, accanto al difensore, nelle controversie lavoristiche o in materia di diritto di famiglia (v., per un confronto con l’ordinamento spagnolo, in cui il *poder*, la dichiarazione di volontà del cliente, può estrinsecarsi o in una scrittura pubblica o, alternativamente, nel c.d. *apud acta*, la comparazione personale della parte avanti al segretario dell’autorità giudiziaria, l’art. 24, 1° comma, *l.e.c.*: “El poder en que la parte otorgue su representación al procurador habrá de estar autorizado por notario o ser conferido apud acta por comparecencia personal ante el secretario judicial de cualquier oficina judicial o por comparecencia electrónica en la correspondiente sede judicial”).

⁶⁷ Come rileva Cipriani, *Le leggi della procedura nei giudizi civili del Regno delle Due Sicilie*, in Picardi-Giuliani (a cura di), *Codice per lo Regno delle Due Sicilie*, Milano, 2004, XXXIV, il giudizio di disapprovazione non conobbe, nel Regno delle Due Sicilie, applicazioni.

⁶⁸ Che, pur essendo conferita dal difensore, comporta l’esercizio del patrocinio nell’interesse della parte.

⁶⁹ Art. 14, L. n. 247/2012.

⁷⁰ Contemplato dall’art. 1, secondo alinea, R.D. 30 ottobre 1933, n. 1611 e da cui non troppo differisce l’ufficio dei difensori del libero Foro. Vero è, del resto, che, nella realtà dei tribunali, anche attesa la sempre maggiore specializzazione dei legali nelle materie di questa o quella sezione, possa agevolmente constare della loro qualità.

⁷¹ V. l’art. 416 del *nouveau code de procédure*, consonante con il ruolo di *auxiliaire de justice* dell’avvocato. Analoga è, quanto al

diritto belga, la disciplina contenuta nell’art. 440 del *code judiciaire*.

⁷² Vincent-Guinchard, *Procédure civile*, Paris, 2003, 470.

⁷³ V. il § 30 della Z.P.O. austriaca.

⁷⁴ Si confronti la dettagliata disciplina contenuta nel § 89 della Z.P.O. tedesca. V., per un confronto con il diritto canonico, il can. 1484 *c.j.c.*, che, dopo aver sancito il generale obbligo del *mandatum authenticum*, al § 2 prevede che il giudice, per impedire l’estinguersi di un diritto, possa ammettere un procuratore senza che abbia presentato il mandato, previe – se del caso – idonee garanzie e ferma restando la necessità che, entro il termine perentorio fissato dall’ufficio, venga regolarmente esibito il mandato.

⁷⁵ V. Biavati, *Diritto processuale dell’Unione Europea*, Milano, 2005, 129.

⁷⁶ Sul rapporto tra forma e formalismo, v., ad es., Cipriani, *La procura su foglio autonomo tra la certificazione e gli spilli del difensore*, in *Foro It.*, 1995, 538 e segg. e Id., *Vecchie e nuove vittime del formalismo processuale*, in *Foro It.*, 1994, 724 e segg., nonché Chiarloni, *Contrasti tra diritto alla difesa e obbligo della difesa, un paradosso del formalismo concettualista*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1982, 641 e segg. Si confronti, in relazione ai, sovente sterili, formalismi che si insinuano nella nostra materia, anche Balena, *Sulle conseguenze del difetto di procura ad litem*, in *Foro It.*, 1987, I, 561-562.

⁷⁷ Così, del resto, Cordero, *Riti e sapienza del diritto*, Roma-Bari, 1981, 439-440: “A un dato punto lo stile formalistico diventa malattia: gli scrupolosi investono una logorante tensione psichica in ogni minuzia, ignorando sfondo economico, profilo tecnico, figura logica”.

⁷⁸ V. Hegel, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, Berlin, 1821, § 217, secondo cui due sono gli errori che possono darsi nel considerare la forma degli atti giuridici: quello di rigettare la forma in generale, ritenendola di per sé inutile, e quello di “tenere ferme e aumentare all’infinito” le formalità a scapito della realtà.

operino le ordinarie preclusioni istruttorie ed è rilevabile d'ufficio pure in sede di legittimità, potendo la parte, in caso di contestazione esplicita, fornire la prova documentale della sussistenza della legittimazione processuale ai sensi dell'art. 372 c.p.c. (Massima non ufficiale)

Omissis. – 2) Con il primo motivo (“inosservanza, violazione, falsa applicazione degli artt. 77 e 100 c.p.c.”) viene denunciato che il procuratore G. A. non ha prodotto in nessun grado di giudizio la procura notaio B. del 2001 dalla quale dovrebbe derivare il suo potere sostanziale e processuale di rappresentare il sig. D. Parte ricorrente ne inferisce la mancanza in capo all'istante di un “potere rappresentativo di natura sostanziale” e ne chiede la verifica.

2.1) L'ordinanza 25353/14 ha rilevato: che il resistente ha replicato che l'eccezione di cui si tratta non può avere ingresso in questa sede, in quanto è stata sollevata per la prima volta in sede di legittimità e implica la necessità di accertamenti e valutazioni di merito; che “l'obiezione del controricorrente” non è fondata quanto a quest'ultimo profilo, “essendo stato dedotto un vizio di natura processuale, in relazione al quale la Corte di Cassazione è giudice anche del fatto”; che con riguardo al profilo relativo alla “novità” della questione – non prospettata e non rilevata nei gradi di giudizio di merito – la giurisprudenza di legittimità non è univoca.

In particolare la Seconda sezione ha ricordato che (SU 24179/09) “in tema di rappresentanza processuale, il potere rappresentativo, con la correlativa facoltà di nomina dei difensori e conferimento di procura alla lite, può essere riconosciuto soltanto a colui che sia investito di potere rappresentativo di natura sostanziale in ordine al rapporto dedotto in giudizio, con la conseguenza che il difetto di poteri siffatti si pone come causa di esclusione anche della *legitimitas ad processum* del rappresentante, il cui accertamento, trattandosi di presupposto attinente alla regolare costituzione del rapporto processuale, può essere compiuto in ogni stato e grado del giudizio e quindi anche in sede di legittimità, con il solo limite del giudicato sul punto, e con possibilità di diretta valutazione degli atti attributivi del potere rappresentativo”. La Sezione ha osservato che le Sezioni unite non hanno però precisato se la formazione del “giudicato sul punto” debba derivare dall'affermazione del giudice circa la sussistenza del potere rappresentativo in chi agisce in giudizio in nome altrui, o “se possa desumersi senz'altro dall'avvenuta decisione nel merito della causa”.

L'ordinanza di rimessione ha aggiunto che “in proposito, nell'ambito delle sezioni semplici, si è delineato un contrasto di giurisprudenza poiché la Prima sezione con la sentenza 30 ottobre 2009 n. 23035 e la sezione Lavoro con la sentenza 21 dicembre 2011 n. 28078 si sono orientate, rispettivamente, nel senso della sufficienza di giudicato ‘implicito’ e nel senso della necessità del giudicato ‘esplicito’”. In particolare la sentenza 23035/09 ha affermato che “il limite della rilevanza del difetto di valida rappresentanza processuale è costituito dal formarsi del giudicato, il quale impedisce il riesame non solo delle ragioni o questioni giuridiche che sono state proposte e fatte valere in giudizio, ma anche di quelle che, seppure non espressamente dedotte o rilevate, costituiscono il necessario presupposto, anche di ordine processuale, della pronuncia di merito (cd. giudicato implicito); conseguentemente, è inammissibile nel giudizio di legittimità il motivo di ricorso con il quale si deduce il vizio di rappresentanza di un ente collettivo nei precedenti gradi del giudizio, quando lo stesso non sia stato

mai dedotto nel corso dei medesimi”. Per contro, secondo la massima della citata sentenza della Sezione Lavoro (n. 28078/11): “poiché la delega del presidente dell'Inpdap ad un direttore di sede periferica, per agire in giudizio, attiene al momento genetico del processo e alla valida instaurazione del contraddittorio, la procura da questi conferita al difensore dichiarando di agire per l'Inpdap, senza neppure dedurre di averne ricevuto i poteri rappresentativi in base alla suddetta delega, determina la nullità del giudizio, rilevabile d'ufficio sempreché, sulla specifica questione, non si sia formato il giudicato interno, che si determina allorché la carenza del potere rappresentativo sia stata appositamente denunciata e, quindi, sia stata espressamente negata dal giudice di merito ovvero sia rimasta senza esplicita risposta e tale omessa pronuncia non sia stata poi oggetto di appello”.

3) Il quesito posto dalla Seconda Sezione va esaminato, giacché la questione, che è anche rilevabile d'ufficio, consente alla Corte le verifiche di fatto indispensabili allo scopo, in quanto ha natura processuale (cfr. tra le tante: Cass. 17653/12; 12664/12; 8077/12; 1221/06). Consta pertanto, dall'esame del fascicolo, che parte controricorrente non ha versato in atti la procura generale con la quale D. A. avrebbe investito il figlio G. del potere rappresentativo ora contestato dal ricorrente. Lo stesso controricorrente, che tace sul punto, e si trincerava dietro la novità della questione sollevata con il primo motivo, non ha negato la mancanza della produzione. Neanche in corso di trattazione il controricorrente, che era gravato dell'onere di documentare la esistenza dei propri poteri di rappresentanza, ha provveduto a darne documentazione o a dedurre in ordine al testo della procura o alle modalità di rilascio.

4) Il tema del giudicato implicito sulle questioni processuali ha trovato rinnovata ampia trattazione a partire dalla svolta giurisprudenziale, concretizzatasi con Cass. Sez. Un. 24883/08, in tema di applicazione dell'art. 37 c.p.c., norma secondo la quale il difetto di giurisdizione “è rilevato, anche d'ufficio, in qualunque stato e grado del processo”.

La Corte ha in quella circostanza stabilito che: “1) il difetto di giurisdizione può essere eccepito dalle parti anche dopo la scadenza del termine previsto dall'art. 38 c.p.c., (non oltre la prima udienza di trattazione), fino a quando la causa non sia stata decisa nel merito in primo grado; 2) la sentenza di primo grado di merito può sempre essere impugnata per difetto di giurisdizione; 3) le sentenze di appello sono impugnabili per difetto di giurisdizione soltanto se sul punto non si sia formato il giudicato esplicito o implicito, operando la relativa preclusione anche per il giudice di legittimità; 4) il giudice può rilevare anche d'ufficio il difetto di giurisdizione fino a quando sul punto non si sia formato il giudicato esplicito o implicito. In particolare, il giudicato implicito sulla giurisdizione può formarsi tutte le volte che la causa sia stata decisa nel merito, con esclusione per le sole decisioni che non contengano statuizioni che implicano l'affermazione della giurisdizione, come nel caso in cui l'unico tema dibattuto sia stato quello relativo all'ammissibilità della domanda o quando dalla motivazione della sentenza risulti che l'evidenza di una soluzione abbia assorbito ogni altra valutazione ed abbia indotto il giudice a decidere il merito ‘*per saltum*’, non rispettando la progressione logica stabilita dal legislatore per la trattazione delle questioni di rito rispetto a quelle di merito”.

4.1) Questo orientamento è stato tenuto fermo dalle Sezioni unite (SU 8075/15; 22745/14; 9693/13; 9594/12), nonostante le opinioni dottrinali, restie ad accettare un “uso improprio del ‘giudicato implicito’” e in particolare

che il “vincolo dei principi” prevalga su quanto desunto dalle regole positivamente stabilite. Esso costituisce ormai diritto vivente (cfr. Cass. SU 29/2016) ed è stato recepito dal codice del processo amministrativo all’art. 9.

4.1.1) Le Sezioni unite, poche settimane dopo aver reso la sentenza 24883/08, hanno precisato la portata della novità immessa nel sistema. Nei paragrafi da § 3.5) a 3.11), la sentenza 26019/2008 ha affermato che il potere di controllo delle nullità (non sanabili o non sanate), esercitabile in sede di legittimità, mediante proposizione della questione per la prima volta in tale sede, ovvero mediante il rilievo officioso da parte della Corte di Cassazione, va ritenuto compatibile con la prospettiva del giusto processo di cui all’art. 111 Cost., allorché si tratti di ipotesi concernenti la violazione del contraddittorio – in quanto tale sistema di verifica consente di evitare che la vicenda si protragga oltre il giudicato, attraverso la successiva proposizione dell’*actio nullitatis* o del rimedio impugnatorio straordinario ex art. 404 c.p.c., da parte del litisconsorte pretermesso – ovvero di ipotesi riconducibili a carenza assoluta di *potestas iudicandi*, come il difetto di *legitimatio ad causam* o dei presupposti dell’azione, la decadenza sostanziale dall’azione per il decorso di termini previsti dalla legge, la carenza di domanda amministrativa di prestazione previdenziale, od il divieto di frazionamento delle domande, in materia di previdenza ed assistenza sociale.

La Corte ha osservato che in tutte queste ipotesi si prescinde “dal vizio relativo all’individuazione del giudice”, poiché si tratta non già di provvedimenti emanati da un giudice privo di competenza giurisdizionale, bensì di atti che nessun giudice avrebbe potuto pronunciare, “difettando i presupposti o le condizioni per il giudizio”.

4.2) La dottrina ha colto, nel tritico di sentenze del 2008 (va ricordata anche la n. 29523/08) e nella approfondita pronuncia in tema di ricorso incidentale (SU n. 5456/09), la quale pure ha escluso (10.2) che sussista una decisione implicita sulle questioni processuali diverse dalla giurisdizione, i segni dell’adesione alla teoria del c.d. doppio oggetto del processo, descritta da SU n. 6737/02, in un passo testualmente ripreso da SU n. 24883/08. Non è qui il caso di soffermarsi su questo profilo teorico: giova ai nostri fini rilevare che è stato comunque confermato, al di là dei perduranti dissensi dottrinali sul giudicato implicito in ordine alla giurisdizione, che ha pregio la distinzione tra diverse soluzioni: quella riservata alla questione di giurisdizione e quella che è prospettata da SU n. 26019/08 per le questioni processuali “fondanti”. Queste ultime non si possono considerare implicitamente risolte, ma sono soggette alla verifica dei giudici delle impugnazioni, perché servono a salvaguardare l’ordinamento dal disvalore “di sistema” costituito dall’emissione di sentenze *inutiliter datae*.

È stato prospettato che solo per le questioni pregiudiziali di rito di minor rilievo, che non condizionino cioè “l’efficacia e l’utilità stessa della decisione”, vi sarebbe materia per un ripensamento a livello normativo, che muova dalla riscrittura dell’art. 37.

Resta invece consolidato l’insegnamento che vuole sempre riesaminabili, salvo che in sede di rinvio, le questioni vitali (capacità di agire, litisconsorzio, giudicato, etc.) individuate da Cass. 26019/08, non esplicitamente risolte. Una malintesa visione della ragionevole durata del processo non deve condurre a sormontare la “giustizia” del processo, che è tale se si evita di far nascere occasionalmente una sentenza instabile, perché facilmente sottomessa alle folgori dell’opposizione ex art. 404 c.p.c. o del contrasto con il precedente giudicato (cfr. supra, SU 26019/08, § 3.5).

4.3) In questa direzione cospira, se ve ne fosse bisogno,

anche quanto le Sezioni unite hanno avuto modo di osservare, occupandosi delle impugnative negoziali (SU 26242/14), sul tema del giudicato implicito. Ivi è stato affermato che nel nostro sistema positivo non è riconosciuta l’idea di “un giudicato implicito che postuli il rigoroso e ineludibile rispetto dell’ordine logico-giuridico delle questioni”. E se questa considerazione cadeva a proposito di una questione di merito e si riferiva al controverso operare del meccanismo del c.d. dedotto e deducibile, rivisto alla luce delle dottrine di matrice tedesca sul motivo portante del giudicato, ancor più appropriata suona con riguardo alle questioni processuali tra le quali si pone quella esaminata, che concerne la sussistenza del potere di rappresentanza in capo a colui che abbia agito in giudizio in nome di altri.

5) La mancanza del potere di rappresentanza, essendo quest’ultima una delle condizioni di esistenza del potere di azione, giustifica il rilievo officioso in sede di legittimità, anche se non vi sia stata contestazione nei gradi di merito. Va dunque ribadito quanto già appartiene all’insegnamento manualistico: all’indispensabilità della qualità di rappresentante sostanziale (oltre a SU 24179/09 cit., v. Cass. 16274/15 e 4248/13) fa riscontro anche la necessità di conferire per iscritto (art. 77 c.p.c.) la legittimazione processuale, così come quest’ultima non può esistere senza la prima. È utile ricordare che proprio con una giustificazione di sicuro taglio processuale le Sezioni unite hanno rivisto l’inquadramento del rilievo della inefficacia del contratto concluso dal *falsus procurator*. A tutela della sicurezza dei traffici giuridici, si è osservato, è stato posto nell’ambito delle mere difese il potere della parte di rilevare il difetto di rappresentanza, della cui assenza, risultante dagli atti, il giudice deve peraltro tener conto anche in mancanza di una specifica richiesta di parte (SU 11377/15).

5.1) A questo inevitabile rigore fa da riscontro simmetricamente, come vuole parte della dottrina, la ampia sanabilità del vizio della rappresentanza volontaria di cui qui si tratta – l’odierna sentenza non tratta infatti dei vizi della procura – ammessa dall’art. 182 c.p.c. Deve essere in proposito rammentato che secondo le Sezioni unite (Cass. 9217/10), già in controversia instaurata prima della novella n. 69 del 2009, “l’art. 182, secondo comma, cod. proc. civ., secondo cui il giudice che rilevi un difetto di rappresentanza, assistenza o autorizzazione ‘può’ assegnare un termine per la regolarizzazione della costituzione in giudizio, dev’essere interpretato, anche alla luce della modifica apportata dalla legge n. 69 del 2009, nel senso che il giudice ‘deve’ promuovere la sanatoria, in qualsiasi fase e grado del giudizio e indipendentemente dalle cause del predetto difetto, assegnando un termine alla parte che non vi abbia già provveduto di sua iniziativa, con effetti ‘*ex tunc*’, senza il limite delle preclusioni derivanti da decadenze processuali”.

5.1.1) Questo principio va in linea di principio confermato, con la precisazione che qualora il rilievo del vizio non sia officioso, ma venga per la prima volta sollevato in sede di legittimità dalla controparte, sorge immediatamente per il rappresentato l’onere di procedere alla sanatoria, con la produzione necessaria allo scopo. Non v’è infatti luogo per assegnare un termine, a meno che non sia motivatamente richiesto, allorché il rilievo non sia officioso (e quindi nuovo), perché il giudice è stato preceduto dal rilievo di parte, sul quale l’avversario è chiamato a contraddire (cfr. infra sub 5.3).

5.2) La opzione interpretativa avviata nel 2010 (riconosciuta anche da Cass. 23670/08; 7529/09; più di recente cfr. Cass. 11898 del 28/05/2014), che è intesa a favorire la celebrazione del processo al fine di giungere a una stabile

soluzione di merito, è sicuramente nel senso che si può desumere dal disposto vecchio e nuovo dell'art. 182 c.p.c. Esso mira, oggi più esplicitamente, a consentire che sia posto rimedio alla nullità rilevante. Occorre perciò evitare per quanto possibile, in funzione della pienezza del rimedio, disarticolazioni nei vari gradi di giudizio "fra rilevanza e sanabilità del difetto".

È stato sostenuto in dottrina, per contestare la sanabilità in sede di impugnazione del difetto di legittimazione processuale che il rilievo in appello potrebbe incidere sul principio di parità delle parti. Sarebbe infatti consentito al falso rappresentato, e non all'altra parte, di giovare, con la ratifica, solo dei giudizi in cui la sua posizione sia risultata vittoriosa, rigettando le conseguenze della soccombenza. L'osservazione non è convincente: l'altra parte ha comunque interesse ad una pronuncia che non sia esposta a impugnazioni straordinarie, ma venga utilmente reincanalata; inoltre potrà pur sempre rivalersi sul falso rappresentante, se ve ne sono le condizioni. Peraltro anche la dottrina più perplessa (ma le perplessità concernono soprattutto la diversa materia dei vizi della procura) riconosce che le situazioni contemplate dall'art. 182, sono molteplici: non è questa l'occasione per compilarne una mappa, ognuna potendo meritare una riflessione, pur alla luce del principio generale adottato.

5.3) Tirando le fila del discorso che si è condotto, occorre quindi respingere le posizioni rispecchiate in precedenza da Cass. 17893/09 e Cass. SU 23019/05, restie alla sanatoria in grado di impugnazione, e riaffermare l'opposto principio, secondo il quale è possibile la sanatoria del difetto di rappresentanza, senza che operino le ordinarie preclusioni istruttorie (v. Cass. 22099/13; 798/13).

Giova chiarire che qualora sorga in sede di legittimità la contestazione esplicita del potere rappresentativo del soggetto che ha agito in giudizio, o stia resistendo, la prova (documentale) della sussistenza della legittimazione processuale può essere fornita anche in questa sede, ai sensi dell'art. 372 c.p.c. (v. Cass. 12547/03; 24813/13). La mancanza di ogni produzione impone, nel caso odierno, di adottare la soluzione in rito di cassazione della sentenza impugnata, dichiarando la nullità di tutti gli atti del giudizio svoltosi su impulso processuale viziato.

6) Resta assorbito l'esame degli altri motivi di ricorso. Le spese dei giudizi di merito possono essere equamente compensate tra le parti, poiché parte G. non ha verificato in quella sede il potere rappresentativo dell'attore, pervenendo all'eccezionale situazione della contestazione tardiva. Le spese di questo grado di giudizio seguono la soccombenza e si liquidano in dispositivo, in relazione al valore della controversia. – *Omissis*.

Sul difetto di rappresentanza processuale, tra poteri del giudice e giusto processo

Simona Caporusso*

Con la decisione annotata, le Sezioni unite, a risoluzione di un contrasto, statuiscano che il difetto di rappresentanza processuale è suscettibile di sanatoria (pure) in grado di impugnazione e che tale vizio è rilevabile d'ufficio anche in sede di legittimità, pur in assenza di contestazione di parte nei precedenti gradi del giudizio. La necessità che il processo pervenga ad una valida sentenza di merito implica non già che sulle questioni processuali c.d. fondanti, tra le quali il difetto di rappresentanza processuale rientra a pieno titolo, possa formarsi giudicato implicito, bensì che tali questioni debbano essere sempre soggette alla verifica del giudice *ad quem*. Pertanto, è compito del giudice, in qualsiasi stato e grado del giudizio e indipendentemente dalle cause che hanno dato luogo al vizio, promuoverne la sanatoria, senza il limite delle preclusioni derivanti da decadenze processuali. Nello scritto si mostra adesione all'arresto, in considerazione anche della primaria esigenza di tutela dei valori del giusto processo.

Premessa

Con questa (importante) pronunzia, le Sezioni unite mettono una serie di punti fermi nel magmatico terreno del difetto di valida rappresentanza processuale.

A composizione di contrasto, le Sezioni unite hanno infatti posto le fondamenta per una ricostruzione più organica della fattispecie, a seguito di un periodare molto persuasivo, culminato in tre punti così condensabili:

1) il difetto del potere di rappresentanza, essendo una delle condizioni del potere di azione, giustifica il rilievo officioso in sede di legittimità, anche qualora non vi sia stata contestazione nei gradi di merito;

2) per conseguenza, la sanatoria di tale vizio si rende possibile, senza che operino le ordinarie preclusioni istruttorie;

3) qualora, in sede di legittimità, vi sia contestazione esplicita del difetto di rappresentanza, tanto dal lato

attivo quanto da quello passivo, la prova (documentale) della sussistenza della legittimazione processuale può essere fornita *ex art. 372 c.p.c.*

Una sentenza corposa, dunque. E, proprio per questa ragione, conviene procedere con ordine, dando innanzitutto uno sguardo al caso di specie che l'ha occasionata.

Il caso di specie

Nel 2005 il tribunale di Salerno accoglieva la domanda volta ad ottenere l'accertamento dell'usucapione di un locale, con conseguente nullità dell'atto di divisione intercorso tra le convenute e rigettava la domanda riconvenzionale di rilascio del locale e risarcimento dei danni. La sentenza veniva appellata, ma il giudice *ad quem* rigettava il gravame. La decisione della corte salernitana veniva impugnata in Cassazione, con ben undici motivi di ricorso.

* Il contributo è stato sottoposto, in forma anonima, alla valutazione di un referee.

Senonché, in relazione al primo motivo, con il quale si denunciava la violazione e la falsa applicazione degli artt. 77 e 100 c.p.c., la seconda Sezione rimetteva gli atti al Presidente, il quale provvedeva ad assegnare la causa alle Sezioni unite per dirimere il contrasto sussistente in ordine al regime processuale cui assoggettare i vizi di rappresentanza, trattandosi, come è intuibile, di questione di particolare rilevanza, oltre che, naturalmente, assorbente ai fini della decisione del ricorso. Nel caso di specie era infatti accaduto che il ricorrente lamentava come la procura (speciale) dell'attore mai fosse stata prodotta nei pregressi gradi del giudizio, di guisa da provocare un difetto del potere rappresentativo di natura sostanziale, e che il resistente, senza provvedere a regolarizzare il vizio, si era limitato ad obiettare la novità della questione; questione, che, sollevata per la prima volta in sede di legittimità, esigeva, per conseguenza, valutazioni di merito estranee alla cognizione della Suprema Corte.

Il periodare delle Sezioni unite

E si arriva, così, al vaglio delle Sezioni unite, chiamate a verificare – rispetto ad un proprio precedente¹ e a risoluzione di un contrasto sorto tra le Sezioni semplici – se la questione del difetto di valida rappresentanza processuale non espressamente dedotta nei precedenti gradi di merito sia o no coperta da giudicato c.d. implicito. Va da sé, infatti, che la risposta al quesito non è certamente scevra da conseguenze applicative di notevole spessore, atteso che se è vero, come è vero, che la rappresentanza processuale riguarda una delle condizioni dell'azione², la sua carenza è causa di nullità che si riverbera anche sui precedenti gradi del giudizio.

Come è stato ben messo in risalto dalle Sezioni semplici all'atto di rimessione e dalle Sezioni unite in sede di decisione, il “motivo portante” intorno al quale

tutto gravita non sta infatti nel rilievo che la questione si presenti o no come una novità in sede di legittimità³, tanto meno ch'essa richieda accertamenti di fatto⁴, quanto e piuttosto ch'essa sia eventualmente coperta da giudicato, nel caso bastasse quello implicito, desumendosi il difetto del potere di rappresentanza dall'avvenuta decisione della causa nel merito. Il discorso, detto altrimenti, prende un abbrivio diverso dal consueto, perché si mettono in correlazione due questioni – difetto del potere di rappresentanza e giudicato implicito – che senz'altro possono costituire un binomio, tuttavia non inscindibile.

Orbene, il fatto è che la mancata rilevazione (e, per riflesso, la mancata prospettazione, nonché la mancata contestazione) del difetto di potere rappresentativo non è che possa tenersi in non cale in ragione di un giudicato implicito, trattandosi di una figura dai contorni troppo incerti per poterla trasformare in un principio che faccia da spartiacque tra ciò che può ancora dedursi e ciò che è invece precluso. Specie quando detta preclusione non è statuita neppure obliquamente da un plesso di regole positivamente stabilito⁵.

Al riguardo, il crescendo argomentativo delle Sezioni unite è di una linearità stringente: la circostanza che il giudicato implicito copra la sola questione di giurisdizione⁶, mentre è inconferente rispetto alle c.d. questioni processuali “fondanti” non esplicitamente risolte, si deve alla circostanza che, come già recitavano le stesse Sezioni unite nel 2008, la sentenza si rivelerebbe altrimenti *inutiliter data*⁷. E, in tali casi, l'argomento che invece facesse leva sul principio della ragionevole durata del processo sarebbe, d'altra parte ed all'evidenza, specioso atteso che, con un'evidente eterogeneità dei fini, l'effetto di un giudicato implicito su di una questione c.d. vitale, si rivelerebbe esattamente l'opposto al cospetto di una sentenza claudicante perché comunque assoggettabile a rimedi straordinari⁸. E

¹ Cass., Sez. un., 16 novembre 2009, n. 24179, in *Foro It.*, Rep. 2009, voce *Procedimento civile*, n. 85, per la quale il difetto di rappresentanza processuale “si pone come causa di esclusione anche della *legitimatio ad processum* del rappresentante, il cui accertamento, trattandosi di presupposto attinente alla regolare costituzione del rapporto processuale, può essere compiuto in ogni stato e grado del giudizio e quindi anche in sede di legittimità, con il solo limite del giudicato sul punto, e con possibilità di diretta valutazione degli atti attributivi del potere rappresentativo”.

² V. per tutti A. Proto Pisani, *Lezioni di diritto processuale civile*, Napoli, 2014, 305 e segg.

³ Al riguardo, come ha ricordato la seconda Sezione nell'ordinanza di rimessione, l'orientamento giurisprudenziale non è univoco. Le Sezioni unite, nel 2009, con la citata pronunzia 24179 (v. *supra*, nota 1) avevano statuito che l'accertamento del difetto di rappresentanza processuale può essere compiuto in ogni stato e grado del giudizio e, dunque, anche in sede di legittimità, incontrando come unica barriera preclusiva la formazione del giudicato sul punto. Il che rende inevitabile spostare il baricentro del discorso su cosa debba intendersi con la locuzione “giudicato sul punto”: giudicato implicito o giudicato esplicito?

⁴ In tal caso, infatti, le verifiche di fatto sono consentite al giudice di legittimità per avere tale questione natura processuale (in quanto refluirebbe nella nullità della sentenza o del procedi-

mento *ex art.* 360, 1° comma, n. 4), c.p.c.): per tutte, v. Cass., 15 ottobre 2012, n. 17653, in *Foro It.*, Rep. 2012, voce *Cassazione civile*, n. 101.

⁵ Cfr. Cass., Sez. un., 5 gennaio 2016, n. 29, in *Foro It.*, Rep. 2016, voce *Giurisdizione civile*, n. 9.

⁶ Così Cass., Sez. un., 9 ottobre 2008, n. 24883, in questa *Rivista*, 2009, 406, con nota di R. Vaccarella, *Rilevabilità del difetto di giurisdizione e translatio iudicii*, in *Corriere Giur.*, 2009, 372, con nota di R. Caponi, *Quando un principio limita una regola (ragionevole durata del processo e rilevabilità del difetto di giurisdizione)*, in *Giusto Proc. Civ.*, 2009, 263, con nota di G. Basilico, *Il giudicato interno e la nuova lettura dell'art. 37 c.p.c.*, e in *Giust. Civ.*, 2009, I, 47, con nota di A. Nappi, *Effetto devolutivo delle impugnazioni e giudicato interno sugli errores in procedendo*.

⁷ Cass., Sez. un., 30 ottobre 2008, n. 26019, in questa *Rivista*, 2009, 1459, con nota di A. Carratta, *Rilevabilità d'ufficio del difetto di giurisdizione e uso improprio del “giudicato implicito”*, e in *Foro It.*, 2009, I, c. 810, con nota di G.G. Poli, *Le Sezioni unite e l'art. 37 c.p.c.*

⁸ Così Cass., Sez. un., 30 ottobre 2008, n. 26019, cit., la quale ha enucleato, accanto alle ipotesi relative alla violazione del contraddittorio, una serie di ipotesi riconducibili alla carenza assoluta di *potestas iudicandi*, come il difetto di *legitimatio ad causam* o dei presupposti dell'azione, la decadenza sostanziale dall'azione per il

poi, di là dalla circostanza che la ragionevole durata non può certo andare a detrimento del principio irrinunciabile del giusto processo, soccorre l'argomento deducibile dal *revirement* delle Sezioni unite in tema di rilevabilità officiosa della nullità: se la legge vigente ignora "un giudicato implicito che postuli il rigoroso e ineludibile rispetto dell'ordine logico-giuridico delle questioni"⁹ persino quando discussa è una questione di merito¹⁰, ha più di un senso pensare che detta pregiudizialità difetti allorché il motivo controverso inerisca alla carenza di potere rappresentativo di chi abbia agito o resistito in giudizio in nome di altri. È, quello testé richiamato, un utilizzo dell'argomento che, *a fortiori*, non fa una grinza.

Come non bastasse, c'è poi il principio di diritto espresso dalle Sezioni unite nel 2015, con riguardo alla rilevabilità officiosa dell'eccezione di inefficacia del contratto concluso dal *falsus procurator*¹¹. E qui il discorso si fa viepiù intrigante. C'è da dire, infatti, che il richiamo a detta pronunzia è al tempo stesso pertinente e svante. La pertinenza è tutta rinserrata nel fatto che se la procura, ovvero altro atto equipollente, è in un fatto costitutivo del potere di rappresentanza e condizione di validità del processo, gli è allora che in difetto dell'uno e dell'altra non si può avere una sentenza che sia predicabile con l'attributo di "giusta", stante l'inesistenza del presupposto di legge. Ciò che, viceversa, intorbida – ed ecco perché il richiamo a detto arresto va inteso *cum grano salis* – è l'altro pilastro che regge la pronunzia 11377/15: un pilastro tutt'uno col principio di effettività della tutela giurisdizionale, ultroneo rispetto alla decisione in epigrafe. L'attributo di svante è proprio qui che verrebbe ad impingere. Sunteggiando al massimo il discorso, l'inefficacia del contratto concluso dal *falsus procurator* è rilevabile officiosamente perché, in caso contrario, lo pseudo rappresentato verrebbe a trovarsi vincolato ad un contratto non voluto. In altre parole,

l'eccezione *ex art.* 1398 c.c. è in senso lato giacché, ad intenderla invece in senso stretto, verrebbe a darsi come esistente una ratifica tacita che invece non c'è¹².

Il quadro, per contro, è rovesciato nella fattispecie in esame. Qui non è, infatti, che possa ragionarsi di una "tolleranza" del soggetto pseudo rappresentato: il potere di agire in giudizio in nome di un altro soggetto o c'è, oppure non c'è. Chi si spaccia come rappresentante legale senza esserlo, usurpa una condizione di legge alla quale non può rimediarsi in ragione della tolleranza (colposa) del soggetto falsamente rappresentato. *Interest rei publicae* e l'apparenza non può supplire ad una sanatoria che deve essere non soltanto espressa, ma anche tempestiva. Cosa che nel caso di cui alla sentenza in epigrafe non è avvenuta, come dimostra la narrativa del fatto.

Osservazioni finali

La riscrittura giudiziale del sistema delle eccezioni, con quelle in senso stretto ridotte ad una nicchia retta ormai da un principio di tipicità legale, se ha trovato il plauso di parte della dottrina¹³, non manca nel contempo di destare critiche in quegli interpreti che guardano invece con sospetto ad un'erosione sempre più marcata del principio dispositivo¹⁴. Un interventismo della Corte che riqualifica un determinato fatto come costitutivo o quale antecedente logico della pretesa azionata va ad impattare direttamente, è questo che spesso si lamenta, sull'oggetto del processo, visto non a caso dalle Sezioni unite nel 2014, nell'intero rapporto sinallagmatico dedotto in giudizio, se è vero che il vincolo al motivo portante del rigetto vale *inter partes* da giudicato implicito sulla validità del contratto¹⁵. Ebbene, dette critiche non sembrano però trasponibili *tout court* al difetto di rappresentanza processuale. Per un motivo forse elementare, ma sicuramente dirimente: la carenza del potere di rappresentanza non è infatti una condizione (*id*

decorso di termini previsti dalla legge, la carenza di domanda amministrativa di prestazione previdenziale e il divieto di frazionamento delle domande, in materia di previdenza ed assistenza sociale. In tutte queste ipotesi le Sezioni unite hanno ritenuto compatibile con il sistema delineato dall'art. 111 Cost. "il potere di controllo delle nullità (non sanabili o non sanate), esercitabile in sede di legittimità, mediante proposizione della questione per la prima volta in tale sede, ovvero mediante il rilievo officioso da parte della corte di cassazione".

⁹ Così, in motivazione, Cass., Sez. un., 12 dicembre 2014, n. 26242, in questa *Rivista*, 2015, 70, con nota di I. Pagni, *Il "sistema" delle impugnative negoziali dopo le Sezioni unite*, e 1386, con nota di M. Bove, *Rilievo d'ufficio della questione di nullità e oggetto del processo nelle impugnative negoziali*; in *Corriere Giur.*, 2015, 88, con nota di V. Carbone, "Porte aperte" delle Sezioni unite alla rilevabilità d'ufficio del giudice della nullità del contratto; in *Riv. Dir. Proc.*, 2015, 1560, con nota di A. Giussani, *Appunti dalla lezione sul giudicato delle Sezioni unite*; in *Contratti*, 2015, 113, con nota di S. Pagliantini, *Rilevabilità officiosa e risolubilità degli effetti: la doppia motivazione della cassazione ... a mo' di bussola per rivedere Itaca*.

¹⁰ V.C. Consolo e F. Godio, *Patologia del contratto e (modi dell') accertamento processuale*, in *Corriere Giur.*, 2015, 225 e segg.

¹¹ V. Cass., Sez. un., 3 giugno 2015, n. 11377, in *Foro It.*, 2015, I, 3585, con nota di S. Pagliantini, *Difetto di rappresentanza e*

processo nel prisma risistemizzato delle tutele contrattuali, ove le Sezioni unite, sul presupposto per il quale la deduzione dell'inefficacia per lo pseudo rappresentato del contratto stipulato dal *falsus procurator* non integra una eccezione in senso stretto (ma una mera difesa) e non è perciò soggetta alle relative preclusioni processuali, hanno statuito che qualora il difetto di rappresentanza risulti dagli atti, il giudice deve tenerne conto anche in assenza di specifica richiesta della parte interessata.

¹² Profilo che, pur non essendo un mero complemento, si interfaccia con la questione relativa all'inefficacia del contratto stipulato dal *falsus procurator*, ormai declinata dalle Sezioni unite come eccezione in senso stretto (v. *supra* nota 11) e sul quale già era capitato di soffermarsi in sede di commento a Cass., ord., 27 giugno 2014, n. 14688: v., se vuoi, S. Caporusso, *Eccezione in senso lato, giustizia della decisione e contratto del falsus procurator: profili processuali*, in *Corriere Giur.*, 2014, 1391 e segg.

¹³ V. per tutti R. Oriani, *Eccezione*, voce del *Dig. Civ., Sez. Civ.*, Torino, 1992, VII, 266; Id., *Eccezione rilevabile d'ufficio e onere di tempestiva allegazione: un discorso ancora aperto*, in *Foro It.*, 2001, I, 127 e segg.; Id., *Eccezioni rilevabili (e non rilevabili) d'ufficio. Profili generali*, in *Corriere Giur.*, 2005, 1011 e segg.; C. Consolo, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, Torino, 2015, I, 153 e segg.

¹⁴ M. Bove, *Rilievo d'ufficio della questione di nullità*, cit., 1387 e segg.

¹⁵ V. Cass., Sez. un., 12 dicembre 2014, n. 26242, cit.

est un vizio) che influisce sulla “giustizia” della decisione bensì, ed in presa diretta, sulla sua validità.

E non solo.

Spuntata sarebbe pure la critica, sempre rivolta al nuovo corso della Cassazione, sul destino degli atti processuali compiuti fino ad una rilevanza officiosa che, in quanto possibile sino al momento di precisazione delle conclusioni, sovverte l'andamento di un processo ove un'eccezione di nullità o di inefficacia rischia di spazzare via quanto fino ad allora disposto in ragione di una validità del titolo, sottesa ad una domanda di risoluzione o di annullamento. Anche qui per una ragione che pare non meno stringente: quando si faccia questione di una carenza di rappresentanza processuale scatta infatti, in difetto di sanatoria, un problema di nullità di tutti gli atti del giudizio svoltosi su impulso processuale viziato, come opportunamente ribadito dalla pronuncia odierna.

Ed allora e a maggior ragione, ben venga una lettura “flessibile” dell'art. 182 c.p.c., tale cioè da consentire la sanatoria del difetto di rappresentanza anche in fase impugnatoria, escludendo così l'operare delle ordinarie preclusioni istruttorie, con il solo limite dell'eventuale formazione sul punto del giudicato (esplicito)¹⁶. Peraltro, le Sezioni unite precisano che laddove il difetto del potere rappresentativo del soggetto che ha agito o resistito in giudizio venga eccepito per la prima volta in sede di legittimità dalla controparte e non d'ufficio, per lo pseudo rappresentato sorge l'onere di procedere ad una sanatoria immediata di tale vizio, attraverso la produzione utile al raggiungimento dello scopo, senza cioè la necessità di assegnare un termine, se non in caso di motivata richiesta¹⁷. Nel caso, di poi, di una esplicita contestazione, la prova documentale della sussistenza della legittimazione processuale può

essere fornita anche nel giudizio di cassazione ai sensi dell'art. 372 c.p.c., liberandosi, per conseguenza, dalla pastoia di un giudizio di rinvio necessario¹⁸. Per contro, e a conclusione del percorso argomentativo seguito dalle Sezioni unite, l'omessa sanatoria della condizione di pseudo rappresentato impone la conclusione del processo con una sentenza di mero rito¹⁹: esito obbligato, d'altronde, perché dovuto al riverberarsi della nullità su tutti gli atti del giudizio.

È questa una lettura (condivisibilmente) tesa a salvaguardare, per quanto più possibile, il diritto ad ottenere una pronuncia di merito, restringendo il novero delle cause che conducono alla chiusura in rito e, a loro volta, comprimono quel valore di “giusto processo civile”. Lettura, peraltro, che tra le righe sembra trarre spunto da quella Consulta nella quale – relatore Virgilio Andrioli – si legge il famoso passo: “il giusto processo civile vien celebrato non già per sfociare in pronunce procedurali che non coinvolgono i rapporti sostanziali delle parti che vi partecipano – siano esse attori o convenuti – ma per rendere pronuncia di merito rescrivendo chi ha ragione e chi ha torto: il processo civile deve avere per oggetto la verifica della sussistenza dell'azione in senso sostanziale di chiovendiana memoria, né deve, nei limiti del possibile, esaurirsi nella discettazione sui presupposti processuali, e per evitare che ciò si verifichi si deve adoperare il giudice”²⁰.

Una decisione, dunque, quella odierna, che segna un *continuum* meritevole di sicuro apprezzamento, nell'ottica di una Corte che, nell'incertezza contingente del dato legislativo, è divenuta ormai co-artefice della regola di diritto applicabile, rinsaldando così l'idea che la celebrazione del processo ha come fine quello di giungere ad una valida e stabile decisione di merito.

Liquidazione del compenso professionale

Cassazione civile, Sez. VI-3, 29 febbraio 2016, n. 4002 – Pres. Finocchiaro – Rel. Armano – C. (avv. Lamuraglia) – S. e altri (avv. Rutigliano e Candiano). *Cassa con rinvio Trib. Bari, 24 luglio 2012, n. 3726 (ord.)*.

Avvocato – Compenso professionale – Liquidazione –

Procedimento sommario di cognizione – Contestazione del diritto – Mutamento del rito – Non applicabilità – Inammissibilità della domanda – Esclusione

Le controversie aventi ad oggetto la liquidazione delle spese, degli onorari e dei diritti vantati nei confronti del

¹⁶ In questo senso v. già Cass., 26 settembre 2013, n. 22099, in *Foro It.*, Rep. 2013, voce *Procedimento civile*, n. 214; Cass., 15 gennaio 2013, n. 798, *ibid.*, voce cit., n. 118, in tema di rappresentanza processuale delle persone giuridiche; Cass., 21 giugno 2004, n. 11506, *id.*, Rep. 2004, voce *Procedimento civile*, n. 60; Cass., 20 giugno 2002, n. 8996, *id.*, Rep. 2002, voce cit., n. 74.

¹⁷ Sulla non doverosità della concessione del termine per provvedere alla sanatoria del difetto di rappresentanza qualora la relativa eccezione provenga dalla controparte, v. le perplessità espresse da M. Negri, *Rilevanza e sanatoria retroattiva del difetto di rappresentanza anche in sede di legittimità (ma la concessione del termine non è sempre doverosa)*, in *Corriere Giur.*, 2016, 688 e segg., spec. 693 e seg., la quale osserva che la distinzione (accreditata dalla Corte) appare contraddittoria giacché, nella misura in cui esclude che, in difetto di sanatoria spontanea, la parte possa comunque provvedere ad emendare il vizio entro un termine concesso dal giudice, finisce con l'introdurre un distinguo non

esplicitamente previsto dall'art. 182 c.p.c. Per come, sottinteso, la norma è attualmente formulata.

¹⁸ Nel testo si vuole alludere alla circostanza, come autorevole dottrina aveva già rilevato, che il vizio di rappresentanza, se fatto valere per la prima volta in sede di legittimità, non può mai dare luogo a cassazione senza rinvio, bensì a cassazione con rinvio al giudice d'appello, proprio al fine di consentire la sanatoria: così A. Proto Pisani, *Lezioni*, cit., 306.

¹⁹ Parimenti a quanto accade nel giudizio di secondo grado, ove l'omessa sanatoria del vizio risalente al primo grado e dedotto per la prima volta in appello dà luogo non già alla rimessione della causa al primo giudice, bensì alla definizione in rito del gravame. Sul punto, v. per tutti G. Balena, in Balena-Caponi-Chizzini-Menchini, *La riforma della giustizia civile*, Torino, 2009 72.

²⁰ Così, in motivazione, Corte cost., 16 ottobre 1986, n. 220, in *Foro It.*, 1986, I, c. 2669.

proprio cliente da parte dell'avvocato per prestazioni svolte nell'ambito di un processo civile rientrano, anche qualora la domanda riguardi l'an della pretesa, nell'ambito di applicazione dell'art. 14, D.Lgs. n. 150/2011 senza possibilità per il giudice adito di disporre il mutamento di rito, né di dichiarare l'inammissibilità della domanda. (Massima non ufficiale)

Omissis. – *Ritenuto in fatto* – È stata depositata la seguente relazione: 1. L'Avv. C.S. propone ricorso per cassazione avverso l'ordinanza emessa dal Tribunale di Bari, in composizione collegiale, in data 22 giugno 2012, a chiusura di un procedimento ex art. 28 L. n. 794/1942. (*Omissis*).

Il tribunale ha dichiarato inammissibile la procedura ex art. 28 L. n. 794/1942, sul rilievo che i resistenti avevano sollevato contestazioni relative alla esistenza del rapporto obbligatorio e all'entità della somma dovuta in relazione alle prestazioni rese.

Avverso questa decisione propone ricorso C.S. con due motivi. (*Omissis*).

Ritenuto in diritto (*Omissis*). Secondo l'art. 28, ed i successivi artt. 29 e 30, della previgente Legge 13 giugno 1942, n. 794 l'avvocato che voleva recuperare giudizialmente un credito professionale per prestazioni giudiziali poteva optare per tre strade: 1) il procedimento speciale di cui agli artt. 28 e segg. Legge n. 794/1942 (limitatamente ai crediti relativi a procedimenti civili); 2) il procedimento monitorio per decreto ingiuntivo; 3) il giudizio ordinario di cognizione.

Secondo la tesi prevalente in dottrina e giurisprudenza, il giudizio ordinario di cognizione era ammissibile, visto che il presupposto dell'esperibilità del procedimento speciale era la natura non contestata del credito e l'esigenza soltanto di una sua determinazione quantitativa (ossia di una sua liquidazione).

9. L'art. 34 D.Lgs. n. 150/2011 ha abrogato i citati artt. 29 e 30 Legge n. 794/1942 ed ha così modificato l'art. 28: "Per la liquidazione delle spese, degli onorari e dei diritti nei confronti del proprio cliente l'avvocato, dopo la decisione della causa o l'estinzione della procura se non intende seguire la procedura di cui all'art. 633 e seguenti del codice di procedura civile, procede ai sensi dell'articolo 14 del decreto legislativo 1° settembre 2011, n. 150".

L'art. 14 D.Lgs. n. 150/2011 disciplina dunque attualmente le "controversie in materia di liquidazione degli onorari e dei diritti di avvocato", prevedendo testualmente quanto segue: "1. Le controversie previste dall'articolo 28 della legge 13 giugno 1942, n. 794, e l'opposizione proposta a norma dell'articolo 645 del codice di procedura civile contro il decreto ingiuntivo riguardante onorari, diritti o spese spettanti ad avvocati per prestazioni giudiziali sono regolate dal rito sommario di cognizione, ove non diversamente disposto dal presente articolo. 2. È competente l'ufficio giudiziario di merito adito per il processo nel quale l'avvocato ha prestato la propria opera. Il tribunale decide in composizione collegiale. 3. Nel giudizio di merito le parti possono stare in giudizio personalmente. 4. L'ordinanza che definisce il giudizio non è appellabile".

Secondo la Relazione di accompagnamento a tale intervento legislativo: "L'articolo 14 detta la disciplina delle controversie riguardanti gli onorari, diritti o spese spettanti ad avvocati per prestazioni giudiziali, previste dall'articolo 28 della legge 13 giugno 1942, n. 794, nonché l'opposizione proposta a norma dell'art. 645 del codice di procedura civile contro il decreto ingiuntivo avente ad oggetto il pagamento dei medesimi crediti. Le controversie in questione

sono state ricondotte al rito sommario di cognizione, in virtù dei caratteri di semplificazione della trattazione e dell'istruzione della causa evidenziati dal rinvio, ad opera della normativa previgente, alla disciplina dei procedimenti in camera di consiglio e del resto corrispondenti al limitato oggetto del processo. In ossequio alla delega (art. 54, comma 2, lettera a) della l. n. 69 del 2009) si è mantenuta ferma la competenza funzionale dell'ufficio giudiziario di merito adito per il processo nel quale l'avvocato ha prestato la propria opera, nonché la composizione collegiale dell'organo giudicante ... Nel rispetto dell'ulteriore principio di delega (art. 54, cit., lettera c) ultimo periodo) che prevede il mantenimento delle disposizioni "finalizzate a produrre effetti che non possono conseguirsi con le norme contenute nel codice di procedura civile", si è avuto cura di specificare che le parti possono stare in giudizio personalmente. Questo, com'è chiaro, potrà accadere nel giudizio di merito, e quindi non nella fase di eventuale impugnativa di legittimità, per cassazione. Non si è invece riportata la disposizione sul tentativo giudiziale di conciliazione, in quanto assorbita dalla norma generale contenuta nell'art. 185 c.p.c. Sempre al fine di mantenere l'effetto processuale speciale attualmente in essere si stabilisce che l'ordinanza che definisce il giudizio non è appellabile".

10. A seguito dell'entrata in vigore del D.Lgs. n. 150/2011 si è posto il problema se la nuova disciplina debba ritenersi o meno inderogabile.

Ai fini di interpretare la nuova normativa è utile ripercorrere gli orientamenti della giurisprudenza di legittimità formati in relazione alla previgente Legge 13 giugno 1942, n. 794 in materia di "Onorari di avvocato e di procuratore per prestazioni giudiziali in materia civile".

Come già si è detto secondo la tesi prevalente, il giudizio ordinario di cognizione era ammissibile visto che il presupposto dell'esperibilità del procedimento speciale era la natura non contestata del credito e l'esigenza soltanto di una sua determinazione quantitativa. Infatti, secondo l'orientamento della Suprema Corte, lo speciale procedimento camerale di liquidazione di onorari e diritti dell'avvocato previsto dagli artt. 28 e segg. legge 13 giugno 1942, n. 794 era limitato alla determinazione del quantum dovuto al professionista e non si estendeva anche all'an della pretesa, ossia ai suoi presupposti: Cass., 23 gennaio 2012, n. 876; Cass., 15 marzo 2010, n. 6225; Cass., 29 marzo 2005, n. 6578; Cass., 21 aprile 2004, n. 7652.

Nella ipotesi in cui l'indagine si estendeva all'an della prestazione secondo la Cassazione, "trattandosi di indagine incompatibile con la trattazione nelle forme del rito speciale, vengono meno le ragioni che giustificano la deroga al principio generale del doppio grado di giudizio ed il procedimento deve svolgersi secondo il rito ordinario": Cass., 14 ottobre 2010, n. 21261; Cass., 9 settembre 2008, n. 23344.

Non vi era univocità sulla natura del provvedimento che doveva essere pronunciato dal Giudice erroneamente adito. Infatti una parte della giurisprudenza di legittimità, in ipotesi di non applicabilità della speciale procedura di liquidazione dei compensi per le prestazioni giudiziali degli avvocati in materia civile, regolata dagli artt. 28 e ss. l. 13 giugno 1942, n. 794, riteneva che era necessaria la trasformazione del rito, ossia la prosecuzione del procedimento con l'ordinario rito di cognizione: Cass., 24 febbraio 2004, n. 3637; Cass., 30 agosto 2001, n. 11346.

Se la mancanza del presupposto emergeva in occasione della comparizione delle parti in camera di consiglio, il giudice adito doveva limitarsi a dichiarare l'inammissibilità del ricorso e, nell'ipotesi di regolare instaurazione del con-

traddittorio, doveva ordinare che il procedimento proseguisse secondo l'ordinario rito di cognizione avanti all'autorità giudiziaria competente: Cass., 27 marzo 2001, n. 4419; Cass., 5 agosto 2011, n. 17053; Cass., 9 settembre 2008, n. 23344.

Un altro problema concerneva la natura di Sentenza o Ordinanza del provvedimento conclusivo del procedimento e, dunque, il regime dell'impugnazione, nel caso di erronea trattazione e decisione della causa.

Secondo la tesi della prevalente della giurisprudenza della Cassazione, in tali casi operava la prevalenza della natura sostanziale del provvedimento sulla sua forma. Pertanto, qualora il Giudice adito, a conclusione di un procedimento instaurato ai sensi degli artt. 28 ss. Legge n. 794/1942, non si fosse limitato a decidere sulla controversia tra avvocato e cliente circa la determinazione della misura dei compensi, ma si fosse pronunciato anche sui presupposti del diritto al compenso, relativi all'esistenza e alla persistenza del rapporto obbligatorio, l'intero giudizio doveva concludersi in primo grado con un provvedimento che, quand'anche adottato in forma di ordinanza, aveva valore di sentenza e, dunque, poteva essere impugnato con il solo mezzo dell'appello: Cass., 3 febbraio 2012, n. 1666. Analogamente, nel caso inverso, l'intero giudizio doveva concludersi in primo grado con un provvedimento che, quand'anche adottato in forma di sentenza, aveva valore di Ordinanza, in quanto tale sottratta all'appello ed impugnabile solo con il ricorso per cassazione ex art. 111 Cost.

La Cassazione civile, Sezioni Unite, 11 gennaio 2011, n. 390 (seguita da Cass. civile, sez. II, 19 maggio 2011, n. 11024) ha temperato il predetto criterio della prevalenza della sostanza sulla forma del provvedimento, facendo applicazione del principio dell'apparenza, affermando che, in tema di opposizione a decreto ingiuntivo per onorari e altre spettanze dovuti dal cliente al proprio difensore per prestazioni giudiziali civili, al fine di individuare il regime impugnatorio del provvedimento che ha deciso la controversia, assume rilevanza la forma adottata dal giudice, ove la stessa sia frutto di una consapevole scelta, che può essere anche implicita e desumibile dalle modalità con le quali si è in concreto svolto il relativo procedimento.

11. Tenendo conto dei principi espressi in passato nella suddetta materia dalla giurisprudenza di legittimità, è necessario esaminare in che limiti se ne può tenere conto anche per le controversie attualmente disciplinate dal D.Lgs. n. 150/2011.

Secondo la dottrina prevalente e parte della giurisprudenza di merito nulla sarebbe sostanzialmente cambiato rispetto al passato, avendo il procedimento ex art. 14 D.Lgs. n. 150/2011 mantenuto le medesime caratteristiche che aveva quello disciplinato dall'art. 29 Legge n. 794/1942, tenuto anche conto che l'art. 14 D.Lgs. n. 150/2011 si limita a prevedere che il rito sommario di cognizione regola le "controversie previste dall'art. 28 della legge 13 giugno 1942, n. 794", senza prevedere alcuna modifica riguardo all'ambito di applicazione di tale ultima disposizione. Nel caso di contestazioni sull'an del rapporto professionale la gran parte della dottrina, in aderenza alla giurisprudenza di legittimità formatasi nella vigenza della normativa precedente, ha escluso il mutamento del rito sul presupposto che le difese svolte dalle parti richiedano un'istruzione non sommaria ai sensi dell'art. 702 ter, 3° comma, c.p.c., tenuto conto che l'art. 3, 1° comma, D.Lgs. 150/2011 ne prevede espressamente l'inapplicabilità. In presenza di contestazioni sull'an, ed anche quando l'inesistenza dei presupposti per il procedimento speciale emerge all'esito della comparizione delle parti il giudice del procedi-

mento speciale deve limitarsi ad una pronuncia di inammissibilità.

A sostegno di questa tesi, è stata richiamata la previsione di cui all'art. 14, 3° comma, D.Lgs. n. 150/2011 (mutuata dall'art. 29, 3° comma, Legge n. 794/1942), relativa alla possibilità per le parti di stare in giudizio personalmente, da cui è possibile evincere che, allorché le eccezioni del convenuto comportino un ampliamento del thema decidendum alla sussistenza della pretesa del ricorrente, il giudizio non possa proseguire perché, nell'ipotesi in cui il resistente non si sia avvalso dell'assistenza tecnica, egli si troverebbe in posizione di inferiorità rispetto alla controparte proprio nel momento in cui il giudizio diviene più complesso.

12. In senso contrario alla tesi in esame, si è peraltro osservato che il rito sommario di cognizione ex art. 702 bis ss. c.p.c., garantisce comunque una cognizione piena della posizione soggettiva dedotta in giudizio, seppur con una trattazione ed un'istruzione semplificate e mette in crisi la premessa da cui muoveva il predetto orientamento giurisprudenziale.

È stato richiamato l'art. 3, 1° comma, D.Lgs. 150/2011, nella parte in cui esclude l'applicabilità dell'art. 702 ter, 2° comma, c.p.c., ai sensi del quale il Giudice, se "rileva che la domanda non rientra tra quelle indicate nell'art. 702 bis, la dichiara inammissibile. Nello stesso modo provvede sulla domanda riconvenzionale".

La predetta norma precluderebbe infatti al Giudice, adito ex art. 14, D.Lgs. n. 150/2011, di dichiarare inammissibile la domanda anche qualora l'oggetto del procedimento si estenda all'accertamento dei presupposti del diritto dell'avvocato al compenso professionale, così superando il precedente orientamento giurisprudenziale della Cassazione di cui si è sopra dato conto.

Inoltre, l'art. 4 D.Lgs. n. 150/2011 consente il mutamento del rito in ipotesi di controversia promossa con forme diverse da quelle previste, così sembrando riferirsi all'ipotesi dell'errore sul rito compiuto ab origine, e non alla opportunità/necessità, non derivante da errore iniziale, che la controversia, per effetto delle argomentazioni difensive del convenuto, proceda con rito diverso.

I sostenitori di questa tesi rilevano che la norma potrebbe essere letta estensivamente ed applicata anche nelle ipotesi in cui la scelta del rito "incongruo" non sia dipesa da un errore del ricorrente (ossia dell'avvocato), ma dalle difese del convenuto, che hanno determinato l'inapplicabilità del rito sommario, con le contestazioni relative all'an e non solo al quantum debeatur.

In sintesi, secondo la tesi in esame, il ricorso sommario proposto dall'avvocato sarebbe suscettibile di evolvere, previa conversione del rito ex art. 4 D.Lgs. n. 150/2011 in rito ordinario, allorché il convenuto contesti anche l'an o proponga domanda riconvenzionale.

13. Infine, secondo una terza tesi, l'intero giudizio di liquidazione dei compensi, comprensivo dei temi sull'an debeatur, dovrebbe essere trattato con il "nuovo" rito sommario.

Conseguentemente, nel caso in cui il giudizio in tale materia venga introdotto con rito ordinario e, dunque, con atto di citazione (o con atto di citazione in opposizione avverso il decreto ingiuntivo ottenuto dall'avvocato), il Presidente del Tribunale o della Sezione tabellarmente competente dovrebbe: disporre il mutamento del rito da ordinario in sommario ai sensi dell'art. 4 D.Lgs. n. 150/2011; nominare il Giudice relatore; fissare l'udienza di comparizione delle parti avanti al Collegio per la trattazione.

La Corte ritiene di aderire a questa ultima tesi, tenendo conto della pienezza della cognizione che, secondo la maggioranza della dottrina e la stessa relazione di accom-

pagnamento, sarebbe assicurata da questo procedimento e nel rispetto dell'impianto generale del D.Lgs. n. 150/2011, in cui la tipologia del rito è il frutto di una decisione legislativa senza possibilità di scelte discrezionali della parte o del giudice. Infatti in tal modo è rispettata la ratio che ha guidato il legislatore delegato secondo cui il controllo di concreta compatibilità della singola lite con le forme semplificate del rito, che nel procedimento sommario di cognizione facoltativo di cui agli artt. 702 bis ss. è rimesso alla valutazione discrezionale del giudice, è sostituito, nel procedimento sommario obbligatorio disciplinato dall'art. 3, D.Lgs. n. 150/2011, da una verifica, astratta ed irrevocabile, compiuta a monte dal legislatore sulla base delle caratteristiche riscontrate in alcune specie di controversie che hanno ad oggetto determinate specifiche materie.

Una tale soluzione ha evidenti vantaggi di economia processuale e sarebbe conforme al principio di conservazione degli atti processuali, evitando la declaratoria di inammissibilità che è espressamente esclusa dall'art. 3, 1° comma, D.Lgs. 150/2011, nella parte in cui esclude l'applicabilità dell'art. 702 ter, 2° comma, c.p.c.

Sarebbe rispettato l'art. 4 D.Lgs. n. 150/2011, che disciplina in via diretta soltanto l'ipotesi dell'instaurazione, mediante forme errate, di una controversia che dovrebbe essere trattata secondo uno dei riti semplificati dal D.Lgs. n. 150/2011; in altri termini, la disposizione non regola espressamente il caso in cui venga instaurata, mediante uno dei riti semplificati, una controversia che non rientra nell'ambito di applicazione dello stesso decreto.

Tale soluzione è in linea con quanto affermato dalla Corte costituzionale con la sentenza 1° aprile 2014, n. 65 che, con riferimento alla dedotta violazione dei principi della legge delega riferita all'art. 3, 1° comma, del D.Lgs. n. 150 del 2011, ed in particolare all'esclusione della convertibilità del rito sommario, ha rilevato che la norma in esame costituisce immediata applicazione del criterio direttivo di cui all'art. 54, 4° comma, lettera b), numero 2), della legge n. 69 del 2009, il quale – nel ricondurre al modello del procedimento sommario quei

procedimenti nei quali sono prevalenti caratteri di semplificazione della trattazione o dell'istruzione della causa – afferma che resta “esclusa per tali procedimenti la possibilità di conversione nel rito ordinario”.

La non convertibilità del rito sommario discende quindi dalla espressa prescrizione impartita dalla legge delega (art. 54, 4° comma, lettera b), numero 2), della legge n. 69 del 2009) e corrisponde altresì alla inammissibilità – ripetutamente affermata anche prima della riforma del 2009 – del procedimento speciale previsto dalla legge n. 794 del 1942 nel caso in cui il thema decidendum si estenda a questioni che esulano dalla mera determinazione del compenso.

Il divieto di conversione del rito è stabilito dall'art. 3, 1° comma, del D.Lgs. n. 150 del 2011 per le controversie regolate dal rito sommario di cognizione, conseguentemente la richiesta caducazione di tale divieto, riferita ai soli procedimenti di liquidazione degli onorari forensi, costituirebbe un'eccezione rispetto al modello procedimentale prescelto dal medesimo D.Lgs. n. 150 del 2011.

Siffatta eccezione risulterebbe incompatibile con le finalità, perseguite dalla riforma del 2011, di riduzione e semplificazione dei riti civili, introducendo un'ulteriore particolarità ad un sistema processuale, che – pur essendo ispirato alla finalità di riportare una molteplicità di procedimenti speciali ad una (almeno tendenziale) uniformità – conserva tuttora elementi di innegabile eccentricità.

Si osserva che il giudizio conclusosi con il provvedimento oggetto oggi di impugnazione era stata iniziato correttamente con ricorso davanti al Tribunale competente in composizione collegiale.

Di conseguenza ha errato il Tribunale a non proseguire il procedimento nelle forme del rito sommario di cognizione ex art. 702 bis e ss. c.p.c. ed ha errato nel dichiarare l'inammissibilità in presenza di contestazione sull'an della pretesa.

Il Tribunale era tenuto a provvedere sulla domanda e sulle contestazioni sull'an proposte dalla parte convenuta. – *Omissis*.

Liquidazione del compenso degli avvocati e procedimento sommario di cognizione

Giacinto Parisi*

Con la sentenza n. 4002 del 29 febbraio 2016, la Suprema Corte, tornando ad occuparsi del procedimento sulla liquidazione dei compensi professionali degli avvocati per prestazioni svolte nell'ambito di un giudizio civile, ha affermato che il rito sommario di cui all'art. 14, D.Lgs. n. 150/2011 sia applicabile anche alle controversie relative all'an della pretesa creditoria. L'Autore si sofferma su tale soluzione – che si pone in contrasto con l'orientamento sino ad ora dominante nella giurisprudenza di legittimità, secondo la quale l'ambito di applicazione del procedimento in esame sarebbe limitato alla determinazione del solo *quantum* del compenso –, evidenziando come essa sia in contrapposizione con l'*intentio legis* sottesa alla novella del 2011 e con un'interpretazione costituzionalmente orientata del dato normativo.

L'ambito applicativo del (previgente) procedimento camerale

All'indomani della riconduzione del procedimento speciale per la liquidazione del compenso degli avvo-

cati per prestazioni giudiziali nell'alveo del rito sommario di cognizione di cui agli artt. 3 e 14, D.Lgs. n. 150/2011, la dottrina e la giurisprudenza si sono (nuovamente) interrogate circa l'ambito applicativo di tale giudizio¹.

* Il contributo è stato sottoposto, in forma anonima, alla valutazione di un referee.

¹ Per una ricognizione sistematica delle varie questioni insorte in relazione al previgente procedimento camerale, nonché per

ulteriori riferimenti bibliografici e giurisprudenziali, si rinvia a C. Mandrioli-A. Carratta, *Diritto processuale civile*, III, Torino, 2016, 13 e segg., nota n. 12.

Difatti, secondo l'orientamento che si era andato consolidando nel vigore della precedente normativa, tanto nella giurisprudenza² quanto in dottrina³, l'oggetto del procedimento camerale di cui agli artt. 28 e segg., L. n. 794/1942 era limitato al solo accertamento del *quantum* del compenso spettante all'avvocato.

A sostegno di tale conclusione, si era affermato, in primo luogo, che era lo stesso tenore letterale dell'art. 29, L. n. 794/1942 a limitare l'ambito applicativo del procedimento "speciale", facendo espresso riferimento alla sola "liquidazione" del compenso professionale, ossia la "determinazione della cifra numerica cui ammontano le spese, diritti, ed onorari dovuti dal cliente"⁴. Inoltre, l'orientamento dominante faceva leva anche sulla struttura particolarmente snella del procedimento camerale *ex art.* 28 cit., che, essendo privo di una fase di istruzione probatoria e concludendosi con un provvedimento inappellabile, non avrebbe permesso alla parte resistente di offrire, a sostegno delle proprie eccezioni relative alla sussistenza della pretesa creditoria, mezzi di prova non precostituiti, recando dunque gravi limitazioni al suo diritto di difesa⁵.

Per tali motivi, si riteneva che nell'ipotesi di estensione dell'accertamento all'*an* del diritto al compenso, il giudice avrebbe dovuto disporre il mutamento del rito da quello speciale in quello ordinario di cognizione⁶ ovvero, secondo un altro e più recente orientamento giurisprudenziale, avrebbe dovuto dichiarare l'inammissibilità della domanda, "sul duplice rilievo che il mutamento del rito non è espressamente previsto dalla L. n. 794/1942, e che, a fronte di procedi-

menti uno ordinario e l'altro sommario-semplificato, con oggetto diverso, il mutamento di rito sarebbe disposto *inutiliter*, non essendo realizzabile la finalità conservativa degli atti"⁷.

L'ambito applicativo del rito sommario *ex art.* 14, D.Lgs. n. 150/2011

A seguito dell'introduzione dell'art. 14, D.Lgs. n. 150/2011, la giurisprudenza e la dottrina prevalenti si sono orientate nel senso di ritenere che l'oggetto del nuovo procedimento sommario sia anch'esso limitato al solo accertamento del *quantum* del compenso spettante all'avvocato⁸.

A sostegno di tale soluzione, è stato ritenuto che la sottoposizione della materia al rito sommario di cognizione non abbia comportato una modifica dei presupposti applicativi del procedimento di cui all'art. 28 L. n. 794/1942, in considerazione, innanzitutto, dell'inequivoco tenore letterale della Relazione illustrativa del D.Lgs. n. 150/2011⁹, e, poi, dei limiti imposti dall'art. 54, 4° comma, della legge delega n. 69/2009 al legislatore delegato, il quale avrebbe dovuto ricondurre al modello del rito sommario di cognizione solo quei procedimenti in cui, sulla base della legislazione previgente, fossero "prevalenti caratteri di semplificazione della trattazione o dell'istruzione"¹⁰.

Ferma l'applicabilità del procedimento di cui all'art. 14 cit. al solo giudizio relativo alla liquidazione dei compensi, si è tuttavia profilato un contrasto in seno alla giurisprudenza di merito, in ordine alle conseguenze che si vengono a determinare, nel contesto

² *Ex multis*, Cass., 18 gennaio 2017, n. 1212; Id., 5 maggio 2014, n. 9627; Id., 23 gennaio 2012, n. 876; Id., 15 marzo 2010, n. 6225; Id., 29 marzo 2005, n. 6578; Id., 21 aprile 2004, n. 7652; Id., Sez. un., 23 marzo 1999, n. 182, nonché, per ulteriori riferimenti, v. G. Deluca, *Sul procedimento per la liquidazione degli onorari del difensore*, in *Rass. Forense*, 2009, 739 e segg. Invero, subito dopo l'entrata in vigore della L. n. 794/1942, la giurisprudenza di legittimità si era consolidata nel senso di ritenere che nell'oggetto del procedimento in esame rientrasse anche l'ipotesi in cui vi fosse una controversia sull'*an* del compenso: tra le più recenti, Cass., Sez. un., 28 ottobre 1966, n. 2688, in *Giust. Civ.*, 1967, I, 18, e Cass., 8 gennaio 1966, n. 152, in *Foro It.*, 1966, I, 1312.

³ L. Lanfranchi, *Il ricorso straordinario inesistente e il processo dovuto ai diritti*, in *La roccia non incrinata*, a cura del medesimo, Torino 2011, 343 e seg.; A. Proto Pisani, *Usi e abusi della procedura camerale ex art. 737 e ss. c.p.c.*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1990, I, 392 e segg.; E. Garbagnati, *Procedimento sommario di opposizione a decreto ingiuntivo*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1968, 200 e segg.; V. Andrioli, *Sugli articoli 28 a 30 della legge 13 giugno 1942 sugli onorari dei professionisti forensi*, in *Foro It.*, 1943, I, 294 e seg.

⁴ Così E. Garbagnati, *Procedimento sommario*, cit., 201, il quale richiama sul punto la stessa Relazione ministeriale di accompagnamento alla L. n. 794/1942.

⁵ E. Garbagnati, *Procedimento sommario*, cit., 202-203; V. Andrioli, *Sugli articoli 28 a 30 della legge 13 giugno 1942*, cit., 295. Tuttavia, la giurisprudenza ha successivamente ritenuto che, anche nell'ambito di tale procedimento, potesse avere luogo l'assunzione di prove non precostituite (*ex multis*, Corte cost., 6 dicembre 1976, n. 238).

⁶ Cass., 14 ottobre 2010, n. 21233; Id., 12 febbraio 2004, n. 2701, in *Rep. Foro It.*, 2004, voce *Avvocato*, n. 219; Id., 7 agosto 2002, n. 11882, in *Giur. It.*, 2003, 2271.

⁷ Cass., 5 febbraio 2016, n. 2297. Nello stesso senso Cass., 23 maggio 2014, n. 11548; Id., 14 maggio 2014, n. 10609; Id., 5 agosto 2011, n. 17053; Id., 9 settembre 2008, n. 23344, in *Foro It.*, 2009, I, 1823, con nota (sul punto adesiva) di F. Cipriani.

⁸ Cass., 24 giugno 2016, n. 13175; Id., 14 giugno 2016, n. 12248; Id., 5 ottobre 2015, n. 19873, e, nella giurisprudenza di merito, Trib. Milano, Sez. V, 22 settembre 2016, in *www.ilcaso.it*; Trib. Spoleto, 29 dicembre 2015 (ord.), in *Giur. It.*, 2016, 880, con nota di M. Barafani; Trib. Bari, Sez. III, 26 giugno 2015 (ord.), in *Foro It.*, *Le banche dati*, archivio *Merito ed extra*, oltre alle pronunce richiamate nelle successive nt. 11 e 12. In dottrina, in tal senso si vedano A. Tedoldi, *Il nuovo procedimento sommario di cognizione*, Torino, 2013, 642; M. Abbamonte, *sub art. 14*, in *Commentario alle riforme del processo civile dalla semplificazione dei riti al decreto sviluppo*, a cura di R. Martino e A. Panzarola, Torino, 2013, 192; A. Carratta, *La "semplificazione" dei riti e le nuove modifiche del processo civile*, Torino, 2012, 60; R. Tiscini, *sub art. 14*, in *La semplificazione dei riti civili*, a cura di B. Sassani e R. Tiscini, Roma, 2011, 133; L. Viola, *La semplificazione dei riti civili*, Padova, 2011, 154.

⁹ Secondo cui "l'oggetto delle controversie in esame è limitato alla determinazione degli onorari forensi, senza che possa essere esteso, in queste forme, anche ai presupposti del diritto al compenso, o ai limiti del mandato, o alla sussistenza di cause estintive o limitative. Tale conclusione, ormai costantemente ribadita dalla giurisprudenza di legittimità, non viene in alcun modo incisa dalla presente disciplina, in assenza di modifiche espresse alla norma che individua i presupposti dell'azione, contenuta nella legge 13 giugno 1942".

¹⁰ A. Carratta, *La "semplificazione" dei riti*, cit., 61; A. Bulgarelli, *Il procedimento di liquidazione degli onorari e dei diritti degli avvocati dopo il decreto legislativo sulla semplificazione dei riti*, in *Giust. Civ.*, 2011, II, 439 e segg.

della nuova disciplina, nel momento in cui una delle parti del processo chieda comunque al giudice di pronunciarsi anche rispetto all'*an* del diritto al compenso.

In particolare, secondo un primo, e senz'altro maggioritario orientamento, il Tribunale, non potendo disporre il mutamento del rito sommario in quello ordinario di cognizione, in virtù del disposto di cui all'art. 3, 1° comma, D.Lgs. n. 150/2011, deve dichiarare l'inammissibilità (*rectius* l'improcedibilità) della domanda proposta¹¹.

Invece, secondo un diverso e minoritario orientamento della giurisprudenza di merito, in caso di contestazioni circa l'*an* della pretesa, il giudice adito sarebbe tenuto a disporre il mutamento del rito in quello ordinario di cognizione, rimettendo la causa dinanzi al Tribunale in composizione monocratica, in applicazione del disposto di cui all'art. 4, D.Lgs. n. 150/2011¹².

Infine, secondo una parte della dottrina, nel caso in cui il *thema decidendum* si estenda in corso di causa all'accertamento dell'*an* della pretesa creditoria, il giudice non potrebbe né disporre il mutamento del rito, stante l'espresso disposto di cui all'art. 3, 1° comma, D.Lgs. n. 150/2011, né separare la domanda sul *quantum* da quella sull'*an*¹³. Dunque, al fine di evitare che la domanda proposta nelle forme di cui all'art. 14 cit. venga dichiarata improcedibile, con conseguente pregiudizio dell'economia processuale, l'unica soluzione possibile sarebbe quella di applicare, nel caso di spe-

cie, l'art. 40, 3° comma, c.p.c., il quale disciplina l'ipotesi in cui le domande cumulate in un unico giudizio siano assoggettate a riti diversi, con conseguente prosecuzione del processo nelle forme del rito ordinario di cognizione¹⁴.

La sentenza della Suprema Corte: profili problematici

Intervenendo nel dibattito sopra cennato, la sentenza n. 4002/2016 della Corte di cassazione si è posta in una posizione antitetica rispetto all'orientamento che andava consolidandosi in relazione all'ambito applicativo del procedimento di cui all'art. 14 cit.¹⁵

La Suprema Corte, aderendo ad un filone interpretativo che sino ad oggi era rimasto senz'altro minoritario, ha ritenuto che al procedimento (nonché al giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo) avente ad oggetto l'accertamento e la liquidazione del compenso degli avvocati sarebbe oggi applicabile – *ratione materiae* – esclusivamente il rito sommario di cognizione disciplinato dagli artt. 3 e 14, D.Lgs. n. 150/2011¹⁶.

A sostegno della propria decisione – con una motivazione non sempre lineare nonché in netto contrasto con le conclusioni rassegnate nella relazione previamente depositata ai sensi dell'art. 380 *bis* c.p.c.¹⁷ – la Cassazione ha affermato, innanzitutto, che la pienezza della cognizione del procedimento di cui agli artt. 702 *bis* e segg. c.p.c., riconosciuta dalla stessa Relazione illustrativa¹⁸, consentirebbe di ritenere che

¹¹ Trib. Catania, Sez. V, 28 gennaio 2016 (ord.); Trib. Bologna, Sez. II, 24 dicembre 2015 (ord.); Trib. Torino, Sez. III, 18 luglio 2014 (ord.), che elenca le possibili contestazioni che possono insorgere sull'*an* della pretesa; Trib. Bologna, Sez. II, 27 gennaio 2014 (ord.); Trib. Verona, 3 maggio 2013 (ord.), tutte reperibili per esteso su *Pluris*; Trib. Modena, Sez. II, 23 ottobre 2015 (ord.), in *Quotidiano Giuridico*, 12 novembre 2015; Trib. Lucca, 3 luglio 2015 (ord.), in *www.eclegal.it*, 21 settembre 2015; in un *obiter dictum* anche Corte cost., 1° aprile 2014, n. 65, in *Foro It.*, 2014, I, 1363. In dottrina, per il rigetto della domanda erroneamente proposta nelle forme del procedimento speciale, salva la possibilità di riproporla in via ordinaria, M. De Cristofaro, *sub art. 3*, in *Codice di procedura civile commentato*, diretto da C. Consolo, Milano, 2012, 35 e segg. e F.P. Luiso, *Diritto processuale civile*, IV, Milano, 2011, 110.

¹² Trib. Mantova, 4 ottobre 2016 (ord.) e 16 dicembre 2014 (ord.), entrambe in *www.ilcaso.it*, nonché Trib. Napoli, 26 gennaio 2012 (ord.), in *Giur. Merito*, 2012, 1537, con nota di E. Campese. Nello stesso senso v. F. Cossignani, *Verso la semplificazione dei riti civili? Considerazioni sparse sulle disposizioni in materia di riduzione e semplificazione dei riti* (D.Lgs. n. 150/2011), in *www.treccani.it/magazine*, § 4.1.; A. Tedoldi, *Il nuovo procedimento sommario*, cit., 644, il quale, tuttavia, ritiene che la conversione del rito possa avvenire solo nell'ipotesi in cui, proposta una domanda riconvenzionale, siano l'attore o il convenuto a richiedere che il processo prosegua nelle forme del rito sommario di cognizione "ordinario" ex art. 702 *bis* e segg. c.p.c. *Contra* A. Carratta, *La "semplificazione" dei riti*, cit., 62, secondo cui l'art. 4, D.Lgs. n. 150/2011 trova applicazione solo nell'ipotesi in cui una determinata controversia venga originariamente promossa con un rito diverso dal quello previsto dal D.Lgs.

¹³ In tal senso A. Tedoldi, *Il nuovo procedimento sommario*, cit., 643; A. Carratta, *La "semplificazione" dei riti*, cit., 61; R. Tiscini, *sub art. 14*, cit., 31, dopo aver prospettato la possibilità che il giudice disponga la separazione delle domande che devono essere trattate con riti diversi, ai sensi dell'art. 702 *ter*, 4° comma, c.p.c.,

conclude per la illogicità di tale soluzione. *Contra* A. Chizzini, *Concinnatio. Note introduttive al d.lg. n. 150/2011 sulla c.d. semplificazione dei riti*, in *Giusto Proc. Civ.*, 2011, 990, nota n. 55, e A. Bulgarelli, *Il procedimento di liquidazione degli onorari*, cit., 439 e segg., secondo i quali le cause assoggettate a riti diversi devono essere separate.

¹⁴ In tal senso si vedano M. Abbamonte, *sub art. 14*, cit., 194; A. Carratta, *La "semplificazione" dei riti*, cit., 62.

¹⁵ La sentenza in commento è stata pubblicata anche in *Foro It.*, 2016, I, 1712, con osservazioni di C.M. Barone e con nota adesiva di C.M. Cea. Ad essa si è recentemente uniformata Cass., 11 gennaio 2017, n. 548.

¹⁶ Nello stesso senso, si vedano Trib. Bari, Sez. III, 14 marzo 2013 (ord.), in *Pluris*, e Trib. Foggia, 25 settembre 2012 (ord.), in *Giusto Proc. Civ.*, 2013, 128, con nota adesiva sul punto di G. Deluca; in dottrina, G. Balena, *sub art. 14*, in *Codice di procedura civile commentato*, diretto da C. Consolo, Milano, 2012, 198, e A. Bulgarelli, *Il procedimento di liquidazione degli onorari*, cit., 439 e segg., il quale, però, ritiene che il legislatore abbia "verosimilmente violato i criteri che la [legge delega] fissava per orientare nella scelta del rito di destinazione, con ogni ulteriore conseguenza che ne potrà derivare ex art. 76 cost."

¹⁷ Difatti, la relazione depositata ai sensi dell'art. 380 *bis* c.p.c. concludeva nel senso che "il Tribunale una volta ritenuto che non era possibile adottare la procedura di cui all'art. 28, non essendo applicabile l'art. 702 *ter*, 2° comma, c.p.c., ipotesi espressamente esclusa dal D.Lgs. n. 150/2011, art. 3, non poteva dichiarare l'inammissibilità della procedura, ma doveva disporre il mutamento di rito in base all'art. 4, stesso D.Lgs."

¹⁸ Per il carattere a cognizione piena del rito sommario, N. Picardi, *Manuale del processo civile*, Milano, 2013, 519 e segg.; C. Besso, *Il nuovo rito ex art. 702 bis c.p.c.: tra sommarietà del procedimento e pienezza della cognizione*, in *Il procedimento sommario di cognizione*, a cura di S. Chiarloni, in *Giur. It.*, 2010, 723; P. Biavati, *Appunti introduttivi sul nuovo processo a cognizione semplificata*, in *Foro It.*, 2009, V, 328; R. Caponi, *Un modello*

anche le controversie relative all'*an* della pretesa possono essere trattate con il rito speciale di cui all'art. 14 cit.¹⁹.

Inoltre, secondo la prospettiva assunta dalla Suprema Corte, tale soluzione sarebbe altresì rispettosa "dell'impianto generale del D.Lgs. n. 150/2011, in cui la tipologia del rito è il frutto di una decisione legislativa senza possibilità di scelte discrezionali della parte o del giudice", nonché dei principi di economia processuale e di conservazione degli atti processuali, poiché, ove si propendesse per la tesi opposta, non potendosi comunque procedere alla conversione del rito, in virtù di quanto previsto dall'art. 3, 1° comma, D.Lgs. n. 150/2011, si dovrebbe necessariamente pervenire alla dichiarazione di inammissibilità della domanda.

La soluzione adottata dalla Suprema Corte nella sentenza in epigrafe non può essere condivisa.

Innanzitutto, come ha sottolineato l'orientamento maggioritario sopra richiamato, è la stessa Relazione illustrativa al D.Lgs. n. 150/2011 a chiarire che "l'oggetto delle controversie in esame è limitato alla determinazione degli onorari forensi, senza che possa essere esteso, in queste forme, anche ai presupposti del diritto al compenso, o ai limiti del mandato, o alla sussistenza di cause estintive o limitative": non è, dunque, vero che il D.Lgs. n. 150/2011 ha voluto riservare *tout court* la materia in esame al rito sommario di cognizione "speciale".

Inoltre, quanto alla (presunta) natura a cognizione piena del rito di cui agli artt. 702 *bis* e segg. c.p.c., si deve osservare come la Suprema Corte confonda nella sentenza in epigrafe "la 'cognizione' intesa come *modus procedenti* dalla 'cognizione' intesa come risultato o accertamento", atteso che, a fronte di un accertamento completo ed esauriente dei fatti di causa, "[i]l carattere della sommarietà [del procedimento in esame] è [...] riferito alle modalità con cui vengono acquisiti gli elementi utili per accertare il fatto"²⁰. Pertanto, richiamando uno degli argomenti impiegati dal-

la dottrina tradizionale per confinare l'ambito di applicazione del previgente procedimento camerale alla liquidazione del *quantum* della pretesa creditoria²¹, si deve ritenere che la limitata fase istruttoria del procedimento sommario di cognizione sia ancora oggi inidonea a consentire l'accertamento dell'*an* del compenso del professionista²².

Fermo quanto precede, nell'ipotesi in cui l'ambito applicativo del procedimento di cui all'art. 14 cit. non fosse limitato alle sole controversie relative all'accertamento del *quantum* della pretesa creditoria del professionista, si dovrebbe ritenere che il legislatore delegato abbia ecceduto i (sopra richiamati) limiti imposti dall'art. 54, 4° comma, della legge delega n. 69/2009, con conseguente violazione dell'art. 76 Cost. Infatti, le controversie relative all'accertamento dell'*an* del diritto al compenso potrebbero richiedere una istruzione complessa e non devono, dunque, ritenersi ricomprese tra quelle che, come visto, il legislatore delegato ha inteso ricondurre al modello del rito sommario di cognizione disciplinato dagli artt. 3 e 14, D.Lgs. n. 150/2011²³.

Peraltro, ci sembra che i dubbi di illegittimità costituzionale già avanzati dalla dottrina in ragione dell'eliminazione nel rito sommario disciplinato dall'art. 14, D.Lgs. n. 150/2011 della possibilità di proporre appello avverso l'ordinanza che definisce il giudizio²⁴, sarebbero viepiù evidenti là dove si ampliasse l'ambito applicativo del procedimento in esame alle controversie sull'*an* del diritto.

Difatti, diventerebbe oltremodo difficile ammettere sul piano della ragionevolezza²⁵, in assenza di alcuna giustificazione relativa alla peculiarità della situazione sostanziale tutelata, che, mentre l'ordinanza emessa nel procedimento *de qua* in merito alla sussistenza del diritto al compenso dell'avvocato sia inappellabile, nelle altre ipotesi in cui trova applicazione il medesimo rito sommario di cui al D.Lgs. n. 150/2011 il provvedimento conclusivo possa essere impugnato con l'appello²⁶. A tale proposito, non sarebbe nem-

ricettivo delle prassi migliori: il procedimento sommario di cognizione, *ibidem*, 337; C. Consolo, *La legge di riforma 18 giugno 2009, n. 69: altri profili significativi a prima lettura*, in *Corriere Giur.*, 2009, 885; F. Tommaseo, *Il procedimento sommario di cognizione*, in *Previdenza forense*, 2009, 126. In senso contrario, invece, A. Tedoldi, *Il nuovo procedimento sommario di cognizione*, cit., 377 e segg.; A. Carratta, *Le "condizioni di ammissibilità" del nuovo procedimento sommario di cognizione*, in *Il procedimento sommario di cognizione*, a cura di S. Chiarloni, cit., 728; F.P. Luiso, *Il procedimento sommario di cognizione*, in *Giur. It.*, 2009, 1568; A. Proto Pisani, *Ancora una legge di riforma a costo zero del processo civile*, in *Foro It.*, 2009, V, 221; S. Menchini, *L'ultima idea del legislatore per accelerare i tempi della tutela dichiarativa dei diritti: il procedimento sommario di cognizione*, in *Corriere Giur.*, 2009, 1025 e segg.

¹⁹ Che presenta differenze di non poco conto rispetto al rito sommario di cognizione codicistico di cui agli artt. 702 *bis* e segg. c.p.c.: cfr. E. Dalmotto, *La negoziazione assistita e il recupero del credito professionale dell'avvocato*, in *Giur. It.*, 2016, 377.

²⁰ A. Carratta, *Le "condizioni di ammissibilità" del nuovo procedimento sommario di cognizione*, cit., 728. Nello stesso senso, si vedano gli altri Autori citati nella seconda parte della precedente nt. 18.

²¹ Su cui si rinvia alla precedente nt. 5.

²² In senso contrario, per la completezza e ampiezza della fase istruttoria esperibile nel procedimento sommario di cognizione, si vedano, oltre agli Autori citati nella prima parte della precedente nt. 18, anche M. Bina, *Il procedimento sommario di cognizione*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2010, 117 e segg.; M. Fabiani, *Le prove nei processi dichiarativi semplificati*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 2010, 805; L. Dittrich, *Il nuovo procedimento sommario di cognizione*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2009, 1584.

²³ Per i riferimenti bibliografici si rimanda alla precedente nt. 10.

²⁴ In tal senso A. Carratta, *La "semplificazione" dei riti*, cit., 49 e segg. In senso contrario, R. Martino, *Conversione del rito ordinario in sommario e processo semplificato di cognizione*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2015, 936-937, secondo cui si deve ritenere che "la scelta del legislatore non appare irragionevole, ove giustificata da comprensibili esigenze di speditezza e semplificazione".

²⁵ È insegnamento tralatizio, infatti, quello secondo cui la limitazione del potere di proposizione dell'appello rientra nelle scelte discrezionali (purché non arbitrarie) del legislatore, con l'unico limite della ragionevolezza e della parità delle armi (v., ad es., Corte cost., 31 dicembre 1986, n. 301, in *Foro It.*, 1987, I, 2962).

²⁶ Per i possibili profili di illegittimità costituzionale della nor-

meno possibile richiamare la motivazione riportata nella Relazione illustrativa del D.Lgs. n. 150/2011 al fine di giustificare l'inappellabilità di alcuni provvedimenti – vale a dire, l'esigenza di conservare “quanto stabilito dall'attuale disciplina quale effetto processuale speciale, in ossequio alle previsioni della legge delega (art. 54, 2° comma, lettera c della legge n. 69 del 2009)” – poiché, come meglio si vedrà *infra*, nel vigore della disciplina precedente il provvedimento con cui il giudice si pronunciava anche sull'*an* della pretesa creditoria dell'avvocato era ritenuto normalmente impugnabile per mezzo dell'appello.

Si può pertanto concludere nel senso che sia l'*intention legis* sottesa alla novella del 2011, sia un'interpretazione costituzionalmente orientata del dato normativo in esame, impongono di (continuare a) delimitare l'ambito applicativo del procedimento sommario di cui all'art. 14 cit. al solo accertamento del *quantum* del diritto al compenso dell'avvocato.

Conseguenze dell'inatteso *revirement* della Suprema Corte

Il *revirement* compiuto della Corte di cassazione nella pronuncia in esame è destinato a far sorgere non pochi dubbi in sede di impugnazione del provvedimento che definisce il giudizio di cui all'art. 14 cit.

A tale proposito, merita ricordare che la giurisprudenza di legittimità, pronunciandosi con riferimento al procedimento di cui agli artt. 28 e segg., L. n. 794/1942, aveva affermato che, qualora si vertesse nella materia propria di tale particolare procedimento (vale a dire, la sola liquidazione del compenso), il provvedimento conclusivo, a prescindere dalla forma assunta, fosse impugnabile esclusivamente per mezzo del ricorso straordinario per cassazione *ex art.* 111, 7° comma, Cost.²⁷. Invece, nel caso in cui la pronuncia avesse esorbitato dalla materia propria del procedimento speciale (decidendo, quindi, anche in merito

all'*an* della pretesa), il provvedimento conclusivo, avendo natura sostanziale di sentenza, sarebbe stato impugnabile mediante appello²⁸.

Tale principio era stato, peraltro, temperato da un altro indirizzo della Suprema Corte che, riaffermando il c.d. principio dell'apparenza, aveva stabilito che, ai fini di individuare il mezzo con cui impugnare il provvedimento che decide le controversie in oggetto, assume rilevanza la forma adottata dal giudice solamente quando la stessa sia frutto di una scelta consapevole, che può essere anche implicita e desumibile dalle modalità con le quali si è in concreto svolto il procedimento²⁹.

Ciò posto, ci si deve innanzitutto chiedere con quale mezzo andranno in futuro impugnati i provvedimenti resi all'esito del procedimento di cui all'art. 14, D.Lgs. n. 150/2011, ove il tribunale decida anche in merito all'*an* del diritto al compenso dell'avvocato.

Difficile stabilirlo. Infatti, là dove si acceda all'orientamento giurisprudenziale sino ad oggi seguito dalla Suprema Corte, secondo cui lo speciale procedimento in esame è riservato alle sole controversie relative al *quantum* del compenso degli avvocati, il provvedimento conclusivo del giudizio che incide anche sull'*an* della pretesa creditoria dell'avvocato, a prescindere dalla forma assunta³⁰, dovrebbe essere impugnato con l'appello³¹.

Invece, nell'ipotesi in cui, aderendo all'indirizzo inaugurato dalla Corte di cassazione con la sentenza n. 4002/2016, si ritenga che il rito sommario “speciale” sia l'unico applicabile ai giudizi di accertamento e di liquidazione del compenso degli avvocati, l'ordinanza emessa a definizione di tale procedimento dovrebbe essere impugnata per mezzo del ricorso straordinario per cassazione, essendo espressamente qualificata come “non appellabile” dall'art. 14, 4° comma, D.Lgs. n. 150/2011³².

Un ulteriore ordine di problemi sorge con riferimento alla sorte dei giudizi di appello già pendenti

ma, ove interpretata nel senso di cui nel testo, si veda anche G. Deluca, *Nuove norme e vecchi problemi del procedimento per la liquidazione degli onorari agli avvocati*, in *Giusto Proc. Civ.*, 2013, 141, che, tuttavia, conclude per la legittimità costituzionale dell'inappellabilità del provvedimento che si sia pronunciato anche sull'*an* della pretesa creditoria dell'avvocato (p. 142).

²⁷ Tale lettura c.d. sostanzialistica dell'art. 111, 7° comma, Cost. è stata introdotta dalla nota pronuncia Cass., 30 luglio 1953, n. 2593, in *Foro It.*, 1953, I, 1249 e segg., proprio con riferimento al procedimento di cui agli artt. 28 e segg. L. n. 794/1942.

²⁸ Cass., 3 febbraio 2012, n. 1666; Id., 24 giugno 2010, n. 15273; Id., 16 gennaio 2009, n. 960 (ord.); Id., 10 agosto 2007, n. 17622; Id., 17 maggio 2002, n. 7259, cit.; Id., 20 febbraio 1995, n. 1850, in *Giur. It.*, 1996, I, 1, 1150.

²⁹ Cass., Sez. un., 11 gennaio 2011, n. 390, in *Giust. Civ.*, 2011, I, 623.

³⁰ Si deve osservare, infatti, che, aderendo all'orientamento della Suprema Corte menzionato nel testo, nell'ipotesi in cui il giudizio di primo grado proseguiva (erroneamente) nelle forme proprie del rito sommario, l'ordinanza pronunciata a definizione di tale procedimento resta appellabile, sia che si applichi il c.d. principio di prevalenza della sostanza sulla forma (trattandosi di provvedimento avente contenuto decisorio) sia che si applichi il c.d. principio dell'apparenza (essendo il provvedimento pronunciato all'e-

sito di un procedimento sommario di cognizione appellabile ai sensi dell'art. 702 *quater* c.p.c.).

³¹ Con specifico riferimento al procedimento *ex art.* 14, D.Lgs. n. 150/2011 si veda Cass., 5 ottobre 2015, n. 19873, mentre per l'orientamento formatosi nel vigore della precedente disciplina si vedano, *ex multis*, Cass. 5 maggio 2014, n. 9627; Id., Sez. un., 23 marzo 1999, n. 182.

³² Peraltro, in passato, con specifico riferimento al procedimento di cui agli artt. 28 e segg. L. n. 794/1942, una parte della dottrina aveva sollevato perplessità sulla proponibilità del ricorso straordinario per cassazione avverso l'ordinanza emessa all'esito del giudizio, sul presupposto che si trattasse di un provvedimento non decisorio (L. Montesano, *Dovuto processo su diritti incisi da giudizi camerali e sommari*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1989, 915 e segg., spec. 927 e nota 31; A. Proto Pisani, *Usi e abusi*, cit., 392 e segg., spec. 437-438; Id., *Controllo sull'esercizio della giurisdizione e ricorso per cassazione*, in *Foro It.*, 1987, V, 234 e segg.). Tale tesi potrebbe trovare applicazione anche nel nuovo contesto normativo, ove si ritenga che l'efficacia di giudicato di cui all'art. 702 *quater* c.p.c. sia collegata alla mancata proposizione dell'appello, per cui, eliso l'appello, verrebbe meno anche l'idoneità al giudicato del provvedimento conclusivo (A. Carratta, *La “semplificazione” dei riti*, cit., 52-53).

nei confronti di provvedimenti emanati all'esito del procedimento *ex art. 14 cit.*

Potrebbe, infatti, accadere che talune Corti distrettuali, rifacendosi al principio affermato dalla sentenza della Cassazione n. 4002/2016, si orientino nel senso di dichiarare inammissibile l'appello proposto nei confronti del provvedimento conclusivo del giudizio di primo grado, reputando esperibile il solo ricorso per cassazione per le ragioni sopra esposte.

Ad avviso di chi scrive, tale rischio dovrebbe essere scongiurato (quantomeno) dall'applicazione del principio affermato dalla Suprema Corte in materia di c.d. *overruling*, secondo il quale le preclusioni e le decadenze derivanti da un imprevedibile *revirement* giurisprudenziale non operano nei confronti della parte che abbia confidato incolpevolmente sul precedente

consolidato orientamento del giudice della nomofilia in ordine a norme processuali³³.

Nel caso di specie, infatti, ricorrono tutti i requisiti richiesti dalla giurisprudenza affinché si possa applicare il cennato principio, atteso che il mutamento giurisprudenziale è frutto di una imprevedibile interpretazione correttiva del dato normativo, riguarda norme processuali e, infine, è idoneo a pregiudicare definitivamente il diritto di azione o di difesa delle parti.

Per tale motivo, i giudizi di appello attualmente pendenti dovrebbero essere immuni da declaratorie di inammissibilità, ove proposti nei confronti di provvedimenti emessi nell'ambito del procedimento di cui all'art. 14 cit. anche sull'*an* della pretesa creditoria, sulla scorta del precedente (e consolidato) orientamento della Suprema Corte.

Consulenza tecnica preventiva

Tribunale Torino, Sez. I, 24 maggio 2016 (ordinanza) – Est. Scotti – M. G. e altri (avv. Minoli) – I.C.D. s.r.l. in liquidazione (avv. Cochis) – Nuova Siet (avv. Frus).

Consulente tecnico, custode ed altri ausiliari del giudice in materia civile – Consulenza tecnica preventiva – Contestazione della pretesa del ricorrente – Concedibilità del provvedimento – Valutazione del giudice della fondatezza della contestazione – Fattispecie

In caso di contestazione da parte del resistente della pretesa fatta valere dal ricorrente spetta al giudice valutare la fondatezza della contestazione, ai fini della concessione del richiesto provvedimento (nella fattispecie esso è stato concesso, perché la consulenza tecnica poteva contribuire a chiarire la fondatezza o meno delle contestazioni del resistente)

Omissis – § 2. La mera sussistenza della contestazione della pretesa non rappresenta una sufficiente causa ostativa all'ingresso del procedimento.

La devoluzione al consulente tecnico d'ufficio del compito di accertare e determinare i crediti derivanti da inadempimento contrattuale (responsabilità *ex contractu*) o da fatto illecito (responsabilità *ex delicto*) comporta l'attribuzione di due distinti e complementari ordini di valutazioni relativi rispettivamente all'*an* e al *quantum debeat*; la legge peraltro non fornisce al consulente tecnico d'ufficio gli strumenti necessari per procedere (qualora sia necessario) all'accertamento dell'inadempimento o del fatto illecito in punto *an debeat*.

Certamente non c'è alcun problema nelle ipotesi in cui l'inadempimento contrattuale o l'illecito aquiliano costituiscono circostanze pacifiche tra le parti e occorra semplicemente quantificare l'entità dei danni che ne sono derivati.

La situazione si complica, allorché, come nella fattispe-

cie, vi sia contestazione, per qualsiasi ragione, sulla sussistenza dei presupposti dell'obbligazione risarcitoria.

Tale situazione determina un'impasse nella procedura, perché l'art. 696 bis c.p.c. non consente al giudice lo svolgimento di alcuna attività istruttoria, nemmeno sommaria, al di fuori della nomina del consulente tecnico d'ufficio; per vero, non è neppure previsto il rigetto dell'istanza nel caso di contestazione sulla sussistenza dell'inadempimento o del fatto illecito, o una sommaria deliberazione del fondamento dell'obbligazione risarcitoria.

Al riguardo si contrappongono due tesi, che riflettono differenti concezioni complessive dell'istituto. Secondo la prima, nel caso in cui vi siano contestazioni circa l'*an debeat* (cioè sulla responsabilità, contrattuale o aquiliana, del soggetto convenuto in giudizio) il procedimento deve seguire comunque il suo corso, benché le possibilità di giungere a una conciliazione si prospettino fin dal principio remote e per di più ostacolate dall'impossibilità di accertare i fatti contestati anche al limitato fine di pilotare il raggiungimento di un accordo tra le parti.

Il giudice non potrà infatti, in tal caso, rigettare il ricorso per ragioni di merito, sia perché l'art. 696 bis c.p.c. non lo prevede (escludendo implicitamente qualunque valutazione sul *fumus boni iuris* ed esplicitamente sul *periculum in mora*), sia, e soprattutto, perché sarebbe palesemente irrazionale rigettare la richiesta di consulenza tecnica preventiva ritenendo non assolto un onere probatorio (che sorge dalle contestazioni del convenuto) che il ricorrente non è in grado di soddisfare, non potendo comunque richiedere lo svolgimento di attività istruttorie diverse dalla consulenza tecnica e che assumerà rilievo esclusivamente nel successivo giudizio di merito.

La seconda tesi, a cui evidentemente si richiama la resistente Nuova Siet, reputa che la contestazione sull'*an* non sia superabile con le risorse dell'istituto e renda inammissibile l'esperimento della c.t.p. per inidoneità dell'atto a raggiungere il suo scopo. A questo orientamento finiscono con

³³ Sul punto si vedano Cass., Sez. un., 21 maggio 2015, n. 10453; Id., 18 novembre 2015, n. 23585; Id., Sez. un., 12 ottobre 2012, n. 17402 e Id., Sez. un., 11 luglio 2011, n. 15144, queste ultime due in *Giur. Cost.*, 2012, 3163 e segg. In dottrina, si rinvia

al recente saggio di S. Turatto, *Overruling in materia processuale e principio del giusto processo*, in *Leggi Civ. Comm.*, 2015, 1149 e segg., anche per i numerosi richiami bibliografici ivi contenuti.

il ricongiungersi altre opinioni che negano la praticabilità della consulenza preventiva allorché siano in discussione questioni giuridiche o accertamenti di fatti esulanti dall'aspetto meramente tecnico, o che comunque esigono la componibilità in chiave tecnica della lite. Tale orientamento restrittivo, che parte dalla valorizzazione del requisito dell'idoneità al perseguimento del fine conciliativo della consulenza tecnica preventiva, si spinge sino a ricavarne il corollario dell'inammissibilità dello strumento in caso di mancata costituzione della parte resistente.

Questa tesi, però, finisce irrazionalmente, contro la logica ispiratrice dell'istituto, con l'attribuire un potere di veto alla parte resistente e consente il ricorso alla c.t.p. solo allorché il ricorrente disponga di elementi probatori provenienti dalla controparte per ritenere l'an debeatur non contestato.

La conclusione lascia perplessi, soprattutto perché attribuisce alla controparte il potere discrezionale di sancire l'inammissibilità dell'iniziativa avversaria, con la semplice adozione di una strategia piuttosto di un'altra. Inoltre tale soluzione non valorizza adeguatamente la concorrente funzione tecnico-probatoria dell'istituto (ulteriore rispetto a quella conciliativo-deflattiva) che porterebbe a dedurne che la mancata costituzione o l'opposizione della controparte (salva l'ipotesi di una sua evidente fondatezza) non possono precludere l'espletamento degli incumbenti ai fini della successiva acquisizione della consulenza nell'alveo del futuro giudizio di merito.

Si lascia quindi preferire l'opinione intermedia, secondo la quale è compito del giudice di valutare, seppur sommariamente, l'ammissibilità, la rilevanza e l'utilità della consulenza in relazione alla futura materia del contendere.

Il giudice deve quindi domandarsi se nella futura causa di merito la consulenza tecnica preventivamente disposta potrà essere ammessa e servirà ai fini della decisione; di qui il conseguente rigetto di istanze di c.t.u. tipicamente "esplorative" o non pertinenti rispetto al thema decidendum, ma anche l'ammissione della c.t.u. preventiva anche in presenza di altre questioni controverse che all'esito di una sommaria delibazione non escludano la futura utilità degli accertamenti.

In sostanza, il giudice deve sommariamente accertare la sussistenza dei presupposti processuali e delle condizioni dell'azione con riferimento al giudizio di merito instaurando e quindi verificare la possibilità:

a) di conseguire l'effetto deflattivo attraverso la composizione della lite (o anche solo il raggiungimento del convincimento circa la sua fondatezza/infondatezza),

b) di utilizzare successivamente la relazione del consulente nell'ambito del futuro giudizio.

§ 3. Non è quindi, in sé e per sé, la contestazione di Nuova Siet che impedisce l'ingresso alla consulenza conciliativa.

Tuttavia Nuova Siet ha eccepito prescrizione e decadenza, al pari dell'altra resistente, ma invocando tali eccezioni al più ambizioso fine di negare ingresso alla c.t.p. ex art. 696 bis c.p.c.

L'esame delibativo di tali eccezioni è pertanto necessario al fine di compiere la valutazione indicata nel paragrafo precedente.

Se tali eccezioni apparissero *ictu oculi* fondate, è logico pensare che nel giudizio di merito la consulenza tecnica qui "anticipanda" non sarebbe né necessaria né utile, poiché il processo verrebbe definito in limine con l'accoglimento dell'eccezione preliminare di merito; diversamente, se tale prognosi non risultasse allo stato formulabile, potrebbe parere ragionevole dar ingresso alla consulenza tecnica,

probabilmente opportuna sia per orientare una conciliazione, sia per acquisire elementi istruttori utilizzabili nel giudizio di merito.

Omissis. – Poiché la questione non è chiara, da un lato, l'eccezione non può ritenersi *ictu oculi* fondata, dall'altro, è ragionevole immaginare che la consulenza tecnica possa anche servire per stabilire la riconducibilità delle varie manifestazioni allo stesso o agli stessi difetti costruttivi.

Omissis. – § 7. La consulenza preventiva va quindi ammessa... – *Omissis.*

La contestazione estesa all'an della pretesa e l'art. 696 bis, c.p.c.

Nella fattispecie decisa dal provvedimento qui annotato, alcuni condomini ricorrono nei confronti di due società, rispettivamente costruttrice e venditrice della loro unità immobiliare, affinché vengano accertati e quantificati i danni derivanti dalla rovina dell'edificio, rinvenendo la causa della stessa in vizi di costruzione e ritenendo, pertanto, esperibile l'azione prevista dall'art. 1669 c.c.

La società venditrice contesta la pretesa dei ricorrenti eccependo la prescrizione del diritto e si oppone alla concessione del provvedimento richiesto.

Il giudice torinese esamina, in generale, il rilievo nel presente procedimento della contestazione da parte del resistente della pretesa fatta valere dal ricorrente e ritiene che solo le contestazioni manifestamente fondate inibiscano la concessione della richiesta consulenza tecnica preventiva.

Infatti, non potendo il giudice in tale sede svolgere alcuna istruttoria, neppure sommaria, ma solo concedere o negare il provvedimento richiesto, se ogni contestazione gli vietasse l'accoglimento della domanda, si attribuirebbe un irragionevole potere di veto al resistente, che potrebbe facilmente paralizzare l'iniziativa del ricorrente.

La soluzione adottata sembra ragionevole, perché non solo permette di evitare talora difficili (e in questa sede processuale, comunque premature) valutazioni sul merito del diritto, ma anche fa risaltare la doppia anima dell'istituto, che è al tempo stesso procedimento istruttorio anticipato rispetto al processo ordinario di cognizione e strumento di conciliazione della controversia (cfr. Nardo, *La consulenza tecnica preventiva ex art. 696 bis c.p.c.*, in *Studi in onore di Carmine Punzi*, III, Torino, 2008, 355).

Ed invero, non si può discutere dell'ampiezza dei presupposti di ammissibilità dello strumento giuridico in oggetto senza tenere in conto la natura dello stesso.

Le alternative nettamente contrapposte sono quelle efficacemente richiamate dal giudice nell'ordinanza che qui si commenta e derivano dalla valorizzazione alternativamente del fine conciliativo o della natura cautelare/istruttoria.

La giurisprudenza che ritiene prevalente il fine conciliativo è portata a dichiarare l'inammissibilità della domanda nei casi in cui vi sia una contestazione non limitata al *quantum* della pretesa e pure in quelli in cui

le parti esprimono previamente la loro indisponibilità alla ricerca di una soluzione della controversia diversa da quella che potrebbe giungere all'esito di un giudizio di merito (Trib. Macerata, 12 novembre 2015, in *www.ilcaso.it*; Trib. Milano, 30 giugno 2011, in *Giur. It.*, 2012, II, 1108, con nota di Corrado, *Meno conciliazione e più cautele* e in *Foro It.*, 2012, I, 1605; Trib. Varese, 14 maggio 2010, *www.ilcaso.it*; Trib. Rimini, 13 luglio 2010, *ibid.*; Trib. Barcellona Pozzo di Gotto, 3 marzo 2009, *ibid.*; Trib. Pavia, 14 luglio 2008, in *Banca Borsa*, 2009, II, 52 con nota di Romano, *Questioni sparse in tema di consulenza tecnica preventiva ai fini della composizione della lite*; Trib. Milano, 17 aprile 2007, in *Giur. It.*, 2007, 2268, con nota parzialmente adesiva di Conte, *Sui limiti di ammissibilità della consulenza tecnica preventiva ex art. 696 bis c.p.c.*; Balena, *L'istruzione preventiva*, in Balena-Bove, *Le riforme più recenti del processo civile*, Bari, 2006, 374).

Chi argomenta così ritiene che la funzione conciliativa risulti fortemente compromessa in situazioni in cui, come nella presente, viene contestato non tanto e non solo il fatto, ma anche e soprattutto il fondamento giuridico della pretesa.

Al polo opposto vi è la posizione di quanti attribuiscono all'istituto una natura prettamente istruttoria ammettendo dunque il ricorso *ex art. 696 bis c.p.c.* anche in caso di contestazioni riguardanti l'*an.* (cfr. Trib. Milano, 17 febbraio 2015, in *www.ilcaso.it*; Trib. Parma, 22 settembre 2014, in *www.ilcaso.it*; Trib. Arezzo, 4 luglio 2011, in *Il civilista*, 2011, 11, con nota di Pianezze; Trib. Busto Arsizio-Gallarate, 25 maggio 2010, in *Resp. Civ.*, 2010, 2322; Trib. Mantova, 26 marzo 2010, in *www.ilcaso.it*; Trib. Venezia, 10 marzo 2010, in *Giur. It.*, 2011, 151; Trib. Catania, 8 febbraio 2010, in *Dir. & Giustizia online*, 2010; Trib. Milano, 27 aprile 2009, in *Giur. It.*, 2010, 159; Trib. Mondovì, 21 novembre 2008, in *www.ilcaso.it*; Tedoldi, *La consulenza tecnica preventiva ex art. 696 bis c.p.c.*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2010, II, 805).

È nel mezzo di queste posizioni che si colloca la decisione in commento, che offre una soluzione di compromesso lasciando la porta aperta anche di fronte alle contestazioni di controparte che in realtà non inficiano la finalità conciliativa propria di quest'istituto; con l'ulteriore considerazione per cui la consulenza tecnica preventiva può, in ogni caso e forse ancora di più in questi casi, fornire una valutazione tecnica dei fatti tale da permettere alle parti, che si trovavano inizialmente in posizioni di evidente contrasto, di trovare un accordo (cfr. Trib. Trapani, 10 ottobre 2006, in *Giur. di Merito*, 2007, 6, 1649; Tribunale Cremona 14 maggio 2014, in *www.ilcaso.it*; Trib. Palmi Cinquefrondi, 28 gennaio 2011, in *www.ilcaso.it*; Magi-

Carletti, *I provvedimenti di istruzione preventiva*, in Tarzia-Saletti, *Il processo cautelare*, Vicenza, 2015, 185; Scalamogna, *Alcune questioni controverse in tema di consulenza tecnica preventiva*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 2010, 974; Cuomo Ulloa, *Consulenza tecnica preventiva ai fini della composizione della lite*, in *Dig. Priv., Sez. Civ.*, Aggiornamento, II, Torino, 2007, 278).

In quest'ottica, le valutazioni che riguardano l'esistenza del credito o la fondatezza di eventuali contestazioni sono rilevanti solo in quanto i profili di inammissibilità e infondatezza della domanda di merito siano così evidenti da far ritenere la consulenza inutile e/o superflua nell'ottica di un futuro giudizio: per concedere la consulenza tecnica preventiva non è necessario che il giudice possa ritenere verosimile l'esistenza del diritto azionato, perché il *fumus* che qui viene in considerazione non attiene l'esistenza del diritto, ma, tutt'al più, analogamente alle comuni misure cautelari istruttorie, involge un'indagine volta esclusivamente alla potenziale utilità del mezzo istruttorio di cui si chiede l'assunzione anticipata (cfr. Trib. Milano, 27 aprile 2009, in *Giur. It.*, 2010, 159, con nota di Conte, *Ancora sui limiti della consulenza tecnica preventiva*; Cuomo Ulloa, cit., 278; Besso, *Consulenza tecnica preventiva ai fini della composizione della lite*, in Chiarloni (a cura di), *Le recenti riforme del processo civile. Commentario*, II, Bologna, 2007, 1324; Muroli, *La duplice funzione della consulenza tecnica preventiva ex art. 696 bis c.p.c. ai fini della definizione del relativo ambito di applicazione*, in *Resp. Civ.*, 2010, 2326; Romano, *Il nuovo art. 696 bis tra mediation e anticipazione della prova*, in *Corriere Giur.*, 2006, 413; Id., *Questioni sparse in tema di consulenza tecnica preventiva ai fini della composizione della lite*, in *Banca Borsa*, 2009, II, 52).

In conclusione, il giudice, prima di concedere la misura richiesta, dovrà pur sempre svolgere una valutazione, volta però, più che altro, a controllare la sussistenza dei presupposti processuali e delle condizioni dell'azione, i quali è necessario che siano presenti affinché l'accertamento tecnico non risulti di fatto inutile e possa essere impiegato in un giudizio di merito idoneo a decidere la controversia.

Al contrario, le eccezioni preliminari riguardanti il merito del diritto non devono essere affrontate dal giudice in questa sede e non sbarrano l'ingresso alla misura richiesta: anzi, a meno che non appaiano *ictu oculi* fondate, la consulenza talora potrà consentire di eliminare il dubbio sulla loro fondatezza.

Giulia Zandrino

PROCESSO AMMINISTRATIVO FORMULARIO COMMENTATO

a cura di Rosanna De Nictolis

€ 150

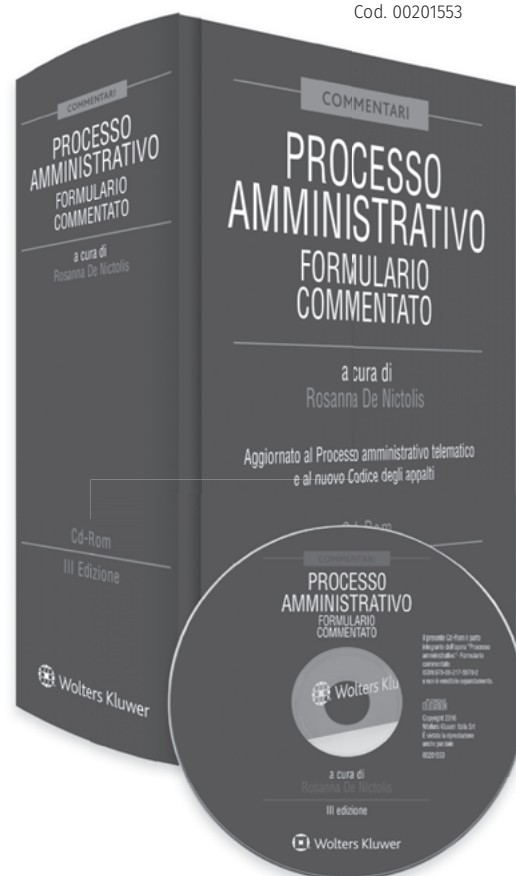
Cod. 00201553

L'Opera fornisce le **formule degli atti processuali di parte e del giudice** alla luce del Codice del processo amministrativo. Oltre agli istituti che trovano collocazione nel Codice stesso, il formulario tratta anche di **altri istituti pertinenti e connessi**, quali il regime fiscale; i ricorsi amministrativi ordinari; il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica; la tutela della privacy; la tutela indennitaria in caso di irragionevole durata del processo ed il processo telematico.

Ciascun commento è suddiviso in quattro parti: disposizioni normative, quadro normativo e giurisprudenziale, tabella riassuntiva degli atti processuali e dei relativi termini e formule processuali pertinenti.

La III edizione del Formulario è aggiornata con il **c.d. "Milleproroghe"**, le regole per l'attuazione del **processo amministrativo telematico** e con la nuovissima **riforma Appalti**.

Il Cd-Rom riproduce tutte le **561 formule** cartacee, in versione modificabile dall'utente.



Diritto Commerciale

a cura di Gastone Cottino

con Guido Bonfante, Oreste Cagnasso, Marco Ricolfi,
Marcella Sarale e Roberto Weigmann

Insolvenza internazionale

Corte di giustizia dell'Unione Europea, Sez. VII, 24 maggio 2016, causa C-353/15 – Pres. Toader – Rel. Jaraiunas – Leonmobili s.r.l. – Homag Holzbearbeitungssysteme GmbH

Procedure concorsuali – Fallimento – Diritto dell'Unione Europea – Centro degli interessi principali – Dipendenza – Sede legale – Trasferimento all'estero – Giurisdizione italiana – Sussistenza

L'art. 3 del Reg. n. 1346/2000 deve essere interpretato nel senso che, qualora la sede statutaria di una società sia stata trasferita da uno Stato membro a un altro Stato membro, il giudice investito, successivamente a detto trasferimento, di una domanda di apertura di una pro-

cedura di insolvenza nello Stato membro di origine può escludere la presunzione secondo la quale il centro degli interessi principali di tale società è situato nel luogo della nuova sede statutaria e ritenere che il centro di tali interessi rimanga, alla data in cui esso è stato adito, in tale Stato membro di origine, benché tale società non abbia più in quest'ultimo Stato alcuna dipendenza, solo se da altri elementi obiettivi e riconoscibili dai terzi si evince che, tuttavia, il centro effettivo di direzione e di controllo di detta società, nonché la gestione dei suoi interessi, continua a trovarsi in tale Stato a tale data.

Per il testo della sentenza v. www.curia.europa.eu.

Centre Of Main Interests, dipendenze e trasferimento della sede: cercando di sfuggire al giudicato sulla giurisdizione concorsuale ...

Luca Boggio*

La Corte di Giustizia prosegue nell'opera di chiarire e specificare la portata delle disposizioni relative alla giurisdizione concorsuale contenute nel Regolamento n. 1346/2000 in materia di insolvenza transfrontaliera. Nel caso di specie, sotto il profilo del rilievo del trasferimento della sede in altro Stato membro in periodo prossimo alla possibile dichiarazione di fallimento da parte del giudice italiano. Al di là di quest'ultimo profilo interpretativo, la sentenza si segnala anche per il fatto che la Corte giudica ammissibile il rinvio pregiudiziale da parte del giudice di secondo grado italiano su una questione di giurisdizione relativamente alla quale, nel medesimo procedimento, era già stata depositata la decisione delle Sezioni Unite della Cassazione a definizione del regolamento preventivo di giurisdizione. L'A., richiamando i precedenti della Corte di Giustizia UE in merito all'applicazione dell'art. 3 Reg. cit., mette in luce la linea di continuità seguita dalla Corte stessa e confronta la soluzione applicata con la disciplina propria del Regolamento n. 848/2015 destinata ad entrare in vigore il 26 giugno 2017. La parte conclusiva del commento, tenuto conto della precedente decisione delle Sezioni Unite, si sofferma sulla portata del giudicato nazionale nel campo della giurisdizione concorsuale allorché sia prospettata la violazione del diritto dell'Unione.

La vicenda e le questioni pregiudiziali

L'ordinanza in commento ha per oggetto una vicenda ormai piuttosto comune, alla quale Giurisprudenza Italiana ha inteso ed intende continuare a dedicare attenzione¹ non solo per la frequenza di casi di questo genere, ma anche perché l'evoluzione giurisprudenziale evidenzia periodicamente sia ulteriori elementi

di definizione delle competenze giurisdizionali dei diversi ordinamenti degli Stati membri dell'UE che nuovi profili problematici.

Nel caso di specie, una società debitrice, prima incorporata in uno Stato membro, trasferisce la propria sede statutaria in un altro paese senza lasciare in quello di provenienza neppure una dipendenza e, a fronte

* Il contributo è stato sottoposto, in forma anonima, alla valutazione di un referee.

¹ Tra i lavori più recenti pubblicati in *Giur. It.* v. Spiotta, *Trasferimento (fittizio) della sede legale all'estero: effetti sulla giurisdizione, sulla competenza e sul decorso del termine annuale di falli-*

bilità, in *Giur. It.*, 2014, 338 e segg.; Boggio, *Trasferimenti fittizi, incompleti o "ultrannuali" della sede legale all'estero e fallimento della società cancellata dal registro delle imprese italiano*, *ivi*, 2014, 618 e segg.; Michieli, *Appunti in tema di trasferimento "fraudolento" della sede legale all'estero*, *ivi*, 2016, 1402 e segg.

di istanze di fallimento dei propri creditori nel Stato “d’origine”, tenta di far valere la carenza di giurisdizione del giudice adito, sostenendo che sia sopravvenuta quella del giudice dello Stato “di destinazione”. Il punto, sia per la giurisprudenza nazionale che per quella UE, è stabilire se la delocalizzazione della sede sia opponibile ai creditori istanti oppure no. In linea di principio l’opponibilità è esclusa se si ravvisi che la (nuova) sede nello Stato di trasferimento sia solo fittizia, perché, in tal caso, il *centre of main interests* (cd. COMI) dell’impresa non può dirsi collocato nello Stato “di destinazione”². Ma il punto, in realtà, non è la mera apparenza di trasferimento della sede, dato che, per quanto siano frequenti statuizioni di tal fatta, un conto è la fittizietà della (nuova) sede, ben altro la semplice permanenza nel luogo d’origine del COMI dell’ente. L’ordinanza in commento, come si evince dal titolo di questa nota, è d’interesse per l’affermazione che l’esistenza di dipendenze è soltanto elemento indiziario ai fini dell’apertura di una procedura d’insolvenza principale. Ma l’interesse per la vicenda processuale va oltre l’anzidetta statuizione di principio, poiché, se si allarga l’indagine, emerge che la rimessione alla Corte UE da parte della Corte d’appello di Bari aveva fatto seguito ad una pronuncia delle Sezioni unite della Cassazione affermativa della persistenza della giurisdizione fallimentare italiana (per l’assenza di un reale trasferimento in Bulgaria del COMI della debitrice). Quindi, la Corte UE è stata adita dal giudice di merito, mettendo esplicitamente in discussione la decisione del giudice di legittimità italiano, che, nelle aspettative, dovrebbe mettere la parola finale sulle questioni in materia di giurisdizione.

Nel caso di specie, il giudice remittente aveva inteso interrogare la Corte di giustizia in ordine al rilievo dell’esistenza/inesistenza di una dipendenza del debitore nello Stato che si vorrebbe avesse giurisdizione in ordine all’apertura di una procedura “principale” di insolvenza. Invero, il primo quesito pregiudiziale che riportava testualmente il dubbio se “in assenza di dipendenze in uno Stato membro, la presunzione di cui al paragrafo 1, ultima parte, e paragrafo 2 dell’art. 3 del Reg. n. 1346/2000 può essere superata da chi contesti la giurisdizione, con la prova che il COMI si trova in uno Stato diverso da quello in cui ha sede l’impresa societaria” era mal posto, in quanto confondeva due precetti del Reg. CE del 29 maggio 2000, n. 1346 con ben diversa portata; infatti, ipotizzava un rilievo del concetto di “dipendenza” ai fini dell’apertura di una procedura principale, sebbene il disposto

dell’art. 3, 2° comma, che appunto fa riferimento alla “dipendenza” sia chiaramente funzionale alla fissazione del criterio di giurisdizione per la sola apertura di procedure secondarie o territoriali.

La Corte UE chiarisce che, per quanto sia un elemento suscettibile di avere rilievo nell’accertamento della collocazione del COMI, l’esistenza/inesistenza di una dipendenza non è fattore decisivo, in quanto è ben ammissibile la prova che la direzione dell’impresa sia situata in un luogo diverso da quello in cui sia stata istituita una dipendenza dell’impresa. Questo è il passaggio più rilevante della motivazione, in quanto, per il resto, la decisione della Corte ripropone argomentazioni già esposta in altri provvedimenti meno recenti. Infatti, sul piano formale, è adottata la forma dell’ordinanza – e non della sentenza – sulla scorta della considerazione che “la risposta [al quesito pregiudiziale] può essere chiaramente desunta dalla giurisprudenza” dei giudici del Lussemburgo conformemente a quanto sancito dall’art. 99 del regolamento di procedura della stessa Corte di giustizia. In altre parole, i giudici del Lussemburgo sottolineano la sostanziale superfluità del rinvio pregiudiziale, perché la Corte d’appello avrebbe ben potuto trarre dalla precedente giurisprudenza della Corte UE i principi idonei a dare soluzione alla questione posta, senza chiamarla in causa. Ma tant’è e la decisione della Corte di giustizia UE è utile per fare il punto sul concetto di dipendenza.

Centro d’interessi e dipendenza: una puntualizzazione

Il sistema di riparto e coordinamento della giurisdizione in materia d’insolvenza transfrontaliera dell’UE è, sostanzialmente, fondato sul concetto di *centre of interests*, che, quando designi il luogo in cui si accentrino i *main interests*, giustifica l’apertura di una procedura principale, mentre, quando si riferito al posto ove si concentrino non *main interests*, consente al più l’apertura di una procedura secondaria o territoriale. È però necessario che esista un *centre of interests* ossia un luogo dal quale, in modo “abituale” e “percepibile dai terzi”, promani la gestione di una parte dell’attività dell’impresa, non essendo sufficiente la mera presenza di beni o di rapporti giuridici³. Ed, infatti, la Corte di giustizia UE, ai fini dell’applicazione dell’art. 3, Reg. n. 1346, inquadra la dipendenza come “il luogo dove il debitore esercita in maniera non transitoria un’attività economica con mezzi umani e con beni” ed in cui sia ravvisabile “l’esercizio di un’attività economica” svolta con “un minimo di organizzazione

² Per una più ampia disamina del tema, oltre ai contributi citati alla nota precedente, si rinvia tra i più recenti a De Cesari, *Il trasferimento all’estero della sede legale dell’impresa insolvente*, in *Fallimento*, 2010, 666 e segg.; Montella, *Competenza internazionale del giudice italiano e trasferimento (fuga) del debitore all’estero*, *ivi*, 2011, 715 e segg.; Cerrato A., *Il trasferimento “fittizio” all’estero della sede legale di una s.r.l. già costituita in Italia non comporta il venir meno della giurisdizione italiana ai fini della dichiarazione di fallimento*, in *Dir. Fall.*, 2012, II, 142 e segg.;

Mucciarelli, *The Hidden Voyage of a Dying Italian Company, from the Mediterranean Sea to Albion*, in *Eur. Com. Fin. Law Rev.*, 2012, 571 e segg.; Latella, *The “COMI” Concept in the Revision of the European Insolvency Regulation*, *ivi*, 2014, 14 e seg.

³ A riguardo più ampiamente Boggio, *COMI, dipendenza e procedure secondarie a carico di società controllate nel Reg. CE n. 1346/2000 (e del Reg. UE n. 848/2015)*, in *Giur. It.*, 2016, 1932 e segg a cui si rinvia anche per ulteriori riferimenti.

e una certa stabilità”⁴. In altre parole, il *centre of interests* è una parte dell’organizzazione aziendale che in un luogo presenti le caratteristiche di stabilità, identificabilità autonoma, riconoscibilità da parte dei terzi⁵.

Ciò posto, si può osservare che la Corte, adita in forza di un quesito pregiudiziale che – senza dubbio – confondeva COMI e dipendenza nel senso fatto proprio dal Regolamento cit. (infatti, il quesito faceva riferimento sia al primo che al secondo paragrafo dell’art. 3), sembra presupporre una duplice valenza del concetto di dipendenza: il primo – poc’anzi ricordato – di luogo di concentrazione degli interessi “non *main*” nel senso fatto proprio dal Regolamento e, segnatamente, dagli artt. 2, lett. h), e 3, 2° comma; l’altro di stabilimento “formale” ossia di luogo in cui l’impresa abbia “ufficialmente” dichiarato di avere una filiale, succursale, dipendenza, ecc. pur non necessariamente dotata delle caratteristiche indicate dal Regolamento. In sostanza, due concetti che potremmo definire, nel primo caso, di dipendenza “in senso proprio”, nel secondo, di dipendenza “in senso lato”. Infatti, allorché la Corte UE scrive che “la presenza di una dipendenza in uno Stato membro diverso da quello della sede statutaria (...), che costituisce elemento obbiettivo e riconoscibile dai terzi, dev’essere presa in considerazione per valutare se occorre escludere la presunzione prevista dall’art. 3, paragrafo 1, del Reg. n. 1346/2000, ma non è sufficiente a dimostrare che il centro effettivo di direzione e di controllo di detta società, nonché la gestione dei suoi interessi, è situato in quest’altro Stato membro”, dimostra di adottare una concezione di dipendenza in senso lato, utile a descrivere una situazione indiziaria potenzialmente rilevante anche per l’individuazione del COMI⁶, dovendosi invece escludere l’intenzione di utilizzare il termine nel senso fatto proprio dagli artt. 2 e 3 del Regolamento. Infatti, solo una concezione di dipendenza “in senso lato” può essere compatibile con l’indagine sul COMI per ravvisarne la coincidenza, se non s’intende disconoscere la premessa – corretta – dalla quale la Corte UE ha preso le mosse (nei punti 27 e 28), ossia che, considerato che “la controversia principale concerne l’apertura di una procedura principale d’insolvenza”, “l’articolo 3, paragrafo 2, del Reg. n. 1346/2000 non è rilevante”, facendo riferimento al concetto di “dipendenza”. L’accertamento del ricorrere degli estremi per ravvisare l’esistenza di una dipendenza “in senso proprio” non può che condurre all’apertura di una procedura secondaria o territoriale⁷.

L’impostazione della Corte UE è da condividersi con la precisazione terminologica che si vien d’esper-

re. La giurisprudenza dei giudici del Lussemburgo si dimostra ancora una volta attenta alle situazioni di fatto ed agli interessi sostanziali protetti, ponendo l’accento sul concreto svolgersi dei fenomeni a prescindere dalle qualificazioni formali date dalle parti. Va ancora osservato che quanto appena illustrato mantiene intatta la propria valenza anche alla luce dell’articolato del Reg. UE del 20 maggio 2015, n. 848, che sostituirà con pieno effetto dal 26 giugno 2017 il precedente n. 1346. Le nuove disposizioni⁸, infatti, in nulla modificano la precedente impostazione, che, anzi, appare trovare ulteriore sostegno in quel passo del 27° *considerando*, ove è specificato che il giudice investito della decisione sull’apertura di una procedura d’insolvenza ai sensi dell’art. 4, Reg. UE di verificare “d’ufficio” la collocazione “effettiva” del COMI o della dipendenza entro i confini della propria giurisdizione.

Trasferimento della sede legale e trasferimento del COMI alla luce del Reg. UE n. 848/2015

Il principio consacrato dalla Corte di giustizia UE merita una chiosa alla luce delle disposizioni del nuovo diritto dell’insolvenza transfrontaliera introdotto con il Reg. UE n. 848/2015. Nella decisione in commento si può leggere “che, qualora la sede statutaria di una società sia stata trasferita da uno Stato membro a un altro Stato membro, il giudice investito, successivamente a detto trasferimento, di una domanda di apertura di una procedura di insolvenza nello Stato membro di origine può escludere la presunzione secondo la quale il centro degli interessi principali di tale società è situato nel luogo della nuova sede statutaria e ritenere che il centro di tali interessi rimanga, alla data in cui esso è stato adito, in tale Stato membro di origine, benché tale società non abbia più in quest’ultimo Stato alcuna dipendenza, solo se da altri elementi obiettivi e riconoscibili dai terzi si evince che, tuttavia, il centro effettivo di direzione e di controllo di detta società, nonché la gestione dei suoi interessi, continua a trovarsi in tale Stato a tale data”. In sostanza, il trasferimento della sede legale non esclude l’applicabilità della presunzione, in quanto, affinché questa non possa applicarsi, è necessario dare la prova – e, quindi, superare la presunzione – che il COMI non è presso la sede legale.

Orbene, con l’entrata in vigore del Reg. UE n. 848/2015, non sarà più così. Infatti, il nuovo testo dell’art. 3, paragrafo 1, al quale è stato aggiunto un 2° comma con un precetto inesistente nel testo del Reg. CE n. 1346/2000, esclude l’applicabilità della presunzione di coincidenza tra COMI e sede legale, se questa sia

⁴ Come messo in luce al punto 62 da Corte giust. UE, 20 ottobre 2011, C-396/09, in *Fallimento*, 2012, 535 con nota di De Cesari, *Procedura principale e procedure territoriali. Nuovi spunti interpretativi forniti dalla Corte di giustizia* ed in *Giur. It.*, 2012, 5 con nota di Weigmann.

⁵ V., ancora, Boggio, *op. ult. cit.*, 1934.

⁶ Sul concetto di dipendenza e sul rilievo che può rivestire in

materia di procedure concorsuali a carico di società controllate si rinvia a Boggio, *op. ult. cit.*, 1940.

⁷ Cfr. ancora l’ultimo periodo del punto 27.

⁸ Mucciarelli, *Private International Law Rules in the Insolvency Regulation Recast: A Reform or a Restatement of the Status Quo?*, in *Eur. Com. Fin. Law Rev.*, 2016, 17 e segg.

stata trasferita nei tre mesi anteriori al deposito della richiesta di apertura di una procedura principale d'insolvenza. L'esperienza di questi quindici anni, che ha evidenziato casi di abuso del *forum shopping* consentito dalla disciplina dell'insolvenza transfrontaliera, ha indotto il legislatore UE a prevenire i c.c.d.d. *last-minute moves*⁹, evitando di lasciare a disposizione di imprese non corrette uno strumento suscettibile di consentire loro di sottrarsi più facilmente a normative e procedure di insolvenza men favorevoli, quando la prossimità tra emigrazione da un ordinamento e richiesta di apertura di una procedura d'insolvenza possa essere indice di una "fuga" verso lidi in cui i terzi godano di minori o meno praticabili strumenti rimediabili per le negative conseguenze del dissesto¹⁰. Peraltro, il fatto che la presunzione in parola non si applichi non significa che il trasferimento della sede, quando reale e sufficientemente ostentato ai terzi, non comporti la delocalizzazione del COMI; né l'inapplicabilità della presunzione giustifica l'affermazione di un'(opposta) presunzione di permanenza del COMI presso la località d'origine. In altre parole, l'unica conseguenza è che il debitore, che voglia evitare l'apertura della procedura principale nello Stato da cui abbia trasferito la propria sede legale, ha l'onere – come ben chiarito dal 32° *considerando* – di dare la prova della collocazione del COMI in quell'altro Stato membro in cui abbia posto la sede legale.

Il rinvio pregiudiziale come via di fuga dalla giurisdizione concorsuale già sancita dalle Sez. un.?

Si è accennato che l'ordinanza della Corte UE è anche utile a rintuzzare, in concreto, un tentativo di rimettere in discussione la decisione sulla giurisdizione precedenza pronunciata nella medesima vicenda in sede di regolamento preventivo ai sensi dell'art. 41 c.p.c.¹¹. Infatti, su ricorso della società poi fallita, la Suprema Corte aveva già deciso per la sussistenza della giurisdizione fallimentare italiana, nonostante il perfezionamento del trasferimento della sede statutaria in Bulgaria due mesi circa prima del deposito dell'istanza di fallimento presentata al Tribunale di Bari. Purtuttavia, la fallita, impugnando la sentenza d'insol-

venza dinanzi alla Corte d'appello, aveva riproposto la questione di giurisdizione, sostenendo il contrasto della statuizione preventiva della Cassazione con il diritto UE e, quindi, per la prevalenza di quest'ultimo la legittimità della disapplicazione del principio di diritto affermato dalla Cassazione medesima. Di fatto, l'impugnante tenta di aggirare la regola della vincolatività per i giudici di merito della decisione della Cassazione sulla giurisdizione – regola sancita dall'art. 382 c.p.c. – e con la remissione alla Corte di giustizia UE la Corte d'appello dà corpo a quel tentativo, a cui i giudici del Lussemburgo non possono opporsi, in quanto – in linea di principio – è il diritto nazionale che ha il compito di determinare i limiti di vincolatività del giudicato. La Corte di giustizia, richiamando il principio del diritto UE secondo il quale i giudici nazionali non di ultima istanza debbono restare liberi di investirla di quesiti pregiudiziali sull'interpretazione del medesimo diritto UE anche se suscettibili di essere risolti in senso contrario rispetto a decisioni assunte da giudici nazionali di ultima istanza¹², dichiara ricevibile il ricorso e lo esamina nel merito.

Come si è visto, poi, la Corte UE risponde al quesito pregiudiziale posto dalla Corte d'appello barese, escludendo il rilievo del precetto contenuto nel secondo paragrafo dell'art. 3 ai fini della individuazione del COMI e, così, togliendo ogni base giuridica all'impostazione data dal giudice remittente che invece sosteneva costituire presunzione non superabile ai fini della collocazione del COMI in uno Stato quella correlata all'esistenza sul territorio dello stesso almeno di una "dipendenza". Insomma, diversamente da quanto ipotizzato dalla Corte d'appello di Bari, l'assenza di una dipendenza in Italia non comporta *ipso iure* l'impossibilità di collocare sul suo territorio il COMI della debitrice.

Il caso di specie è, perciò, interessante – da un lato – per la dinamica che fa emergere e – dall'altro – per il fatto che consente di evidenziare quale portata possa avere in rapporto al diritto dell'Unione la decisione pregiudiziale della Corte di cassazione sulla giurisdizione, allorché sia adita mediante regolamento preventivo.

Relativamente al primo aspetto, per quanto al quesito pregiudiziale sia stata offerta una soluzione che non

⁹ V. Peers, *EU Justice and Home Affairs Law*, Oxford, 2016, II, 370.

¹⁰ Sul fatto che non si vietato il *forum shopping* concorsuale, ma il suo abuso, si consenta di rinviare da ultimo a Boggio, *op. loc. ult. cit.*; sull'abuso del *forum shopping* anche Goode-Kronke-McKendrick, *Transnational Commercial Law. Text, cases and materials*, Oxford, 2015, 510; Leandro, *Le procedure concorsuali transfrontaliere*, in *Tratt. Proc. Conc.*, diretto da Jorio e Sassani, Milano, 2015, III, 862. Lo scopo di prevenire un uso del COMI tale da pregiudicare la funzione di certezza sulla giurisdizione competente e sulla *lex concursus* giustifica la preferenza per l'interpretazione secondo cui, a norma del § 1502(4) del *Chapter 15*, il COMI dovrebbe essere individuato sulla base della situazione al tempo dell'apertura della procedura (principale) straniera e non al momento dell'istanza di apertura di quella (secondaria) sul suolo americano (De Laughter, *Why two facets of chapter 15 rulings hinder cross-border insolvency petitions in the United States*, in *Emory Bank. Dev. Journ.*, 2016, 427).

¹¹ Il riferimento è a Cass., Sez. un., ord., 16 maggio 2014, n. 10823.

¹² Cfr. in particolare Corte giust. UE, 5 ottobre 2010, C-173/09, EU:C:2010:581, al punto 27; proprio in tema di giurisdizione fallimentare italiana, nel caso *Interedil*, ha riconosciuto la supremazia del diritto UE – come interpretato dalla Corte di giustizia – Cass., 15 giugno 2015, n. 12317; tuttavia, segnala la diversa posizione espressa da Cass., 6 maggio 2015, n. 9127, che riprende altre decisioni della Corte di giustizia, in virtù delle quali – v., ad esempio, Corte giust. UE, 3 settembre 2009, C-2/08, ECLI:EU:C:2009:506 e 10 luglio 2014, C-213/13, ECLI:EU:C:2014:2067 – sono individuate situazioni in cui una precedente decisione passata in giudicato di un giudice nazionale potrebbe ostare all'applicazione prevalente del diritto comunitario. Sul rapporto tra giudicato e diritto UE in seguito alla pronuncia nel caso *Interedil* v., in particolare, Barbieri, *Considerazioni sull'autorità del giudicato nazionale nel diritto comunitario dopo il caso Interedil*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2012, 357.

smontisce la decisione delle Sezioni unite nella vicenda specifica infirmandone l'*iter* logico, il riconoscimento della possibilità di ricorrere alla Corte di Lussemburgo per verificare la fondatezza di una diversa applicazione del diritto dell'Unione rispetto a quella fatta propria nella decisione del Supremo Collegio che dovrebbe "fare stato" apre il varco alla Corte d'appello – e, più in generale, ai giudici di merito – per eventualmente sindacare le ragioni accolte dalla Cassazione in merito all'insussistenza della giurisdizione italiana.

Quanto al secondo aspetto, ossia alla portata del giudicato nazionale (preventivo) sulla giurisdizione concorsuale, appare chiaro che la Corte di giustizia evita di fissare i limiti di "rivedibilità" (successiva) della decisione nazionale di ultima istanza da parte di giudici di istanze inferiori, in linea con la constatazione che il diritto UE non determina le "modalità di attuazione del principio dell'intangibilità del giudicato"¹³ e ciò nel rispetto "dell'autonomia procedurale" degli Stati membri¹⁴, i quali peraltro debbono assicurare il cd. effetto utile del diritto dell'Unione. Così facendo, la Corte non inficia la possibilità che il *dictum* nazionale coperto da giudicato, se contrastante con il diritto UE, venga efficacemente opposto.

Tuttavia, se in linea di principio afferma l'intangibilità del giudicato, non solo rimarca la necessità di interpretarlo ed attuarlo nel modo più conforme possibile al diritto dell'Unione¹⁵, ma ammette anche eccezioni in virtù del principio di cooperazione, quando ricorrano "circostanze particolari"¹⁶. Segnatamente, riconosce in base alla propria giurisprudenza la possibilità di non attuare la decisione nazionale frutto di un'errata interpretazione del diritto dell'Unione risultante da una successiva pronuncia della Corte di giustizia non adita in via pregiudiziale¹⁷.

In questo quadro, la decisione in commento preclude in concreto alla Corte d'appello di Bari di far richiamo ad una specifica interpretazione del diritto UE offerta dalla Corte di giustizia per sfuggire al vincolo del giudicato derivante dalla decisione delle Sezioni unite sulla giurisdizione concorsuale italiana. Infatti, il rigetto dell'idea che la presenza o l'assenza di una dipendenza della fallita sul territorio nazionale sia fondamento di una presunzione *iuris et de iure* di (in)esistenza del COMI in Italia impedisce al giudice del rinvio di utilizzare la decisione della Corte di giustizia per svincolarsi dal giudicato derivante dalla pronuncia delle Sezioni unite. È vero che, fuori dalle eccezioni elaborate nell'ambito del diritto dell'Unione, possono così trovare applicazione i vincoli previsti dall'ordinamento italiano in dipendenza di decisioni non più impugnabili con i rimedi ordinari, tenuto conto che il diritto UE non individua se e come debbano essere risolti eventuali contrasti con tale diritto¹⁸, ma nulla può escludere che la Corte d'appello di Bari – come qualunque giudice della prefallimentare – nella vicenda oggetto del giudizio *a quo* individui altre norme del diritto UE violate e giunga ad una diversa decisione in ordine alla sussistenza della giurisdizione concorsuale italiana, pur a fronte di una pronuncia delle Sezioni Unite adite da una delle parti in sede di regolamento preventivo.

In conclusione, sebbene infine non completamente scardinata, la vincolatività dell'art. 382 c.p.c. esce molto ridimensionata per effetto dell'applicazione del diritto dell'Unione e l'ordinanza in commento contribuisce a tracciare molto chiaramente una via per rimettere in gioco la sussistenza o l'insussistenza della giurisdizione concorsuale eventualmente sancita dalla Cassazione in sede di regolamento preventivo ai sensi dell'art. 41 c.p.c.

Fallimento

Cassazione civile, Sez. I, 28 settembre 2016, n. 19196 – Pres. Nappi – Rel. Bisogni – P.M. Soldi (conf.) – Aspra Finance s.p.a. e Unicredit Credit Management Bank s.p.a. (avv. Schimperna) – Fall. Sa. Co. Imm. s.r.l. (avv. Zingarelli, Caldara). *Cassa App. Perugia, 29 luglio 2010.*

Procedure concorsuali – Fallimento – Ammissione al passivo – Credito ipotecario – Finalità di alterare la *par condicio creditorum* – Effetti

Non può essere negata l'ammissione al passivo fallimentare del credito ipotecario nascente da un contratto

¹³ Corte giust. CE, 3 settembre 2009, C-2/08, cit., punti 23 e 24.

¹⁴ Cfr. Corte giust. UE, 10 luglio 2014, C-213/13, al punto 54. Sul principio dell'autonomia procedurale si rinvia a Galetta, *Autonomia procedurale degli Stati membri dell'Unione Europea*. *Paradise Lost?*, Torino, 2009, 16 e segg.; Greco, *A proposito dell'autonomia procedurale degli Stati membri*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Comp. Europeo*, 2014, 3 e segg.; Giavazzi, *L'effetto preclusivo del giudicato: la Corte di giustizia chiarisce il proprio pensiero*. *L'autonomia procedurale degli Stati membri non è dunque un paradiso perduto*, in *Dir. Un. Europea*, 2015, 240 e segg.

¹⁵ V. Corte giust. CE, 3 settembre 2009, C-2/08, cit., punto 32, la quale conclude per la possibilità di sfuggire al vincolo del giudicato, quando investa un accertamento di fatto che dovrebbe avere in linea di principio effetti in un giudizio avente per oggetto una diversa pretesa; Corte giust. UE, 10 luglio 2014, C-213/13, ai

punti 62 e 64.

¹⁶ Così Corte giust. CE, 13 gennaio 2004, C-453/00, punto 27; Corte giust. CE, 12 febbraio 2008, C-2/06, punto 38.

¹⁷ V. Corte giust. CE, 12 febbraio 2008, C-2/06, punto 39, la quale, in sostanza, "sanziona" la violazione da parte del giudice di ultima istanza del dovere di proporre – in virtù del principio di cooperazione (art. 10 Tratt. CE) – il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia e ciò anche a prescindere dal fatto che nel giudizio *a quo* fosse stata effettivamente esaminata una questione in ordine all'interpretazione del diritto comunitario (cfr. il punto 46). Sul punto, illustrando una lettura rigorosa della portata del giudicato nazionale e le possibilità di soluzione dei conflitti attraverso la cd. interpretazione conforme, v. Giavazzi, *op. cit.*, 253.

¹⁸ V. a riguardo Corte giust. UE, 10 luglio 2014, C-213/13, al punto 59.

di mutuo, anche nel caso in cui tale contratto sia stato concluso con la finalità di alterare la par condicio creditorum. (Massima non ufficiale)

Contratto in genere – Motivo illecito – Nullità del contratto

Il motivo illecito, comune ad entrambe le parti e decisivo per la stipulazione, determina la nullità del contratto solo ove tenda ad una finalità contraria a norma imperativa, all'ordine pubblico o al buon costume e, pertanto, il contratto non può essere dichiarato nullo solo perché stipulato al fine di recare pregiudizio a terzi, non esistendo una norma che lo preveda. (Massima non ufficiale)

Omissis. – Con ricorso ex art. 101 L. Fall. del 28 novembre 1997 la Banca di Roma s.p.a. ha chiesto l'ammissione in via ipotecaria al passivo del fallimento Sa. Co. Imm. s.r.l. del proprio credito di 1.459.313.026 Lire di cui 1.436.597.718 per saldo capitale del contratto di mutuo edilizio del 28 gennaio 1994, concesso da Banca di Roma alla Sa. Co. Imm. s.r.l. e garantito da ipoteca iscritta, per 4.350.000.000 di Lire, il 29 gennaio 1994, e Lire 22.715.308 a titolo di interessi, maturati sino al 13 febbraio 1996, al tasso convenzionale dell'11.75%. Il Fallimento costituendosi in giudizio ha negato la possibilità di ammettere il credito al passivo e comunque di ammetterlo in via ipotecaria. Ha infatti eccepito la nullità del contratto di mutuo perché stipulato al solo fine, comune a entrambe le parti, di precostituire una situazione di indebito vantaggio in favore della banca in vista della ritenuta prossima apertura di una procedura concorsuale, con ricorrenza di una causa illecita in quanto corrispondente alla volontà di alterare la par condicio creditorum e tale da realizzare, pur non essendo ciò essenziale ai fini del riconoscimento della nullità del contratto, una ipotesi di bancarotta preferenziale in concorso con la banca. La curatela fallimentare ha inoltre prospettato: la nullità del contratto, in relazione alla sua natura di mutuo di scopo edilizio, perché all'epoca della stipula la costruzione dell'immobile oggetto del finanziamento era pressoché ultimata e la somma mutuata era stata in realtà destinata al pagamento di crediti chirografari della Sa. Co. Imm. s.r.l. verso la stessa Banca di Roma e altri creditori; la simulazione del contratto in relazione alla sua natura di mutuo edilizio e alla iscrizione di ipoteca a fronte della reale volontà delle parti di estinguere le preesistenti obbligazioni e di sostituire crediti ipotecari a crediti altrimenti chirografari. Il Fallimento ha altresì contestato l'ammontare del credito rilevando l'incremento del capitale rispetto alla somma che la banca aveva dichiarato di erogare (1.150.000.000 Lire) e contestando la quantificazione degli interessi. Il Tribunale di Terni, con sentenza n. 150/2006, ha dichiarato la nullità del contratto di mutuo e della iscrizione di ipoteca ex artt. 1345 e 1418 c.c., ritenendo la stipulazione del contratto avvenuta con il comune e illecito motivo di alterare la par condicio creditorum. Ha proposto appello Banca di Roma rilevando che non esisteva un motivo determinante comune, consistente nel voler alterare la par condicio creditorum, dato che il mutuo era stato utilizzato, oltre che per coprire l'esposizione verso Banca di Roma, anche per pagare tutti i creditori o per soddisfare esigenze imprenditoriali di Sa. Co. Imm. s.r.l., consistenti nella ultimazione dell'immobile cui faceva riferimento il mutuo. Ha contestato in ogni caso la dichiarazione di nullità del contratto essendo in ipotesi esperibile l'azione re-

vocatoria ex art. 67 L. Fall. La Corte di appello di Perugia, con sentenza n. 285/10, ha respinto l'appello ritenendo sussistenti le cause di nullità già rilevate in primo grado e quella ulteriore di elusione di norme imperative di cui all'art. 1344 c.c.

Ricorre per cassazione Aspra Finance s.p.a. e, premesso che il credito ipotecario era di Banca di Roma e quindi di Unicredit s.p.a. (incorporante per fusione di Capitalia), che lo ha ceduto a Aspra Finance s.p.a., propone due motivi di impugnazione, illustrati con memoria difensiva, con i quali deduce: a) violazione e falsa applicazione degli artt. 1343, 1345 e 1418 c.c., in ordine alla pretesa nullità del contratto di mutuo edilizio e della iscrizione di ipoteca per violazione della par condicio creditorum; b) violazione e falsa applicazione dell'art. 1344 c.c., nonché omessa, insufficiente e contraddittoria motivazione in ordine alla presunta frode alla legge della costituzione di ipoteca e alla sua rilevanza penale. Si difende con controricorso il Fallimento Sa. Co. Imm. s.r.l.

Il ricorso è fondato. La giurisprudenza di legittimità ha chiarito che in assenza di una norma che vieti, in via generale, di porre in essere attività negoziali pregiudizievoli per i terzi, il negozio lesivo dei diritti o delle aspettative dei creditori non è, di per sé, illecito, sicché la sua conclusione non è nulla per illiceità della causa, per frode alla legge o per motivo illecito determinante comune alla parti, apprestando l'ordinamento, a tutela di chi risulti danneggiato da tale atto negoziale, dei rimedi speciali che comportano, in presenza di particolari condizioni, l'applicazione della sola sanzione dell'inefficacia (Cass. civ., 31 ottobre 2014, n. 23158). Il motivo illecito che, se comune e determinante, determina la nullità del contratto, si identifica con una finalità vietata dall'ordinamento perché contraria a norma imperativa, ai principi dell'ordine pubblico o del buon costume ovvero poiché diretta ad eludere, mediante detta stipulazione, una norma imperativa. Pertanto, l'intento delle parti di recare pregiudizio ad altri – quale quello di attuare una frode ai creditori, di vanificare un'aspettativa giuridica tutelata o di impedire l'esercizio di un diritto – non è illecito, ove non sia riconducibile ad una di tali fattispecie, non rinvenendosi nell'ordinamento una norma che sancisca in via generale (come per il contratto in frode alla legge) l'invalidità del contratto in frode dei terzi, per il quale, invece, l'ordinamento accorda rimedi specifici, correlati alle varie ipotesi di pregiudizio che essi possano risentire dall'altrui attività negoziale (Cass. civ. 4 ottobre 2010, n. 20576 e Cass. civ., 25 ottobre 1993, n. 10603). Anche sotto il profilo della rilevanza, nella specie, della ipotesi di bancarotta preferenziale ai fini dell'accertamento della illiceità della Causa la decisione impugnata non appare condivisibile in quanto la violazione di una norma imperativa, nella specie la invocata disposizione dell'art. 216, co 3, L. Fall non dà luogo alla nullità del contratto ma costituisce il presupposto per la revocazione degli atti lesivi della par condicio creditorum. L'art. 1418, co 1, c.c., con l'inciso "salvo che la legge disponga diversamente" impone infatti all'interprete di accertare se il legislatore, anche nel caso di inosservanza del precetto, abbia consentito la validità del negozio predisponendo un meccanismo idoneo a realizzare gli effetti voluti dalla norma (cfr. Cass. civ., 12 ottobre 1982, n. 5270 e Cass. civ., 1° agosto 1987, n. 6668). Va pertanto accolto il ricorso e cassata, con rinvio alla Corte di appello di Perugia, la sentenza impugnata che ha dichiarato la nullità ex artt. 1344, 1345 e 1418 c.c., dei contratti su cui si è fondata l'istanza di ammissione per le ragioni sin qui esposte. – *Omissis.*

Contratto lesivo della *par condicio creditorum* e ammissione al passivo

Il caso. Chiamata a valutare l'ammissibilità al passivo fallimentare di un credito nascente da un contratto di mutuo evidentemente stipulato al fine di precostituire alla banca una garanzia fittizia, utile al pagamento in via privilegiata di crediti in realtà chirografari, la Suprema Corte, riformando la sentenza di appello, esprime parere favorevole in ordine a tale ammissibilità.

L'oggetto. La sentenza, invero assai breve, tratta la questione concentrandosi in particolare sull'istituto della nullità in ambito contrattuale e, segnatamente, sulle disposizioni in tema di causa e motivi del contratto.

Com'è noto, il nostro ordinamento decreta la nullità del contratto qualora se ne ravvisi la contrarietà a norme imperative oppure quando difetti di alcuni dei requisiti necessari, tra cui, la liceità dei motivi (art. 1418 c.c.). I motivi, infatti, pur non essendo di regola rilevanti – a differenza della causa – acquistano tuttavia importanza quando siano illeciti, comuni ad entrambi i contraenti e decisivi per la conclusione dell'accordo (cfr., *funditus*, R. Scognamiglio, *Contratti in generale*, in *Comm. C.C.* a cura di Scialoja, Branca, Libro IV, delle obbligazioni (artt. 1321-1352), Bologna-Roma, rist. 1980, 346 e segg.; v. anche Gazzoni, *Manuale di Diritto Privato*, Napoli, 2011, 830 e segg. e Vettori, *Causa e motivi del contratto nella prospettiva del contratto come operazione*, in *Trattato del Contratto* a cura di Roppo, Milano, 2006, 165 e segg.).

Il cuore della vicenda sta nella nozione di "illiceità", della quale i giudici di merito, sia in primo grado che in appello, avevano adottato un'interpretazione ampia, sostenendo come, essendo stato il contratto di mutuo sottoscritto con lo specifico intento di alterare la *par condicio creditorum*, risultando questo un motivo illecito, determinante e comune ad entrambe le parti, il negozio avrebbe dovuto essere dichiarato nullo.

La Corte di Cassazione ribalta tale conclusione sulla base di una ermeneutica più articolata, affermando come la nozione di "illiceità dei motivi" vada ricercata attraverso il richiamo a concetti analoghi rinvenibili in norme di argomento affine e, nello specifico, con il raffronto della disposizione che tratta dell'illiceità della causa e con l'analisi della norma che affronta il tema del contratto in frode alla legge (art. 1343 e 1344 c.c.). Pertanto, ritiene la Corte, tale vizio ricorre solo ove il motivo – comune alle parti e determinante per la stipula – sia contrario a norme imperative, all'ordine pubblico o al buon costume ovvero risulti diretto all'elusione di una norma imperativa.

Per contro – chiarisce la Corte – diversamente da quanto avviene per il contratto in frode alla legge, non esiste alcuna norma generale che sancisca la nullità del contratto concluso in frode ai creditori – sempre ammesso che quello non fosse lo scopo unico. Di conseguenza, i terzi riceveranno tutela solo ove effettivamente dovuta e, in ogni caso, con rimedi specifici e determinati.

La giurisprudenza precedente. La pronuncia in esame si colloca in assoluta continuità rispetto ai precedenti di legittimità e di merito sul tema, aspetto che un po' sorprende, se si pensa che il ricorrente è dovuto giungere sino in Cassazione per ottenere il riconoscimento delle proprie ragioni (in termini, v. Cass. civ., 17 marzo 2015, n. 5201, in *dejure.it*; Cass. civ., 31 ottobre 2014, n. 23158, in *Foro It.*, 2015, I, 981; Cass. civ., 22 aprile 2014, n. 9090, in *Dir. e Prat. Lav.*, 2014, 1077, con nota di Semproni; Cass. civ., 20 marzo 2013, n. 6969, in *dejure.it*; Cass. civ., 4 ottobre 2010, n. 20576, in *Guida Dir.*, 2010, 79; Cass. civ., 20 marzo 2008, n. 7485, in *Corriere Giur.*, 2008, 1589, con nota di Castelli; Cass. civ., 2 maggio 2006, n. 10108, in *Lav. nella Giur.*, 2006, 9, 877, con nota di Barraco; Cass. civ., 25 luglio 2013, n. 11561, in *dejure.it*; Cass. civ., 29 maggio 2003, n. 8600, in *Foro It.*, 2003, I, 3373; Cass. civ., 24 maggio 2003, n. 8236, in *Dir. e Giur. Agr.*, 2004, 31, con nota di Cimatti; Cass. civ., 25 ottobre 1993, n. 10603, in *Corriere Giur.*, 1994, 181, con nota di Caringella; 18 luglio 1991, n. 7983, in *dejure.it*; Cass. civ., 24 ottobre 1983, n. 6239, in *leggiditalia.it*; Cass. civ., 16 giugno 1981, n. 3905, in *dejure.it*; tra le pronunce di merito, v. per tutte Trib. Savona, 1° ottobre 2013, in *dejure.it*).

Nelle citate decisioni, la Corte chiarisce che le ipotesi di invalidità dei contratti vanno interpretate in maniera precisa e puntuale, non potendosi estendere a fattispecie non espressamente contemplate. L'accordo, infatti, deve presumersi lecito e vincolante, a meno che sussista taluna delle cause di nullità previste *ex lege*, in via specifica ovvero in via generale, vale a dire la contrarietà del patto a norme imperative, all'ordine pubblico o al buon costume, come pure la sua finalità elusiva di norme imperative.

Pertanto, sebbene il contratto sia concluso al fine di trarne un vantaggio proprio, con contestuale detrimento a carico di soggetti terzi, non per ciò solo può essere considerato invalido. Occorrerà verificare se, nel caso di specie, esistano norme specifiche che vietino tale comportamento e, in loro assenza, sarà necessario fare ricorso ad eventuali strumenti particolari, appositamente predisposti dal legislatore per contrastare simili comportamenti.

Casi tipici in questo senso, richiamati dalle varie sentenze, sono quelli dell'azione revocatoria – ordinaria o fallimentare – posta a tutela del creditore per il contrasto di atti lesivi della garanzia patrimoniale costituita dal patrimonio del debitore o dalla *par condicio creditorum* (sul punto, v. Cass. civ., 4 ottobre 2010, n. 20576, cit. e Cass. civ., 29 maggio 2003, n. 8600, cit.); il diritto di riscatto, utile all'affittuario, coltivatore diretto, nei confronti dei potenziali abusi del proprietario del fondo che intenda cederne la titolarità a terzi (in proposito, cfr. Cass. civ., 24 maggio 2003, n. 8236, cit.); le norme tese alla salvaguardia dell'usufruttuario per gli eventuali comportamenti illegittimi da parte del nudo proprietario (in argomento, v. Cass. civ., 25 luglio 2013, n. 11561, cit. e Cass. civ., 16 giugno 1981, 3905, cit.) o, ancora, le regole in tema

cessione di azienda, poste a garanzia dei lavoratori, che offrono una tutela onnicomprensiva nei confronti dei potenziali attivi nocivi posti in essere dall'imprenditore (in termini, cfr. Cass. civ., 22 aprile 2014, n. 9090, cit. e Cass. civ., 20 marzo 2013, n. 6969, cit.).

In generale, va considerato come gli ordinamenti giuridici moderni si limitino a reprimere abusi ovvero a porre limiti invalicabili, al cui interno ogni attività è istituzionalmente libera; conseguentemente, l'attività del privato non può considerarsi *contra ius* sol perché determini – indirettamente – lo svantaggio patrimoniale altrui, che, anzi, è insito nell'ordinaria estrinsecazione dei traffici giuridici.

Il principio di diritto. In conclusione, con specifico riferimento ai motivi del contratto, la Corte evidenzia come i confini del concetto di illiceità vadano identificati sulla base delle ipotesi previste per la illiceità della causa.

Pertanto, ove i motivi non risultino contrari a norme imperative, all'ordine pubblico o al buon costume

ovvero non siano tesi ad eludere una norma imperativa – ed in assenza di specifici divieti – il contratto deve ritenersi valido ed efficace.

Parimenti, non esistendo alcuna norma che sancisca in via generale l'invalidità del contratto in frode ai terzi, lo stesso non può essere ritenuto invalido *tout court*; eventuali soggetti pregiudicati da tale accordo, semmai, potranno ricorrere agli strumenti *ad hoc* predisposti dal Legislatore, il quale, ove abbia ravvisato la potenziale lesività della fattispecie astratta, avrà elaborato – o, quanto meno, avrebbe dovuto elaborare – un rimedio apposito.

Alla luce di tali considerazioni, il negozio lesivo dei diritti o delle aspettative dei creditori non è ritenuto, di per sé, illecito e, quindi, male avrebbe fatto il Fallimento, nel caso di specie, a non ammettere il credito al passivo, atteso che il sottostante contratto di mutuo, seppure lesivo della *par condicio creditorum*, era lecito e vincolante.

Emanuele Lerro

Responsabilità degli amministratori deleganti

Cassazione civile, Sez. I, 31 agosto 2016, n. 17441 – Pres. Bernabai – Rel. Di Marzio – P.M. Ceroni (conf.) – Marconi Paola ed altri, nella qualità di eredi di Necci Lorenzo (avv. Marraffa) – Fall. Rotella Holding s.p.a. (avv. Astone) ed altri (avv. Sassani, Flocco). *Cassa App. Roma 17 gennaio 2013*

Società – Società per azioni – Amministratori – Delega di potere gestorio – Responsabilità dei deleganti

Gli amministratori deleganti sono responsabili per non avere impedito fatti pregiudizievoli posti in essere dai delegati dei quali abbiano acquisito conoscenza ovvero dei quali debbono acquisire conoscenza in particolare per effetto delle informazioni ricevute che presentino elementi di allarme. (Massima non ufficiale)

Omissis. – Il Curatore del Fallimento Rotella Holding s.p.a. ha convenuto in giudizio dinanzi al Tribunale di Roma Rotella Guido, Paolini Giorgio, Morelli Ugo, Arnaldo Federico nonché Marconi Paola, Necci Alessandra e Necci Giulio Andrea, quali eredi di Necci Lorenzo, spiegando nei loro confronti l'azione di responsabilità prevista dall'articolo 146 della legge fallimentare. A fondamento della domanda il Fallimento attore ha riferito: –) che Rotella Holding s.p.a., costituita il 16 ottobre 2003, il cui pacchetto azionario apparteneva per il 99% a Rotella Guido, il successivo 4 dicembre 2003 aveva acquistato da GR Investment 2003 s.r.l., società di cui lo stesso Rotella era socio, al prezzo di euro 1.600.000,00, contro un valore nominale di euro 1.360.000,00, il 77% del capitale azionario di Rotella and Partners s.p.a.; –) che il 7 ottobre 2004 Rotella Guido aveva ceduto il 16% ciascuno delle azioni di Rotella Holding s.p.a. a Lorenzo Necci e Giorgio Paolini, che erano stati nominati vicepresidenti con poteri di straordinaria ed ordinaria amministrazione, mentre Morelli Ugo Arnaldo Federico era stato nominato amministratore delegato e lo stesso Rotella Guido presidente; –) che Rotella Holding

s.p.a. era stata dichiarata fallita (*omissis*); –) che l'acquisto del 77% di Rotella and Partners s.p.a. era stato la causa principale del fallimento, accanto ad altre operazioni di minor rilievo economico, essendosi trattato di un investimento esorbitante, non giustificato dal valore economico del pacchetto azionario acquistato e tale da assorbire l'intero capitale sociale della società acquirente; –) che, all'infuori dell'importo di euro 239.041,00, il saldo del prezzo dovuto in forza dell'acquisto era stato effettuato nell'arco temporale tra il 14 ottobre 2004 ed il 31 dicembre 2004, dopo l'ingresso nella società di Necci, Morelli e Paolini, i quali dovevano ritenersi responsabili dell'occorso unitamente al Rotella.

Nella contumacia di quest'ultimo, e nel contraddittorio degli altri convenuti, che hanno resistito alla domanda, il Tribunale di Roma, con sentenza del 2 settembre 2011, ritenuta la responsabilità di tutti gli amministratori, ha condannato in solido Rotella, Paolini, Morelli e gli eredi Necci al pagamento, in favore della curatela, della somma di euro 2.696.781,25, con interessi e spese.

La sentenza è stata appellata in via principale da Morelli Ugo Arnaldo Federico ed in via incidentale da un lato dal Paolini e dall'altro dagli eredi Necci mentre il Fallimento ha resistito all'impugnazione ed il Rotella è nuovamente rimasto contumace. La Corte d'Appello di Roma, con sentenza del 17 gennaio 2013 ha parzialmente accolto l'appello, limitatamente al quantum, condannando il Morelli, il Paolini e gli eredi Necci, ferma la condanna pronunciata nei confronti del Rotella, al pagamento della minor somma di euro 1.421.000,00, regolando altresì le spese di lite. La Corte territoriale ha in breve osservato: –) che il Tribunale non aveva attribuito agli appellanti una responsabilità commissiva nella dispersione del patrimonio sociale, attività viceversa da attribuire al Rotella e che, tuttavia, Morelli, Paolini e Necci avevano indubbiamente assistito inerti al dissesto della società, senza assumere alcuna iniziativa fino al 25 maggio del 2005 ed omettendo altresì ogni controllo sull'attività del Rotella ed ogni iniziativa (come l'annullare

ovvero il rimettere in discussione il contratto con GR Investment 2003 s.r.l.) che avrebbe potuto impedire o rendere meno gravoso il tracollo di Rotella Holding s.p.a., così da incorrere in violazione degli obblighi a loro carico gravanti ai sensi dell'articolo 2392, primo comma, c.c.; -) che, a fronte di tale condotta, la tesi difensiva degli appellanti, i quali avevano in buona sostanza evidenziato che la gestione della società era per intero nelle mani del Rotella, finiva per trasformarsi in un'ammissione di responsabilità, derivante dall'aver omesso qualunque attività di vigilanza o controllo, così da realizzare una tacita complicità, quantunque ascrivibile semplicemente a colpa, con lo stesso Rotella; -) che, inoltre, Necci e Paolini non erano stati presenti al consiglio di amministrazione del 21 dicembre 2004, nel corso del quale era emersa in modo particolarmente chiaro la situazione di crisi della società, venendo così meno al proprio obbligo di discutere il bilancio, mancando anche in tal modo al compito loro demandato dal citato articolo 2392 c.c.; -) che, d'altro canto, il danno addebitabile agli appellanti non poteva essere liquidato, come aveva fatto il Tribunale, in misura pari all'ammontare dello stato passivo, ossia in euro 2.500.000,00, secondo quanto risultante da un accertamento affidato dal Fallimento ad un proprio consulente, dal momento che tale accertamento recava una mera previsione non suffragata da altri elementi, tanto più che dalla medesima consulenza risultavano crediti di euro 1.308.919,08; -) che ai fini della liquidazione del quantum occorre viceversa tener conto del pagamento del residuo prezzo in favore di GR Investment 2003 s.r.l. in epoca successiva all'ingresso nella società di Necci, del Paolini e del Morelli, ossia dell'importo di euro 1.360.959,00, somma che, addizionata all'importo netto delle passività fallimentari come documentate agli atti, ammontante a euro 1.481.000,00, e divisa per due, consentiva di quantificare il danno, in definitiva, della somma arrotondata di euro 1.421.000,00.

Per la cassazione della sentenza Marconi Paola, Necci Alessandra, e Necci Giulio Andrea hanno proposto ricorso affidato a due motivi. Paolini Giorgio e Morelli Ugo Arnaldo Federico hanno resistito con controricorsi contenenti ciascuno ricorso incidentale, entrambi affidati a quattro motivi. Il fallimento ha resistito con controricorsi. Rotella Guido non ha spiegato difese. (*Omissis*) I ricorsi sono fondati nei limiti che seguono. Tutti e tre i ricorsi denunciano un vizio di violazione di legge essenzialmente riferito all'articolo 2392 c.c., nel testo vigente; quello del Paolini in modo chiaro ed organico, gli altri attraverso motivi composti in cui detto vizio si sovrappone e talora si confonde con una denuncia di vizio motivazionale, ma è pur sempre sufficientemente delineato ed individuabile. Occorre, sul tema, in generale dire che gli amministratori possono essere chiamati a rispondere per i danni cagionati alla società amministrata se siano venuti meno ai propri doveri, così da cagionare, per il nesso di causalità, un pregiudizio alla società. Tale responsabilità ha natura contrattuale (Cass., 20 settembre 2012, n. 15955; Cass., 11 novembre 2010, n. 22911; Cass., 22 ottobre 1998, n. 10488; Cass., 22 giugno 1990, n. 6278), con tutto quanto ne deriva sul piano del riparto degli oneri probatori: in particolare, la società (o il Curatore nell'ipotesi dell'azione intentata ai sensi dell'articolo 146 l. f.) è onerata della deduzione delle violazioni, nonché della deduzione e prova del danno e del nesso di causalità tra violazione e danno. Incombe per converso sugli amministratori l'onere di dimostrare la non imputabilità a sé del fatto dannoso, fornendo la prova positiva, con riferimento agli addebiti contestati, dell'osservanza dei doveri e dell'adempimento degli obblighi loro imposti (in

questi termini Cass., 11 novembre 2010, n. 22911 in motivazione). I doveri degli amministratori, dalla cui violazione può generarsi responsabilità, si individuano per il tramite dell'articolo 2392 c.c., che trova nel caso di specie applicazione nel testo derivante dal decreto legislativo 17 gennaio 2003, n. 6, applicabile con decorrenza dal 1° gennaio 2004 (la condotta addebitata al Necci, Paolini e Morelli muove temporalmente dal loro ingresso nella società nel luglio 2004). Tale norma, come soprattutto la difesa del Paolini ha osservato, è stata significativamente modificata dal menzionato intervento di riforma. Ferma l'applicazione della business judgement rule, la quale - prima e dopo la riforma - si risolve in ciò, che le scelte gestionali compiute dagli amministratori sono in se stesse insindacabili (a partire da Cass., 12 novembre 1965, n. 2539 per arrivare fino a Cass., 12 febbraio 2013, n. 3409, e da ultimo a Cass., 2 febbraio 2015, n. 1783), salvo non si tratti di operazioni che, se valutate ex ante, si rivelino manifestamente avventate ed imprudenti, il vecchio testo dell'articolo 2392 c.c. contemplava l'obbligo degli amministratori di adempiere i propri doveri con la diligenza del mandatario, con conseguente responsabilità solidale in ipotesi di inadempimento (eccezionato il caso di funzioni proprie del comitato esecutivo o di uno o più amministratori), ed imponeva in generale il pregiudizio cagionato dall'altrui condotta, quando fosse loro addebitabile la violazione di detto obbligo.

In tale quadro questa Corte ribadiva che "l'articolo 2392 c.c., che pone a carico degli amministratori il dovere di vigilare sul generale andamento della gestione di s.p.a., deve essere interpretato nel senso che ciascuno dei componenti del consiglio di amministrazione è tenuto ad attivarsi allo scopo di esercitare un controllo effettivo sull'operato degli altri, sicché l'affidamento di singoli e specifici compiti di amministrazione diretta ad alcuni soltanto agli amministratori non esclude la responsabilità degli altri; ne consegue che il componente del consiglio di amministrazione di una società di capitali, chiamato a rispondere come coobbligato solidale per omissione di vigilanza, non può sottrarsi alla responsabilità adducendo che le operazioni integranti l'illecito sono state poste in essere, con ampia autonomia, da un altro soggetto" (così Cass., 21 luglio 2004, n. 13555, in motivazione; analogamente Cass., 27 aprile 2011, n. 9384; Cass., 15 febbraio 2005, n. 3032; Cass., 29 agosto 2003, n. 12696; Cass., 11 aprile 2001, n. 5443).

La riforma del 2003 ha però come si diceva modificato i termini della disciplina applicabile. Per un verso gli amministratori operativi rispondono non già quali mandatari, bensì in ragione della "diligenza richiesta dalla natura dell'incarico e dalle loro specifiche competenze" (così il nuovo testo dell'articolo 2392, primo comma, c.c.), il che nella sostanza equivale a dire che la diligenza esigibile dall'amministratore è quella del secondo comma dell'articolo 1176 c.c., ragguagliata alle circostanze del caso. Per altro verso gli altri amministratori non risultano più sottoposti ad un generale obbligo di vigilanza. E non è senza ragione rammentare che tale scelta legislativa concernente la responsabilità di tali amministratori è stata motivata dall'intento di "evitare sue indebite estensioni che, soprattutto nell'esperienza delle azioni esperite da procedure concorsuali, finivano per trasformarla in una responsabilità sostanzialmente oggettiva, allontanando le persone più consapevoli dall'accettare o mantenere incarichi in società o in situazioni in cui il rischio di una procedura concorsuale le esponeva a responsabilità praticamente inevitabili" (tanto si legge nella Relazione di accompagnamento al decreto legislativo numero 6 del 2003). Ed infatti, secondo l'attuale articolo 2392 c.c., "in ogni caso gli amministratori, fermo quanto dispo-

sto dal comma terzo dell'articolo 2381, sono solidalmente responsabili se, essendo a conoscenza di fatti pregiudizievoli, non hanno fatto quanto potevano per impedirne il compimento o eliminarne o attenuarne le conseguenze dannose". La norma uscita dalla riforma richiama dunque l'articolo 2381, terzo comma, che pone a carico degli amministratori, tra l'altro, l'obbligo di valutare l'adeguatezza dell'assetto amministrativo, organizzativo e contabile della società "sulla base delle informazioni ricevute", e l'andamento della gestione "sulla base della relazione degli organi delegati". Ma il rinvio è da intendersi necessariamente esteso anche al sesto comma dell'articolo 2381 c.c., secondo il quale "gli amministratori sono tenuti ad agire in modo informato; ciascun amministratore può chiedere agli organi delegati che in consiglio siano fornite informazioni relative alla gestione della società". Insomma, la responsabilità degli amministratori privi di specifiche deleghe operative non può oggi discendere da una generica condotta di omessa vigilanza, tale da trasmodare nei fatti in responsabilità oggettiva, ma deve riconnettersi alla violazione del dovere di agire informati, sia sulla base delle informazioni che a detti amministratori devono essere somministrate, sia sulla base di quelle che essi stessi possono acquisire di propria iniziativa. In definitiva gli amministratori (i quali non abbiano operato) rispondono delle conseguenze dannose della condotta di altri amministratori (i quali abbiano operato) soltanto qualora siano a conoscenza di necessari dati di fatto tali da sollecitare il loro intervento, ovvero abbiano omesso di attivarsi per procurarsi gli elementi necessari ad agire informati. Ne discende che, nel contesto normativo attuale, gli amministratori non operativi rispondono per non aver impedito "fatti pregiudizievoli" dei quali abbiano acquisito in positivo conoscenza (anche per effetto delle informazioni ricevute ai sensi del terzo comma dell'articolo 2381 c.c.) ovvero dei quali debbano acquisire conoscenza, di propria iniziativa, ai sensi dell'obbligo posto dall'ultimo comma dell'articolo 2381 c.c.: per il che occorre che la semplice facoltà di "chiedere agli organi delegati che in consiglio siano fornite informazioni relative alla gestione della società" sia innescata, così da trasformarsi in un obbligo positivo di condotta, da elementi tali da porre sull'avviso gli amministratori alla stregua della "diligenza richiesta dalla natura dell'incarico e dalle loro specifiche competenze": altrimenti si ricadrebbe nella configurazione di un generale obbligo di vigilanza che la riforma ha invece volutamente eliminato.

Poste le premesse in iure occorrono poche parole per constatare l'effettiva sussistenza della violazione di legge denunciata dai tre ricorrenti, vero essendo che la Corte d'appello, la quale ha omesso di individuare il precetto

normativo posto all'articolo 2392 c.c. nel testo vigente (ed anzi ha ritenuto di trarne il significato da una pronuncia del Tribunale di Milano del 20 febbraio 2003 evidentemente riferita al vecchio testo), ha però ragionato sull'evidente presupposto che la norma ponesse a carico degli amministratori una "attività di vigilanza", quale esplicitazione di "obblighi di verifica dell'attività gestionale", tale da comportare a carico degli originari convenuti "l'assenza di qualsiasi controllo" sull'attività della società. È dunque del tutto palese che il giudice di merito è pervenuto alla sua decisione muovendo dal presupposto, non conforme al dato normativo, che la norma ponesse a carico degli amministratori un obbligo di vigilanza, mentre, al contrario, essa stabilisce un obbligo di agire informati, avvalendosi delle informazioni ricevute e, se del caso, di quelle acquisite motu proprio in presenza di segnali di allarme tali da indurre a ricercare dati normativi ulteriori altrimenti non disponibili. Occorre allora che la Corte d'appello indagasse, sulla base degli addebiti loro rivolti dal fallimento, nel contesto del riparto degli oneri probatori di cui si è detto in apertura di paragrafo, quali fossero le informazioni che Necci, Paolini e Morelli avevano effettivamente a disposizione e se vi fossero elementi tali da richiamare la loro attenzione, tenuto conto delle informazioni loro fornite e dell'apparente plausibilità di esse, sì da verificare se la condotta di inerzia, che la Corte d'appello risulta aver loro addossato nella sua mera oggettività, fosse invece connotata da colpa. Ed in tale quadro era dunque necessario esaminare l'intero materiale istruttorio disponibile, ritualmente offerto dalle parti, per i fini dell'accertamento, sotto il profilo della condotta, della responsabilità alla stregua del vigente articolo 2392 c.c.. Dopodiché – una volta ipoteticamente accertata la violazione da parte di Necci, Paolini e Morelli degli obblighi gravanti su di essi quali amministratori – bisognava ulteriormente verificare se ed in quali eventuali limiti potesse concretamente essere predicata la sussistenza nel nesso eziologico tra detta condotta ed il pregiudizio arrecato alla società, considerando per un verso che i tre avevano fatto ingresso nella società quando il contratto R. Holding s.p.a. – GR Investment 2003 s.r.l. era stato già concluso, e chiarendo in quali termini, ed avvalendosi di quali strumenti giuridici, i medesimi come la Corte d'appello ha affermato – potessero ottenere che il contratto fosse annullato o in qualche modo ridiscusso. Vanno pertanto accolti, nei limiti della motivazione che precede, il primo motivo svolto da Marconi Paola, Necci Alessandra e Necci Giulio Andrea, i primi tre motivi spiegati dal Paolini ed i primi tre motivi del ricorso Morelli. – *Omissis*.

L'obbligo di agire in modo informato a carico degli amministratori deleganti

Oreste Cagnasso e Federico Riganti*

La disciplina della delega di potere gestorio nell'ambito della società per azioni, quale risulta dalla riforma societaria, prevede, da un lato, che i deleganti siano responsabili nei limiti delle informazioni ricevute dai delegati e, dall'altro, che debbano agire in modo informato. La Cassazione, in conformità ad un orientamento già precedentemente espresso, ha individuato il criterio che consente di coordinare le due norme. Tale criterio, tuttavia, parrebbe trovare una disciplina peculiare nel caso di delega nell'ambito di una società bancaria.

* Oreste Cagnasso ha redatto i paragrafi da 1 a 4, Federico Riganti il paragrafo 5.

Il caso

Nella fattispecie il curatore di una procedura fallimentare ha agito in responsabilità nei confronti degli amministratori di una società per azioni per aver in particolare posto in essere un'operazione consistente "in un investimento esorbitante, non giustificato dal valore economico del pacchetto azionario acquistato e tale da assorbire l'intero capitale della società acquirente". In primo grado il Tribunale di Roma ha ritenuto responsabili tutti gli amministratori, condannandoli in solido al risarcimento dei danni. La Corte di Roma ha parzialmente accolto l'appello limitatamente al *quantum*, affermando che anche gli amministratori deleganti fossero responsabili per non aver posto in essere alcun controllo sull'operato dei delegati. I motivi fatti valere in Cassazione in particolare concernavano la "distribuzione di responsabilità" tra deleganti e delegati.

Il sistema previgente

In conformità alla disciplina preriforma, in presenza della delega di poteri gestori nell'ambito della s.p.a., spettava a ciascun amministratore il dovere di vigilanza sul generale andamento della gestione delegata, previsto dall'art. 2392 c.c. nella sua originaria formulazione. La vigilanza aveva per oggetto il generale andamento e non le singole operazioni (a meno che si trattasse di atti di notevole rilievo): in altre parole il dovere in esame presentava carattere sintetico e non analitico. Ad esso non poteva non essere correlato il potere di informazione e consultazione spettante a ciascun amministratore, le cui modalità di esercizio erano oggetto di ampio dibattito, soprattutto all'interno della dottrina. In ogni caso si trattava di poteri che il loro titolare era tenuto ad attivare, al fine di adempiere all'obbligo di vigilanza.

Questi in sintesi i capisaldi della disciplina, in conformità al sistema previgente ed alla ricostruzione accolta dalla dottrina e dalla giurisprudenza¹.

Muovendo da tali presupposti, l'estensione del dovere di vigilanza dei deleganti sull'operato del comitato esecutivo o di singoli amministratori investiti del potere gestorio poteva essere individuata in relazione al grado di diligenza richiesta, all'oggetto della vigilanza stessa, all'adempimento del dovere strumentale di informazione e di controllo. Sotto il primo profilo, la diligenza nella vigilanza e quindi nell'attivazione dei poteri di controllo, era quella del mandatario, e pertanto quella media, sia pure rapportata all'attività di

amministratore. Nella seconda prospettiva, non si richiedeva l'esercizio di un controllo esteso a ciascun atto, ma alla gestione delegata nel suo complesso. Infine il dovere di utilizzare i poteri di informazione trovava il proprio limite nella stessa possibilità in concreto di acquisirle.

In un sistema così delineato, ove la linea di confine tra vigilanza sintetica e analitica appariva alquanto labile, la giurisprudenza tendeva, come sottolineato nella sentenza in commento, a dilatare l'ambito del dovere di vigilanza e quindi la responsabilità dei deleganti per l'operato dei delegati, fin quasi a raggiungere l'area della responsabilità oggettiva.

Il sistema vigente

Oggi il nuovo testo dell'art. 2392 c.c. non contiene alcun riferimento alla vigilanza sul generale andamento della gestione sociale. Tuttavia il terzo comma dell'art. 2381 c.c. stabilisce che il consiglio valuta il generale andamento della gestione, con però un'importante precisazione, volta a delineare con precisione i limiti di tale obbligo: la valutazione avviene, infatti, sulla base della relazione degli organi delegati. Quindi il dovere di controllo sul generale andamento della gestione è esplicitamente riferito e circoscritto alle informazioni fornite dai delegati. Con un ulteriore correttivo: come dispone l'ultimo comma dell'art. 2381 c.c., i deleganti sono tenuti ad agire in modo informato ed hanno la facoltà di chiedere informazioni ai delegati in consiglio.

La responsabilità nei limiti delle informazioni ricevute e l'obbligo di agire in modo informato

Tra le due regole, a prima lettura, pare sussistere un vero e proprio contrasto. Da un lato, il legislatore sembra eliminare l'obbligo dei deleganti di attivarsi per acquisire le necessarie informazioni sulla gestione delegata, rovesciando la prospettiva: sono i delegati che debbono fornire costantemente le relative informazioni ed il controllo da parte dei deleganti appare circoscritto a quanto risultante da esse. Subito dopo il legislatore sembra contraddirsi imponendo ai deleganti di agire in modo informato e quindi di acquisire informazioni, indicando anche le modalità da seguire e precisamente i destinatari dell'obbligo di fornirle (i delegati) e la sede da utilizzare (il consiglio di amministrazione). Nel cercare di coordinare le due regole dottrina², giurisprudenza in sede penale³ e giurispru-

¹ Per la giurisprudenza ante riforma v., per tutti, Cass., 29 agosto 2003, n. 12696, in *Giur. It.*, 2004, 557 con nota di Cagnasso, *Il dovere di vigilanza degli amministratori e la "delega di fatto" tra norme "vecchie" e "nuove"*, a cui si rinvia per le indicazioni di dottrina; in *Società*, 2004, 49, con commento di Fico.

² Sulla responsabilità degli amministratori cfr., per tutti, Cottino, *Diritto societario*, II ediz., Padova, 2011, 424 e segg.

Sul dovere di valutare il generale andamento della gestione e di agire in modo informato, v. in particolare, Bonelli, *Gli amministratori della s.p.a. dopo la riforma delle società*, Milano, 2004, 46 segg.;

Montalenti, *Gli obblighi di vigilanza nel quadro dei principi generali sulla responsabilità degli amministratori di società per azioni*, in *Il Nuovo diritto delle società*. Liber amicorum Gian Franco Campobasso a cura di Abbadessa e Portale, II, Torino, 2006, 835 e segg.; Montalenti, *Società per azioni, corporate governance e mercati finanziari*, Milano, 2011, 132 e segg., che sottolinea come "la precisazione del contenuto dei doveri degli amministratori senza deleghe non significhi che il loro compito possa sempre esaurirsi nell'esame di una relazione. Anzitutto, il consiglio deve 'valutare' l'andamento, e dovrà quindi richiedere ogni integrazione necessaria, laddove la

denza in sede civile⁴ sono pervenute sostanzialmente allo stesso risultato.

Pare opportuno premettere che, se per dovere di vigilanza si intende quello facente capo ai deleganti di acquisire informazioni sul generale andamento della gestione presente nell'art. 2392 c.c. nel testo originario, oggi è stato soppresso. Se, per contro, si intende il dovere di controllo dei deleganti sull'operato dei delegati, è ancora presente (e non potrebbe essere altrimenti) sia pure con l'uso di una diversa formula (la valutazione del generale andamento della gestione). Ciò che si è venuto a modificare sono le sue modalità di esercizio. In parte si tratta per così dire di un obbligo "passivo", che consiste nel prendere in esame (valutare) quanto riferito, in parte di un dovere "attivo", che consiste nell'acquisire ulteriori informazioni rispetto a quelle fornite (agire in modo informato). Stabilire quando quest'ultimo venga in essere rappresenta il nodo centrale del coordinamento tra le due regole ora illustrate, nonché il profilo centrale oggetto della sentenza in commento. Nasce dalla presenza – per usare le parole che si leggono nella motivazione della pronuncia resa dalla Corte Suprema – di "elementi tali da porre sull'avviso gli amministratori, alla stregua della diligenza richiesta dalla natura dell'incarico o dalle loro specifiche competenze".

In altre parole, dalle informazioni ricevute possono risultare "elementi di allerta" che impongono agli amministratori di acquisire ulteriori informazioni. Tali sono, ad esempio, l'incoerenza o l'insufficienza del contenuto della relazione; tali possono essere altre circostanze, sempre desumibili dalla relazione dei delegati o comunque acquisite. Un esempio potrebbe essere costituito dalla presenza di indici rivelatori di particolari criticità o di una difficile situazione in cui versi la società sotto il profilo patrimoniale o economico – finanziario.

Il legislatore poi, come è noto, ha disciplinato le modalità per l'acquisizione delle ulteriori informazioni, che debbono essere richieste ai delegati nell'ambito delle deliberazioni del consiglio.

Naturalmente, e si tratta di un profilo già presente

nel sistema ante riforma, non è sufficiente il diligente adempimento dell'obbligo di agire in modo informato, ma occorre, nel caso in cui emergano profili di responsabilità o comunque circostanze pregiudizievoli, che il consiglio si attivi adottando gli opportuni provvedimenti, che vanno dalla revoca della delega o dei delegati, alla sostituzione ad essi qualora risultino inattivi o all'emanazione di direttive nei loro confronti.

Un ulteriore profilo concerne l'ipotesi in cui i delegati siano del tutto inadempienti al dovere di fornire informazioni periodiche in ordine alla gestione delegata. In tal caso, riterrei, i deleganti debbono, così come era previsto nel sistema anteriore, farsi carico di acquisire le necessarie informazioni per gli atti posti in essere dai delegati e naturalmente provvedere alla revoca della delega o dei delegati.

L'agire in modo informato nell'ambito della governance bancaria

I meccanismi appena descritti parrebbero trovare, talvolta, alcune "eccezioni".

Con riferimento alla disciplina settoriale delle società bancarie, è dato infatti riscontrare un netto rafforzamento della compagine delegante del c.d.a. la quale, divenuta oggetto di una profonda opera di *restyling*, vedrebbe ampliata la funzione *monitoring* tipicamente assegnatale dalle previsioni codicistiche poc'anzi richiamate⁵.

In particolare, le graduali variazioni ai paradigmi del diritto commerciale generale in tema di amministrazione troverebbero fonte, seppur con diversa angolazione, tanto nelle disposizioni regolamentari emanate dalla Banca d'Italia (Circolare n. 285 del 17 dicembre 2013, "Disposizioni di vigilanza per le banche"), quanto in alcuni recenti arresti di legittimità e merito (v. Cass., 5 febbraio 2013, n. 2737; Cass., 9 novembre 2015, n. 22848; Cass., 25 novembre 2015, n. 24048; Cass., 7 settembre 2016, n. 17687; nel merito, v. App. Roma, 12 giugno 2006, nonché App. Roma, 25 gennaio 2007)⁶, e risulterebbero intese, nel complesso, a

relazione sia eccessivamente sintetica o reticente o incompleta o comunque non esauriente: conclusione a cui si giunge linearmente ove si colleghi sistematicamente la regola in esame al dovere individuale di "agire in modo informato" e di "chiedere agli organi delegati che in consiglio siano fornite informazioni relative alla gestione della società" (art. 2381, comma 6); Acquafredda, *La responsabilità degli amministratori di società per azioni per omessa vigilanza sulla gestione*, in *Governo dell'impresa e responsabilità dei gestori* a cura di Adiutori, Padova, 2009, 239 e segg.; Regoli, *Poteri di informazione e controllo degli amministratori non esecutivi*, in *Società, banche e crisi di impresa*. Liber amicorum Pietro Abbadessa, 2, Torino, 2014, 1121 e segg.; Rordorf, *La responsabilità civile degli amministratori di s.p.a. sotto la lente della giurisprudenza*, in *Società*, 2008, 1193 e segg.; De Crescenzo, *La gestione*, in *Le nuove s.p.a.* diretto da O. Cagnasso e L. Panzani, 4, Bologna, 2012, 94 e segg.; Spiotta, *Amministratori*, in *Assemblea e amministratori* a cura di G. Cavalli, in *Nuova Giur. di Dir. Civ. e Comm.*, Torino 2013, 509 e segg.; Barachini, *Sub art. 2381 c.c.*, in *Le società per azioni* diretto da P. Abbadessa-G.P. Portale, I, Milano, 2016, 1211 e segg.

³ La giurisprudenza penale è orientata nel senso della sentenza richiamata: v. Cass. pen., 19 giugno 2007, in *Giur. It.*, 2008, 431,

con nota di Burzi, *Amministratore privo di delega e obbligo di impedire i reati dei quali abbia conoscenza*; in *Società*, 899, con commento di Pulitano; Cass. pen., 22 settembre 2009, n. 36595; Cass. pen., 12 giugno 2012, n. 23091; Cass. pen., 2 novembre 2012, n. 42519; Cass. pen., 13 novembre 2015, n. 21702.

⁴ Nel senso della sentenza in commento, v. già Cass., 9 gennaio 2013, n. 319, in *Giur. It.*, 2013, 1564, con nota di Berardi; Trib. Milano, 3 marzo 2015 e, in ultimo, Trib. Milano, 31 ottobre 2016, su www.giurisprudenzadelleimprese.it

⁵ In materia v. per tutti Calandra Buonauro, *Il ruolo dell'organo di supervisione strategica e dell'organo di gestione nelle Disposizioni di vigilanza sulla corporate governance e sui sistemi di controllo interno delle banche*, in *Banca, Imp. e Soc.*, 2015, 19 e segg.; Montalenti, *Amministrazione e controllo nelle società per azioni tra codice civile e ordinamento bancario*, in *Banca, Borsa, Tit. Cred.*, 2015, 707 e segg. e Portale, *La corporate governance delle società bancarie*, in *Riv. Soc.*, 2016, 48 e segg. In particolare sulla posizione degli amministratori di banche v., Desario, *La responsabilità degli amministratori di banche: esecutivi e non esecutivi*, in *Banca*, 2016, 56 e segg.

⁶ Quanto ai riferimenti: Cass., 5 febbraio 2013, n. 2737 è repe-

riconoscere in capo agli amministratori privi di deleghe un compito di vigilanza ampliato, penetrante e “diffuso”, sull’agire dei delegati. Con conseguenti ricadute in punto responsabilità.

La questione è complessa, ma può essere sintetizzata nei termini che seguono.

A fronte di un dettato regolamentare cristallino ed essenzialmente indirizzato a vedere nei membri non esecutivi del c.d.a. “un’importante funzione dialettica e di monitoraggio sulle scelte compiute dagli esponenti esecutivi”⁷, l’attuale quadro di riferimento in tema di *governance* bancaria sarebbe oggi giorno a tal punto capace di rinvigorire la posizione (e la funzione di vigilanza) dei deleganti da apparire finanche in dissonanza con lo schematismo tipico dell’art. 2381 c.c. e con il correlato regime allocativo delle responsabilità di cui all’art. 2392 c.c.

In altri termini, le soluzioni strutturali prospettate in sede di disciplina speciale⁸ e, ancor più, il potenziamento del profilo informativo, attivo e passivo, degli

amministratori non esecutivi (che parrebbero essere investiti finanche *uti singuli*, e quindi in contrasto con la disciplina codicistica di riferimento, di precisi poteri di indagine diretta sulla gestione e sull’organizzazione aziendale^{9 10}) comporterebbero, nei fatti, un robusto innalzamento dell’operatività dei deleganti e del canone di “diligenza professionale” loro richiesta, con relativo rischio di “appiattimento” delle diverse “anime” del c.d.a.¹¹.

Posizione, questa, che trapela con sempre maggior forza dalle sentenze citate e che parrebbe in astratto (pericolosamente) capace di disegnare un’architettura di amministrazione e controllo connotata da una progressiva dilatazione dei doveri di vigilanza degli amministratori deleganti sull’operato degli esecutivi, forse apprezzabile se rapportata alle peculiarità tipiche dell’impresa bancaria, ma di certo irragionevole laddove riportata alle dinamiche proprie delle società “comuni”.

▮ Potere del socio di convocare l'assemblea nelle s.r.l.

Cassazione civile, Sez. I, 25 maggio 2016, n. 10821 – Pres. Forte – Rel. Bernabai – P.M. Cardino (conf.) – Paparelli Roberto (avv. Ferretti) – Lighting service s.r.l. in liquidazione (avv. Giacchi). *Conferma App. Trib. Milano* 7 maggio 2012, n. 5244.

Società – Società a responsabilità limitata – Convocazione assemblea – Legittimazione del socio

In tema di società a responsabilità limitata, il potere di convocare l'assemblea (nella specie per decidere sulla revoca dell'amministratore), in caso di inerzia dell'orga-

ribile in *Riv. Dir. Comm.*, 2014, 139 e segg., con nota di Cicchinelli, *Il dovere di agire in modo informato nell'attività bancaria a seguito di una recente pronuncia della Cassazione*; in *Il nuovo diritto delle società*, 2013, 77 e segg., con nota di Mollo, *Responsabilità degli amministratori deleganti di società bancarie per violazione del dovere di agire informato* e in *Giur. Comm.*, 2015, 27 e segg., con nota di Minto, *La speciale natura dell'incarico amministrativo in banca tra limitazioni alla discrezionalità organizzativa e vincoli sull'agire in modo informato*. Cass., 9 novembre 2015, n. 22848 è in corso di pubblicazione su *Giur. Comm.*, 2017, con nota di Riganti. App. Roma, 12 giugno 2006 e App. Roma, 25 gennaio 2007 sono pubblicate su *RDS*, 2008, 327 e segg., con nota di Bazzani, *Profili di responsabilità amministrativa dei consiglieri di amministrazione non esecutivi di banche: doveri di vigilanza e di intervento e prova dell'immunità da colpa da parte dei singoli consiglieri*.

⁷ Banca d'Italia ritiene infatti fondamentale che la componente non esecutiva del consiglio possieda, ed esprima, un’adeguata conoscenza del *business* e della regolamentazione bancaria e prevede – questo il punto saliente della Circolare 285 – un netto accrescimento degli strumenti di informazione a questa attribuiti. Per un inquadramento della Circolare 285 v., per tutti, De Pra, *Il nuovo governo societario delle banche*, in *Nuove Leggi Civ. Comm.*, 2015, 525 e segg.

⁸ Si pensi solo all’obbligatoria istituzione, nelle banche di maggiori dimensioni o complessità operativa, del c.d. Comitato Rischi, composto, di regola, da soli amministratori non esecutivi e in maggioranza indipendenti.

⁹ E la stessa Circolare 285 (Titolo IV, Capitolo 1, Sezione IV) che impone ai non esecutivi di “acquisire, avvalendosi dei comitati interni, ove presenti, informazioni sulla gestione e sull’organizzazione aziendale dal *management*, dalla revisione interna e dalle altre funzioni aziendali di controllo”, nonché di essere “fattiva-

mente impegnati nei compiti loro affidati, anche sotto il profilo della disponibilità di tempo”.

¹⁰ Su tale profilo, evidenziato anche da De Pra, *op. cit.*, è d’obbligo il richiamo a Calvosa, *Sui poteri individuali dell'amministratore nel consiglio di amministrazione di società per azioni*, in *Amministrazione e controllo nel diritto delle società. Liber amicorum Antonio Piras*, Torino, 2010, 356 e segg.; Angelici, *Diligentia quam in suis e business judgment rule*, in *Riv. Dir. Comm.*, 2006, 692 e segg.; Centonze, *Il concorso mediante omissione degli amministratori senza delega nei reati posti in essere dagli amministratori delegati*, in *Riv. Soc.*, 2007, 722 e segg. Da rilevare, poi, l’opinione di Barachini, *La gestione delegata nella società per azioni*, Torino, 2008, 157 e segg. e la posizione di Spolidoro, *Poteri di controllo individuale degli amministratori “non delegati” nelle società per azioni*, in *Giur. Comm.*, 2013, 1077 e segg., che, attraverso un percorso “induttivo”, ipotizza un ampliamento dei poteri “d’intromissione” riconosciuti agli amministratori delle s.r.l. anche nei perimetri delle s.p.a.

¹¹ Sul punto v. Montalenti, *op. ult. cit.*, secondo cui la Cassazione “sembra appiattare le responsabilità dei non esecutivi su quelle dei delegati in ragione della funzione strategica. Il *dictum*” – prosegue l’A. – “non è fondato: l’art. 2381 ha oggi chiarito inequivocabilmente che il consigliere senza deleghe non ha poteri ispettivi (cfr. art. 2381, 6° comma), che può soltanto in consiglio chiedere informazioni, che valuta la gestione soltanto sulla base delle informazioni ricevute. Egli deve agire informato e non può certo adagiarsi in recezione passiva, ma non ha e non può avere il rapporto diretto con l’operatività aziendale e il dialogo diretto con la struttura che solo agli esecutivi compete e che fonda, dunque, una loro individuale e specifica responsabilità. Un sistema chiarificatore espressamente voluto dal legislatore della riforma che nessuna normativa secondaria può modificare e che non può non riflettersi anche sul piano sanzionatorio”.

no di gestione, deve riconoscersi, nel silenzio della legge e dell'atto costitutivo, ai soci che rappresentino almeno un terzo del capitale sociale, stante, da un lato, il mancato richiamo, nella disciplina di tali società, dell'art. 2367 c.c., dettato per le società per azioni e non applicabile in via analogica, attesa la forte differenza tra i due tipi societari, e, dall'altro, l'inutilizzabilità dell'art. 2487 c.c., in quanto relativo alla nomina e revoca non degli amministratori ma dei liquidatori. (Principio di diritto pronunciato ai sensi dell'art. 363, 3° comma, c.p.c.).

Omissis. – *Svolgimento del processo.* Con atto di citazione notificato il 19 novembre 2009 il sig. Paparelli Roberto conveniva dinanzi al Tribunale di Milano la LIGHTING SERVICE S.r.l. in liquidazione, di cui egli era l'ex amministratore unico, per l'accertamento dell'invalidità della delibera assunta nel corso dell'assemblea, avente ad oggetto la sua revoca dalla carica, tenutasi il 3 settembre 2009, su convocazione diretta del socio di maggioranza; o, in via subordinata, per la dichiarazione di nullità dell'emendamento contestualmente introdotto all'art. 7 dello statuto sociale. Costituitasi ritualmente, la società convenuta eccepeva l'inammissibilità, per tardività, dell'impugnazione, assumendo che la delibera del 3 settembre sarebbe stata la prosecuzione di quella apertasi il 29 luglio 2009; e, nel merito, chiedeva il rigetto della domanda. – *Omissis* – [I] Tribunale di Milano, con sentenza 7 maggio 2012, rigettava nel merito le domande, con condanna della parte attrice alla rifusione delle spese di giudizio. Motivava che doveva considerarsi valida la convocazione dell'assemblea da parte del socio di maggioranza, con interpretazione estensiva dei poteri attribuiti ai soci dall'art. 2479 c.c., comma 1, alla luce del loro potenziamento operato dalla riforma del diritto societario di cui al D.Lgs. n. 6 del 2003; che, stante l'accentuata diversità di disciplina dettata, rispettivamente, per le S.p.a. e le S.r.l., sarebbe stata inammissibile, per contro, una richiesta di convocazione rivolta al Presidente del Tribunale, in caso di inerzia dell'amministratore, ai sensi dell'art. 2367 cod. civ., con conseguente paralisi dell'attività sociale.

Omissis – Avverso la sentenza, notificata il 2 agosto 2012, il sig. Paparelli proponeva ricorso straordinario per Cassazione ex art. 111 Cost., notificato il 13 novembre 2012, illustrato con successiva memoria difensiva ed articolato in due motivi. Deduceva: la violazione e falsa applicazione dell'art. 2479 cod. civ., in relazione al potere di convocare l'assemblea dei soci in una S. r.l.; la violazione degli artt. 116 e 112 cod. proc. civ., in relazione alla ritenuta mala fede dell'amministratore nel provvedere, in via autonoma, ad una convocazione dell'assemblea in data diversa da quella fissata dal socio di maggioranza. Resisteva con controricorso la LIGHTING SERVICE S.r.l., che eccepeva, in via pregiudiziale, l'inammissibilità dell'impugnazione, per tardività e perché non proposta dinanzi la Corte d'Appello di Milano.

All'udienza del 16 marzo 2016, il Procuratore generale precisava le conclusioni come da verbale, in epigrafe riportate.

Motivi della decisione. È infondata l'eccezione di inammissibilità per tardività del ricorso, che è stato notificato il 13 novembre 2012, due giorni prima della scadenza del termine breve di 60 giorni, decorrente dalla notifica della sentenza, avvenuta in data 2 agosto 2012, tenuto conto della sospensione dei termini feriali. È invece fondata l'ul-

teriore eccezione pregiudiziale di inammissibilità del ricorso straordinario in Cassazione, ex art. 111 Cost., avverso una sentenza del Tribunale, soggetta all'ordinario regime di impugnazioni, in assenza di allegazione e prova di un accordo su un ricorso per saltum (art. 360 c.p.c., 2° comma). Ritiene tuttavia questo Collegio di dover egualmente pronunciare d'ufficio il principio di diritto, stante la particolare importanza della questione sollevata con il ricorso (art. 363 c.p.c., comma 3).

Giova premettere che appare inestensibile alla S.r.l. la disciplina prevista dall'art. 2367 cod. civ. in tema di S.p.a., stante il mancato richiamo nella disciplina novellata delle S.r.l. Per altro verso, la norma parallela (art. 2487 c.c., comma 2) non può essere estesa oltre l'oggetto specifico, rubricato "nomina e revoca dei liquidatori". La riforma del 2003 ha differenziato fortemente la disciplina delle S.r.l. da quella delle S.p.a., eliminando la tecnica del rinvio. L'autonomia e potenziale onnicomprensività della normativa sulla S.r.l. induce ad escludere l'estensione analogica del meccanismo procedurale di convocazione previsto dall'art. 2367 c.c.: estensione, già in linea di principio, dissonante con la rigidità dei diversi tipi societari. L'obiettivo di fondo della riforma è stato quello di configurare la S.r.l. come un modello elastico, valorizzando i profili di carattere personale presenti soprattutto nelle piccole e medie imprese, cui tale forma sociale è connaturale, con accentuati margini di disponibilità delle norme, ammissive di soluzioni organizzative proprie delle società di persone, per via statutaria. Centrale nella S.r.l. è divenuto, dunque, il ruolo del socio, al quale spettano anche poteri prima riservati in via esclusiva all'amministrazione. D'altra parte, l'inapplicabilità dell'art. 2367 cod. civ. porterebbe ad una paralisi della vita societaria, se la richiesta di assemblea da parte di una maggioranza qualificata dei soci incontrasse l'inerzia ostruzionistica dell'amministratore: nella specie, direttamente controinteressato alla proposta di revoca portata dall'ordine del giorno. Nel silenzio della legge e dell'atto costitutivo, si palesa dunque necessario trovare un meccanismo alternativo: e questo appare correttamente individuato dalla Corte territoriale nel riconosciuto potere di convocazione dell'assemblea da parte del socio di maggioranza, titolare di almeno un terzo del capitale, in caso di inerzia dell'organo di gestione. Il ricorso dev'essere dunque dichiarato inammissibile; con la conseguente condanna del ricorrente alla rifusione delle spese di giudizio, liquidate come in dispositivo, sulla base del valore della causa e del numero e complessità delle questioni trattate. – *Omissis.*

Potere del socio di s.r.l. di convocare l'assemblea: il "puntino" della Cassazione

La Cassazione, con la sentenza che si commenta, si pronuncia per la prima volta su una questione piuttosto dibattuta in dottrina e nella giurisprudenza di merito avente ad oggetto la legittimazione diretta del socio di s.r.l. alla convocazione dell'assemblea dei soci, tema che riveste particolare rilevanza pratica specie nei casi di inerzia dell'organo gestorio, cui normalmente è attribuito il potere di convocazione.

Nel caso di specie era stata – tra altro – impugnata da un amministratore di s.r.l. la delibera assembleare con cui egli era stato revocato dalla propria carica, in quanto l'assemblea che l'aveva adottata era stata convocata direttamente dal socio di maggioranza, cosa

che, secondo la sua prospettazione, sarebbe stata illegittima.

Il Giudice di primo grado e la Cassazione (investita della questione con ricorso straordinario *ex art.* 111 Cost.) hanno invece respinto la tesi attorea riconoscendo il potere del socio di s.r.l. (nel caso di specie di maggioranza), titolare di almeno un terzo del capitale sociale, di convocare direttamente l'assemblea della società, con argomentazioni convincenti anche se, forse, adombrate da un velo di distrazione e da una spiccata sinteticità.

Onde comprendere da un lato tale critica ma dall'altro anche l'importanza della pronuncia, occorre tracciare brevemente il panorama dei diversi orientamenti formati nel tempo. A tal fine si possono ripercorrere le osservazioni svolte pochi anni fa su questa rivista in relazione ad una travagliata vicenda giudiziaria che aveva interessato il tribunale di Torino (Trib. Torino, 18 ottobre 2012, in *Giur. It.*, 2013, 4, 867 con nota di Sudiero, *Nota in tema di revoca di amministratore di s.r.l.*; pochi mesi prima si veda anche, per fatti in parte analoghi, Trib. Torino, 30 gennaio 2012, in *Giur. It.*, 2012, 1813, con nota di Spiotta, *"Ravvedimento operoso" del socio unico*), osservazioni arricchite da ulteriori pronunce giurisprudenziali, in particolare del tribunale di Milano (Si veda, da ultimo, Trib. Milano, 12 febbraio 2015, in *Società*, 2016, 3, 325 con nota di Ferrari, *La convocazione diretta dell'assemblea da parte dei soci di S.r.l.*).

Si era già osservato come sul tema dell'attribuzione, nella "nuova" s.r.l., del potere di convocazione dell'assemblea e alla sopravvivenza di un potere dell'autorità giudiziaria di farvi luogo in sostituzione dell'organo competente inerte, il panorama dottrinale e giurisprudenziale fosse piuttosto variegato (si veda sul punto Cagnasso, *La società a responsabilità limitata*, in *Trattato di diritto commerciale diretto da Cottino*, V, Padova, 2007, 301 e segg. Per alcuni spunti comparatistici sul tema si veda Dagnino, *La convocazione dell'assemblea su iniziativa dei soci nelle società a responsabilità limitata*, nota a Trib. Napoli, 10 febbraio 2005, in *Giur. Comm.*, 2007, 2, 472, nt. 28).

Prima della riforma il parere giurisprudenziale, sulla scorta dell'espresso rinvio dell'art. 2486, 2° comma, c.c. e del fatto che la s.r.l. era considerata una sorta di "piccola società per azioni" la cui disciplina poteva essere integrata estendendosi analogicamente talune norme in materia di s.p.a. era pressoché unanime nel riconoscere l'applicazione anche alla s.r.l. dell'art. 2367 c.c. (Per una breve ricognizione giurisprudenziale si veda Veronese, *S.r.l., omessa convocazione di assemblea*, nota a Trib. Milano, 18 gennaio 2007, in *Giur. It.*, 2007, 7, 1694, nt. 1).

Diversamente, oggi, visto anche quanto stabilito dalla legge delega 3 ottobre 2001, n. 366 (che annovera fra i principi ispiratori della riforma, per quanto riguarda le s.r.l., la previsione di "un autonomo ed organico complesso di norme, anche suppletive, modellato sul principio della rilevanza centrale del socio e dei rapporti contrattuali tra i soci"; al paragrafo 11 della Relazione al D.Lgs. 17 gennaio 2003, n. 6, si

legge che la riforma "si muove nella direzione di una integrale revisione di tale modello societario e che la società a responsabilità limitata cessa di presentarsi come una piccola società per azioni ed abbandona la tradizione del nostro ordinamento che ne faceva risalire il più immediato antecedente storico alla anonima per quote. Essa si caratterizza, invece, come una società personale la quale perciò, pur godendo del beneficio della responsabilità limitata [...], può essere sottratta alle rigidità di disciplina richieste per la società per azioni"), dubbi sussistono sulla possibilità di continuare ad applicare in via analogica l'art. 2367 c.c.

Secondo un orientamento minoritario (peraltro non isolato) a tale quesito occorrerebbe dare risposta affermativa in virtù del principio dell'organizzazione corporativa e sulla base di indici normativi ricavabili dagli artt. 2482 *bis* e 2482 *ter* c.c., che lascerebbero intendere una competenza esclusiva dell'organo gestorio in materia di convocazione, ed all'art. 2487, 2° comma, c.c. che legittima ciascun socio a richiedere al Tribunale, in caso di inerzia degli amministratori, la convocazione dell'assemblea per la nomina dei liquidatori [In giurisprudenza: App. Napoli 20 maggio 2005, in *Giur. Comm.*, 2006, 4, II, 646; Trib. Brescia, 8 marzo 2005, *Giur. Comm.*, 2006, II, 328; Trib. Napoli, 10 febbraio 2005, in *Giur. Comm.*, 2007, II, 459; Trib. Napoli, 10 febbraio 2005, in *Giur. Comm.*, 2007, 2, 461, 471 con nota di Pozzi, *La convocazione dell'assemblea su richiesta dei soci e le lacune normative nella disciplina della società a responsabilità limitata*, e con nota critica di Dagnino, cit., il quale correttamente specifica che, sebbene nella nuova s.r.l. il potere di convocazione dovrebbe spettare, in assenza di disposizioni dell'atto costitutivo, anche ai soci rappresentanti almeno un terzo del capitale sociale, questo potere non potrebbe essere esteso ai casi in cui l'assemblea delibera solo su proposta dell'organo amministrativo ai sensi dell'art. 2475, ult. comma, c.c. In dottrina: Civerra, *L'assemblea dei soci nelle società di capitali*, Milano, 2011, 66; Cian, *Trattato delle società a responsabilità limitata*, diretto da Ibba-Marasà, Padova, 2009, IV, 61 e segg.; Fanti, *Convocazione diretta dell'assemblea da parte di soci di s.r.l.*, in *Società*, 2008, 1152; Pecoraro, *Richiesta di convocazione dell'assemblea e tutela dei soci nella s.r.l.*, in *Giur. It.*, 2006, II, 647; Cagnasso, *Note minime in tema di assemblea e responsabilità nella società a responsabilità limitata*, in *Giur. It.*, 2005, 1, 524 e segg.; Di Girolamo, *Brevi osservazioni sull'applicabilità dell'art. 2367 c.c. alle società a responsabilità limitata*, in *Giur. Comm.*, 2004, 2, 338; Rosapepe, *Commento ex art. 2479-bis c.c.*, in *La riforma delle società (artt. 2462-2510 c.c.)* a cura di Sandulli-Santoro, Torino, 2003, 170 e segg. Secondo un Autore (Montanaro, *Brevi considerazioni sull'applicazione in via analogica dell'art. 2367 2° comma c.c. alla "nuova" società a responsabilità limitata*, nota a Trib. Roma, 30 novembre 2004, Trib. Bologna, 21 ottobre 2004, Trib. Verona, 20 luglio 2004, Trib. Milano, 23 maggio 2005, Trib. Napoli, 10 febbraio 2005, in *Giur. di Merito*, 2005, 12, 2643 e segg.) l'art. 2367 c.c. dovrebbe ritenersi applicabile alla s.r.l. per analo-

gia *iuris* e non *legis* (sulla base del fatto che la s.r.l. in assenza di indicazioni dell'atto costitutivo sarebbe pur sempre connotata da un'organizzazione corporativa) e in ogni caso "pur nel silenzio dell'art. 2479 *bis* c.c., deve ritenersi che a convocare l'assemblea debbano essere gli amministratori" ancorché su richiesta della minoranza qualificata, la quale potrà, in caso di inerzia di questi, chiedere la convocazione all'autorità giudiziaria].

Prevalente è invece l'opinione opposta secondo cui nella "nuova" s.r.l. non sussisterebbe il potere dell'autorità giudiziaria di convocare l'assemblea a causa sia dell'abrogazione dell'art. 2486, 2° comma, c.c. vecchio testo che richiamava l'art. 2367, 2° comma, c.c. sia del mancato rinvio *per relationem* da parte degli artt. 2479, 2479 *bis* c.c. alla disciplina della s.p.a. sia per impossibilità di applicazione analogica dell'art. 2367 c.c. (Trib. Napoli, 13 luglio 2011, in *De Jure*; Id. Milano, 19 novembre 2010, inedita citata da Trib. Napoli, 13 luglio 2011; Trib. Novara, 21 aprile 2009, in *Giur. Comm.*, 2010, 861, con nota di Timpano, *Un nuovo dilemma per la s.r.l.: convocazione dell'assemblea ope iudicis o ad opera di una minoranza qualificata di soci?*; Trib. Trani, 6 marzo 2007, in *www.giurisprudenzabarese.it*; Trib. Milano, 18 gennaio 2007, in *Giur. It.*, 2007, 7, 1694; Trib. Agrigento, 29 dicembre 2005, in *Vita Notar.*, 2006, 1, 315; App. Lecce, 23 giugno 2005, in *Foro It.*, 2006, 5, I, 1549; Trib. Roma, 30 novembre 2004, in *Vita Notar.*, 2005, 308; Trib. Bologna, 21 ottobre 2004, cit., 12, 2642; Trib. Verona, 20 luglio 2004, cit. Per ulteriori riferimenti si veda anche *infra*), tesi confermata dalla Corte di Cassazione con la sentenza oggi commentata. Così la Corte dopo aver stabilito che "appare inestensibile alla S.r.l. la disciplina prevista dall'art. 2367 cod. civ. in tema di S.p.a., stante il mancato richiamo nella disciplina novellata delle S.r.l." e che "[p]er altro verso la norma parallela (art. 2487 c.c., 2° comma) non può essere estesa oltre l'oggetto specifico, rubricato 'nomina e revoca dei liquidatori' " osserva altresì che, avendo la riforma del 2003 "differenziato fortemente la disciplina delle S.r.l. da quella delle S.p.a. [...] [l']autonomia e potenziale onnicomprensività della normativa sulla S.r.l. induce ad escludere l'estensione analogica del meccanismo procedurale di convocazione previsto dall'art. 2367 cod. civ."

Tuttavia tra i sostenitori di questa dominante interpretazione che esclude l'estensione dell'art. 2367 c.c. alla s.r.l. non vi è uniformità di vedute: punto discusso è l'individuazione del soggetto a cui compete, nel silenzio normativo, convocare l'assemblea nella "nuova" s.r.l.

Secondo un orientamento minoritario (Trib. Verona, 20 luglio 2004, cit.), a cui si è allineato il tribunale di Torino con la sentenza dell'ottobre 2012 commentata in questa Rivista (Trib. Torino, 18 ottobre 2012, cit.), la mancata previsione del potere sostitutivo di convocazione dell'assemblea da parte dell'autorità giudiziaria nel caso di inerzia degli organi sociali (previsto per le s.p.a. dall'art. 2367 c.c.) non rappresenterebbe una lacuna dell'ordinamento, "riconoscendo

l'art. 2479 *bis* c.c. a ciascun socio il potere di provvedere alla convocazione dell'assemblea" (in quel caso la società era tuttavia unipersonale, anche se il Tribunale medesimo pare aver sancito tale principio "in generale" e, dunque, a prescindere dalle circostanze del caso concreto).

Ad avviso, invece, dell'opinione prevalente in dottrina e in giurisprudenza, che pare essere stata seguita anche dalla Cassazione con la sentenza qui commentata, l'apparente vuoto normativo dettato dall'assenza di una disposizione che individua i soggetti legittimati alla convocazione dell'assemblea dei soci nella s.r.l. potrebbe essere colmato dall'art. 2479 c.c. il quale, prevedendo il potere di "sottoporre" a decisione dei soci gli argomenti proposti da uno o più amministratori o da tanti soci che rappresentano almeno un terzo del capitale sociale, indirettamente parrebbe attribuire ai medesimi soggetti il potere di convocare l'assemblea [in dottrina: Mazzon, *Le società a responsabilità limitata*, Padova, 2013, 227; Divizia, *Il potere di convocazione dell'assemblea attribuito al singolo fra norma organizzativa e diritto particolare*, in *Società*, 2010, 951 e segg.; Zanarone, *Della società a responsabilità limitata*, in *Commentario Schlesinger*, Milano, 2010, 1317 e segg.; Sanzo, *Le decisioni dei soci*, in AA.VV., *Le nuove s.r.l.*, a cura di Sarale, 2007, 383 e segg.; Mironne, *Le decisioni dei soci nella s.r.l.: profili procedurali*, in *Il nuovo diritto delle società*, a cura di Abbadesse-Portale, Torino, 2007, 494 e segg.; Benazzo, *Commento all'art. 2479 bis*, in *Il codice commentato delle s.r.l.*, Torino, 2006, 426; Salafia, *L'assemblea dei soci nella società a responsabilità limitata*, in *Società*, 2005, 824. In giurisprudenza: App. Venezia, 5 marzo 2015, in *Società*, 2015, 769; Trib. Milano, 11 dicembre 2014, in *www.giurisprudenzadelleimprese.it*; Trib. Milano, 10 novembre 2014, in *www.giurisprudenzadelleimprese.it*; Trib. Milano, 11 novembre 2013, in *Società*, 2014, 528; Trib. Milano, 13 marzo 2013, in *Giur. It.*, 2013, 1, 2057; Trib. Milano, 7 maggio 2012, in *Società*, 2012, 837; Trib. Milano, 12 marzo 2013, in *Società*, 2013, 791; Trib. Napoli, 13 luglio 2011, cit.; Trib. Milano, 19 novembre 2010, cit.; Trib. Milano, 18 gennaio 2007, cit.; Trib. Milano, 12 marzo 2007, in *Società*, 2008, 1149; Trib. Milano, 13 gennaio 2005, in *Giur. It.*, 2005, 523 e segg., con nota di Cagnasso, *Note minime in tema di assemblea e azione di responsabilità nella società a responsabilità limitata*; Trib. Bologna, 21 ottobre 2004, in *Vita Notar.*, 2005, 310. Secondo un Autore la minoranza qualificata avrebbe soltanto il diritto di chiedere la convocazione agli amministratori o, in caso di loro inerzia, al Tribunale (Montanaro, op. cit., 2643)], con la precisazione, secondo alcuni, che l'assemblea così convocata potrebbe deliberare solo su materie diverse da quelle indicate dall'art. 2475 c.c. per le quali è necessaria la proposta dell'organo amministrativo (Dagnino, op. cit., 472 e segg. *Contra*, Rainelli, *Commento sub art. 2479 c.c.*, in *Il nuovo diritto societario*, diretto da Cottino-Bonfante-Cagnasso-Montalenti, Bologna, 2004, 1908; Zanarone, op. cit., 1315 e segg. il quale sostiene

che il potere di convocazione sia generale senza limiti di materia).

Occorre, infine, a completezza del quadro, dar conto anche di un'ulteriore impostazione (che non necessariamente si colloca in contrasto con quella dominante) secondo cui sarebbe possibile la convocazione dell'assemblea mediante la tutela cautelare *ex art. 700 c.p.c.* (Trib. Milano, 23 maggio 2005, in *Giur. di Merito*, 2005, 2641 e segg.).

Ciò considerato, come si già detto, la Cassazione, con la pronuncia che ci occupa, pare aver condiviso l'orientamento dominante motivando la propria tesi con due specifici argomenti. Il primo di tipo logico-teleologico: "L'obiettivo di fondo della riforma è stato quello di configurare la S.r.l. come un modello elastico, valorizzando i profili di carattere personale presenti soprattutto nelle piccole e medie imprese, cui tale forma sociale è connaturale; con accentuati margini di disponibilità delle norme, [...] Centrale nella S.r.l. è divenuto, dunque, il ruolo del socio, al quale spettano anche poteri prima riservati in via esclusiva all'amministrazione"; il secondo è un argomento che mira ad evitare l'inconveniente che si creerebbe ragionando diversamente: "[d]'altra parte, l'inapplicabilità dell'art. 2367 cod. civ. porterebbe ad una paralisi della vita societaria, se la richiesta di assemblea da parte di una maggioranza qualificata dei soci [*recte*, minoranza qualificata (?), n.d.r.] incontrasse l'inerzia ostruzionistica dell'amministratore: nella specie, direttamente controinteressato alla proposta di revoca portata dall'ordine del giorno".

In questo modo la Corte, in adempimento alla propria funzione nomofilattica, ha tentato di mettere un punto fermo sul tema, anche se, a sommo parere di chi scrive, si tratta di poco più di un tentativo: si può parlare più che di un punto fermo vero e proprio, di un timido "puntino".

Anzitutto, vi è da chiedersi se per la Cassazione, visto il tenore letterale della sua pronuncia, sia necessario non solo possedere un terzo del capitale sociale, ma anche essere soci di maggioranza della società. In più occasioni infatti essa parla di "maggioranza qualificata" o di "socio di maggioranza, titolare di almeno un terzo del capitale". Si tratta di un refuso?

La stessa inoltre non ha affrontato (cosa che avrebbe forse potuto fare visto che ha ritenuto essa stessa di

pronunciarsi nonostante l'inammissibilità del ricorso per la "particolare importanza della questione sollevata con il ricorso") molteplici aspetti, succintamente sopra richiamati, che ancora rimangono dunque privi di una pronuncia di legittimità.

In primo luogo vi era l'occasione di chiarire se ai fini della convocazione da parte del socio sia necessaria o meno l'inerzia dell'organo amministrativo. Sul punto la Corte sembra aver dato per scontato ciò che forse non può essere. Essa si è limitata ad affermare la correttezza del ragionamento del Tribunale laddove ha riconosciuto il potere di convocazione dell'assemblea da parte del socio, titolare di almeno un terzo del capitale sociale, "in caso di inerzia dell'organo di gestione", quasi come se questa inerzia fosse cosa "normale" o necessaria all'attivazione dei soci. Invero non pare affatto scontato che, viste le premesse da cui è partita la Corte, sia proprio necessaria, ai fini della convocazione diretta da parte del socio, l'inerzia dell'organo amministrativo (ritiene non necessaria tale inerzia Trib. Milano, 12 febbraio 2015, cit. secondo cui tale potere sarebbe connaturale a quello di socio di s.r.l. e sarebbe dunque concorrente e non sussidiario rispetto a quello dell'organo gestorio).

In secondo luogo, numerosi aspetti non sono stati nemmeno trattati, si pensi, ad esempio: i) all'individuazione dei soggetti legittimati a convocare l'assemblea allorché si debba decidere sulle materie indicate dall'art. 2475 c.c. per le quali è necessaria la proposta dell'organo amministrativo; ii) ai limiti dell'autonomia statutaria, visto che la stessa Corte giunge alle conclusioni esposte in quanto "nel silenzio della legge e dell'atto costitutivo [n.d.r. corsivo mio], si palesa la necessità di trovare un meccanismo alternativo" (Su una recente e completa disamina dei limiti dell'autonomia statutaria e della derogabilità o meno dell'art. 2479 c.c. si veda Ferrari, *La convocazione diretta dell'assemblea da parte dei soci di S.r.l.*, nota a Trib. Milano, 12 febbraio 2015, cit., 330 e segg.); iii) a che cosa accada in caso di inerzia dell'organo amministrativo in assenza di soci titolari della percentuale dettata dall'art. 2479 c.c.

Fabrizio Sudiero

▮ Società in accomandita semplice

Tribunale Milano, 18 ottobre 2016 – G.I. Riva Crugnola – Cottarelli (avv.ti Lucca e Giannelli) – Boldrini e Ing. Boldrini s.a.s di Marcello Boldrini (contumace).

Società – Società in accomandita semplice – Recesso del socio accomandante – Giusta causa – Nozioni

Costituisce giusta causa di recesso del socio accomandante l'inadempimento dell'accomandatario all'obbligo di dare accesso alla documentazione sociale atteso che essa va ricondotta (così come per i rapporti di lavoro, di

mandato, di apertura di credito e per tutti quelli cui la legge attribuisca particolari effetti al concetto di "giusta causa") alla altrui violazione di obblighi contrattuali ovvero alla violazione dei doveri di fedeltà, lealtà, diligenza o correttezza inerenti alla natura fiduciaria del rapporto sottostante.

Omissis. – Visti gli artt. 702 bis e ss. c.p.c., Rilevato che: – la ricorrente Gaia Maria Cottarelli, quale socio accomandante della s.a.s. Ing. Boldrini di Marcello Boldrini e C.,

della quale accomandatario è il marito Marcello Boldrini (contro il quale è pendente procedimento per separazione personale dei coniugi), ha chiesto l'accertamento dell'avvenuto suo recesso per giusta causa dalla s.a.s., sul presupposto dell'avvenuta comunicazione di tale recesso al socio accomandatario con missiva datata 18/5/2015 e ricevuta dal Boldrini il 21/5/2015, in riferimento al comportamento dell'accomandatario, rimasto inadempiente rispetto alle richieste di accesso alla documentazione sociale a lui rivolte dalla ricorrente sempre nel 2015, motivando il proprio interesse alla pronuncia richiesta sulla base del rifiuto del Conservatore del registro delle imprese di Milano di procedere d'ufficio all'iscrizione del recesso su richiesta della socia; – la s.a.s. e il convenuto Boldrini non si sono costituiti nel presente procedimento, nonostante la tempestività della notifica del ricorso e del decreto di fissazione di udienza al Boldrini, la cui qualità di socio accomandatario e rappresentante della s.a.s. (qualità indicata espressamente nell'esposizione di cui all'atto notificato) porta a far ritenere correttamente instaurato il contraddittorio nei confronti di tutti i soggetti legittimati passivi rispetto alla pronuncia richiesta; Ritenuto che il ricorso possa essere accolto quanto alla conclusione oggi ribadita dalla difesa della ricorrente, posto che: – la ricorrente ha documentato i fatti costitutivi della sua pretesa ex artt. 2285, 2293, 2315 c.c., vale a dire la propria qualità di socio accomandante della s.a.s. e la trasmissione al socio accomandatario della propria comunicazione di recesso per giusta causa, comunicazione fondata sull'inadempimento dell'accomandatario all'obbligo di dare accesso ad essa accomandante alla documentazione sociale; – tale inadempimento (rispetto al quale il convenuto Boldrini, rimanendo assente dal procedimento, non ha dedotto alcuna diversa prospettazione) appare di per sé in contrasto con i doveri del socio accomandatario di cui all'articolo 2261 c.c. (norma questa dettata per la società semplice ed applicabile anche alle s.a.s. in forza del duplice richiamo di cui agli artt. 2315 e 2293 c.c.) ed appare quindi idoneo ad innescare la reazione del socio accomandante rappresentata dal recesso per giusta causa, giusta causa la quale, secondo un condivisibile orientamento, va "ricondata (così come per i rapporti di lavoro, di mandato, di apertura di credito, e per tutti quelli cui la legge attribuisca particolari effetti al concetto di "giusta causa") alla altrui violazione di obblighi contrattuali, ovvero alla violazione dei doveri di fedeltà, lealtà, diligenza o correttezza inerenti alla natura fiduciaria del rapporto sottostante" (Cass., n. 1602/2000); –in particolare qui trattandosi di inadempimento cui ha fatto altresì seguito la completa inerzia dell'accomandatario anche quanto alla comunicazione di recesso, rispetto alla quale il Boldrini non ha provveduto né ad alcuna contestazione, né alla doverosa – in difetto di contestazione – iscrizione nel registro delle imprese (iscrizione, va detto per inciso, rispetto alla quale il Conservatore ben peraltro avrebbe potuto innescare la procedura d'ufficio ex art. 2190 c.c. non aparendo condivisibile al riguardo la direttiva del MISE citata nella missiva del Conservatore prodotta dalla ricorrente);

(omissis)

In accoglimento del ricorso; Accerta l'avvenuto recesso per giusta causa della socia accomandante Gaia Maria Cottarelli dalla S.a.s. Ing. Boldrini di Marcello Boldrini e C. a far data dal 21 maggio 2015, disponendo l'iscrizione del presente provvedimento del registro delle imprese; condanna il convenuto alla rifusione delle spese del procedimento. – *Omissis*.

L'impedito accesso alla documentazione sociale giustifica il recesso dell'accomandante

La sussistenza dei presupposti dell'exit. La pronuncia in commento trae origine da una domanda di accertamento dell'avvenuto recesso per giusta causa del socio accomandante di una s.a.s., resa necessaria dall'inerzia dell'accomandatario di fronte alla relativa comunicazione anche in relazione alla necessaria iscrizione presso il Registro delle Imprese.

È dunque occasione per analizzare gli orientamenti in tema di sussistenza della giusta causa di risoluzione unilaterale del rapporto sociale ai sensi dell'art. 2285, 2° comma. c.c., norma prevista per le s.n.c., applicabile alle s.a.s. in forza del rinvio ex art. 2315 c.c.

La giurisprudenza, a partire da quella di legittimità, è costante nel ravvisare la giusta causa nella altrui violazione di obblighi contrattuali o dei doveri di fedeltà, lealtà, diligenza o correttezza che ineriscono alla natura fiduciaria del rapporto tra i soci (v. Cass., 14 febbraio 2000, n. 1602, in *Giur. It.*, 2000, 1659, cui il Tribunale di Milano dichiara espressamente di aderire in parte motiva; Cass., 10 settembre 2004, n. 18243, in *Società*, 2005, 337; Cass., 10 giugno 1999, n. 57832, in *Società*, 2000, 55; App. Bologna, 20 novembre 1993, in *Società*, 1994, 343; App. Milano, 25 ottobre 1991, in *Società*, 1992, 1073; Trib. Roma, 20 aprile 2015, in www.giurisprudenzadelleimprese.it; Trib. Milano, 24 marzo 2003, in *Giust.*, 2003, 2603; Trib. Pavia, 19 aprile 1991, in *Società*, 1991, 1519).

Nell'ambito di questo indirizzo generale, non vi è assoluta omogeneità sull'individuazione in concreto dei singoli fatti o comportamenti riconducibili alla giusta causa. E mentre tutti concordano nel farvi rientrare presupposti di natura oggettiva – quali l'inadeguata conduzione dell'impresa sociale (Trib. Genova, 29 ottobre 2013, in www.giurisprudenzadelleimprese.it), la mancata restituzione di somme mutate da un socio (Trib. Milano, 3 marzo 1988, in *Società*, 1988, 718), l'emarginazione dalle scelte amministrative (App. Bologna, 20 novembre 1993, in *Società*, 1994, 340; App. Milano, 20 settembre 1985, *ivi*, 1986, 378; Trib. Pavia, 19 aprile 1991, in *Giust. Civ.*, 1991, I, 1821), il cambiamento dell'oggetto sociale deliberato a maggioranza (App. Firenze, 21 novembre 1955, in *Giur. Tosc.*, 1956, 256) –, solo alcune decisioni attribuiscono rilevanza a profili soggettivi incidenti comunque sul reciproco rapporto fiduciario, come il deterioramento delle condizioni economiche di uno dei soggetti partecipanti alla compagine (Trib. Milano, 26 settembre 1988, in *Società*, 1989, 156).

In dottrina, si è da più parti caldeggiata l'opportunità di abbracciare un orientamento meno restrittivo, sottolineando l'ampiezza e l'elasticità del concetto di giusta causa, suscettibile di comprendere e legittimare la reazione ad inadempimenti e scorrettezze degli altri soci, ma anche a fatti involontari afferenti alla sfera soggettiva (ad esempio, una malattia del socio che lo renda inabile agli affari sociali; particolari sopravve-

nute esigenze familiari; incarichi di lavoro; trasferimento ad altra sede; revoca dall'autorizzazione all'esercizio dell'impresa, etc.), da valutarsi nel caso concreto (Cottino, *Diritto societario*, Padova, 2011, 149; Cottino-Sarale-Weigmann, *Società di persone e consorzi*, Padova, 2004, 269; Buonocore, *Società in nome collettivo* in *Il Codice Civile. Commentario*, diretto da Schlesinger, Milano, 1995, 233 e segg.; Ferri, *Delle Società*, in *Comm. Scialoja Branca*, II ediz., Bologna, 1968, 321 e segg.; Nigro, *Il recesso del socio*, in Preite-Busi (a cura di), *Trattato. Società di persone*, Tomo I, Torino, 2015, 954 e segg.).

Elemento centrale ai fini della valutazione della sussistenza della giusta causa deve infatti essere considerata proprio l'incidenza sul rapporto fiduciario tra le parti del contratto sociale, sì da ricondurre il recesso ad una legittima reazione al comportamento altrui, come puntualmente sottolinea l'ordinanza in commento (Conf. Trib. Roma, 20 aprile 2015, cit.; App. Bologna, 20 novembre 1993, cit.).

Con particolare riguardo al caso in esame, la compressione del diritto di informazione del socio di società di persone (in particolar modo, se accomandante) è stata normalmente considerata una grave violazione dei doveri sociali tale da pienamente legittimare il socio pregiudicato all'*exit* (Conf. Trib. Pavia, 19 aprile 1991, in *Giur. di Merito*, 1991, 1002. V. però, Trib. Bologna, 9 agosto 2016, in *www.giurisprudenzadelleimprese.it*, che considera non assolto l'onere probatorio incombente sul socio recedente e "degrada" il recesso per giusta causa a recesso con preavviso, vertendosi in una società contratta a tempo indeterminato). Peraltro, i risultati raggiunti dalla giurisprudenza con riferimento alle prerogative del socio accomandante considerate compatibili con il divieto di ingerenza e di immistione non sono del tutto uniformi, con una certa propensione ad attestarsi su soglie particolarmente rigide, volte a confinare nel modo più rigoroso il ruolo dell'accomandante, in dissonanza con significative esperienze diffuse in altri ordinamenti e senza badare sulle ripercussioni che tali confini possono avere anche in termini di potenzialità del modello dell'accomandita (Sul diritto di informazione del socio accomandante v. Corvese, *I diritti dei soci accomandanti*, in Preite-Busi (a cura di), *Trattato. Società di persone, op. cit.*, Tomo II, 2133 e segg.; Montalenti, *Il socio accomandante*, Milano 1985, 193 e segg.).

L'iscrizione nel Registro delle Imprese. Compiuta la verifica della sussistenza nel caso in esame dei presupposti del recesso e della regolarità della relativa comunicazione, il Tribunale, in conformità ad un insegnamento unanimemente condiviso, precisa che i suoi effetti decorrono, in quanto atto unilaterale recettizio, *ex tunc*: ossia dal suo ricevimento da parte del destinatario, nel nostro caso, da parte del socio accomandante ed amministratore. E ciò anche indipendentemente dalla totale inerzia di questi.

La dichiarazione di recesso è pertanto efficace e

determina lo scioglimento del rapporto sociale limitatamente al socio receduto, non appena comunicata agli altri soci (cfr. Cass., 24 settembre 2009 n. 20544, in *Riv. Notar.*, 2010, 1418; Id., 18 novembre 1975, n. 3869, in *Dir. Fall.*, 1976, II, 199; Id., 10 marzo 1971, n. 680, in *Giust. Civ.*, 1971, I, 838; Id., 6 febbraio 1965, n. 186, in *Giur. It.*, 1965, I, 1, 982; Trib. Monza, 21 novembre 2007; Trib. Milano, 3 marzo 1988, in *Società*, 1988, 718); mentre la sentenza che sia chiamata a decidere se ne sussistano i presupposti ha natura di mero accertamento (cfr. Trib. Roma, 20 marzo 2015, cit.; Trib. Genova, 29 ottobre 2013, cit. Conf. Cass., 6 febbraio 1965, n. 186, cit.).

Rilevante ai fini della valutazione del comportamento dell'accomandante amministratore è anzi proprio questa inerzia, che si è tradotta, pur in assenza di contestazione sulla giusta causa dell'*exit*, nella mancata comunicazione al Registro delle Imprese e nell'omissione di tutti gli adempimenti successivi, tra i quali la liquidazione della quota al socio uscente e la regolarizzazione della compagine societaria, con assoluto "pregiudizio" per il socio receduto, ancora formalmente prigioniero della società solo ed esclusivamente per l'illegittima omissione di collaborazione dell'accomandante (Conf. Trib. Bari, 3 ottobre 2011, in *www.ilcaso.it*, che ribadisce l'obbligo – suscettibile di tutela cautelare *ex art.* 700 c.p.c. – dell'amministratore della società di richiedere l'iscrizione nel registro delle imprese della modificazione che sia conseguenza del recesso per giusta causa del socio).

Due rilievi conclusivi.

In primo luogo, pare opportuno porre l'attenzione sulla scelta di introdurre il giudizio di accertamento in questione attraverso lo strumento del procedimento sommario di cognizione previsto dall'art. 702 *bis* c.c., cui, come noto, è possibile ricorrere, analogamente alla vertenza in esame, ogni volta si ritenga che la disamina delle questioni sottoposte non richieda una particolare istruttoria: nel caso di specie, indipendentemente dalla contumacia del socio accomandante, in proprio e in nome della società, l'impedimento dell'accesso alla documentazione sociale addotto quale giusta causa di recesso dell'accomandante, così come la successiva omessa iscrizione dell'avvenuto recesso (e pur non contestato), erano documentali: sicché ben si può ritenere giustificato e corretto che il Giudice potesse prenderne atto e procedere al relativo e conseguente accertamento in sede di prima udienza con l'ordinanza in epigrafe.

In secondo luogo, in parte motiva, l'ordinanza sottolinea come la comunicazione di recesso avrebbe dovuto essere iscritta d'ufficio *ex art.* 2190 c.c. dal Conservatore, a nulla rilevando la Direttiva del Ministero dello sviluppo economico in data 27 aprile del 2015, relativa appunto ai casi di decesso, recesso ed esclusione del socio di società di persone, che si limita ad affermare che il recesso in questione costituisce un fatto modificativo dell'atto costitutivo, come tale destinato ad essere iscritto nel registro delle imprese (per un provvedimento di iscrizione d'ufficio nel registro delle imprese v. Trib. Roma, Giudice Registro impre-

se, 21 aprile 2015, in *www.giurisprudenzadelleimprese.it*; Trib. Roma, Giudice Registro imprese, 10 dicembre 2012, in *www.giurisprudenzadelleimprese.it*). Il punto, di assoluta rilevanza operativa per una certa disomogeneità della prassi, è stato conformemente affrontato da altre pronunce, giungendo alla conclusione che “il socio che recede con atto unilaterale, essendo soggetto interessato, è evidentemente legittimato a chiedere l’iscrizione del recesso presso il registro delle imprese” atteso che “una volta effettuata la comunicazione di recesso ai soci, non vi è altra for-

malità da realizzare per il socio al fine di rendere efficace il recesso nei rapporti interni; parallelamente, nei rapporti con i terzi, il socio recedente, per rendere il recesso opponibile all’esterno della società, può limitarsi a pubblicare presso il Registro delle Imprese la comunicazione dell’atto di recesso” (Trib. Venezia, 24 luglio 2015, in *www.ilcaso.it*).

Mia Callegari

Responsabilità degli amministratori nel concordato preventivo

Tribunale Torino, Sezione specializzata in materia di imprese, 7 ottobre 2016 – Pres. Contini – Rel. Orlando – Forever s.r.l. in liquidazione e concordato preventivo (avv.ti Manni, Sappa, Caldi) – Fortis (avv. Bottero)

Società – Società per azioni – Concordato preventivo – Responsabilità amministratori – Legittimazione azione sociale

Sussiste la legittimazione attiva di una s.r.l. in liquidazione e concordato preventivo, in persona del liquidatore sociale e liquidatore giudiziale, a proporre l’azione sociale di responsabilità nei confronti degli amministratori ex art. 2476 c.c., non invece quella del liquidatore della società e del liquidatore giudiziale.

Società – Società per azioni – Concordato preventivo – Azione dei creditori – Legittimazione

Non sussiste la legittimazione attiva del liquidatore sociale e liquidatore giudiziale a proporre l’azione di responsabilità dei creditori sociali.

Omissis. – Sussiste la legittimazione attiva della Forever s.r.l. in liquidazione e in concordato preventivo, in persona del liquidatore sociale e liquidatore giudiziale, a proporre l’azione sociale di responsabilità nei confronti degli amministratori ex art. 2476 c.c.. La norma, dettata per le società a responsabilità limitata, dispone al comma 1 che gli amministratori sono solidalmente responsabili verso la società dei danni derivanti dall’inosservanza dei doveri ad essi imposti dalla legge e dall’atto costitutivo per l’amministrazione della società.

Il convenuto afferma che la legittimazione ad esperire l’azione di responsabilità nei confronti degli amministratori spetterebbe solo ai singoli soci ai sensi dell’art. 2476, comma 3 c.c. - secondo cui l’azione di responsabilità contro gli amministratori è promossa da ciascun socio - e non anche alla società. La tesi, sostenuta da qualche pronuncia di merito (il convenuto cita due pronunce del Tribunale di Milano del 2006), è infondata ed è stata superata dalla prevalente giurisprudenza di merito (tra le tante, ordinanza n. 458 del 10.4.2014 dello stesso Tribunale di Milano, sentenza n. 1594/2015 Tribunale di Milano, sentenza n. 20844/2015 Tribunale di Roma), che ha delineato un orientamento condiviso anche dalla Corte di Cassazione (Cass. civ. n. 20844/2015).

L’azione può essere esperita sia dal socio che dalla socie-

tà, atteso che: è la società il titolare del diritto al risarcimento del danno di cui si prospetta la lesione, come emerge dalla distinzione tra danno della società e danno dei singoli soci di cui ai commi 1 e 6 della disposizione in esame; una lettura costituzionalmente orientata non consente di interpretare l’art. 2476 c.c. nel senso di escludere dal diritto d’azione il soggetto titolare del diritto sostanziale oggetto di tutela; un ulteriore riscontro nel dato normativo si rinviene nell’attribuzione alla società del potere di rinuncia o transazione dell’azione ai sensi del comma 5 dell’art. 2476 c.c., potere che presuppone un’autonoma legittimazione alla partecipazione al giudizio. Così la Corte di Cassazione con la sentenza n. 20844/2015 ha ritenuto che “in tema di legittimazione attiva ... le disposizioni sopra richiamate attribuiscono alla società ... il diritto, peraltro rinunciabile ovvero oggetto di transazione, di ottenere dagli amministratori stessi il risarcimento del danno subito; infatti la circostanza che, in base al terzo comma del predetto art. 2476 c.c., a ciascun socio, indipendentemente dalla misura della propria partecipazione al capitale sociale e senza una previa deliberazione assembleare ... sia attribuita la titolarità dell’esercizio dell’azione sociale, non significa che la società, titolare del diritto al risarcimento del danno tanto da potervi anche rinunciare, non sia legittimata all’esercizio dell’azione in questione - non si può invero ipotizzare l’attribuzione di diritti di natura sostanziale, cui non si accompagni anche la legittimazione a farli valere in giudizio - ... Dunque il socio può agire come sostituto processuale, in nome proprio ma nell’interesse della società, la quale è e rimane titolare del diritto al risarcimento del danno, sofferto a causa della condotta di *mala gestio* del proprio amministratore, e pertanto la stessa è pienamente legittimata ad agire per il relativo risarcimento”.

Nel caso in esame l’azione è stata legittimamente proposta dalla società previa delibera assembleare (doc. 1 di parte attrice), in persona del legale rappresentante, liquidatore sociale e liquidatore giudiziale essendo la società in liquidazione e in concordato preventivo; non si reputa necessario che la legittimazione ad esperire l’azione sia specificamente conferita all’interno del piano concordatario, anche tenuto conto che l’azione è stata proposta dalla società per condurre ad una maggior attivo derivante dal risarcimento dei danni.

Non sussiste invece la legittimazione attiva del liquidatore sociale e liquidatore giudiziale a proporre l’azione di responsabilità dei creditori sociali. A prescindere dalla questione riguardante l’ammissibilità dell’azione dei creditori nell’ambito di una s.r.l., che qui è superfluo trattare, l’azione dei creditori sociali in quanto azione autonoma non potrebbe trasferirsi in capo al liquidatore, non applicandosi

in tema di concordato preventivo l'art. 146 L. Fall. che attribuisce al curatore del fallimento la legittimazione ad esercitare le azioni di responsabilità contro gli amministratori della società fallita; e l'art. 2394 bis c.c. prevedendo che in caso di fallimento, liquidazione coatta amministrativa e amministrazione straordinaria le azioni di responsabilità spettano al curatore del fallimento, al commissario liquidatore e al commissario straordinario, non ricomprende tra i soggetti legittimati liquidatore giudiziale del concordato preventivo. – *Omissis*.

Azioni di responsabilità nel concordato preventivo: profili di legittimazione

La decisione in commento si pronuncia sulla ricorrente questione della responsabilità per *mala gestio* degli amministratori, sollevata, nel caso di specie, pendente la procedura di concordato preventivo: se, tuttavia, le motivazioni poste a fondamento del rigetto della domanda di merito non paiono particolarmente innovative e, quindi, meritevoli di articolata trattazione, ciò che sembra più interessante è, invece, la soluzione fornita quanto ai profili di legittimazione dei soggetti titolati a proporre tali azioni.

Il primo capo della sentenza si occupa, dunque, della sussistenza della legittimazione della società a responsabilità limitata, in persona del suo legale rappresentante (e, poi, del liquidatore in caso di concordato preventivo) a proporre l'azione sociale di responsabilità *ex art.* 2476 c.c.: la questione è risolta in senso positivo e la soluzione appare senz'altro condivisibile essendo, tra l'altro, non solo conforme all'orientamento della giurisprudenza dominante, sia di merito che di legittimità, ma anche fondata su argomenti che sembrano difficilmente controvertibili.

In primo luogo, infatti, la società (anche a responsabilità limitata), che è la titolare del diritto al risarcimento del danno – consistente nella diminuzione della sua consistenza patrimoniale causata dalla *mala gestio* degli amministratori – non può essere privata del concorrente diritto di agire finalizzato alla tutela di detto diritto sostanziale. Sarebbe, in secondo luogo, contrario ad ogni razionalità attribuire alla società il diritto a rinunciare all'azione e/o transigere in relazione ad essa, testualmente riconosciuto dall'art. 2476, 5° comma, c.c., senza presupporre un correlativo diritto ad esercitare l'azione medesima. Tale ultimo argomento, in quanto fondato sul dettato della norma, pare decisivo per respingere la tesi, presente in alcuni arresti, secondo la quale la legittimazione della società andrebbe esclusa sulla base del precedente 3° comma dell'art. 2476 c.c., che riconosce espressamente ai soli soci la titolarità dell'azione: quest'ultima soluzione, infatti, non pare tenere in considerazione né la complessiva portata della disposizione in esame e nemmeno (e per di più) il sistema di tutele approntato in favore delle società di capitali in generale.

La sentenza pare, poi, considerare parimenti risolvibili *de plano* una serie di problemi connessi al fatto che ad esercitare l'azione sociale di responsabilità sia il

liquidatore dopo l'ammissione al concordato preventivo. Anzitutto, infatti, non viene esaminata la preliminare questione riguardante la possibilità stessa di proporre l'azione sociale di responsabilità e quella dei creditori (di cui si dirà in seguito) dopo l'omologa del concordato: in proposito, sembra, dunque, essere recepito l'orientamento, invero ampiamente diffuso, secondo il quale l'adesione da parte dei creditori al piano concordatario ed il successivo effetto di esdebitazione all'esito della procedura non valgano in alcun modo a sottrarre gli amministratori dalla loro responsabilità (cfr. App. Milano, 14 gennaio 1992, in *Giur. Comm.*, 1993, II, 63 e segg.; Fisco, *Sull'esperibilità dell'azione di responsabilità dei creditori contro gli amministratori nel concordato preventivo della società*, in *Giur. Comm.*, 1989, II, 839; *contra*, D'Attorre, *Le azioni di responsabilità nel concordato preventivo*, in *Riv. Società*, 2015, 15 e segg.). Si è giunti, anzi, anche ad affermare che l'eventuale diritto di credito risarcitorio derivante dal futuro possibile accoglimento dell'azione di responsabilità sia da considerarsi implicitamente incluso, anche in difetto di sua esplicita considerazione nella redazione del piano concordatario, nel patrimonio sociale destinato alla soddisfazione dei creditori (Ambrosini, *Il concordato preventivo*, in *Trattato di diritto fallimentare e delle altre procedure concorsuali*, 4, a cura di Vassalli, Luiso, Gabrielli, Torino, 2014, 143). L'impostazione della decisione, poi, comporta ovviamente che non siano neppure esaminate le problematiche connesse ai casi in cui dal patrimonio destinato alla procedura concordataria sia espressamente escluso un pur ritenuto ipotizzabile credito risarcitorio nei confronti degli amministratori (per l'innammissibilità di concordati con destinazione parziale dei beni cfr. App. Roma, 5 marzo 2013, in *www.ilcaso.it*; Trib. Roma, 25 luglio 2012, in *www.ilcaso.it*; Trib. Torino, 23 dicembre 2010, *www.ilfallimentarista.it*; in dottrina, Galletti, *Sub art.* 160, in *Commentario alla legge fallimentare*, 3, a cura di Cavallini, Milano, 2010, 356 e segg.; Mandrioli, *Sub art.* 160, in *La legge fallimentare. Commentario teorico e pratico*, a cura di Ferro, Padova, 2011, 1758; a favore dell'ammissibilità Panzani, *Sorte della partecipazione dei vecchi soci in caso di ristrutturazione di società insolventi*, in *Società*, 2014, 92; D'Attorre, *Concordato preventivo e responsabilità patrimoniale del debitore*, in *Riv. Dir. Comm.*, 2014, 359 e segg.; Jorio, *La riforma fallimentare: pregi e difetti delle nuove regole*, in *Giur. Comm.*, 2013, I, 705 e segg.: in tal caso si ritiene sia posto sui creditori stessi l'onere di decidere se aderire o meno al concordato con tale limitazione, mentre la titolarità dell'azione di responsabilità è conservata in capo alla società. A tal proposito, cfr. Trib. Bolzano, 30 aprile 2015, in *www.ilcaso.it*); parimenti, non si affronta l'ipotesi in cui la sussistenza di un credito di tal sorta, seppur configurabile, sia stata illegittimamente taciuta (con possibile applicazione del regime sanzionatorio di cui all'art. 173 L. Fall., sotto il profilo dell'eventuale occultamento dell'attivo: cfr. Fabiani, *Le azioni di responsabilità nei confronti degli amministratori di società in concordato preventivo*, in *Società*,

2015, 615; cfr. anche App. Bologna, 25 febbraio 2013; Trib. Rimini, 8 ottobre, 2014; Trib. Monza, 2 novembre 2011).

Essendo, poi, nel caso di specie, l'azione proposta dal liquidatore (sulla cui legittimazione a proporre l'azione si vedano D'Attorre, *Le azioni di responsabilità nel concordato preventivo*, cit., 15 e segg. – contra la necessità Trib. Roma, 20 gennaio 1996, in *Società*, 1996, 913; Ambrosini, *Il concordato preventivo*, cit., 142; Fabiani, *Art. 221. Fallimento e concordato preventivo*, in *Commentario del Codice civile e codici collegati Scialoja-Branca-Galgano*, a cura di De Nova, Bologna, 2014, 546; in Dongiacomo, *Le azioni di responsabilità nel piano di concordato preventivo*, in *il-fallimentarista.it*, 2012) previa assunzione di delibera assembleare in tal senso, i giudici non si sono neppure domandati se l'intervenire di tale delibera condizioni o meno la proponibilità stessa dell'azione sociale da parte del liquidatore (questione cui larga parte della dottrina e della giurisprudenza sono oggi propense a dare risposta positiva: cfr. Trib. Bologna, 16 agosto 2016, in *www.ilsocietario.it*, 2016; Trib. Milano, 19 luglio 2011, in *Dir. Fall.*, 2012, II, 387 e segg., con nota di Nocera, *Abuso del diritto nella formazione delle classi nel concordato preventivo*; in dottrina D'Attorre, *Le azioni di responsabilità nel concordato preventivo*, cit.; coloro che, invece, ritengono che la delibera assembleare non sia necessaria, traggono la loro conclusione dal fatto che la funzione liquidatoria del patrimonio, in presenza di crisi conclamata dell'impresa, comporti una sorta di sospensione dei meccanismi ordinari di funzionamento propri della società *in bonis*: cfr. Trib. Roma, 20 gennaio 1996, in *Società*, 1996, 913; in dottrina, Pagni, *La legittimazione alle azioni di responsabilità nel concordato preventivo*, in *Società*, 2015, 604; con espreso riferimento al caso del concordato con *cessio bonorum* cfr. Fabiani, *Le azioni di responsabilità nei confronti degli amministratori di società in concordato preventivo*, cit., 616).

Con il secondo capo della sentenza, il Tribunale di Torino ha, invece, escluso la legittimazione del liquidatore del concordato ad esercitare l'azione prevista dagli artt. 2394 e 2394 *bis* c.c., ritenendola di sola pertinenza dei creditori sociali (cfr. Trib. Piacenza, 12 febbraio 2015, in *Dir. Fall.*, 2015, 577 e segg., con nota di Di Maio e in *Società*, 2016, 743 e segg. con nota di Sala e cfr., ancora, App. Milano, 14 gennaio 1992, cit. e Fisco, *Sull'esperibilità dell'azione di responsabilità dei creditori contro gli amministratori nel concordato preventivo della società*, cit., 839). Anche tale statuizione pare porsi nel solco di un orientamento dottrinale e giurisprudenziale diffuso (cfr. Trib. Bologna, 8 agosto 2002, in *Giur. it.*, 2003, 1649; in dottrina, D'Attorre, *Le azioni di responsabilità nel concordato preventivo*, cit., 15 e segg.; Dongiacomo, *Le azioni di responsabilità nel piano di concordato preventivo*, cit.; Ambrosini, *Il concordato preventivo*, in *Trattato di diritto fallimentare e delle altre procedure concorsuali*, cit., 146; Fabiani, *Art. 221. Fallimento e concordato preventivo*, cit., 549; Cavallini, Armeli, *Sub art.182*, in *Commentario alla legge falli-*

mentare, a cura di Cavallini, Milano, 2010, 750): si ribadisce, infatti, da un lato, che l'art. 146 L. Fall., che attribuisce, invece, al curatore fallimentare tale legittimazione, non si applica al concordato preventivo e che, dall'altro, l'art. 2394 *bis* c.c., pur riconoscendo la relativa legittimazione, in caso di fallimento, al curatore, in caso di liquidazione coatta amministrativa al commissario liquidatore e, in caso, di amministrazione straordinaria al commissario straordinario, non attribuisce pari legittimazione al liquidatore in caso di concordato preventivo. Accanto a tali considerazioni, vi sono, poi, altri argomenti che sono stati chiamati a sorreggere (anche se non nel caso di specie) questa tesi. In primo luogo, il concordato, da un lato, non comporta né lo spossessamento del debitore, né alcuna restrizione della sua capacità processuale (Cass. Civ., 5 settembre 2014, n. 18755; Trib. Como, 27 maggio 2015) e, dall'altro, anche il creditore non perde *in toto* la sua capacità processuale, essendogli inibite solo le azioni esecutive individuali nei confronti della società che abbia instato per l'ammissione alla procedura concorsuale (D'Attorre, *Le azioni di responsabilità nel concordato preventivo*, cit., 15 e segg.; Fabiani, *Art. 221. Fallimento e concordato preventivo*, cit., 549): non pare esservi, quindi, alcun motivo per cui il liquidatore dovrebbe sostituirsi a tali soggetti in giudizio. In ogni caso, il patrimonio destinato dal concordato alla soddisfazione dei creditori, all'esito dell'azione *ex art. 2394 c.c.*, non potrebbe né essere diminuito, poiché convenuti sarebbero gli amministratori (con successiva aggressione del loro personale patrimonio) e non la società stessa e nemmeno aumentato, poiché, d'altro canto, l'eventuale condanna vedrebbe come beneficiario non il concordato, ma solo il creditore (o la pluralità di creditori) che abbia agito a tale titolo, prevedendo una risarcimento calcolato solo al fine di reintegrare la perdita effettivamente subita dall'attore (o dagli attori) - con determinazione quantitativa che, nella pratica, pone una non irrilevante serie di problemi (con specifico riferimento al tema, cfr. Cass. Civ., 3 giugno 2014, n. 12366, in *Giur. Comm.*, 2015, II, 113, con nota di Fotticchia, *Differenza tra attivo e passivo e quantificazione del danno nelle azioni di responsabilità: la parola alle Sezioni Unite*; Fabiani, *Le azioni di responsabilità nei confronti degli amministratori di società in concordato preventivo*, cit., 621 e segg.; Spiotta, *L'amministrazione*, in *Il nuovo diritto societario*, diretto da Cottino, Bonfante, Cagnasso, Montalenti, Bologna, 2009, 531).

Seppur, dunque, le due diverse statuizioni contenute nella sentenza paiano essere conformi a orientamenti ampiamente diffusi, per contro non sembra doversi tacere di alcune voci che tendono ad affidare agli organi del concordato anche funzioni di tutela dell'intero ceto creditorio (tutto nel suo complesso danneggiato dalla *mala gestio* degli amministratori), che non può che giovare di una reintegrazione quanto più completa possibile del patrimonio sociale, la cui distribuzione è finalizzata a soddisfare le pretese creditorie (nella procedura comprese dal divieto di esercizio di azioni esecutive individuali). Si è, allora, ipotiz-

zato che discenda dai principi generali che presidono ad ogni forma di procedura concorsuale il riconoscimento di una legittimazione, seppur concorrente con quella dei singoli creditori, degli organi del concordato alla proposizione anche dell'azione di cui all'art. 2394 c.c. (cfr. Pagni, *La legittimazione alle azioni di responsabilità nel concordato preventivo*, cit., 601 e segg.). In tale prospettiva si segnala, poi, una decisione giurisprudenziale (Trib. Napoli, 5 luglio 2013, in *Dir. Fall.*, 2015, 144, con nota di Graci) che tende ad estendere l'operatività del disposto dell'art. 240 L. Fall., ritenendo che, se al commissario giudiziale è riconosciuta la legittimazione a costituirsi parte civile in procedimenti penali tesi a sanzionare illeciti degli

amministratori, non vi sarebbe motivo per escludere che la medesima azione possa essere esercitata dallo stesso soggetto anche esclusivamente in sede civile: si tratta, ovviamente, di una tutela con efficacia limitata, poiché esercitabile invocando una generica responsabilità extracontrattuale degli amministratori (e non la normativa specifica in tema di azioni di responsabilità) e solo nell'ipotesi che gli stessi si siano resi colpevoli degli illeciti disciplinati e puniti dagli artt. 236 e segg. L. Fall.

Irene Pollastro

Continuità aziendale

Tribunale Milano, Sezione specializzata in materia di impresa B, 6 luglio 2016 – Pres. Perozziello – Rel. Mambriani – Sabato Vincenzo Girolamo (avv.ti Ponzanelli e Bonetta) – Infotronic Telecomunicazioni s.r.l. in liquidazione (avv.ti De Ninno, Saronni).

Società – Delibera approvazione del bilancio – Impugnazione – Decadenza – Rilevabilità d'ufficio

L'inammissibilità dell'impugnazione del bilancio per intervenuta decadenza ex art. 2434 bis c.c. può essere rilevata d'ufficio dal giudice, traducendosi in una carenza dell'interesse ad agire e dunque di una condizione dell'azione. Al giudice non è tuttavia precluso conoscere in via incidentale le censure rivolte al bilancio dell'esercizio precedente, a condizione che tali eccezioni siano collegate e strumentali a far valere l'illegittimità del bilancio successivo.

Società – Presupposto della continuità aziendale – Valutazione

La valutazione in ordine alla sussistenza del presupposto della continuità aziendale è di ordine essenzialmente prognostico sul futuro andamento della società e da effettuare non solo nel momento della preparazione del bilancio, ma anche in corso di esercizio, quando emerga un evento che possa far seriamente dubitare della sua esistenza entro un arco temporale di dodici mesi.

Omissis. – Con atto di citazione ritualmente notificato l'1 settembre 2011 Sabato Vincenzo (di seguito anche solo: Sabato), socio di Infotronic Telecomunicazioni s.r.l. (di seguito: Infotronic o la Società) in percentuale pari al 33,34% del capitale sociale, già componente del c.d.a. fino al 14 maggio 2007, chiedeva di dichiarare nulle le delibere dell'assemblea ordinaria della Società in data 1 giugno 2009 (domanda 1.a) ed in data 22 luglio 2010 (domanda 1.b) con le quali erano stati rispettivamente approvati i bilanci di esercizio al 31.12.2008 ed al 31.12.2009. L'attore fondava le suddette domande sulla violazione delle regole di cui agli artt. 2423 e ss. c.c., ed in particolare dei principi di chiarezza, correttezza e verità che presidiano la redazione dei bilanci societari. – *Omissis.*

Quanto alla prima domanda va preliminarmente consi-

derata la rilevanza della previsione di cui all'art. 2434 bis comma 1 c.c. – applicabile alle s.r.l. ex art. 2479 ter ult. comma c.c. – a mente del quale: “Le azioni previste dagli articoli 2377 e 2379 non possono essere proposte nei confronti delle deliberazioni di approvazione del bilancio dopo che è avvenuta l'approvazione del bilancio successivo”. Orbene, nel caso di specie, è stata proposta azione di nullità della delibera assembleare del 1 giugno 2009 per illiceità dell'oggetto – assumendo che il bilancio approvato è stato redatto in modo difforme dalle prescrizioni delle norme inderogabili che regolano tale stesura – azione dunque qualificabile ai sensi dell'art. 2479 ter comma 3 c.c. (“Le decisioni aventi oggetto illecito o impossibile ... possono essere impugnate ...”). Poiché il disposto di quest'ultima norma è omologo, in parte qua, a quello dell'art. 2379 comma 1 c.c. (“Nei casi di ... illiceità dell'oggetto la deliberazione può essere impugnata ...”), è pacifico che il richiamo, nell'art. 2434 bis c.c. – dettato per le s.p.a. – solo all'art. 2379 c.c., deve essere esteso, per le s.r.l. – proprio giusta il rimando operato dall'art. 2479 ter ultimo comma c.c. – al comma 3 dello stesso articolo. Ciò posto, va osservato che l'impugnazione della delibera assembleare del 1 giugno 2009 è intervenuta con l'atto introduttivo di questo processo, dunque quando il successivo bilancio di esercizio – quello al 31.12.2009 – era già stato approvato con l'adozione della deliberazione in data 22 luglio 2010, anch'essa contestualmente impugnata. Ciò posto è evidente che il caso di cui si discute va sussunto nella fattispecie di cui agli artt. 2434 bis e 2479 ter comma 3 e ultimo comma c.c. Vi è solo da aggiungere che la questione può essere rilevata d'ufficio. Invero la norma è senz'altro inderogabile e finalizzata a tutelare interessi generali – cioè la stabilità delle deliberazioni societarie, la preclusione della discussione su situazioni esaurite, la tutela rispetto ad azioni strumentali, che la funzione giurisdizionale, con i relativi tempi e costi, non sia esercitata su questioni che non hanno rilevanza ed effetti nell'attualità dei rapporti giuridici – e si traduce in una decadenza dal potere di impugnare il cui rilievo rientra certamente nei poteri officiosi del giudice. Non è tuttavia superfluo aggiungere che la norma risulta altresì finalizzata ad attuare, esprimendolo nella fattispecie concreta, il generale principio di interesse ad agire (art. 100 c.p.c.), poiché – secondo la valutazione della fattispecie stessa data dal legislatore, letta alla luce del principio di continuità dei bilanci – approvato il bilancio successivo, la rappresentazione data, con il bilancio precedente, della situazione economico pa-

trimoniale della società ai soci ed ai terzi ha esaurito le sue potenzialità informative (ed organizzative), e dunque anche le sue potenzialità decettive, dovendo invece i destinatari dell'informazione, per ogni valutazione e decisione organizzativa conseguente, far riferimento all'ultimo bilancio approvato. Tradotta questa visione ordinamentale in termini di interesse ad agire, ne emerge con evidenza il difetto con riguardo all'impugnativa di un bilancio superato dall'approvazione di quello successivo. Su questa stessa linea, del resto, va adeguatamente apprezzato un elemento essenziale di fattispecie, di natura negativa: la decadenza suppone che il bilancio dell'esercizio precedente sia rimasto senza censure, da parte dei legittimati attivi, sin dopo l'approvazione di quello relativo all'esercizio successivo, sicché la sua impugnazione appare ipso facto priva di concreta utilità e tendenzialmente strumentale. È noto che la carenza di interesse ad agire, quale condizione dell'azione, può essere rilevata d'ufficio dal Giudice. Dalle superiori considerazioni discende la declaratoria di inammissibilità della domanda di cui qui si tratta. A completamento delle osservazioni svolte sinora, va tuttavia precisato che l'inammissibilità della domanda non comporta affatto anche una preclusione assoluta a prendere in esame nel merito censure sollevate nei confronti del bilancio dell'esercizio precedente (qui al 31.12.2008), ma solo una preclusione a prenderle in considerazione quali specifici motivi fondanti una decisione di invalidità della delibera di approvazione di quel bilancio. Cioè, proprio in ragione del principio di continuità dei bilanci, sarà consentito eccepire situazioni di invalidità/illegittimità del bilancio dell'esercizio precedente, ma a condizione che tali eccezioni siano collegate e strumentali a far valere l'illegittimità del bilancio successivo. Ed in questi limiti e con questa finalità, il Giudice ben potrà e dovrà conoscere in via incidentale di questo genere di censure rivolte al bilancio precedente.

La domanda di dichiarazione di nullità della delibera in data 22 luglio 2010 di approvazione del bilancio della Società relativo all'esercizio al 31.12.2009 merita accoglimento. In particolare è fondato il motivo d'impugnazione sub i).

L'art. 2423 bis comma 1 n. 1 c.c. prevede: "Nella redazione del bilancio devono essere osservati i seguenti principi: 1) la valutazione delle voci deve essere fatta ... nella prospettiva della continuazione dell'attività ...". Come noto, trattano della continuità aziendale sia lo IAS 1, sia il Principio di revisione internazionale n. 570 (oltre al documento della Commissione principi contabili ODCEC n. 47 ed alla Comunicazione Consob DEM/9012559). Da essi si ricava una definizione di continuità aziendale quale "presupposto che l'impresa sarà in grado di realizzare le proprie attività e far fronte alle proprie passività durante il normale svolgimento dell'attività aziendale". Vi si trae anche che la valutazione in ordine alla sussistenza di tale presupposto è di ordine essenzialmente prognostico, cioè da esprimere in relazione al futuro andamento della società, e da effettuare senz'altro nel momento della preparazione del bilancio ma anche in corso di esercizio, quando emerga un evento che possa far seriamente dubitare della sua esistenza, entro un arco temporale di almeno 12 mesi. Ovviamente ciò non esime dal dovere di esprimere identica valutazione quando emerga nell'attualità un evento che fa dubitare seriamente della presenza, in quel momento/periodo, del presupposto della continuità aziendale. In presenza di un evento siffatto, per ritenere sussistente il presupposto della continuità aziendale, gli amministratori dovranno fornire un piano attendibile, fondato su circostanze oggettive, da cui si possa desumere che l'evento che genera i seri dubbi in ordine alla

sussistenza del presupposto è affrontato in modo efficace ed anzi neutralizzato, così da potersi fondatamente prevedere la permanenza del presupposto stesso. La sussistenza del presupposto della continuità aziendale, poi, come si diceva, legittima la contabilizzazione di attività e passività in base ai criteri di valutazione di cui agli artt. 2423 bis e ss. c.c. (specie art. 2426 c.c.) e relativi principi contabili. Viceversa, in mancanza del presupposto di continuazione dell'attività, la valutazione delle voci di bilancio deve essere fatta secondo criteri e parametri del tutto differenti ed analiticamente indicati nel principio contabile OIC n. 5. L'applicazione di tali criteri, come noto e proprio in relazione alla circostanza che l'ente economico non gode più di una prospettiva pluriennale di operatività sul mercato, comporta una sostanziale svalutazione o, in qualche caso, addirittura azzeramento di importanti poste di bilancio e, in ogni caso, comporta una rappresentazione della situazione economico-patrimoniale della società completamente diversa da quella che è legittimo offrire quando essa si trovi in prospettiva di continuità. Ciò posto, nel caso di specie, il bilancio approvato nell'assemblea del 22 luglio 2010 reca un patrimonio netto negativo al 31.12.2009 per Euro 1.131.470,00. La negatività del patrimonio netto – qui di entità eclatante, a fronte di un capitale sociale di € 50.000, fatturato per circa due milioni di euro, immobilizzazioni per un valore di bilancio (contestato) di circa € 715.000 e risultato dell'esercizio precedente lievemente positivo – costituisce nel contempo una causa di scioglimento della società, se non accompagnata in tempi rapidi da adeguata ricapitalizzazione (artt. 2482 ter, 2484 n. 4 c.c.), e un evento che pone in serissimo dubbio la continuità aziendale. Esso è infatti esplicitamente considerato come tale – si tratta del primo degli indicatori finanziari – dal citato Principio di Revisione internazionale n. 570. La giurisprudenza di legittimità e di merito è del tutto pacifica nel ritenere che la presenza del capitale sociale è requisito che deve essere costantemente presente sia per consentire la prosecuzione dell'attività con assunzione di nuovo rischio imprenditoriale, sia per supportare valutazioni di bilancio secondo i criteri valutativi sopra indicati. Ed è anche pacifica nel senso che la società si deve dotare di sistemi contabili ed organizzativi che consentano una pronta rilevazione della perdita del capitale sociale. Orbene, nel caso di specie, è pacifico che il presupposto della continuità aziendale di Infotronic era venuto meno ben prima dell'approvazione del bilancio al 31.12.2009, avvenuta con l'impugnata delibera del 22 luglio 2010. In proposito depongono numerosi ed eclatanti indicatori, la cui sussistenza – in questo processo dedicato alla valutazione della verità, correttezza e chiarezza del bilancio – va peraltro valutata oggettivamente e non invece nella prospettiva – tipica delle azioni di responsabilità – della conoscibilità da parte degli amministratori secondo diligenza professionale, anche se i risultati delle due indagini, considerata l'evidenza degli indicatori stessi (v. postea), non divergerebbero in modo sostanziale. In proposito occorre prendere le mosse dalla enorme negatività patrimoniale emergente dal bilancio, dovuta, secondo il bilancio stesso, alla perdita di esercizio in parte causata da un'altrettanto eclatante perdita di fatturato (circa 1\3, da oltre 3 a meno di 2 milioni di euro), in parte a svalutazioni di immobilizzazioni. Orbene, si deve osservare anzitutto che una così consistente perdita di fatturato non costituisce fatto improvviso ed imprevedibile, specialmente considerando che le entrate della società erano costituite, come si evince da dichiarazioni e documenti in atti, essenzialmente da pagamenti di enti pubblici (le Procure della Repubblica per conto delle quali venivano effettuate inter-

cezzazioni e servizi vari) i cui adempimenti/inadempimenti sono noti, dichiarati e prevedibili. In proposito si deve considerare che il CTU ha rilevato, già a partire dall'anno 2007, sbilanci tra effettivi incassi e crediti incassabili per ammontari variabili dagli oltre 3 agli oltre 4,6 milioni di euro. Ma anche a prescindere da questo, risulta dalla CTU in atti l'indebito inserimento o l'assoluta mancanza di informazione con riferimento a consistenti poste attive sia nel bilancio al 31.12.2008, sia nel bilancio al 31.12.2009 – *Omissis*.

Orbene, è appena il caso di evidenziare che, sulla scorta degli accertamenti e delle osservazioni svolte dal CTU, il bilancio al 31.12.2008 – recante un patrimonio netto positivo per € 150.712,00 – se correttamente redatto, avrebbe molto probabilmente evidenziato un patrimonio netto negativo. Sempre sulla scorta di tali accertamenti e osservazioni, si può dunque tranquillamente concludere che, certamente nel corso dell'anno 2009 – se non addirittura nel 2008 – avrebbe dovuto essere rilevata la perdita del capitale sociale, e, di conseguenza, avrebbe dovuto essere convocata senza indugio l'assemblea di cui all'art. 2482 ter c.c., con conseguente accertamento della indisponibilità dei soci a ricapitalizzare la società. Tale indisponibilità si è infatti palesata in modo inequivocabile nel corso dell'esercizio 2010 e non v'è motivo per ritenere che, se posti di fronte alla medesima scelta alcuni mesi prima, i soci si sarebbero comportati diversamente. Si sarebbe quindi evidenziata, molto tempo prima della chiusura dell'esercizio 2009 e dell'approvazione del relativo bilancio, la carenza definitiva del presupposto della continuità aziendale. È appena il caso di aggiungere, che gli amministratori non hanno for-

nito, in sede di approvazione del bilancio nessuna adeguata informazione e giustificazione in ordine alla sussistenza di tale presupposto. Le dichiarazioni rese in proposito dall'allora amministratore sig. Signoriello, nel corso dell'assemblea del 22 luglio 2010 ("... il principio di continuazione dell'attività deve ritenersi esistente fino a quando la società non viene posta in liquidazione, sciolta o dichiarata fallita"), sono destituite di ogni fondamento logico-giuridico – alla luce della superiore ricostruzione dell'istituto – atteso che, nel rapporto presupposto di continuità/liquidazione, confondono l'effetto (liquidazione) con la causa (mancanza di continuità), mentre l'inverso (liquidazione quindi mancanza di continuità) non si dà se non nel caso, qui irrilevante, della liquidazione volontaria. Da quanto appena considerato discende, a mente del disposto del citato art. 2423 bis comma 1 n. 1 c.c., che il bilancio al 31.12.2009 non poteva essere redatto sulla base della sussistenza del presupposto della continuità aziendale, ed avrebbe dovuto essere invece redatto, al contrario, sulla base della mancanza di quel presupposto. Ciò avrebbe comportato l'applicazione dei criteri di valutazione di cui al principio contabile OIC n. 5, del tutto diversi da quelli applicabili sulla base della sussistenza del presupposto della continuità aziendale (v. supra) e, dunque, una rappresentazione della situazione economico-patrimoniale della Società completamente differente rispetto a quella risultante dal bilancio impugnato.

Finale conclusione è che il bilancio oggetto della deliberazione impugnata, non redatto secondo i criteri previsti, è illecito e dunque nulla la deliberazione stessa ex art. 2479 ter comma 3 c.c. – *Omissis*.

Una nuova ratio decidendi: il going concern

Marina Spiotta

La sentenza affronta il tema del *going concern*, di estrema attualità, in quanto il 1° febbraio 2017 la Camera dei Deputati ha approvato il disegno di legge recante la "Delega al Governo per la riforma delle discipline della crisi di impresa e dell'insolvenza" che, tra le modifiche al codice civile, prevede "il dovere dell'imprenditore e degli organi sociali di istituire assetti organizzativi adeguati per la rilevazione tempestiva della crisi e della perdita della continuità aziendale".

Premessa

La pronuncia in commento¹ suscita interesse in quanto è raro che, nel decidere casi controversi, si menzionino espressamente concetti aziendalistici e le relative fonti tecniche.

Non è però la prima volta che ciò accade: già una sentenza, scritta dallo stesso estensore di questa in commento, era stata considerata "uno dei rari approfondimenti giurisprudenziali con riguardo al tema della continuità aziendale quale presupposto ai fini dell'accertamento di profili di responsabilità della banca in concorso con gli amministratori della società sovvenuta per l'aggravamento del dissesto a seguito di

concessione di credito"². E se in quell'occasione il *going concern* era stato utilizzato per ancorare ad un parametro più oggettivo la responsabilità della banca per concessione abusiva di credito, adesso viene invocato per individuare i corretti principi di redazione del bilancio.

Anche la Cassazione ha dimostrato dimestichezza con il suddetto concetto reputando legittima una clausola statutaria che consentiva di determinare il valore di liquidazione delle azioni sulla base della consistenza patrimoniale della società valutata nella prospettiva di "continuità aziendale"³.

Questa "interdisciplinarietà" non dovrebbe sorprendere e, probabilmente, in futuro sarà assoluta-

¹ Reperibile per esteso sul sito www.giurisprudenzadelleimprese.it e qui stralciata di alcune parti (soprattutto "in fatto") e delle note a piè pagina (contenenti richiami a precedenti di legittimità e la trascrizione del principio contabile OIC n. 5) per ragioni di spazio.

² Così Franchi, *La responsabilità della banca per aggravamento del dissesto della società sovvenuta*, Nota a Trib. Milano, 26 feb-

braio 2016, in *Il societario.it.*, 26 settembre 2016. La medesima sentenza è pubblicata anche in *Società*, 2016, 1360, con commento di Simone.

³ Cfr. Cass., 12 marzo 2014, n. 16168, in *Giur. Comm.*, 2015, II, 481, con nota di Tronci e (con la data del 15 luglio 2014) in *Giur. It.*, 2015, 119, con nota di Fregonara.

mente normale vedere citati nei provvedimenti giurisdizionali i principi di revisione e quelli contabili esattamente come oggi già avviene per le norme di legge: forse la stessa locuzione *iura novit curia* dovrà essere rivista.

I giudici, che hanno già dimostrato di padroneggiare i traguardi raggiunti dalla *Law & Economics*⁴, fanno ora tesoro e corretta applicazione di nozioni aziendalistiche, che gli studiosi e gli operatori del diritto (soprattutto commerciale e fallimentare) non possono più sottovalutare. In particolare, l'equilibrio economico-finanziario potrebbe in prospettiva svolgere quella funzione di "*sonnette d'alarme*" che autorevole dottrina⁵ aveva affidato al capitale sociale.

Il termine annuale ex art. 2434 bis c.c. e l'interesse ad agire

L'art. 2434 bis, 1° comma, c.c. stabilisce che "le azioni previste dagli artt. 2377 e 2379 non possono essere proposte nei confronti delle deliberazioni di approvazione del bilancio dopo che è avvenuta l'approvazione del bilancio dell'esercizio successivo"⁶.

La norma è applicabile anche alla s.p.a. gestita secondo il modello dualistico (arg. desunto dall'art. 2409 *quaterdecies*, 2° comma, c.c.) ed alla s.r.l. (in forza del richiamo contenuto nell'art. 2479 *ter*, ult. comma, c.c.), con la conseguenza che il rinvio agli artt. 2377 e 2379 c.c. (che disciplinano, rispettivamente, l'annullabilità e la nullità delle deliberazioni assembleari) dovrà intendersi sostituito dal richiamo al 1° e 3° comma del medesimo art. 2479 *ter* c.c., norma che compendia entrambi i vizi, pur non menzionandoli espressamente.

Nella motivazione si evidenzia la *ratio* del termine annuale (introdotto dalla riforma societaria con l'evidente scopo di evitare che l'instaurazione d'iniziativa giudiziali a distanza di tempo si traduca in una situazione di perdurante incertezza⁷, stante il principio di continuità dei bilanci⁸) e si ricava, come corollario,

che l'intervenuta decadenza è rilevabile d'ufficio traducendosi in una carenza dell'"interesse ad agire" (che, a norma dell'art. 100 c.p.c., deve essere concreto ed attuale⁹) e dunque di una "condizione dell'azione"¹⁰.

Non sarebbe però esatto affermare che, una volta approvato il bilancio dell'esercizio successivo, quello precedente "*functus est munere suo*": sicuramente la rappresentazione data, con quest'ultimo documento, ai soci ed ai terzi della situazione economico patrimoniale della società "ha esaurito le sue potenzialità informative, ed organizzative", e dunque anche le sue "potenzialità decettive"¹¹. Tuttavia – ecco il *quid novi* aggiunto dalla pronuncia – al giudice non è precluso conoscere in via incidentale le censure rivolte al bilancio vecchio, a condizione che tali "eccezioni" siano collegate e "strumentali" a far valere l'illegittimità di quello successivo. In fondo, si tratta del "rovescio della medaglia" di quello stesso principio di continuità, sancito dall'art. 2423 bis, 1° comma, n. 6, c.c., che ha già portato la giurisprudenza a decidere numerose controversie in rito, talora anche facendo prevalere l'interpretazione teleologica su quella strettamente letterale.

Speculare alla sentenza in commento si può considerare una pronuncia di merito secondo la quale "il socio possiede un interesse concreto ed attuale ad impugnare un bilancio per vizi derivati da uno precedente già impugnato, al quale il primo è legato dal principio di continuità, fintanto che tali vizi non siano stati effettivamente rimossi con la compilazione ed approvazione di un nuovo bilancio"¹². Mancherebbe, per contro, l'interesse ad agire in capo all'impugnante qualora i bilanci relativi agli esercizi successivi siano divenuti irretrattabili, a seguito dell'intervenuto passaggio in giudicato delle sentenze di rigetto di (analoga) impugnativa proposta avverso questi ultimi¹³.

Più di recente, la Cassazione ha ribadito che il bilancio deve partire dai dati di chiusura di quello dell'esercizio precedente, anche qualora la legittimità e

⁴ Cfr. di recente Trib. Monza, 17 marzo 2016, in *Danno e responsabilità*, 2016, 1012, con commento di Baffi e Nardi.

⁵ L'espressione è di Portale, *Capitale sociale e società per azioni sottocapitalizzata*, in *Riv. Società*, 1991, 80.

⁶ Al fine del rispetto del termine annuale si deve dunque avere riguardo al momento della proposizione dell'azione (intesa come perfezionamento della notifica dell'atto di citazione: Trib. Genova, 16 luglio 2013, in *www.giurisprudenzadelleimprese.it*), essendo irrilevante l'approvazione dei bilanci successivi in corso di giudizio (cfr. Trib. Pavia, 20 febbraio 2007 e Trib. Grosseto, 10 ottobre 2012, entrambe in *De Jure*). Lo sbarramento è rappresentato dalla data della delibera di approvazione del progetto di bilancio e non dall'esecuzione delle forme di pubblicità di cui all'art. 2435 c.c.: Trib. Roma, Sez. impresa, 26 aprile 2016, in *www.giurisprudenzadelleimprese.it*.

⁷ Sulla *ratio* si registra una significativa concordanza di opinioni: v. *ex multis* Colombo, *L'invalidità dell'approvazione del bilancio dopo la riforma del 2003*, in *Riv. Società*, 2006, 939; Quattrocchio, *Sub art. 2434-bis*, in *Il nuovo diritto societario, Commentario diretto da Cottino-Bonfante-Cagnasso-Montalenti*, Bologna, 2004, 1372 e segg.

⁸ Così *ex multis* Trib. Milano, 5 giugno 2006, in *Dir. e Prat.*

Soc., 2007, 81, con nota di Galimi.

⁹ Cfr. Cass., 30 marzo 1995, n. 3774, in *Società*, 1995, 1180, con nota di Zucconi, *Impugnazione della delibera di approvazione del bilancio e interesse del socio*.

¹⁰ Anche per Weigmann, *Luci ed ombre del nuovo diritto azionario*, in *Società*, 2003, 279, con l'introduzione dell'art. 2434 bis c.c., "si è proferita ad alta voce la mancanza di interesse ad agire (art. 100 c.p.c.) che si verifica quando è impugnato un bilancio dopo che è ormai stato approvato quello relativo ad un esercizio successivo".

¹¹ Così la motivazione.

¹² Trib. Napoli, 5 aprile 2004, in *Società*, 2004, 1418, con commento di Silveti, *Invalidità del bilancio e principio di continuità prima e dopo la riforma*.

¹³ Così App. Milano, 5 marzo 2015, in *Società*, 2016, 31, con commento di Fainelli, la quale sottolinea che "nonostante nel caso di specie sussistessero tutte le condizioni poste dalla predetta disposizione affinché non si avesse inammissibilità dell'impugnativa proposta, la Corte ha applicato alla fattispecie sottoposta al suo esame lo stesso precipitato processuale sancito per la fattispecie espressamente regolata dall'art. 2434 bis c.c.: l'inammissibilità dell'impugnativa proposta per difetto di interesse ad agire".

l'esattezza di questi ultimi siano state poste in discussione in sede contenziosa; infatti, "solo il passaggio in giudicato della sentenza fa sorgere il dovere degli amministratori di apporre al bilancio contestato le variazioni imposte dal comando giudiziale e, dunque, di modificare i dati di partenza del bilancio successivo"¹⁴. Per contro, non farebbe venir meno né la legittimazione, né l'interesse ad agire, la circostanza che "il metodo di redazione del bilancio contrario ai principi di chiarezza e precisione sia stato adottato in passato con il consenso o, addirittura, su iniziativa del socio che poi ha impugnato il bilancio", in quanto questo documento ha come destinatari non solo i soci, ma tutti i terzi che potenzialmente potrebbero entrare in contatto con la società¹⁵.

Da questo sintetico quadro si evince che la pronuncia annotata s'inserisce coerentemente nel solco già tracciato dalla giurisprudenza.

La continuità aziendale: riflessi societari

La seconda massima ricava dai principi contabili internazionali (IAS 1) e di revisione (n. 570) la definizione di continuità aziendale, quale "presupposto che l'impresa sarà in grado di realizzare le proprie attività e far fronte alle proprie passività"¹⁶. Si tratta di una valutazione prognostica, da effettuare non solo al momento della preparazione del bilancio (come conferma anche l'art. 2428, n. 6, c.c.)¹⁷, ma anche nel corso dell'esercizio (arg. desunto dagli artt. 2381, 2403 e 2497, 1° comma, c.c.)¹⁸, quando emerga un evento che possa far dubitare dell'esistenza dell'impresa entro un arco temporale di almeno dodici mesi. All'uopo i documenti tecnici elencano una serie di indicatori (finanziari, gestionali o di altro tipo), mentre non basta a dissipare eventuali dubbi sulla sussistenza della continuità aziendale l'autodichiarazione rassicurante dell'organo gestorio.

L'accertamento della sussistenza o dell'insussistenza di detta "precondizione" si riflette sui criteri di redazione del bilancio secondo il "valore d'uso"¹⁹ o il presunto "valore di realizzo/estinzione"²⁰. Una scelta

sbagliata ne comporta l'illiceità in quanto redatto sulla base di un presupposto errato (art. 2423 *bis*, n. 1, c.c.) e la conseguente nullità della relativa delibera assembleare di approvazione²¹.

Nonostante la gravità della sanzione, l'individuazione degli esatti criteri di redazione del bilancio è tutt'altro che agevole, in quanto lo stesso legislatore pare ammettere delle commistioni (arg. desunto dagli artt. 2487, 1° comma, lett. c e 2490 c.c.)²².

Questo modello binario ("continuità/discontinuità aziendale") riflette la diade *ricapitalizza/liquida* (ricavabile, per le s.p.a. dagli artt. 2446 e 2447 c.c. e, per le s.r.l., dagli artt. 2482 *bis* e *ter* c.c.) e, a sua volta, si ripercuote sui criteri di gestione (da "dinamica/produttiva" a "conservativa") dell'impresa, giacché il venir meno del *going concern* potrebbe essere considerato una causa di scioglimento della società per impossibilità *economica* di realizzare l'oggetto/di conseguire lo scopo sociale (ai sensi del n. 2 degli artt. 2272 e 2484 c.c.), alla quale si potrebbe però ovviare attraverso il tempestivo ricorso ad una procedura concorsuale: l'*addendum* "riequilibra" si affianca così alla secca alternativa *ricapitalizza* o *liquida* (arg. desunto dall'art. 182 *sexies* L. fall.).

Su questi aspetti – ancora dibattuti, ma di estrema attualità – la sentenza non si sofferma, in quanto il *thema decidendum* era la valutazione della verità, correttezza e chiarezza del bilancio e non la responsabilità degli amministratori per non aver monitorato l'equilibrio economico-finanziario. Non resta quindi che attendere i prossimi sviluppi giurisprudenziali.

Un rapido sguardo al futuro

A breve, nel nostro ordinamento giuridico, dovrebbe essere introdotto "il dovere dell'imprenditore e degli organi sociali di istituire assetti organizzativi adeguati per la rilevazione tempestiva della crisi e della perdita della continuità aziendale nonché di attivarsi per l'adozione tempestiva di uno degli strumenti previsti dall'ordinamento per il superamento della crisi e il recupero della continuità aziendale"²³.

¹⁴ Cass., 15 aprile 2016, n. 7586, in *Giur. It.*, 2016, 2180, con nota di Garesio, *La discontinuità nella redazione del bilancio: l'eccezione alla regola*. Il medesimo principio era già stato sancito da Cass., 9 giugno 1977, n. 2379, in *Dir. Fall.*, 1977, II, 611.

¹⁵ Cass., 7 marzo 2006, n. 4874, in *Società*, 2007, 703, con nota di Ianniello, aggiunge che non gioverebbe in senso contrario appellarsi al principio di continuità formale dei bilanci, che non giustifica certo il perpetuarsi dell'adozione di metodi di redazione poco chiari o imprecisi.

¹⁶ Su tale concetto v. *amplius* Racugno, *Venir meno della continuità aziendale e adempimenti pubblicitari*, in *Giur. Comm.*, 2010, I, 208 e in *Studi in onore di Umberto Belviso*, I, Bari, 2011, 153 e segg.; Paciello, *Riflessioni a proposito della continuità aziendale*, in *Riv. Dir. Comm.*, 2015, I, 345 e segg.

¹⁷ Che fa obbligo agli amministratori di dar conto della "evoluzione prevedibile della gestione" nella relazione accompagnatoria del bilancio.

¹⁸ Ma anche dalle Norme di comportamento del collegio sindacale di società non quotate elaborate dal Consiglio nazionale dei Dottori Commercialisti ed Esperti Contabili e in particolare dal-

l'art. 11.1.

¹⁹ Art. 2423 *bis*, 1° comma, n. 1, c.c.

²⁰ Art. 2490 e seg. c.c. e Principio contabile OIC 5.

²¹ Cfr. Trib. Milano, 9 novembre 2015, in *www.giurisprudenzadelleimprese.it*: "è da ritenersi contrario alla legge il bilancio che, in assenza di redditività del *business* durante l'esercizio trascorso e nell'attuale impossibilità della società di perseguire l'attività operativa prevista dall'oggetto sociale, risulti, ciò nonostante, redatto secondo i principi della 'continuità aziendale'".

²² La prima norma ammette la possibilità che il piano di liquidazione preveda l'esercizio provvisorio dell'impresa, o di suoi singoli rami, in funzione del miglior realizzo; l'art. 2490 c.c. consente di accedere ad una visione dinamica del bilancio, richiedendo l'indicazione separata delle poste interessate a tale visione, nonché delle ragioni e della prospettiva della continuazione. Anche il curatore può optare per l'esercizio provvisorio dell'impresa (art. 104 L. fall.).

²³ V. l'art. 14, lett. b) del d.d.l. delega per il riordino delle discipline della crisi di impresa e dell'insolvenza, approvato dal Consiglio dei Ministri il 10 febbraio 2016 e presentato l'11 marzo

Tali assetti non sono altro che una mera specificazione e presa d'atto della centralità dell'art. 2381 c.c.²⁴ e confermano la correttezza della tesi dottrinale che da tempo ne sostiene la natura transtipica e l'applicabilità anche alla s.r.l.²⁵ e, *de jure condendo*, finanche all'imprenditore individuale.

Di conseguenza anche lo studioso (e non solo l'operatore) del diritto dovrà "prendere confidenza e dimestichezza" con i concetti di equilibrio economico-finanziario e di continuità aziendale, che probabilmente in un prossimo futuro (complice la perdurante congiuntura economica negativa) sono destinati (se

non a prendere il posto) ad affiancare l'istituto, "sotto assedio", del capitale sociale²⁶.

La *vis expansiva* del diritto (e quello commerciale e senza dubbio all'avanguardia) – per dirla con le parole del presidente della Commissione che ha elaborato il progetto scaturito poi nel d.d.l. delega al Governo "per la riforma delle discipline della crisi di impresa e dell'insolvenza" – ha ormai "inglobato nozioni e parole appartenenti a discipline diverse: discipline dinanzi alle quali il giurista un tempo si ritraeva, mentre oggi è costretto a farle proprie, o comunque a misurarsi con esse in modo assai più diretto e ravvicinato"²⁷.

Pignoramento quota s.r.l.

Tribunale Milano, 13 giugno 2016 (decreto) – Giud. R.I. Riva Crugnola – Farina (conservatore R.I.) – Gnocchi (avv. Moscatelli) – Blu Italia Energia s.r.l. (avv. Timossi) – Blu Italia Investment s.p.a.

Società – Società a responsabilità limitata – Quota – Pignoramento – Notifica alla società – Irrilevanza

Il Giudice del Registro deve respingere la richiesta di cancellazione ex art. 2191 c.c. dell'iscrizione dell'atto di pignoramento per difetto di notifica alla società, che non costituisce di per sé adempimento necessario ad integrarne gli effetti tipici, in particolare nell'attuale contesto normativo in cui il libro soci ha perso valenza obbligatoria.

Omissis. – Il Giudice rilevato che il Conservatore ha chiesto la cancellazione ex art. 2191 c.c. dell'iscrizione dell'atto di pignoramento delle quote della s.r.l. BLU ITALIA ENERGIA di proprietà della s.p.a. BLU ITALIA INVESTMENT sul presupposto della carenza di notifica dell'atto di pignoramento alla s.r.l. e, quindi, della mancata osservanza della procedura prevista dall'art. 2471 c.c.; considerato, in primo luogo, che la questione pare riservata al Giudice dell'esecuzione, riguardando la pretesa nullità del titolo esecutivo che viene in discussione; ritenuto poi che, in ogni caso, anche laddove si dovesse pervenire a configurare la cognizione del Giudice del Registro in sede di c.d. controllo qualificatorio ex art. 2191 c.c. la richiesta non possa essere accolta, dovendosi condividere l'orientamento secondo il quale, nella peculiare forma di pignoramento

c.d. "documentale" disciplinata per le quote di s.r.l. dall'art. 2471 c.c., "la notifica [...] al debitore vale a produrre il vincolo di indisponibilità che sostanzia il pignoramento, che viene reso opponibile ai terzi con l'iscrizione nel Registro imprese" (cfr., in tal senso, in motivazione, Cass. n. 13903/2014), cosicché la notifica alla società le cui quote sono oggetto del pignoramento non risulta – tanto più nel contesto normativo attuale nel quale il libro soci ha perso valenza obbligatoria – di per sé adempimento necessario ad integrare gli effetti tipici del pignoramento e, come tale, presupposto necessario per l'iscrizione dello stesso nel Registro. – *Omissis.*

Tribunale Milano, 5 agosto 2016 (decreto) – Giud. R.I. Riva Crugnola – Farina (conservatore R.I.) – Zanasi (avv. Tafuro) – Riparbelli e Cias Acciai s.r.l. (avv. Giuggioli).

Società – Società a responsabilità limitata – Quota – Pignoramento – Cancellazione – Sentenza non passata in giudicato – Provvisoria esecutività

L'eseguibilità dell'ordine di cancellazione del pignoramento, contenuto in una sentenza provvisoriamente esecutiva ai sensi dell'art. 282 c.p.c. non è esclusa da alcuna espressa disposizione normativa – diversamente da quanto previsto per la cancellazione di ipoteca ai sensi dell'art. 2884 c.c. – ed è conforme ad altri indici normativi sul Registro delle imprese presenti nell'ordinamento (art. 2378 c.c.).

2016 alla Camera dei Deputati, che l'ha approvato il 1° febbraio 2017. Tale progetto è gemmato, per larga parte, dai lavori della c.d. "Commissione Rordorf".

²⁴ Sul tema è d'obbligo il richiamo alla recente opera collettanea diretta da Irrera, *Assetti adeguati e modelli organizzativi nella corporate governance delle società di capitali*, Bologna, 2016, *passim*.

²⁵ Cagnasso, *Gli assetti adeguati nella s.r.l.*, in *Il Nuovo Diritto delle Società*, 2014, fasc. 18, 8 e segg. e in *Assetti adeguati e modelli organizzativi nella corporate governance delle società di capitali*, cit., 578 e segg. e più di recente Id., *Il diritto societario della crisi fra passato e futuro*, Relazione al XXX Convegno di studio su "Le procedure concorsuali verso la riforma tra diritto italiano e diritto europeo", Courmayeur, 23-24 settembre 2016, reperibile sul sito www.fondazionecourmayeur.it.

²⁶ Non è questa la sede per ripercorrere il dibattito sull'efficacia

del capitale sociale quale strumento di tutela dei creditori. Sul punto ci si limita pertanto a rinviare al dialogo a distanza tra Enriques e Denozza, che riecheggia, sia pure con toni più pacati, i vecchi "botta e risposta" tra Bigiavi e Ascarelli, in quanto si snoda in repliche, controrepliche e ulteriori risposte. Cfr. Enriques-Macey, *Raccolta di capitale di rischio e tutela dei creditori: una critica radicale alle regole europee sul capitale sociale*, in *Riv. Società*, 2002, 78; Denozza, *A che serve il capitale?* (Piccole glosse a L. Enriques-J. R. Macey, *Creditors versus capital formation: the case against the european legal capital rules*), in *Giur. Comm.*, 2002, I, 585; Enriques, *Capitale sociale, informazione contabile e sistema del netto: una risposta a Francesco Denozza*, *ivi*, 2005, I, 607; Denozza, *Le funzioni distributive del capitale*, *ivi*, 2006, I, 489.

²⁷ Rordorf, *La continuità aziendale tra disciplina di bilancio e diritto della crisi*, in *Società*, 2014, 917.

Omissis. – Il Giudice [...] rilevato che, con nota depositata il 25.5.2016, il Conservatore del Registro delle imprese ha chiesto la cancellazione *ex art.* 2191 c.c. della cancellazione dell'iscrizione di pignoramento delle quote della s.r.l. CIAS ACCIAI di proprietà di Dorian Riparbelli, cancellazione quest'ultima disposta da sentenza del Tribunale di Monza pubblicata il 14.3.2016 ed eseguita dal Conservatore in esecuzione di tale ordine giudiziale ma poi segnalata come indebita dal creditore pignorante, Stefano Zanasi, in quanto effettuata sulla base di una sentenza non ancora passata in giudicato; sentiti *ex art.* 2191 c.c. gli interessati riguardo a tale richiesta; [...] considerato che la questione relativa al passaggio in giudicato della sentenza del Tribunale di Monza [...] non pare peraltro indispensabile ai fini che rilevano nella presente sede, posto che, anche ove la sentenza del Tribunale di Monza non dovesse essere ritenuta passata in giudicato, in ogni caso l'eseguibilità dell'ordine di cancellazione del pignoramento contenuto in tale sentenza, di per sé provvisoriamente esecutiva *ex art.* 282 c.p.c., non è esclusa da alcuna espressa previsione normativa che imponga il passaggio in giudicato di tal genere di sentenze per rendere esecutivo l'ordine in esse contenuto, e ciò a differenza di quanto espressamente disposto dall'art. 2884 c.c. per il caso di cancellazione di ipoteca, da eseguirsi solo quando sia ordinata da sentenza passata in giudicato, disposizione quest'ultima *ex art.* 2884 c.c. la quale, poi, non pare applicabile in via analogica quale espressione di un principio generale, il principio generale in tema di esecutività delle sentenze di primo grado dovendo oggi essere rinvenuto nell'art. 282 c.p.c., e, dunque, non potendo ritenersi presente, come sostenuto dallo Zanasi, una lacuna dell'ordinamento da colmarsi, ma dovendo semmai concludersi, come evidenziato dal Riparbelli, che il legislatore abbia consapevolmente omesso nel testo dell'art. 2471 c.c. ogni richiamo alla necessità di passaggio in giudicato delle sentenze che dispongano la cancellazione di pignoramento iscritto e successivamente accertato come nullo, in tal senso, del resto, deponendo altri indici normativi presenti nel sistema del Registro delle imprese, in particolare l'art. 2378 c.c. ultimo comma prevedendo espressamente l'iscrizione nel Registro delle imprese dei “dispositivi del provvedimento di sospensione e della sentenza che decide sull'impugnazione” di delibere assembleari societarie, senza fare alcuna menzione del passaggio in giudicato di tal genere di sentenze, anch'esse aventi contenuto di accertamento, sistema nel quale, dunque, ricorrono espressi casi di immediata iscrivibilità di sentenze di accertamento pur non passate in giudicato; ritenuto che per i motivi fin qui esposti la richiesta del Conservatore non possa trovare accoglienza, l'ordine di cancellazione disposto dalla sentenza del Tribunale di Monza risultando correttamente iscritto. – *Omissis.*

Il pignoramento di quote di s.r.l. al vaglio del Giudice del Registro

Il pignoramento di quote di s.r.l. I provvedimenti di rigetto in commento offrono il destro per soffermare l'attenzione sull'efficacia dell'iscrizione (il primo) e della cancellazione (il secondo) del pignoramento di una quota di s.r.l. presso il Registro delle imprese (sulla disciplina di quest'ultimo, vds., recentemente, Luoni e Cavanna, *Il Registro delle imprese, vent'anni*

dopo. Un panorama dottrinale, in *Giur. It.*, 2015, 4, 1016 e segg.).

L'iscrizione del pignoramento. Rinviando al Giudice dell'esecuzione sulla validità del titolo esecutivo oggetto della controversia, con la prima decisione che qui si annota, il Giudice del Registro – nell'ambito del controllo qualificatorio di cui all'art. 2191 c.c. – si è pronunciato sulla procedura prevista dall'art. 2471 c.c., e segnatamente sugli adempimenti necessari al fine di espropriare validamente una quota di s.r.l., *ivi* disciplinati (in argomento, *ex multis*, Cagnasso, *La società a responsabilità limitata*, in *Tratt. dir. comm.*, diretto da Cottino, Padova, 2007, 151 e segg.; Rainelli, *Il trasferimento della partecipazione*, in *Le nuove s.r.l.*, diretto da Sarale, Bologna, 2008, 324 e segg.; Dimundo, *Commento sub art. 2471*, in *Società a responsabilità limitata*, a cura di Bianchi, in *Commentario alla riforma delle società*, diretto da Marchetti, Bianchi, Ghezzi e Notari, Milano, 2008, 399 e segg.; Zanmarone, *Della società a responsabilità limitata*, in *Il Codice Civile. Commentario*, fondato da Schlesinger, Milano, 2010, 669 e segg.; Quaranta, *Commento sub art. 2471*, in *Codice della società a responsabilità limitata*, a cura di Cagnasso e Mambriani, Roma, 2015, 380 e segg., ove ampi riferimenti alla dottrina).

La norma consente di sottoporre ad espropriazione – testualmente – la “partecipazione”, involgendo, conseguentemente, “non soltanto il lato attivo del rapporto (come invece vorrebbe la regola generale dell'art. 2910 c.c., laddove si parla esclusivamente di «beni» come oggetto di espropriazione, e dunque di «diritti», ai sensi dell'art. 813 c.c.), ma anche il lato passivo” (cfr. Zanmarone, *op. cit.*, 669).

Focalizzando l'attenzione sul primo *step* del processo esecutivo, ovvero il pignoramento, il 1° comma dell'art. 2471 c.c. – diversamente dal previgente art. 2480 c.c., del tutto silente sul punto (vds., *ex multis*, sulla disposizione anteriore, Bonsignori, *Espropriazione della quota di società a responsabilità limitata*, Milano, 1961; Santini, *Commento sub art. 2480*, in *Società a responsabilità limitata*, in *Commentario Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1992, 145 e segg.; Dimundo, *op. cit.*, 401 e segg.) – distingue due fasi: la notifica al debitore-socio ed alla società, da un lato, e l'iscrizione presso il Registro delle imprese, dall'altro.

Com'è stato osservato, trattasi di “fondamentali correttivi” apportati al testo antecedente, che si traducono, per un verso, nell'assunzione della notifica al debitore “quale momento perfezionativo del vincolo e quanto agli effetti sostanziali *inter partes*”, e, per altro verso, nell'iscrizione del vincolo nel Registro delle imprese “quanto all'individuazione dello strumento per renderlo opponibile *erga omnes*,” [così Scotti, *Questioni ancora aperte (o semi aperte) circa le forme di attuazione dei vincoli su partecipazioni di società a responsabilità limitata*, in *Corriere Giur.*, 2012, 3, 395, a commento di Trib. Milano, 16 giugno 2011].

Nell'originaria versione del 2003, la norma, inoltre, imponeva agli amministratori di procedere “senza in-

dugio all'annotazione nel libro dei soci", a completamento di un procedimento di pignoramento di natura documentale.

Se la pubblicità presso il Registro delle imprese rilevava (e rileva, come ancora ribadito dal Tribunale di Milano) ai fini dell'opponibilità del pignoramento nei confronti dei terzi, "l'annotazione nel libro soci produce[va] i propri effetti nel contesto della società" (cfr. Cagnasso, *op. cit.*, 153; Dimundo, *op. cit.*, 416. In particolare, per Zanarone, *op. cit.*, 677, l'iscrizione presso il Registro delle imprese "sarà rilevante ai fini degli effetti che il pignoramento è chiamato ad esplicare verso [i terzi] ai sensi degli artt. 2913 e segg. c.c.". Tra le pronunce di merito, Trib. Campobasso, 14 giugno 2012, in banca dati *Pluris*, ha affermato che "la norma di cui all'art. 2471 c.c. deve essere letta ed interpretata in via sistematica con la più generale norma di cui all'art. 2193 c.c., la quale chiarisce che il rilievo dell'iscrizione presso il Registro delle imprese riguarda unicamente l'opponibilità ai terzi". Per Cass., 16 maggio 2014, n. 10826, in *CED Cassazione*, 2014, un pignoramento di quota di s.r.l., effettuato anteriormente alla riforma del diritto societario, "è opponibile al terzo acquirente della medesima se il trasferimento è iscritto nel libro dei soci successivamente alla notifica del pignoramento alla società, posto che l'acquirente viene in possesso della quota ed è messo nelle condizioni di esercitare i diritti inerenti lo *status* di socio solo dal momento dell'iscrizione").

Dal suddetto adempimento, posto in capo agli amministratori, traeva origine il correlato obbligo di notifica dell'atto di pignoramento anche alla società (cfr. Corsini, *Espropriazione della partecipazione*, in *Il nuovo processo societario. Commentario*, diretto da Chiarloni, Bologna, 2004, 1312; Dimundo, *op. cit.*, 416 e seg., per il quale, in tal modo, si rendeva "edotta" la società stessa "di un evento che, incidendo sulla composizione soggettiva della compagine sociale, produce effetti indiretti anche nei suoi confronti"; Rainelli, *op. cit.*, 326. In giurisprudenza, Trib. Udine, 18 febbraio 2013, in *Giur. It.*, 2013, 4, 864, con nota di Gobio Casali; in *Società*, 2013, 4, 463; in *ilcaso.it*).

Così strutturata, la novella formulazione dell'art. 2471, 1° comma, c.c., accoglie un'impostazione preconizzata, in passato, dalla dottrina (Bonsignori, *op. cit.*, 74 e segg.), e sulla quale parrebbe – il condizionale è d'obbligo – convergere ora l'opinione interpretativa maggioritaria (sul dibattito sussistente, *post* riforma, tra questa tesi e quella che propendeva per la forma del pignoramento verso terzi, cfr. Dimundo, *op. cit.*, 412 e segg. Nelle decisioni di merito, si sono espresse per la sussistenza di un "procedimento esecutivo *ad hoc*", Trib. Udine, 18 febbraio 2013, cit.; Trib. Milano, 20 maggio 2013, in *ilcaso.it*; Trib. Parma, 24 maggio 2013, in *Società*, 2013, 8-9, 997; in *ilcaso.it*; Trib. Rimini, 12 maggio 2016, in *ilcaso.it*; cui si aggiungono il Tribunale di Milano, nel provvedimento in commento, e, ancora di recente, Trib. Torino, ord., 10 ottobre 2016, in *giurisprudenzadellemprese.it*. Nella giurisprudenza di legittimità, in relazione ad un sequestro conservativo, si è statuito che

esso "si esegue non già nelle forme del pignoramento presso terzi, ma a mezzo dell'iscrizione del provvedimento nel Registro delle imprese, senza che sia assolutamente necessaria la notifica al debitore o alla società, quando quest'ultima sia stata parte del procedimento cautelare". Così Cass., 18 giugno 2014, n. 13903, in *Società*, 2015, 3, 343, con nota di Ferrari; in *ilcaso.it*. Per la forma del pignoramento presso terzi, cfr. Trib. Melfi, 13 gennaio 2010, in *Giust. Civ.*, 2010, 5, 1245; in una vicenda antecedente la riforma del diritto societario del 2003, Trib. Bologna, 25 gennaio 2008, in banca dati *Pluris*; laddove Trib. Pistoia, 8 marzo 2010, in banca dati *Pluris*, ne ha sostenuto la compatibilità con il dettato dell'art. 2471 c.c., atteso che "l'utilizzazione delle forme del pignoramento presso terzi, laddove sia seguita dalla successiva iscrizione nel Registro delle imprese, non ne stravolge affatto la disciplina, essendo sempre e comunque preceduta dalla notifica dell'atto sia al debitore che alla società").

Con la soppressione dell'obbligo di tenuta del libro soci nelle società a responsabilità limitata, è stato – correlatamente – adeguato il tenore dell'art. 2471, 1° comma, c.c., eliminando l'onere annotativo gravante sugli amministratori (ai sensi dell'art. 16, comma 12 *quinquies*, D.L. 29 novembre 2008, n. 185, convertito con modificazioni da L. 28 gennaio 2009, n. 2. Non dimeno, "l'abolizione dell'obbligo di tenuta del libro dei soci nelle s.r.l. non ne impedisce la facoltativa adozione per scelta statutaria", come puntualizzato dal Consiglio notarile di Milano, nella massima n. 115 del 10 marzo 2009).

(Segue). L'efficacia del pignoramento. Ed in questo contesto si colloca il provvedimento di rigetto del Giudice del Registro del Tribunale di Milano, con il quale è stata respinta la richiesta di cancellazione dell'atto di pignoramento da parte del conservatore, lamentata come violazione della procedura prevista dall'art. 2471 c.c.

Il venir meno dell'annotazione sul libro soci ha, definitivamente, ridimensionato la rilevanza della notifica alla società, atteso che – già anteriormente – questa era circoscritta ai rapporti endosocietari (Cagnasso, *op. cit.*, 153). Portando all'estremo un tale argomento, il Tribunale di Rimini ha statuito che "appare illogico continuare a richiedere la collaborazione degli organi sociali per l'attuazione del pignoramento, con il rischio per il creditore di soggiacere alle conseguenze della mancata collaborazione dell'organo amministrativo", ragion per cui "la soluzione del pignoramento «diretto» [...] può quindi ritenersi senz'altro più consona al canone dell'interpretazione letterale e sistematica della legge" (Trib. Rimini, 12 maggio 2016, cit. Inoltre, com'è stato rilevato in punto di procedura, l'intervento della società ai sensi dell'art. 547 c.p.c. risulterebbe "per larga parte superfluo", dal momento che "i legali rappresentanti della società fornirebbero informazioni già contenute nel Registro delle imprese, e dunque ricavabili da qualsiasi terzo tramite la semplice consultazione di questo", quali "la

circostanza che il debitore riveste la qualità di socio”, “il valore nominale della partecipazione di costui”, “i precedenti «eventuali atti dispositivi o cautelari» relativi alla quota”. Cfr. Briolini, *L'espropriazione della partecipazione sociale*, in *S.r.l. Commentario*, dedicato a Portale, a cura di Dolmetta e Presti, Milano, 2011, 388).

La notifica alla società dell'atto di pignoramento, se da un lato, pertanto, non risulta affatto essenziale al fine dell'efficacia di quest'ultimo, dall'altro non costituisce neppure un presupposto indefettibile per procedere validamente all'iscrizione presso il Registro delle imprese del vincolo sulla quota, come traspare dalla decisione in commento. Iscrizione che può essere effettuata tanto dal creditore pignorante – essendo questi il soggetto interessato ai sensi dell'art. 2189, 1° comma, c.c. – quanto dall'ufficiale giudiziario (cfr. Briolini, *op. cit.*, 390).

Sicché, nei confronti della società, la notifica avrebbe “una funzione informativa dell'avvio del processo esecutivo”, in particolare “affinché gli amministratori, venuto meno l'obbligo di annotare il gravame nel libro dei soci, si astengano dal distribuire utili – rilevanti come frutti della quota, che in base agli artt. 2912 c.c. e 492 c.p.c. sono compresi nel pignoramento – al titolare della partecipazione vincolata” (vds. Briolini, *op. cit.*, 390. In tal senso cfr. anche Piccinini, *Commento sub art. 2471*, in *Codice commentato delle s.r.l.*, a cura di Benazzo e Patriarca, Torino, 2006, 190).

La cancellazione del pignoramento. Spostando l'attenzione sul secondo dei provvedimenti in commento, il Giudice del Registro delle imprese si è pronunciato – all'estremo opposto – sulla cancellazione del pignoramento e, più precisamente, sulla provvisoria esecutività, ai sensi dell'art. 282 c.p.c., della sentenza che la disponga.

In primo luogo, il Tribunale evidenzia che non consta di alcuna previsione normativa che espressamente escluda l'eseguibilità dell'ordine di cancellazione contenuto in una sentenza ancora passibile di essere sottoposta a gravame.

A prima vista, parrebbe trattarsi di un vuoto normativo, che, tuttavia, non potrebbe essere colmato applicando in via analogica l'art. 2884 c.c., dedicato

specificamente alla cancellazione di ipoteca ordinata – tassativamente – “con sentenza passata in giudicato o con altro provvedimento definitivo emesso dalle autorità competenti”, (tra le altre decisioni, nella giurisprudenza di legittimità vds. Cass., 26 gennaio 1996, n. 584, in *Giur. It.*, 1996, I, 1, con nota di De Gregorio; più recentemente Cass., 20 novembre 2012, n. 20315, in *CED Cassazione*, 2012. Tra le decisioni di merito, cfr. Trib. Bari, 16 maggio 2005, in *Arch. Locazioni*, 2005, 669, con nota di Amendolagine).

Il silenzio del legislatore, al contrario, sarebbe intenzionale, dovendosi ammettere implicitamente la conseguente provvisoria esecutività della sentenza recante l'ordine di cancellazione, sul riflesso del principio – questo sì, di portata generale – scolpito all'art. 282 c.p.c.

Una conclusione, questa, suffragata da altre disposizioni normative disseminate nella disciplina delle società, come argomentato dal Tribunale di Milano con precipuo riferimento all'art. 2378, ult. comma, c.c., laddove si impone agli amministratori di richiedere l'iscrizione presso il Registro delle imprese dei “dispositivi del provvedimento di sospensione e della sentenza che decide sull'impugnazione” delle delibere assembleari delle società azionarie (adempimento, questo, valido anche qualora “la delibera impugnata non sia soggetta ad iscrizione”, al fine di “rendere opponibile ai terzi la sospensione o l'intervenuto annullamento della delibera”, come sottolineato da G.F. Campobasso, *Diritto commerciale. 2. Diritto delle società*, a cura di M. Campobasso, Torino, 2015, 349).

Il Tribunale di Milano, rigettando la richiesta di cancellazione ex art. 2191 c.c. della già trascritta cancellazione del pignoramento, ha sancito, pertanto, la validità di quest'ultima, discendente, indirettamente, dal disposto dell'art. 282 c.p.c. e confermata da analoghe disposizioni, prive, del pari, di riferimenti alla definitività della sentenza di accertamento ai fini dell'iscrizione nel Registro delle imprese. Un profilo della disciplina prevista dall'art. 2471 c.c., questo, pressoché ai margini del dibattito interpretativo, a differenza dell'efficacia dell'iscrizione dell'atto di pignoramento, al centro di opinioni ancora, in parte, contrastanti.

Giulia Garesio

Diritto del Lavoro

a cura di Mattia Persiani

con Emilio Balletti, Marina Brollo, Franco Carinci, Madia D'Onghia, Fiorella Lunardon, Valerio Maio e Michel Martone

Procedimento disciplinare e modalità dell'audizione personale

Cassazione civile, Sez. lav., 16 gennaio 2017, n. 855 – Pres. Venuti – Rel. Ghinoy – P.M. Sanlorenzo (diff.) – Q.T. C.F. (avv. Pellettieri) – Cotral (avv. Proia). *Rigetta il ricorso.*

Lavoro (rapporto) – Procedimento disciplinare – Diritto del lavoratore di essere sentito a sua discolpa insieme al rappresentante sindacale da lui designato

Quando il lavoratore incolpato chiede di essere sentito a sua difesa e di essere assistito da un rappresentante sindacale senza, però, chiedere l'audizione congiunta, la mancata presenza del rappresentante sindacale al colloquio del dipendente non costituisce violazione di legge. (Massima non ufficiale)

Omissis. – Come secondo motivo, il ricorrente deduce violazione degli artt. 47 e 53 del regolamento allegato al R.D. n. 148 del 1931 in relazione all'art. 7 dello Statuto dei lavoratori, ai principi di correttezza e buona fede nonché gli artt. 24 e 111 Cost. Ribadisce la violazione della procedura disciplinare sotto plurimi profili: in particolare, lamenta che il giudice di secondo grado avrebbe omesso di rilevare che CO.TRA.L. s.p.a. aveva violato il suo diritto di difesa, posto che non gli aveva consentito di presenziare all'incontro del (omissis) in occasione del quale era stato convocato ed ascoltato solo il suo rappresentante sindacale; non gli aveva consentito di essere assistito dal proprio rappresentante sindacale nel corso dell'audizione personale del 3 dicembre 2008; non gli aveva permesso di conoscere gli atti che lo accusavano, rinviando questa conoscenza alla sola fase giudiziaria. (*Omissis*).

Il fatto poi che il lavoratore non sia stato sentito contestualmente al proprio rappresentante sindacale (ma i due siano stati sentiti in momenti diversi) non integra di per sé una violazione delle dovute garanzie procedurali, considerato che nel caso vi era stata la designazione del rappresentante sindacale per l'assistenza nel procedimento disciplinare (resa possibile in virtù dell'accordo sindacale del 28 febbraio 2008, reso noto con l'ordine di servizio n. 51 del 21 marzo 2008), ma non una specifica richiesta di audizione congiunta, richiesta che non è stata formulata dal lavoratore neppure in occasione del proprio colloquio. La presenza del rappresentante sindacale al colloquio del dipendente non è del resto una garanzia indefettibile, neppure in virtù della L. n. 300 del 1970, art. 7, derivando solo da apposita richiesta (comma 3), considerato che il diritto di difesa in tale sede si traduce nella possibilità di far valere compiutamente la propria posizione e prospettazione e il

lavoratore è libero di discolparsi nelle forme da lui prescelte, oralmente o per iscritto, con l'assistenza o meno di un rappresentante sindacale (Cass. n. 12978 del 2011), ma la (eventuale) assistenza di questo non assume le medesime caratteristiche del processo penale, laddove è prevista una difesa tecnica (Cass. n. 5057/2016, n. 7143/2008, 8751/1996, 11430/2000). (*Omissis*).

P.Q.M.

La Corte rigetta il ricorso. – *Omissis*.

Un'ulteriore questione relativa al procedimento disciplinare

La sentenza annotata risolve un'ulteriore questione delle tante e complesse che, nel tempo, sono state suscitate e risolte con riguardo all'applicazione del combinato disposto del secondo e del terzo comma dell'art. 7, L. n. 300/1970.

A quanto risulta la questione è nuova non sembrando sia stata già affrontata in precedenza.

Trattasi della questione di sapere se il lavoratore incolpato che non solo ha chiesto di essere "sentito a sua difesa", ma ha anche chiesto di essere assistito da un rappresentante sindacale abbia, o no, diritto a che quest'ultimo partecipi con lui all'audizione ovvero se è sufficiente il rappresentante sindacale sia, comunque, sentito dal datore di lavoro, anche se in tempi diversi.

Orbene, la questione è stata decisa dalla sentenza annotata escludendo che l'audizione in tempi diversi del lavoratore incolpato e del rappresentante sindacale da lui designato faccia venir meno le garanzie procedurali previste dall'art. 7, L. n. 300/1970.

Esclusione motivata con due argomentazioni.

La prima argomentazione è costituita dalla constatazione che la presenza fisica del rappresentante sindacale al colloquio del dipendente non è una "garanzia indefettibile" considerato che, nel procedimento disciplinare, il diritto di difesa del lavoratore è esclusivamente limitato alla possibilità di far valere la propria posizione. Possibilità che non sarebbe condizionata né dalla forma con la quale il lavoratore scelga di difendersi, oralmente o per iscritto, né dall'assistenza, o no, di un rappresentante sindacale che, appunto, è facoltativa.

La seconda argomentazione è che il datore di lavoro, ascoltandolo separatamente dal rappresentante

sindacale, non avrebbe eliminato, né ridotto, la possibilità di difesa del lavoratore incolpato soltanto perché questo, nel momento in cui aveva designato il rappresentante sindacale che lo avrebbe dovuto assistere nel procedimento disciplinare, aveva ommesso di formulare una “specifica richiesta di audizione congiunta”, richiesta del resto che nemmeno venne formulata in occasione dell'audizione.

Pertanto, nel formulare queste argomentazioni, i giudici di legittimità sono stati orientati dall'insegnamento giurisprudenziale, oramai costante, secondo il quale l'assistenza del rappresentante sindacale, anche quando sia stata chiesta, “non assume le medesime caratteristiche del processo penale, laddove è prevista una difesa tecnica”.

Orbene, è netta l'impressione che la questione, così come era stata posta, non riguardava l'interpretazione del secondo e del terzo comma dell'art. 7, L. n. 300/1970.

Ed infatti, da un lato, non si discuteva del diritto del lavoratore incolpato di essere “sentito a sua difesa”, né del suo diritto ad essere assistito dal rappresentante sindacale da lui designato.

D'altro lato, nemmeno veniva in discussione che quella del rappresentante sindacale sia, o no, una “difesa tecnica” con la conseguenza che nemmeno è stato sollevato il problema di sapere se esistevano i presupposti per lamentare violazione della garanzia costituzionale di cui al secondo comma dell'art. 24 Cost.

Senonché, è accaduto che, non dovendosi affrontare nuovi problemi riguardanti l'interpretazione della disciplina legislativa che prevede e regola il procedimento disciplinare, non è sembrato necessario assegnare rilevanza alle modalità con le quali il rappresentante sindacale aveva concorso alla difesa del lavoratore incolpato, assistendolo.

Ed invece, una più attenta considerazione della situazione oggetto della decisione avrebbe dovuto rendere avvertiti di ciò che, una volta il lavoratore abbia esercitato il diritto di essere “sentito a sua difesa” e chiesto l'assistenza di un rappresentante sindacale, i limiti e la funzione di quell'assistenza non possono, e non devono, essere individuati avendo esclusivo riguardo alla natura del procedimento disciplinare (cfr. n. 2).

Certo, il rappresentante sindacale non può partecipare al procedimento disciplinare se non sia stato richiesto e ciò per il necessario rispetto della libertà sindacale (primo comma dell'art. 39 Cost.) che impone di rimettere alle insindacabili valutazioni individuali del lavoratore incolpato chiedere, o no, quell'assistenza.

Tuttavia, una volta che il lavoratore abbia eseguito la sua scelta optando per l'assistenza del rappresentante sindacale, è inevitabile che la funzione di quest'ultimo, ancorché non abbia nulla a che fare con la “difesa tecnica” (e anzi proprio per questo), diventa essenziale al fine di realizzare la tutela garantita dalla legge.

Ciò perché, come è stato correttamente avvertito in dottrina, quella del rappresentante sindacale non è una difesa professionale, ma è un'“assistenza che si avvale della speciale conoscenza che il rappresentante

ha degli aspetti cruciali del rapporto e del quadro individuale e collettivo nel quale il procedimento è sorto, nonché della sua peculiare attitudine alla negoziazione” (M. Del Conte, *Il procedimento disciplinare*, in *Trattato di diritto del lavoro*, diretto da Persiani e Carinci, IV, I, Padova, 2012, pag. 892).

Peraltro, viene da dire che questo avvertimento equipara le peculiari caratteristiche funzionali proprie dell'assistenza sindacale nel procedimento disciplinare a quelle che, nella comune esperienza, sono proprie dell'azione sindacale in generale che, com'è noto, si esplica su dimensioni che, riguardando la disciplina dei trattamenti normativi e retributivi, possono attingere ai livelli della politica sociale, ma assai raramente riguardano questioni propriamente tecnico-giuridiche.

Orbene, a mio sommo avviso, è proprio a ragione di queste peculiari caratteristiche funzionali che l'assistenza del rappresentante sindacale diventa essenziale e, quindi, deve essere necessariamente assegnata rilevanza anche alle modalità con le quali quell'assistenza è esercitata.

Ed infatti, l'assistenza del rappresentante sindacale, da un lato, diventa essenziale in conseguenza dell'inedefittibile esigenza che le funzioni di tutti gli elementi del procedimento disciplinare siano correttamente attuate in quanto poste a tutela della stessa personalità morale del lavoratore.

D'altro lato, questa esigenza è resa più cogente della constatazione che quel procedimento è gestito dal datore di lavoro che è pur sempre “parte” e non “terzo imparziale” onde non assume la posizione di “giudice” e non è richiesta una “difesa tecnica”.

Orbene, il rappresentante sindacale, con la sua esperienza tecnica e con la conoscenza che si presume abbia della struttura dell'organizzazione aziendale, è in grado di valutare a pieno il senso e la portata delle contestazioni disciplinari di cui si discute e, quindi, di argomentare e rafforzare le argomentazioni difensive del lavoratore incolpato. Soprattutto, però, la sua posizione nei confronti del datore di lavoro è sicuramente più forte di quella del lavoratore incolpato e, al tempo stesso, ha l'attitudine alle trattative e, quindi, ad individuare e a gestire anche soluzioni alternative o di compromesso.

Ne deriva che, in assenza di problemi di interpretazione della legge, il vero problema che attendeva soluzione era quello di sapere se l'aver sentito il lavoratore incolpato in tempi diversi, e quindi separatamente, dal rappresentante sindacale designato abbia, infatti, impedito, o no, l'effettiva realizzazione della funzione che la legge assegna a quella assistenza.

E, da questo punto di vista, sarebbe stato ragionevole sospettare che l'essere stato sentito in tempi diversi dal rappresentante sindacale abbia impedito al lavoratore di utilizzare a pieno quella assistenza.

Sospetto che avrebbe dovuto essere suscitato già dalla constatazione che l'assistenza del rappresentante sindacale non è una “difesa tecnica” per la quale potrebbero essere irrilevanti le modalità temporali del suo esercizio, ma è assistenza che, avendo anche ri-

svolti psicologici e umani, è condizionata da quelle modalità.

Quell'assistenza, infatti, deve poter essere esercitata non solo per supplire al probabile *deficit* di esperienze tecniche e di conoscenze legali del lavoratore incolpato, ma anche per rassicurarlo e per aiutarlo a superare, nel colloquio, anche l'imbarazzo derivante dalla sua soggezione al potere aziendale.

Ma, se così fosse, da un lato, sarebbe stato da ritenere irrilevante il fatto che era mancata una "specificata richiesta di audizione congiunta" ben potendosi ritenere che quella richiesta è implicita in quella di essere assistito da un rappresentante sindacale proprio a ragione delle caratteristiche e della funzione di quella assistenza.

D'altro lato, sarebbe stato necessario verificare se

l'audizione separata avesse impedito al rappresentante sindacale di dare, nei fatti, effettiva assistenza al lavoratore incolpato.

La ricerca di queste soluzioni avrebbe imposto, però, una valutazione di fatto, come tale, non consentita in sede di legittimità, ma che, ove non fosse stata già eseguita, a suo tempo, dai giudici del merito, avrebbe dovuto comportare, non tanto il rigetto del ricorso del lavoratore, quanto il rinvio ad un nuovo giudice.

Oltretutto, quest'ultimo potrebbe tener conto anche delle ragioni per cui il rappresentante designato non ha denunciato l'esistenza di una condotta antisindacale.

Mattia Persiani

Licenziamento per giustificato motivo oggettivo

Cassazione civile, Sez. lav., 13 giugno 2016, n. 12101 – Pres. Venuti – Rel. Manna – P.M. Celentano (diff.) – C.D. (avv. Agosto) – Teknalsystems s.r.l. (avv. Giampà). *Cassa con rinvio App. Catanzaro, 4 settembre 2012.*

Lavoro (rapporto) – Licenziamento – Giustificato motivo oggettivo – Illegittimità – Obbligo di *repêchage* – Oneri di allegazione e prova del datore di lavoro – Sussistenza – Onere di allegazione del lavoratore – Insussistenza

*In tema di licenziamento, il lavoratore ha solo l'onere di provare l'illegittimità del recesso datoriale dal rapporto di lavoro a tempo indeterminato in assenza di giusta causa o di giustificato motivo, mentre sul datore grava l'onere di allegare e provare il fatto estintivo del diritto azionato, vale a dire l'effettiva sussistenza delle ragioni legittimanti il licenziamento. In particolare, nel caso di licenziamento per giustificato motivo oggettivo, il datore di lavoro ha l'onere di allegare e provare non solo la soppressione del reparto o della posizione lavorativa cui era adibito il dipendente licenziato, ma anche l'impossibilità di *repêchage* in mansioni equivalenti e l'assenza di nuove assunzioni, per un congruo periodo di tempo successivo al recesso, di lavoratori in posizioni lavorative professionalmente analoghe a quella del dipendente licenziato. Va invece escluso un onere del lavoratore di segnalare postazioni di lavoro analoghe per la sua utile riallocazione. (Massima non ufficiale).*

Omissis. – *Motivi della decisione.* 1 – Il primo motivo denuncia violazione e falsa applicazione degli artt. 2697 c.c., 3 e 5 legge n. 604/66, 8 comma 1 legge n. 223/91 e 15 co. 6 legge n. 264/49, nonché vizio di motivazione, per avere la Corte territoriale sostanzialmente ribaltato l'onere probatorio a carico del lavoratore, nella parte in cui ha considerato tardiva perché sollevata solo in appello e comunque irrilevante l'eccezione di nuove assunzioni intervenute dopo il licenziamento per cui è causa: si obietta a riguardo in ricorso che, lungi dal trattarsi di eccezione di cui sia onerato il lavoratore, la circostanza costituisce –

invece – oggetto di prova gravante sul datore di lavoro, che deve dimostrare di non avere nuovi assunti o di averli destinati a mansioni incompatibili con quelle espletate dal dipendente licenziato, di cui deve altresì dimostrare l'impossibilità di ricollocazione in altre posizioni lavorative.

Con il secondo motivo si lamenta violazione e falsa applicazione degli artt. 1175, 2103, 2697 c.c., 5 commi 1 e 2 legge n. 223/91, 3 e 5 legge n. 604/66, nonché vizio di motivazione, per avere la sentenza impugnata trascurato che il ricorrente era stato trasferito al reparto pesatura solo pochi mesi prima della soppressione della relativa posizione di lavoro, a dimostrazione del fatto che tale mobilità intraziendale era stata preconstituita al fine di espellerlo dal ciclo lavorativo, a maggior ragione considerando che per la sua anzianità ultradecennale, maturata anche in altri reparti aziendali, egli era capace di svolgere le mansioni proprie di altri suoi colleghi di quarto livello, rispetto ai quali non era stata effettuata alcuna comparazione nella scelta del personale da licenziare.

2 – Il primo motivo di doglianza è fondato, con conseguente assorbimento del secondo.

Si premetta che la vicenda in esame concerne un licenziamento individuale per giustificato motivo oggettivo (come tale qualificato fin dalla sentenza di primo grado, di guisa che sono fuori luogo i riferimenti normativi alla legge n. 223/91 che si leggono in ricorso) e che non si ravvisa il difetto di autosufficienza dell'impugnazione eccepito dalla controricorrente, risultando già dalla gravata pronuncia gli elementi idonei alla disamina del primo motivo.

Del pari non sussiste inammissibilità od improcedibilità alcuna del ricorso in oggetto sol perché (secondo quanto eccepito dalla controricorrente) proposto a fini di reintegra nel posto di lavoro dopo che, in forza delle statuizioni di primo grado, il lavoratore aveva optato per il pagamento delle 15 mensilità ex art. 18 co. 5 Statuto: infatti, ex art. 336 cpv. c.p.c. la riforma della sentenza di primo grado estende i propri effetti anche ai provvedimenti e agli atti dipendenti dalla pronuncia riformata e fra questi ultimi rientrano pure le eventuali opzioni esercitate ex art. 18 co. 5 Statuto.

Operate queste premesse, si muova dal rilievo che, per costante giurisprudenza di questa Corte Suprema maturata in tema di licenziamento per giustificato motivo oggettivo, il datore di lavoro ha l'onere di provare non solo la soppressione del reparto o della posizione lavorativa cui era adibito il dipendente licenziato (a tal fine non bastando un

generico ridimensionamento dell'attività imprenditoriale), ma anche l'impossibilità di una sua utile riallocazione in mansioni equivalenti a quelle da ultimo espletate.

In altre parole, deve provare l'impossibilità del suo c.d. *repêchage*, giustificandosi il recesso solo come *extrema ratio* (cfr., ad esempio, Cass. n. 13116/15; Cass. n. 13112/14; Cass. n. 7381/10; Cass. n. 11720/09 e numerose altre conformi).

Sempre questa Corte Suprema ha avuto modo di statuire altresì che il dipendente licenziato per giustificato motivo oggettivo, se non ha il diritto di essere comparato ad altri colleghi di lavoro affinché la scelta del licenziamento cada su uno di loro, nondimeno ha quello di pretendere che il datore di lavoro (su cui incombe il relativo onere) dimostri la concreta riferibilità del licenziamento individuale a iniziative collegate ad effettive ragioni di carattere produttivo o tecnico-organizzativo e che dimostri l'impossibilità di utilizzarlo in altre mansioni compatibili con la qualifica rivestita, in relazione al concreto contenuto professionale dell'attività cui era precedentemente adibito (cfr., per tutte, Cass. n. 7620/98).

In breve, secondo costante giurisprudenza, per la validità d'un licenziamento per giustificato motivo oggettivo non basta che esso sia l'effetto della soppressione del reparto o del posto di lavoro cui era addetto il lavoratore, ma è necessario che l'azienda sia impossibilitata al suo *repêchage*, ossia non abbia come riutilizzarlo, consideratane la professionalità raggiunta (cfr., ancora, Cass. n. 18416/13), in altra posizione lavorativa e/o in altra dipendenza aziendale analoga a quella soppressa.

Il relativo onere probatorio grava sul datore di lavoro, cui incombe anche la prova di non avere effettuato, per un congruo periodo di tempo dopo il recesso, nuove assunzioni in qualifiche analoghe a quella del lavoratore licenziato (cfr., ex pluribus, Cass. n. 13112/14 e Cass. n. 21579/08).

Nel caso di specie l'impugnata sentenza, dopo aver ritenuto riferibile il licenziamento del ricorrente alla soppressione della posizione lavorativa cui era adibito presso il reparto pesatura, ha statuito di non dover verificare la circostanza di nuove assunzioni effettuate per l'esercizio di mansioni analoghe a quelle di C.D. in quanto la relativa eccezione sarebbe stata, oltre che tardiva perché sollevata solo in appello, comunque irrilevante per mancata allegazione, da parte del lavoratore, del fatto che tali nuove assunzioni avrebbero riguardato il settore cui il ricorrente era assegnato.

In proposito l'errore in cui è incorsa la Corte territoriale è duplice: da un lato ha qualificato l'affermazione delle nuove assunzioni come eccezione, mentre si tratta di una mera circostanza di fatto oggetto della prova (negativa, nei termini di cui sopra si è detto) gravante sul datore di lavoro; dall'altro, ha addossato al lavoratore l'onere di allegare tale circostanza, che invece rientra nell'onere probatorio (e quindi, a monte, nel presupposto onere di allegazione) dell'azienda.

Allo stesso modo l'impugnata sentenza ha ritenuto di non dover verificare l'impossibilità del c.d. *repêchage* dell'odierno ricorrente in base al rilievo che costui non avrebbe individuato altre postazioni lavorative in azienda ove avrebbe potuto essere utilmente riallocato, così sollevando dal relativo onere probatorio il datore di lavoro.

Quest'ultima asserzione si basa su una consistente ed antica – ancorché tralaticia – giurisprudenza di questa Corte Suprema (cfr. Cass. n. 19923/15; Cass. n. 4920/14; Cass. n. 25197/13; Cass. n. 18025/12; Cass. n. 11775/12; Cass. n. 6501/12; Cass. n. 3040/11; Cass. n. 7381/10; Cass. n. 6559/10; Cass. n. 22417/09; Cass. n. 21579/08; Cass. n. 4068/08; Cass. n. 12769/05; Cass. n. 10916/04; Cass. n. 12037/03; Cass. n. 8396/02; Cass. n. 13134/2000; Cass. n. 9768/98; Cass. n. 9369/93), secondo cui, in materia di licenziamento

per giustificato motivo oggettivo determinato da ragioni tecniche, organizzative e produttive, l'onere del datore di lavoro di provare l'impossibilità di una differente utilizzazione del lavoratore in mansioni diverse da quelle precedentemente svolte è sostanzialmente condizionato a che lo stesso lavoratore-attore collabori con il convenuto nell'accertamento di un possibile reimpiego, indicando gli altri posti in cui potrebbe essere utilmente riallocato.

Si tratta d'un orientamento interpretativo che, rimeditato alla luce delle considerazioni di coerenza dogmatica e sistematica che seguono, questa Corte condividendo il principio espresso anche dalla recentissima Cass. n. 5592/16 ritiene di non dover mantenere.

Esigere che sia il lavoratore licenziato a spiegare dove e come potrebbe essere ricollocato all'interno dell'azienda significa, se non invertire sostanzialmente l'onere della prova (che – invece – l'art. 5 legge n. 604/66 pone inequivocabilmente a carico del datore di lavoro), quanto meno divaricare fra loro onere di allegazione e onere probatorio, nel senso di addossare il primo ad una delle parti in lite e il secondo all'altra, una scissione che non si rinviene in nessun altro caso nella giurisprudenza di legittimità.

Invece, alla luce dei principi di diritto processuale, onere di allegazione e onere probatorio non possono che incombere sulla medesima parte, nel senso che chi ha l'onere di provare un fatto primario (costitutivo del diritto azionato o impeditivo, modificativo od estintivo dello stesso) ha altresì l'onere della relativa compiuta allegazione (sull'impossibilità di disgiungere fra loro onere di allegazione e relativo onere probatorio gravante sulla medesima parte v., ex Cass. n. 21847/14).

E siccome il creditore, provata la fonte legale o negoziale del proprio diritto, ha poi solo l'onere di allegare l'altrui inadempimento, mentre il debitore deve provare i fatti impeditivi, modificativi od estintivi della pretesa azionata (cfr., per tutte, Cass. S.U. n. 13533/01 e successiva conforme giurisprudenza), così nel campo specifico che ne occupa – il lavoratore, creditore della reintegra, una volta provata l'esistenza d'un rapporto di lavoro a tempo indeterminato risolto dal licenziamento intimatogli, deve solo allegare l'altrui inadempimento, vale a dire l'illegittimo rifiuto di continuare a farlo lavorare oppostogli dal datore di lavoro in assenza di giusta causa o giustificato motivo, mentre su questi incombe allegare e dimostrare il fatto estintivo, vale a dire l'effettiva esistenza d'una giusta causa o d'un giustificato motivo di recesso. E in tale ultimo fatto estintivo (cioè nel giustificato motivo oggettivo di licenziamento) della cui prova è onerato il datore di lavoro rientra pure l'impossibilità del c.d. *repêchage* (come da costante giurisprudenza sopra ricordata).

Merita una rivisitazione critica anche l'unico fondamento teorico della precedente giurisprudenza – qui non condivisa – su cui si è basata la sentenza impugnata.

Infatti, non appare ipotizzabile un dovere dell'attore di cooperare con il convenuto affinché questi assolva all'onere probatorio che gli è proprio (dovere di cooperare che non figura menzionato in nessuna altra ipotesi nella giurisprudenza di questa Corte): il dovere di cooperazione fra le parti del rapporto opera solo sul piano sostanziale (v. artt. 1175 e 1206 c.c.), non su quello processuale, ispirato – invece – ad una leale, ma pur sempre dialettica, contrapposizione. Dunque, appare fuori dal sistema l'ipotesi ermeneutica che l'attore debba in qualche modo collaborare con il convenuto per facilitarli la prova riducendogli l'area del *thema probandum* mediante apposite allegazioni.

Deve notarsi – per altro – che la conclusione qui accolta

non espande oltre misura l'onere di allegazione e prova del datore di lavoro in tema di impossibilità del c.d. *repêchage* perché, una volta escluso (alla stregua del costante insegnamento di questa Corte sopra ricordato) che il lavoratore licenziato abbia il diritto di essere comparato ad altri colleghi di lavoro affinché la scelta del licenziamento cada su uno di loro, la prova dell'impossibilità del c.d. *repêchage* in sostanza si risolve nell'agevole dimostrazione di non avere posizioni lavorative scoperte o di averne in mansioni non equivalenti per il tipo di professionalità richiesta, queste ultime eventualmente già ricoperte o destinate ad esserlo mediante nuove assunzioni.

Né l'individuazione, da parte del lavoratore, delle alternative possibilità di riutilizzo all'interno dell'azienda può intendersi come onere di contestazione (del giustificato motivo oggettivo), in mancanza del quale non sorge l'avverso onere probatorio. Un assunto del genere costituirebbe inesatta applicazione del principio di non contestazione che governa il rito speciale e ora, dopo la novella dell'art. 115 c.p.c. ad opera dell'art. 45 legge n. 69/09, anche quello ordinario.

Infatti, già puramente e semplicemente negando, nell'atto introduttivo del giudizio, l'esistenza d'una giusta causa o d'un giustificato motivo di licenziamento il lavoratore-creditore allega l'altrui inadempimento e, nel contempo, preventivamente nega il fatto estintivo (la giusta causa o il giustificato motivo, appunto) che verrà poi eccepito da parte datoriale, con conseguente fissazione di quello che sarà il *thema probandum*. E che giusta causa o giustificato motivo costituiscano fatti estintivi dell'altrui pretesa di proseguire il rapporto lavorativo (e non già che la loro mancanza integri fatto costitutivo del diritto del lavoratore) si evince dall'art. 5 legge n. 604/66, che attribuisce al datore di lavoro l'onere probatorio a riguardo, così implicitamente qualificando giusta causa e giustificato motivo come fatti estintivi.

Ed è proprio l'art. 5 legge n. 604/66 che induce ad escludere che l'onere della prova dell'impossibilità di adibire il lavoratore a mansioni analoghe e quelle svolte in precedenza sia posto, anche solo in via mediata, a carico del lavoratore sotto forma di onere di segnalare analoghe postazioni di lavoro cui essere assegnato (cfr. in tal senso Cass. n. 8254/92, richiamata più di recente da Cass. n. 4460/15).

Né può dirsi che l'impossibilità del *repêchage* costituisca autonomo fatto estintivo rispetto all'esistenza di ragioni tecniche, organizzative e produttive tali da determinare la soppressione d'un dato posto di lavoro e, come tale, richieda un'apposita autonoma contestazione da parte del lavoratore: si tratta – invece di due aspetti del medesimo fatto estintivo (il giustificato motivo oggettivo, appunto), fra loro inscindibili perché l'uno senza l'altro inidoneo a rendere valido il licenziamento (alla stregua della costante giurisprudenza sopra richiamata).

Pertanto, avendo il lavoratore già preventivamente negato una giusta causa o un giustificato motivo di recesso, non deve formulare altra specifica contestazione a fronte delle contrarie allegazioni.

In altre parole, la contestazione da parte del convenuto dei fatti già affermati o già negati nell'atto introduttivo del giudizio non ribalta sull'attore l'onere di "contestare l'altrui contestazione", dal momento che egli ha già esposto la propria posizione a riguardo.

Diversamente, il processo si trasformerebbe in una sorta di gioco di specchi contrapposti che rinviano all'infinito le immagini riflesse, per cui ciascuna parte avrebbe sempre

l'onere di contestare l'altrui contestazione e così via, in una sorta di agone dialettico in cui prevale l'ultimo che contesti (magari con mera formula di stile) l'avverso dedotto (come già osservato da Cass. n. 18046/14).

Ad analoghe conclusioni si perviene ove ci si ponga sotto la visuale della vicinanza alla concreta possibilità dell'allegazione, non diversamente da quanto accade, in materia di individuazione della parte onerata della prova, con l'utilizzo del principio di riferibilità o di vicinanza ad essa (per una delle sue molteplici applicazioni v., di recente, Cass. n. 1665/16).

Invero, mentre il lavoratore non ha accesso (o non ne ha di completo) al quadro complessivo della situazione aziendale per verificare dove e come potrebbe essere riallocato, il datore di lavoro ne dispone agevolmente, sicché è anche più vicino alla concreta possibilità della relativa allegazione.

E ciò è ancor più vero se si considera che, all'atto del licenziamento per giustificato motivo oggettivo determinato da ragioni di carattere produttivo o tecnico-organizzativo, il riassetto aziendale è ancora tutto in divenire: ciò rende persino più difficile, per il dipendente, attingere alle informazioni (già di per sé quantitativamente e qualitativamente inferiori a quelle del datore di lavoro che tale riassetto abbia deciso) atte ad identificare concrete alternative postazioni ove essere utilmente ricollocabile.

3 – In conclusione, va accolto il primo motivo di ricorso, con assorbimento del secondo. Consegua la cassazione della sentenza in relazione al motivo accolto e il rinvio, anche per le spese del presente giudizio di legittimità, alla Corte d'appello di Reggio Calabria, che dovrà, nell'ordine, verificare:

a) se il licenziamento di C.D. sia stato effettivamente conseguenza d'un riassetto tecnico-organizzativo o produttivo del reparto cui era adibito;

b) se e quali nuovi assunzioni siano state eventualmente effettuate dalla T. s.r.l. per un congruo periodo di tempo successivo al licenziamento per cui è causa e se ciò abbia riguardato lavoratori addetti a mansioni equivalenti – per il tipo di professionalità richiesta a quelle espletate dall'odierno ricorrente, senza limitarsi unicamente a confrontare il suo livello di inquadramento contrattuale con quello applicato ad eventuali nuovi assunti, atteso che le declaratorie contrattuali possono condividere aree di confine e dipendere dalla maggiore o minore anzianità di servizio;

c) se al momento del licenziamento fossero presenti in azienda altre posizioni lavorative in cui, sempre per il tipo di professionalità richiesta, fosse utilmente ricollocabile l'odierno ricorrente;

d) se l'assegnazione di C.D. al reparto pesatura sia stata preordinata al fine di espellerlo dal ciclo lavorativo.

Nel farlo dovrà attenersi ai seguenti principi di diritto:

"Il lavoratore, creditore della reintegra, una volta provata l'esistenza d'un rapporto di lavoro a tempo indeterminato risolto dal licenziamento intimatogli, deve solo allegare l'altrui inadempimento, vale a dire l'illegittimo rifiuto di continuare a farlo lavorare oppostogli dal datore di lavoro in assenza di giusta causa o giustificato motivo, mentre su questi incombe allegare e dimostrare il fatto estintivo del diritto azionato, vale a dire l'effettiva esistenza d'una giusta causa o d'un giustificato motivo di recesso". "In tema di licenziamento per giustificato motivo oggettivo, il datore di lavoro ha l'onere di allegare e provare la soppressione del reparto o della posizione lavorativa cui era adibito il dipendente licenziato (a tal fine non bastando un generico ridimensionamento dell'attività imprenditoriale), l'impossibilità di una sua utile riallocazione in mansioni equivalenti a

quelle da ultimo espletate (impossibilità del c.d. repêchage) e l'assenza di nuove assunzioni, per un congruo periodo di tempo successivo al licenziamento, di lavoratori addetti a mansioni equivalenti – per il tipo di professionalità richiesta – a quelle espletate dal dipendente licenziato”. “Poiché onere di allegazione e onere probatorio non possono che incombere sulla medesima parte, nel senso che chi ha l'onere di provare un fatto primario (costitutivo del diritto azionato o impeditivo, modificativo od estintivo dello stesso) ha altresì l'onere della relativa compiuta allegazione, non incombe sul lavoratore l'onere di segnalare postazioni di lavoro – analoghe a quella soppressa e alla quale era adibito – cui essere utilmente riallocato” – *Omissis*.

Cassazione civile, Sez. lav., 11 ottobre 2016, n. 20436 – Pres. Di Cerbo – Rel. Lorito – P.M. Finocchi Ghersi (diff.) – D.R. (avv. Seminara) – Kursaal s.r.l. *Cassa con rinvio App. Palermo, 13 settembre 2013*.

Lavoro (rapporto) – Licenziamento – Giustificato motivo oggettivo – Illegittimità – Obbligo di repêchage – Oneri di allegazione e prova del datore di lavoro – Sussistenza – Onere di allegazione del lavoratore – Insussistenza

In tema di licenziamento per giustificato motivo oggettivo, spetta al datore di lavoro l'allegazione e la prova dell'impossibilità di repêchage del lavoratore licenziato, in quanto requisito di legittimità del recesso datoriale, senza che sul lavoratore incomba alcun onere di allegazione dei posti assegnabili. (Massima non ufficiale).

Omissis. – *Motivi della decisione*. Con il primo motivo il ricorrente denuncia omessa, insufficiente e contraddittoria motivazione su di un punto decisivo per il giudizio e violazione e falsa applicazione di norme di diritto. Lamenta che la Corte distrettuale abbia disposto non corretta applicazione degli artt. 3 e 5 l. 604/66 ritenendo che egli non avesse adeguatamente cooperato all'accertamento di un possibile repêchage mediante l'allegazione di altri posti di lavoro nei quali poteva essere utilmente ricollocato. Deduce che la Corte territoriale ha sostanzialmente ribaltato a carico del lavoratore un onere probatorio che grava per intero sul datore di lavoro, il quale deve dimostrare di non avere nuovi assunti o di averli destinati a mansioni incompatibili con quelle espletate dal dipendente licenziato, di cui deve altresì comprovare l'impossibilità di ricollocazione in altre posizioni lavorative, equivalenti o anche inferiori a quelle in precedenza espletate.

Con il secondo motivo deduce violazione e falsa applicazione dell'art. 210 c.p.c.. Lamenta che il giudice dell'impugnazione abbia respinto l'istanza di acquisizione della documentazione relativa ai contratti di lavoro dei dipendenti della società nel periodo controverso onde verificare la possibilità di adibire il lavoratore a diverse mansioni, in violazione del principio della vicinanza della prova.

Fondato è il primo motivo di ricorso con conseguente assorbimento del secondo.

Per un ordinato iter motivazionale, si impongono talune considerazioni di ordine generale con riferimento al licenziamento per giustificato motivo oggettivo, con il quale il legislatore ha disciplinato le ipotesi in cui si presenta la necessità di sopprimere determinati posti di lavoro a causa di scelte attinenti all'attività produttiva, all'organizzazione

del lavoro e al regolare funzionamento di essa (L. 15 luglio 1966 n. 604 art. 3).

È stato al riguardo affermato che compete al giudice – il quale non può, invece, sindacare la scelta dei criteri di gestione dell'impresa, espressione della libertà di iniziativa economica tutelata dall'art. 41 Cost. – il controllo in ordine all'effettiva sussistenza del motivo addotto dal datore di lavoro, in ordine al quale la parte datoriale ha l'onere di provare, anche mediante elementi presuntivi ed indiziari, l'effettività delle ragioni che giustificano l'operazione di riassetto (cfr. ex plurimis, Cass. 14/5/2012 n. 7474, Cass. 11/7/2011 n. 15157). Sotto il medesimo versante, va considerato che la dimostrazione della effettività delle ragioni sottese al provvedimento espulsivo, non è sufficiente da sola ad integrare gli estremi del giustificato motivo oggettivo, essendo necessaria la prova della inutilizzabilità del lavoratore in altre posizioni equivalenti, secondo un consolidato principio giurisprudenziale che inverte la tesi del licenziamento come *extrema ratio*.

Con risalente orientamento, questa Corte ha, infatti, avuto modo di affermare il principio in base al quale il datore di lavoro ha l'onere di provare, con riferimento all'organizzazione aziendale esistente all'epoca del licenziamento e anche attraverso fatti positivi, tali da determinare presunzioni semplici (come il fatto che i residui posti di lavoro riguardanti mansioni equivalenti fossero stabilmente occupati da altri), la impossibilità di adibire utilmente il lavoratore in mansioni diverse da quelle che prima svolgeva, giustificandosi il recesso solo come “*extrema ratio*” (v. Cass. 14/6/1999 n. 5893, Cass. 5/12/2000 n. 15451, Cass. 20/5/2009 n.11720).

Ai fini della legittimità dello stesso, sul datore di lavoro incombe, dunque, l'onere probatorio inerente sia alla concreta riferibilità del licenziamento a iniziative collegate ad effettive ragioni di carattere produttivo – organizzativo, sia alla impossibilità di utilizzare il lavoratore in altre mansioni compatibili con la qualifica rivestita, in relazione al concreto contenuto professionale dell'attività cui il lavoratore stesso era precedentemente adibito (cfr., ex plurimis, in motivazione, Cass. 13/8/2008 n. 21579), potendo l'onere in questione ricondursi al generale principio della buona fede, che impone a ciascun contraente di soddisfare i propri interessi nel modo meno pregiudizievole per la controparte, come sottolineato da avvertita dottrina.

Ciò premesso, deve ritenersi che gli approdi ai quali è pervenuta la Corte distrettuale in tema di obbligo di repêchage, non siano condivisibili.

Essi si fondano, perverso, su orientamento giurisprudenziale, indubbiamente consolidato, che, in materia di licenziamento per giustificato motivo oggettivo, sostanzialmente condiziona l'onere del datore di lavoro di provare l'impossibilità di una differente utilizzazione del lavoratore in mansioni diverse da quelle precedentemente svolte, a che lo stesso lavoratore-attore collabori con il convenuto nell'accertamento di un possibile reimpiego, indicando gli altri posti in cui potrebbe essere utilmente riallocato. Si tratta di orientamento che è stato oggetto di rimediazione in recenti arresti di questa Corte (vedi Cass. 13/6/2016 n. 12101, Cass. 22/3/2016 n. 5592, Cass. 4/12/2015 n. 4460), ai quali si intende dare continuità, per le considerazioni di seguito esposte.

Sul piano processuale, si impone l'evidenza che l'opzione adottata dal giudice del merito in tema di repêchage con riguardo all'onere di allegazione e collaborazione da parte del lavoratore, si risolve in una sostanziale inversione dell'onere probatorio – che invece l'art. 5 legge n. 604/66 pone inequivocabilmente a carico del datore di lavoro –, divari-

quando onere di allegazione e onere probatorio, nel senso di addossare il primo ad una delle parti in lite e il secondo all'altra, laddove detti oneri non possono che incombere sulla medesima parte, nel senso che chi ha l'onere di provare un fatto primario (costitutivo del diritto azionato o impeditivo, modificativo od estintivo dello stesso) ha altresì l'onere della relativa compiuta allegazione (sull'impossibilità di disgiungere fra loro onere di allegazione e relativo onere probatorio gravante sulla medesima parte v., ex aliis, Cass. cit. n. 12101/2016, Cass. 15/10/2014 n. 21847).

Nell'ottica descritta, va quindi rimarcato come la tesi che configura a carico del lavoratore l'onere di segnalare una sua possibilità di riallocazione nell'ambito dell'assetto organizzativo aziendale, non appare coerente con la lettera e la ratio che sorregge l'art. 5 legge n. 604/66, secondo cui l'onere della prova circa l'impossibilità di adibire il lavoratore a mansioni analoghe e quelle svolte in precedenza è posto a carico della parte datoriale, con esclusione di ogni incombenza, anche solo in via mediata, a carico del lavoratore (cfr. in tal senso Cass. 7/7/1992 n. 8254, richiamata più di recente da Cass. 5/3/2015 n.4460).

In tal senso appare pertinente la considerazione che come il creditore, provata la fonte legale o negoziale del proprio diritto, ha poi solo l'onere di allegare l'altrui inadempimento, mentre il debitore deve provare i fatti impeditivi, modificativi od estintivi della pretesa azionata (cfr., per tutte, Cass. S.U. 30/10/2001 n. 13533 e successiva conforme giurisprudenza), così – nel campo specifico che ne occupa – il lavoratore, creditore della reintegra, una volta provata l'esistenza d'un rapporto di lavoro a tempo indeterminato risolto dal licenziamento intimatogli, deve solo allegare l'altrui inadempimento, vale a dire l'illegittimo rifiuto di continuare a farlo lavorare oppostogli dal datore di lavoro in assenza di giusta causa o giustificato motivo, mentre su questo incombe allegare e dimostrare il fatto estintivo, vale a dire l'effettiva esistenza d'una giusta causa o d'un giustificato motivo di recesso (in tali sensi, in motivazione, vedi Cass. 13/6/2016 n. 12101). E in tale ultimo fatto estintivo (cioè nel giustificato motivo oggettivo di licenzia-

mento) della cui prova è onerato il datore di lavoro rientra pure l'impossibilità del c.d. *repêchage*.

Non può sottacersi, del resto, che il risalente ed innanzi descritto orientamento, non si palesa coerente con quella linea evolutiva della giurisprudenza in tema di onere della prova, qui condivisa, che va accentuando il principio della vicinanza della prova, inteso come apprezzamento dell'effettiva possibilità per l'una o per l'altra parte di offrirla (vedi ex plurimis, Cass. 9/11/2006 n.23918, Cass. 4/5/2012 n.6799, Cass. 29/1/2016 n. 1665, Cass. 31/3/2016 n.6209).

Invero, mentre il lavoratore non ha accesso (o non ne ha di completo) al quadro complessivo della situazione aziendale per verificare dove e come potrebbe essere riallocato, il datore di lavoro ne dispone agevolmente, sicché è anche più vicino alla concreta possibilità della relativa allegazione e prova.

Dalle superiori argomentazioni discende quindi che la pronuncia impugnata, non si palesa coerente con gli enunciati principi in tema di *repêchage*, giacché, dopo aver ritenuto riferibile il licenziamento del ricorrente alla soppressione della posizione lavorativa cui era adibito, per essere stata oggetto di esternalizzazione, ha statuito che il lavoratore non aveva assolto agli oneri di collaborazione nel l'accertamento di un possibile *repêchage*, "mediante l'allegazione dell'esistenza di altri posti di lavoro nei quali egli poteva essere utilmente ricollocato, conseguendo a tale allegazione l'onere del datore di lavoro di provare la non utilizzabilità nei posti predetti".

Consegue da quanto sinora detto, la cassazione della sentenza in relazione al motivo accolto e il rinvio, anche per le spese del presente giudizio di legittimità, alla Corte d'appello di Palermo in diversa composizione affinché, nel riesaminare la questione, e disponendo anche in ordine alle spese del presente giudizio di cassazione, applichi il seguente principio di diritto: in materia di licenziamento per giustificato motivo oggettivo, spetta al datore di lavoro l'allegazione e la prova dell'impossibilità di *repêchage* del dipendente licenziato, in quanto requisito di legittimità del recesso datoriale, senza che sul lavoratore incomba alcun onere di allegazione dei posti assegnabili. – *Omissis*.

Licenziamento per giustificato motivo oggettivo tra impossibilità di *repêchage* ed oneri probatori

Maria Rosalia Megna*

Con le due sentenze in commento, la Suprema Corte ribadisce l'indirizzo inaugurato con la sentenza n. 5592 del 22 marzo 2016, secondo cui, in tema di licenziamento per giustificato motivo oggettivo, la dimostrazione dell'impossibilità di *repêchage* del lavoratore licenziato grava sul solo datore di lavoro, non potendosi disgiungere oneri di allegazione e oneri di prova.

Il "fermento" giurisprudenziale in materia di *repêchage*

A breve distanza di tempo, la Suprema Corte è tornata ad occuparsi del tema del *repêchage* del lavoratore licenziato per giustificato motivo oggettivo¹.

Le due pronunzie in commento si pongono nel medesimo solco della corrente interpretativa tornata alla

ribalta con la sentenza n. 5592 del 22 marzo 2016, secondo cui grava interamente sul datore di lavoro l'onere di allegare e provare l'impossibilità di un utile reimpiego del dipendente licenziato per ragioni economico-aziendali, senza alcuna cooperazione del lavoratore sul piano processuale². Si tratta di una posizione che si scosta radicalmente dal consolidato orientamento sostenuto dalla prevalente giurisprudenza di

* Il contributo è stato sottoposto, in forma anonima, alla valutazione di un referee.

¹ La Cassazione era già di recente intervenuta sull'argomento con due sentenze di segno opposto: Cass., 22 marzo 2016, n. 5592 in *Giur. It.*, 5, 2016, 1164, con nota di M. Persiani, *Licenziamento*

per giustificato motivo oggettivo e obbligo di *repêchage*, *ibid.*, 1166 e segg.; *contra*, Cass., 10 maggio 2016, n. 9467, in *Guida Lav.*, 2016, n. 25, 17.

² Cass., 22 marzo 2016, n. 5592, cit., 1165.

merito e di legittimità³, in base al quale, ai fini del *repêchage*, sebbene spetti al datore di lavoro l'onere di dimostrare l'impossibilità di diversa utilizzazione del dipendente licenziato, anche quest'ultimo è tenuto a collaborare mediante l'allegazione dell'esistenza di altri posti di lavoro compatibili con la professionalità acquisita.

I recenti arresti giurisprudenziali denotano la costante attenzione su un tema tanto delicato quanto controverso come il *repêchage* con soluzioni che, se da una parte dividono giurisprudenza e dottrina⁴, dall'altra inducono ad una stimolante riflessione che contribuisce alla continua evoluzione del "diritto vivente" su tale punto⁵.

I casi oggetto delle due pronunce

Nella specie, la Cassazione si è pronunciata su due vicende sostanzialmente analoghe, aventi ad oggetto l'impugnazione del licenziamento intimato dalla società datrice per giustificato motivo oggettivo a seguito della soppressione della posizione lavorativa del dipendente licenziato per effetto di un riassetto organizzativo connesso alla riduzione dei risultati economici aziendali.

In entrambi i casi, le Corti territoriali – rispettivamente di Catanzaro e di Palermo – avevano rigettato il ricorso dei lavoratori ricorrenti – la prima in riforma della sentenza di primo grado, la seconda in conferma della decisione di rigetto del Tribunale di Palermo – ritenendo legittimo il licenziamento per giustificato motivo oggettivo giusta dimostrazione, da parte delle aziende, dell'avvenuta soppressione del posto di lavoro in conseguenza della riorganizzazione aziendale, trascurando tuttavia la mancata prova datoriale in or-

dine all'impossibilità di riallocazione del lavoratore (cd. *repêchage*) e alla circostanza di nuove assunzioni effettuate dopo il licenziamento.

Dolendosi di tali vizi, i lavoratori hanno proposto ricorso per cassazione, denunciando l'indebita inversione dell'onere della prova gravante per intero sul datore di lavoro.

Le due vicende processuali si sono concluse innanzi alla Suprema Corte con l'accoglimento del ricorso del lavoratore e con la cassazione della sentenza impugnata con rinvio. In particolare, ritenendo fondate le doglianze dei lavoratori, la Corte di legittimità ha rimarcato l'inscindibilità degli oneri di allegazione e di prova che, in tema di licenziamento per giustificato motivo oggettivo, gravano sul solo datore di lavoro, senza alcuna collaborazione da parte del lavoratore in punto di allegazione.

Gli incerti confini dell'obbligo di *repêchage*

Per approfondire la questione oggetto delle sentenze annotate, concernente il riparto dell'onere probatorio in caso di licenziamento per ragioni economiche ed impossibilità di utile reimpiego del lavoratore, è opportuno soffermarsi sulla correlazione tra giustificato motivo oggettivo di recesso ed obbligo di *repêchage*⁶, in quanto – come si vedrà – la problematica in argomento presuppone l'interpretazione della fattispecie legale di cui all'art. 3 della L. n. 604/1966 che – come noto – fa riferimento a "ragioni inerenti all'attività produttiva, all'organizzazione del lavoro e al regolare funzionamento di essa"⁷.

L'obbligo di *repêchage* è stato coniato dalla giurisprudenza proprio a partire dalla fattispecie legale del giustificato motivo oggettivo⁸ nell'esigenza di ope-

³ Cfr. Cass., 10 maggio 2016, n. 9467, cit.; Trib. Pescara, Sez. Lav., 22 gennaio 2016, n. 990, *Red. Giuffrè* 2016, *DeJure*; Id. Teramo, 14 ottobre 2015, n. 874, *ibid.*; Cass., 12 febbraio 2014, n. 3224, in *Guida Dir.*, 2014, 12, 73; Id., 23 ottobre 2013, n. 24037, in *Giur. It.*, 8-9, 2014, 1960 e segg., con nota di L. Confessore, *Il licenziamento per giustificato motivo oggettivo: repêchage e demansionamento*, *ibid.*, 1964 e segg., nonché in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2014, 2, II, 296, con nota di D. Zanetto, *Licenziamento per giustificato motivo oggettivo e controllo da parte del giudice*, *ibid.*, 296 e segg.; Id. 1 agosto 2013, n. 18416, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2, 2014, II, 231 e segg., con nota di N. Frasca, *Giustificato motivo oggettivo e obbligo di repêchage: quando il datore procede a nuove assunzioni dopo il licenziamento*, *ibid.*, 231 e segg.; Id., 2 gennaio 2013, n. 6, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2013, 4, II, 778 e segg. con nota di S. Brun, *L'obbligo di repêchage tra elaborazione giurisprudenziale e recenti riforme*, 781 e segg.; Id., 13 giugno 2012, n. 9656, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 1, 2013, II, 67, con nota di Falsone, *Sul cd. obbligo di repêchage e la "dequalificazione contrattata"*, *ibid.*, 73 e segg.; Id. 26 aprile 2012, n. 6501, in *Riv. Crit. Dir. Lav.*, 2012, 552, con nota di Serrano; Id. 8 febbraio 2011, n. 3040, *Giust. Civ. Mass.*, 2011, 2, 198 e in *Rep. Foro It.*, voce "Lavoro (Rapporto)", 2011, 1245; Id., 22 ottobre 2009, n. 22417, in *Giust. Civ. Mass.*, 2009, 10, 1483; Id. 23 giugno 2005, n. 13468, in *Guida Lav.*, 2005, 31; Id., 1 giugno 2005, n. 11678, in *Guida Lav.*, 2005, 47; Id., 2 aprile 2004, n. 6556, in *Mass. Giur. Lav.*, 2004, 110, 543; Id. 23 ottobre 2001, n. 13021, in *Mass. Giur. Lav.*, 2001, 1249; Id., 23 ottobre 1998, n. 10559, in *Mass. Giur. Lav.*, 1999, 159; Id., 14 settembre 1995, n. 9715, in *Mass. Giur. Lav.*, 1996, 88.

⁴ M. Persiani, *Licenziamento per giustificato motivo*, cit., 1166. Cfr. altresì C. Pisani, *La fattispecie: giusta causa e giustificato motivo oggettivo di licenziamento*, in F. Carinci (a cura di), *Il Lavoro subordinato, tomo III – Il rapporto individuale di lavoro estinzione e garanzie dei diritti*, *Trattato di diritto privato diretto da M. Bessone*, XXIV, Torino, 2007, 127 e segg., spec. 137.

⁵ Nel senso che l'obbligo di *repêchage* costituisce "diritto vivente", cfr. G. Santoro-Passarelli, *Il licenziamento per giustificato motivo e l'ambito della tutela risarcitoria*, in *ADL*, 2, 2013, 236.

⁶ La letteratura sul g.m.o. di licenziamento e sul *repêchage* è sconfinata: cfr. S. Brun, *Il licenziamento economico tra esigenze dell'impresa e interesse alla stabilità*, Padova, 2012, spec. 240 e segg.; S. Varva, *Sindacato giudiziale e motivo oggettivo di licenziamento*, in *DLRI*, 2011, III, 447 e segg.; M.V. Ballestrero, *Sub art. 2119 c.c.*, in O. Cagnasso-A. Vallebona (a cura di), *Dell'impresa e del lavoro, artt. 2119-2187 c.c. Commentario del Codice Civile diretto da E. Gabrielli*, Milano, 2013, 55 e segg.; C. Pisani, *La fattispecie: giusta causa e giustificato motivo oggettivo ...*, cit., 133 e segg.;

⁷ Per la nozione di g.m.o., si rimanda a V. Di Cerbo, *Sub art. 3, Legge n. 604 del 1966*, in G. Amoroso, V. Di Cerbo, A. Maresca (a cura di), *Diritto del lavoro. Lo Statuto dei lavoratori e la disciplina dei licenziamenti*, II, III ed., Milano, 2009, 1459.

⁸ Ad avviso di accorta dottrina, tuttavia, l'obbligo in argomento non avrebbe fondamento normativo: cfr. sul punto M. Novella, *Dubbi e osservazioni critiche sul principio di insindacabilità delle scelte economico-organizzative dell'imprenditore*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2004, II, 791, in nota a Cass., 9 marzo 2004, n. 4790, *ibid.*,

rare un contemperamento tra l'interesse del lavoratore alla conservazione del posto di lavoro, espresso dagli artt. 4 e 41, 2° comma, Cost., e l'interesse del datore di lavoro di autodeterminare la propria attività d'impresa alla luce della libertà d'iniziativa economica riconosciuta dall'art. 41 Cost.⁹. Da qui l'idea che il licenziamento, specialmente quello intimato per motivi economico-aziendali, debba costituire l'*extrema ratio* e, come tale, debba ritenersi valido e legittimo solo se non sia altrimenti evitabile¹⁰, giudicandosi in tal caso prevalente l'interesse imprenditoriale su quello alla conservazione del posto di lavoro¹¹.

In questa delicata operazione, il giustificato motivo oggettivo definito dall'art. 3, L. n. 604/1966, costituisce il "punto di equilibrio" ottimale di un bilanciamento compiuto dallo stesso legislatore, il cui superamento rende illegittima la libertà di iniziativa economica del datore che si sostanzia nel licenziamento del lavoratore¹². Senonché, proprio il rimando normativo a generiche "ragioni inerenti all'attività produttiva, all'organizzazione del lavoro e al regolare funzionamento di essa", offre amplissimi margini d'interpretazione della fattispecie e della sua applicazione in concreto, a causa dell'elasticità che la connota e la rende

atta a ricoprire potenzialmente tutta una vastissima varietà di scelte imprenditoriali¹³. Per gli interpreti, in particolare i giudici, chiamati ad operare in concreto tale contemperamento di interessi, si pone pertanto il problema di individuare il giustificato motivo oggettivo di licenziamento verificando la sussistenza o meno dei suoi presupposti essenziali, ancorché sia ormai pacifico che, per quanto pregnante, il controllo del giudice non possa spingersi fino a sindacare il merito delle scelte economiche ed organizzative del datore di lavoro – quanto ad opportunità, convenienza ed onerosità – pena la violazione dell'art. 41 Cost. che riconosce all'imprenditore la libertà di decidere in autonomia gli assetti produttivi ed organizzativi aziendali ritenuti più confacenti¹⁴.

Movendo dunque dall'idea del licenziamento come *extrema ratio*¹⁵, la giurisprudenza è giunta ad enucleare così un obbligo di *repêchage* a carico del datore che receda per giustificato motivo oggettivo al fine di tentare l'estremo "salvataggio" dell'interesse del lavoratore alla conservazione del posto di lavoro mediante un suo utile reimpiego in altre mansioni compatibili con la qualifica rivestita per il tipo di contenuto professionale dell'attività svolta. In tal modo, però, si è

789 e segg.; M. Persiani, *Diritto del lavoro e autorità del punto di vista giuridico*, in *Argomenti Dir. Lav.*, 2000, 34. A favore della rintracciabilità del *repêchage* all'interno del sistema giuridico, cfr. P. Tullini, *Riforma della disciplina dei licenziamenti e nuovo modello giudiziale di controllo*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 1, 2013, I, 168; S. Brun, *L'obbligo di repêchage tra elaborazione giurisprudenziale e recenti riforme*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 4, 2013, 783.

⁹ Cass., 23 ottobre 2013, n. 24037, cit., 1961-1962, con nota di L. Confessore; Id., 13 giugno 2012, n. 9656, cit., 72, con nota di Falsone; Cass., 11 aprile 2003, n. 5777 in *Mass. Giur. Lav.*, 2003, 668, con nota di Santini; M. Papaleoni, *Sub art. 3, L. 15.06.1966 n. 604*, in R. De Luca Tamajo-O. Mazzotta, M. Grandi-G. Pera (a cura di), *Commentario Breve alle Leggi sul lavoro. Breviaria Juris fondati da G. Cian-A. Trabucchi*, Padova, 2013, 921; M.V. Ballestrero, *Sub art. 2119 c.c.*, cit., 56; C. Pisani, *La fattispecie: giusta causa e giustificato motivo oggettivo ...*, cit., 128.

¹⁰ Cfr. Cass., 26 marzo 2010, n. 7381, in *Giust. Civ. Mass.*, 2010, 3, 448. Cfr. altresì, L. Confessore, *Il licenziamento per giustificato motivo oggettivo ...*, cit., 1967, in nota a Cass., 23 ottobre 2013, n. 24037, cit.; M.V. Ballestrero, *Sub art. 2119 c.c.*, cit., 57; C. Pisani, *La fattispecie: giusta causa e giustificato motivo oggettivo ...*, cit., 134; M. Persiani, *Licenziamento per giustificato motivo ...*, cit., 1166; M. Papaleoni, *Sub art. 3, L. 15.06.1966 n. 604*, cit., 921. La tesi del licenziamento *extrema ratio* è stata sostenuta in dottrina, specialmente nei primi anni di introduzione della L. n. 604/1966 e dell'art. 18, L. n. 300/1970: cfr. M. Napoli, *La stabilità reale del posto di lavoro*, Milano, 1980, 315.

¹¹ Il licenziamento si può considerare giustificato quando il sacrificio dell'interesse del lavoratore alla conservazione del posto di lavoro è "ragionevole", vale a dire non contrastante con i valori di giustizia sociale espressi dagli artt. 4 e 41, 2° comma, Cost.; in tal caso, la "bilancia può dunque pendere dalla parte della libertà di iniziativa economica": cfr. M.V. Ballestrero, *Sub art. 2119 c.c.*, cit., 56, che tuttavia avverte sulle derive rigoristiche dell'applicazione giurisprudenziale di detta tesi in cui affonda le radici l'onere di *repêchage* (cfr. M.V. Ballestrero, *op. ult. cit.*, 60).

¹² C. Pisani, *La fattispecie: giusta causa e giustificato motivo oggettivo ...*, cit., 134.

¹³ Cfr. M. Papaleoni, *Sub art. 3, L. 15.06.1966 n. 604*, cit., 920. Per C. Ponterio, *Il licenziamento per motivi economici*, in *Argomenti Dir. Lav.*, 1, 2013, 75, la disposizione in parola, quale "nor-

ma elastica", "non definisce il giustificato motivo oggettivo attraverso il riferimento ad un fatto individuato nei suoi elementi materiali tipici (...)", ma "descrive la fattispecie sostanziale attraverso il riferimento alle ragioni economiche". Secondo C. Pisani, *Certezza del diritto e flessibilità*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2003, I, 67, la norma citata rientra tra le "norme generali", atteso che la fattispecie descrive delle ipotesi definite in modo generico mediante una categoria riassuntiva, appunto sintetizzata dagli interpreti nel "giustificato motivo oggettivo". Per una critica alla tesi del giustificato motivo oggettivo come "clausola generale", cfr. L. Nogler, *La disciplina dei licenziamenti individuali nell'epoca del bilanciamento tra i "principi" costituzionali*, in *Giornale Dir. Lav. e Rel. Ind.*, 2007, 651 e segg.

¹⁴ A tal riguardo la giurisprudenza ha chiarito che "non è sindacabile nei suoi profili di congruità e opportunità la scelta imprenditoriale che abbia comportato la soppressione del settore lavorativo, del reparto o del posto, se risultano l'effettività e il carattere non pretestuoso del riassetto organizzativo": cfr. Cass., 7 gennaio 2002, n. 88, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2003, II, 108 e in *Giur. It. Mass.*, 2002, 15. Più di recente, cfr. Cass., 21 luglio 2016, n. 15082, in *Dir. & Giust. on line* 2016, con nota di I. Leverone; Id. 23 ottobre 2013, n. 24037, cit., 1961-1962; Id., 1 agosto 2013, n. 18416, cit., 236, con nota di N. Frasca; Id., 3 ottobre 2012, n. 17087 in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2013, II, 633, con nota di A. Russo-mando; Cass., 30 novembre 2010, n. 24235 in *Giust. Civ. Mass.*, 2010, 11, 1529; Id., 13 agosto 2008, n. 21579, in *Mass. Giur. Lav.*, 2009, 159, con nota di C. Pisani; Cass., 17 dicembre 2007, n. 26563 in *Dir. & Giust. on line* 2007; Id., 2 ottobre 2006, n. 21282, in *Guida Lav.*, 2006, 30; Id., 1 giugno 2005, n. 11678, in *Guida Lav.*, 2005, 35, 47; Id., 4 novembre 2004, n. 21121, in *Dir. e Giust.*, 2004, 45, 120; Id., 7 gennaio 2004, n. 28, in *Guida Lav.*, 2004, 9, 39; Id., 23 giugno 1998, n. 6222, in *Rep. Foro It.*, 1998, voce "Lavoro (rapporto)", 1608; Id., 13 ottobre 1997, n. 9967, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 1998, II, 327 con nota di Pizzoferrato e in *Rep. Foro It.*, 1998, voce "Lavoro (rapporto)", 1615. In dottrina, cfr. M.V. Ballestrero, *Sub art. 2119 c.c.*, cit., 58; C. Pisani, *La fattispecie: giusta causa e giustificato motivo oggettivo ...*, cit., 127; R. Pessi, *Lezioni di diritto del lavoro*, Torino, 2012, 362; V. Di Cerbo, *Sub art. 3, Legge n. 604 del 1966*, cit., 1476-1477.

¹⁵ Si veda Cass., 26 marzo 2010, n. 7381, cit., 448; Id., 20 maggio 2009, n. 11720 in *Guida Dir.*, 2009, 5, 798.

ampliata la portata della fattispecie di cui all'art. 3 della L. n. 604/1966 di guisa che, ai fini della legittimità del licenziamento, consolidata giurisprudenza conclude nel senso di ritenere insufficiente la sola prova delle ragioni economiche sottese al licenziamento, incombente sul datore di lavoro per espressa previsione normativa di cui all'art. 5 della medesima legge, richiedendosi anche la dimostrazione della impossibilità di un diverso utilizzo del dipendente licenziato per impedire il *repêchage*¹⁶.

In dottrina, una siffatta applicazione giurisprudenziale del citato art. 3 continua a suscitare non pochi dubbi e dissensi, stante la potenziale invadenza dei giudici nell'ambito delle scelte organizzative imprenditoriali¹⁷, senza tacersi peraltro che in questo modo viene reso ancor più stringente l'onere probatorio già gravante sul datore di lavoro ai sensi del successivo art. 5.

Ad avviso della prevalente giurisprudenza, infatti, ferma restando la libertà datoriale di modificare gli assetti organizzativi, il datore di lavoro è tenuto a provare sia l'esistenza delle concrete ragioni produttive ed organizzative sottese al licenziamento, vale a dire l'effettiva soppressione del posto cui era addetto il lavoratore¹⁸, il nesso causale tra il licenziamento e le ragioni aziendali a monte dello stesso e, infine, l'impossibilità del *repêchage*, ossia l'inutilizzabilità *aliunde* del dipendente licenziato¹⁹. Parimenti consolidato è, sotto altro profilo, il principio secondo cui il lavoratore licenziato non può pretendere di comparare la

propria posizione con quelle degli addetti ai posti residui, adducendo asserite discriminazioni²⁰, a meno che la decisione imprenditoriale coinvolga indistintamente un gruppo di lavoratori tra loro fungibili, in quanto solo in tal caso il datore avrà l'onere di provare di avere selezionato con criteri di buona fede il dipendente licenziato²¹.

Le due pronunce annotate sono in linea con le conclusioni sopra ricordate, conformandosi sotto tale profilo al costante orientamento giurisprudenziale maggioritario che esige dal datore di lavoro la prova delle circostanze legittimanti il licenziamento, ivi compresa l'impossibilità di reimpiegare utilmente il lavoratore licenziato in analoghe posizioni lavorative.

La Suprema Corte torna dunque a rimarcare la necessità che, ai fini della prova della sussistenza del giustificato motivo oggettivo, il datore di lavoro dimostri in primo luogo l'effettiva soppressione del posto di lavoro, con la precisazione che a tal riguardo non è sufficiente la prova di un generico ridimensionamento dell'attività imprenditoriale²², né ci si può limitare alla dimostrazione di tale circostanza occorrendo, in secondo luogo, tanto la prova della concreta riferibilità del licenziamento alle scelte aziendali collegate alle effettive ragioni di carattere produttivo o tecnico-organizzativo, quanto la prova dell'impossibilità del diverso utilizzo del dipendente licenziato in altre mansioni professionalmente compatibili, così come anche la prova di non aver assunto, per un congruo periodo di tempo dopo il licenziamento, altri lavoratori addetti

¹⁶ In giurisprudenza, cfr. *ex plurimis*, Cass., 22 marzo 2016, n. 5592, cit., 1164, con nota di M. Persiani; Id., 8 marzo 2016, n. 4509, in *Giust. Civ. Mass.*, 2016; Id., 23 ottobre 2013, n. 24037, cit., 1960 e segg., con nota di L. Confessore; Id., 26 marzo 2010, n. 7381, cit., 448; Id., 22 ottobre 2009, n. 22417, cit., 1483; Id., 7 luglio 2004, n. 12514, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2004, II, 838; Id., 16 maggio 2003, n. 7717, in *Mass. Giur. Lav.*, 2003, 698; Id., 11 aprile 2003, n. 5777, *ibid.*, 668; Id., 7 gennaio 2002, n. 88, cit.; Id., 23 ottobre 2001, n. 13021, cit., 1249; Id., 14 settembre 1995, n. 9715, cit., 88. Cfr. inoltre L. Confessore, *Il licenziamento per giustificato motivo oggettivo ...*, cit., 1967; M.V. Ballestrero, *Sub art. 2119 c.c.*, cit., 60; C. Pisani, *La fattispecie: giusta causa e giustificato motivo oggettivo ...*, cit., 133; V. Di Cerbo, *Sub art. 3, Legge n. 604 del 1966*, cit., 1466.

¹⁷ Per tali riflessioni cfr. M. Novella, *Dubbi e osservazioni critiche ...*, cit., 791, secondo cui il *repêchage* sarebbe incompatibile con il principio di insindacabilità delle scelte imprenditoriali; M.V. Ballestrero, *Sub art. 2119 c.c.*, cit., 60; M. Persiani, *Diritto del lavoro e autorità ...*, cit., 34; M. Persiani, *Licenziamento per giustificato motivo ...*, cit., 1168; L. Confessore, *Il licenziamento per giustificato motivo oggettivo ...*, cit., 1967.

¹⁸ L'ipotesi tipica di soppressione del posto ricorre senz'altro quando il datore di lavoro abolisce le mansioni del lavoratore, o almeno quelle caratterizzanti la sua posizione lavorativa, ma si tende ad includere nel giustificato motivo oggettivo anche l'ipotesi del riassetto organizzativo attuato per una più economica gestione dell'impresa. In giurisprudenza, cfr. Cass., 21 luglio 2016, n. 15082, cit.; Id., 23 ottobre 2013, n. 24037, cit., 1961, con nota di L. Confessore; Id., 6 luglio 2012, n. 11402, in *Giust. Civ. Mass.*, 2012, 7-8, 890; Id., 26 giugno 2009, n. 15049, in *Riv. Crit. Dir. Lav.*, 2009, 781; Id., 28 ottobre 2008, n. 25883, in *Giust. Civ. Mass.*, 2008, 10, 1526; Id., 2 ottobre 2006, n. 21282, cit., 30; Id., 18 aprile 1991, n. 4164, in *Mass. Giur. Lav.*, 1991, 426; Id., 17

dicembre 1997, n. 12764 in *Mass. Giur. Lav.*, 1998, suppl. 21. Cfr. C. Pisani, *La fattispecie: giusta causa e giustificato motivo oggettivo ...*, cit., 130; M. Papaleoni, *Sub art. 3, L. 15.06.1966 n. 604*, cit., 921.

¹⁹ Su tali assunti non sembrano rilevarsi particolari contrasti giurisprudenziali: Cass., Sez. Lav., 22 marzo 2016, n. 5592, cit., 1164; Cass., 8 marzo 2016, n. 4609, cit.; Cass., 23 ottobre 2013, n. 24037, cit., 296, con nota di D. Zanetto. In dottrina, cfr. A. Vallebona-G. Franza, *Sub art. 5, L. 15.06.1966 n. 604*, in R. De Luca Tamajo-O. Mazzotta, M. Grandi-G. Pera (a cura di), *Commentario breve ...*, cit., 927; G. Santoro-Passarelli, *Il licenziamento per giustificato motivo ...*, cit., 235; M.V. Ballestrero, *Sub art. 2119 c.c.*, cit., 59; S. Varva, *Sindacato giudiziale ...*, cit., 447 e segg.

²⁰ Cass., 13 dicembre 1995, n. 12759, in *Mass. Giur. Lav.*, 1996, 390 e in *Notiz. Giur. Lav.*, 1996, 231. Secondo A. Vallebona-G. Franza, *Sub art. 5, L. 15.06.1966 n. 604*, cit., 927, non è da riconoscersi una comparazione tra lavoratori, né il dipendente può pretenderla, "proprio perché l'indispensabile nesso di causalità tra modificazione organizzativa e licenziamento sussiste per l'addetto al posto soppresso e non per altri".

²¹ Trib. Milano, 17 dicembre 2007, in *Riv. Crit. Lav.*, 2008, 658; Cass., 9 maggio 2002, n. 6667, in *Mass. Giur. Lav.*, 2002, 24, 27; Id. 21 novembre 2001, n. 14663, *ibid.*, 268. Cfr. A. Vallebona-G. Franza, *Sub art. 5, L. 15.06.1966 n. 604*, cit., 927; C. Pisani, *La fattispecie: giusta causa e giustificato motivo oggettivo ...*, cit., 132.

²² In tal senso, Cass., 24 febbraio 2012, n. 2874, in *Giust. Civ. Mass.*, 2012, 2, 220; Id., 7 luglio 2004, n. 12514, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2004, II, 838, con nota di P. Ichino. Come sottolinea V. Di Cerbo, *Sub art. 3, Legge n. 604 del 1966*, cit., 1461, il ridimensionamento va distinto dalla fattispecie di g.m.o., in quanto caratterizza la diversa fattispecie di licenziamento collettivo di cui alla legge 23 luglio 1991, n. 223.

a mansioni equivalenti al dipendente licenziato²³. È infatti questa la posizione della prevalente giurisprudenza, ai cui principi si attengono anche le sentenze in rassegna.

Il punto su cui piuttosto si riscontra – e si divarica – la rottura rispetto all'indirizzo maggioritario riguarda l'ampiezza dell'onere probatorio a carico del datore di lavoro in riferimento alla prova dell'impossibilità di *repêchage*.

A tal riguardo, è da dirsi come la dimostrazione di detta circostanza possa rivelarsi di difficile adempimento per il datore, consistendo nella dimostrazione di un fatto negativo (impossibilità di reimpiegare il lavoratore licenziato in posizioni libere equivalenti) che comporta la necessità di provare il fatto positivo contrario, vale a dire la stabile occupazione di tutti i posti residui equivalenti al momento del licenziamento e l'assenza, per un congruo periodo successivo al licenziamento, di nuove assunzioni di lavoratori in qualifiche analoghe a quella rivestita dal dipendente licenziato²⁴.

Sebbene sia stata ammessa la possibilità di fornire la prova di tali circostanze in via indiretta o presuntiva²⁵, l'onere probatorio incombente sul datore di lavoro rasenterebbe infatti i margini di una *probatio diaboli-ca*²⁶ se fosse inteso in senso rigoroso, anziché essere concepito in termini di ragionevolezza e con una certa elasticità nei limiti delle contrapposte deduzioni delle parti²⁷.

È proprio in considerazione di tale intrinseca difficoltà probatoria del datore di lavoro che è invalsa in

giurisprudenza una corrente interpretativa volta a mitigare, mediante una diversa distribuzione degli oneri probatori, gli effetti della maggiore gravosità dell'onere della prova sia pure incombente sul datore di lavoro per effetto del *repêchage*, richiedendo al lavoratore stesso di cooperare sul piano processuale mediante la segnalazione di posizioni lavorative cui essere utilmente riallocato.

Il ricordato indirizzo giurisprudenziale, nettamente prevalente, giunge così ad individuare in capo al lavoratore un onere di allegazione in ordine alla possibilità di essere adibito ad altre mansioni equivalenti per un suo proficuo reimpiego, di guisa che il datore può ritenersi sollevato dal rispettivo onere probatorio qualora il lavoratore non abbia dedotto ed allegato tale circostanza²⁸.

La controversa ripartizione dell'onere probatorio in tema di *repêchage*

Le due sentenze annotate spiccano sullo scenario sopra delineato in quanto, pur prendendo le mosse dai principi consolidati nella giurisprudenza maggioritaria, se ne scostano per aderire alla diversa rilettura del riparto degli oneri di allegazione e prova in tema di *repêchage* riproposta dalla Suprema Corte con la sentenza n. 5592 del 22 marzo 2016, con una soluzione che si presta a riaprire i dubbi, in verità mai sopiti, in materia di *repêchage*²⁹.

Le pronunce in commento, infatti, pur aderendo all'orientamento prevalente secondo cui incombe sul datore di lavoro l'onere probatorio delle circostanze

²³ Cfr. Cass., 24 giugno 2015, n. 13116 in *Dir. & Giust.*, 2015, con nota di M. Tonetti, *Giustificato motivo oggettivo: facciamo il punto*, *ibid.*; Id., 23 ottobre 2013, n. 24037, cit., 1961-1962, con nota di L. Confessore; Id., 1 agosto 2013, n. 18416, cit., 236, con nota di N. Frasca; Id., 13 agosto 2008, n. 21579, cit., 159, con nota di C. Pisani; Id., 27 novembre 1996, n. 10527, in *Dir. Lav.*, 1998, II, 173 e in *Giust. Civ. Mass.*, 1996, 1603.

²⁴ Tra le tante cfr. Cass., 12 febbraio 2014, n. 3224, cit., 73; Id. 1 agosto 2013, n. 18416, cit., 236; Id., 2 gennaio 2013, n. 6, cit., 778 e segg.; Id., 26 aprile 2012, n. 6501, cit., 552; Id., 13 agosto 2008, n. 21579, cit., 159, con nota di C. Pisani; Id., 16 maggio 2003, n. 7717, cit., 698; Id., 13 ottobre 1997, n. 9967, cit., 327; Id., 23 ottobre 2001, n. 13021, cit., 1249; Id., 27 novembre 1996, n. 10527, cit. Cfr. inoltre M. Papaleoni, *Sub art. 3, L. 15.06.1966 n. 604*, cit., 922; A. Vallebona-G. Franza, *Sub art. 5, L. 15.06.1966 n. 604*, cit., 927; L. Confessore, *Il licenziamento per giustificato motivo oggettivo ...*, cit., 1968 e, *ivi*, i relativi richiami giurisprudenziali; C. Pisani, *La fattispecie: giusta causa e giustificato motivo oggettivo ...*, cit., 136. Cfr. altresì C. Di Carlucio, *Licenziamento economico: alternative di reimpiego prospettabili al lavoratore e sanzioni per il caso di omesso repêchage*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 1, 2014, II, 176 e segg., spec. 180.

²⁵ Sostanzialmente l'onere probatorio può essere soddisfatto provando fatti come la stabile occupazione dei posti residui e l'esclusione di nuove assunzioni in mansioni analoghe: Cass., 12 febbraio 2014, n. 3224, cit., 73; Id., 23 ottobre 2013, n. 24037, cit., 1962, con nota di L. Confessore, *Il licenziamento per giustificato motivo oggettivo ...*, cit., 1968; Id., 1 agosto 2013, n. 18416, cit., 236, con nota di N. Frasca; Id., 13 giugno 2012, n. 9656, cit., 70 e segg.; Id., 26 aprile 2012, n. 6501, cit., 552; Id., 30 novembre 2010, n. 24235, cit., 1529; Id., 26 marzo 2010, n. 7381, cit., 448; Id., 22 ottobre 2009, n. 22417, cit., 1483; Id., 20 maggio 2009, n.

11720, cit., 798; Id., 9 agosto 2003, n. 12037, in *Giust. Civ. Mass.*, 2003, 7-8, 1891; Id., 13 ottobre 2008, n. 25043 in *Guida Dir.*, 2008, 49, 64; Id., 7 luglio 1992, n. 8254, in *Giust. Civ. Mass.*, 1992, fasc. 7. Cfr. altresì M. Papaleoni, *Sub art. 3, L. 15.06.1966 n. 604*, cit., 922; V. Di Cerbo, *Sub art. 3, Legge n. 604 del 1966*, cit., 1466.

²⁶ Cass., 11 marzo 2013, n. 5963, in *Lav. nella Giur.*, 2013, 5, 519-520, con nota di Giovanardi. Cfr. anche M. Persiani, *Licenziamento per giustificato motivo ...*, cit., 1167.

²⁷ Cass., 12 febbraio 2014, n. 3224, cit., 73; Id., 23 ottobre 2013, n. 24037, cit., 1963, con nota di L. Confessore; Id., 1 agosto 2013, n. 18416, cit., 236, con nota di N. Frasca; Id., ord. 23 maggio 2013, n. 12810, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2014, II, 168 e segg., con nota di C. Di Carlucio; Id., 8 febbraio 2011, n. 3040, cit., 198; Id., 18 marzo 2010, n. 6559, in *Giust. Civ. Mass.*, 2010, 3, 391; Cass., 23 giugno 2005, n. 13468, cit., 31; Id., 29 marzo 1999, n. 3030, in *Rep. Foro It.*, 1999, voce "Lavoro (Rapporto)", 1694; Id. 16 gennaio 1999, n. 410, in *ibid.*, 1699. Cfr. M. Papaleoni, *Sub art. 3, L. 15.06.1966 n. 604*, cit., 922; V. Di Cerbo, *Sub art. 3, Legge n. 604 del 1966*, cit., 1467, 1471.

²⁸ Trattasi dell'indirizzo maggioritario e costante già segnalato nella nt. 3 cui si rinvia. Cfr. M. Papaleoni, *Sub art. 3, L. 15.06.1966 n. 604*, cit., 922; G. Santoro-Passarelli, *Il licenziamento per giustificato motivo ...*, cit., 236; C. Pisani, *La fattispecie: giusta causa e giustificato motivo oggettivo ...*, cit., 137. Cfr. anche M. Magnani, *Genesis e portata di una riforma del lavoro*, in M. Magnani-M. Tiraboschi (a cura di), *La nuova riforma del lavoro. Commentario alla legge 28 giugno 2012, n. 92*, Milano, 2012, 11.

²⁹ Per una analisi critica al *révirement* giurisprudenziale inaugurato con la recente pronuncia della Suprema Corte (Cass., 22 marzo 2016, n. 5592, cit.), cfr. M. Persiani, *Licenziamento per giustificato motivo ...*, cit., 1166 e segg.

legittimanti il licenziamento – dunque non solo la soppressione del posto di lavoro, ma anche l'impossibilità del *repêchage* e l'assenza di nuove assunzioni, coerentemente con l'idea del licenziamento inteso come *extrema ratio*³⁰ – accedono tuttavia alla tesi più rigorosa sostenuta da una risalente giurisprudenza minoritaria, di recente riabilitata dalla stessa Cassazione, in base alla quale anche l'onere della relativa allegazione è esigibile dal datore senza potersi pretendere alcuna collaborazione del lavoratore³¹.

Fermo il chiaro tenore letterale dell'art. 5 della L. n. 604/1966 nel porre a carico del datore l'onere di provare la sussistenza delle ragioni economiche legittimanti il licenziamento ai sensi dell'art. 3 di detta legge³², il vero nodo problematico risiede piuttosto nell'interpretazione della fattispecie legale del giustificato motivo oggettivo e, di conseguenza, del sistema di ripartizione degli oneri di allegazione e prova tra le parti alla luce del teorizzato obbligo di *repêchage*.

Per decenni, la giurisprudenza maggioritaria ha optato per una soluzione intermedia che, pur riconoscendo in capo al datore di lavoro l'onere di provare la sussistenza delle ragioni economiche legittimanti il licenziamento, compresa l'impossibilità di *repêchage*, ha comunque individuato a carico del lavoratore un onere di dedurre e allegare a monte l'esistenza di posizioni lavorative cui essere utilmente riallocato per evitare il contestato licenziamento.

Come osservato da autorevole dottrina³³, si tratta di una tesi di ragionevole compromesso tra l'interesse del lavoratore alla conservazione del posto e quello dell'imprenditore di scegliere ed attuare le proprie strategie aziendali, al fine di mitigare – per le difficoltà di assolvimento di cui si è detto – le gravose conseguenze dell'onere probatorio incombente sul datore in ordine all'obbligo di *repêchage*, attenuandolo in qualche modo sul piano processuale mediante la cooperazione del lavoratore, al quale è richiesto di segnalare l'esistenza di posizioni lavorative vacanti da ricoprire.

Secondo l'indirizzo sopra descritto, sebbene il datore di lavoro sia onerato a provare l'impossibilità del *repêchage* ai sensi dell'art. 5, L. n. 604/1966, trattandosi di circostanza indubbiamente ricollegabile alle

ragioni economiche sottese al licenziamento, il lavoratore-ricorrente ha tuttavia pur sempre l'onere di dedurre ed allegare, *ex art. 414, n. 3, c.p.c.*, le specifiche circostanze di fatto e le ragioni di diritto che fondano la domanda di illegittimità del licenziamento quali elementi essenziali dell'azione (ossia l'insussistenza del giustificato motivo e la possibilità di un suo diverso reimpiego), così da consentire poi alla controparte datoriale la prova dei fatti impeditivi del diritto azionato dal lavoratore³⁴. In altri termini, la possibilità di *repêchage* è qualificata da tale filone giurisprudenziale come elemento costitutivo della domanda di illegittimità del licenziamento, la cui allegazione e prova grava sul lavoratore che agisce in giudizio *ex artt. 414 c.p.c. e 2697 c.c.*, incombendo invece sul datore la prova del fatto impeditivo del diritto azionato dal ricorrente (l'inutilizzabilità del dipendente licenziato nelle mansioni da questi indicate)³⁵.

Da tali premesse discende una ricostruzione del riparto tra oneri di allegazione e di prova in tema di *repêchage* che la recente giurisprudenza minoritaria definisce “singolare”³⁶ a motivo dell'anomala “divaricazione” tra i due oneri suddetti in quanto, mentre l'onere probatorio grava sul datore, quello di allegazione è addossato in capo al lavoratore, con conseguenze peraltro ragguardevoli atteso che, secondo un certo filone interpretativo, nell'ipotesi di omessa allegazione di tale circostanza da parte del lavoratore, il datore sarebbe sollevato dal relativo onere probatorio³⁷.

Su tale punto, le due sentenze annotate respingono categoricamente la tesi maggioritaria per abbracciare la corrente interpretativa minoritaria di stampo rigorista³⁸. Seguendo quest'ultimo indirizzo, una siffatta “divaricazione” tra oneri di allegazione (in capo al lavoratore) e di prova (in capo al datore) non può essere accolta in quanto, oltre a non rinvenirsi “in nessun altro caso nella giurisprudenza di legittimità”, risulta priva di valido fondamento giuridico-normativo e discenderebbe, in ultima analisi, da una erronea qualificazione del *repêchage* come elemento costitutivo della domanda del lavoratore-ricorrente, anziché essere inteso come fatto impeditivo del diritto da questi azionato e parte “integrante” la fattispecie del giu-

³⁰ Per i richiami giurisprudenziali sul punto, si rinvia alla nt. 16.

³¹ Cass., 22 marzo 2016, n. 5592, cit., 1166. Per i precedenti conformi, cfr. Cass., 17 agosto 1998, n. 8057, in *Rep. Foro It.*, 1998, voce “Lavoro (rapporto)”, 1605; Id. 13 ottobre 1997, n. 9967, *ibid.*, voce “Lavoro (rapporto)”, 1615; Id. 11 dicembre 1997, n. 12548, in *Giust. Civ. Mass.*, 1997, 2361; Id. 7 luglio 1992, n. 8254, cit., 7.

³² Sull'onere probatorio *ex art. 5, L. n. 604/1966*, cfr. V. Di Cerbo, *Sub art. 5 L. n. 604 del 1966*, in G. Amoroso, V. Di Cerbo, A. Maresca (a cura di), *Diritto del lavoro. Lo statuto dei lavoratori e ...*, cit., 1512 e segg.; A. Vallebona-G. Franza, *Sub art. 5, L. 15.06.1966 n. 604*, cit., 926 e segg.

³³ M. Persiani, *Licenziamento per giustificato motivo ...*, cit., 1166-1167.

³⁴ Per tutte, cfr. Cass., 23 ottobre 1998, n. 10559, cit., 159. Per il resto, si rinvia alla nt. 3.

³⁵ È in tal senso che si esprime A. Vallebona-G. Franza, *Sub art.*

5, L. 15.06.1966 n. 604, cit., 926.

³⁶ Per la critica di una siffatta “singolare, in quanto inedita” divaricazione tra oneri di allegazione e di prova, cfr. Cass., 22 marzo 2016, n. 5592, cit., 1165, con nota critica di M. Persiani.

³⁷ Infatti, ritenendo la possibilità di una diversa utilizzazione aziendale quale elemento di fatto “collegato, ma pur sempre differenziato e distinto” rispetto alle ragioni economiche sottese al licenziamento, ne segue che laddove il lavoratore non abbia allegato tale circostanza, omettendo di indicarla tra gli elementi fondanti l'azione e i presupposti della domanda, “non v'è ragione logica” che il convenuto datore debba provarne l'insussistenza “in quanto appunto nemmeno prospettata dalla parte interessata a farla valere”: cfr. Cass., 23 ottobre 1998, n. 10559, cit., 159. Più di recente cfr. Cass., 2 aprile 2004, n. 6556, cit., 543. In dottrina, V. Di Cerbo, *Sub art. 3, Legge n. 604 del 1966*, cit., 1473.

³⁸ Per i richiami giurisprudenziali sul punto, si rinvia alla nt. 33.

stificato motivo di licenziamento di cui all'art. 3, L. n. 604/1966, come suo elemento essenziale, con onere probatorio a carico del datore ai sensi dell'art. 5 della stessa legge.

Sotto tale profilo si osserva come effettivamente, sul piano processuale, onere della prova ed onere di allegazione siano strettamente connessi, nel senso che chi ha onere di provare un fatto primario (costitutivo del diritto azionato o impeditivo, modificativo, estintivo dello stesso) ha a monte anche l'onere di dedurlo ed allegarlo compiutamente, sicché si tratta di due piani non disgiungibili l'uno dall'altro³⁹. Ad avviso dell'orientamento in esame, la soluzione anzidetta è pertanto preferibile per la sua coerenza sistematica e dogmatica, risultando in armonia sia con il principio generale di ripartizione dell'onere probatorio previsto dall'art. 2697 c.c., in base al quale ciascuna parte deve provare i fatti posti a fondamento delle rispettive domande ed eccezioni, sia con l'art. 5, L. n. 604/1966, che di quel principio costituisce specificazione⁴⁰.

Del pari, anche applicando i principi civilistici in tema di responsabilità da inadempimento, cui corrisponde sul versante giuslavorista la specifica disciplina sui licenziamenti⁴¹, il ragionamento conduce ad analoghe conclusioni: infatti, il creditore-lavoratore, dopo aver allegato e provato la fonte (negoziale o legale) del proprio diritto (il rapporto di lavoro subordinato a tempo indeterminato), ha solo l'onere di allegare e provare l'inadempimento della controparte (l'illegittimo esercizio del licenziamento in assenza di ragioni giustificatrici), mentre sul debitore-datore di lavoro incombe l'onere di allegare e provare il fatto estintivo (la sussistenza del giustificato motivo di licenziamento in tutti i suoi requisiti fondamentali, tra cui l'impossibilità di *repêchage*).

È chiaro come un siffatta ricostruzione è frutto della tesi che interpreta la fattispecie legale del giustificato motivo oggettivo nel senso di comprendervi, tra i suoi elementi costitutivi, anche l'obbligo di *repêchage* quale elemento essenziale che "integra" a tutti gli effetti la nozione di cui all'art. 3, L. n. 604/1966, rientrando di

conseguenza nella sfera probatoria datoriale ai sensi del successivo art. 5 della stessa legge⁴². Da ciò discende l'idea che l'impossibilità di *repêchage* non debba essere intesa come fatto estintivo autonomo rispetto all'esistenza delle ragioni tecniche, organizzative e produttive sottese al licenziamento, ma come un aspetto dell'unico fatto estintivo costituito dal giustificato motivo oggettivo, da cui non è scindibile.

Il che è tuttavia controverso, tanto più se si considera che la mancanza di posizioni alternative, nelle quali riallocare il dipendente licenziato, stenterebbe ad essere inquadrata e qualificata come una ragione inerente "l'attività produttiva, l'organizzazione del lavoro o il regolare funzionamento di essa", perché semplicemente non lo è, come pure è stato autorevolmente rimarcato in dottrina⁴³.

È dunque sulla corretta interpretazione dell'art. 3 della legge in argomento che giurisprudenza e dottrina si dividono, sicché ciò che sembra coerente sotto una certa ottica, non lo è se si accede ad una diversa prospettiva. Invero, da un lato, in linea di continuità con la già citata sentenza n. 5592 del 22 marzo 2016, le due pronunce annotate hanno inteso esaltare la correttezza logica e sistematica della rimeditazione del riparto dell'onere probatorio alla luce della evidenziata coerenza sia con la specifica previsione normativa di cui all'art. 5, L. n. 604/1966, sia con i principi ordinari dell'ordinamento, operanti tanto sul piano processuale quanto su quello sostanziale⁴⁴; dall'altro lato, tuttavia, una siffatta ricostruzione ermeneutica penalizza le considerazioni di opportunità sociale sottese alla soluzione mediana largamente sostenuta dalla giurisprudenza maggioritaria e da parte della dottrina, rispondenti in ultima analisi all'esigenza di distribuire equamente tra lavoratore e datore di lavoro gli oneri di allegazione e prova in punto di *repêchage* per temperare il già gravoso carico probatorio incombente sul secondo⁴⁵.

Al riguardo, il recente orientamento assegna netta prevalenza ad esigenze di rigorosa coerenza giuridica e sistematica piuttosto che ad apprezzamenti di dub-

³⁹ Cass., 22 marzo 2016, n. 5592, cit., 1166.

⁴⁰ In tal senso, cfr. ancora Cass., 22 marzo 2016, n. 5592, cit., 1165. Anche secondo la dottrina prevalente, la ripartizione dell'onere della prova indicata nell'art. 5, L. n. 604/1966, lungi dal comportare una inversione dell'onere probatorio, risponde al principio di cui all'art. 2697 c.c., per cui correttamente il soggetto onerato di fornire la prova del giustificato motivo oggettivo è individuato nel datore di lavoro: cfr. V. Di Cerbo, *Sub. art. 5 l. n. 604 del 1966*, cit., 1512; A. Vallebona-G. Franza, *Sub art. 5, L. 15.06.1966 n. 604*, cit., 926.

⁴¹ Conf. Cass., 22 marzo 2016, n. 5592, cit., 1166; Id., 22 luglio 2004, n. 13731, in *Giust. Civ. Mass.*, 2004, 7-8.

⁴² Cfr. Cass., 22 marzo 2016, n. 5592, cit., 1165, secondo cui il requisito della impossibilità di *repêchage* costituisce "criterio di integrazione" delle ragioni economiche sottese al licenziamento. In tal senso, G. Santoro-Passarelli, *Il licenziamento per giustificato motivo...*, cit., 239-240, che critica la posizione della giurisprudenza maggioritaria ritenendola "assai poco persuasiva", tanto più che i timori di invadenza del campo delle scelte imprenditoriali sono infondati, tenuto conto che l'onere di dimostrare l'impossibilità del diverso utilizzo del lavoratore "non implica necessaria-

mente un sindacato del giudice sulle scelte del datore di lavoro atteso che il suddetto onere non si traduce in un obbligo di modificare la struttura organizzativa", e che "la stessa nozione di giustificato motivo oggettivo riferita, come recita l'art. 3 della legge n. 604, alle 'ragioni inerenti', implica inevitabilmente un obbligo di motivazione da parte del datore di lavoro delle sue scelte e, conseguentemente, un controllo sulle medesime da parte del giudice".

⁴³ In tal senso, M. Persiani, *Licenziamento per giustificato motivo ...*, cit., 1168.

⁴⁴ Cass., 22 marzo 2016, n. 5592, cit., 1166.

⁴⁵ Cfr. M. Persiani, *Licenziamento per giustificato motivo ...*, cit., 1167, che evidenzia alcuni aspetti critici del nuovo indirizzo minoritario tornato alla ribalta con la sopra ricordata sentenza di Cass., 22 marzo 2016, n. 5592, cit.; M. Magnani, *Genesi e portata di una riforma del lavoro*, cit., 11. *Contra* G. Santoro-Passarelli, *Il licenziamento per giustificato motivo ...*, cit., 240, che nel criticare l'interpretazione della prevalente giurisprudenza in punto di oneri probatori e *repêchage*, mostra di aderire alla tesi che include il *repêchage* tra gli elementi costitutivi della fattispecie legale del g.m.o. di cui all'art. 3, L. n. 604/1966.

bio fondamento normativo. Ed è per lo stesso rigore interpretativo che la Suprema Corte respinge l'idea di una cooperazione processuale del lavoratore in favore del datore, ancorché solo mediata e sul piano dell'allegazione, come onere del primo di indicare analoghe posizioni lavorative per la sua utile riallocazione, osservando che un certo obbligo di cooperazione tra le parti può rinvenirsi soltanto sul piano sostanziale, alla stregua dei canoni di correttezza e buona fede che permeano i rapporti giuridici, ma non sul piano processuale che è improntato al contraddittorio, sia pure leale, tra le parti⁴⁶.

In definitiva, secondo la tesi in esame, non si può esigere che il lavoratore-ricorrente collabori mediante apposite allegazioni con il datore-convenuto, in quanto ciò si traduce in una inammissibile facilitazione della prova in favore di quest'ultimo con riduzione dell'area del *thema probandum*. Tuttavia, ciò non significa ampliare oltre misura l'onere di allegazione e prova del datore in tema di impossibilità di *repêchage*, penalizzando il suo diritto di difesa, bensì applicare esattamente i noti principi di persistenza del diritto (art. 2697 c.c.) e di riferibilità o vicinanza della prova⁴⁷, rispondenti all'esigenza di non rendere eccessivamente difficile l'esercizio del diritto del creditore-lavoratore a reagire all'inadempimento, ritenuto che è il debitore-datore di lavoro a disporre degli elementi atti a dimostrare le sue ragioni, mentre il lavoratore solitamente non dispone della completezza di informazioni inerenti l'impresa dalla cui organizzazione resta estraneo⁴⁸. In sostanza, secondo l'orientamento in questione, la prova dell'impossibilità del *repêchage* si risolverebbe per il datore in una agevole dimostrazione di non avere posizioni lavorative disponibili, ovvero di averne in mansioni non equivalenti per il tipo di professionalità richiesta.

Alla luce di quanto sinora osservato, è lecito tuttavia interrogarsi se davvero il carico probatorio del datore di lavoro possa essere ritenuto di "agevole" dimostrazione, paventandosi piuttosto il contrario⁴⁹, viste le circostanze che quest'ultimo deve provare per potersi sottrarre all'obbligo di *repêchage*⁵⁰. Anche sotto que-

sto aspetto è evidente l'opzione interpretativa di coerenza dogmatica e sistematica, con conseguente rifiuto di compromessi di sorta.

La scelta di perseguire una via interpretativa strettamente ancorata al dato normativo emerge anche nella critica della tesi, sostenuta da una parte della giurisprudenza⁵¹, che concepisce l'onere di allegazione a carico del lavoratore alla stregua di un onere di contestazione del giustificato motivo oggettivo⁵², in mancanza del quale non sorge l'onere probatorio del datore in punto di *repêchage*.

Nella prima delle due sentenze annotate, infatti, la Suprema Corte osserva che un siffatto assunto costituisce "inesatta applicazione" del principio di non contestazione, in quanto sostanzialmente ravvisa in capo al lavoratore-ricorrente un onere di "contestare l'altrui contestazione", con l'effetto di trasformare il processo "... in una sorta di agone dialettico in cui prevale l'ultimo che contesti" il contrario fatto dedotto. Invece, una volta presa posizione e contestata la sussistenza di un giustificato motivo (o di una giusta causa) di licenziamento nell'atto introduttivo, il lavoratore-ricorrente non è tenuto ad una ulteriore ed autonoma specifica contestazione delle avverse deduzioni in punto di impossibilità di *repêchage*, e neppure è sostenibile che la contestazione del datore-convenuto dei fatti già affermati o negati dal ricorrente ribalti su quest'ultimo l'onere di specifica contestazione del contrario fatto allegato.

È evidente che anche queste conclusioni discendono dal preliminare accoglimento della tesi che inquadra il *repêchage* nella fattispecie legale del giustificato motivo oggettivo di cui all'art. 3 della legge n. 604/1966 e, in uno con la stessa, lo qualifica come fatto estintivo dell'altrui pretesa il cui onere della prova incombe sul datore a norma dell'art. 5 della legge citata.

Repêchage e nuova disciplina delle mansioni

Resta da chiarire la relazione esistente tra il *repêchage* e la disciplina dettata dall'art. 2103 c.c. in tema di mansioni. Sotto tale profilo, la giurisprudenza tende a

⁴⁶ Così anche Cass., 22 marzo 2016, n. 5592, cit., 1166, secondo cui si può parlare di cooperazione sostanziale tra le parti nel senso che sono tenute ad osservare un comportamento di collaborazione conforme ai principi di correttezza e buona fede, i quali non sono altro che obblighi collaterali delle obbligazioni principali.

⁴⁷ Cass., 22 marzo 2016, n. 5592, cit., 1166; Id., Sez. un., 30 ottobre 2001, n. 13533, *Dejure*.

⁴⁸ Cass., 22 marzo 2016, n. 5592, cit., 1166, osserva che la difficoltà di allegazione e prova per il lavoratore è ancora più evidente in caso di crisi aziendale che di solito è caratterizzata da continui mutamenti dati dall'andamento della crisi stessa e dagli interventi datoriali intrapresi per risolverla.

⁴⁹ Sulla "estrema difficoltà" probatoria del datore di lavoro in punto di *repêchage*, in quanto richiedente la prova della occupazione di tutte le posizioni lavorative analoghe, e sulla asserita semplicità di assolvimento di tale onere per il lavoratore, cfr. Cass., 18 marzo 2005, n. 5920, in *Guida Lav.*, 2005, 44. V. Di Cerbo, *Sub art. 3, Legge n. 604 del 1966*, cit., 1473.

⁵⁰ Secondo M. Persiani, *Licenziamento per giustificato motivo*

..., cit., 1169, il richiamo al principio di cd. vicinanza o riferibilità sarebbe peraltro improprio e non tiene conto che, almeno nelle imprese di medi dimensioni, il lavoratore è comunque in grado di poter venire a conoscenza di dati e informazioni aziendali.

⁵¹ Per questo orientamento, cfr. ad es. Cass., 23 maggio 2005, n. 6245, in *Guida Lav.*, 2006, 25, 38: secondo detta tesi, il lavoratore che, pur non essendone tenuto, assume posizione in punto di *repêchage*, non può limitarsi ad una generica contestazione ma deve indicare nello specifico le eventuali posizioni lavorative alternative nelle quali essere utilmente reimpiegato, senza che ciò implichi una inversione dell'onere della prova che continua a gravare sul datore. Secondo C. Pisani, *La fattispecie: giusta causa e giustificato motivo oggettivo* ..., cit., 137, tale tesi è da annoverarsi nell'indirizzo giurisprudenziale "rigoroso", di cui costituisce "variante", restando a carico del solo datore la prova del *repêchage*.

⁵² Pret. Roma, 21 aprile 1992, in *Notiz. Giur. lav.* 1992, 388, ha precisato che il lavoratore deve rispettare, a tal fine, le preclusioni istruttorie del rito del lavoro.

circoscrivere l'operatività del *repêchage* entro i limiti del riutilizzo del lavoratore "ripescato" in mansioni "alternative" libere (non occupate da altri colleghi) aventi contenuto professionale "equivalente" a quelle svolte prima della soppressione del posto⁵³. In questo senso si può ravvisare un nesso tra l'obbligo di *repêchage* delineato dalla giurisprudenza e la nozione di "equivalenza", posto che quest'ultima delimita il campo di operatività del primo⁵⁴.

Sebbene non siano mancati casi in cui l'obbligo di *repêchage* è stato esteso fino ad includere una possibile riallocazione anche in mansioni inferiori compatibili con il bagaglio professionale del prestatore⁵⁵, la giurisprudenza maggioritaria continua generalmente ad utilizzare il criterio di "equivalenza" professionale, sia pure intesa con una certa elasticità⁵⁶.

Senonché, a seguito della novella dell'art. 2103 c.c. ad opera dell'art. 3, D.Lgs. n. 81/2015 attuativo del *Jobs Act*, la disciplina delle mansioni è stata completamente rivisitata, in particolare eliminando il riferimento alla tradizionale nozione di "equivalenza" professionale in favore di un più elastico concetto che legittima lo *jus variandi* orizzontale nell'ambito di "mansioni riconducibili allo stesso livello e categoria legale di inquadramento delle ultime effettivamente svolte"⁵⁷.

Le ripercussioni che tale riforma avrà sulla costruzione giurisprudenziale dell'obbligo di *repêchage* non tarderanno a palesarsi, benché al momento il dibattito si svolga prevalentemente sul piano dottrinale e non si dispone ancora di spunti giurisprudenziali sufficientemente tratteggiati.

Infatti la giurisprudenza di legittimità, sia nelle sentenze in commento, sia nei suoi più recenti precedenti⁵⁸, non ha affrontato in modo esplicito la questione

dell'armonizzazione tra il novellato art. 2103 c.c. e l'obbligo di *repêchage*, anzi sembra ribadire la tradizionale concezione che ne limita l'operatività all'offerta di posizioni alternative "equivalenti" dal punto di vista professionale. È ciò che si desume dalle due pronunce annotate, in cui la possibilità di *repêchage* è riferita ad una "utile riallocazione in mansioni equivalenti", a "mansioni analoghe" ovvero a "mansioni compatibili con la qualifica rivestita, in relazione al concreto contenuto professionale dell'attività" in precedenza svolta dal dipendente licenziato.

A tutt'oggi, dunque, resta aperto l'interrogativo principale, vale a dire se, dopo la recente novella dell'art. 2103 c.c., non si debba piuttosto adottare una visione più elastica nella ricerca di posizioni libere per il reimpiego del lavoratore illegittimamente licenziato, che sia cioè sganciata dall'elemento della stretta conservazione dello stesso tipo di professionalità.

Non si può tacere tuttavia come una tesi siffatta, benché sembri più coerente con l'impianto del nuovo art. 2103 c.c.⁵⁹, reca con sé l'effetto di ampliare la gamma di mansioni assegnabili al lavoratore "ripescato" in alternativa al licenziamento⁶⁰, con l'ulteriore conseguenza di dilatare ancor di più il già rigoroso obbligo di *repêchage* imposto al datore di lavoro⁶¹, peraltro da ultimo rafforzato dall'indirizzo minoritario più severo, di cui la sentenza qui annotata è espressione.

Se questo è l'esito atteso del coordinamento tra il suddetto istituto e il novellato art. 2103 c.c., ben si potrebbe interpretare il silenzio della sentenza in commento come prudenziale atteggiamento volto a contenere l'ambito di operatività del *repêchage* entro limiti ragionevoli e non eccessivamente gravosi per il datore di lavoro, tanto più comprensibile laddove si conside-

⁵³ C. Pisani, *La fattispecie: giusta causa e giustificato motivo oggettivo* ..., cit., 134; M. Persiani, *Licenziamento per giustificato motivo* ..., cit., 1167.

⁵⁴ C. Pisani, *La fattispecie: giusta causa e giustificato motivo oggettivo* ..., cit., 135. Nello stesso senso si esprime P. Sordi, *Il nuovo art. 2103 e il licenziamento per giustificato motivo oggettivo*, in I. Piccinini, A. Pileggi, P. Sordi (a cura di), *La nuova disciplina delle mansioni dopo il Jobs Act*, LPO, 2016, 127.

⁵⁵ Cfr. Cass., 23 ottobre 2013, n. 24037 cit., 1960 e segg., con nota di L. Confessore; nello stesso senso, più di recente, Cass., 10 maggio 2016, n. 9467, cit. che, nell'esplicitare il medesimo principio, esclude un obbligo del datore di lavoro "di offrire al lavoratore tutte le mansioni anche quelle del tutto incompatibili con quelle svolte in precedenza (...)"; Cass., 9 novembre 2016, n. 22798, in *Dir. & Giust.*, 79, 2016, 10, con nota di M. Corrado.

⁵⁶ Cfr. Cass., ord. 23 maggio 2013, n. 12810, cit., 1670, con nota di C. Di Carluccio.

⁵⁷ Art. 3, D.Lgs. n. 81/2015. In dottrina, cfr. F. Liso, *Brevi osservazioni sulla revisione della disciplina delle mansioni contenuta nel decreto legislativo n. 81/2015 e su alcune recenti tendenze di politica legislativa in materia di rapporto di lavoro*, WP CSDLE "Massimo D'Antona". IT n. 257/2015, 6; U. Gargiulo, *Lo jus variandi nel "nuovo" art. 2103 cod. civ.*, WP CSDLE "Massimo D'Antona". IT n. 268/2015, 3; F. Amendola, *La disciplina delle mansioni nel d. lgs. n. 81 del 2015*, WP CSDLE "Massimo D'Antona". IT n. 291/2016, 4 e segg. e 8 e segg.. Altresi, P. Sordi, *Il nuovo art. 2103 e il licenziamento* ..., cit., 128-129.

⁵⁸ Cass., 22 marzo 2016, n. 5592, cit., 1164 e segg.; Cass., sent.

10 maggio 2016, n. 9467, cit.

⁵⁹ Cfr. P. Sordi, *Il nuovo art. 2103 e il licenziamento* ..., cit., 129-130; M. Persiani, *Licenziamento per giustificato motivo* ..., cit., 1167, secondo cui "ben si potrebbe ritenere che (...) l'obbligo di *repêchage* cessi di condizionare la legittimità del licenziamento all'esistenza di occupazioni professionalmente equivalenti ...".

⁶⁰ Infatti, eliminato dall'art. 2103 c.c. il riferimento al criterio dell'equivalenza, la verifica della possibilità di ricollocamento in azienda del dipendente licenziato potrebbe essere condotta non più e non solo nell'ambito di posizioni che richiedano una stessa o analoga professionalità rispetto a quella già acquisita, ma più in generale nell'ambito di posizioni lavorative riconducibili allo stesso livello e categoria di inquadramento alle ultime svolte, anche se espressive di diversa professionalità: cfr. P. Sordi, *Il nuovo art. 2103 e il licenziamento* ..., cit., 129; Liso, *Brevi osservazioni sulla revisione della disciplina delle mansioni* ..., cit., 7 e segg.; F. Amendola, *La disciplina delle mansioni nel d. lgs. n. 81 del 2015*, WP CSDLE "Massimo D'Antona". IT n. 291/2016, 8 e segg.; C. Pisani, *L'ambito del repêchage alla luce del nuovo art. 2103 cod. civ.*, in *Argomenti Dir. Lav.*, 3, 2016, 537 e segg., spec. 542, secondo cui, anche dopo la riforma del 2015, l'ambito del *repêchage* rimane sostanzialmente invariato rispetto alla situazione precedente, in quanto va pur sempre riferito a mansioni per le quali non è necessaria una diversa formazione professionale del lavoratore, tenuto conto che non esiste un generale obbligo del datore di lavoro di formazione dei propri dipendenti.

⁶¹ Tale conseguenza è stata di recente evidenziata da P. Sordi, *Il nuovo art. 2103 e il licenziamento* ..., cit., 129.

rino gli effetti dirompenti dei recenti principi di diritto affermati dalla Suprema Corte in punto di riparto di oneri probatori in senso decisamente sfavorevole per la parte datoriale.

Quali futuri scenari prospettabili?

Con le due pronunce *ivi* annotate, la Cassazione conferma dunque il recente *révirement* in tema di oneri probatori e *repêchage*, superando almeno per il momento le ombre di un temuto contrasto interno che si palesa nella sconfessione del nuovo indirizzo ad opera di una sentenza, di poco precedente, emessa dalla stessa Suprema Corte in diversa composizione⁶². Tuttavia, non è da escludersi un ampliamento dell'i-

niziale spaccatura nell'ipotesi in cui la contrapposizione tra i due indirizzi si acuisce per effetto di altre pronunce discordanti. In una prospettiva siffatta, potrebbe rivelarsi fondamentale l'intervento chiarificatore delle Sezioni Unite, sebbene – a sommo avviso di chi scrive – un passo del genere possa sembrare prematuro allo stato attuale.

Sotto altro profilo, non sono da trascurarsi le implicazioni derivanti dal coordinamento tra il novellato art. 2103 c.c. e l'obbligo di *repêchage*, con le quali la giurisprudenza di legittimità dovrà, prima o poi, confrontarsi contribuendo in tal modo allo sviluppo della problematica e gli assetti delle diverse correnti esistenti.

Fondo di garanzia

Tribunale di Catanzaro, 21 ottobre 2016 – Est. Ionta – Caia e altri (avv. Calabraro) – Inps (avv. Parisi)

Previdenza sociale – Trattamento di fine rapporto – Insolvenza del datore di lavoro assoggettato a procedura fallimentare – Decreto con previsione di insufficiente realizzo – Intervento del Fondo di garanzia gestito dall'Inps – Presupposti – Esperimento di esecuzione forzata e possesso del titolo esecutivo – Non necessarietà

In caso di insolvenza del datore di lavoro sottoposto a procedura fallimentare conclusasi con la previsione di insufficiente realizzo ex art. 102, R.D. n. 267/1942, ai fini dell'erogazione del trattamento di fine rapporto da parte del Fondo di garanzia istituito presso l'Inps, trova applicazione l'art. 2, 5° comma, L. n. 297/1982, e, sulla base dell'interpretazione estensiva fornita dalla giurisprudenza di legittimità, non è necessario che il lavoratore abbia esperito l'esecuzione forzata, né che si sia in possesso del titolo esecutivo.

Omissis. – *Le disposizioni rilevanti per la definizione della controversia*

6. Le disposizioni rilevanti per la definizione della controversia trovano fonte nella Direttiva 80/987/CEE, nella Legge n. 297/1982, nel Regio Decreto n. 267/1942.

Omissis. – L'art. 2 Legge n. 297/1982.

12. In attuazione della Direttiva, l'art. 2 Legge n. 297/1982 delinea due differenti fattispecie per il sorgere del diritto alla prestazione previdenziale assicurata dal fondo di garanzia per i crediti da t.f.r.

13. La prima fattispecie (2° comma) riguarda i dipendenti del datore di lavoro soggetto al Regio Decreto n. 267/1942 ed è l'esito dell'adempimento dell'obbligo imposto originariamente dalla Direttiva 80/987/CEE (art. 1 e art. 3). Il diritto alla prestazione del fondo di garanzia sussiste nel momento in cui il credito insoddisfatto per t.f.r. è stato accertato dagli strumenti della procedura concorsuale.

14. La seconda fattispecie (5° comma) concerne i dipen-

denti del datore di lavoro non soggetto al Regio Decreto n. 267/1942, titolari di un credito per t.f.r. in caso di cessazione del rapporto di lavoro, ed è l'esito dell'esercizio di una facoltà prevista dalla Direttiva 80/987/CEE (art. 2, par. 4). Il diritto alla prestazione sussiste nel momento in cui le garanzie patrimoniali del datore di lavoro siano risultate insufficienti a seguito dell'esperimento dell'apposita procedura esecutiva.

Omissis. – La lacuna dell'art. 2, 2° comma, Legge n. 297/1982 quale norma volta a disciplinare le ipotesi in cui il datore di lavoro è soggetto al Regio Decreto n. 267/1942.

16. L'art. 2, 2° comma, Legge n. 297/1982 prevede che, trascorsi quindici giorni dal deposito dello stato passivo reso esecutivo (ovvero negli altri casi disciplinati), il lavoratore può ottenere il pagamento, a carico del fondo, del t.f.r. e dei relativi crediti accessori, previa detrazione delle somme eventualmente corrisposte.

17. La procedura fallimentare, cui è stato sottoposto il datore di lavoro dei ricorrenti, si è chiusa con la previsione di insufficiente realizzo (art. 102 Regio Decreto n. 267/1942) e quindi il credito per t.f.r. non è stato oggetto di accertamento nello stato passivo. Pertanto, stando alla lettera dell'art. 2, 2° comma, Legge n. 297/1982, i ricorrenti, nonostante quanto disposto dalla Direttiva, non hanno concretamente diritto alla prestazione previdenziale assicurata dal fondo per carenza di uno dei fatti costitutivi del diritto, ovvero l'accertamento del credito per t.f.r. nelle forme e nei modi consentiti dalla procedura concorsuale, omeo in ragione delle stesse norme che disciplinano il fallimento.

18. L'art. 2, 2° comma, presenta un vuoto di tutela al diritto dei lavoratori garantito dalla Direttiva che è la conseguenza del mancato coordinamento tra l'articolo stesso e le innovazioni della riforma fallimentare del 2006. La disposizione è stata difatti formulata nel presupposto del necessario passaggio dell'accertamento dello stato passivo che, dopo la riforma del 2006, è divenuto eventuale (art. 102 Regio Decreto n. 267/1942). È utile inoltre precisare come sia legittimo il decreto emesso ex art. 102, qualora ne sussistano gli specifici presupposti, pur in presenza di lavoratori aventi diritto alla tutela del fondo di garanzia (App. Torino, Decreto 12.5.2010): pertanto un'eventuale

⁶² Cass., sent. 10 maggio 2016, n. 9467, cit.

reclamo sarebbe infondato laddove la doglianza del lavoratore si rivolgesse unicamente al mancato accertamento dello stato passivo.

L'interpretazione estensiva dell'art. 2, 5° comma, Legge n. 297/1982 quale norma volta a disciplinare le ipotesi in cui il datore di lavoro non è soggetto al Regio Decreto n. 267/1942.

19. La giurisprudenza, in casi simili a quello oggi in discussione, ha inteso colmare la mancanza di tutela per i dipendenti di datori di lavoro solo "astrattamente" sottoposti al Regio Decreto n. 267/1942 sussumendo le diverse ipotesi fattuali nell'art. 2, 5° comma, Legge n. 297/1982, interpretato estensivamente.

– Cassazione n. 13305/2007 per il caso in cui l'ammissione allo stato passivo sia resa impossibile dalla chiusura della procedura per insufficienza dell'attivo intervenuta dopo la proposizione, da parte del lavoratore, della domanda di insinuazione tardiva ma prima dell'udienza fissata per l'esame della domanda;

– Cassazione n. 1178/2009 per l'ipotesi di un datore di lavoro assoggettabile a fallimento, ma in concreto non può essere dichiarato fallito per avere cessato l'attività di impresa da oltre un anno;

– Cassazione n. 7585/2011 nel caso di insolvenza del datore di lavoro assoggettabile a fallimento, ma che in concreto non può essere dichiarato fallito per la esiguità del credito azionato;

– Cassazione n. 8529/2012 per l'ipotesi in cui la procedura fallimentare è stata chiusa per l'assoluta insufficienza dell'attivo ed il credito non è stato accertato in sede fallimentare per essere stata dichiarata improseguibile l'opposizione proposta dal creditore, ex art. 98 Regio Decreto n. 267/1942, avverso il provvedimento con cui era stata respinta la sua domanda di ammissione al passivo.

20. L'art. 2, 5° comma, Legge n. 297/1982 prevede che qualora il datore di lavoro, "non soggetto alle disposizioni del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267" non adempia, in caso di risoluzione del rapporto di lavoro, alla corresponsione del t.f.r. il lavoratore può chiedere al fondo il pagamento del t.f.r., sempreché, a seguito dell'esperimento dell'esecuzione forzata per la realizzazione del credito relativo a detto trattamento, le garanzie patrimoniali siano risultate in tutto o in parte insufficienti. Il fondo, ove non sussista contestazione in materia, esegue il pagamento del trattamento insoluto.

21. La giurisprudenza ha quindi più volte affermato (Cassazione n. 15369/2014, nonché le sentenze sopra citate) che una lettura della legge nazionale orientata nel senso voluto dalla Direttiva consente, secondo una ragionevole interpretazione, l'ingresso ad un'azione nei confronti del fondo di garanzia, quando l'imprenditore non sia in concreto assoggettato al fallimento. L'espressione "non soggetto alle disposizioni del R.D. n. 267 del 1942" è quindi interpretata nel senso che la fattispecie ex art. 2, 5° comma, trova applicazione anche quando il datore di lavoro non sia assoggettato a fallimento, vuoi per le sue condizioni soggettive vuoi per ragioni ostative di carattere oggettivo (Cassazione n. 8529/12). In conclusione, quindi, il dipendente titolare di un credito per t.f.r. nei confronti di un datore di lavoro astrattamente sottoposto alle procedure concorsuali, ma non concretamente sottoponibile ad esse, potrà ottenere il diritto alla prestazione previdenziale del fondo di garanzia sulla base della fattispecie ex art. 2 5° comma.

L'interpretazione estensiva dell'art. 2, 5° comma, Legge n. 297/1982 e l'applicazione alle ipotesi in cui il credito per t.f.r. nei confronti del datore di lavoro, pur dichiarato fal-

lito, non è stato accertato a causa dell'emissione del decreto ex art. 102 Regio Decreto n. 267/1942.

22. La soluzione giurisprudenziale deve applicarsi, a maggior ragione, alle ipotesi, come quella oggetto del giudizio, in cui il datore di lavoro è stato dichiarato fallito poiché in stato di insolvenza e quindi concretamente sottoposto alla procedura fallimentare, chiusa con il decreto ex art. 102, per insufficiente previsione di realizzo dell'attivo, che ha accertato altresì l'effettiva e definitiva insussistenza delle garanzie patrimoniali nonché determinato la cancellazione della società dal registro delle imprese (art. 108 Regio Decreto n. 267/1942).

23. Ad ulteriore conferma di quanto sostenuto la Corte di Giustizia ha affermato (Mustafa C-247/12) quanto segue:

"affinché si applichi la garanzia prevista dalla Direttiva 2008/94, devono essere soddisfatte due condizioni. Da un lato, deve essere stata richiesta l'apertura di una procedura concorsuale fondata sull'insolvenza del datore di lavoro e, dall'altro, devono essere stati pronunciati vuoi una sentenza di apertura di tale procedura, vuoi un accertamento della chiusura definitiva dell'impresa in caso di insufficienza dell'attivo per giustificare l'apertura di una procedura siffatta. Orbene, in presenza della pronuncia di una simile sentenza di apertura, l'articolo 2, paragrafo 1, della Direttiva 2008/94 non richiede che la procedura concorsuale di cui trattasi debba necessariamente condurre alla cessazione dell'attività del datore di lavoro. Pertanto, l'articolo 2, paragrafo 1, della direttiva 2008/94 non richiede, ai fini dell'applicabilità della garanzia prevista da tale direttiva, che sia stata disposta la cessazione delle attività del datore di lavoro".

24. L'interpretazione assunta rappresenta una conclusione necessitata alla luce del principio di uguaglianza e di quanto disposto dalla Direttiva.

25. Il principio di uguaglianza esprime uno dei diritti fondamentali garantiti dalla Costituzione (art. 3) e dal diritto europeo. Proprio in riferimento ai diritti tutelati dalla Direttiva la Corte di Giustizia (Rodríguez Caballero C-442/00; OlasoValero C-520/03; GuerreroPecino C-177/05; Cordero Alonso C-81/05; Velasco Navarro C-246/06) ha costantemente affermato che il principio di uguaglianza esige che situazioni analoghe non siano trattate in modo diverso, salvo che una differenza di trattamento sia obiettivamente giustificata.

Da ciò consegue che nel momento in cui, secondo la normativa nazionale (art. 2, 2° comma), il credito per t.f.r., accertato dallo stato passivo, è a carico dell'organismo di garanzia in caso di insolvenza del datore di lavoro, il medesimo credito, pur se accertato con modalità necessariamente diverse da quelle previste dalla art. 2, 2° comma (visto quanto disposto dall'art. 102), deve essere disciplinato nella stessa maniera.

26. A maggior ragione la conclusione deve trovare applicazione nell'ipotesi in cui la normativa nazionale (art. 2, 5° comma, art. 2, 2° comma, Legge n. 297/1982) tutela espressamente diritti che la Direttiva non garantisce (art. 2, par. 4, Direttiva), lasciando altrimenti privi di tutela diritti che invece la Direttiva garantisce ed obbliga gli Stati a garantire (art. 1, art. 2, par. 1, art. 3 Direttiva; art. 2, 2° comma, Legge n. 297/1982).

27. La soluzione giurisprudenziale è quindi nel senso di interpretare estensivamente una norma (art. 2 5° comma) che lo Stato è facoltizzato a prevedere, applicandola ad un'ipotesi di tutela comunitariamente imposta (credito nei confronti del datore di lavoro dichiarato fallito). In tal senso, ove applicata ai dipendenti di datori di lavoro

dichiarati falliti, la disposizione ex 5° comma è costituzionalmente e comunitariamente necessaria per ottemperare agli obblighi imposti dalla Direttiva e per garantire il rispetto del principio di uguaglianza.

Appare utile precisare a riguardo che la Corte di giustizia (Rodríguez Caballero C-442/00, Cordero Alonso C-81/05) ha affermato che quando venga accertata una discriminazione, incompatibile con il diritto comunitario, e finché non siano adottate misure volte a ripristinare la parità di trattamento, l'osservanza del principio di uguaglianza può essere garantito solo mediante la concessione alle persone appartenenti alla categoria sfavorita degli stessi vantaggi di cui beneficiano le persone della categoria privilegiata. In tale ipotesi, il giudice nazionale è tenuto a disapplicare qualsiasi disposizione nazionale discriminatoria, senza doverne chiedere o attendere la previa rimozione da parte del legislatore, e deve applicare ai componenti del gruppo sfavorito lo stesso regime che viene riservato agli altri lavoratori. Tale obbligo incombe ad esso indipendentemente dall'esistenza, nel diritto interno, di disposizioni che gli attribuiscono la competenza al riguardo.

28. L'art. 2, 5° comma, Legge n. 297/1982 prevede che il diritto del dipendente alla prestazione previdenziale assicurata dal fondo matura, nel caso di cessazione del rapporto di lavoro, ove sussista un credito per t.f.r. e ove risulti l'insufficienza delle garanzie patrimoniali del datore di lavoro a seguito dell'esperimento dell'esecuzione forzata per la realizzazione del credito. L'applicazione della norma citata alla specifica ipotesi oggetto del giudizio pone due questioni sui due differenti fatti costitutivi del diritto, evidenziate altresì dalle difese dell'I.N.P.S.

La prima questione controversa

29. La prima questione controversa riguarda uno dei fatti costitutivi del diritto alla prestazione previdenziale ex art. 2, 5° comma, ossia l'esperimento della procedura esecutiva, e il possesso di un titolo esecutivo, per ottenere il pagamento dal fondo di garanzia nelle ipotesi di credito per t.f.r. nei confronti del datore di lavoro il cui fallimento è stato chiuso a seguito del decreto ex art. 102 Regio Decreto n. 267/1942.

30. L'I.N.P.S. nega il diritto ai ricorrenti sostenendo, nel richiamarsi alla Circolare n. 32/2010, che in tale ipotesi il lavoratore per ottenere il pagamento, oltre a dimostrare i descritti eventi della procedura fallimentare, debba allegare alla propria domanda il titolo esecutivo che ha riconosciuto il credito, copia del ricorso sulla cui base è stato ottenuto il titolo e copia autentica dei verbali di pignoramento con esito negativo. La produzione di tale documentazione, afferma l'I.N.P.S., è necessaria in mancanza dell'accertamento del credito in sede fallimentare, per consentire all'ente stesso una valutazione autonoma dei presupposti di intervento del fondo.

31. La questione controversa è quindi se il dipendente di un datore di lavoro il cui fallimento è stato chiuso ex art. 102 Regio Decreto n. 267/1942, maturi il diritto alla prestazione previdenziale del fondo di garanzia ex art. 2 5° comma Legge n. 297/1982 solo ove abbia esperito l'esecuzione forzata in forza di un titolo esecutivo. La questione va definita affermando che, nell'ipotesi indicata, il dipendente matura il diritto alla prestazione previdenziale ove sussista l'effettiva insolvenza del datore di lavoro, anche a prescindere dall'esperimento della procedura esecutiva ovvero dall'esistenza di un titolo esecutivo.

32. L'art. 2, 5° comma, richiede certamente la dimostrazione oggettiva dell'incapienza patrimoniale del datore di lavoro, sia perché l'intervento del fondo si struttura attra-

verso la surrogazione (art. 2, comma 7, Legge n. 297/1982), sia per scongiurare condotte fraudolente delle parti (art. 12 Direttiva).

33. La disposizione individua letteralmente tale accertamento oggettivo nell'esito infruttuoso della procedura esecutiva quale ordinario strumento di natura pubblicistica per la verifica obiettiva dell'insufficienza delle garanzie patrimoniali del debitore.

34. La norma tuttavia non richiede ex se l'esperimento della procedura esecutiva ma postula la dimostrazione obiettiva dello stato di insolvenza del datore di lavoro che può essere verificata anche, ma non solo, con la realizzazione della procedura esecutiva. L'accertamento obiettivo dell'incapienza datoriale trova inoltre un limite nella diligenza ordinariamente esigibile dal creditore, nelle finalità sociali del fondo di garanzia, nonché nel principio di effettività della tutela. Quanto detto implica che al lavoratore non può chiedersi uno sforzo dimostrativo eccessivo tale da rendere diseconomica e tardiva la tutela garantita dalla Direttiva.

35. La giurisprudenza ha coerentemente affermato che l'esperimento della procedura esecutiva non è necessario, al fine di ottenere la prestazione previdenziale, allorché ecceda i limiti della diligenza ordinariamente esigibile, ovvero nel momento in cui emergono elementi, nella specificità del caso concreto, per ritenere aliunde provata l'insufficienza delle garanzie patrimoniali debitorie (Cassazione n. 1178/09, Cassazione n. 11379/2008, Cassazione n. 9108/2007, Cassazione n. 4666/2002). La giurisprudenza ha puntualmente statuito che, al fine di dimostrare l'incapienza del datore, è sufficiente che l'azione esecutiva, che deve conformarsi all'ordinaria diligenza, sia stata esercitata in modo adeguato, ancorché infruttuoso attraverso un serio tentativo di esecuzione forzata (senza che ne sia necessario il compimento), mentre il lavoratore non è tenuto ad esperire le attività esecutive che appaiano infruttuose o aleatorie, in particolar modo quando i loro costi certi si palesino superiori ai benefici futuri, valutati secondo un criterio di probabilità (Cassazione n. 23840/2011, Cassazione n. 3511/2001, Cassazione n. 14447/2004, Cassazione n. 19261/2003, Cassazione n. 10953/2003).

36. A maggior ragione, quindi, l'accertamento oggettivo dell'insolvenza richiesto dall'art. 2, 5° comma, e dalla giurisprudenza, è certamente individuabile nell'esito ex art. 102 Regio Decreto n. 267/1942 della procedura fallimentare aperta per un datore di lavoro in stato d'insolvenza (ex art. 2 par. 1 Direttiva) e chiusa perché non può essere acquisito attivo da distribuire ad alcuno dei creditori che abbiano chiesto l'ammissione al passivo. Di conseguenza appare superfluo, e inutilmente dispendioso per il lavoratore, domandare il possesso di un titolo esecutivo al fine di ottenere il pagamento dal fondo di garanzia.

37. In conclusione, nell'ipotesi di datore di lavoro fallito concretamente sottoposto alla procedura fallimentare chiusa a seguito del decreto ex art. 102 Regio Decreto n. 267/1942, l'accertamento oggettivo dell'incapienza del datore consiste proprio nell'apertura del fallimento e, a maggior ragione, nella chiusura dello stesso per previsione di insufficiente realizzazione dell'attivo. In conseguenza il lavoratore, al fine di ottenere il pagamento dal fondo, ha l'onere di dimostrare all'I.N.P.S. in sede amministrativa gli eventi della procedura fallimentare ovvero di provarli in giudizio in caso di controversia con l'ente.

La seconda questione controversa

38. La seconda questione controversa riguarda l'ulteriore

e primario fatto costitutivo del diritto alla prestazione previdenziale ex art. 2, ovvero l'esistenza di un credito per t.f.r.

39. L'I.N.P.S. sostiene che il credito per t.f.r., affermato dai ricorrenti, non è mai stato accertato giudizialmente né incluso nello stato passivo e che pertanto non è maturato il diritto. Afferma quindi la necessità di un preventivo accertamento giudiziale del credito. I ricorrenti affermano di esser stati nell'impossibilità giuridica di ottenere l'accertamento giudiziale e che, pertanto, hanno diritto alla prestazione previdenziale. In particolare i ricorrenti non hanno potuto ottenere un titolo giudiziale di accertamento, prima, a causa dell'apertura della procedura fallimentare (art. 51 Regio Decreto n. 267) e, dopo, a causa della chiusura ex art. 102 cui segue la cancellazione della società dal registro delle imprese (art. 108 Regio Decreto n. 267/1942).

40. La questione effettivamente controversa è se, nell'ipotesi di incapacità dimostrata ex art. 102 regio decreto n. 267/1942, e quindi senza l'accertamento giudiziale dei crediti nello stato passivo, per la maturazione del relativo diritto sia comunque necessaria una decisione giudiziale di accertamento del credito stesso (pur se, come nel caso odierno, l'ottenimento dell'accertamento in via principale, oltre che essere giuridicamente impossibile, è inutile al fine del tentativo di esecuzione forzata).

41. La questione va definita affermando che il dipendente matura il diritto alla prestazione previdenziale garantita dal fondo laddove sussista un credito per t.f.r. Credito che può essere verificato in sede amministrativa ovvero, in caso di contestazione, accertato incidentalmente in sede giurisdizionale. È possibile quindi affermare che, ai fini della tutela prevista dalla Legge n. 297/1982 in favore del lavoratore, per il pagamento del t.f.r. in caso di insolvenza del datore di lavoro, nel caso in cui l'accertamento del credito in sede fallimentare sia stato impedito a causa della chiusura anticipata della procedura per previsione d'insufficienza dell'attivo (art. 102 e art. 108 Regio Decreto n. 267), il credito stesso ben può essere verificato anche in sede diversa da quella processuale, ovvero essere oggetto di una decisione amministrativa e non necessariamente giudiziaria.

42. Pertanto, contrariamente a quanto asserito dall'I.N.P.S., il preventivo accertamento giudiziale del credito non rappresenta un fatto costitutivo del diritto e il dipendente potrà ottenere la prestazione previdenziale dimostrando all'ente, in sede amministrativa, l'esistenza e la consistenza del credito e, in caso di contestazione, provando lo stesso in sede giudiziale, ottenendo un accertamento incidentale.

43. L'interpretazione assunta si deduce già astrattamente dalla lettura del 5° comma che, onerando il lavoratore dell'esecuzione, presuppone semmai l'esistenza di un titolo esecutivo e non di un titolo esecutivo di origine giudiziale (art. 474 c.p.c.). Quindi già solo in via di interpretazione letterale, l'art. 2, 5° comma, non richiede un titolo giudiziale come fatto costitutivo del diritto. L'interpretazione trova piena conferma anche nella Direttiva. Questa difatti tutela letteralmente i crediti risultanti da contratti di lavoro o da rapporti di lavoro, comprese le indennità dovute ai lavoratori a seguito dello scioglimento del rapporto di lavoro, se previste dal diritto nazionale (art. 3) e non richiede il preventivo accertamento giudiziale del credito.

44. È pur vero che la Direttiva consente agli Stati di determinare discrezionalmente la nozione di diritto "maturato" (art. 2, par. 2) e di imporre limiti al pagamento delle prestazioni previdenziali (art. 1, par. 2, art. 4, art. 12) ma è altrettanto vero che né la prima, né la seconda facoltà pos-

sono essere esercitate in modo tale escludere le forme di tutela che la Direttiva assicura.

La giurisprudenza europea ha espresso costantemente, a riguardo, due principi: i limiti all'obbligo di pagamento degli organismi di garanzia devono essere interpretati in senso restrittivo; le norme della Direttiva che consentono di porre limiti al pagamento devono essere interpretate alla luce del fine sociale di quest'ultima, ovvero la garanzia a tutti i lavoratori subordinati di un minimo di tutela a livello dell'Unione europea in caso di insolvenza del datore di lavoro e che, pertanto, il margine di discrezionalità di cui dispongono gli Stati membri in merito è circoscritto da questo fine sociale che sono tenuti a rispettare (Corte di Giustizia: Maso e a. C-373/95, Everson e Barrass C-198/98, Barsotti e a. C-19/01, C-50/01 e C-84/01, Walcher C-201/01, Visciano C-69/08, Andersson C-30/10, van Ardenen C-435/10, Tümer C 311/13).

La Corte di Giustizia ha affermato altresì la regola secondo cui la facoltà riconosciuta al diritto nazionale di limitare le prestazioni a carico dell'organismo di garanzia è soggetta al rispetto dei diritti fondamentali, tra cui figura, in particolare, il principio generale di uguaglianza il quale esige che situazioni analoghe non siano trattate in modo diverso, salvo che una differenza di trattamento sia obiettivamente giustificata (Rodríguez Caballero C-442/00, OlasoValero C-520/03, GuerreroPecino C-177/05, Cordero Alonso C-81/05, Velasco Navarro C-246/06, RobledilloNúñez C-498/06).

Da ultimo è necessario evidenziare che la discrezionalità degli Stati è limitata dal requisito fondamentale dell'applicazione uniforme del diritto dell'Unione, dalla necessità di preservare l'effetto utile della Direttiva e dai requisiti che derivano dalla protezione dei diritti fondamentali, che vincolano gli Stati membri in tutti i casi in cui essi sono chiamati ad applicare il diritto dell'Unione.

La conseguenza di tali principi è che le uniche limitazioni possibili al diritto garantito dalla Direttiva sono quelle espressamente previste dalla Direttiva stessa e che, quando anche le barriere previste dal diritto nazionale rientrino nelle categorie consentite dalla Direttiva, esse devono essere interpretate restrittivamente e il loro effetto non deve condurre alla limitazione o all'esclusione della tutela minima garantita.

45. Imporre ai soggetti che si trovano nella situazione dei ricorrenti l'ottenimento di un preventivo accertamento giudiziale violerebbe, come già visto, il principio di uguaglianza e, in secondo luogo, gli obblighi imposti dalla Direttiva (punto 25 motivazione). La disparità di trattamento che ne deriverebbe non è difatti obiettivamente giustificata da una differenza oggettiva di situazioni.

46. Il necessario e preventivo accertamento giudiziale del credito, per ottenere la prestazione amministrativa, priverebbe di effettività la tutela garantita dalla Direttiva che necessita di essere celere, data la particolare natura del credito e l'attesa già subita dal lavoratore per l'esito inconcludente della procedura fallimentare, e non diseconomica, in considerazione della consistenza degli importi solitamente richiesti al fondo e dei costi, non recuperabili, che il lavoratore deve sostenere ed ha già sostenuto per accedere alla giustizia.

47. Il preventivo accertamento giudiziale del credito, e la disparità di trattamento rispetto ai soggetti beneficiari dell'art. 2 2° comma, che esso comporta, non costituisce nemmeno un limite e una necessaria misura in funzione antiabusiva ovvero anti fraudolenta (art. 12 Direttiva, v. punto 44 motivazione), ovvero utile a scongiurare quelle pratiche

abusive che recano pregiudizio agli organismi di garanzia creando artificiosamente un credito salariale e che fanno sorgere quindi illegittimamente un obbligo di pagamento a carico di tali organismi (Corte di Giustizia Walcher C-201/01).

L'accertamento giudiziale dovrebbe essere sempre possibile. La vicenda oggetto del giudizio ha invece evidenziato che ciò non sempre accade, in particolar modo quando si apre una procedura fallimentare (per la forza attrattiva del fallimento ex art. 24 e art. 53 Regio Decreto n. 267/1942) e quando questa si chiude con la cancellazione della società dal registro delle imprese (art. 102 e 108 Regio Decreto n. 267/1942) e conseguente estinzione del soggetto datoriale. Non appare inoltre ragionevole onerare i lavoratori di munirsi di un titolo giudiziale prima della dichiarazione di fallimento (i lavoratori subordinati solitamente non hanno cognizione degli effettivi dati patrimoniali del datore di lavoro e non hanno i mezzi per stabilire se il mancato pagamento sia dovuto a un problema di liquidità temporaneo oppure a una situazione finanziaria già irrimediabilmente compromessa) ovvero di ottenere il titolo nei confronti dei successori della società estinta (costringendoli quindi ad una o più azioni giudiziarie dall'esito incerto e certamente dispendioso).

Il preventivo accertamento giudiziale rischia di essere un requisito formale ed estrinseco. Il dipendente sarebbe costretto ad una azione giudiziale anche nel momento in cui, ad esempio, il suo diritto non è controverso perché non contestato dal datore di lavoro e nemmeno dall'I.N.P.S. Inoltre chiedere necessariamente la presenza di un accertamento giudiziale per ottenere una prestazione previdenziale comporterebbe l'ingresso di una anomala "pregiudiziale giudiziaria" al fine di ottenere una prestazione amministrativa, invertendo così le funzioni proprie della giurisdizione e dell'amministrazione.

Il preventivo accertamento giudiziale del credito, se costituisce certamente una misura idonea ad evitare condotte abusive o fraudolente, tuttavia non è l'unico strumento né tantomeno il maggiormente idoneo a tal fine. Allo scopo di scongiurare condotte fraudolente è difatti maggiormente idonea una verifica in sede amministrativa dell'esistenza e della consistenza del credito, verifica che consente all'ente di avvalersi di strumenti ben maggiori e pregnanti di quelli consentiti al giudice, e all'ente stesso, dalle regole processuali, e che comunque obbliga il dipendente ad agire correttamente, pena l'operare anche delle norme penalistiche in tema di falso ovvero di truffa.

48. Da ultimo, e anche per tutto quanto fino ad ora sostenuto, non può essere condivisibile la tesi secondo cui, posto che l'accertamento giudiziale è richiesto dal 2° comma dell'art. 2, lo stesso deve essere richiesto anche nell'ipotesi del 5° comma. Tale tesi, oltre a eludere la tutela garantita dalla Direttiva, condurrebbe ad una violazione del principio di uguaglianza che, se impone di trattare nello stesso modo situazioni identiche, specularmente obbliga a trattare in modo differente situazioni diverse.

49. Va evidenziato che la Corte di Giustizia (Rodriguez-Caballero C-442/00), in un caso simile a quello in discussione, ha affermato quanto segue (punti 33 e ss.).

"Orbene, sia dalla motivazione dell'ordinanza di rinvio sia dalle osservazioni scritte del governo spagnolo emerge che, secondo la normativa spagnola, tutti i lavoratori licenziati illegittimamente versano nella stessa situazione nel senso che hanno diritto a "salarios de tramitación". Tuttavia, in caso di insolvenza del datore di lavoro, l'art. 33, n. 1, dello Statuto dei lavoratori riserva ai lavoratori licenziati un

trattamento diverso in quanto il diritto al pagamento, da parte del FOGASA, delle spettanze relative ai "salarios de tramitación" è riconosciuto solo per quelle che siano state stabilite con decisione giudiziaria. Tale disparità di trattamento può essere ammessa solo se obiettivamente giustificata. Per giustificare la suddetta disparità di trattamento, il governo spagnolo si basa espressamente sull'art. 10 della direttiva e rileva che la distinzione di cui trattasi mira a evitare tali abusi. È vero che l'art. 10 della direttiva consente agli Stati membri di adottare le misure necessarie per evitare abusi. Tuttavia, dalle precisazioni fornite nell'ordinanza di rinvio e nelle osservazioni del governo spagnolo sul ruolo del FOGASA emerge che quest'ultimo dispone di garanzie sufficienti per essere in grado di evitare frodi di qualsiasi tipo. Il FOGASA può in particolare, in ogni caso, con decisione motivata emanata nel procedimento istruito su domanda del lavoratore, negare il pagamento richiesto in subordine, se ritiene che l'accordo di conciliazione ha costituito una frode alla legge. Inoltre, dalla motivazione dell'ordinanza di rinvio risulta che la conciliazione, quando viene effettuata in base all'art. 84 della LPL, è sottoposta ad un rigoroso controllo di un organo giurisdizionale chiamato ad approvarla. Pertanto, il fatto che il pagamento dei diritti relativi ai "salarios de tramitación" sia garantito dal FOGASA solo se questi ultimi sono decretati con decisione giudiziaria non può essere considerato una misura necessaria al fine di evitare abusi ai sensi dell'art. 10 della direttiva. Atteso che non è stato invocato alcun altro argomento per giustificare la disparità di trattamento menzionata al punto 33 della presente sentenza, si deve constatare che non sono stati proposti argomenti convincenti atti a giustificare la disparità tra i crediti salariali ordinari e i crediti corrispondenti a "salarios de tramitación" accordati mediante una decisione giudiziaria, da una parte, e i crediti relativi a "salarios de tramitación" riconosciuti in seguito ad un procedimento di conciliazione, dall'altra, al fine di escludere questi ultimi dall'ambito di applicazione della direttiva. Alla luce delle considerazioni sopra esposte, la prima e la seconda questione devono essere risolte nel senso che i diritti corrispondenti a "salarios de tramitación" devono essere considerati come diritti di lavoratori subordinati derivanti da contratti di lavoro o da rapporti di lavoro e relativi alla retribuzione, ai sensi degli artt. 1, n. 1, e 3, n. 1, della direttiva, indipendentemente dal procedimento in forza del quale sono stabiliti, se, in base alla normativa nazionale considerata, siffatti diritti, riconosciuti mediante decisione giudiziaria, fanno sorgere la responsabilità dell'istituto di garanzia e se un diverso trattamento di diritti identici, stabiliti in una procedura di conciliazione, non è obiettivamente giustificato".

50. In conclusione, il dipendente che vanta un credito per t.f.r. nei confronti di un datore di lavoro il cui fallimento è stato chiuso a seguito della previsione di insufficiente realizzo (art. 102 e art. 108 Regio Decreto n. 267/1942) ha diritto alla prestazione previdenziale del fondo di garanzia in virtù della norma ex art. 2, 5° comma, Legge n. 297/1982.

Il dipendente, al fine di ottenere la prestazione, deve dimostrare in sede amministrativa i fatti costitutivi del diritto: il rapporto di lavoro subordinato, la risoluzione del rapporto, l'insufficienza delle garanzie patrimoniali del datore di lavoro, l'esistenza e la consistenza del credito. Per quanto riguarda l'insufficienza delle garanzie patrimoniali del datore di lavoro è sufficiente dimostrare l'apertura della procedura fallimentare e la sua conclusione nelle forme ex art. 102 e 108 Regio Decreto n. 267/1942. Riguardo all'esistenza del credito il lavoratore deve presentare all'ente

tutti gli elementi a sua disposizione per consentire un'adeguata verifica del credito (non essendo bastevole la sola domanda di insinuazione al passivo) e l'ente stesso può utilizzare tutti gli strumenti amministrativi a disposizione al fine di addivenire ad una decisione amministrativa.

Nell'ipotesi in cui l'I.N.P.S. neghi i fatti costitutivi del diritto, in particolar modo l'esistenza e la consistenza del credito, e quindi il diritto ex art. 2, è necessario il giudizio. In tal sede sul dipendente grava quindi l'onere di provare i fatti costitutivi del diritto, tra cui la sussistenza e l'ammontare del credito, che il giudice può accertare incidentalmente e quindi senza efficacia di giudicato nei confronti del datore di lavoro. Che sia possibile l'accertamento incidentale del credito, in sede di giudizio volto ad ottenere la prestazione previdenziale ex art. 2 (sulla specifica natura della prestazione ex multis Cassazione n. 27919/2005) si deduce, oltre che dai principi generali del processo civile e del giudicato, dal fatto che il credito vantato nei confronti del datore non è l'oggetto principale della domanda, che per l'appunto è il diritto ex art. 2, ma uno dei fatti costitutivi di tale diritto e, quindi, un presupposto di fatto,

benché di natura giuridica. Del resto, va evidenziato, il fondo, nelle ipotesi ex art. 2, 2° comma, paga sulla base di un accertamento giudiziale da cui è legittimamente escluso (Cassazione n. 24231/2014; Cassazione n. 24730/2015). Effettuato il pagamento, il fondo è surrogato al lavoratore (art. 2, comma 7, Legge n. 297/1942) e spetta all'ente stesso esperire i mezzi per il recupero delle somme versate, anche nei confronti dei successori della società estinta (gravando i costi e il rischio dell'infruttuoso tentativo di recupero sull'ente previdenziale e non sui lavoratori).

Da ultimo, vista l'eccezione di improponibilità avanzata dall'I.N.P.S. perché i ricorrenti non hanno presentato la documentazione prevista dalla Circolare n. 32/2010, è opportuno evidenziare che il potere di organizzazione e regolamentazione attribuito dalla legge all'I.N.P.S., in riferimento alla determinazione della documentazione da allegare alla domanda del lavoratore, deve essere esercitato secondo criteri di ragionevolezza, così da non vanificare l'esercizio dei diritti riconosciuti al lavoratore (Cassazione n. 9231/2010). – *Omissis*.

Trattamento di fine rapporto e condizioni di accesso al Fondo di garanzia

Paola Ferrari*

La sentenza torna sulla questione relativa alla individuazione delle condizioni di accesso al Fondo di garanzia per ottenere il pagamento del trattamento di fine rapporto nel particolare caso del datore di lavoro sottoposto a una procedura fallimentare che si è chiusa con la previsione di insufficiente realizzo ex art. 102, R.D. n. 267/1942 e – in considerazione delle modifiche apportate alla legge fallimentare, che hanno reso eventuale la fase di accertamento dello stato passivo, con la conseguenza che il lavoratore non potrebbe ottenere la soddisfazione del suo credito ex art. 2, 2° comma, L. n. 297/1982 – ha concluso nel senso dell'applicazione del 5° comma dello stesso articolo, giungendo a riconoscere, sulla scia di un orientamento della giurisprudenza di legittimità favorevole a una interpretazione estensiva della citata disposizione, il diritto del lavoratore di ricevere la prestazione dal Fondo indipendentemente dall'esperimento dell'esecuzione forzata e dal possesso del titolo esecutivo.

La sentenza in commento affronta la tematica relativa all'individuazione delle condizioni di intervento del Fondo di garanzia per il pagamento del trattamento di fine rapporto¹ nel particolare caso di insolvenza del datore di lavoro sottoposto a una procedura fallimentare che si è chiusa con la previsione di insufficiente realizzo ex art. 102, R.D. n. 267/1942, con l'accertamento dell'effettiva e definitiva insussistenza delle garanzie patrimoniali e con la cancellazione della società dal registro delle imprese ex art. 108 dello stesso regio decreto. E, con riferimento a tale ipotesi, conclude nel senso dell'applicazione di quanto previsto dall'art. 2, 5° comma, L. n. 297/1982, come interpretato estensivamente dalla giurisprudenza, riconoscendo il diritto dei lavoratori – ed è questo il profilo di originalità per il quale la pronuncia merita di essere segnalata – ad ottenere la prestazione dal Fondo indipendentemente dall'esperimento dell'esecuzione forzata ovvero dal possesso del titolo esecutivo.

Tale conclusione, secondo il Collegio giudicante, implica che, al fine di ottenere la prestazione, il lavoratore deve dimostrare in sede amministrativa i fatti

costitutivi del diritto, identificabili nell'esistenza di un rapporto di lavoro subordinato, nella sua risoluzione, nell'insufficienza delle garanzie patrimoniali del datore di lavoro, nell'esistenza e nella consistenza del credito.

La sentenza, al riguardo, precisa che, per quanto concerne il profilo dell'incapienza, è sufficiente che il dipendente dimostri l'apertura della procedura fallimentare e la sua conclusione nelle forme previste dagli artt. 102 e 108, R.D. n. 267/1942; mentre, con riferimento all'esistenza e alla consistenza del credito, il lavoratore deve presentare in sede amministrativa tutti gli elementi utili a consentire una adeguata verifica del credito, essendo rimesso all'ente previdenziale il ricorso agli strumenti di cui dispone per addivenire a una decisione amministrativa.

In questo quadro, solo qualora l'Inps neghi i fatti costitutivi del diritto – in particolare, l'esistenza e la consistenza del credito – è necessario un giudizio, nel quale grava sul lavoratore l'onere di provare tali fatti, che il giudice può accertare incidentalmente e, pertanto, senza efficacia di giudicato nei confronti del

* Il contributo è stato sottoposto, in forma anonima, alla valutazione di un referee.

¹ Per una completa e aggiornata ricostruzione della disciplina

del Fondo di garanzia, v. G. Santoro Passarelli, *Il trattamento di fine rapporto*, in *Codice civile. Commentario*, diretto da Schlesinger-Busnelli, Milano, 2009, 101.

datore di lavoro; ciò in quanto il credito vantato dal lavoratore non è l'oggetto principale della domanda, che è invece rappresentato dal diritto *ex art. 2*, ma uno dei fatti costitutivi di tale diritto e, perciò, un presupposto di fatto, benché di natura giuridica.

Spetta poi all'Inps, stante il meccanismo della surroga del Fondo al lavoratore *ex art. 2, 7° comma, L. n. 297/1982*, procedere al recupero delle somme versate anche nei confronti dei successori della società estinta, non potendo gravare sui lavoratori i costi e i rischi di un'azione infruttuosa.

La pronuncia in esame giunge a tali conclusioni sulla base di un'articolata motivazione incentrata sulle disposizioni nazionali e comunitarie vigenti in materia e sulla interpretazione che ne ha offerto la giurisprudenza di legittimità.

L'analisi, infatti, prende le mosse dalla Dir. CE 80/987² che, nel perseguire il fine sociale di garantire ai lavoratori subordinati una protezione minima dei loro diritti patrimoniali in caso di insolvenza del datore di lavoro, ha previsto, tra l'altro, la necessità di istituire un organismo *ad hoc* per garantire ai lavoratori un'equa e celere tutela dei crediti rimasti insoddisfatti e riferibili alle indennità di fine rapporto e alle ultime retribuzioni non pagate, facendo altresì salva la possibilità degli Stati membri di stabilire regole di maggior favore per i creditori o limitazioni alla responsabilità di detto organismo, purché compatibili con l'obiettivo sociale della Direttiva stessa.

Tali previsioni comunitarie hanno trovato attuazione nell'ordinamento interno con la disciplina contenuta nell'art. 2, L. n. 297/1982, che ha istituito il Fondo di garanzia, distinguendo le relative condizioni di accesso in funzione della assoggettabilità o no del datore di lavoro alle disposizioni della legge fallimentare.

Il citato art. 2, infatti, stabilisce che, se il datore di lavoro è assoggettabile alle procedure concorsuali (2° comma), il diritto alle prestazioni del Fondo sussiste nel momento in cui il credito insoddisfatto è stato accertato con gli strumenti della procedura stessa; mentre, nella seconda ipotesi (5° comma), l'accesso al Fondo è consentito a condizione che le garanzie del datore di lavoro siano risultate insufficienti a seguito dell'esperimento di un'apposita procedura esecutiva.

Il percorso seguito nella sentenza in epigrafe muove dalla constatazione che l'art. 2, 2° comma, L. n. 297/1982, condiziona l'intervento del Fondo di garanzia

all'ammissione del credito del lavoratore allo stato passivo fallimentare, postulando come necessaria la fase relativa all'accertamento dello stato passivo che, invece, dopo la riforma della legge fallimentare operata con D Lgs. n. 5/2006 e succ. modd., è divenuta soltanto eventuale.

Ed infatti, ai sensi dell'innovato art. 102 della legge fallimentare, il Tribunale, con decreto motivato da adottare prima dell'udienza fissata per l'esame dello stato passivo, dispone il non luogo a procedere sul relativo accertamento se risulta che non può essere acquisito un attivo da distribuire tra i creditori che abbiano fatto richiesta di ammissione.

Ciò vuol dire che, se la procedura fallimentare si conclude con una previsione di insufficiente realizzo e, quindi, con il mancato accertamento del credito nello stato passivo, i ricorrenti, ai sensi del citato 2° comma dell'art. 2, non avrebbero diritto al pagamento della somma da parte del Fondo di garanzia per carenza di uno dei fatti costitutivi del diritto (l'accertamento del credito effettuato secondo le prescrizioni della legge fallimentare)³.

Su queste premesse, la sentenza in commento afferma che, in queste ipotesi, a causa del mancato coordinamento tra l'art. 2, 2° comma, L. n. 297/1982 e le modifiche successivamente apportate alla legge fallimentare⁴, si verificherebbe un vuoto di tutela, colmabile con il ricorso all'art. 2, 5° comma, L. n. 297/1982, secondo l'interpretazione estensiva che ne ha fornito la giurisprudenza⁵.

Tale disposizione, com'è noto, riguarda il caso di insolvenza del datore di lavoro non assoggettabile alle procedure concorsuali, con riferimento al quale si riconosce il diritto dei lavoratori di ottenere il pagamento dal Fondo se, dopo l'esperimento dell'esecuzione forzata, le garanzie patrimoniali siano risultate in tutto o in parte insufficienti.

Giova ricordare che i dubbi interpretativi posti dai richiami legislativi ora menzionati – che, appunto, individuano come condizioni di accesso al Fondo l'esperimento dell'esecuzione forzata e l'incapienza dell'attivo – sono stati affrontati in sede giurisprudenziale, ove si è andato progressivamente affermando l'orientamento che privilegia una loro lettura in senso estensivo e, per certi versi, di stampo sostanzialistico.

Ed infatti, superando letture più restrittive e formalistiche che pure erano state date della disposizione in esame⁶, la giurisprudenza di legittimità, anche in considerazione del riferimento legislativo all'esperimento

² Successivamente modificata con Dir. CE 2002/74, su cui v., tra gli altri, Pallini, *La nuova disciplina comunitaria della tutela dei lavoratori in caso di insolvenza del datore: la direttiva 2002/74/CE*, in *Riv. Dir. Sic. Soc.*, 2003, 695.

³ Questa, peraltro, era la conclusione cui era inizialmente giunto l'Inps, con la Circolare n. 53 del 7 marzo 2007, in seguito superata dalla Circolare n. 32 del 4 marzo 2010.

⁴ Tale mancanza di coordinamento è stata, peraltro, rilevata anche dall'Inps con la citata Circolare n. 32 del 4 marzo 2010, dalla quale, però, la sentenza in commento si distanzia, con riferimento al profilo relativo alla richiesta del titolo esecutivo per la

prova del credito vantato dal lavoratore.

⁵ A questa conclusione era giunta anche una pronuncia, indubbiamente innovativa, della Corte d'Appello di Torino 12 maggio 2010, in *Or. Giur. Lav.*, 2010, I, 765, con nota di Corrado, *Fondo di garanzia per tfr e art. 102 l. fall.: l'innovativa pronuncia della corte d'appello di Torino*.

⁶ Per l'orientamento giurisprudenziale più restrittivo, v. Cass., 2 aprile 2002, n. 4666, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2002, II, 795, con nota di Pilati, *Sull'obbligo del Fondo di garanzia per il trattamento di fine rapporto di corrispondere gli interessi e la rivalutazione monetaria fino al saldo*; Cass., 28 marzo 2003, n. 4783, in *Not. Giur. Lav.*,

– e non al compimento – dell'esecuzione forzata, sembra ormai orientata a ritenere sufficiente la dimostrazione, da parte del lavoratore, di aver proceduto in modo serio e adeguato all'esperienza di un'esecuzione forzata individuale che, però, deve risultare anche possibile e utile allo scopo⁷.

Ciò in quanto, se si facesse gravare sul lavoratore lo svolgimento di attività particolarmente onerose e dall'esito incerto, si rischierebbe di pregiudicare la tutela del suo credito retributivo, riconosciuta anche a livello costituzionale, nonché di disattendere la finalità sociale della disciplina sancita a livello comunitario.

Nella stessa prospettiva si sono mossi i giudici di legittimità quando hanno affermato che l'accesso al Fondo ai sensi dell'art. 2, 5° comma, L. n. 297/1982, deve essere consentito anche nelle ipotesi in cui il datore di lavoro, pur essendo astrattamente assoggettabile al fallimento per la presenza delle condizioni soggettive richieste dalla legge fallimentare, non può essere in concreto dichiarato fallito per ragioni di carattere oggettivo, come nei casi in cui l'impresa è definitivamente chiusa e l'attivo disponibile non giustifica l'apertura della procedura⁸.

Ricostruzione, questa, che la Suprema Corte ha ritenuto coerente non solo con la *ratio* della legge nazionale, finalizzata ad assicurare una tutela certa del credito, ma anche con la necessità di privilegiare una lettura della legislazione interna orientata nel senso voluto dalla citata Direttiva, nonché rispettosa dei principi generali di uguaglianza e non discriminazione.

In questa chiave ricostruttiva si è posta la pronuncia in commento, ove si afferma che la suddetta linea interpretativa estensiva è applicabile, *a fortiori*, anche alle ipotesi in cui il datore di lavoro insolvente sia stato dichiarato fallito a seguito di una procedura conclusa per previsione di insufficiente realizzo dell'attivo con decreto *ex art.* 102 della legge fallimentare che abbia accertato l'insussistenza delle garanzie patrimoniali e determinato la cancellazione della società dal registro delle imprese *ex art.* 108 della stessa legge.

E, proprio in virtù dell'orientamento giurisprudenziale ora menzionato, la sentenza giunge ad affermare che il dipendente matura il diritto di ottenere la prestazione dal Fondo prescindendo dall'esperienza dell'esecuzione forzata e dall'esistenza del titolo ese-

cutivo, anzitutto per la constatazione che l'attivazione del meccanismo di tutela comunitariamente imposta si collega esclusivamente al presupposto sostanziale dello stato di insolvenza del datore di lavoro.

Il Tribunale, infatti, ritiene che, nel caso di procedura fallimentare conclusasi con decreto *ex art.* 102, R.D. n. 267/1942, deve essere considerato accertato lo stato di insolvenza *ex art.* 2, 5° comma, L. n. 297/1982, come interpretato dalla giurisprudenza, perché è impossibile acquisire attivo da distribuire tra i potenziali creditori concorsuali. E aggiunge che risulterebbe oltremodo dispendioso e inutile per il lavoratore ottenere un titolo esecutivo, essendo sufficiente, nel caso di chiusura della procedura fallimentare per previsione di insufficiente realizzo dell'attivo, la sola prova in sede amministrativa o giudiziale degli eventi della procedura fallimentare.

Sotto questo profilo, la sentenza in commento è indubbiamente innovativa, per aver tratto dall'orientamento giurisprudenziale sopra ricordato anche la conseguenza ulteriore della non necessità del titolo esecutivo.

Orbene, è opportuno chiedersi se le conclusioni cui giunge la sentenza in esame possano essere ritenute condivisibili avendo riguardo all'impianto sistematico, oltre che alle finalità perseguite da una disciplina tesa a soddisfare l'esigenza di assicurare al lavoratore una protezione piena ed effettiva dei suoi crediti a fronte dell'insolvenza del datore di lavoro.

Sembra anzitutto ragionevole l'opzione in favore di una lettura della norma comunitariamente orientata, che fa propendere per il riconoscimento di una tutela certa del credito relativo al trattamento di fine rapporto quando l'autorità competente, a seguito di apposita richiesta, dispone l'apertura di un procedimento volto a soddisfare collettivamente i lavoratori, ovvero constata la chiusura definitiva dell'impresa e l'insufficienza dell'attivo⁹.

E sembra altrettanto ragionevole l'indirizzo seguito dalla prevalente giurisprudenza di legittimità, secondo cui, in ossequio alla disciplina comunitaria, la garanzia del credito deve essere assicurata sia nel caso di effettivo assoggettamento del datore di lavoro alla procedura fallimentare, sia nel caso di mancata apertura di tale procedura in quanto ritenuta inutile o antieconomica per mancanza o insufficienza dell'attivo.

2003, 627; Cass., 17 aprile 2007, n. 9108, in *Dir. Prat. Lav.*, n. 6/2008, 428; Cass., 8 maggio 2008, n. 11379, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2009, II, 176, con nota di Focareta, *L'intervento del Fondo di garanzia nei casi di datori di lavoro non soggetti a procedure concorsuali*.

⁷ Per l'orientamento giurisprudenziale estensivo, v., in particolare, Cass., 9 marzo 2001, n. 3511, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2001, II, 704, con nota di Bano, *L'intervento del Fondo di garanzia per il t.f.r. e l'insolvenza del datore di lavoro*; Cass., 7 gennaio 2002, n. 97, cit., 380; Cass., 29 gennaio 2002, n. 1136, in *Guida Lav.*, n. 13/2002, 22; Cass., 11 luglio 2003, n. 10953, in *Not. Giur. Lav.*, 2004, 102; Cass., 16 dicembre 2003, n. 19261, in *Guida Dir.*, 2004, 62; Cass., 16 gennaio 2004, n. 625, in *Or. Giur. Lav.*, 2004, I, 704; Cass., 2 febbraio 2004, n. 1848, in *Foro It.*, 2005, I, 1866, e in

Giust. Civ., 2004, 1757, con nota di Rondelli, *Ancora sui presupposti di attivazione del Fondo di garanzia*; Cass., 19 gennaio 2009, n. 1178, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2009, II, 833, con nota di D'Arcangelo, *Datore di lavoro non fallibile e accesso al Fondo di garanzia*; Cass., 1 aprile 2011, n. 7585, in *Dir. Rel. Ind.*, n. 3/2011, 802, con nota di Bricchi, *La Cassazione amplia i presupposti per l'accesso al Fondo di garanzia Inps*; Cass., 4 luglio 2014, n. 15369, in *Lav. Giur.*, 2014, 1027; Cass., 21 aprile 2016, n. 8072, in questa *Rivista*, 2016, 2203, con nota di Ferrari, *Sull'intervento del Fondo di garanzia per insolvenza del datore di lavoro*.

⁸ V., *ex plurimis*, Cass., 27 marzo 2007, n. 7466, in *Mass. Giur. Civ.*, 2007, 3; Cass., 19 gennaio 2009, n. 1178, cit., 833; Cass., 1 aprile 2011, n. 7585, cit., 802.

⁹ Art. 2 della Direttiva CE 80/987.

In questa prospettiva, può essere condivisa la conclusione – già sostenuta, peraltro, da una parte della giurisprudenza di merito e in sede amministrativa, per risolvere, come nel caso di specie, il suddetto problema di coordinamento normativo – per la quale, se tale tutela deve operare, come ritenuto dalla Suprema Corte, nei confronti di un datore di lavoro concretamente non assoggettabile alla procedura concorsuale per mancanza di presupposti soggettivi o oggettivi, a maggior ragione deve riconoscersi l'intervento del Fondo di garanzia anche nell'ipotesi in cui il datore di lavoro sia stato effettivamente assoggettato al fallimento, ma omettendo la fase della verifica del passivo, per ragioni di speditezza ed economia processuale¹⁰.

Se si accedesse, infatti, a una lettura esegetica e disgiunta delle citate disposizioni, si determinerebbe il risultato di subordinare la soddisfazione dei crediti di lavoro al verificarsi di condizioni imprevedibili e indipendenti dalla volontà del lavoratore; e ciò in evidente violazione del principio di uguaglianza e delle scelte operate dal legislatore comunitario.

Occorre rilevare, però, che sulla base di tale ricostruzione di carattere sistematico e finalistico si può ritenere accertata soltanto la condizione di accesso al Fondo rappresentata dall'incapienza patrimoniale del debitore, in coerenza con l'orientamento giurisprudenziale sopra citato per il quale la tutela del credito deve essere accordata anche in difetto di un'azione esecutiva la cui proposizione ecceda i limiti dell'ordinaria diligenza o appaia inutile ove sia risultata diversamente provata la mancanza o l'insufficienza delle garanzie patrimoniali del datore di lavoro.

Non si può, invece, considerare soddisfatta l'altra condizione relativa all'accertamento del credito che, nella procedura extraconcorsuale, in mancanza del

provvedimento di verifica del passivo, non può che essere collegata al possesso, da parte del lavoratore, di un titolo esecutivo con il quale il credito stesso è stato riconosciuto.

Tale presupposto, infatti, risulta difficilmente superabile dal punto di vista sistematico, sia nel caso in cui la procedura fallimentare si è conclusa con la previsione di insufficiente realizzo *ex art.* 102, R.D. n. 267/1942, sia in quello di esecuzione individuale, posto che in entrambe le situazioni manca un'autonoma fase di accertamento dei crediti, onde i lavoratori devono munirsi preventivamente di un titolo esecutivo formatosi in altra sede giurisdizionale¹¹.

Da questo punto di vista, dunque, non si può ignorare che, nonostante le aperture interpretative offerte in sede giurisprudenziale e amministrativa, permangono rilevanti ostacoli per il lavoratore, che deve affrontare percorsi particolarmente onerosi, in termini di tempi e costi, per provare l'esistenza e la consistenza del proprio credito in caso di insolvenza del datore di lavoro. E ciò malgrado l'impegno profuso dal legislatore comunitario e nazionale nel definire una disciplina volta a garantire ai diritti economici del lavoratore una tutela certa e tempestiva.

In questo quadro, le aporie legislative oggettivamente esistenti con riferimento al profilo problematico affrontato dalla sentenza in esame, ove non riescano ad essere superate per via interpretativa attraverso una nuova presa di posizione da parte della Suprema Corte, non potranno che trovare adeguata risposta in un giudizio di legittimità costituzionale delle disposizioni sopra menzionate oppure, come sarebbe preferibile, in un intervento chiarificatore da parte del legislatore, nella auspicabile ricerca di un equilibrato bilanciamento tra i diversi interessi in gioco.

¹⁰ In questi termini si è espressa Corte d'Appello di Torino 12 maggio 2010, cit., a cui ha poi fatto seguito l'emanazione della citata Circolare dell'Inps n. 32 del 4 marzo 2010.

¹¹ In questa prospettiva si è posta la Suprema Corte quando, con riferimento a questo particolare profilo, ha affermato che, in caso di fallimento del datore di lavoro, ai fini della richiesta del pagamento del trattamento di fine rapporto da parte del Fondo di garanzia, il lavoratore ha l'onere di dimostrare che il suo credito è

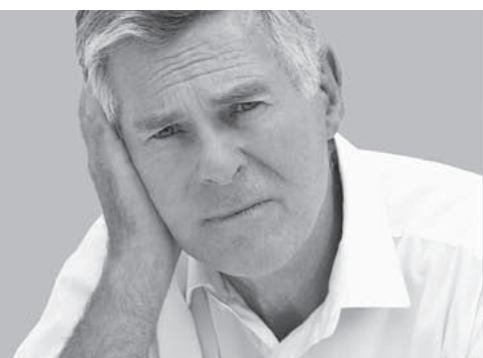
stato ammesso nello stato passivo. Qualora, invece, tale ammissione sia resa impossibile dalla chiusura della procedura per insufficienza dell'attivo, il lavoratore ha l'onere di procedere preventivamente, ai sensi del 5° comma dell'art. 2, L. n. 297/1982, ad esecuzione forzata nei confronti del datore di lavoro tornato *in bonis* con la chiusura del fallimento. In tal senso, v., in particolare, Cass., 22 maggio 2007, n. 11945, in *Guida Dir.*, 2007, 28, 49; Cass., 7 giugno 2007, n. 13305, in *Mass. Giur. It.*, 2007.



GLI AVVOCATI NON SONO TUTTI UGUALI,



C'È CHI USA PLURIS.



CHI USA PLURIS SI DISTINGUE PERCHÉ OFFRE AI PROPRI CLIENTI LE RISPOSTE MIGLIORI, LAVORANDO CON SICUREZZA E VELOCITÀ.

Pluris è il sistema di informazione e aggiornamento giuridico online più innovativo e completo.

Quotidianamente al tuo fianco per:

- ✓ **risolvere** ogni problematica grazie all'interpretazione d'autore degli unici **Codici Commentati** costantemente aggiornati e all'ampio catalogo di **Riviste** e **Libri** realizzati con il contributo dei maggiori esperti per ogni materia;
- ✓ **orientarsi** nella più ampia raccolta di legislazione, giurisprudenza e prassi grazie all'efficace e semplice sistema di ricerca;
- ✓ **aggiornarsi** ogni giorno con news, commenti e approfondimenti sui temi di maggiore attualità del **Quotidiano Giuridico**;
- ✓ **gestire** ogni caso tramite formule, schemi dinamici e modelli che ti guidano in tutte le fasi dell'attività.



FAI LA SCELTA GIUSTA, SCEGLI PLURIS.

Consultabile su PC e Tablet

RICHIEDI LA TUA PROVA GRATUITA SU WWW.PROVAPLURIS.IT

Con i contenuti d'autore di

Arbitrato

a cura di Claudio Consolo

con Salvatore Boccagna, Marcella Negri e Alberto Romano

Ricusaione e sostituzione degli arbitri

Tribunale Milano, 6 maggio 2016, n. 1304 – Pres. delegato Cosentini – ATF e ATE (avv.ti T., B., S., Y.) – TRI e TRG (avv.ti V., D.G., M.) – X (avv.ti G., S., C.). *Rigetta istanza di ricsuzione ex art. 815, 1° comma, n. 2 e 5, c.p.c. e accoglie istanza di ricsuzione ex art. 815, 1° comma, n. 4, c.p.c.*

Arbitrato – Arbitrato rituale – Ricsuzione degli arbitri – Motivi di cui all'art. 815, 1° comma, nn. 2 e 5, c.p.c. – Insussistenza – Motivo di cui all'art. 815, 1° comma, n. 4, c.p.c. – Sussistenza – Istanza di sostituzione ex art. 811 c.p.c. – Potere di sostituzione del giudice della ricsuzione – Esclusione

Non vi è difetto di imparzialità e indipendenza dell'arbitro – ancorché sussista sul punto un ragionevole dubbio – qualora non sia raggiunta la prova dell'esistenza dei fatti sottesi ai motivi di ricsuzione di cui ai nn. 2 e 5 dell'art. 815 c.p.c.; sussiste invece tale difetto e va accolta la ricsuzione ai sensi dell'art. 815, 1° comma, n. 4, c.p.c. qualora venga instaurata – anche successivamente alla proposizione dell'istanza di ricsuzione – una causa avverso l'arbitro e ciò indipendentemente dal compimento di una delibazione preliminare in ordine alla strumentalità e alla (in)fondatezza di tale causa –.

Arbitrato – Arbitrato rituale – Ricsuzione degli arbitri – Motivi di cui all'art. 815, 1° comma, nn. 2 e 5, c.p.c. – Insussistenza – Motivo di cui all'art. 815, 1° comma, n. 4, c.p.c. – Sussistenza – Istanza di sostituzione ex art. 811 c.p.c. – Potere di sostituzione del giudice della ricsuzione – Esclusione

A seguito dell'accoglimento del ricorso per ricsuzione, le parti devono provvedere alla sostituzione dell'arbitro ricsuato, non sussistendo il potere del giudice della ricsuzione di procedere a tale sostituzione.

Omissis. – Visto il ricorso di ATF (...) e ATE (...) di ricsuzione del Presidente del Collegio Arbitrale X, quale nominato dal Presidente del Tribunale di Milano (...) in due procedimenti arbitrali attivati da TRG s.p.a. (TRG) e TRI s.r.l. (TRI) nei confronti delle società ricorrenti, in forza di clausola arbitrale pattuita nei contratti, (...) presentato sul presupposto, asseritamente ricavabile da dichiarazioni di terzi e conversazioni registrate, di rapporti econo-

mici con intenti corruttivi intervenuti tra Y (cui vanno ricondotte le società TRG e TRI, di cui è rappresentante legale) e il suddetto arbitro, del quale è chiesta la sostituzione in entrambi i procedimenti arbitrali pendenti.

(...) *Omissis.* – Ritenuto che, quanto al merito del ricorso, debba prioritariamente convenirsi sulla natura dell'arbitrato come “procedimento previsto e disciplinato dal codice di procedura civile per l'applicazione obiettiva del diritto nel caso concreto, al fine della risoluzione di una controversia, con le garanzie di contraddittorio e imparzialità tipiche della giurisdizione civile ordinaria”, secondo quanto afferma la Corte Costituzionale che, sia pure ad altri fini (riconosciuto potere– dovere dell'arbitro di sollevare questioni di legittimità costituzionale della norma applicabile) valorizza la “funzione giudicante ...di soggetti pure estranei all'organizzazione della giurisdizione ...posti in posizione *super partes*” (sent. Corte Cost. 28.11.2001 n. 376).

Ritenuto che in tal senso (funzione giudicante da parte di soggetto *super partes*) vada letta anche la riforma dell'art. 815 c.p.c., quale introdotta con d.l.vo n. 40/06 che, emanato in attuazione dei “principi e criteri direttivi” di cui alla Legge delega n. 80/05, tra cui la previsione di “una disciplina specifica finalizzata a garantire l'indipendenza e l'imparzialità degli arbitri” (art. 3 lett. b), indica le ipotesi di ricsuzione dell'arbitro in termini anche di maggior dettaglio rispetto alla casistica di cui all'art. 51 c.p.c. prevista per il magistrato (richiamata *per relationem* nella precedente versione dell'art. 815);

Ritenuto se ne ricavi l'operatività di quegli stessi principi interpretativi volti ad assicurare indipendenza e imparzialità di giudizio del magistrato, che si impone nella sua dimensione interna ed esterna, soggettiva ed oggettiva, divenendo oggetto di attenzione quelle situazioni che non solo possano “intaccare la serenità e la capacità del giudice di essere imparziale”, ma che possano anche “ingenerare, sia pure ingiustificatamente, il sospetto che egli possa rendere una decisione ispirata a fini diversi da quelli istituzionali ed intesa, per ragioni private e personali, a favorire o danneggiare gli eventuali destinatari” (così Cass. S.U. n. 21947/04).

Ritenuto che tale sia la situazione portata all'attenzione di questo giudicante, ove, indipendentemente dalla fondatezza delle accuse rivolte all'arbitro (accuse che, al di là delle contestazioni di liceità d'indagine e genuinità di fonoregistrazioni e trascrizioni, non necessariamente si ricaverrebbero dalle asserite dichiarazioni, ove si ascrivessero a profili – pur censurabili da altro lato – di mera millanteria da parte non solo del Y, ma dello stesso X, nel presentarsi a terzi come professionista potente e key person nel ruolo di presidente di corte arbitrale (*Omissis*)), la stessa gravità degli

assunti e delle iniziative intraprese dalle ricorrenti risulta avere ingenerato nell'arbitro una reazione di forte contrapposizione di fronte ad accuse di corruzione che definisce "infamanti e inveritiere", e che ascrive a "ignominioso piano delle ricusanti" che, di fronte all'evolversi dell'arbitrato multimiliardario e agli "esiti della consulenza tecnica – che – non collimano con le aspettative", "difettando di qualsivoglia fatto cui aggrapparsi", si sarebbero affidate "a chi i fatti li compone", richiamando in tal senso il giudizio espresso sull'agenzia investigativa Z da testata di stampa estera (*Omissis*);

Ritenuto non si intenda con ciò negare a X una reazione di forte condanna dell'operato di chi afferma l'abbia ingiustamente e ignominiosamente accusato ("restano il fango e il disonore per un arbitro, accademico e professionista di altissima levatura e prestigio"), stigmatizzando la strumentalità di un'iniziativa proditoria che reputa volta unicamente a rimuovere i temuti esiti dell'arbitrato in corso, ma piuttosto sottolineare come ciò non possa che venire letto come situazione di "grave inimicizia" tra l'arbitro e una delle parti dell'arbitrato, sia pur sopravvenuta all'assunzione dell'incarico arbitrale, situazione che non può non "ingenerare il sospetto" che lo stesso non si trovi più in una condizione di serenità di giudizio e totale equidistanza dalle parti, e che pertanto "possa rendere una decisione ispirata a fini diversi da quelli istituzionali" (ove convinto dell'infondatezza di siffatte gravi accuse, potrà lo stesso ritenersi libero di svolgere azioni a sua tutela a contenuto risarcitorio o più ampio).

Ritenuto che siffatto dubbio di "arbitro non più terzo" debba essere peraltro fugato, sia nei confronti delle ricusanti, in relazione alle quali, analogamente, non può stimarsi provata l'accusa di essersi rivolte a quegli investigatori, non già per indagare su meri sospetti (indagine il cui riportato esito sarebbe stato solo a quel punto causa di comprensibile allarme), ma per costruire prove volutamente false al solo fine di allontanare l'ipotizzata conclusione a se' sfavorevole del giudizio arbitrale, sia a tutela delle controparti dell'arbitrato, nei cui confronti va parimenti assicurato un arbitro che non abbia perso la sua indipendenza di giudizio, potenzialmente inquinata dal dubbio di effettive dichiarazioni a suo grave discredito pronunciate da Y, non corrispondenti a fatti reali ma unicamente millantati, la cui potenzialità diffamatoria risulterebbe accresciuta da diffusione a mezzo stampa nazionale ed estera.

Ritenuto che l'accoglimento del ricorso trovi in ogni caso ulteriore e risolutiva ragione nella circostanza sopravvenuta di recenti iniziative giudiziarie a contenuto risarcitorio rivolte da ciascuna delle odierne ricusanti ATE e ATF direttamente nei confronti di Y e di X, avanti ad Autorità giudiziarie estere (*Omissis*), iniziative che, quand'anche inquadrabili in una strategia processuale strumentale al presente giudizio, e al di là della loro ammissibilità (non immediatamente valutabile alla stregua del diritto italiano) e fondatezza (tra i fatti allegati, più ampi, si rinvengono anche le condotte e circostanze qui contestate), determinano la sussistenza della fattispecie di cui all'art. 815 n. 4 c.p.c. di "causa pendente" tra l'arbitro e una delle parti, circostanza non sussistente all'atto del deposito del ricorso ma certamente oggi valutabile come causa tassativa di ricusazione (non operano decadenze in un giudizio di volontaria giurisdizione teso comunque a garantire, allo stato, la conduzione dell'arbitrato da parte di arbitro terzo e indipendente).

Ritenuto pertanto che, anche qualora si ammettessero censurabili – ma non provati – intenti accusatori delle ricusanti a soli fini strumentali, le considerazioni tutte che

precedono conducano ad accogliere l'istanza di ricusazione di X nel duplice ruolo di Presidente del Collegio arbitrale, sia nel procedimento promosso da TRG nei confronti di ATF e ATE, sia nel successivo procedimento promosso da TRI nei confronti di ATE, cioè a garanzia di un principio di assoluta terzietà e indipendenza del giudicante, quale non può assicurarsi nel caso di specie per la sopravvenienza di posizioni di forte contrapposizione anche giudiziale tra l'arbitro e le parti, principio sicuramente prioritario rispetto alle esigenze di sollecitudine dell'arbitrato, che andrà in tal caso rinnovato.

Ritenuto che, quanto all'istanza di sostituzione del Presidente del Collegio arbitrale con nomina di altro professionista, tale pronuncia non competeva a questo giudicante, non rinvenendosi espressa previsione in tal senso come conseguenza dell'accoglimento della ricusazione (quale contemplata nell'ipotesi di accoglimento della ricusazione del giudice designato, ex art. 54 c.p.c.), e deponendo anzi in senso contrario il disposto di cui all'art. 811 c.p.c., secondo cui, "quando per qualsiasi motivo vengono a mancare tutti o alcuni degli arbitri nominati, si provvede alla loro sostituzione secondo quanto è stabilito per la loro nomina nella convenzione d'arbitrato", il che riporta alle clausole arbitrali (...), con previsione di nomina condivisa tra le parti, e solo in mancanza, entro un dato termine, con nomina devoluta al Presidente del Tribunale; – *Omissis*.

Su alcune delicate questioni in materia di ricusazione e sostituzione degli arbitri

Il caso posto all'attenzione del Trib. di Milano. La finora quieta tematica dei rapporti tra accoglimento dell'istanza di ricusazione di un arbitro e conseguente potere del Presidente del tribunale adito in base all'art. 815 c.p.c. di sostituire il professionista ricusato (Briguglio, sub. art. 815 c.p.c., in Briguglio, Fazzalari, Marengo, *La nuova disciplina dell'arbitrato*, Milano, 1994, 97; Consolo, *La ricusazione dell'arbitro*, in *Riv. Arb.*, 1998, 22; Dittrich, *L'imparzialità dell'arbitro nell'arbitrato interno e internazionale*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1995, 147; Giovannucci Orlandi, *Ricusazione degli arbitri*, in A.A.V.V. *Arbitrato, Commentario* a cura di Carpi, Bologna, 2007, 297; Ruffini-Polinari, sub art. 815 c.p.c., in AA.VV., *Commentario breve dell'arbitrato interno e internazionale* da Benedettelli-Consolo-Radicati di Bronzolo, Padova, 2010, 168; Ruffini-Polinari, sub art. 815 c.p.c., in AA.VV., *Codice di procedura civile* diretto da Consolo, Milano, 2013, 1695; Verde, *Gli arbitri*, in AA.VV., *Diritto dell'arbitrato*, a cura di Verde, Torino, 2005, 152 segg.) si è recentemente profilata all'attenzione del Tribunale di Milano. Nella specie, le parti ricorrenti contestavano all'arbitro – o più precisamente al presidente del collegio arbitrale nominato proprio dal Presidente del Tribunale di Milano in due procedimenti, che erano stati promossi dalle avversarie delle ricusanti – di essere legato al rappresentante legale delle controparti da legami di natura economica, peraltro contraddistinti da un presunto intento corruttivo, e di non apparire pertanto più terzo indipendente ed equidistante, avendo egli interesse nella causa. Chiedevano così

al giudice della ricusazione anche la sostituzione di tale arbitro “in entrambi i procedimenti arbitrali pendenti”. Ma l’intricata vicenda non finisce qui. Ciascuna delle parti ricusanti aveva, in data successiva all’inizio del giudizio arbitrale (Punzi, *Il processo civile. Sistema e problematiche*, Torino, 2009, III, 208 segg.) e alla proposizione dell’istanza di ricusazione, intentato un’azione risarcitoria nei confronti tanto del rappresentante legale delle avversarie quanto dell’arbitro destinatario dell’istanza di ricusazione. E dal canto suo, quest’ultimo, per effetto dei gravi fatti di corruzione imputatigli aveva assunto una posizione di forte contrapposizione nei confronti delle parti ricusanti. Sicché, si delineava una situazione di obiettivo contrasto – anche giudiziale – tra l’arbitro e una delle parti.

Il problema dell’apparenza della parzialità... Il giudice milanese si è trovato, quindi, a dover affrontare altresì la delicata questione dell’effettiva imparzialità e indipendenza (Consolo, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, Torino, 2015, I, 592) di un arbitro contro il quale erano state mosse, da un lato, gravi accuse di corruzione e, dall’altro lato, iniziative risarcitorie e che, come visto, aveva sviluppato un’accentuata inimicizia nei confronti delle parti ricusanti.

In particolare, il giudice della ricusazione dopo aver sottolineato che la predetta grave inimicizia costituisce in astratto una di quelle situazioni idonee a ingenerare il dubbio che l’arbitro “non si trovi più in una condizione di serenità di giudizio e totale equidistanza dalle parti e che pertanto “possa rendere una decisione ispirata a fini diversi da quelli istituzionali” (così, con riferimento all’imparzialità dei giudici statali Cass., Sez. un. n. 21947/04), ha affermato che vada in concreto fugato il dubbio sulla non-terzietà dell’arbitro: mancava infatti la prova dell’esistenza dei fatti sottesi ai motivi di ricusazione di cui all’art. 815, 1° comma, nn. 2 e 5, c.p.c. Nondimeno, il Presidente delegato ha comunque risolto la questione relativa all’imparzialità dell’arbitro in modo prudenzialmente favorevole alle ricusanti, fondando l’accoglimento del ricorso sull’ulteriore ragione della sopravvenuta pendenza di una causa – quella risarcitoria – tra l’arbitro e una delle parti e ciò indipendentemente dal compimento di una valutazione preliminare tanto in ordine alla paventabile strumentalità dell’instaurazione della lite risarcitoria quanto in ordine all’ammissibilità e fondatezza di tale azione (in senso contrario la successiva Trib. Milano, 24 giugno, in questa Rivista, 2017, 167 segg., con nota di Porcelli, *Equivalenze e divergenze normative tra ricusazione e responsabilità degli arbitri e dei giudici statali*).

Di là dalle considerazioni relative all’inopportunità – evidente nel caso di specie – dell’aver attribuito la competenza a decidere sull’istanza di ricusazione ad un organo monocratico – il Presidente del Tribunale del luogo ove ha sede l’arbitrato – che oltre ad esser poco “discosto dai luoghi e dalle persone oggetto di valutazioni così delicate” (Consolo, *Imparzialità degli arbitri. Ricusazione*, in *Riv. Arb.*, 2005, 735) potrebbe

aver addirittura nominato l’arbitro ricusando, va osservato che il Tribunale di Milano ammette la sussistenza della fattispecie di cui all’art. 815, 1° comma, n. 4, c.p.c. addirittura quando la causa pendente sia stata introdotta successivamente alla data di proposizione dell’istanza di ricusazione (sul rilievo della causa pendente pur se sorta in corso di arbitrato Trib. Roma, 20 aprile, 1998, in *Riv. Trim. Appalti*, 2000, 382 segg., con nota di Giacobbe, *Sull’esistenza di un obbligo dell’arbitro di essere imparziale*; Spaccapelo, *L’imparzialità dell’arbitro*, Milano, 2009, 238) e senza alcuna previa deliberazione sull’artificiosità – i.e. sulla fondatezza – di tale causa (contra la successiva Trib. Milano 24 giugno 2016, in questa Rivista, 2017, 167 segg., con nota di Porcelli, cit.), con una scelta interpretativa che privilegia e garantisce il “principio di assoluta terzietà e indipendenza del giudicante”.

Tale soluzione fa, quindi, assurgere la sussistenza di un mero dubbio – purché ragionevole e fondato – sull’apparente parzialità e dipendenza dell’arbitro ad elemento sufficiente per l’accoglimento dell’istanza di ricusazione, di tal guisa riequilibrando a favore delle parti l’asfittica disciplina della ricusazione degli arbitri.

... e della spettanza del potere di sostituzione. A tal proposito è interessante notare che il Presidente delegato si schiera – a differenza del legislatore (anch’esso) delegato del 2006 – dal lato delle parti. E per vero, il predetto giudice non solo si premura di salvaguardare il diritto delle parti a intrattenere un rapporto di mandato arbitrale con un collegio composto da giudici privati equidistanti (Consolo, *La ricusazione*, cit., 29), ma fa salvo anche il diritto delle parti a nominare il proprio arbitro: esclude che il giudice della ricusazione abbia il potere di sostituire l’arbitro – per così dire – “squalificato” e di nominare un altro professionista.

Secondo il giudice milanese la pronuncia sull’istanza di sostituzione, seppur richiesta nel caso di specie dalle ricusanti, non rientra nella sua competenza quale effetto dell’accoglimento della ricusazione, sia perché – antitetico a quanto è invece espressamente contemplato per l’ipotesi di accoglimento della ricusazione del giudice statale dall’art. 54 c.p.c. – nell’art. 815 c.p.c. manca una previsione attributiva di tale potere sia perché il disposto dell’art. 811 c.p.c. depone in senso contrario laddove prescrive che per la sostituzione degli arbitri occorre provvedere “secondo quanto è stabilito per la loro nomina nella convenzione d’arbitrato”. E nel caso di specie le clausole arbitrali prescrivevano la nomina condivisa tra le parti.

Conclusione, quest’ultima, senz’altro coerente con l’impianto delineato dal summenzionato art. 811 c.p.c. che ammette la sostituzione giudiziale dell’arbitro solo in mancanza dell’operatività dei meccanismi disciplinati nella sua prima parte (e quindi in via sussidiaria rispetto la volontà delle parti Dimundo, *Il mandato ad arbitrare*, in AA.VV., *Arbitrato. Profili di diritto sostanziale e processuale*, a cura di Alpa e Vigoriti,

Milano, 2013, 522; Giovannucci Orlandi, cit., 232; Salvaneschi, *Commentario dell'arbitrato*, sub art. 811 c.p.c., Bologna, 2014, 636 e 255), non poi così dissimilmente da quanto previsto per la dichiarazione giudiziale di decadenza degli arbitri, la quale ai sensi dell'art. 813 bis c.p.c. opera solo a fronte della mancata sostituzione convenzionale dell'arbitro che abbia ommesso o ritardato di compiere un atto delle sue funzioni (Cecchella, *sub. artt. 809-813*, in AA.VV., *La nuova disciplina dell'arbitrato*, a cura di Menchini, Padova, 2010 135 e segg.).

Ed invero nessun dubbio sussiste in ordine al fatto che all'accoglimento dell'istanza di ricusazione segue la necessità per le parti di provvedere alla sostituzione del giudice ricusato (Punzi, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, Padova 2012, I, 563) secondo il meccanismo "previsto dall'accordo compromissorio" (Briguglio, *La sostituzione dell'arbitro*, in *Riv. Arb.*, 193 segg.), con la conseguenza che il giudice della ricusazione non è titolare di alcun potere di sostituzione.

Maggiori perplessità si delineano, però, se si considera che il compromesso o la clausola compromissoria ben potrebbero rimettere la nomina dell'arbitro proprio all'autorità giudiziaria, essendo pertanto necessario stabilire se in tal caso il giudice della ricusazione abbia il potere di nominare un altro professionista e, più in generale, se l'a.g.o. può essere adito per la sostituzione in un momento antecedente all'accoglimento della ricusazione. A fronte di una simile statuizione contrattuale, ben potrebbe profilarsi l'ipotesi – peraltro realizzatasi nel caso posto all'attenzione del

tribunale milanese – della contestuale proposizione – anche con un unico ricorso e forsanche in via condizionata all'accoglimento – dell'istanza di ricusazione e di quella di sostituzione.

Ebbene, a prima lettura l'art. 811 c.p.c. pare escludere la possibilità di proporre l'istanza di sostituzione prima dell'accoglimento della ricusazione, giacché subordina l'operatività della disciplina della sostituzione al venir meno dell'arbitro. Se non che, fermo restando che l'ordinanza di accoglimento non contiene una nomina officiosa dell'arbitro (Briguglio, *op. cit.*, 97; Consolo, *La ricusazione*, cit., 22; Dimundo, *Il mandato ad arbitrare*, cit., 522; Dittrich, *L'imparzialità*, cit. 147; Giovannucci Orlandi, *Ricusazione*, cit., 297; Ruffini-Polinari, cit., in *Commentario breve*, cit. 168; Ruffini-Polinari, cit., in AA.VV., *Codice di procedura civile* diretto da Consolo, Milano, 2013, 1695; Salvaneschi, *Commentario*, cit., 636 e seg.; Verde, cit., 152 segg.), ragioni di economia processuale suggeriscono di ammettere comunque la sussistenza del potere di sostituzione in capo al giudice della ricusazione: purché siano proprio il compromesso, la clausola compromissoria o la convenzione di arbitrato a rimettere la nomina dell'arbitro all'a.g.o. e purché l'istanza di sostituzione venga formalmente formulata dalle parti e – prudenzialmente – condizionata all'accoglimento della ricusazione.

Federica Porcelli

Diritto Amministrativo

a cura di Adolfo Angeletti

con Roberto Caranta, Mariano Protto e Marco Sica

Società *in house*

Corte di giustizia dell'Unione europea, Sez. IV, 8 dicembre 2016, causa C-553/15 – Pres. Von Danwitz – Rel. Juhász – Undis servizi s.r.l. – Comune di Sulmona, Cogesa s.p.a.

Amministrazione pubblica – Servizi pubblici – Affidamento *in house* – Attività prevalente – Svolta a favore di comuni non soci – Imposta da provvedimento di amministrazione non socia – Non computabile

Nell'ambito dell'applicazione della giurisprudenza della Corte in materia di affidamenti diretti degli appalti pubblici detti "in house", al fine di stabilire se l'ente affidatario svolga l'attività prevalente per l'amministrazione aggiudicatrice, segnatamente per gli enti territoriali che siano suoi soci e che lo controllino, non si deve ricomprendere in tale attività quella imposta a detto ente da un'amministrazione pubblica, non sua socia, a favore di enti territoriali a loro volta non soci di detto ente e che non esercitino su di esso alcun controllo. Tale

ultima attività deve essere considerata come un'attività svolta a favore di terzi.

Amministrazione pubblica – Servizi pubblici – Affidamento *in house* – Requisiti – Attività prevalente – A favore di enti soci esercitanti controllo analogo congiunto – Computabilità dell'attività svolta prima dell'effettività del controllo – È computabile

Al fine di stabilire se l'ente affidatario svolga l'attività prevalente per gli enti territoriali che siano suoi soci e che esercitino su di esso, congiuntamente, un controllo analogo a quello esercitato sui loro stessi servizi, occorre tener conto di tutte le circostanze del caso di specie, tra le quali, all'occorrenza, l'attività che il medesimo ente affidatario abbia svolto per detti enti territoriali prima che divenisse effettivo tale controllo congiunto.

Per il testo della sentenza v. www.curia.europa.eu

I requisiti dell'*in house* fra principi giurisprudenziali e nuove regole codificate

Annalisa Giusti*

Con il caso in rassegna, la Corte di giustizia è tornata a precisare i presupposti dell'*in house* in occasione di un rinvio pregiudiziale finalizzato a verificare l'applicabilità della nuova direttiva appalti (2014/24 UE) ad affidamenti disposti nelle more del suo recepimento. Nonostante la Corte abbia espressamente affermato di voler risolvere la questione sulla base della precedente direttiva (2008/18 CE) e, dunque, dei principi giurisprudenziali elaborati nella definizione dell'ambito di esclusione delle regole concorrenziali, la decisione non è estranea alla valutazione dell'incidenza, rispetto al caso concreto, delle rinnovate disposizioni eurounitarie. Di conseguenza, il commento proposto si sofferma non solo sull'esame dei due principi di diritto espressi dalla sentenza in relazione ai requisiti (strutturale e funzionale) dell'*in house* ma anche sul principio non espresso e implicito nella statuizione della Corte circa la rilevanza delle disposizioni delle direttive non ancora recepite dal legislatore nazionale. Nonostante l'apparente linearità della successione delle leggi nel tempo, per cui le nuove regole dell'*in house* si applicano per le questioni successive all'entrata in vigore del novellato codice dei contratti pubblici, la sentenza svela la sostanziale non indifferenza delle prescrizioni della nuova direttiva appalti anche per gli affidamenti ad essa antecedenti ed interpreta le circostanze di fatto e di diritto, necessarie a integrare i presupposti dell'*in house*, tenendo altresì conto della nuova disciplina eurounitaria. La rilevanza numerica degli affidamenti *in house* di vecchia generazione presenti in Italia come in altri Paesi europei giustifica l'attualità nonché la potenziale *vis* espansiva dei principi formulati dalla Corte con la pronuncia annotata.

Il caso deciso e l'oggetto dell'indagine

Con il caso in rassegna, la Corte di giustizia è tornata nuovamente a occuparsi di *in house*, con un'ulteriore precisazione dei presupposti in presenza dei

quali è ammesso l'affidamento senza gara di lavori, servizi o forniture a favore di un soggetto che, per le sue caratteristiche, rappresenta una "*longa manus*" dell'amministrazione¹.

* Il contributo è stato sottoposto, in forma anonima, alla valutazione di un referee.

¹ Così, testualmente, Cons. Stato, Ad. Plen., 3 marzo 2008, n. 1 in *Foro Amm. CdS*, 2009, 1, 93. Per un commento alla sentenza, si

La vicenda all'attenzione dei giudici riguardava l'affidamento diretto del servizio di smaltimento dei rifiuti a una società a capitale interamente pubblico (Cogesa s.p.a.), partecipata da diversi comuni della medesima regione e il cui capitale, al momento della delibera di affidamento del consiglio comunale, era detenuto solo in una minima percentuale dal comune affidante². Prima della stipula del contratto, i comuni soci siglavano però una convenzione per esercitare congiuntamente sulla società un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi. La medesima società, inoltre, per effetto delle prescrizioni di un'autorizzazione integrata ambientale regionale, svolgeva la propria attività anche a favore di altri comuni della stessa regione ma non soci.

La scelta della gestione *in house* veniva impugnata avanti agli organi di giustizia amministrativa italiana, censurando la mancanza di entrambi i presupposti necessari per la legittimità dell'affidamento diretto, cioè il requisito strutturale del controllo analogo e quello funzionale dell'attività prevalente. Più in particolare, l'assenza dell'attività prevalente era imputata allo svolgimento del servizio a favore di soggetti terzi (i comuni non soci) e ad altri fattori³ che, sulla base delle nuove regole europee, non avrebbero consentito di raggiungere la percentuale di "oltre l'80%" necessaria a integrare tale requisito. Come si avrà modo di approfondire in seguito, la dir. 2014/24 UE, all'art. 12, nel definire l'ambito di applicazione del codice, disciplina gli elementi costitutivi degli affidamenti *in house*, riprendendo e sviluppando la pregressa giurisprudenza della Corte di giustizia e introducendo significative novità, fra cui la ricordata percentuale e i relativi criteri di calcolo.

La Corte di giustizia ha escluso l'applicabilità della nuova direttiva appalti e ha risolto entrambe le questioni oggetto del rinvio pregiudiziale in base alla precedente direttiva 2004/18 CE. La norma, al pari del-

l'abrogato codice dei contratti italiano⁴, non conteneva alcuna statuizione sull'*in house*. Per il principio del *tempus regit actum*, la regola del caso deciso sarebbe stata la giurisprudenza della Corte che, nel definire l'ambito di applicazione delle norme sull'evidenza pubblica, ha delineato, progressivamente, i presupposti per la legittimità di un affidamento diretto, c.d. *in house*⁵.

È all'ordinanza dei giudici nazionali⁶, invece, che occorre far più dettagliatamente riferimento per chiarire l'incidenza delle nuove regole sugli affidamenti antecedenti l'entrata in vigore delle norme di recepimento delle direttive.

La sentenza in commento merita dunque attenzione non solo per l'ulteriore specificazione dei requisiti dell'*in house* già elaborati dalla giurisprudenza europea ma anche per la soluzione offerta, in concreto, sulla disciplina applicabile agli affidamenti anteriori alla stagione della codificazione dell'*in house*. Appartengono a questa categoria tutti gli affidamenti precedenti il 19 aprile 2016⁷, data a partire dalla quale si applicano le disposizioni del D.Lgs. n. 50/2016; a ciò si aggiungano gli affidamenti compiuti sulla base delle norme italiane in cui vi è un riferimento all'*in house* e che rinviano, per la sua disciplina, ai principi del diritto comunitario⁸. Anche a queste fattispecie, per il principio del *tempus regit actum*, deve applicarsi il diritto pretorio vigente alla data dell'affidamento.

Metodologicamente, per le ragioni sinteticamente esposte, le riflessioni che seguono dedicheranno spazio anche all'ordinanza di rimessione del Consiglio di Stato, nell'ambito del più ampio esame del modello giurisprudenziale di *in house* proposto dai giudici europei, ribadito e ulteriormente arricchito dalla Corte di giustizia con la sentenza annotata.

L'indagine è integrata dal richiamo, seppur compiuto nei tratti essenziali, al nuovo statuto dell'*in house*, così come risultante dalla codificazione eurounitaria e

veda R. Caranta, *Le società pubbliche al vaglio dell'Adunanza Plenaria*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 2008, 11, 119. Convergono su questa peculiare connotazione organizzativa anche Cassazione civile, Sez. un., 25 novembre 2013, n. 26283, in *Foro Amm.*, 2014, 10, 2498; id., 10 marzo 2014, n. 5491, in *Foro Amm.*, 2014, 5, 1391.

² In particolare, il Comune di Sulmona aveva una quota pari al 16,6% di detto capitale.

³ La società ricorrente sottolineava come, dai bilanci di esercizio del biennio precedente, risultasse che l'attività a favore degli enti soci fosse solo il 50% di quella complessiva. Le censure atenevano anche al requisito del controllo analogo, a causa dell'avvenuta stipula della convenzione dopo l'affidamento. Su questi aspetti relativi alla convenzione, si veda più diffusamente *infra* nel testo.

⁴ Sul punto, si veda l'art. 1 dell'abrogato D.Lgs. n. 163/2006, dedicato alla definizione dell'"oggetto" del codice. Sulla definizione dell'ambito di applicazione del precedente codice, si veda S. Fantini, *Art. 1, oggetto*, in *Codice degli appalti pubblici*, a cura di Giu. Ferrari-Garofoli, Roma, 2013, I, 4.

⁵ Per completezza, occorre ricordare che la formula "*in house*" è comparsa per la prima volta nel libro bianco sugli appalti del 1998, ad indicare gli appalti "aggiudicati all'interno della Pubblica amministrazione, ad esempio tra Amministrazione centrale e locale o, ancora, tra una Amministrazione ed una società interamente controllata".

⁶ Si tratta di Cons. Stato, Sez. V, ord. 20 ottobre 2015, n. 4793,

in *Foro Amm.*, 2015, 10, 2515.

⁷ In conformità a quanto previsto dall'art. 216, D.Lgs. n. 50/2016 e ulteriormente precisato dal Comunicato congiunto del Ministro delle Infrastrutture e dei Trasporti del Presidente dell'Autorità Nazionale Anticorruzione del 22 aprile 2016, pubblicato sul sito istituzionale dell'A.N.A.C.

⁸ Il riferimento è al D.L. n. 179/2012, contenente "ulteriori misure urgenti per la crescita del Paese" e convertito nella legge 17 dicembre 2012, n. 221, in materia di servizi pubblici locali. L'art. 34, 20° comma sostanzialmente rinvia alla disciplina comunitaria per la conformazione del modello di gestione *in house*, aggiungendo alcuni adempimenti procedurali a carico dell'affidante, fra i quali emerge l'obbligo di pubblicare sul sito internet dell'ente una relazione nella quale si dia conto delle ragioni a favore della forma di affidamento prescelto e dell'esistenza dei requisiti per essa richiesti dall'ordinamento europeo. Un ulteriore riferimento è all'art. 149 *bis*, D.Lgs. n. 152/2006 che in materia di servizio idrico integrato prevede che l'affidamento diretto possa avvenire a favore di società interamente pubbliche, "in possesso dei requisiti prescritti dall'ordinamento europeo per la gestione *in house*...". Su questo complesso rapporto fra tipicità e atipicità nella regolamentazione dei servizi pubblici locali, in cui si inserisce anche il ruolo di mediazione del giudice, si vedano le più ampie riflessioni di G. Piperata, *Tipicità e autonomia nei servizi pubblici locali*, Milano, 2005.

nazionale. Occorre brevemente ricordare che, dopo una lunga elaborazione giurisprudenziale, l'*in house* è giunto al traguardo della codificazione con una disciplina interna che, attualmente, ha una duplice articolazione e alla quale, compatibilmente con le vicende della politica nazionale, è destinata ad aggiungersi una terza componente. La prima, in ordine cronologico, delle tre tessere che compongono il mosaico normativo dell'*in house* è la disciplina del codice dei contratti, il D.Lgs. n. 50/2016 che, in attuazione delle direttive europee⁹, dedica all'*in house* uno degli articoli di apertura¹⁰ e alcune specifiche disposizioni, in materia

di concessioni e nella più ampia cornice delle norme sul partenariato pubblico privato¹¹. La seconda è il D.Lgs. n. 175/2016, il testo unico delle società partecipate, che si occupa dei modelli organizzativi *in house* in forma societaria, emanato in attuazione della delega contenuta nell'art. 18, L. n. 124/2015 ed entrato in vigore il 23 settembre 2016¹². La medesima legge delega contempla, all'art. 19, l'adozione di un nuovo testo unico sui servizi pubblici locali, il cui articolato, non ancora definitivamente licenziato dal Governo¹³, rappresenta la terza delle evocate fonti a cui è affidato lo statuto del nuovo *in house*¹⁴.

⁹ Con la legge delega 28 gennaio 2016, n. 11 il Governo è stato delegato ad adottare un decreto di attuazione della Dir. 2014/25/UE sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali; della Dir. 2014/24/UE sugli appalti pubblici e della Dir. 2014/23/UE sui contratti di concessione entro il 18 aprile 2016 e, entro il 31 luglio 2016, un decreto legislativo per il riordino complessivo della disciplina vigente in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture. Il Governo ha adottato un unico decreto legislativo entro il 18 aprile 2016. Il D.Lgs. 18 aprile 2016, n. 50 ha recepito le direttive e riordinato la materia dei contratti della p.a., sostituendosi all'abrogato D.Lgs. n. 163/2006.

¹⁰ Si tratta dell'art. 5, che detta "Principi comuni in materia di esclusione per concessioni, appalti pubblici e accordi tra enti e amministrazioni aggiudicatrici nell'ambito del settore pubblico".

¹¹ La prima di queste prescrizioni, in attuazione di quanto previsto all'art. 1, 1° comma, lett. iii) della legge delega, è l'art. 177 che disciplina gli "affidamenti dei concessionari". La norma mira alla riconquista di una parte del mercato occupato dalle concessioni *in house* di lavori, servizi pubblici e forniture già in essere alla data di entrata in vigore del codice. I concessionari, infatti sono obbligati a mettere a gara una quota pari all'ottanta per cento dei contratti di lavori, servizi e forniture relativi alle concessioni di importo di importo pari o superiore a 150.000 euro, con la possibilità che la restante parte sia realizzata da società *in house* di cui all'articolo 5 "per i soggetti pubblici". La disciplina italiana sull'*in house* si differenzia inoltre da quella euronitaria in virtù di quanto previsto all'art. 192, rubricato "regime speciale degli affidamenti *in house*", con il quale il codice ha introdotto un insieme di regole la cui *ratio* comune è evitare che l'*in house* diventi una forma di elusione legale della concorrenza, mediante scelte poco partecipate e soprattutto non dettate da reali criteri di economicità e di tutela dell'interesse pubblico. Le esigenze di trasparenza sono soddisfatte attraverso una serie di misure specifiche, che si affiancano all'obbligo generale, ma ribadito anche per l'*in house*, di pubblicare (ove non secretati ai sensi dell'art. 162) e aggiornare tutti gli atti connessi all'affidamento diretto (art. 192, 1° comma, ultima parte e 3° comma) sul profilo del committente nella sezione "amministrazione trasparente", in formato *open data*, in conformità alle disposizioni del D.Lgs. n. 33/2013. A garanzia *ex ante* della trasparenza negli affidamenti diretti è inoltre istituito presso l'A.N.A.C. l'elenco delle amministrazioni aggiudicatrici e degli enti aggiudicatori che operano mediante affidamenti diretti nei confronti di proprie società *in house*. Il codice affida all'A.N.A.C. la definizione, con proprio atto, delle modalità e dei criteri per l'iscrizione, che avviene a domanda "dopo che sia stata riscontrata l'esistenza dei requisiti". La domanda di iscrizione consente alle amministrazioni aggiudicatrici e agli enti aggiudicatori "sotto la propria responsabilità, di effettuare affidamenti diretti dei contratti all'ente strumentale". Il 5 dicembre 2016 l'A.N.A.C. ha aperto la consultazione pubblica, conclusasi il 20 dicembre 2016, sul testo delle linee guida "per l'iscrizione nell'elenco delle amministrazioni aggiudicatrici e degli enti aggiudicatori che operano mediante affidamenti diretti nei confronti di proprie società *in house*". All'esito della consultazione pubblica e prima di licenziare il testo definitivo, il Consiglio dell'Autorità, nell'adunanza del 28 dicembre 2016, ha approvato lo schema delle predette linee guida che, in considerazione della rilevanza generale delle determinazioni assun-

te, è stato trasmesso al Consiglio di Stato per l'acquisizione del relativo parere ed è stato altresì inviato alla Commissione VIII – Lavori pubblici, comunicazioni del Senato della Repubblica e alla Commissione VIII – Ambiente, Territorio e Lavori Pubblici della Camera dei Deputati. L'art. 193, infine, è dedicato alla disciplina delle società pubbliche di progetto.

¹² Anche il nuovo testo unico sulle società partecipate è indice di un particolare rigore verso l'*in house* da parte del legislatore nazionale. Sono diversi i profili da cui emerge tale indirizzo restrittivo, il primo dei quali è rappresentato dalla tipicità dell'oggetto sociale, limitato a "una o più delle attività di cui alle lettere a), b), d) ed e)" dell'art. 4, 2° comma. La costituzione di una società *in house* è altresì soggetta a un obbligo di motivazione analitica (art. 5), dalla quale si evinca il collegamento con i fini istituzionali dell'ente, la convenienza dell'operazione anche in relazione all'alternativa dell'esternalizzazione nonché la sua efficacia, efficienza ed economicità. Un ulteriore elemento di rigore è rappresentato dalla previsione di un triplice ordine di controlli sull'atto deliberativo, ad evitare che l'*in house* si traduca in uno strumento di surrettizia elusione delle regole dell'evidenza pubblica. Il primo tipo di controllo, interno agli organi deliberanti, è volto a escludere la configurabilità di aiuti di Stato e, in generale, ad attestare la piena compatibilità dell'intervento finanziario con le norme dei trattati europei. Un secondo controllo, diffuso, impone agli enti locali di sottoporre lo schema dell'atto deliberativo a "forme di consultazione pubblica" (art. 5, 2° comma). Infine, seppur ai soli fini conoscitivi e in un'ottica preventiva, l'atto deliberativo deve essere inviato alla Corte dei conti e all'Autorità garante della concorrenza e del mercato, ai fini di una eventuale attivazione ai sensi dell'art. 21 *bis* della L. 10 ottobre 1990, n. 287. Il parametro dell'"oltre l'80% del fatturato" derivante dallo svolgimento di compiti affidati dall'ente pubblico o dagli enti pubblici soci è interpretato come limite al di sopra o al di sotto del quale l'attività del soggetto *in house* potrebbe tradursi nell'ingiustificata sottrazione di quote di commesse pubbliche al mercato concorrenziale. Gli affidamenti diretti possono eccedere la percentuale normativa soltanto quando ciò si traduca in un vantaggio in termini di efficienza, di economicità e ottimale impiego delle risorse pubbliche. Il mancato rispetto di questo limite costituisce una grave irregolarità, ai sensi dell'art. 2409 c.c. e dell'art. 15, D.Lgs. n. 175/2016, sanabile con la rinuncia agli affidamenti diretti in eccedenza. Il codice estende il medesimo rimedio anche ai rapporti con soggetti terzi. Anche in quest'ipotesi, il soggetto *in house* deve rinunziarvi, sciogliendo i relativi contratti. Quanto, infine, al controllo analogo, l'art. 16, al 2° comma consente di realizzare questo requisito anche grazie a previsioni statutarie che derogano alle disposizioni del codice civile e a patti parasociali. Per un commento alla nuova disciplina del testo unico, si veda A. Zito, *Il T.U. in materia di società a partecipazione pubblica: per un primo inquadramento sistematico alle novità più rilevanti*, in *www.giustamm.it*, 12, 2016.

¹³ Il Consiglio di Stato ha già espresso il parere (sostanzialmente positivo) sulla bozza del Testo unico sui servizi pubblici locali di interesse economico generale (Consiglio di Stato, Adunanza della Commissione speciale del 6 aprile 2016, n. 1075 del 3 maggio 2016). Il parere è consultabile sul sito della giustizia amministrativa (*www.giustizia-amministrativa.it*).

¹⁴ Sulle sorti del Testo unico inciderà anche il recepimento delle indicazioni fornite dalla Corte costituzionale con la sentenza n.

Nonostante l'apparente linearità della successione delle leggi nel tempo, per cui le regole del codice dei contratti sull'*in house* si applicano per gli affidamenti posteriori alla sua entrata in vigore, il quadro che si presenta all'interprete appare piuttosto complesso, per la rilevanza numerica dei soggetti *in house* "di vecchia generazione"¹⁵ presenti nel nostro Paese e la conseguente necessità di offrire soluzioni che siano in grado di conciliare le regole del diritto pretorio con le nuove e diverse indicazioni derivanti dal legislatore eurounitario.

Il requisito del controllo analogo fra principi giurisprudenziali e diritto positivo

Per comprendere le scelte della Corte e verificare la reale incidenza delle nuove direttive, anche avanti a una questione formalmente risolta sulla base dei soli precedenti giurisprudenziali, occorre preliminarmente ripercorrere le tappe salienti della giurisprudenza comunitaria, attraverso le quali i giudici del Lussemburgo hanno progressivamente definito i presupposti per la legittimità degli affidamenti *in house*. Di conseguenza, saranno esaminati partitamente gli elementi essenziali dell'*in house*, così come elaborati dalla giurisprudenza, affiancandovi la descrizione della loro attuale conformazione legislativa, nell'intento di coglierne gli elementi di continuità e quelli, invece, di novità. Questo esame sarà condotto principalmente attraverso le pronunce della Corte di giustizia e le disposizioni della Dir. 2014/24 UE sugli appalti pubblici¹⁶. Per i profili specifici di rilievo in questa sede, vi è infatti una sostanziale convergenza della giurisprudenza nazionale sulle soluzioni dei giudici del Lussemburgo in ordine agli elementi costitutivi dell'*in house*. Parimenti, anche se la legge delega indicava al legislatore de-

legato un criterio di "coerenza" nel recepimento della direttiva, l'art. 5, D.Lgs. n. 50/2016 riproduce fedelmente l'art. 12 della direttiva. Questa omogeneità consente, metodologicamente, di spostare la riflessione sul piano dell'ordinamento europeo, limitando i richiami agli articoli della direttiva appalti.

Nonostante la prima sentenza con cui la Corte di giustizia ha iniziato a tratteggiare le caratteristiche dell'*in house* sia la decisione sul caso *Ri. San.*¹⁷, gli elementi fondanti lo statuto giurisprudenziale dell'*in house*, dei quali vi è chiara eco anche nella legislazione attuale, sono rinvenibili nella decisione sul caso *Teckal*¹⁸, con la quale la Corte era stata chiamata a giudicare sulla legittimità dell'affidamento diretto di una fornitura di prodotti (combustibili) e di una prestazione di servizi (conduzione e manutenzione degli impianti termici) a favore di un consorzio a cui partecipava lo stesso ente affidante. Seguendo le argomentazioni della Corte, non vi è la necessità di ricorrere a una procedura di evidenza pubblica se l'affidamento è a vantaggio di un soggetto che, per le sue caratteristiche, non sia "terzo" rispetto all'amministrazione. Tale situazione si realizza quando l'amministrazione aggiudicatrice eserciti sull'affidatario un "controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi" e quest'ultimo realizzi "la parte più importante della propria attività con l'ente o con gli enti locali che la detengono". Ricorrendo questi presupposti, la scelta per l'*in house* rientra pienamente nella più ampia autonomia organizzativa dell'amministrazione e non è lesiva della concorrenza¹⁹.

La giurisprudenza successiva al caso *Teckal* si è concentrata sulla progressiva specificazione dei contenuti del requisito strutturale del "controllo analogo" e di quello funzionale dell'"attività prevalente", elaboran-

251/2016 con la quale i giudici costituzionali hanno dichiarato l'illegittimità di alcune delle norme contenute nella legge delega, fra cui anche quelle relative al riordino delle partecipazioni e dei servizi pubblici di interesse economico generale. La Consulta, sinteticamente, ha censurato le due disposizioni nella parte in cui prevedono la mera acquisizione di un parere anziché una vera e propria intesa in sede di Conferenza Stato Regioni. Simili materie, in cui confluiscono molteplici competenze sia statali che regionali, impongono, secondo i giudici della Corte, forme rafforzate di cooperazione come sono le intese, in grado di dare effettività al principio di leale collaborazione e garantire "l'integrazione dei diversi punti di vista e delle diverse esigenze degli enti territoriali coinvolti". La Consulta ha precisato gli effetti della sentenza sui decreti attuativi, sancendone l'espressa limitazione alle sole disposizioni della legge delega impugnate. Le disposizioni dei decreti dovranno essere specificamente impugnate; in quell'occasione, seguendo le argomentazioni della Corte, "si dovrà accertare l'effettiva lesione delle competenze regionali, anche alla luce delle soluzioni correttive che il Governo riterrà di apprestare al fine di assicurare il rispetto del principio di leale collaborazione". La sentenza ha arrestato il percorso del testo unico sui servizi pubblici locali ma non travolge le disposizioni sulle società *in house*, imponendo al Governo i correttivi necessari a garantire la leale collaborazione.

¹⁵ Non a caso, nell'analisi di impatto della regolamentazione relativa al codice, fra i profili di criticità nazionali è indicato "il ricorso eccessivo e ingiustificato all'*in house*", fra l'altro, nell'ambito di un quadro più generale in cui spicca l'"elevata incidenza

delle procedure negoziate senza previa pubblicazione del bando".

¹⁶ La Dir. 2014/23 del Parlamento europeo e del Consiglio (sull'aggiudicazione dei contratti di concessione) si occupa di *in house* all'art. 17 mentre la Dir. 2014/25/UE (sulle procedure di appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali) all'art. 28. Fra i diversi commenti alle direttive, si veda R. Caranta-D. C. Dragos, *La mini - rivoluzione del diritto europeo dei contratti pubblici*, in *Urb. App.*, 2014, 493; L. Torchia, *La nuova direttiva europea in materia di appalti servizi e forniture nei settori ordinari*, in *Dir. Amm.*, 2015, 291; C. Volpe, *le nuove direttive sui contratti pubblici e l'in house providing: problemi vecchi e nuovi*, in *Riv. It. Dir. Pub. Com.*, 2015, 1168.

¹⁷ Si tratta di Corte Giust. CE, 9 settembre 1999, C-108/98, in *Riv. It. Dir. Pub. Com.*, 2000, 1379. Ne riferisce dettagliatamente R. Ursi, *Società ad evidenza pubblica*, Napoli, 2012, 294, nota 133.

¹⁸ Corte Giust. UE 18 novembre 1999, Causa C-107/1998, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Comunit.*, 2000, 1393 annotata da G. Greco, *Gli affidamenti "in house" di servizi e forniture, le concessioni di pubblico servizio e il principio della gara*, 1461 e segg. Per la ricostruzione della vicenda *Teckal* si veda anche V. Ferraro, *Partenariati pubblico-privati ed in house providing*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Comunit.*, 2010, 1501.

¹⁹ Cfr. R. Cavallo Perin-D. Casalini, *L' in house providing: un'impresa dimezzata*, in *Dir. Amm.*, 2006, 51, secondo cui il potere di organizzazione delle p.a. non è una deroga al mercato ma è "definizione di ciò che non è mercato".

do una serie di principi che oggi riecheggiano nella disciplina, sia interna che eurounitaria, sull'*in house*.

È con la successiva sentenza sul caso *Stadt Halle*²⁰ che la Corte ha puntualizzato il requisito del controllo analogo soffermandosi, nello specifico, sull'incidenza dell'eventuale partecipazione privata al capitale. Inaugurando un orientamento formale e restrittivo²¹, rimasto sostanzialmente immutato fino all'entrata in vigore delle nuove direttive, la Corte di giustizia ha asserito l'ontologica incompatibilità fra la partecipazione, anche minoritaria, di un'impresa privata e il controllo analogo.

A rendere inconciliabile tale presenza è la fisiologica diversità degli interessi dell'amministrazione e del privato, così da recidere la relazione organizzativa tipica dell'*in house*²², indipendentemente dalla misura percentuale in cui l'ente controlli la società.

Seguendo la metodologia proposta a partire dalla sentenza *Parking Brixen*²³, l'esistenza dei due requisiti dell'*in house* deve essere verificata con un'indagine compiuta caso per caso, in relazione alla singola fattispecie. Di conseguenza, la valutazione sul controllo analogo "deve tener conto di tutte le disposizioni normative e delle circostanze pertinenti", nell'obiettivo di verificare se l'affidatario "è soggetto a un controllo che consente all'autorità pubblica concedente di influenzarne le decisioni". Tale influenza, in particolare, deve essere determinante "sia sugli obiettivi strategici che sulle decisioni importanti". A tali elementi "in positivo" si aggiungono poi anche altri fattori che, "in negativo", escludono il controllo analogo in quanto anche solo potenzialmente in grado di interrompere il rapporto interorganico fra gli enti. Seguendo ancora la decisione *Parking Brixen*, tale frattura si verifica avanti all'astratta possibilità di acquisire una vocazione commerciale da parte di una società "il cui oggetto sociale è stato esteso a nuovi importanti settori, il cui capitale deve essere a breve termine aperto ad altri capitali, il cui ambito territoriale di attività è

stato ampliato a tutto il paese e all'estero e il cui Consiglio di amministrazione possiede amplissimi poteri di gestione che può esercitare autonomamente"²⁴.

Questo approccio empirico, legato all'esame di tutte le circostanze del caso concreto, ha consentito alla Corte di configurare una casistica più ampia e complessa della dinamica del controllo analogo, oltre la fattispecie semplice del rapporto bilaterale fra una sola amministrazione e il soggetto *in house*. Ne è derivata l'elaborazione di una serie di figure tipiche, confluite anche nell'attuale disciplina normativa. Fra queste, particolare attenzione, in relazione al caso annotato, merita il c.d. "*in house* frazionato" o "pluri-partecipato", che si verifica quando il capitale azionario sia, per l'appunto, frazionato fra più enti e il controllo analogo possa quindi essere effettuato congiuntamente. Con la sentenza *Econord*²⁵ i giudici del Lussemburgo hanno ritenuto esistente il requisito del controllo analogo – e legittimo l'affidamento diretto – anche nel caso in cui ogni ente locale possedesse una percentuale minima del capitale sociale²⁶, purché tale partecipazione al capitale sociale e all'attività degli organismi direttivi fosse effettiva²⁷. Tale requisito di effettività avrebbe dovuto essere verificato in relazione al "peso relativo" assunto dall'ente nella società, in rapporto alle proprie finalità istituzionali ed alle previsioni statutarie²⁸. La logica funzionale avrebbe quindi prevalso su quella dominicale.

A questa fattispecie, la Corte di giustizia ne ha affiancato delle altre, anch'esse confluite nella direttiva appalti. Il riferimento è al c.d. "*in house* a cascata", espressione con la quale si sintetizza l'ipotesi in cui il pacchetto azionario sia detenuto da una *holding* a sua volta posseduta al 100% dall'ente pubblico. Con l'*in house* a cascata l'affidamento diretto è fatto dall'ente alla società detenuta dalla *holding*. La Corte di giustizia, con la sentenza *Carbotermo*²⁹, non ha escluso a priori la legittimità di tale soluzione ma, richiamando

²⁰ Corte di giustizia Unione Europea, 11 gennaio 2005, Causa C-26/03, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Comunit.*, 2005, 992 annotata da V. Ferraro, *La nuova ricostruzione dell'in house providing proposta dalla Corte di giustizia nella sentenza Stadt Halle*, 1004 e segg.

²¹ Prima di questa svolta, la giurisprudenza si era soffermata solo sul profilo quantitativo della titolarità della maggioranza del capitale da parte dell'amministrazione aggiudicatrice, ritenendo irrilevante la natura mista del capitale. Così, la già citata sentenza *Ri. San* cui *adde* Corte Giust. UE, 10 novembre 1998, Causa C-360/1996, *BFI Holding*, in *Racc.*, 1999, I-6821. Sul punto, cfr. R. Ursi, *Le società per la gestione dei servizi pubblici locali a rilevanza economica tra outsourcing e in house providing*, in *Dir. Amm.*, 2005, 190. Su questi aspetti, inevitabile è il rinvio anche a Corte di Giust. CE, Sez. III, 15 ottobre 2009, n. 196, C-196/08, *Acoset*, in <http://curia.europa.eu/>, nel più ampio contesto della definizione, da parte dei giudici del Lussemburgo, delle condizioni di legittimità dei partenariati pubblico – privati. Sul punto, si veda R. Caranta, *La Corte di giustizia definisce le condizioni di legittimità dei partenariati pubblici – privati*, in questa *Rivista*, 2010, 5.

²² Sulla portata tranciente di questa argomentazione ai fini dell'esclusione della legittimità dell'*in house*, si veda R. Ursi, *Le società pubbliche*, cit., 299.

²³ Corte di giustizia Unione Europea 13 ottobre 2005, Causa C-458/03, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Comunit.*, 2005, 6, 1907

²⁴ Con la sentenza *Mödling* (Corte di giustizia Unione Europea 10 novembre 2005, causa C-29/04, in *Foro Amm. CdS*, 2005, 11,

3151) la Corte di giustizia ha giudicato illegittimo l'affidamento diretto a una società inizialmente a totale partecipazione pubblica, il cui capitale sociale, poco dopo l'aggiudicazione, era stato ceduto in parte a privati. Su questi aspetti, cfr anche Corte Giust. CE, Sez. I, 6 aprile 2006, C-29/04, caso *Anav*, in *Foro Amm. CdS*, 2006, 1009.

²⁵ Corte di giustizia Unione Europea, Sez. III, 29 novembre 2012, n. 182, in *Foro Amm.*, 2012, 11, 2748.

²⁶ Per una attenta disamina del rapporto fra tale partecipazione minima al capitale sociale e il requisito del controllo analogo congiunto, si veda A. Cassatella, *Partecipazione "simbolica" alle società in house e requisito del controllo analogo*, in questa *Rivista*, 2014, 1708. Si sofferma su questa tipologia di società multicomunali anche C. Iaione, *Le società in house degli enti locali*, Roma, 2006, 67.

²⁷ Su questi aspetti, si vedano anche Corte di Giust. CE, 19 aprile 2007, C-295/05 *Asemfo* in *Urb. App.*, 2007, 1479 (annotata da R. Caranta, *Dodo, Rondine o Fenice: quale futuro per l'in house?*); Id, 13 novembre 2008, C-324/07, *Coditel Brabant* e 10 settembre 2009, C-573/07 *Sea*, entrambe in <http://curia.europa.eu/>. Su questi aspetti, si veda ancora R. Caranta, *La Corte di giustizia chiarisce i contorni dell'in house pubblico*, in questa *Rivista*, 2009, 1258.

²⁸ Seguendo ancora A. Cassatella, *Partecipazione "simbolica"*, cit., 1709. Sul punto, si veda anche Corte Giust. UE, 21 luglio 2005, C-231/03, *Coname*, *Foro Amm. CdS*, 2005, 7/8, 2001.

²⁹ Corte di giustizia Unione Europea, 11 maggio 2006, Causa C-340/04, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Comunit.*, 2007, 2, 526.

ancora una volta all'analisi del caso specifico, ha richiesto all'amministrazione aggiudicatrice un'influenza determinante sia sugli obiettivi strategici che sulle decisioni importanti della società *holding* e, di conseguenza, sull'affidatario. Si parla ancora di "in house orizzontale" quando ci sono tre soggetti, di cui uno ha il controllo sugli altri due. Fra i due (controllati dal primo) non c'è nessuna relazione; entrambi, seppur separatamente, sono in una relazione *in house* con il medesimo soggetto controllante. La Corte di giustizia³⁰ ha ritenuto sussistente il controllo analogo e quindi legittimo l'affidamento diretto quando uno dei due controllati affida il contratto direttamente all'altro controllato; se entrambi, infatti, sono controllati dal medesimo soggetto, secondo le caratteristiche tipiche dell'*in house*, fra di essi si crea una relazione organica, seppur in forma derivata. L'"*in house* verticale invertito", da ultimo, sintetizza l'ipotesi in cui il soggetto controllato affida al controllante il contratto senza procedura di evidenza pubblica. Si inverte, pertanto, la direzione classica dell'*in house*, così da far parlare anche di "in house capovolto".

L'art. 12 della Dir. 2014/24 UE, nel delineare il perimetro dei contratti esclusi e, in particolare gli "appalti pubblici fra enti nell'ambito del settore pubblico" ha legittimato gli affidamenti *in house* in presenza delle ormai tre classiche condizioni, indicate al par. 1, lett. a), b) e c): controllo analogo, attività prevalente con il soggetto controllante; assenza di partecipazione diretta di capitali privati, arricchendole però di alcune importanti specificazioni.

La novità di assoluto rilievo delle direttive è la possibile partecipazione al capitale sociale di operatori economici privati, quale eccezione di stretta interpretazione alla regola generale della totale partecipazione pubblica. L'apertura al privato è sottoposta a rigide condizioni, frutto del compromesso da cui nasce tale previsione normativa, necessaria a giustificare alcune situazioni in cui la legislazione interna ammette affidamenti diretti a soggetti in cui vi sia una presenza minima e ininfluenza di capitali privati. La direttiva precisa infatti che tali partecipazioni devono essere "obbligatorie ai sensi delle disposizioni vigenti negli Stati membri", devono essere conformi ai Trattati e non possono né tradursi in poteri di controllo o di veto né conferire un'influenza determinante sulle decisioni della società giuridica controllata³¹. Al contrario di quanto previsto nella definizione del controllo

analogo congiunto³², la direttiva non richiede espressamente né l'identità né la non contrarietà dell'interesse privato con quello pubblico, manifestando una sostanziale neutralità rispetto agli interessi dei privati partecipanti. Il nuovo testo normativo supera quindi l'ontologica incompatibilità fra interessi pubblici e privati a fondamento del divieto assoluto di partecipazioni private e introduce una diversa fattispecie, con una *ratio* distinta. L'unico limite è il rispetto dei Trattati, fra cui il principio cardine della concorrenza; da qui, la necessità comunque di sottoporre la norma nazionale a "uno stretto test di ragionevolezza"³³. Entro questo perimetro, quando il privato è estraneo alle scelte decisionali e strategiche dell'ente, può tollerarsene la presenza anche in un organismo *in house*.

In linea di continuità con la giurisprudenza, la direttiva ha inoltre codificato le diverse forme di controllo analogo emerse nella classificazione della Corte, con la specifica previsione dell'*in house* a cascata, dell'*in house* invertito (art. 12, par. 2) e, soprattutto, ai fini specifici di questa indagine, dell'*in house* frazionato (art. 12, par. 3). Più in particolare, nell'ultima parte del par. 3 dell'art. 12 sono indicate le condizioni necessarie affinché si abbia il "controllo congiunto", cioè che tutte le amministrazioni aggiudicatrici partecipanti compongano gli organi decisionali della persona giuridica controllata, anche rappresentate ("singoli rappresentanti possono rappresentare varie o tutte le amministrazioni partecipanti"); che le amministrazioni aggiudicatrici esercitino "congiuntamente un'influenza determinante sugli obiettivi strategici e sulle decisioni significative" della persona giuridica e, da ultimo, che quest'ultima non persegua interessi contrari a quelli delle amministrazioni aggiudicatrici. Il controllo congiunto, nella sua attuale conformazione legislativa, supera la logica solo funzionale che connotava il suo omologo giurisprudenziale, con una soluzione di compromesso in cui il peso della singola amministrazione è "bilanciato" dalla rilevanza anche del capitale azionario posseduto³⁴. A confronto con i precedenti della Corte, questo è sicuramente un elemento di novità; tuttavia, rispetto all'ulteriore profilo innovativo della apertura ai capitali privati, non si tratta dell'introduzione *ex novo* di una previsione in antitesi con il precedente diritto pretorio, quanto di un consolidamento, nell'ottica della semplificazione del sistema, degli esiti della giurisprudenza passata³⁵.

³⁰ Corte di giustizia Unione Europea, Sez. V, 8 maggio 2014 causa C-15/13, in *Foro It.*, 2015, 1, IV, 40. In proposito, vi veda il commento di F. Fischione-G. Fischione, *Spunti sull'ammissibilità dell'in house orizzontale e sulla non configurabilità dell'in house sottoposta a controllo analogo in parte qua* (a margine di Corte Giust. UE, sentenza 8 maggio 2014, C-15/13), in *www.giustam.it*, 5.2014.

³¹ Sottolinea A. Bartolini, *Prime pronunce giurisprudenziali sull'in house nella Dir. 2014/24/UE: il caso Cineca*, in questa *Rivista*, 2015, 1976, che il riferimento alla legislazione degli Stati membri deve essere interpretato in maniera restrittiva, escludendo fonti diverse dalla legge statale. La conformità ai Trattati, sempre seguendo questa ricostruzione, fa sì che tale presenza sia consentita solo per esigenze imperative, che consentono di derogare ai prin-

cipi del Trattato (moralità pubblica, tutela della salute, tutela del patrimonio storico-artistico). Parimenti ammessa, in quanto non lesiva del principio di concorrenza, sarebbe la partecipazione di organizzazioni che non operando sul mercato non ne alterano l'assetto concorrenziale. Sul punto, si veda però l'opposto orientamento di Corte Giust. UE, Sez. V, 19 giugno 2014, n. 574, *Centro Hospitalar de Setúbal EPE*, in *Foro Amm.*, 2014, 6, 1654.

³² Cfr. art. 12, par. 3 ultima parte Dir. 2014/24 UE, su cui più dettagliatamente *infra* nel testo.

³³ Citando testualmente A. Bartolini, *ibid.*, 1976.

³⁴ Seguendo la lettura data da A. Cassatella, *Partecipazione "simbolica"*, cit., 1712 al testo della direttiva appalti.

³⁵ Il riferimento è ancora ad A. Cassatella, *ibid.*

(Segue). Il requisito dell'attività prevalente

La medesima metodologia, basata sull'analisi del caso concreto, è stata proposta dalla giurisprudenza comunitaria anche per accertare l'esistenza del presupposto funzionale dell'"attività prevalente". Nella prospettiva della Corte non vi sono percentuali in grado di sintetizzare, numericamente, l'esistenza di tale requisito; ciò che rileva è che l'attività dell'ente sia svolta in via tendenzialmente esclusiva per l'amministrazione che esercita il controllo analogo; "il fatturato determinante è rappresentato da quello che l'impresa in questione realizza in virtù delle decisioni di affidamento adottate dall'ente locale controllante, compreso quello ottenuto con gli utenti in attuazione di tali decisioni"³⁶. Ancora, quando il soggetto *in house* sia controllato da più enti non importa se l'attività prevalente sia svolta "con questo o quell'ente locale ma con tali enti complessivamente considerati"³⁷. Non sono quindi escluse attività a favore di soggetti terzi, purché abbiano carattere marginale. Diversamente, non solo sarebbe interrotta la relazione organica fra l'ente e l'amministrazione di riferimento ma si avrebbe anche un'ingiustificata alterazione delle regole della concorrenza, a causa della situazione di particolare privilegio del prestatore.

Il requisito funzionale è strettamente collegato a quello strutturale; l'attività svolta dal soggetto *in house* è strumentale a dare attuazione alle decisioni dell'amministrazione (o delle amministrazioni) controllanti per l'esercizio di funzioni che, altrimenti, dovrebbero essere svolte ricorrendo ad affidamenti terzi. Un simile accertamento deve essere compiuto in concreto; giudicando astrattamente, potrebbero essere considerati tali quei soggetti che svolgano la loro attività per molteplici enti pubblici, senza che ad essi congiuntamente sia riferibile una situazione di effettivo controllo³⁸.

La direttiva appalti ha introdotto un'ulteriore e significativa novità nella definizione dell'"attività prevalente", con la fissazione di un dato percentuale, dal quale dedurre l'esistenza del requisito funzionale.

Abbandonando l'impostazione empirica precedente, la Dir. 2014/24/UE richiede che "oltre l'80% delle attività della persona giuridica controllata" siano effettuate "nello svolgimento dei compiti ad essa affidati dall'amministrazione aggiudicatrice controllante o da altre amministrazioni aggiudicatrici controllate dall'amministrazione aggiudicatrice di cui trattasi". A tal fine, deve essere preso in considerazione il fattura-

to totale medio o "un'ideale misura alternativa basata sull'attività, quali i costi sostenuti dalla persona giuridica o amministrazione aggiudicatrice in questione nei campi dei servizi, delle forniture e dei lavori per i tre anni precedenti l'aggiudicazione". La norma prevede, infine, una modalità residuale di computo per i casi in cui non sia possibile determinare il fatturato degli ultimi tre anni o la misura alternativa basata sull'attività, stabilendo sia sufficiente dimostrare "segnatamente in base a proiezioni dell'attività, che la misura dell'attività è credibile".

Il dato numerico non è fine a se stesso e non può essere calcolato senza alcuna correlazione con il requisito strutturale; la percentuale rilevante è legata allo svolgimento di attività compiute a favore dell'amministrazione o per conto di essa, per la realizzazione dei suoi compiti istituzionali³⁹. Solo quando tali criteri non possano operare, supplisce la valutazione delle circostanze concrete che, tenuto conto dei dati disponibili al momento dell'affidamento e proiettati in una dimensione futura, rendano credibile la riferibilità di tale dato alla successiva attività svolta per l'amministrazione.

I principi di diritto espressi dalla sentenza: *tempus regit actum* e presupposti dell'*in house*

Come anticipato, la Corte ha deciso le due questioni sollevate dal giudice del rinvio applicando i principi della giurisprudenza sin qui ricordati, con alcune importanti precisazioni.

Il caso deciso, in particolare, può essere ricondotto a una fattispecie di *in house* frazionato, caratterizzato dall'esistenza di un controllo analogo congiunto, per effetto della convenzione siglata dai comuni soci prima della conclusione del contratto⁴⁰.

La circostanza temporale della stipula della convenzione non è irrilevante. Come si legge negli atti di causa⁴¹, prima di tale accordo, il requisito del controllo analogo, benché astrattamente evocato dallo statuto, non corrispondeva alla realtà fattuale della società affidataria. Pur prevedendo un controllo dei comuni soci che si aggiungeva a quello civilistico e si sostanzialmente in un controllo diretto sulla gestione, sia individuale che collettivo, lo statuto consentiva all'assemblea di compiere tutti gli atti necessari ed opportuni per l'attuazione dell'oggetto sociale (art. 4.3) ed investiva il CdA di tutti i poteri di ordinaria e straordinaria amministrazione, che non fossero riservati all'assemblea (art. 18.1). A fronte di così ampie prerogative

³⁶ Così, testualmente, Corte di giustizia Unione Europea, 11 maggio 2006, Causa C-340/04, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Comunit.*, 2007, 2, 526, sentenza Carbotermo.

³⁷ Ancora, Corte di giustizia Unione Europea, 11 maggio 2006, Causa C-340/04, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Comunit.*, 2007, 2, 526. Su questo aspetto specifico del c.d. controllo analogo congiunto, si veda *infra* nel testo.

³⁸ Non a caso, la Dir. 2014/24, al considerando 31, ricorda che "il solo fatto che entrambe le parti di un accordo siano esse stesse autorità pubbliche non esclude di per sé l'applicazione delle norme sugli appalti".

³⁹ Su questa distinzione fra prestazioni *in house* verso o per conto dell'ente, si veda D. Casalini, *L'organismo di diritto pubblico e l'organizzazione in house*, Napoli, 2003, 247.

⁴⁰ Per una fattispecie analoga di *in house*, in cui il controllo analogo congiunto si realizza mediante convenzione, si veda F. Manganaro, *In house e sistema idrico integrato - un caso di controllo analogo anche senza maggioranza azionaria pubblica*, in questa *Rivista*, 2015, 1, 187.

⁴¹ Sul punto, si veda anche la sentenza di primo grado, Tar Abruzzo, L'Aquila, 19 dicembre 2014, n. 929, fonte *Redazione Giuffrè amministrativo* 2015.

societarie e senza alcuna precisazione circa le modalità di esercizio dei propri poteri da parte dei soci, il controllo analogo previsto dallo statuto (art. 5) difficilmente avrebbe potuto qualificarsi nel senso indicato dalla giurisprudenza comunitaria.

È soltanto con la convenzione che sono state create le condizioni per garantire l'effettività del controllo analogo sulla società affidataria, creando un apposito organo, il comitato di indirizzo strategico e di controllo, che ha la facoltà di indicare gli indirizzi strategici della società ed esprime un parere preliminare su tutte le deliberazioni degli organi sociali, che vi si possono discostare solo previa congrua e specifica motivazione. Alcune deliberazioni, invece, devono essere autorizzate preventivamente dal comitato, il cui parere è in tal caso vincolante per gli organi sociali. Il comitato, inoltre, esercita il controllo sull'attuazione degli obiettivi fissati e sul rispetto dei pareri e delle autorizzazioni concesse, avendo diritto di ricevere relazioni semestrali e referti attinenti agli aspetti più rilevanti dell'attività sociale. La Convenzione prevede altresì l'istituzione di un "Ufficio del controllo analogo", quale punto di raccordo tra il comitato e gli organi sociali.

Questa digressione sulle componenti essenziali dell'assetto statutario della società è particolarmente utile per verificare l'analisi delle circostanze del caso concreto compiuta dalla Corte nel decidere sulle questioni oggetto di rinvio, ai fini dell'applicazione della propria pregressa giurisprudenza.

Con la prima delle due questioni, il giudice nazionale chiedeva alla Corte di pronunciarsi sulla possibilità di computare, ai fini dell'attività prevalente, anche quella svolta a favore di comuni non soci e imposta al soggetto affidatario da un provvedimento autoritativo di una amministrazione (la Regione), a sua volta non socia.

Proponendo una singolare analogia con la giurisprudenza della Corte sul requisito dell'attività prevalente, il giudice del rinvio ipotizzava una soluzione favorevole all'estensione del requisito funzionale dell'*in house* anche all'attività svolta dall'ente in forza di un provvedimento autoritativo di un'amministrazione diversa da quella aggiudicatrice. Secondo il Consiglio di Stato, l'attività imposta per effetto dell'autorizzazione integrata ambientale non avrebbe potuto comunque essere oggetto di competizione concorrenziale con altre imprese del mercato, al pari di quella svolta per l'amministrazione controllante. Sussistendo la medesima *ratio* – cioè l'assenza di contendibilità della prestazione per la stretta contiguità con le decisioni dell'amministrazione (i comuni in un caso, la regione nell'altro) – anche il servizio svolto a favore dei comuni non soci sarebbe stato valutabile ai fini del requisito dell'attività prevalente.

Avanti a un simile ampliamento dei presupposti dell'*in house*, legato agli effetti sostanziali di un provvedimento autoritativo, la Corte di giustizia ha optato per una soluzione restrittiva e rigorosamente in linea con i propri pronunciamenti. I giudici europei hanno circoscritto l'attività prevalente solo a quella svolta a favore delle amministrazioni aggiudicatrici controllan-

ti, senza che rilevi in alcun modo la contendibilità delle prestazioni e l'esistenza di un provvedimento che abbia escluso il ricorso alle regole dell'evidenza pubblica. Il servizio svolto nell'adempimento delle prescrizioni dell'autorizzazione integrata ambientale è estraneo alle dinamiche organizzative e decisionali dei comuni soci; i comuni non soci devono essere considerati terzi e l'attività a loro favore esterna al computo di quella prevalente.

La medesima formale applicazione della propria giurisprudenza pregressa, avrebbe dovuto condurre a una soluzione negativa anche della seconda questione, escludendo dal computo dell'attività prevalente il servizio svolto per i comuni prima che il controllo analogo congiunto divenisse effettivo.

Nonostante il principio affermato dalla Corte attenga al requisito dell'attività prevalente, la legittimità dell'*in house* è strettamente legata alla contemporanea presenza del requisito strutturale del controllo analogo, *sub specie* del controllo analogo congiunto. Il richiamo in precedenza compiuto alla situazione statutaria e fattuale della società prima della stipula della convenzione ha messo in evidenza la sostanziale differenza fra la situazione di controllo analogo solo formale, anteriore alla convenzione, e quella invece effettiva, successiva ad essa. L'affidamento diretto è stato disposto prima che si inverasse realmente il requisito strutturale, quando ancora i destinatari dell'attività erano una pluralità di soggetti, fra cui il comune affidatario, i cui poteri erano fortemente depotenziati da quelli degli organi societari. Ragionevolmente, l'attività compiuta in esecuzione delle decisioni degli enti affidanti, rilevante ai fini del requisito funzionale, avrebbe dovuto essere limitata a quella successiva alla convenzione.

Non a caso, i giudici nazionali, preso atto di tale mutamento nella relazione fra la società e i comuni soci, proponevano di determinare il requisito dell'attività prevalente secondo il criterio indicato dall'art. 12, par. 5 ultima parte che, proprio per i casi di riorganizzazione delle attività della persona giuridica, consente di superare i criteri di calcolo del requisito dell'"oltre l'80% delle attività", dimostrando, "segnatamente in base a proiezioni dell'attività, che la misura dell'attività è credibile".

La Corte di giustizia ha invece ritenuto che l'attività computabile fosse anche quella svolta prima che il requisito del controllo analogo divenisse effettivo, senza alcuna specifica correlazione fra l'attività e le scelte decisionali congiunte dei soggetti controllanti. L'analisi delle circostanze del caso di specie è stata così compiuta in maniera svincolata dal requisito strutturale – organizzativo. Portando all'estrema conseguenza questo ragionamento, potrebbe ipotizzarsi che se uno dei comuni beneficiari del servizio in forza dell'autorizzazione integrata ambientale avesse acquisito nel frattempo una partecipazione anche millesimale del capitale sociale e partecipato poi alla convenzione, avrebbe potuto essere valutata anche l'attività svolta in virtù del provvedimento regionale.

Leggendo però la sentenza, al paragrafo 41, emerge

un elemento che sembra attenuare la rigidità della critica a questa conclusione e, a ben vedere, anche la decisa presa di posizione della Corte a favore della non applicabilità delle nuove direttive e alla soluzione del caso fondata solo sulla sua pregressa giurisprudenza. La Corte, con riferimento alle attività esaurite prima della stipula della convenzione, al fine di computarle positivamente agli effetti del requisito funzionale, afferma che “le attività passate possono costituire un indice dell’importanza dell’attività che la Cogesa intende svolgere per le amministrazioni territoriali una volta divenuto effettivo il controllo analogo”. Il riferimento all’importanza dell’attività ripete la medesima formula del già ricordato art. 12, par. 5 Dir. 2014/24 UE; il servizio erogato prima della convenzione e che divenisse effettivo il controllo analogo rileva non nella sua dimensione passata, quanto nella sua proiezione come misura presunta della quantità svolta, *pro futuro*, per le amministrazioni aggiudicatrici.

I giudici europei, pur avendo formalmente escluso sia la diretta applicabilità della direttiva sia l’interpretazione conforme, hanno risolto la questione tenendo comunque in considerazione le novità del diritto positivo derivato, assumendolo come riferimento nella decisione del caso concreto, sebbene fondata ancora sul diritto pretorio. Il diritto scritto è stato così considerato un criterio ermeneutico nell’applicazione del diritto giurisprudenziale⁴², a cui far ricorso nella valutazione di “tutte le circostanze del caso di specie”.

(Segue). E quello “inespresso”: *tempus regit actum* e obbligo attenuato di interpretazione conforme

Vi è, dunque, un terzo principio inespresso che emerge, seppur con tratti non molto nitidi, dalla sentenza annotata e che riguarda l’applicabilità delle nuove regole sull’*in house* a tutti gli affidamenti precedenti il 19 aprile 2016. Le controversie che riguardano tali affidamenti devono essere risolte sulla base del diritto giurisprudenziale, senza poter invocare il carattere *self executing* delle direttive⁴³ o proporre il principio dell’interpretazione conforme⁴⁴. Ciò nonostante, l’esistenza di un nuovo diritto codificato impone di assumerlo quale criterio ermeneutico logico – sistematico nell’applicazione al caso concreto della giurisprudenza della Corte, evitando antinomie che generino nuove situazioni di incertezza sulle regole e disparità di trattamento.

Questa valenza interpretativa delle direttive emerge,

a ben vedere, anche dalla giurisprudenza interna, alla quale è riconducibile l’ordinanza di rinvio prodromica alla sentenza in rassegna⁴⁵, seppur talvolta celata dietro *obiter* ambigui sulla diretta applicabilità delle nuove direttive. L’analisi di questa giurisprudenza, di conseguenza, appare particolarmente utile per esplicitare maggiormente il principio inespresso della sentenza e definire entro quali limiti le rinnovate regole eurounitarie possano incidere sui presupposti per la legittimità di affidamenti *in house* formalmente estranei al loro ambito di applicazione.

Il riferimento è, innanzitutto, al caso Cineca e alla sua qualificazione *in house*, oggetto di due contrapposti pronunciamenti del Consiglio di Stato, rispettivamente in sede consultiva⁴⁶ e giurisdizionale⁴⁷. Il Cineca è un consorzio interuniversitario, in cui sono consorziati oltre al Miur settanta università italiana (anche aventi personalità giuridica privata) e quattro enti pubblici di ricerca, già gestore *in house* dei servizi informatici per il settore universitario e della ricerca. Alla sezione consultiva del Consiglio di Stato veniva richiesto il parere sulla legittimità dell’affidamento *in house* al Cineca, da parte del Miur, dei servizi informatici relativi al settore scolastico. Due, in particolare, erano gli elementi astrattamente ostativi: quanto al requisito strutturale, la partecipazione di università private avrebbe escluso il controllo analogo dell’ente; quanto al requisito funzionale, la sua potenziale acquisizione di una vocazione commerciale sarebbe stata inconciliabile con il presupposto dell’attività prevalente. Lo statuto consente infatti al Cineca di affidare a terzi l’esercizio di talune delle attività di sua competenza – ma sempre allo scopo di realizzare i fini istituzionali e l’interesse dei consorziati – e di svolgere prestazioni a favore di soggetti estranei al consorzio, con carattere eccezionale e marginale e sempre per il miglior perseguimento degli scopi consortili.

Nonostante l’ambiguità dell’*obiter*, secondo cui per le nuove direttive “se non vi è addirittura un’applicazione immediata del tipo *self executing*, non può in ogni caso tenersi conto di quanto previsto dal legislatore europeo”, il Consiglio di Stato ha espresso il proprio parere favorevole con un’interpretazione adeguatrice delle regole giurisprudenziali alle nuove prescrizioni del diritto derivato eurounitario. Rispetto al requisito funzionale, l’affidamento diretto è stato ritenuto legittimo non solo perché tali prestazioni sono rese a terzi in attuazione della missione di servizio

⁴² Per una riflessione più ampia sulla valenza interpretativa del diritto eurounitario, anche in chiave adeguatrice dell’ordinamento nazionale, si vedano le considerazioni di S. Valaguzza, *La frammentazione della fattispecie nel diritto amministrativo a conformazione europea*, Milano, 2008, 205 e segg.

⁴³ Il meccanismo delle direttive *self executing* opera soltanto allo scadere del termine per il recepimento, laddove il testo della norma sia chiaro, preciso e incondizionato (Cfr. Corte Giustizia UE, sentenza 4 dicembre 1974, C-41/74 *Van Duyn*, consultabile al sito <http://eur-lex.europa.eu>), senza che residui alcuna discrezionalità in capo allo Stato membro. Si tratta infatti di un meccanismo sanzionatorio nei confronti degli Stati membri inadempienti (Corte di giustizia, sentenza 5 aprile 1979, C-148/78, *Ratti*,

consultabile al sito <http://eur-lex.europa.eu>), necessario a garantire il primato dell’ordinamento eurounitario.

⁴⁴ Cfr. Corte di giustizia, sentenza 13 novembre 1990, C-106/89, *Marleasing*, in Raccolta, 1990, I-4135.

⁴⁵ Per una lettura di questa fase giurisprudenziale di transizione, si veda S. Foà-D. Greco, *L’in house providing nelle direttive appalti 2014: norme incondizionate e limiti dell’interpretazione conforme*, in www.federalismi.it, 15/2015.

⁴⁶ Cfr. Consiglio di Stato, Sez. II, parere 30 gennaio 2015, n. 298, in *Foro Amm.*, 2015, 1, 126.

⁴⁷ Cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 26 maggio 2015, n. 2660 in *Foro Amm.*, 2015, 4, 1444.

pubblico del consorzio e frutto delle “decisioni di affidamento al Cineca di attività rientranti nei compiti istituzionali dei soggetti affidanti”, ma anche perché circa il 90% del fatturato deriva da attività svolte a favore dei consorziati, con una percentuale in linea con quella indicata dalle nuove direttive come indice dell’esistenza dell’attività prevalente. Più forzata, invece, appare la soluzione apparentemente solo interpretativa riferita al requisito del controllo analogo. Come ricordato, l’art. 12 della Direttiva ammette la partecipazione di capitali privati a tre condizioni: non solo esige che tale presenza non si traduca in un’influenza determinante sulla persona giuridica controllata ma prescrive che tali forme di partecipazione siano previste dalla legislazione nazionale e siano conformi ai Trattati. La sezione consultiva ha omesso completamente ogni valutazione sugli ultimi due requisiti⁴⁸, limitandosi a escludere che le persone giuridiche private consorziate potessero avere un’influenza dominante, tanto più essendo soggetti che svolgono, a loro volta, un pubblico servizio nel settore dell’istruzione superiore e della ricerca scientifica.

L’operazione compiuta dalla sezione consultiva del Consiglio di Stato è molto più ampia di una mera interpretazione del diritto giurisprudenziale in modo conforme al diritto derivato da recepire; i giudici, infatti, per ammettere la natura *in house* del Cineca hanno, di fatto, applicato una nuova disposizione, estranea al *corpus* di diritto pretorio antecedente le direttive, con una soluzione più vicina all’affermazione del carattere *self executing* delle nuove regole eurounitarie.

Questo limite non è stato invece valicato dal Consiglio di Stato, in sede giurisdizionale, che ha negato la legittimità dell’affidamento *in house* al Cineca di alcuni servizi informatici a favore di un’università pubblica. I giudici di Palazzo Spada non hanno escluso la possibilità, *rectius* necessità, di tener conto delle direttive in corso di recepimento; l’imminente entrata in vigore di nuove norme di derivazione eurounitaria impone, anzi, un più ampio dovere di *stand still* sia al legislatore nazionale – che deve astenersi dall’adottare qualsiasi misura che possa compromettere il raggiungimento del risultato fissato nella direttiva – sia al giudice, imponendogli di evitare qualsiasi forma di interpretazione o di applicazione del diritto nazionale da cui possa derivare, dopo la scadenza del termine di attuazione, la messa in pericolo del risultato voluto dalla direttiva⁴⁹.

Si tratta, quindi, di un obbligo negativo che si sostanzia nel dovere di astenersi dall’interpretazione difforme potenzialmente pregiudizievole per i risultati che la direttiva intende conseguire. È un “obbligo attenuato rispetto a quello di interpretazione conforme in quanto discende da un principio sì fondamentale del diritto dell’Unione, quale è quello di leale cooperazione, ma, pur tuttavia, gerarchicamente sotto ordinato a quello del primato, il cui mancato rispetto mina la stessa essenza dell’ordinamento dell’Unione”⁵⁰.

La questione della qualifica *in house* del Cineca, secondo il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, avrebbe superato i limiti della rilevanza giuridica negativa eccezionalmente riconosciuta alla direttiva prima della scadenza del termine di recepimento. Per affermare la legittimità dell’affidamento diretto al Consorzio interuniversitario avrebbe dovuto compiersi un’operazione interpretativa additiva, applicando una norma nuova con una *ratio* opposta a quella passata e, di conseguenza, disapplicando la regola giurisprudenziale sulla partecipazione pubblica totalitaria. L’interpretazione logico – sistematica, non in contrasto con la direttiva, avrebbe dovuto arrestarsi avanti alla presenza di nuove regole che non rappresentano la sistemazione positiva della giurisprudenza precedente e che potranno dunque operare solo dopo il loro recepimento.

Al principio di leale collaborazione e al correlato dovere di *stand still* il Consiglio di Stato ha fatto appello anche nell’ordinanza di rinvio prodromica alla pronuncia in rassegna. A differenza della decisione sul caso Cineca, i giudici di Palazzo Spada hanno però rimesso quest’obbligo attenuato di interpretazione conforme alla Corte di giustizia, affinché chiarisse se, e in che limiti, le direttive potessero trovare applicazione a una fattispecie sottratta, *ratione temporis*, al loro ambito di applicazione. La Corte affidandosi al principio del *tempus regit actum* ha affermato l’applicabilità delle regole precedenti; ciò nonostante, nell’esaminare le circostanze del caso concreto e applicare la giurisprudenza sui requisiti dell’attività prevalente, ha proposto una soluzione non in contraddizione con le nuove regole sull’*in house*⁵¹.

Conclusioni

Nel decidere il caso in rassegna, la Corte, partendo dalla premessa a favore dell’applicazione della disciplina anteriore alle nuove direttive appalti, ha concluso invece con la sostanziale interpretazione di “tutte le

⁴⁸ Secondo G. Carullo, *Luci ed ombre sulla legittimità dell’affidamento in house*, in *www.giustamm.it*, 2/2015, una copertura normativa si sarebbe potuta rinvenire nell’art. 7, 42° comma *bis*, D.L. n. 95/2012 (convertito nella L. n. 135/2012), cioè la legge che aveva disposto l’accorpamento tra alcuni consorzi universitari in cui erano presenti anche università private. *Contra*, A. Bartolini, *Società in house providing*, cit., 1976 (in conformità anche alla decisione del Consiglio di Stato in sede giurisdizionale) che comunque sottolinea come, rispetto alla conformità ai Trattati, il Collegio, più o meno consapevolmente, avesse compiuto un giudizio di ragionevolezza riguardo alla compatibilità con il principio di concorrenza.

⁴⁹ Cfr. Corte di giustizia UE, 18 dicembre 1997, causa C-129/

96, *Inter-Environment Vallonie*, in *Riv. Dir. Internaz.*, 1998, 517.

⁵⁰ Testualmente, Cons. St., Sez. VI, 26 maggio 2016, n. 2660, cit.

⁵¹ Seguendo questo criterio decisorio, qualora fosse stata chiamata a pronunciarsi espressamente sul punto, sarebbe stato interessante conoscere il punto di vista della Corte sul presupposto del controllo analogo, in presenza di una direttiva che prevede che gli organi decisionali della persona giuridica siano composti da rappresentanti di tutte le amministrazioni aggiudicatrici partecipanti. Questo profilo specifico non emerge dall’assetto statutario, anche post convenzione, della società, evidenziando un profilo di ulteriore incertezza sulla legittimità eurounitaria dell’affidamento *in house* esaminato.

circostanze del caso di specie, sia qualitative sia quantitative” anche sulla base delle nuove regole eurounitarie. Sintetizzando i principi di diritto espressi dalla sentenza, i requisiti del controllo analogo e dell’attività prevalente devono essere valutati in base alle regole giurisprudenziali antecedenti la codificazione dell’*in house*. Ciò nonostante, la presenza di questa rinnovata disciplina (e delle corrispondenti disposizioni nazionali) non può non essere rilevante, soprattutto quando tali norme, come quelle riguardanti il caso deciso, rappresentino la codificazione e la sistemazione delle precedenti soluzioni giurisprudenziali. Tale operazione ermeneutica non deve però tradursi nella surrettizia operatività del meccanismo *self executing*, per nor-

me che, *ratione temporis*, non avrebbero dovuto ancora essere in vigore; né, come dimostrano le conclusioni della Corte nella sentenza annotata, può però risolversi in una decisione che contrasti con il risultato indicato dalla direttiva. Avanti alla non facile conciliazione di simili esigenze, la soluzione prospettata dal Consiglio di Stato italiano, in sede giurisdizionale, sul caso Cineca appare la più ragionevole, oltre che accompagnata dal pregio della maggior chiarezza, giacché affida espressamente a un obbligo attenuato rispetto a quello dell’interpretazione conforme la ricomposizione del mosaico dell’*in house*, per tutti gli affidamenti anteriori all’entrata in vigore delle nuove regole eurounitarie.

■ Elezioni – Elettore passivo

Corte costituzionale, 16 dicembre 2016, n. 276 – Pres. Grossi – Rel. De Pretis – Pres. Cons. Ministri (avv.ti Stato Palmieri, Soldani, Giannuzzi); F.A. (avv. Manes) – V.D.L. (avv. Lentini) – Movimento a difesa del cittadino e altro, G.G. (avv. Pellegrino) – F.M. (avv. Miglino) – V.C. ed altri (avv. Marchese).

Elezioni – Sospensione e decadenza di diritto dalle cariche elettive regionali e locali – Sospensione di diritto dalla carica anche in caso di sentenza non definitiva di condanna – Eccesso di delega – Questione di costituzionalità – Ricostruzione interpretativa della disposizione – Infondatezza

Sono non fondate le questioni di legittimità costituzionale degli artt. 8, 1° comma, e 11°, 1° comma, lett. a), del D.Lgs. n. 235/2012, sollevate, in riferimento agli artt. 76 e 77 Cost., in quanto la legge delega di cui all’art. 1, 64° comma, lett. m), della l. 6 novembre 2012, n. 190 – laddove delega l’esecutivo a disciplinare le ipotesi di sospensione e decadenza di diritto dalle cariche in caso di sentenza definitiva di condanna per delitti non colposi successiva alla candidatura o all’affidamento della carica – sia in virtù dell’analisi della previgente disciplina e della giurisprudenza della Corte costituzionale, sia sotto il profilo testuale, sia sulla base di considerazioni di carattere logico-sistematico, deve essere interpretata nel senso che la sospensione di diritto dalla carica elettiva si applichi non già in forza di una sentenza di condanna penale definitiva, ma già a seguito di sentenza non definitiva di condanna penale.

Elezioni – Sospensione e decadenza di diritto dalle cariche elettive regionali e locali – Principio di irretroattività delle pene e delle misure amministrative di carattere punitivo-afflittivo – Non applicabilità del principio alle misure amministrative cautelari – Questione di costituzionalità – Infondatezza

Sono non fondate le questioni di legittimità costituzionale degli artt. 7, 1° comma, lett. c), 8, 1° comma, e 11, 1° comma, lett. a), del D.Lgs. n. 235/2012, sollevate, in riferimento agli artt. 25, 2° comma, e 117, 1° comma, Cost., quest’ultimo in relazione all’art. 7 CEDU, in

quanto il principio di irretroattività valido per le pene e per le misure amministrative di carattere punitivo-afflittivo non è predicabile nei confronti delle disposizioni censurate, essendo le stesse una mera conseguenza del venir meno di un requisito soggettivo per l’accesso alle cariche elettive considerate e in quanto dal quadro delle garanzie apprestate dalla Cedu come interpretate dalla Corte di Strasburgo, alla luce dei c.d. “criteri Engels”, non è ricavabile un vincolo ad assoggettare una misura amministrativa cautelare, quale la sospensione dalle cariche elettive in conseguenza di una condanna penale non definitiva, al divieto convenzionale di retroattività della legge penale.

Elezioni – Sospensione e decadenza di diritto dalle cariche elettive regionali e locali – Principio di irretroattività in materia di diritti inviolabili – Asserita costituzionalizzazione del principio – Non sussistenza – Questione di costituzionalità – Non fondatezza

Sono non fondate le questioni di legittimità costituzionale degli artt. 7, 1° comma, lett. c), 8, 1° comma, e 11, 1° comma, lett. a), del D.Lgs. n. 235/2012, sollevate, in riferimento agli artt. 2, 4, 2° comma, 51, 1° comma, 97, 2° comma, Cost., non sussistendo la “costituzionalizzazione” del principio di irretroattività in tutti i casi in cui la Costituzione riserva alla legge la disciplina di diritti inviolabili.

Elezioni – Sospensione e decadenza di diritto – Incandidabilità – Differenziazione di trattamento tra cariche elettive regionali/locali e nazionali/europee – Disparità di trattamento – Questione di costituzionalità – Ragionevolezza della scelta legislativa – Infondatezza

È non fondata la questione di legittimità costituzionale dell’art. 8, 1° comma, lett. a), del D.Lgs. n. 235/2012, sollevata, in riferimento agli artt. 3 e 51 Cost., dalla Corte d’appello di Bari, laddove si lamenta che la sospensione di diritto dalla carica elettiva locale e regionale consegua a una sentenza non definitiva per il reato di abuso d’ufficio a prescindere dalla pena comminata in concreto, diversamente da quanto previsto per i par-

lamentari, nazionali ed europei, per i quali l'incandidabilità si applica solo se la pena comminata per il medesimo reato sia pari o superiore ai due anni, in quanto non appare configurabile, sotto il profilo della disparità di trattamento, un raffronto tra la posizione dei titolari delle cariche elettive nelle regioni e negli enti locali e quella dei membri del Parlamento e del Governo, es-

sendo evidente il diverso livello istituzionale e funzionale degli organi costituzionali citati, con la conseguenza che non può ritenersi irragionevole la scelta del legislatore di dettare le norme impugnate con esclusivo riferimento ai titolari di cariche elettive non nazionali.

Per il testo della sentenza v. www.giurcost.it.

Una “pietra tombale” sulla “natura afflittiva” della limitazione dell’elettorato passivo?

Francesca Bailo*

La decisione in commento si è pronunciata nel senso della non fondatezza delle plurime questioni di legittimità costituzionale prospettate sulla c.d. “legge Severino” e, in particolare, è tornata sulla *vexata quaestio* della natura sostanzialmente penale o meno della sospensione di diritto dalla carica elettiva, effettuando un controllo di convenzionalità “a tutto tondo”, che “strizza l’occhio” a Strasburgo: resta da verificare se detta pronuncia sarà in grado di persuadere la Corte Edu, o se questa, anch’essa chiamata a decidere su analoghe questioni relative al medesimo D.Lgs., deciderà di discostarsene, segnando, in ogni caso, un importante capitolo del laborioso ma fruttuoso dialogo tra le due Corti.

Le questioni di legittimità costituzionale sollevate dai giudici a quibus

A poco più di un anno di distanza dalla decisione assunta con la sentenza n. 236/2015¹, la Corte costituzionale è tornata a pronunciarsi sulla legittimità costituzionale di alcune norme “baluardo” della c.d. “Legge Severino”, essendo stata a tal proposito chiamata a statuire in tre diversi giudizi su questioni in gran parte coincidenti o, comunque, similari, sì da consentirne la riunione.

La Corte di Appello di Bari, il Tribunale ordinario di Napoli e il Tribunale ordinario di Messina sono, infatti, tutti stati chiamati a decidere sulla richiesta sospensione dei provvedimenti di sospensione di diritto dalla carica elettiva (rispettivamente, di consigliere regionale, presidente della Giunta regionale e consigliere comunale), emessi a seguito di condanne penali non definitive inflitte per fatti di reato consumati

prima dell’entrata in vigore del D.Lgs. n. 235/2012 e, dunque, quando gli stessi non erano considerati dal legislatore quali presupposti per l’applicazione della misura limitativa dell’elettorato passivo².

In questa prospettiva, i tre rimettenti hanno, tra l’altro, sottoposto a scrutinio di costituzionalità le afferenti norme di cui agli artt. 8, 1° comma (in relazione all’art. 7, 1° comma, lett. c)), e 11, 1° comma, lett. a) (in relazione all’art. 10, 1° comma, lett. c)), D.Lgs. n. 235/2012³, sospettandone l’illegittimità costituzionale per almeno quattro profili.

Una prima questione atteneva alla lamentata violazione degli artt. 76 e 77 Cost. da parte degli artt. 8, 1° comma, e 11, 1° comma, lett. a), del D.Lgs. n. 235/2012, nella parte in cui prevedevano che la misura della sospensione di diritto dalla carica conseguisse ad una condanna penale non definitiva, laddove l’art. 1, 64° comma, lett. m), L. 6 novembre 2012, n. 190,

* Il contributo è stato sottoposto, in forma anonima, alla valutazione di un referee.

¹ Corte cost., sentenza 19 novembre 2015, n. 236, in questa *Rivista*, 2016, I, 205 e seg., con osservazioni, volendosi, di F. Bailo, *La c.d. “legge Severino” sul tavolo della Corte costituzionale: partita chiusa o rinviata?*, *ibidem*, 206 e segg., nonché di M.E. Cognizzoli, *Caso De Magistris: la Corte Costituzionale dichiara l’infondatezza della questione di legittimità della cd. Legge Severino*, in *Dir. Pen. Contemporaneo* (www.penalecontemporaneo.it), 4 dicembre 2015; G. Marolda, *La non irragionevolezza della “legge Severino”: nota a margine della sentenza n. 236/2015 della Corte costituzionale*, in *Forum Quad. Cost.* (www.forumcostituzionale.it), 30 gennaio 2016; C. Marchese, *Legge Severino: la Corte si pronuncia ... e resta nel solco dei suoi passi!*, *ibidem*, 28 gennaio 2016; V. Pupo, *La “legge Severino” al primo esame della Corte costituzionale: la natura non sanzionatoria della sospensione dalla carica elettiva e la ragionevolezza del bilanciamento*, *ibidem*, 14 maggio 2016; L. Longhi, *Il caso de Magistris*, in *Federalismi.it* (www.federalismi.it), 10 febbraio 2016; F.S. Marini, *La “legge Severino” tra le Corti: luci e ombre dell’incandidabilità dopo la sentenza n. 236 del 2015*, in *Osservatorio AIC* (www.osservatorioaic.it), 6 febbraio 2016; S. Lieto, *Decisioni “processuali” e potere implicito della Corte costituzionale di selezione delle questioni di costituzionalità*, in *Giur. Cost.*, 2016, II, 841 e segg.; P. Torretta, *La sospensione retroattiva della legge Severino passa il vaglio della Corte costituzionale: la sentenza n. 236/2015 tra conferme e (ancora) qualche*

incertezza, in *Studium Iuris*, 2016, III, 258 e segg.

² Si ricordi, più precisamente, che il consigliere regionale pugliese era stato eletto nel 2010 ed era stato condannato il 13 febbraio 2014 a un anno e otto mesi di reclusione (e a cinque anni di interdizione dai pubblici uffici), per falso e abuso d’ufficio commessi nel 2008. Il Presidente della Regione Campania era stato condannato il 21 gennaio 2015, cioè prima dell’elezione (avvenuta il 18 giugno 2015), per un reato di abuso d’ufficio risalente al 2008: peraltro, nelle more del giudizio dinanzi alla Corte costituzionale, il medesimo è poi stato assolto per il reato ascritte, prima dalla App. Salerno e poi, in via definitiva, in data 14 settembre, dalla stessa Cassazione. Infine, il consigliere comunale messinese era stato condannato il 10 dicembre 2013, prima dell’elezione avvenuta nel giugno 2015, per falso e peculato commessi nel 2004.

³ Per vero, il Tribunale ordinario di Napoli aveva sollevato anche questione di legittimità costituzionale dell’art. 1, 1° comma, lett. b), del D.Lgs. n. 235/2012 che, però, come si vinceva chiaramente dall’ordinanza di rimessione, era richiamata solo come *tertium comparationis* idoneo a dimostrare la prospettata irragionevolezza della norma censurata. In senso analogo, sia il ridedto giudice *a quo*, sia la Corte di appello di Bari avevano censurato anche l’art. 7, 1° comma, lett. c) del medesimo D.Lgs. che, tuttavia, in quanto disciplinante le ipotesi di incandidabilità alla carica elettiva, avrebbe dovuto essere solo posto “in relazione” con immediatamente successivo art. 8, 1° comma, impugnato.

delegava l'esecutivo a “disciplinare le ipotesi di sospensione e decadenza di diritto dalle cariche di cui al 63° comma in caso di sentenza definitiva di condanna per delitti non colposi successiva alla candidatura o all'affidamento della carica”. Il Tribunale ordinario di Napoli sollevava, altresì, questione di legittimità costituzionale dell'art. 8, 1° comma, del D.Lgs. n. 235/2012, per l'asserito contrasto con i parametri appena evocati, anche laddove non limitava la sospensione dalla carica alle sole condanne successive alla candidatura.

Una seconda questione, presupponendo la “natura” penale della causa ostativa dell'elettorato passivo, lamentava il contrasto delle medesime norme con gli artt. 25 e 117, 1° comma, Cost., quest'ultimo in relazione all'art. 7 CEDU, così come interpretato dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo, laddove queste non prevedevano la sospensione solo per sentenze di condanna relative a fatti di reato consumati dopo l'entrata in vigore del D.Lgs. medesimo.

Il Tribunale ordinario di Napoli e il Tribunale di Messina⁴ tornavano, inoltre, a sollevare una questione di costituzionalità analoga a quella rigettata con la sentenza della Corte cost. n. 236/2015 per il presunto contrasto della retroattività della misura con gli artt. 2, 4, 2° comma, 51, 1° comma e 97, 2° comma, Cost.

⁴ Si ricordi, peraltro, che, mentre il Tribunale ordinario di Napoli ha depositato l'ordinanza di rimessione in un momento precedente alla più volte menzionata sentenza della Corte costituzionale, il Tribunale di Messina ha rimesso nuovamente la questione, posta nei medesimi termini, in un momento successivo. Ciò detto, occorre segnalare che la questione sollevata dal giudice *a quo* messinese, con la pronuncia in commento, è stata dichiarata, in via preliminare, inammissibile, per difetto di motivazione sulla rilevanza, non avendo il rimettente fatto riferimento al titolo di reato per cui vi era stata condanna. La carente descrizione della fattispecie non ha, cioè, permesso di verificare se il medesimo fosse previsto quale causa ostativa dell'elettorato passivo già dalla previgente disciplina di cui all'art. 59, del D.Lgs. 18 agosto 2000, n. 267. In tale ultima circostanza, come rilevato dalla stessa Corte costituzionale, infatti, non sarebbe stata prospettabile “in radice” l'illegittimità della misura, anche qualora questa fosse stata qualificata come “sanzione” penale, per il “rapporto di continuità” sussistente tra la norma previgente e quella censurata. Si noti, da ultimo, che, per gli stessi motivi, la Corte costituzionale ha dichiarato, altresì, l'inammissibilità della seconda questione di legittimità prospettata (afferente all'asserito contrasto dell'art. 11, 1° comma, lett. c), del D.Lgs. n. 235/2012 con gli artt. 25 e 117, 1° comma, Cost., quest'ultimo in relazione all'art. 7 CEDU) sollevata dal medesimo rimettente.

⁵ Peraltro, occorre anticipare che la questione di legittimità costituzionale sollevata dal giudice *a quo* torinese è stata dichiarata inammissibile dalla Corte costituzionale in quanto nell'ordinanza di rimessione era stata omessa l'indicazione dell'entità della pena in concreto comminata con la condanna penale che aveva comportato la sospensione di diritto dalla carica del Presidente della Regione Campania, difettando, dunque, sotto questo profilo, la motivazione sulla rilevanza.

⁶ In effetti, i giudici *a quibus* avevano impugnato anche gli artt. 1, 1° comma, lett. b) e 7, 1° comma, lett. c), del D.Lgs. n. 235/2012: sul punto, cfr., *amplius, supra*, alla nota 3.

⁷ Per vero, i parametri di cui agli artt. 76 e 77 Cost. erano stati evocati solo dalla App. Bari senza, tuttavia, che fosse fornito alcun argomento di supporto, così che la Corte costituzionale ha dichiarato, per questa parte, l'inammissibilità della questione per difetto di motivazione sulla non manifesta infondatezza.

Da ultimo, con una quarta e ultima questione, il Tribunale ordinario di Napoli⁵ e la Corte di Appello di Bari lamentavano, tra l'altro⁶, il contrasto dell'art. 8, 1° comma, lett. a), del D.Lgs. n. 235/2012 con gli artt. 3, 51, 76 e 77 Cost.⁷, nella parte in cui non si subordinava la sospensione di diritto dalla carica all'inflizione di una condanna penale non definitiva per il reato di abuso di ufficio conseguente a un'entità di pena determinata, pari o superiore ai due anni di reclusione: condizione, quest'ultima, invece prevista come causa d'incandidabilità in caso di condanna penale definitiva per i parlamentari nazionali ed europei. Ciò che, ad avviso dei rimettenti, avrebbe determinato una disparità di trattamento ancor più irragionevole in vista del più rilevante ruolo istituzionale e funzionale rivestito dai parlamentari rispetto agli eletti in competizioni locali e regionali.

I dispositivi di rigetto della Corte costituzionale “scontati” e “attesi”

La Corte costituzionale, tuttavia, dopo ad aver deciso per l'inammissibilità di alcune questioni così come sollevate da talune delle ordinanze di rimessione⁸ e verificata l'inammissibilità di interventi proposti da terzi che non erano parti di uno dei tre giudizi *a quibus*⁹, entrando nel merito, ha, con articolate e pun-

⁸ Al proposito, cfr., *amplius, supra*, alle note 3 e 6.

⁹ Il riferimento è, in particolare, agli atti di costituzione del Movimento difesa del cittadino e di A.L., i cui interventi a sostegno della manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale prospettata nel giudizio principale erano già stati dichiarati inammissibili dal Tribunale ordinario di Napoli con l'ordinanza di rimessione. Analoga sorte è toccata anche a G.G., anch'esso intervenuto, a sostegno delle medesime ragioni e nello stesso giudizio principale, prima dell'ordinanza di rimessione. Occorre, inoltre, segnalare che la Corte costituzionale, in via preliminare, seguendo il proprio costante orientamento (al proposito, *ex multis*, cfr. Corte cost., sentenze n. 203/2016, n. 56 del 2015, n. 271/2011, n. 236 e n. 56/2009, n. 86/2008, tutte reperibili, come le altre decisioni del giudice costituzionale citate, in *Consulta OnLine*, all'indirizzo telematico www.giurcost.it) ha, altresì, dichiarato l'inammissibilità di alcune questioni di legittimità costituzionale sollevate da alcune delle parti private regolarmente costituite che non erano state fatte proprie dai giudici *a quibus*. Più precisamente le questioni di legittimità costituzionale atenevano: a) alla mancata previsione della durata dell'incandidabilità per le cariche elettive regionali (come per quelle nazionali), in asserito contrasto con gli artt. 3, 51, 76 e 77 Cost.; b) alla mancata previsione della sospensione di diritto dalla carica per le cariche elettive nazionali ed europee, in supposta violazione con l'art. 76 Cost. (in relazione all'art. 1, 64° comma, lett. m), L. n. 190/2012); c) l'aggiunta da parte del legislatore delegato dell'abuso d'ufficio come reato ostativo, nonostante la possibilità di ampliamento dei reati ostativi fosse prevista dalla legge delega, secondo una delle parti, solo per le elezioni comunali e provinciali, o comunque, secondo altra parte, in quanto non rientrante tra i reati di “grave allarme sociale” ai sensi dell'art. 1, 64° comma, lett. b), L. n. 190/2012, in lamentata violazione dell'art. 76 Cost. Infondata è stata, infine, dichiarata l'eccezione, formulata sempre da una parte privata, per cui il Tribunale ordinario di Napoli, dopo aver rimesso la questione di legittimità costituzionale dinanzi alla Corte costituzionale, con successiva ordinanza del 28 dicembre 2015, aveva altresì sospeso il giudizio di merito ai sensi dell'art. 23, L. n. 87/1953, senza però rimettere la questione nuovamente dinanzi al giudice costituzionale: anche in tal caso la Corte, seguendo il proprio costante orientamento (al proposito, *ex multis*, cfr. Corte cost.,

tuali motivazioni, rigettato tutte le restanti questioni di legittimità costituzionale prospettate, chiudendo (forse definitivamente) le porte a quelle poche aperture che pure la sentenza di rigetto della Corte cost. n. 236/2015 aveva, qua e là, fatto intravedere¹⁰, “blindando”, ora con maggiore fermezza, le norme della cd. “legge Severino” censurate e fornendo notevoli “spunti di riflessione” alla stessa Corte di Strasburgo, chiamata anch’essa a decidere a breve su altre (e sia pur diverse) norme del medesimo decreto legislativo, nei casi “Miniscalco c. Italia” e “Berlusconi c. Italia”¹¹.

Prima tuttavia di esaminare “il cuore” della decisione, e cioè quanto stabilito in ordine alla natura sanzionatoria o meno della limitazione dell’elettorato passivo e alla conseguente legittimità della sua retroattività, sembra opportuno soffermarsi brevemente sulle altre questioni di legittimità il cui rigetto pareva “scontato” o, comunque, “atteso”, alla luce degli importanti e consolidati orientamenti assunti dallo stesso giudice su questioni analoghe o, comunque, del tutto assimilabili.

Più precisamente, “scontato” poteva ritenersi il rigetto dell’identica questione di legittimità già decisa con la sentenza n. 236/2015, limitandosi la stessa Corte costituzionale, con la pronuncia in esame, a richiamare le motivazioni già adottate nel proprio immediato precedente, mentre potevano ritenersi, in certa misura, “attese” le decisioni di non fondatezza dichiarate in ordine al lamentato eccesso di delega e alla prospettata disparità di trattamento delle cariche locali e regionali rispetto alla differente disciplina approntata per le cariche elettive nazionali ed europee.

Nel primo caso, infatti, il giudice costituzionale ha avuto buon gioco nel ripercorrere l’evoluzione della normativa in materia, sin a partire dalla disciplina originaria di cui alla L. 19 marzo 1990, n. 55, letta anche alla luce delle più rilevanti pronunce della Corte cost. che si sono susseguite al proposito¹², al fine di dimostrare, da un lato, che lo scopo della disciplina, a seguito del “carattere di diffusa illegalità nella pubblica amministrazione”, si è ampliato nel tempo allargando l’ambito soggettivo e oggettivo di applicazione, a tutela degli interessi costituzionali di cui agli artt. 54,

2° comma, e 97, 2° comma, Cost. e, dall’altro lato, che sin dalla prima disciplina e senza subire ulteriori variazioni sul punto, l’istituto della sospensione si è sempre applicato in conseguenza di sentenze di condanna non definitive, a differenza di quello della decadenza, che è invece sempre stata disposta per sentenze di condanna definitive. Argomento, quest’ultimo, già di per sé particolarmente pregnante ma che ha consentito al giudice costituzionale ulteriormente di chiarire che, a voler seguire la prospettiva dei rimettenti, e cioè che all’art. 1, 64° comma, lett. m), L. n. 190/2012 fosse letteralmente disposta l’applicazione della misura della sospensione in caso di sentenza definitiva, una tale intenzione così radicalmente innovativa e volta, in sostanza, ad “ammorbire” gli strumenti di prevenzione dell’illegalità nella pubblica amministrazione”, avrebbe dovuto trovare un chiaro riscontro nella legge delega. In ogni caso, poi, sempre ad avviso della Corte, “in mancanza di una chiara formulazione letterale della norma delegante e di fronte alla possibilità di attribuirle due diversi sensi, il suo esatto significato [avrebbe dovuto essere] individuato con i consueti criteri ermeneutici, che fanno riferimento al testo della legge in cui si inserisce e alla sua *ratio*”, sottolineando che, proprio in relazione all’interpretazione delle leggi di delega, la stessa giurisprudenza costituzionale è costante nel ribadire, fra l’altro, come “il contenuto della delega non possa essere individuato senza tenere conto del sistema normativo nel quale la stessa si inserisce, poiché soltanto l’identificazione della sua *ratio* consente di verificare, in sede di controllo, se la norma delegata sia con essa coerente”¹³. Così, la stessa Corte, nell’analizzare il sistema normativo sia alla luce del dato testuale, sia sulla base di considerazioni di carattere logico-sistematico, pur riconoscendo che i lavori preparatori alla L. n. 190/2012 “non forniscono indizi univoci, dal momento che, accanto ad alcuni spunti a favore dell’interpretazione sostenuta dai rimettenti (carenti, peraltro, sul piano della consapevolezza dei rilevanti effetti innovativi che sarebbero discesi da tale interpretazione del criterio direttivo), si riscontrano significativi elementi in senso contrario”, ha, tra l’altro, messo in evidenza che “non è plausibile che il legislatore delegante intendesse abolire un istituto

sentenze n. 242 e n. 162/2014, n. 154 e n. 120/2013, n. 274/2011), ha ritenuto, infatti, irrilevanti le vicende processuali successive del giudizio *a quo*, alla luce di quanto sancito dall’art. 18 delle Norme integrative, sottolineando, del resto, che, nella circostanza, il rimettente non aveva fatto altro che ribadire la sospensione già disposta in sede cautelare.

¹⁰ Sul punto, sia consentito rinviare a F. Bailo, *La c.d. “legge Severino” sul tavolo della Corte costituzionale*, cit., specc. 209 e segg.

¹¹ Per maggiori approfondimenti sui citati ricorsi e sulle questioni sollevate dinanzi alla Corte Edu, cfr. ancora, volendosi, F. Bailo, *La c.d. “legge Severino” sul tavolo della Corte costituzionale*, cit., 211, nota 19. Al momento in cui si scrive i ricorsi Miniscalco (req. n. 55093/13) e Berlusconi (req. n. 58428/13) sono stati comunicati alla Prima Sezione della Corte Edu, rispettivamente, in data 29 agosto 2016 e 5 luglio 2016.

¹² Il richiamo è stato, in particolare, a Corte cost., sentenza 6 maggio 1996, n. 141, in *Giur. Cost.*, 1996, 1395 e segg., con nota

redaz. di G. Moschella, *ibidem*, 1403 e segg., con cui era stata dichiarata l’illegittimità costituzionale dell’art. 15, 1° comma, lett. e) della L. n. 55/1990 (e, in via consequenziale, anche delle lett. a), b) c) d) e f)), nella parte in cui prevedeva la non candidabilità alle elezioni regionali, provinciali, comunali e circoscrizionali di coloro per i quali, in relazione ai delitti indicati [...], era stato disposto il giudizio, ovvero per coloro che erano stati presentati o citati a comparire in udienza per il giudizio; di coloro i quali erano stati condannati, per i delitti indicati, con sentenza non ancora passata in giudicato; e, infine, di coloro nei cui confronti il Tribunale aveva applicato una misura di prevenzione quando il relativo provvedimento non avesse avuto carattere definitivo.

¹³ Sul punto, del resto, vi è un consolidato orientamento della stessa Corte costituzionale: al proposito, *ex plurimis*, cfr. Corte cost., sentenze n. 210 e n. 98/2015, n. 229 e n. 50/2014, n. 134 e n. 119/2013, n. 272/2012, n. 230/2010, n. 98/2008, n. 341/2007, n. 425/2000, n. 163/2000.

(la sospensione cautelare) di cui in diverse occasioni [la stessa Consulta] ha riconosciuto la piena legittimità in quanto rispondente a diversi interessi costituzionali”. E, infine, ha ritenuto che l’art. 1, 64° comma, lett. m), L. n. 190/2012 sia da interpretare “nel senso che il periodo che segue ‘decadenza di diritto’ (cioè, ‘dalle cariche di cui al 63° comma in caso di sentenza definitiva di condanna per delitti non colposi successiva alla candidatura o all’affidamento della carica’) si riferisce solo alla decadenza e non alla sospensione”, così da ritenere del tutto coerente detta norma interposta con quelle censurate e dichiarare, dunque, l’infondatezza della questione sollevata dai giudici a *quibus*. Stessa sorte ha avuto l’ulteriore profilo di eccesso di delega lamentato dal Tribunale di Napoli, in quanto ritenuto privo di autonomia rispetto a quello esaminato, essendo evidente che “una volta appurato che l’inciso ‘sentenza definitiva di condanna’ si riferisce solo alla decadenza e non alla sospensione, ne segue inevitabilmente che nemmeno il requisito temporale relativo alla condanna (‘successiva alla candidatura’) può essere applicato alla sospensione”.

Anche nel secondo caso la Consulta ha rigettato la questione di legittimità costituzionale prospettata facendo leva su un importante e analogo precedente¹⁴ per ribadire che “non appare configurabile, sotto il profilo della disparità di trattamento, un raffronto tra la posizione dei titolari di cariche elettive nelle regioni e negli enti locali e quella dei membri del Parlamento e del Governo, essendo evidente il diverso livello istituzionale e funzionale degli organi costituzionali ora citati”, con la conseguenza che “certamente non può ritenersi irragionevole la scelta operata dal legislatore di dettare le norme impugnate con esclusivo riferimento ai titolari di cariche elettive non nazionali”. Ciò aggiungendo, peraltro, che “lo statuto dei membri del Parlamento è assistito da garanzie costituzionalmente presidiate, che porrebbero limiti all’estensione con legge ordinaria dell’istituto della sospensione del mandato parlamentare”. Ma, se probabilmente già queste argomentazioni sarebbero state sufficienti a motivare il rigetto della questione sollevata, la Corte ha ancora tenuto a precisare, da un lato, che il fatto che i consiglieri regionali esercitino anch’essi funzioni legislative non fa “venire meno la diversità del loro livello istituzionale e funzionale rispetto al Parlamento – sede esclusiva della rappresentanza politica nazionale, che ‘imprime alle sue funzioni una caratterizzazio-

ne tipica ed infungibile”¹⁵, e, dall’altro lato, che “la finalità di tutela del buon andamento e della legalità nella pubblica amministrazione perseguita dalla disciplina in esame può anzi giustificare un trattamento più severo per le cariche politico-amministrative locali” che non per quelle parlamentari. Ciò in quanto, sempre ad avviso della Corte costituzionale, “la commissione di reati che offendono la pubblica amministrazione può [...] rischiare di minarne l’immagine e la credibilità e di inquinare l’azione [...] in modo particolarmente incisivo al livello degli enti regionali e locali, per la prossimità dei cittadini al tessuto istituzionale locale e la diffusività del fenomeno in tale ambito”, sottolineandosi, ancora, che “parte delle funzioni svolte dai consiglieri regionali ha natura amministrativa e che essa giustifica un trattamento di maggiore severità nella valutazione delle condanne per reati contro la pubblica amministrazione”. Dopo aver, dunque, ampiamente sondato le differenze, sotto un profilo soggettivo, delle due fattispecie poste a confronto, ad eliminare ogni dubbio, la Corte ha, *a fortiori*, aggiunto che, in ogni caso, tra i due istituti della sospensione e dell’incandidabilità vi è un’eterogeneità tale da rendere inidoneo quest’ultimo istituto a fungere da *tertium comparationis*, chiarendosi che “la sospensione ha natura cautelare, sicché rispetto a essa non è comunque prospettabile [...] un’esigenza di proporzionalità rispetto al reato commesso, ma piuttosto rispetto alla possibile lesione dell’interesse pubblico causata dalla permanenza dell’eletto nell’organo elettivo: non si pone quindi un problema di ‘adeguatezza’ della misura rispetto alla gravità del fatto, ma piuttosto rispetto all’esigenza cautelare”, mentre “alla stessa esigenza cautelare non è preordinato l’istituto dell’incandidabilità alla carica di parlamentare per condanna definitiva”, per la quale si è ritenuto “ragionevole che il legislatore, nell’esercizio della sua discrezionalità, abbia scelto di subordinarne l’applicazione per determinati reati, come quelli contro la pubblica amministrazione, all’entità della pena inflitta”.

Il controllo di convenzionalità sulla natura non sanzionatoria e sulla retroattività della misura

La questione di legittimità costituzionale forse più controversa, e che aveva prodotto, già in precedenza, un acceso dibattito anche in sede dottrinale¹⁶, è stata quella che, mettendo in discussione la natura “sanzio-

¹⁴ Il riferimento è a Corte cost., sentenza 29 ottobre 1992, n. 407, in *Giur. Cost.*, 1992, 3502 e segg., con cui è stata, tra l’altro, rigettata la questione di legittimità costituzionale dell’art. 15, commi 4° bis e 4° ter, L. n. 55/1990, per il presunto contrasto con l’art. 3 Cost., nella parte in cui nel prevedere la sospensione nei soli confronti dei consiglieri ed assessori regionali e provinciali e non anche dei titolari di analoghe cariche statali, quali i membri del Parlamento e del Governo, si sarebbe realizzato, ad avviso del giudice *a quo*, un irragionevole trattamento differenziato a favore di questi ultimi.

¹⁵ Principio, quest’ultimo, già ribadito, tra l’altro, in Corte cost., sentenza 12 aprile 2002, n. 106, in *Giur. Cost.*, 2002, 866 e segg., ma poi anche in Id., sentenza 3 luglio 2002, n. 306, *ibidem*, 2371 e segg.; Id., sentenza 7 novembre 2007, n. 365, *ivi*, 2007, 4021 e

segg.

¹⁶ Un ampio dibattito sul tema era stato aperto in *Confronto di idee su: “Retroattività e Legge Severino”*, in *Arch. Pen.* (www.archiviopenale.it), 2014, 1, con contributi di O. Mazza, *Introduzione ad un dibattito su “retroattività e legge Severino”*; Id., *Lo chassé-croisé della retroattività (in margine alla “legge Severino”)*; A. Manna, *L’incandidabilità sopravvenuta nel corso del mandato parlamentare e l’irretroattività della norma penale*; M. Gambardella, *“Legge Severino” in materia di incandidabilità sopravvenuta e divieto di retroattività convenzionale (art. 7 C.e.d.u.)*; B. Galgani, *Le vicende dell’incandidabilità nella dialettica tra garanzie costituzionali: “distingue frequenter”*; N.V. D’Ascola, *Alla ricerca di un diritto che non c’è. La presunta retroattività della “legge Severino”, tra derive asistematiche e suggestioni moralistiche*; G.M. Salerno, *Incandida-*

natoria” o, comunque, il carattere “punitivo-afflittiva” della misura della sospensione dalla carica (così come, del resto, della decadenza e della stessa incandidabilità), ha posto, altresì, in dubbio la legittimità costituzionale della sua retroattività, specie per il caso in cui siano in rilievo fatti di reato consumati quando la condanna (definitiva o non) per la commissione degli stessi non era considerata dal legislatore quale causa ostativa all’accesso alla carica elettiva. Ciò non tanto per il presunto contrasto con il pure evocato parametro di cui all’art. 25, 2° comma, Cost., quanto per la lamentata lesione dell’art. 117, 1° comma, Cost., per il tramite del parametro convenzionale di cui all’art. 7 CEDU che, per l’appunto, letto anche alla luce della giurisprudenza della Corte Edu in materia, ad avviso dei giudici *a quibus* avrebbe ostato all’applicazione retroattiva della sospensione dalla carica, in quanto sanzione penale ai fini e per gli effetti della Convenzione.

Il giudice costituzionale, ha, infatti, subito sgombrato il campo dalla prospettata violazione dell’art. 25, 2° comma, Cost. sottolineando, peraltro, che essa stessa aveva già stabilito in precedenti pronunce¹⁷ che “il principio, desumibile dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo, secondo cui tutte le misure di carattere punitivo-afflittivo devono essere soggette alla medesima disciplina della sanzione penale in senso stretto è ‘desumibile anche dall’art. 25, 2° comma, Cost., il quale – data l’ampiezza della sua formulazione (‘Nessuno può essere punito...’) – può essere interpretato nel senso che ogni intervento sanzionatorio, il quale non abbia prevalentemente la funzione di prevenzione criminale (e quindi non sia riconducibile – in senso stretto – a vere e proprie misure di sicurezza), è applicabile soltanto se la legge che lo prevede risulti già vigente al momento della commissione del fatto san-

zionato” e che, nondimeno, il principio di irretroattività, valido per le pene e per le misure amministrative di carattere punitivo-afflittivo, non poteva predicarsi per le disposizioni censurate, per essere le stesse solo “conseguenze del venir meno di un requisito soggettivo per l’accesso alle cariche considerate”¹⁸.

Concentrandosi, invece, compiutamente sul vaglio delle medesime norme censurate alla luce del richiesto “controllo di convenzionalità”, la Corte costituzionale, pur non mancando di rilevare che la motivazione al proposito addotta dai rimettenti – “povera di argomenti di supporto e di richiami alla giurisprudenza della Corte Edu – [era] appena sufficiente a superare la soglia minima dell’ammissibilità”, ha, *in primis*, ribadito l’ormai costante principio per cui essa avrebbe dovuto “valutare come ed in qual misura il prodotto dell’interpretazione della Corte europea si inserisca nell’ordinamento costituzionale italiano” mantenendo però il potere “di apprezzare la giurisprudenza europea formata sulla norma conferente, ‘in modo da rispettarne la sostanza, ma con un margine di apprezzamento e di adeguamento che le consenta di tener conto delle peculiarità dell’ordinamento giuridico in cui la norma convenzionale è destinata a inserirsi”¹⁹, per poi entrare nel merito, individuando ed interpretando puntualmente i criteri identificativi di “pena” in senso convenzionale, meglio noti come i c.d. “criteri Engel”²⁰. Non mancando, peraltro, la Consulta di rimarcare come, da un lato, sia stata la stessa Corte di Strasburgo ad affermare più volte che gli Stati membri godono di un ampio margine di apprezzamento in ordine alla protezione del diritto elettorale passivo di cui all’art. 3 del Protocollo 1 allegato alla CEDU, “la valutazione delle sue restrizioni dovendo essere ancora più prudente di quanto non debba essere l’esame delle restrizioni al diritto di voto, vale a

bilità alla carica di parlamentare e Costituzione: alcune riflessioni sul D.Lgs. n. 235/2012; C. Santoriello, *Il movente politico come criterio esegetico della norma penale*. A sostegno della ridetta tesi, cfr. anche P. Torretta, *L’incandidabilità al mandato parlamentare. La “legge Severino” oltre il “caso Berlusconi”*, Napoli, 2015. Per una sintesi delle posizioni dottrinali al proposito assunte, volendosi, cfr., *amplius*, F. Bailo, *Capacità elettorale e Costituzione*, Napoli, 2015, specc. 138 e segg.

¹⁷ Il riferimento è, in particolare a Corte cost., sentenza 4 giugno 2010, n. 196, in *Giur. Cost.*, 2010, 2308 e segg., con osservazioni di A. Travi, *Corte europea dei diritti dell’uomo e Corte costituzionale: alla ricerca di una nozione comune di “sanzione”*, *ibidem*, 2323 e segg., con cui, anche in virtù dei principi consolidatisi nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo in riferimento all’art. 7 CEDU (e, particolarmente, Corte Edu, *Grande Chambre*, sentenza 9 febbraio 1995, *Welch c. Regno Unito*, req. n. 17440/90), era stata considerata assoggettata al principio di irretroattività di cui all’art. 25, 2° comma, Cost., anche una misura di sicurezza che, pur se formalmente riconducibile al diverso principio enunciato all’art. 25, 3° comma, Cost., presentava, da un punto di vista sostanziale, ma anche in considerazione dell’ambito di applicazione cui essa afferiva e agli scopi con la medesima assunti, un contenuto sostanzialmente sanzionatorio, e quindi afferente più propriamente alle pene in senso stretto. Più di recente, cfr. poi anche Corte cost., sentenza 8 aprile 2014, n. 104. Sulla richiamata decisione e, in genere sul “dialogo tra le Corti” in materia di sanzioni, cfr. volendosi, *amplius*, F. Bailo, *La scrittura delle sanzioni (una prospettiva costituzionalistica)*, Milano, 2012, 66 e segg.

¹⁸ Così richiamandosi al costante orientamento assunto al proposito: tra le altre, cfr. Corte cost., sentenza 15 febbraio 2002, n. 25, in *Giur. Cost.*, 2002, 173 e segg., con nota redaz. di R. D’Alessio, *ibidem*, 179 e segg., e con osservazione di A. Oddi, *A proposito di condanne penali e limitazioni del diritto di elettorato passivo*, *ibidem*, 180 e segg.; Id., sentenza 13 luglio 1994, n. 295, *ivi*, 1994, 2563 e segg. e, di recente, Id., sentenza n. 236/2015, cit.

¹⁹ Al proposito, cfr. particolarmente Corte cost., sentenza 26 novembre 2009, n. 311, in *Giur. Cost.*, 2009, 4657 e segg., con osservazioni di M. Massa, *La “sostanza” della giurisprudenza europea sulle leggi retroattive*, *ibidem*, 4679 e segg.; A. Ruggeri, *Conferme e novità di fine anno in tema di rapporti tra diritto interno e CEDU*, in *Forum di Quad. cost.* (in www.forumcostituzionale.it), 2009; R. Dickman, *La legge d’interpretazione autentica viola il diritto al giusto processo di cui all’art. 6 CEDU?*, in *Federalismi* (in www.federalismi.it), 2009. Più di recente, cfr. anche Id., sentenza 22 luglio 2011, n. 236, in *Consulta OnLine*, cit., e Id., sentenza 20 luglio 2016, n. 196, *ibidem*, con osservazioni di M. Galdi, *La Corte esclude ancora l’estensione generalizzata alle sanzioni amministrative dell’applicazione retroattiva del trattamento più favorevole, ma apre la porta a valutazioni caso per caso*, in *Osservatorio AIC* (www.osservatorioaic.it), 3, 12 settembre 2016; G.L. Gatta, *La Corte costituzionale su sanzioni amministrative e principio di retroattività della lex mitior*, in *Dir. Pen. Contemporaneo* (www.penalecontemporaneo.it), 24 luglio 2016.

²⁰ In questo senso, Corte Edu, sentenza 8 giugno 1976, *Engel c. Olanda*, req. nn. 5100/71, 5101/71, 5102/71, 5354/72, 5370/72.

dire l'elemento 'attivo' degli stessi diritti"²¹ e, dall'altro lato, che non siano reperibili, allo stato attuale, "precedenti specifici della Corte Edu relativi a normative che, come quella censurata e con modalità simili a quelle in essa previste, facciano derivare da condanne penali la perdita dei requisiti di candidabilità e di mantenimento della carica".

Venendo, dunque, alla disamina delle disposizioni censurate alla luce dei "criteri Engel", ed escluso sin da principio la sussistenza del primo di tali criteri, mirante a verificare che alla sospensione di diritto dalla carica fosse riconosciuta una natura penale nel diritto interno, la sentenza annotata si è particolarmente soffermata sul secondo e sul terzo criterio e, cioè, sulla "sostanza punitiva della misura" e sulla "gravità del sacrificio imposto".

Quanto al primo, il giudice costituzionale, richiamandosi particolarmente al caso *Pierre Bloch c. Francia*²², ha ricordato che "la Corte di Strasburgo ha escluso la natura penale della misura dell'incandidabilità, quando sia diretta ad assicurare un corretto svolgimento delle elezioni parlamentari. E ciò anche se una misura dello stesso contenuto – l'esclusione dalla candidabilità – sia prevista dalla legge penale come sanzione 'ancillare' o 'aggiuntiva' a una sanzione penale principale, giacché in questo secondo caso, a differenza del primo, essa deriva la sua natura penale dalla sanzione principale alla quale accede". Del pari, essa ha segnalato che nella decisione preliminare sulla ricevibilità del 30 maggio 2006, *Matyjek c. Polonia*²³, la Corte Edu "ha sì concluso per la natura penale della perdita della 'qualificazione morale' – irrogata all'esito del c.d. 'procedimento di lustrazione', per la falsità della dichiarazione, presentata dal candidato a ricoprire le posizioni specificate dalla legge polacca che lo disciplina (essenzialmente cariche elettive di livello nazionale), in merito alla sua eventuale collaborazione con i servizi segreti del regime comunista – ma ciò ha statuito sull'accertato presupposto che il procedimento adottato nel caso concreto non avesse altro scopo che sanzionare l'autore della falsa dichiarazione". Infine, essa ha ritenuto non attinente la sentenza della Corte Edu *Welch c. Regno Unito* del 1995, in quanto "il collegamento fra la prevista sospensione e l'accertamento penale (non definitivo) non attesta una funzione repressiva della prima, come si evince, non solo dalla strutturale provvisorietà della misura, ma soprattutto dal fatto che sia la sua applicazione che la sua durata prescindono dalla pena irrogata in concreto dal giudice", aggiungendo che essa "produce i suoi effetti indipendentemente dalla limitazione del diritto di elettorato passivo derivante dall'applicazione della

pena accessoria dell'interdizione temporanea dai pubblici uffici". E, ancora che "mentre nel caso *Welch* la confisca collegata al reato di traffico di stupefacenti era chiaramente diretta a neutralizzare gli effetti della condotta illecita sanzionata, nel nostro caso il fatto di reato accertato può non avere alcuna incidenza (nemmeno temporale) sull'esercizio del mandato, e la sospensione costituisce, non uno sviluppo 'interno' di quanto statuito nella condanna, ma solo l'oggettivo presupposto perché si produca un effetto ulteriore e distinto, destinato a operare in modo autonomo ed 'esterno' rispetto all'azione pubblica di repressione penale".

Quanto al secondo dei criteri Engel sovra menzionati, richiamandosi anche in tale circostanza alle più importanti decisioni della Corte Edu al proposito adottate²⁴, la Corte costituzionale ha rilevato che la gravità delle conseguenze sfavorevoli deve essere valutata, in senso convenzionale, avendo, in primo luogo, riguardo al massimo edittale (e non alla pena effettivamente irrogata nel caso di specie) e, in secondo luogo, alla capacità della stessa di "incidere sulla posizione del destinatario"²⁵, derivandone che la sospensione della carica è, intanto, limitata, quanto alla durata, a diciotto mesi, il che depone, ad avviso della stessa Corte, "nel senso di una sua limitata severità, sia in termini oggettivi di durata, sia in termini soggettivi di detrimento della reputazione", essendo accostabile, per ordine di grandezza, al periodo massimo di sospensione (di un anno) esaminato nel già richiamato precedente della Corte Edu *Pierre Bloch*, sicché "anche sotto tale profilo i riferimenti alla giurisprudenza di Strasburgo non conducono a riconoscere alla misura in esame natura 'penale' convenzionale".

Conclusivamente, dunque, è stato ritenuto non violato l'art. 117, 1° comma, Cost., in relazione all'art. 7 CEDU, in quanto "dal quadro delle garanzie apprestate dalla CEDU come interpretate dalla Corte di Strasburgo non è ricavabile un vincolo ad assoggettare una misura amministrativa cautelare, quale la sospensione dalle cariche elettive in conseguenza di una condanna penale non definitiva, al divieto convenzionale di retroattività della legge penale", mentre appare "compatibile con quel quadro la soluzione adottata dal legislatore italiano con la finalità di evitare 'che la permanenza in carica di chi sia stato condannato anche in via non definitiva per determinati reati che offendono la pubblica amministrazione [possa] comunque incidere sugli interessi costituzionali protetti dall'art. 97, 2° comma, Cost., che affida al legislatore il compito di organizzare i pubblici uffici in modo che siano garantiti il buon andamento e l'imparzialità del-

²¹ Sul punto, cfr. particolarmente Corte Edu, *Grande Chambre*, sentenza 6 ottobre 2005, *Hirst c. Regno Unito n. 2*, req. n. 74025/01, §§ 57-62; Id., *Grande Chambre*, sentenza 16 marzo 2006, *Zdanoka c. Lettonia*, req. n. 58278/00, § 115.

²² Corte Edu, *Grande Chambre*, sentenza 21 ottobre 1997, *Pierre Bloch c. Francia*, req. n. 24194/94, § 56.

²³ Corte Edu, Sez. IV, sentenza 30 maggio 2006, *Matyjek c. Polonia*, req. n. 38184/03, §§ 51 e segg.

²⁴ Il riferimento è, in particolare, a Corte Edu, Sez. IV, sentenza 30 marzo del 2004, *Hirst c. Regno Unito n. 2*, req. n. 74025/01; Id., *Grande Chambre*, sentenza 4 marzo 2014, *Grande Stevens et al. c. Italia*, reqq. n. 18640/10, 18647/10, 18663/10, 18668/10, 18698/10; Id., sentenza 22 maggio 1990, *Weber c. Svizzera*, req. n. 11034/84, § 34.

²⁵ In questo senso, cfr. Corte Edu, Sez. I, sentenza 1° febbraio 2005, *Ziliberg c. Moldavia*, req. n. 61821/00, § 34.

l'amministrazione, e dall'art. 54, 2° comma, Cost., che impone ai cittadini cui sono affidate funzioni pubbliche il dovere di adempierle con disciplina ed onore”.

Considerazioni finali

Volendo formulare qualche rapida considerazione conclusiva, può osservarsi che la Corte costituzionale, con la pronuncia in esame, ha costruito un puntuale e articolato impianto argomentativo che potrebbe costituire una vera e propria “pietra tombale” con riguardo non solo alle censure di eccesso di delega e disparità di trattamento rispetto alla disciplina prevista per i parlamentari – avendosi al proposito addotte motivazioni che paiono particolarmente condivisibili e che, del resto, non fanno che ribadire principi già consolidatisi – ma, soprattutto, e sia pur in assenza di un effettivo “supporto” da parte dei giudici rimettenti, in merito alla *vexata quaestio* della natura sostanzialmente penale o meno della sospensione di diritto dalla carica elettiva.

Vero è che alcuni passaggi argomentativi al proposito impiegati potrebbero apparire non del tutto determinanti, visto che lo stesso giudice costituzionale, pur enumerando gli elementi da cui desumere la qualificazione sanzionatoria o meno della limitazione in questione – e, precisamente: il tipo di condotta sanzionata, il nesso fra la misura inflitta e l'accertamento di un reato, la presenza di beni e interessi tradizionalmente affidati alla sfera penale, il procedimento con il quale la misura è adottata – non pare poi averli sviscerati compiutamente. Dapprima, infatti, la Corte si è soffermata sullo “scopo” della misura (rilevando che la sospensione di diritto dalla carica è “una misura tipicamente interinale, di mera anticipazione dell'effetto interdittivo derivante dal giudicato”, e anticipando, peraltro, che anch'esso parimenti non è “diretto a finalità punitive”), per poi concentrarsi sulle decisioni della Corte Edu (e, soprattutto, sul caso *Pierre Bloch c. Francia*) che collocherebbero talune restrizioni dell'elettorato passivo al di fuori dalla “sfera penale”, anche se “ancillari” o “aggiuntive” a una sanzione penale principale. Non del tutto perspicuo sembrerebbe il richiamo – che segue immediatamente dette premesse – alla giurisprudenza della Corte di Strasburgo che ha escluso che si configurino come penali quelle sanzioni amministrative “che soddisfano generiche pretese risarcitorie o che sono essenzialmente dirette a ripristinare la situazione di legalità restaurando l'interesse pubblico leso”²⁶. Forse un po' forzata è pure l'affermazione secondo cui la mancanza di discrezionalità in capo all'autorità amministrativa chiamata ad accertare l'intervenuta causa di sospensione “costituisce un indice ulteriore del fatto che l'incapacità giuridica temporanea di cui si discute non conse-

gue a un giudizio di riprovazione personale, ma è semplicemente diretta a garantire l'oggettiva onorabilità di chi riveste la funzione di cui si tratta”.

La Corte, tuttavia, pur riconoscendo, come si è detto, l'assenza di precedenti specifici della Corte Edu sul punto e più volte ribadendo l'ampio margine di apprezzamento spettante agli Stati membri della Convenzione in ordine alla disciplina delle limitazioni all'elettorato passivo, ha tenuto a sottolineare la propria autonomia nel valutare la giurisprudenza della Corte Edu e, di fatto, ha effettuato un controllo di convenzionalità “a tutto tondo” che, da un lato, sembra precludere un possibile diverso pronunciamento da parte dello stesso giudice, quand'anche ad essere censurate fossero le norme del D.Lgs. n. 235/2012 che disciplinano l'incandidabilità e la decadenza dalla carica, e che, dall'altro lato, sembrano fornire importanti spunti di riflessione alla Corte Edu che, come già anticipato, è anch'essa chiamata a decidere sulla conformità alla Convenzione di alcune norme disciplinanti l'incandidabilità del medesimo D.Lgs.

Anche per quest'ultimo istituto, benché, a differenza della sospensione di diritto dalla carica, ai sensi dell'art. 13 del D.Lgs. n. 235/2012, abbia una durata minima di sei anni e, per la carica di parlamentare, nazionale o europeo, o di titolare di una carica di Governo, abbia una durata pari al doppio di quella comminata dal giudice per l'interdizione dai pubblici uffici, senza contare che la stessa può essere aumentata sino ad un terzo se il delitto sia stato commesso con abuso dei poteri o in violazione dei doveri connessi al mandato elettivo – profili tutti che, dunque, potrebbero forse permettere alla Corte costituzionale di superare quanto stabilito in ordine alla “gravità” dell'afflizione – sembra, infatti, insormontabile quanto statuito nella pronuncia in esame sulla “natura” della misura, sia pur se intesa in senso convenzionale, non parendo verosimilmente rimanere margini per sostenere ancora con successo, almeno sul piano interno, la tesi della natura penale delle misure limitative dell'elettorato passivo (ivi comprese l'incandidabilità e la decadenza di diritto dalla carica) nonché della loro illegittima retroattività. Ciò pur se, come appena accennato, si evince, tra le righe, un qualche “sforzo” logico ed ermeneutico, e pur se può, per alcuni profili, non condividersi l'interpretazione che la stessa Corte costituzionale ha fornito della giurisprudenza di Strasburgo.

Non resta, finalmente, che verificare se il controllo di convenzionalità così minuziosamente effettuato dal giudice costituzionale in relazione all'art. 7 CEDU sarà in grado di persuadere la Corte Edu, o se questa deciderà di discostarsene, segnando, in ogni caso, un importante capitolo del laborioso ma fruttuoso dialogo tra le due Corti.

²⁶ Il riferimento è, in particolare, a Corte Edu, sentenza 7 luglio 1989, *Tre Traktörer Aktiebolag c. Svezia*, req. 10873/84, § 46.

Appello per difetto di giurisdizione del giudice amministrativo

Cassazione civile, Sez. un., 20 ottobre 2016, n. 21260 – Pres. Rordorf – Rel. Giusti – A.F. ed altro (avv.ti Bandini e Perlangeli) – Provincia autonoma di Bolzano (avv.ti Costa, von Guggenberg, Bernard, Fadanelli e Beichirker) – Azienda Sanitaria della Provincia di Bolzano e Laboratorio D. (n.c.). *Rigetto del ricorso in cassazione.*

Processo amministrativo – Appello – Per difetto di giurisdizione del giudice amministrativo – Proposto dal ricorrente che aveva adito il T.A.R. ed era rimasto soccombente nel giudizio di primo grado – Inammissibilità

L'attore (o il ricorrente) che abbia instaurato la causa dinanzi ad un giudice (in particolare, amministrativo) e sia rimasto soccombente nel merito non è legittimato a interporre appello contro la sentenza per denunciare il difetto di giurisdizione del giudice da lui stesso adito. (Massima non ufficiale)

Sentenza, ordinanza e decreto in materia civile – Nozione di capo – Soluzione di una questione – È tale la statuizione sulla giurisdizione contenuta nella sentenza di primo grado che decide il merito della causa

Il “capo” di una sentenza non è corrispondente ad una domanda, ma si identifica nella soluzione di una questione. Capo di una sentenza è pure la statuizione sulla giurisdizione contenuta nella sentenza di primo grado che decide il merito della causa. (Massima non ufficiale)

Omissis. – Fatti di causa.

1. – A.F. e A.G., quest'ultimo anche in qualità di legale rappresentante della Laboratori I. e A. s.r.l., hanno impugnato, dinanzi al Tribunale regionale di giustizia amministrativa per il Trentino-Alto Adige, sezione di Bolzano, chiedendone l'annullamento, la deliberazione in data 11 giugno 2007, n. 1999, della Giunta provinciale di Bolzano, recante l'interruzione, a decorrere dal 1 luglio 2007, dei rapporti contrattuali con i laboratori privati operanti per conto e a carico del Servizio sanitario provinciale, nonché la nota del 12 agosto 2007 con cui il direttore generale dell'Azienda sanitaria della Provincia autonoma di Bolzano comunicava la mancata proroga degli attuali accordi per prestazioni ambulatoriali di laboratorio con le strutture private convenzionate.

Il Tribunale regionale adito, con sentenza in data 22 aprile 2008, ha respinto il ricorso nel merito.

2. – Avverso la sentenza di primo grado A.F. e A.G. hanno proposto appello, sollevando censure di merito ma lamentando anche, in via pregiudiziale, il difetto di giurisdizione dell'adito giudice amministrativo, sul rilievo che il rapporto non sarebbe qualificabile come di accreditamento, ai sensi del D.Lgs. 30 dicembre 1992, n. 502, art. 8 e ss., (Riordino della disciplina in materia sanitaria, a norma della L. 23 ottobre 1992, n. 421, art. 1), bensì come rapporto convenzionale, ai sensi della L. 23 dicembre 1978, n. 833, art. 48, (Istituzione del servizio sanitario nazionale).

Il Consiglio di Stato, con sentenza resa pubblica mediante deposito in cancelleria il 7 febbraio 2014, ha respinto l'appello.

Il Consiglio di Stato ha escluso che possa trovare ingresso

la censura con cui gli appellanti si sono doluti del mancato rilievo, da parte del Tribunale regionale di giustizia amministrativa, della carenza di giurisdizione, e ha richiamato, al riguardo, l'orientamento secondo cui integra abuso del processo la contestazione della giurisdizione da parte del soggetto che abbia optato per quella giurisdizione e che, pur se soccombente nel merito, sia risultato vittorioso, in forza di una pronuncia esplicita o di una statuizione implicita, proprio sulla questione di giurisdizione.

Secondo il Consiglio di Stato, la sollevazione di tale sorta di auto-eccezione in sede di appello integra trasgressione del divieto di venire contra factum proprium – paralizzabile con l'exceptio doli generalis seu presentir – e arreca un irragionevole sacrificio alla controparte, costretta a difendersi nell'ambito del giudizio da incardinare innanzi al nuovo giudice.

3. – Per la cassazione della sentenza del Consiglio di Stato A.F. e A.G. hanno proposto ricorso, con atto notificato il 19 settembre 2014, sulla base di due motivi.

L'intimata Provincia autonoma di Bolzano ha resistito con controricorso, mentre l'Azienda sanitaria della Provincia autonoma ed il controinteressato Laboratorio Druso non hanno svolto attività difensiva.

Ragioni della decisione

1. – La controricorrente Provincia autonoma ha eccepito l'inammissibilità del ricorso, sostenendo che l'atto di impugnazione, in violazione dell'art. 366 c.p.c., n. 3, non conterrebbe l'esposizione sommaria dei fatti della causa.

1.1. – L'eccezione è infondata.

Il requisito dell'esposizione sommaria dei fatti di causa – prescritto, a pena di inammissibilità del ricorso per cassazione, dall'art. 366 c.p.c., n. 3), – può ritenersi nella specie osservato dalla riproduzione, nel ricorso, del testo della sentenza impugnata, il quale contiene la descrizione dello svolgimento del processo.

È bensì vero che i ricorrenti, dopo avere riprodotto, in limine, il testo della sentenza impugnata, hanno anche provveduto all'assemblaggio di parti eterogenee del materiale di causa (il ricorso introduttivo al Tribunale regionale di giustizia amministrativa) e di atti relativi ad altro giudizio (la domanda proposta dai Laboratori e dal suo legale rappresentante, anche in proprio, dinanzi al Tribunale del lavoro di Bolzano, con le successive decisioni intervenute); ma il coacervo di documenti integralmente trascritti, essendo facilmente individuabile ed isolabile, può essere separato ed espunto dal ricorso per cassazione, la cui autosufficienza è assicurata dall'inserimento, in esso, della sentenza impugnata, recante una corretta ed essenziale narrazione dei fatti processuali.

2. – Con il primo motivo, i ricorrenti denunciano violazione dell'art. 360, n. 1, cod. proc. civ., per difetto di giurisdizione del giudice amministrativo in relazione alla verifica della esistenza e della validità di una convenzione L. n. 833 del 1978, ex art. 48; conseguente competenza del giudice ordinario in funzione di giudice del lavoro. I ricorrenti escludono preliminarmente di avere abusato del processo sottoponendo al Consiglio di Stato la questione di giurisdizione, e sostengono di avere impugnato l'atto dinanzi al giudice amministrativo “per non creare preclusioni” e di avere chiesto al giudice amministrativo, sin dal ricorso introduttivo, di verificare la sua competenza. D'altra parte, la dimostrazione che la materia del contendere imponesse il duplice binario, emergerebbe, ad avviso dei ricorrenti, dalla sentenza n. 264/09 del Tribunale ordinario

di Bolzano, in funzione di giudice del lavoro, che, giudicando sulla domanda della Laboratori e del suo legale rappresentante A.G. di accertamento della persistente operatività della convenzione inter partes e di condanna della ASL al pagamento dei compensi, ha dichiarato la propria giurisdizione, pur rigettando nel merito la domanda, nonché dall'ordinanza della Corte d'appello di Bolzano, sezione lavoro, che, investita del gravame, ha disposto la sospensione del processo in attesa della definizione del procedimento davanti alla giustizia amministrativa. Quanto al merito della questione di giurisdizione, i ricorrenti affermano che il rapporto instaurato tra i laboratori ed i loro professionisti, da una parte, ed il Servizio sanitario nazionale, dall'altro, è di tipo convenzionale L. n. 833 del 1978, ex art. 48: i ricorrenti infatti non esercitano una professione sanitaria e non sono annoverabili tra le strutture. Da tale natura del rapporto deriverebbe, ad avviso dei deducenti, la giurisdizione dell'autorità giudiziaria ordinaria e il potere della stessa di disapplicare, ai sensi della L. 20 marzo 1865, n. 2248, art. 5, all. E, l'atto impugnato, anche quando il sanitario intenda conseguire l'accertamento della illegittimità del mancato conferimento dell'incarico, in violazione del proprio diritto, ed ottenere il risarcimento del danno sofferto.

Con il secondo mezzo, i ricorrenti lamentano difetto di giurisdizione ed insufficiente, contraddittorietà ed illogicità della motivazione della sentenza in riferimento alla applicabilità della L. n. 833 del 1978, art. 48, ed alla inapplicabilità al caso di specie del D.Lgs. n. 502 del 1992.

3. – I motivi possono essere esaminati congiuntamente, stante la stretta connessione.

4. – Essi pongono la questione se la parte che abbia incardinato la causa presso un plesso giurisdizionale (nella specie, dinanzi al giudice amministrativo), risultando poi soccombente nel merito, possa appellare sostenendo che il giudice avrebbe dovuto rilevare il proprio difetto di giurisdizione, e ricercare così, attraverso la proposizione dell'impugnazione, la sostituzione di una sentenza sfavorevole nel merito con una sentenza sfavorevole in punto di rito.

5. – Allo scrutinio dei motivi non è di ostacolo la deduzione della difesa della controricorrente, secondo cui l'interposto ricorso per cassazione – mirando a censurare la ravvisata improponibilità della questione di giurisdizione in appello da parte di chi quello stesso giudice aveva scelto – sarebbe volto a denunciare semplicemente il superamento dei limiti interni della giurisdizione amministrativa (quindi, un error in procedendo).

A tale riguardo occorre considerare che è da intendere proposto per motivi inerenti alla giurisdizione, in base all'art. 111 Cost., u.c., e art. 362 c.p.c., comma 1, ed è perciò ammissibile, il ricorso per cassazione contro la decisione del Consiglio di Stato con cui è stato ritenuto precluso l'esame della questione di giurisdizione in quanto sollevata dalla parte che ha agito in primo grado mediante la scelta del giudice del quale, poi, nel contesto dell'appello, disconosce e contesta la giurisdizione.

Spetta infatti alle Sezioni Unite non soltanto il giudizio vertente sull'interpretazione della norma attributiva della giurisdizione, ma anche il sindacato sull'applicazione delle disposizioni che regolano la deducibilità ed il rilievo del difetto di giurisdizione (Cass., Sez. U., 23 novembre 2012, n. 20727; Cass., Sez. U., 9 marzo 2015, n. 4682).

6. – Con l'impugnata sentenza, i giudici amministrativi hanno ritenuto che “non può trovare accoglimento” il motivo di impugnazione con il quale la parte ricorrente ha messo in discussione la giurisdizione del TAR, da lei stessa adito, al fine di ribaltare l'esito negativo nel merito del

giudizio, ponendosi una siffatta prospettazione in contrasto con il divieto di venire contra factum proprium e con la regola di correttezza e buona fede prevista dall'art. 1175 c.c.. Secondo il Consiglio di Stato, “integra un abuso del processo la contestazione della giurisdizione da parte del soggetto che abbia optato per quella giurisdizione e che, pur se soccombente nel merito, sia risultato vittorioso, in forza di una pronuncia esplicita o di una statuizione implicita, proprio sulla questione di giurisdizione”.

La sentenza è espressione dell'orientamento invalso nella giurisprudenza del Consiglio di Stato dopo l'entrata in vigore del codice del processo amministrativo, e ribadito anche di recente (Sez. 4[^], 7 novembre 2015, n. 5484; Sez. 6[^], 29 febbraio 2016, n. 856).

Nella sentenza che ha dato avvio a questo indirizzo (Sez. 5[^], 7 giugno 2012, n. 656) si afferma (valorizzando e sviluppando un obiter contenuto in Sez. 6[^], 10 marzo 2011, n. 1537) che il sollevare, per la prima volta in sede di appello, l'eccezione di difetto di giurisdizione del giudice amministrativo da parte dell'originario ricorrente che si era rivolto a quel giudice, ma ne disconosce la giurisdizione visto l'esito negativo, nel merito, della controversia, integra abuso del processo. La sollevazione di detta auto-eccezione in appello – si fa rilevare – “arrecca un irragionevole sacrificio alla controparte, costretta a difendersi nell'ambito del giudizio da incardinare innanzi al nuovo giudice in ipotesi provvisto di giurisdizione, adito secondo le regole in tema di translatio iudicii dettate dall'art. 11 cod. proc. amm.” Detto sacrificio non trova adeguata giustificazione nell'interesse della parte: questa ben può “difendersi nel merito in sede di appello al fine di ribaltare la statuizione gravata piuttosto che ripudiare detto giudice in funzione di un giudizio opportunistico circa le maggiori o minori probabilità di esito favorevole a seconda del giudice chiamato a definire la res litigiosa”. Il disconoscimento della giurisdizione ab initio invocata – si osserva ancora – “si traduce in un prolungamento dei tempi della definizione del giudizio dettata da ragioni puramente utilitaristiche”.

7. – La tesi dell'inammissibilità dell'appello per ragioni di abuso da contraddittorietà discendente dal contrasto tra due atti processuali (il ricorso di primo grado al giudice amministrativo e l'appello per difetto di giurisdizione contro la sentenza del medesimo giudice) non trova riscontro nella giurisprudenza di questa Corte regolatrice.

Si è infatti statuito (Sez. U., 27 dicembre 2010, n. 26129), in una vicenda sovrapponibile a quella che qui viene in esame, che l'eccezione di difetto di giurisdizione non è preclusa alla parte per il solo fatto di avere adito un giudice (nella specie, il TAR) che lo stesso attore ritiene successivamente privo di giurisdizione, e che ben può detta parte proporre l'eccezione per la prima volta in appello (nella specie, davanti al Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione Siciliana), essendo la questione di giurisdizione preclusa solo nel caso in cui sulla stessa si sia formato il giudicato esplicito o implicito.

In questa stessa prospettiva:

– si è affermato che la questione di giurisdizione può essere sempre sollevata, anche in relazione alla sentenza di appello, quando una delle parti (non importa quale) abbia sollevato tempestivamente la questione stessa con i motivi di appello (Sez. U., 29 marzo 2011, n. 7097; Sez. U., 28 maggio 2014, n. 11916), e può posta pure dalla stessa parte che ha adito un giudice e ne ha successivamente contestato la giurisdizione in base all'interesse che deriva dalla soccombenza nel merito (Sez. U., 27 luglio 2011, n. 16391);

– si è ammessa (Sez. U., 20 gennaio 2014, n. 1006) la

proponibilità della questione di giurisdizione con ricorso alla Corte regolatrice da parte di chi l'aveva sollevata, tempestivamente, dinanzi al Consiglio di Stato dopo avere invece, di fronte al giudice ordinario dove la causa era stata inizialmente proposta dall'altra parte, sostenuto la sussistenza della giurisdizione del giudice amministrativo;

– si è sottolineato – con affermazione di carattere generale – che, purché almeno una delle parti l'abbia sollevata tempestivamente in appello (con ciò impedendo la formazione del giudicato sul punto), la questione di giurisdizione può essere posta in cassazione, “in funzione di interesse correlato alla posizione di merito”, anche dalla parte che, nei pregressi gradi, abbia assunto in proposito opposta determinazione (Sez. U., 20 maggio 2014, n. 11022).

Secondo l'orientamento delle Sezioni Unite, quindi, l'alternante condotta della parte non invalida l'atto e non è fonte di effetti preclusivi dell'impugnazione per motivi di giurisdizione.

Il pentimento *secundum eventum litis* è dichiarato ammissibile quale esercizio del diritto di avere torto: si richiama, al riguardo, la natura oggettiva dell'interesse sotteso all'universalità della legittimazione a proporre ricorso per regolamento preventivo ex art. 41 c.p.c., la sufficienza di un interesse impugnatorio correlato alla posizione di merito e l'irrelevanza della rinuncia nella materia indisponibile della giurisdizione. L'incoerenza del comportamento processuale, quando è idonea a pregiudicare il diritto fondamentale della controparte ad una ragionevole durata del processo ai sensi dell'art. 111 Cost., può essere stigmatizzata con il governo delle spese, per trasgressione al dovere di lealtà e probità ex art. 88 c.p.c., secondo la disciplina dettata dall'art. 92 c.p.c., comma 1, ultima parte.

8. – Recentemente, peraltro, nella giurisprudenza di queste Sezioni Unite si registra un mutamento, essendosi pervenuti all'elaborazione di una soluzione diversa, non più di ammissibilità con sanzione delle spese, ma di ammissibilità condizionata alla giustificazione della parte istante. In una pronuncia resa su impugnazione avverso una sentenza del Consiglio di Stato che aveva dichiarato inammissibile perché abusiva l'auto-eccezione di difetto di giurisdizione in appello, la Corte regolatrice (Sez. U. 19 giugno 2014, n. 13940) non ha negato in generale la forza preclusiva dell'abuso, ma ha escluso in concreto l'abuso del ricorrente, giacché, per un verso, l'eccezione sollevata dal resistente aveva giustificato “il ripensamento e la necessità di chiarimento sulla questione di giurisdizione”, e, per l'altro verso, la “complessità della materia del contendere che dava corpo al ricorso iniziale” impediva di “addebitare il successivo ripensamento in sede di appello a una manifestazione di abuso del processo”.

Un ulteriore passo in direzione della configurabilità di una preclusione a cambiamenti di strategia processuale è possibile cogliere nella sentenza con cui le Sezioni Unite (14 maggio 2014, n. 10414) hanno dichiarato inammissibile il ricorso ex art. 362 c.p.c., proposto avverso il decreto del Presidente della Repubblica dallo stesso ricorrente in via straordinaria che, soccombente nel merito, contestava la giurisdizione amministrativa costituente indefettibile presupposto della sua stessa originaria iniziativa. Richiamata la necessità del bilanciamento tra il valore costituzionale del giudice naturale e quello della ragionevole durata del processo, temperamento sotteso all'evoluzione giurisprudenziale dell'art. 37 c.p.c., e alla conseguente emanazione dell'art. 9 cod. proc. amm., le Sezioni Unite hanno osservato che la deducibilità piena e assoluta della questione di giurisdizione consentirebbe a una parte – che abbia promosso o accettato il rimedio semplificato del ricorso straor-

dinario allegando il presupposto della giurisdizione del giudice amministrativo o non contestando tale allegato presupposto – “di giocare la carta di un'altra giurisdizione *secundum eventum litis*, ancorché la parte stessa non sia affatto soccombente sulla questione di giurisdizione, ma lo sia nel merito del ricorso straordinario”.

9. – Alla base della tesi, prevalente nella giurisprudenza di queste Sezioni Unite, che ammette l'attore, soccombente nel merito, a proporre appello contestando la giurisdizione da lui stesso prescelta, vi è l'idea che in capo a costui vi sia l'interesse ad impugnare per chiedere una diminuzione della propria soccombenza, perché la decisione negativa in punto di giurisdizione, rispetto alla pronuncia negativa di merito, comporta un vantaggio giuridicamente rilevante che si concreta nella possibilità di proporre nuovamente la domanda dinanzi ad un giudice appartenente ad un diverso plesso giurisdizionale.

Appellando per difetto di giurisdizione, l'attore in primo grado che ha visto rigettata la propria domanda nel merito (con una pronuncia suscettibile di passare in giudicato sostanziale che preclude la riproponibilità della domanda) ambisce infatti alla *transiatio iudicii*, che implica la rimozione della sentenza negativa e la rivalutazione del merito della domanda in una giurisdizione diversa.

10. – Questa premessa, ad avviso del Collegio, merita di essere ripensata.

10.1. – Occorre muovere dalla considerazione che, nell'esperienza giurisprudenziale conseguente alla sentenza delle Sezioni Unite 9 ottobre 2008, n. 24883, l'art. 37 c.p.c., vive come una norma che preclude, in assenza di un apposito motivo di gravarne, il rilievo officioso del difetto di giurisdizione se la controversia sia stata decisa nel merito nel grado precedente, anche in mancanza di una esplicita statuizione sulla sussistenza della giurisdizione (da ultimo, Cass., Sez. U., 7 ottobre 2016, n. 20191).

In sostanza, il regime cronologico e modale del difetto di giurisdizione è il seguente: il difetto di giurisdizione può essere eccepito dalle parti anche dopo la scadenza del termine previsto dall'art. 38 c.p.c., fino a quando la causa non sia stata decisa nel merito in primo grado; la sentenza di primo grado di merito può sempre essere impugnata per difetto di giurisdizione; la sentenza di appello è impugnabile per difetto di giurisdizione soltanto se sul punto non si sia formato il giudicato esplicito o implicito, operando la relativa preclusione anche per il giudice di legittimità; il giudice può rilevare anche d'ufficio il difetto di giurisdizione fino a quando al riguardo non si sia formato il giudicato esplicito o implicito.

Alla base di questo approdo vi è non soltanto il rilievo che “in ogni processo vanno individuati due distinti e non confondibili oggetti del giudizio, l'uno (processuale) concernente la sussistenza o meno del potere-dovere del giudice di risolvere il merito della causa e l'altro (sostanziale) relativo alla fondatezza o no della domanda”, e che la statuizione sul merito contiene “implicitamente quella sull'antecedente logico da cui è condizionata e, cioè, sull'esistenza della giurisdizione, in difetto della quale non avrebbe potuto essere adottata”. Vi è anche la sottolineatura che “l'accertamento della giurisdizione non rappresenta un mero passaggio interno della statuizione di merito, ma costituisce un capo autonomo che è pienamente capace di passare in giudicato anche nel caso in cui il giudice si sia pronunciato solo implicitamente sul punto”.

10.2. – Il diritto vivente formatosi sull'art. 37 c.p.c., è stato recepito dal codice del processo amministrativo. Ai sensi dell'art. 9, “Il difetto di giurisdizione è rilevato in primo grado anche d'ufficio. Nei giudizi di impugnazione

è rilevato se dedotto con specifico motivo avverso il capo della pronuncia impugnata che, in modo implicito o esplicito, ha statuito sulla giurisdizione”. Una previsione di contenuto identico è dettata dall’art. 15 del codice di giustizia contabile, approvato con il D.Lgs. 26 agosto 2016, n. 174: “Il difetto di giurisdizione è rilevato in primo grado anche d’ufficio. Nei giudizi di impugnazione, il difetto di giurisdizione è rilevato se dedotto con specifico motivo avverso il capo della pronuncia impugnata che, in modo implicito o esplicito, ha statuito sulla giurisdizione”.

10.3. – Tanto l’elaborazione giurisprudenziale formatasi sull’art. 37 cod. proc. civ. quanto la lettera dell’art. 9 cod. proc. amm. e dell’art. 15 cod. giust. cont. qualificano in termini di “capo” la statuizione sulla giurisdizione contenuta nella sentenza di primo grado che decide il merito della causa. Si tratta di un aspetto non nuovo nel processo civile, ma che presenta elementi di continuità con l’esperienza delle sentenze non definite su questioni, nelle quali come la dottrina non ha mancato di rilevare – è isolabile una singola questione come contenuto di pronuncia: in esse, infatti, il “capo” non è corrispondente ad una domanda, ma si identifica, appunto, nella soluzione di una questione.

10.4. – Il “capo” sulla sussistenza della giurisdizione che accompagna la decisione sul merito è non solo suscettibile di giudicato interno in mancanza di un’apposita attività di parte rivolta a denunciare con specifico motivo di gravame la carenza di giurisdizione.

Esso si presenta altresì come termine di riferimento da cui desumere una soccombenza sulla questione di giurisdizione autonoma rispetto alla soccombenza sul merito. È significativo al riguardo, ancora una volta, il confronto con la disciplina dell’appello contro le sentenze parziali, dove il codice di procedura civile (art. 340), nel fare riferimento alla “parte soccombente”, correla il dato attributivo di questa definizione, nell’ipotesi delle sentenze previste dal n. 4 del secondo comma dell’art. 279, proprio alla soluzione di una questione.

Di fronte ad una sentenza di rigetto della domanda non è ravvisabile una soccombenza dell’attore anche sulla questione di giurisdizione: rispetto al “capo” relativo alla giurisdizione egli va considerato a tutti gli effetti vincitore, avendo il giudice riconosciuto la sussistenza del proprio dovere di decidere il merito della causa, così come implicitamente o esplicitamente sostenuto dallo stesso attore, che a quel giudice si è rivolto, con l’atto introduttivo della controversia, per chiedere una risposta al suo bisogno individuale di tutela.

L’attore non è pertanto legittimato a contestare il capo sulla giurisdizione e a sostenere che la potestas iudicandi spetta ad un giudice diverso, appartenente ad un altro plesso giurisdizionale: relativamente ad una tale pronuncia a contenuto processuale di segno positivo, non è configurabile, per l’attore, soccombenza, che del potere di impugnativa rappresenta l’antecedente necessario; la soccombenza nel merito non può essere trasferita sul (e utilizzata per censurare il) diverso capo costituito dalla definizione endoprocessuale della questione di giurisdizione, trattandosi di aspetto non destinato, per sua natura, a differenza di ciò che avviene con riguardo ad altre questioni pregiudiziali di rito, a condizionare l’efficacia e l’utilità stessa della decisione adottata.

Rispetto al capo sulla giurisdizione che accompagna la statuizione di rigetto nel merito della domanda è configurabile esclusivamente la soccombenza del convenuto, sempre che a sua volta non abbia chiesto al giudice di dichiararsi munito di giurisdizione. Il vincitore pratico della cau-

sa, se non ha interesse a impugnare per primo sul capo della giurisdizione, perché il passaggio in giudicato della statuizione di rigetto gli assicura una utilità maggiore di quella che potrebbe ottenere dalla declinatoria di giurisdizione, ha tuttavia interesse ad impugnare dopo e per effetto della impugnazione principale sul merito da parte del soccombente pratico e così in via incidentale per il caso di suo accoglimento (Cass., Sez. U., 6 marzo 2009, n. 5456).

11. – La soluzione della inammissibilità dell’appello proposto dall’attore soccombente nel merito il quale sostenga che la sentenza è stata emanata da un giudice privo di giurisdizione, non si pone in contrasto con la garanzia del giudice naturale precostituito per legge o in contraddizione con l’attinenza del riparto di giurisdizione all’ordine pubblico processuale.

Infatti, il valore costituzionale del giudice precostituito per legge è presidiato dall’obbligo del giudice di procedere d’ufficio in primo grado alla verifica della potestas iudicandi e va bilanciato con quello dell’ordine e della speditezza del processo. Pertanto, la quaestio iurisdictionis ben può non solo trovare anticipata soluzione endoprocessuale, ma anche conoscere una preclusione alla possibilità della relativa deduzione in appello ad opera di chi, avendo adito il giudice appartenente a quel dato plesso giurisdizionale, non è soccombente al riguardo.

D’altra parte, come è stato osservato in dottrina, il corretto riparto di giurisdizione, pur di interesse superindividuale, “non esprime più un valore processuale assolutamente imperativo, da garantire... a pena di veder nascere una sentenza inutiliter data”; e ciò a differenza di quanto avviene con riferimento ad altre questioni processuali “fondanti”, le quali non si possono considerare implicitamente risolte, e sono soggette alla verifica dei giudici delle impugnazioni, perché servono a salvaguardare l’ordinamento dal disvalore “di sistema” costituito dall’emissione di sentenze instabili (così Cass., Sez. U., 4 marzo 2016, n. 4248).

11.1. – E neppure appare decisiva l’obiezione circa la disarmonia sistematica che deriverebbe dal fatto che l’art. 41 c.p.c. (cui l’art. 10 cod. proc. amm. e l’art. 16 cod. giust. cont. rinviano) consente a ciascuna parte, e quindi anche all’attore, di rivolgersi alle Sezioni Unite della Corte di cassazione per chiedere il regolamento preventivo di giurisdizione, quantunque né il convenuto né il giudice abbiano sollevato la relativa questione.

Infatti, la preclusione riguarda l’appello per difetto di giurisdizione proposto dall’attore dopo che il giudice ha deciso la causa nel merito: concerne, quindi, un rimedio impugnatorio rivolto a fare pronunciare una sentenza endoprocessuale di difetto di giurisdizione e così senza effetto di sbarramento alla riproposizione della domanda dinanzi ad un diverso giudice (al giudice ordinario anziché al giudice amministrativo inizialmente adito, o viceversa). Il regolamento preventivo di giurisdizione, invece, è un rimedio non impugnatorio diretto ad una pronuncia con efficacia panprocessuale.

Possono pertanto ben coesistere la facoltà, anche per l’attore, di accedere al giudice regolatore della giurisdizione finché la causa non sia decisa nel merito dal giudice adito, e la preclusione a interporre appello con un motivo di difetto di giurisdizione per chi ha promosso la controversia dinanzi ad un giudice e dallo stesso ha ricevuto un esame nel merito della domanda di tutela giurisdizionale.

L’una via (il regolamento preventivo) è consentita in ragione della posizione istituzionale della Suprema Corte, della forza esterna della sua pronuncia e dello specifico impatto che essa esercita sulla ragionevole durata del processo: una possibilità, d’altra parte, che all’attore è data non

ad libitum, ma solo in presenza di ragionevoli dubbi sui limiti esterni della giurisdizione del giudice adito, quindi di un interesse concreto ed immediato ad una risoluzione della quaestio da parte delle Sezioni Unite, in via definitiva ed immodificabile, onde evitare che la sua risoluzione in sede di merito possa incorrere in successive modifiche nel corso del giudizio, ritardando la definizione della causa, anche al fine di ottenere un giusto processo di durata ragionevole (Cass., Sez. U., 21 settembre 2006, n. 20504; Cass., Sez. U., 27 gennaio 2011, n. 1876; Cass., Sez. U., 12 luglio 2011, n. 15237; Cass., Sez. U., 16 dicembre 2013, n. 27990; Cass., Sez. U., 2 febbraio 2016, n. 1918).

L'altra via (l'appello per difetto di giurisdizione) è preclusa perché l'ordinamento processuale non consente all'attore, una volta che la causa sia stata decisa nel merito, la contraddittorietà rispetto all'originaria scelta di giurisdizione, e gli impedisce, attraverso la dichiarazione di inammissibilità del motivo di giurisdizione sollevato con il gravame (al netto, quindi, di eventuali concorrenti motivi di merito), di conseguire l'utilità discendente dal ripensamento secundum eventum. Una soluzione preclusiva, questa, che appare in linea con la considerazione della giurisdizione come risorsa a disposizione della collettività, che proprio per tale ragione deve essere impiegata in maniera razionale, sì da preservare la possibilità di consentirne l'utilizzo anche alle parti nelle altre cause pendenti e agli utenti che in futuro indirizzeranno le loro controversie alla cognizione del giudice statale.

12. – Va pertanto affermato il seguente principio di diritto; “L'attore che abbia incardinato la causa dinanzi ad un giudice e sia rimasto soccombente nel merito non è legitti-

mato a interporre appello contro la sentenza per denunciare il difetto di giurisdizione del giudice da lui prescelto”.

13. – È pertanto corretta la decisione del Consiglio di Stato di non dare ingresso alla censura con cui gli appellanti A.F. e G. si sono doluti del mancato rilievo, da parte del Tribunale regionale di giustizia amministrativa, della carenza di giurisdizione del giudice amministrativo.

Resta assorbito l'esame della censura sul fondo della questione di giurisdizione.

14. – Il ricorso è rigettato.

La complessità della questione trattata giustifica l'integrale compensazione tra le parti delle spese del giudizio di cassazione.

15. – Poiché il ricorso è stato proposto successivamente al 30 gennaio 2013 ed è respinto, sussistono le condizioni per dare atto ai sensi della L. 24 dicembre 2012, n. 228, art. 1, comma 17, (Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato – Legge di stabilità 2013), che ha aggiunto l'art. 13, comma 1 quater, del testo unico di cui al D.P.R. 30 maggio 2002, n. 115 – della sussistenza dell'obbligo di versamento, da parte dei ricorrenti, dell'ulteriore importo a titolo di contributo unificato pari a quello dovuto per la stessa impugnazione integralmente rigettata.

P.Q.M.

La Corte rigetta il ricorso e dichiara integralmente compensate tra le parti le spese del giudizio di cassazione.

Ai sensi del D.P.R. n. 115 del 2002, art. 13, comma 1 quater, inserito dalla L. n. 228 del 2012, art. 1, comma 17, dichiara la sussistenza dei presupposti per il versamento, da parte dei ricorrenti, dell'ulteriore importo a titolo di contributo unificato pari a quello dovuto per il ricorso, a norma dello stesso art. 13, comma 1 bis. – *Omissis.*

Venire contra factum proprium in tema di giurisdizione: il nodo della soccombenza

Piera Maria Vipiana Perpetua

Il contributo prende in esame la sentenza delle Sezioni unite della Corte di cassazione che segna un ribaltamento nella sua giurisprudenza in tema di sorti dell'appello instaurato da chi, avendo adito il giudice amministrativo, è rimasto soccombente nel merito e intende appellare la sentenza per denunciare il difetto di giurisdizione del giudice da lui stesso originariamente adito. La pronuncia opta per l'inammissibilità dell'appello, stante la mancanza di soccombenza dell'appellante sul capo della sentenza relativo alla giurisdizione. La problematica, negli ultimi anni, ha trovato soluzioni difformi presso la Cassazione e i giudici amministrativi: con la pronuncia in esame le Sezioni unite optano per la soluzione normalmente accolta da questi ultimi, sebbene con argomentazioni difformi, che la nota cerca di interpretare, rilevando che corollario della pronuncia sia un incentivo ad utilizzare, in caso di dubbi sul riparto giurisdizionale, il ricorso preventivo di giurisdizione.

I temi oggetto della sentenza

La Corte di cassazione, a Sezioni unite, apporta, con la sentenza in commento, un ulteriore contributo – si spera quello definitivo, stante la necessità di certezza sul punto – relativamente ad una problematica che è stata al centro, negli ultimi anni, di un vivace dibattito giurisprudenziale e dottrinale. Tale problematica è riassumibile nel seguente quesito: il soggetto che originariamente aveva proposto ricorso dinanzi ad un Tribunale amministrativo regionale e sia rimasto soccombente nel merito può appellare la sentenza del T.A.R. deducendo il difetto di giurisdizione del giudice amministrativo da lui stesso originariamente adito?

La pronuncia è interessante perché, da un lato, si occupa, nell'*iter* argomentativo, di concetti fonda-

mentali, quali quello di motivi inerenti alla giurisdizione e quello di capo della sentenza.

Dall'altro lato, rileva soprattutto perché segna un mutamento di indirizzo della giurisprudenza della Suprema Corte sul divieto di *venire contra factum proprium* in tema di giurisdizione: in tal modo le Sezioni unite, sebbene con argomentazioni in parte diverse, si conformano all'orientamento del Consiglio di Stato, attraverso un espresso ripensamento delle proprie posizioni ed accedendo alla tesi dell'inammissibilità dell'appello nel caso sopra menzionato. In altri termini, le Sezioni unite aderiscono alla tesi del Consiglio di Stato ed escludono la deducibilità (in appello) del difetto di giurisdizione del giudice amministrativo da parte dell'originario ricorrente che, adito il T.A.R., sia rimasto soccombente nel merito.

Dall'altro lato ancora, la netta presa di posizione

delle Sezioni unite avviene prescindendo da qualsivoglia riferimento ad una figura argomentativa che, invece, era ed è tuttora pressoché costantemente richiamata dalla giurisprudenza del Consiglio di Stato sulla tematica in esame e su altre: il divieto di abuso del processo¹.

Il rilievo della pronuncia e della correlata tematica emerge pure dal fatto che, proprio in relazione alla fattispecie, sulla deducibilità in appello del difetto di giurisdizione del giudice amministrativo da parte dell'originario ricorrente che, adito il T.A.R., sia rimasto soccombente nel merito, le Sezioni unite della Corte di cassazione abbiano escluso di poter decidere immediatamente. Invero, per un verso, le Sezioni unite, con ordinanza interlocutoria², avevano ritenuto opportuno, visto il panorama giurisprudenziale così articolato sul tema, richiedere una relazione di approfondimento all'Ufficio del Massimario³. Per un altro verso, il Primo Presidente della Corte di cassazione, con lettera al Presidente del Consiglio di Stato, ha chiesto di acquisire anche l'avviso dell'Ufficio studi del Consiglio di Stato⁴. La soluzione indicata da quest'ultimo Ufficio è stata sostanzialmente condivisa dalle Sezioni unite, come ha rilevato recentemente il Presidente del Consiglio di Stato⁵, nel rimarcare il "rilancio" dell'Ufficio studi e la "collaborazione tra le due giurisdizioni", quella ordinaria e quella amministrativa.

La fattispecie concreta e l'iter processuale

Nel convincimento che, come si avrà modo di precisare fra breve, la disamina della fattispecie concreta è assai rilevante per comprendere appieno un orientamento giurisprudenziale riguardante la tematica in questione, vediamo, in sintesi, la vicenda giudiziaria oggetto della sentenza.

I ricorrenti dinanzi alla Sezione di Bolzano del Tribunale regionale di giustizia amministrativa per il Trentino Alto Adige si sono visti respingere nel merito il ricorso, vertente sui rapporti fra servizio sanitario provinciale e laboratori privati operanti per conto e a carico di esso. Pertanto hanno proposto appello con-

tro la sentenza di primo grado, sollevando numerose censure di merito, ma anche rilevando, in via pregiudiziale, il difetto di giurisdizione del giudice amministrativo adito⁶. In particolare, gli appellanti, a giustificazione della scelta, operata in primo grado, di adire un giudice da loro ritenuto carente di giurisdizione, affermano di essersi rivolti al giudice amministrativo per due ragioni: da un lato, per non vedersi preclusa tale giurisdizione, a causa della scadenza dei termini d'impugnazione; dall'altro, al fine di ottenere la sospensione dell'efficacia del provvedimento impugnato.

La VI Sezione del Consiglio di Stato ha respinto l'appello⁷. Infatti non ritiene accoglibile il motivo in base al quale i primi giudici non avevano rilevato la carenza di giurisdizione del giudice amministrativo nella specie. La VI Sezione richiama al riguardo il "condiviso orientamento secondo cui integra un abuso del processo la contestazione della giurisdizione da parte del soggetto che abbia optato per quella giurisdizione e che, pur se soccombente nel merito, sia risultato vittorioso, in forza di una pronuncia esplicita o di una statuizione implicita, proprio sulla questione della giurisdizione"⁸.

Sul punto la sentenza amministrativa di appello fa quindi espresso riferimento alla figura dell'abuso del processo e richiama le argomentazioni che ne stanno alla base: il ricorrente rimasto soccombente in primo grado e poi appellante, nel sollevare l'auto-eccezione in sede di appello, viola il divieto di *venire contra factum proprium*, che è paralizzabile con l'*exceptio doli generalis seu presentis*; egli, in tal modo, "arrecca un irragionevole sacrificio alla controparte, costretta a difendersi nell'ambito del giudizio da incardinare innanzi al nuovo giudice in ipotesi provvisto di giurisdizione, adito secondo le regole in tema di *translatio iudicii* dettate dall'art. 11 cod. proc. amm."

Il Consiglio di Stato adduce un ulteriore argomento, suggeritogli da quanto hanno affermato gli appellanti nella specie: che essi sono stati costretti ad adire il giudice amministrativo al duplice fine di non vedersi preclusa tale giurisdizione per la scadenza dei termini

¹ Per citazioni, ci permettiamo pure di far riferimento a P.M. Vipiana, *L'abuso del processo amministrativo*, in A. D'Angelo, G. Alpa, F. Benatti, A.M. Benedetti, J.-S. Borghetti, G. Calabresi, S. Chiarloni, G. Corasaniti, C. Corrado Oliva, F. Gallo, T. Dalla Massara, M.V. de Giorgi, A. De Zotti, F. Galgano, A. Gentili, M. Grondona, S. Haberl, M. Lupoi, G. Meruzzi, M. Mistretta, P. Rescigno, A. Somma, M. Taruffo, V. Uckmar, V. Velluzzi, P.M. Vipiana, *L'abuso del diritto*, a cura di G. Visintini, Napoli, 2016, 231 e segg. Nell'ambito di ulteriori pronunce che si richiamano alla figura cfr.: Cons. Stato, Sez. VI, 24 giugno 2016, n. 2824 (decreto collegiale); Cons. Stato, Sez. V, 26 luglio 2016, n. 3350 (decreto collegiale); Cons. Stato, Sez. II, 11 novembre 2016, n. 2341 (parere su ricorso straordinario al Presidente della Repubblica); T.A.R. Lombardia, Sez. IV, 4 gennaio 2017, n. 8; Id., Sez. I, 12 gennaio 2017, n. 69; T.A.R. Lazio, Sez. II *quater*, 16 gennaio 2017, n. 708. Non mancano casi in cui un giudice amministrativo prospetta un abuso di un processo civile, ossia configura la "possibilità di un abuso del processo realizzabile attraverso la strumentale proposizione di istanze di fallimento al solo scopo di conseguire l'esclusione di un concorrente da una gara ad evidenza pubblica" (T.A.R. Lazio, Sez. III *quater*, 28 novembre 2016, n.

11869). Tutte le citate pronunce dei giudici amministrativi si trovano sul sito www.giustizia-amministrativa.it

² Cass., Sez. un., ordinanza 2 febbraio 2016, n. 3916.

³ Relazione n. 78 del 2 maggio 2016.

⁴ V. https://www.giustizia-amministrativa.it/Cdsintra/wcm/idc/Groups/public/documents/document/mday/mjc5/~edisp/nsiga_4158567.pdf.

⁵ Relazione del Presidente Alessandro Pajno, Inaugurazione dell'anno giudiziario 2017, Roma 31 gennaio 2017, in www.giustizia-amministrativa.it.

⁶ Perché il rapporto fra i laboratori privati operanti per conto e a carico del servizio sanitario (quello della provincia di Bolzano) e quest'ultimo servizio, non sarebbe qualificabile come di accreditamento, ai sensi degli artt. 8 e segg., D.Lgs. 30 dicembre 1992, n. 502 (Riordino della disciplina in materia sanitaria, a norma dell'art. 1, L. 23 ottobre 1992, n. 421), bensì come rapporto convenzionale, ai sensi dell'art. 48, L. 23 dicembre 1978, n. 833 (Istituzione del servizio sanitario nazionale).

⁷ Cons. Stato, Sez. VI, 7 febbraio 2014, n. 585.

⁸ Richiama, in particolare, Cons. Stato, Sez. V, 7 febbraio 2012, n. 656.

d'impugnazione e di ottenere la sospensione dell'efficacia del provvedimento impugnato. La Sezione ravvisa l'opportunità del comportamento del ricorrente che si affrettarebbe ad adire ritualmente e tempestivamente proprio il giudice che pur reputa carente di giurisdizione, al solo fine di non vedersi poi preclusa la possibilità di adirlo. Al contempo, la Sezione reputa "opportunistico e inammissibile ad un tempo" il fine perseguito da chi propone una determinata domanda di giustizia dinanzi a un giudice che reputi privo di giurisdizione al solo scopo di avvalersi delle particolari forme di tutela che quel giudice è in grado di erogare.

Successivamente gli originari ricorrenti in primo grado hanno proposto ricorso per la cassazione della menzionata sentenza del Consiglio di Stato.

Gli orientamenti espressi sul tema in esame

Le Sezioni unite, nella sentenza in commento, dapprima prendono in esame le varie tesi che, sulla problematica da decidere, sono state enunciate in giurisprudenza. Una rassegna di tesi si rinviene pure nella relazione dell'Ufficio del massimario presente presso la Corte di cassazione e nel parere dell'Ufficio studi e massimario della giustizia amministrativa, che contengono pure ampi riferimenti alle posizioni dottrinali.

In considerazione del carattere approfondito ed esaustivo dei testi appena citati, si può far rinvio ad essi per la citazione delle varie tesi e per le argomentazioni che ne stanno alla base. In questa sede è sufficiente ricordare le tesi principali.

La tesi affermata finora in Cassazione è stata nel senso dell'ammissibilità dell'autoeccezione in appello del difetto della giurisdizione prescelta in primo grado. Tuttavia l'ammissibilità non è mai stata riconosciuta in senso assoluto e incondizionato: per lo più la Cassazione l'ha concepita con sanzione delle spese per violazione del dovere di lealtà e probità di cui all'art. 88 c.p.c., in base alla disciplina dettata dall'art. 92 c.p.c., 1° comma, ultima parte; in epoca abbastanza recente⁹ l'ammissibilità è stata condizionata alla giustificazione della parte che eccepisce il difetto della

giurisdizione da essa prescelta nell'atto introduttivo del ricorso di primo grado.

Quest'ultima prospettazione è stata successivamente accolta, in via isolata, da una pronuncia del Consiglio di Stato¹⁰.

Invece la tesi prevalente in capo ai giudici amministrativi¹¹, in epoca successiva all'entrata in vigore del codice del processo amministrativo, è stata ed è tuttora nel senso della radicale inammissibilità dell'appello, sulla base delle argomentazioni addotte, nella specie, dal Consiglio di Stato nella menzionata pronuncia contro la quale è stato esperito ricorso in cassazione: è inammissibile per abuso del processo l'eccezione di difetto di giurisdizione sollevata in appello dalla stessa parte che aveva adito la medesima giurisdizione con l'atto introduttivo del giudizio¹². In una recente pronuncia, il Consiglio di Stato ha aggiunto che "non può ritenersi condivisibile la suggestiva prospettazione secondo cui sarebbe stata la stessa motivazione del giudice di primo grado ad insinuare il dubbio sulla giurisdizione"¹³.

Si noti che l'assunto sostenuto dalla giurisprudenza assolutamente prevalente presso il Consiglio di Stato è stato estensivamente applicato anche al caso dell'appellante incidentale: si è ritenuto che egli, poiché ha proposto il ricorso di primo grado, non può contestare in grado d'appello la sussistenza della giurisdizione amministrativa¹⁴.

In sintesi, sulla tematica in esame, salvo che nel caso specifico sopra menzionato, è stata ritenuta palese (fino alla pronuncia in esame) la divergenza di vedute fra Cassazione e Consiglio di Stato¹⁵.

La posizione assunta dalle Sezioni unite nella sentenza

La sentenza in commento¹⁶ precisa, innanzi tutto, che spetta alle Sezioni unite – in quanto proposto per motivi inerenti alla giurisdizione, in base agli artt. 111, ult. comma, Cost. e 362, 1° comma, c.p.c. – non soltanto il giudizio vertente sull'interpretazione della norma attributiva della giurisdizione, ma anche il sindacato sull'applicazione delle disposizioni che regola-

⁹ Cass., Sez. un., 19 giugno 2014, n. 13940.

¹⁰ Cons. Stato, Sez. V, 9 marzo 2015, n. 1192.

¹¹ Su cui cfr.: P. Patrito-M. Protto, *Eccezione di difetto di giurisdizione proposta in appello dal ricorrente*, in *Urb. e Appalti*, 2012, 467 e segg.; V. Carbone, *Il giudicato implicito sulla giurisdizione evita l'abuso del processo*, in *Corriere Giur.*, 2012, 3, 405 e segg.; P.M. Vipiana, *Il Consiglio di Stato e l'abuso del processo amministrativo per contraddittorietà dei comportamenti processuali*, in *Giur. It.*, 2012, 1429 e segg.; R. Barbieri, *Legittimazione ad eccepire il difetto di giurisdizione e abuso del processo nella giustizia amministrativa*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2013, n. 3, 754 e segg.; F. Dinelli, *La questione di giurisdizione fra il divieto di abuso del diritto e il principio della parità delle parti nel processo*, in *Foro Amm. CdS*, 2012, 1998 e segg.; Lo Presti, *La contestazione in appello della giurisdizione incardinata in primo grado integra abuso del processo?*, *ibid.*, 2012, 2011 e segg.; G. D'Angelo, *Eccezione di difetto di giurisdizione e abuso del processo*, Nota a Cons. Stato, Sez. V, 29 ottobre 2014, n. 5346, in *Urb. e Appalti*, 2015, 2, 181 e segg.

¹² Da ultimo, Cons. Stato, Sez. IV, 1° dicembre 2016, n. 5403.

¹³ Cons. Stato, Sez. V, 29 luglio 2016, n. 3437.

¹⁴ La consolidata giurisprudenza del Consiglio di Stato, per la quale chi ha proposto un ricorso al giudice amministrativo non può poi contestare, con un motivo d'appello, la sussistenza della giurisdizione del giudice, da lui adito, va affermata anche quando il ricorso di primo grado sia stato accolto, con l'annullamento dell'atto impugnato, e, a seguito della proposizione dell'appello principale dell'Amministrazione soccombente, l'originario ricorrente intenda contestare con l'appello incidentale la giurisdizione da lui stesso adita (Cons. Stato, Sez. III, 1° dicembre 2016, n. 5047).

¹⁵ Cfr., ad esempio, M. Fornaciari, *Note critiche in tema di abuso del diritto e del processo*, in *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 2016, fasc. 2, 592 e segg., § 4.

¹⁶ A fronte della deduzione della difesa della controricorrente, secondo cui, nella specie, il ricorso per cassazione mira a censurare l'improponibilità della questione di giurisdizione in appello da parte di chi quello stesso giudice aveva scelto e pertanto avrebbe come scopo la denuncia di un *error in procedendo*, ossia il superamento dei limiti interni della giurisdizione amministrativa.

no la deducibilità ed il rilievo del difetto di giurisdizione. Tale assunto si inserisce appieno nella tendenza, manifestata negli indirizzi giurisprudenziali delle Sezioni unite, ad allargare le maglie del concetto “motivi inerenti alla giurisdizione”¹⁷, sebbene con dei limiti¹⁸.

Quanto alla questione principale oggetto della sentenza, essa parte dall'esame delle disposizioni attinenti alla deducibilità del difetto di giurisdizione: l'art. 37 c.p.c. – come ha precisato la giurisprudenza¹⁹, sebbene talvolta criticata in dottrina²⁰ – preclude, in mancanza di un apposito motivo di gravame, il rilievo officioso del difetto di giurisdizione qualora la controversia sia stata decisa nel merito nel grado precedente, anche qualora non vi sia stata una esplicita statuizione sulla sussistenza della giurisdizione; il difetto di giurisdizione può essere eccepito dalle parti anche dopo la scadenza del termine previsto dall'art. 38 c.p.c., fino a quando la causa non sia stata decisa nel merito in primo grado; la sentenza di primo grado di merito può sempre essere impugnata per difetto di giurisdizione; la sentenza di appello è impugnabile per difetto di giurisdizione soltanto se sul punto non si sia formato il giudicato, esplicito o implicito; il giudice può rilevare, anche d'ufficio, il difetto di giurisdizione fino a quando al riguardo non si sia formato il giudicato, esplicito o implicito.

Tale disciplina o, meglio, “il diritto vivente formatosi sull'art. 37 c.p.c. è stato recepito dal codice del processo amministrativo”: l'art. 9 di quest'ultimo prevede che “Il difetto di giurisdizione è rilevato in primo grado anche d'ufficio. Nei giudizi di impugnazione è rilevato se dedotto con specifico motivo avverso il capo della pronuncia impugnata che, in modo implicito o esplicito, ha statuito sulla giurisdizione”²¹.

In tale contesto normativo, il “capo”²² sulla sussistenza della giurisdizione che accompagna la decisione sul merito “è non solo suscettibile di giudicato interno in mancanza di un'apposita attività di parte

rivolta a denunciare con specifico motivo di gravame la carenza di giurisdizione”. Esso “si presenta altresì come termine di riferimento da cui desumere una soccombenza sulla questione di giurisdizione autonoma rispetto alla soccombenza sul merito”²³. Nel caso di sentenza di rigetto della domanda l'attore non è soccombente anche sulla questione di giurisdizione: rispetto al “capo” relativo alla giurisdizione egli è vincitore, perché il giudice ha riconosciuto la sussistenza del proprio dovere di decidere il merito della causa, aderendo a quanto implicitamente o esplicitamente è stato sostenuto dal soggetto che a lui si è rivolto con l'atto introduttivo del giudizio²⁴.

In effetti, “la soccombenza nel merito non può essere trasferita sul (e utilizzata per censurare il) diverso capo costituito dalla definizione endoprocessuale della questione di giurisdizione”, come sottolineano le Sezioni unite. Relativamente al capo sulla giurisdizione (che si collega alla statuizione di rigetto nel merito della domanda) è configurabile solo la soccombenza del convenuto, purché egli non abbia chiesto al giudice di dichiararsi dotato di giurisdizione²⁵.

In sintesi, nella specie l'originario ricorrente al giudice amministrativo, sebbene soccombente nel merito, non lo è quanto al capo della sentenza che (implicitamente o esplicitamente) verte sulla giurisdizione: di conseguenza, egli è carente di legittimazione ad appellare quella sentenza per difetto di giurisdizione del giudice che l'ha adottata.

La soluzione assunta ricalca quella già adottata dalle Sezioni unite relativamente all'inammissibilità del ricorso per cassazione *ex* art. 111, 8° comma, Cost., da parte di chi abbia proposto ricorso straordinario al Capo dello Stato allegando, come indefettibile presupposto, la giurisdizione del giudice amministrativo, senza che essa sia contestata dall'altra parte²⁶.

Rispetto alla soluzione la sentenza in esame si dà altresì carico di confutare talune possibili obiezioni ad essa.

¹⁷ Cass., Sez. un., 23 novembre 2012, n. 20727, e Id., 9 marzo 2015, n. 4682.

¹⁸ Infatti, ad esempio la violazione del diritto dell'Unione europea da parte del giudice amministrativo non vale, di per sé, ad integrare un superamento delle attribuzioni di tale giudice (Cfr. Cass., Sez. un., 17 gennaio 2017, n. 956, e ulteriore giurisprudenza *ivi* citata). V. pure, di recente, Cass., Sez. un., 30 gennaio 2017, n. 2219.

¹⁹ Cfr. Cass., Sez. un., 9 ottobre 2008, n. 24883, in *Riv. Dir. Proc.*, 2009, 1071, con nota di E.F. Ricci, *Le sezioni unite cancellano l'art. 37 c.p.c. nelle fasi di gravame*; e Id., 7 ottobre 2016, n. 20191.

²⁰ Ad esempio si è scritto che la Corte di cassazione “è addirittura andata oltre il dettato normativo ... nel caso, assai discusso, dell'art. 37 c.p.c., la cui ultima parte, che detta che il difetto di giurisdizione può essere rilevato, anche d'ufficio, in ogni stato e grado del processo, è stata ‘riletta’ (forse meglio ‘riscritta’) alla luce del canone della ragionevole durata del processo, nel senso che dopo una sentenza di primo grado, semplicemente definitiva del merito, quindi con pronuncia implicita sulla giurisdizione, impedisce il rilievo nei gradi successivi” (F. Carpi, *Note sull'accesso alla giustizia*, in *Riv. Trim. Dir. e Proc. Civ.*, 2016, fasc. 3, 835 e segg., § 3).

²¹ Identicamente dispone l'art. 15 del codice di giustizia conta-

bile, approvato con il D.Lgs., 26 agosto 2016, n. 174.

²² Tanto l'elaborazione giurisprudenziale formatasi sull'art. 37 c.p.c. quanto la lettera dell'art. 9 c.p.a. e dell'art. 15 cod. giust. cont. qualificano in termini di “capo” la statuizione sulla giurisdizione contenuta nella sentenza di primo grado che decide il merito della causa: il “capo” non è corrispondente ad una domanda, ma si identifica, appunto, nella soluzione di una questione.

²³ Tanto l'elaborazione giurisprudenziale formatasi sull'art. 37 c.p.c. quanto la lettera dell'art. 9 c.p.a. e dell'art. 15 cod. giust. cont. qualificano in termini di “capo” la statuizione sulla giurisdizione contenuta nella sentenza di primo grado che decide il merito della causa: il “capo” non è corrispondente ad una domanda, ma si identifica, appunto, nella soluzione di una questione.

²⁴ Tali argomentazioni si leggono pure nel citato parere dell'Ufficio studi e massimario della giustizia amministrativa.

²⁵ “Il vincitore pratico della causa, se non ha interesse a impugnare per primo sul capo della giurisdizione, perché il passaggio in giudicato della statuizione di rigetto gli assicura una utilità maggiore di quella che potrebbe ottenere dalla declinatoria di giurisdizione, ha tuttavia interesse ad impugnare dopo e per effetto della impugnazione principale sul merito da parte del soccombente pratico e così in via incidentale per il caso di suo accoglimento (Cass., Sez. un., 6 marzo 2009, n. 5456)”.

²⁶ Cass., Sez. un., 14 maggio 2014, n. 10414.

In primo luogo, la soluzione stessa non contrasta con la garanzia del giudice naturale precostituito per legge. Infatti, “il valore costituzionale del giudice precostituito per legge è presidiato dall’obbligo del giudice di procedere d’ufficio in primo grado alla verifica della *potestas iudicandi*”²⁷. Inoltre siffatto valore va bilanciato con quello dell’ordine e della speditezza del processo. Di conseguenza, la *quaestio iurisdictionis* “ben può non solo trovare anticipata soluzione endoprocessuale, ma anche conoscere una preclusione alla possibilità della relativa deduzione in appello ad opera di chi, avendo adito il giudice appartenente a quel dato plesso giurisdizionale, non è soccombente al riguardo”.

In secondo luogo, la soluzione *de qua* non contrasta nemmeno “con l’attinenza del riparto di giurisdizione all’ordine pubblico processuale”. Infatti il corretto riparto di giurisdizione, pur di interesse superindividuale, “non esprime più un valore processuale assolutamente imperativo, da garantire ... a pena di veder nascere una sentenza *inutiliter data*”²⁸.

In terzo luogo, non sussisterebbe, ad avviso delle Sezioni unite, alcuna “disarmonia sistematica” discendente dalla previsione che il regolamento preventivo di giurisdizione alle Sezioni unite della Cassazione è proponibile da ciascuna parte (*ex art. 41 c.c.*, richiamato dall’art. 10 c.p.a. e dall’art. 16 cod. giust. cont.) e quindi anche all’attore. Infatti l’appello (per il quale sussiste la preclusione se proposto, per difetto di giurisdizione, dall’attore dopo che il giudice ha deciso la causa nel merito) è un “rimedio impugnatorio rivolto a fare pronunciare una sentenza endoprocessuale di difetto di giurisdizione e così senza effetto di sbarramento alla riproposizione della domanda dinanzi ad un diverso giudice (al giudice ordinario anziché al giudice amministrativo inizialmente adito, o viceversa)”. Al contrario, il regolamento preventivo di giurisdizione è “un rimedio non impugnatorio diretto ad una pronuncia con efficacia panprocessuale”. Trattandosi di due rimedi dalla natura assai diversa, non sussiste alcuna disarmonia fra la facoltà, anche per l’attore, di proporre regolamento preventivo di giurisdizione alla Cassazione finché la causa non sia decisa nel merito dal giudice adito, e la preclusione ad interporre appello con un motivo di difetto di giurisdizione per chi ha promosso la controversia dinanzi ad un giudice e dallo stesso ha ricevuto un esame nel merito della domanda di tutela giurisdizionale.

Considerazioni sulla pronuncia in commento

La sentenza in esame della Cassazione segna un vero e proprio *revirement* della sua giurisprudenza sulla tematica in esame.

In precedenza la Suprema Corte avrebbe optato per l’ammissibilità dell’appello in questione, perché nella specie sussistono giustificazioni del comportamento di chi sceglie una giurisdizione in primo grado e poi, rimasto soccombente in tale grado, la contesta in appello: giustificazioni che risultano dalle affermazioni espresse, in modo chiaro e lungimirante, dai difensori del ricorrente dinanzi al Tribunale amministrativo.

Con la sentenza in commento la Corte abbandona espressamente la tesi dell’ammissibilità, seppure condizionata alla giustificazione²⁹ (che, nella specie, ad avviso di chi scrive, sussisteva), e sposa la tesi opposta dell’inammissibilità. L’*iter* argomentativo si basa, come si è osservato, sulla formazione del giudicato in tema di giurisdizione e sulla mancanza di soccombenza, sul capo inerente alla giurisdizione, di chi in primo grado aveva effettuato la scelta sulla giurisdizione³⁰.

Il risultato è quello dell’adesione, da parte delle Sezioni unite, agli assunti da anni affermati dalla giurisprudenza amministrativa³¹. La risposta appare positiva, quanto all’esito, forse non del tutto non quanto alle argomentazioni: infatti le Sezioni unite pervengono al risultato descritto attraverso un percorso argomentativo nuovo.

Invero, la pronuncia in esame preferisce non menzionare neppure, nel suo *iter* argomentativo, quel riferimento all’abuso del processo, come specie particolare di abuso del diritto, che è alla base della giurisprudenza amministrativa propensa alle medesime conclusioni. In effetti, la lettura della sentenza in commento rende evidente che essa si riferisce all’abuso del processo laddove enuncia precedenti giurisprudenziali o argomenti delle parti, mentre evita (a quanto pare) scientemente ogni menzione della figura argomentativa nella *pars construens* della sua motivazione³¹.

In tal modo si sancisce la fine della fortuna dell’abuso del processo come mezzo argomentativo, perlomeno al fine di “sanzionare” la contraddittorietà di scelte processuali inerenti alla giurisdizione?

In epoca recente, dopo l’ampio seguito che la figura dell’abuso del processo ha avuto nella giurisprudenza – che sembra generalmente permanere nella giurisprudenza amministrativa³² –, si assiste ad un certa

²⁷ V. la sentenza citata per ultima.

²⁸ Cass., Sez. un., 4 marzo 2016, n. 4248.

²⁹ Tesi che aveva sostenuto: v. Cass., Sez. un., n. 13940/2014, cit.

³⁰ In altri termini, come si legge nel citato parere dell’Ufficio studi e massimario della giustizia amministrativa, “l’art. 9 c.p.a. ... non solo non prevede espressamente la legittimazione all’appello sulla giurisdizione a favore dell’originario ricorrente, ma, anzi, elevando a “capo” di sentenza la statuizione, anche implicita, sulla giurisdizione, contiene un significativo elemento testuale che depone nel senso che tale legittimazione non sussista, perché manca la soccombenza che di quella legittimazione è il necessario presupposto”.

³¹ Ossia nei punti 10 e seguenti. La sentenza in esame non

menziona nemmeno, d’altronde, il principio di correttezza processuale. Invece, ad avviso del parere dell’Ufficio studi e massimario della giustizia amministrativa, la tesi che esclude la legittimazione dell’originario ricorrente risulta confermata dal principio di correttezza e di buona fede, da cui si desume il generale divieto di *venire contra factum proprium*. Il parere precisa in proposito che “abuso del diritto – di cui costituirebbe espressione l’abuso del processo – e dovere di correttezza, nonostante abbiano entrambi una matrice comune nel dovere di solidarietà desumibile dall’art. 2 Cost., non possono considerarsi sinonimi o principi equipollenti”.

³² Da ultimo, v. T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. II, 9 gennaio 2017, n. 18.

ritrosia, in alcune pronunce, a riferirsi a tale strumento argomentativo. Ad esempio, la Corte costituzionale, in una recente sentenza³³, dichiara non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 96, 3° comma, del codice di procedura civile, sollevata, in riferimento agli artt. 3, 24 e 111 della Costituzione, dal Tribunale ordinario di Firenze. Quest'ultimo, nella sua ordinanza di rimessione alla Consulta, sosteneva che tale 3° comma avrebbe introdotto nel processo civile una fattispecie a carattere sanzionatorio, volta a scoraggiare l'abuso del processo³⁴, a tutela dell'interesse pubblico al buon andamento della giurisdizione civile e al giusto processo: pertanto, secondo il giudice *a quo*, tale comma, se reca "lo strumento della sanzione officiosa dell'abuso processuale", non si vede perché preveda la condanna ad una somma equitativamente determinata della parte soccombente a favore della controparte vittoriosa anziché dell'erario. La Corte costituzionale concorda sulla "natura non risarcitoria (o, comunque, non esclusivamente tale) e, più propriamente, sanzionatoria" della disposizione, affermandone le "finalità deflative": quindi individua in queste finalità la *ratio legis*, accuratamente evitando di riferirsi all'abuso del processo³⁵. La conclusione cui giunge la Consulta, meno rilevante in questa sede, è che la disposizione non è irragionevole perché la parte vittoriosa può, "verosimilmente, provvedere alla riscossione della somma ... in tempi e con oneri inferiori rispetto a quelli che graverebbero su di un soggetto pubblico".

In generale, ad avviso di chi scrive, se per giungere ad una determinata conclusione giuridica un giudice ha argomentazioni differenti dall'abuso del processo, è bene che le usi, evitando di entrare nel campo minato legato a tale figura³⁶.

Nella specie, argomentazioni ce ne sono: quelle esposte dalla sentenza in esame. Altre se ne potrebbero forse aggiungere.

Ad esempio, nel citato parere dell'Ufficio studi e massimario della giustizia amministrativa si richiama l'art. 157, 3° comma, c.p.c.: esso, in tema di nullità formale degli atti processuali, stabilisce che "la nullità non può essere opposta dalla parte che vi ha dato causa". La disposizione esprimerebbe, secondo una

tesi, il principio di autoresponsabilità estensibile anche ai vizi extraformali, in virtù del quale nessun soggetto è legittimato a far valere i vizi del processo cui egli ha dato causa. L'attore, pertanto, non può eccipire il difetto di un presupposto processuale in quanto egli, avendo proposto la domanda, ha dato causa alla nullità. Il fatto che il giudice di primo grado abbia ommesso di rilevare il difetto di giurisdizione non interrompe il rapporto di causalità che sussisterebbe tra il vizio e la condotta processuale della parte: la causa principale della nullità rimane, nel caso del difetto di giurisdizione, il ricorso che la parte ha proposto innanzi al giudice privo di giurisdizione.

Nella sostanza, ci si può domandare se le conclusioni cui pervengono le Sezioni unite proprio in relazione alla fattispecie concreta ed alla vicenda processuale che sono alla base della sua pronuncia potrebbero destare perplessità sotto il profilo della tutela del diritto di azione e della tenuta complessiva del sistema di giustizia, come attualmente congeniato. In altri termini: di fronte ad una fattispecie in ordine alla quale sia discutibile la soluzione al problema del riparto fra le giurisdizioni, in esito alla pronuncia in esame sussiste una *deminutio* di tutela in capo a chi intende chiedere giustizia?

La risposta appare negativa, poiché la pronuncia suggerisce una strategia difensiva, ricavabile *de plano* dalla legge e compatibile con la previsione di brevissimi termini di decadenza per adire il giudice amministrativo. Essa appare la seguente: proporre ricorso al T.A.R. e chiedere pure il regolamento preventivo di giurisdizione. Invero, come afferma con chiarezza la sentenza in esame, ai sensi dell'art. 41 c.p.c. (cui l'art. 10 c.p.a. rinvia³⁷) ciascuna parte, e quindi pure l'attore o il ricorrente, possono rivolgersi alle Sezioni unite della Corte di cassazione per chiedere il regolamento preventivo di giurisdizione, quantunque né le altre parti, né il giudice abbiano sollevato la relativa questione. Quindi l'attore o ricorrente, se non propone ricorso per cassazione – in assenza di una questione di giurisdizione sollevata da altri – non potrà appellare.

In sintesi, la pronuncia in esame sembra idonea, per la sua portata risolutiva della questione in esame, a porsi come un punto fermo su di essa, dotato di una

³³ Corte cost., 23 giugno 2016, n. 152, su cui cfr. E. D'Alessandro, *Nota a Corte cost., sent. n. 152/2016*, in *Foro It.*, 2016, n. 9, parte I, pag. 2639.

³⁴ Trib. Firenze, 16 dicembre 2014, n. 331. Simili assunti si leggono pure nella giurisprudenza amministrativa (cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 29 dicembre 2016, n. 5537) e in dottrina. Ad esempio, si è scritto che l'art. 96 c.p.c. "ha introdotto una sanzione punitiva civile con la funzione di scoraggiare l'abuso del processo avente una carica punitiva, che va a profitto di chi ha subito un danno ingiusto" (C. Vellani, *Gli interventi sulla giustizia civile nei primi anni della XVII legislatura*, in *Riv. Trim. Dir. e Proc. Civ.*, 2016, fasc. 3, pag. 1095).

³⁵ R. Brenda, *L'ultimo comma dell'art. 96 c.p.c. esce indenne dal Palazzo della Consulta*, in *www.judicium.it*, 23 agosto 2016, nell'annotare la sentenza n. 152/2016 della Corte costituzionale, osserva che la Consulta riconosce esplicitamente che scopo precipuo della condanna pecuniaria è scoraggiare l'abuso del processo: in realtà la sentenza parla di abuso del processo soltanto laddove

riporta le parole e il pensiero del giudice *a quo*.

³⁶ Come scrive di recente un processualpenalista, ma con una valenza che appare di teoria generale del processo, "Attorno all'abuso del processo sono venute a coagularsi due diverse e contrapposte visuali. C'è chi avverte il fascino di un rimedio di portata sanzionatoria creato dal diritto giurisprudenziale e perciò bisognoso di una accurata messa a punto che sappia decifrarne la reale fisionomia e assicurarne l'effettività della tutela. Per altri, invece, proprio il suo affacciarsi su un vuoto legislativo induce a respingerlo e a negare la stessa ragion d'essere di una patologia processuale che si presta ad arbitrari interventi censori da parte del giudice" (E. Amodio, *L'abuso delle forme degli atti processuali penali*, in *Riv. Trim. Dir. e Proc. Pen.*, 2016, fasc. 2, 559). In senso critico nei confronti dell'abuso del processo v. M. Taruffo, *L'abuso del processo*, ne *L'abuso del diritto*, a cura di G. Visintini, cit., 201 e segg.

³⁷ Al pari dell'art. 16 cod. giust. cont.

valenza panprocessuale, come risulta dai riferimenti ai processi civile, amministrativo e contabile. Il corollario che ne deriva pare un incentivo, per il ricorrente dinanzi al giudice amministrativo che non sia assolutamente sicuro della spettanza a quest'ultimo della giurisdizione, ad esperire il regolamento preventivo di giurisdizione. In tal modo egli, rivolgendosi al Tribunale amministrativo regionale, non decade dalla possibilità di farlo dopo la decorrenza dei brevissimi termini previsti e, utilizzando il regolamento preventivo, ottiene una pronuncia delle Sezioni unite della Suprema Corte sulla spettanza della giurisdizione.

Un altro corollario è insito nella comparazione della tesi scelta dalle Sezioni unite con la sentenza in esame e le tesi precedentemente sostenute dalla Cassazione, che propendevano (sebbene in via condizionata, come si è visto³⁸) per l'ammissibilità dell'appello per carenza della giurisdizione che era stata scelta in primo grado dall'appellante. Queste, all'evidenza, lasciavano uno spazio difensivo nel caso di errori da parte del ricorrente o attore o, meglio, da parte del suo difensore (specie di quello in primo grado): qualora, per ignoranza o per oggettiva difficoltà nell'individuare il giudice dotato di giurisdizione o, ancora, per opportunismo, lo *ius poenitendi* – per così dire – attraverso l'istituto dell'appello per difetto di giurisdizione era ammesso in base a quelle tesi, anche se con il rischio di vedersi addebitate le spese *ex art.* 92, 1° comma, prima parte, c.p.c., oppure previa motivata giustificazione della scelta contraddittoria.

La via elaborata dalle Sezioni unite con la pronuncia

in commento, al contrario, non ammette eccezioni. Di tal che il regolamento preventivo di giurisdizione sarebbe l'unico strumento consentito per sollevare dubbi sulla giurisdizione del giudice adito da chi ha proposto ricorso al giudice amministrativo: egli, per difetto di soccombenza, non sarebbe invece legittimato a proporre appello contro la sentenza di quel giudice³⁹. In altri termini, le Sezioni unite sostengono che, in caso di dubbi sulla giurisdizione, bisogna percorrere la via maestra – ossia esperire il regolamento di giurisdizione – e non le scorciatoie.

La conseguenza sta nella pesante scelta, per il difensore del soggetto che adisce un giudice in primo grado, se esperire o no il regolamento preventivo di giurisdizione: una volta che quel giudice abbia deciso la causa nel merito in primo grado non sarà più esperibile tale regolamento, ma non sarà nemmeno ammissibile l'appello per difetto di giurisdizione avverso la sentenza di primo grado di chi aveva adito il giudice che l'ha pronunciata e che quindi non è soccombente sul capo inerente alla giurisdizione. L'inammissibilità dell'appello sarà assoluta, senza che sia prospettabile un'ammissibilità, ma con condanna alle spese, oppure un'ammissibilità subordinata alla giustificazione del "ripensamento" in tema di giurisdizione.

Di qui emergono, ancora una volta, il ruolo fondamentale – in quel gioco⁴⁰ o *war game*⁴¹ che è il processo – dell'avvocato, "vero arbitro delle condotte processuali" e la necessità, in alcuni casi, anche della sua responsabilizzazione⁴².

³⁸ V. *supra*, al § su "Gli orientamenti espressi sul tema in esame".

³⁹ L'assunto, visto nell'ottica del ruolo delle Sezioni unite, lo valorizza appieno: quindi si iscrive nella tendenza a considerare le Sezioni unite – sulla base del rilievo che giudice naturale precostituito per legge (art. 25 Cost., 1° comma) è innanzi tutto un giudice dotato di giurisdizione – alla stregua di "giudice della giurisdizione che opera il sindacato ultimo sulla sussistenza, o no, della giurisdizione" e come giudice unico (Cass., Sez. un., n.

10414/2014, cit.).

⁴⁰ P. Calamandrei, *Il processo come gioco*, in Id., *Opere giuridiche*, I, Napoli, 1965, 537 e segg.

⁴¹ V. Ferrari, *Etica del processo: profili generali*, in *Etica del processo e doveri delle parti*, Bologna, 2015, 23.

⁴² Come si esprime, con riferimento alla disciplina della lite temeraria, S. Chiarloni, *L'abuso del processo: un semplice Ordnungsbegriff privo di utilità per il diritto vivente*, ne *L'abuso del diritto*, a cura di G. Visintini, cit., 219.

Diritto Penale

a cura di Francesco Palazzo

con Fabio Basile e Lucia Risicato

■ Circolazione stradale

Cassazione penale, Sez. IV, 30 agosto 2016 (ud. 14 aprile 2016), n. 35834 – Pres. Blaiotta – Est. Savino – Ric. Z.C.A. *Annullamento con rinvio*

Circolazione stradale – Omicidio colposo – Investimento del pedone – Colpa specifica – Prevedibilità ed evitabilità dell'evento lesivo – Regole cautelari c.d. elastiche – Giudizio di prevedibilità in concreto – Base del giudizio – Affidamento – Contingenze concrete

Nell'ambito dell'accertamento della responsabilità penale a titolo di omicidio colposo, in materia di circolazione stradale, quando la condotta inosservante consiste nella violazione di una regola cautelare c.d. elastica, il giudizio di evitabilità e prevedibilità dell'evento lesivo deve svolgersi in concreto, cioè alla luce delle specifiche contingenze storiche (condizioni di tempo e di luogo) nonché della condotta eventualmente tenuta dalla persona offesa (es. pedone), verificandone, in tal ultimo caso, la ragionevole prevedibilità da parte dell'agente.

Omissis. – Ritenuto in diritto: Il ricorso è fondato nella misura in cui pone un problema di causalità della colpa; profilo non adeguatamente analizzato dalla Corte di appello.

Come è noto, l'art. 43 c.p., con il richiamo alla negligenza, imprudenza ed imperizia ed alla violazione di leggi, regolamenti, ordini e discipline, delinea una prima fondamentale connotazione della colpa: si tratta di una condotta posta in essere in violazione di una norma cautelare.

Accanto a tale tratto oggettivo, però, si ha una caratteristica di natura soggettiva: la colpa, infatti, è mancanza di volontà dell'evento. In positivo, poi, il profilo soggettivo e personale della colpa viene generalmente individuato nella capacità soggettiva dell'agente di osservare la regola cautelare, nella concreta possibilità di pretendere l'osservanza della regola stessa: nella esigibilità del comportamento dovuto.

Dunque nel verificare la sussistenza di una responsabilità colposa occorre tener conto non solo dell'oggettiva violazione di norme cautelari, ma anche della concreta possibilità per l'agente di conformarsi alla regola. Ciò in relazione alle sue qualità e capacità personali.

Prevedibilità ed evitabilità dell'evento sono all'origine delle regole cautelari ed al contempo costituiscono il fondamento del giudizio di rimproverabilità personale.

Ebbene, sotto il profilo dell'evitabilità dell'evento, l'art. 43 c.p. stabilisce che il delitto è "colposo quando l'evento non è voluto e si verifica a causa di negligenza o imprudenza o imperizia". La norma evoca la causalità della colpa.

Come è facile intuire, infatti, la responsabilità colposa

non può estendersi a tutti gli eventi derivati dalla violazione della norma ma deve ritenersi circoscritta ai soli risultati che la norma stessa mira a prevenire. Ciò significa che, ai fini della responsabilità colposa, l'accadimento verificatosi deve rientrare tra quelli che la norma di condotta tendeva ad evitare, deve costituire la concretizzazione del rischio.

Vi è poi altro profilo inerente il momento soggettivo ed il rimprovero personale. Affermare, alla stregua dell'art. 43 c.p., che per aversi colpa l'evento deve essere stato causato da una condotta soggettivamente riprovevole implica che il nesso eziologico non si configura quando una condotta appropriata – il comportamento alternativo lecito – non avrebbe comunque evitato l'evento. Invero non avrebbe senso richiedere un comportamento comunque inidoneo ad evitare il risultato antigiuridico.

Ciò evidenzia la connessione tra le problematiche sulla colpa e quelle sul nesso causale per cui spesso le valutazioni inerenti lo sviluppo causale si riverberano sul giudizio di evitabilità in concreto.

Orbene, nel caso in esame il profilo propriamente causale non desta problemi. Mentre non è stata approfondita la causalità della colpa. Essa si configura non solo quando il comportamento diligente avrebbe certamente evitato l'esito antigiuridico, ma anche quando una condotta appropriata aveva significative probabilità di scongiurare il danno.

Proprio in tema di circolazione stradale, con riferimento alla norma di cautela inerente all'adeguamento della velocità alle condizioni ambientali, è stata ripetutamente affermata la necessità di tener conto degli elementi di spazio e di tempo, e di valutare se l'agente abbia avuto qualche possibilità di evitare il sinistro: la prevedibilità ed evitabilità vanno cioè valutate in concreto. A ben vedere il fattore velocità è un concetto relativo alle situazioni contingenti, quando si tratta di valutare il comportamento dell'imputato in chiave causale e non già di accertare la violazione di una norma contravvenzionale che prescrive limiti di velocità (Cass., Sez. IV n. 37606/2007 RV 237050).

Peraltro se l'esigenza della prevedibilità ed evitabilità in concreto dell'evento si pone in primo luogo e senza incertezze nella colpa generica, poiché in tale ambito la prevedibilità dell'evento ha un rilievo decisivo nella stessa individuazione della norma cautelare violata; occorre rilevare che sussiste anche nell'ambito della colpa specifica.

Certamente tale spazio valutativo è pressoché nullo nell'ambito delle norme rigide la cui inosservanza da luogo quasi automaticamente alla colpa; ma nell'ambito di norme elastiche che indicano un comportamento determinabile in base a circostanze contingenti, vi è spazio per l'apprezzamento della concreta prevedibilità ed evitabilità dell'evento (Cass., Sez. IV n. 26239/2013 RV 255695).

Dunque nel caso di specie si trattava di comprendere se, nelle condizioni date, la condotta della vittima – che, sceso dalla propria autovettura, circolava su strada extraurbana senza giubbotto retroriflettente – fosse prevedibile e se le conseguenze letali dell'infornuto fossero evitabili nei sensi che si sono sopra esposti.

Sotto questo profilo merita precisare, infatti, che l'art. 141 CDS riguarda esclusivamente gli eventi che ricadono nella sfera di prevedibilità ed il comportamento di un pedone che procede in strada extraurbana, al buio, senza giubbotto retroriflettente e contromano costituisce una condotta che ben potrebbe esulare dalla suddetta sfera di prevedibilità.

La carenza di motivazione sul punto in questione, cruciale ai fini della configurazione della responsabilità colposa, vulnera l'impugnata sentenza. Di conseguenza, la stessa deve essere annullata con rinvio alla Corte di appello di Salerno affinché, sulla base dei principi sopra enunciati, valuti la condotta colposa dello Z. in relazione alle condizioni concrete di prevedibilità ed evitabilità dell'incidente mortale.

P.Q.M.

Annulla la sentenza impugnata con rinvio alla Corte di appello di Salerno.

Investimento del pedone e prevedibilità in concreto dell'evento dannoso

Donato D'Auria*

L'Autore, traendo spunto dalla decisione in commento, propone una più ampia riflessione intorno al tema dell'accertamento dell'elemento soggettivo colposo in relazione ai reati in materia di circolazione stradale. Dopo una ricognizione dell'odierno formante giurisprudenziale e delle incertezze che tuttora caratterizzano l'accertamento della colpa in questo specifico settore di attività, l'analisi si concentra su due profili di particolare spessore critico, per i loro risvolti teorici e pratico-applicativi: la costante interferenza tra colpa generica e colpa specifica, cioè la tendenza giurisprudenziale a ritenere la seconda assorbita in un generico e indeterminato «ombrello cautelare»; e, non da ultimo, la definizione di un effettivo ambito operativo del principio di affidamento, anche nel settore della circolazione stradale, attraverso il recupero nel giudizio di colpa dei parametri della prevedibilità ed evitabilità dell'evento, come corollari della persistente esigenza di personalizzazione del rimprovero colposo.

Premessa

La decisione in commento, con cui la Sez. IV penale della Suprema Corte torna ad affrontare il delicato tema dell'investimento del pedone, va salutata con estremo favore, atteso che contiene una significativa apertura con riferimento al profilo della prevedibilità in concreto del pericolo, che fa scattare l'obbligo di individuare la regola cautelare da seguire per scongiurare il verificarsi dell'evento. In particolare, l'arresto in discorso disegna un modello di automobilista più vicino alla realtà e non alla (impossibile) perfezione normalmente richiesta dai giudici di legittimità e giunge ad una pronuncia di annullamento con rinvio dopo due conformi sentenze di condanna pronunciate dai giudici di merito.

È una sentenza sintetica, ma molto densa di contenuti, che tratta i temi della colpa¹, della causalità della colpa, della concretizzazione del rischio, del comporta-

mento alternativo lecito, dell'interferenza del piano causale con quello della colpa² e della prevedibilità in concreto dell'evento dannoso a fronte di regole cautelari cosiddette «elastiche» (come quella di cui all'art. 141 c.d.s., che impone al conducente di adeguare la velocità alle circostanze del caso concreto, al fine di evitare ogni pericolo per la sicurezza delle persone e delle cose ed ogni altra causa di disordine per la circolazione).

Il tratto di novità della decisione che si commenta va rinvenuto nell'evidente sforzo di porre un freno ad una pericolosa tendenza che – come si vedrà meglio oltre – si riscontra nel campo della circolazione stradale e che comporta il sopravvento della colpa generica su quella specifica, in tal modo determinandone un evidente svilimento. Ciò, nonostante il dato per cui in detta materia la colpa specifica paradossalmente occupi spazi sempre più ampi, data la tendenza del legislatore ad intervenire in modo sempre più puntuale e dettagliato³. In buona

* Il contributo è stato sottoposto, in forma anonima, alla valutazione di un referee.

¹ In argomento, Basile, *La colpa in attività illecita*, Milano, 2005; Castronuovo, *La colpa penale*, Milano, 2009; Forti, *Colpa ed evento nel diritto penale*, Milano, 1990; Giunta, *Illiceità e colpevolezza nella responsabilità colposa*, Padova, 1993; Mantovani M., *Il principio di affidamento nella teoria del reato colposo*, Milano, 1997; Marinucci, *La colpa per inosservanza di leggi*, Milano, 1965; Piergallini, *Danno da prodotto e responsabilità penale*, Milano, 2004; Id., *Attività produttive, decisioni in stato di incertezza e diritto penale*, in Donini-Pavarini (a cura di), *Sicurezza e diritto penale*, Bologna, BUP, 2011, 327 e segg.; Pulitanò, *Colpa ed evoluzione del sapere scientifico*, in *Dir. Pen. Proc.*, 2008, 647 e segg.; Ronco, *La colpa in particolare*, in Ronco (opera diretta da), *Il reato. Struttura del fatto tipico. Presupposti oggettivi e soggettivi dell'imputazione penale. Il requisito dell'offensività del fatto*, Bologna, 2007, 538; Veneziani, *Regole cautelari "proprie" e "impro-*

prie" nella prospettiva delle fattispecie colpose causalmente orientate, Padova, 2003. Sia infine consentito il rinvio a D'Auria, *La colpa stradale: un'analisi giurisprudenziale*, Milano, 2010, *passim*.

² Per quest'ordine di idee, cfr. Di Giovine, *Il contributo della vittima nel delitto colposo*, Torino, 2003, 373 e segg. e, più di recente, *Omicidio e lesioni colpose*, in Manna (a cura di), *I delitti contro la persona*, Torino, 2007, 201 e segg.; Summerer, *Causalità ed evitabilità. Formula della condicio sine qua non e rilevanza dei decorsi causali ipotetici nel diritto penale*, Pisa, 2013, *passim*; D'Auria, *Causalità e colpa: una costante ed indebita sovrapposizione*, in *Dir. Pen. Proc.*, 2014, 751 e segg.

³ In tema, *inter alios*, Grotto, *Principio di colpevolezza, rimproverabilità soggettiva e colpa specifica*, Torino, 2012, 74 e segg.; sul problema della legalità-indeterminatezza della colpa generica, si veda Giunta, *La legalità della colpa*, in *Criminalia*, 2008, 167 e segg.; sul profilo dell'individuazione giudiziale della regola cautelare, di recente, Grosso, *Alla ricerca di una prospettiva di indivi-*

sostanza, anche a fronte del rispetto delle regole di condotta scritte, residua sempre l'“ombrello” cautelare del *neminem laedere* della colpa generica, con il rischio che sia il giudice nel processo a forgiare la regola cautelare che il conducente avrebbe dovuto rispettare nella situazione concreta.

Tema strettamente collegato, oltre che complementare, anche se non trattato specificamente nella sentenza in discorso, è quello della operatività del principio di affidamento, che inizia a farsi strada anche nel settore della circolazione stradale, sia pure entro limiti ben determinati, dato questo che contribuisce alla personalizzazione del rimprovero colposo e permette di giungere a soluzioni ermeneutiche conformi al principio di personalità della responsabilità penale, evitando di prescrivere obblighi talvolta inesigibili nella realtà e di ridurre l'utente della strada a soggetto condannato ad essere colpevole per definizione.

Il caso concreto portato all'esame della Suprema Corte

La sentenza in commento si è dovuta occupare di un caso nel quale un soggetto, dopo aver lasciato la propria autovettura alla ricerca di un distributore di carburante, percorreva a piedi la statale 407 Basentana in cui vige il divieto di transito di pedoni, senza indossare il giubbotto o le altre misure per la visibilità notturna prescritte dall'art. 162, comma 4° *ter*, c.d.s., procedendo, peraltro, nello stesso senso di marcia dei veicoli, in violazione dell'art. 190, 2° comma, c.d.s. L'autovettura condotta dall'imputato investiva il pedone, scaraventandolo a terra, dove veniva travolto da altra autovettura che sopraggiungeva, riportando lesioni gravissime che ne cagionavano la morte.

L'imputato, al quale era stata elevata contestazione a titolo di colpa specifica, segnatamente per la violazione dei commi 2° e 3° dell'art. 141 c.d.s. per non aver adeguato la velocità alle condizioni di tempo e di luogo, veniva condannato in primo ed in secondo grado sul presupposto che – benché la vittima procedesse lungo la strada extraurbana nello stesso senso di marcia dei veicoli, senza alcun presidio per la visibilità notturna – la responsabilità dell'evento dovesse essergli ascritta in quanto egli non aveva adeguato la sua condotta di guida alle condizioni della strada, priva di una sufficiente illuminazione, in particolare non aveva tenuto una velocità commisurata a quelle condizioni, tale da consentirgli di mantenere il controllo del veicolo e di prevedere tutte le situazioni di pericolo e non aveva azionato i fari abbaglianti il cui uso è previsto su strada extraurbana con illuminazione insufficiente o mancante, in assenza di situazioni ostative al loro impiego.

Orbene, i giudici di legittimità esordiscono riconoscendo la fondatezza del ricorso “nella misura in cui pone un problema di causalità della colpa, profilo non

adeguatamente analizzato dalla Corte di appello” ed alla fine di un sintetico percorso logico argomentativo giungono ad affermare che la sentenza impugnata non ha motivato in maniera esaustiva né in ordine alla prevedibilità del comportamento del pedone nelle circostanze di fatto concrete (la vittima del sinistro circolava su strada extraurbana buia e senza indossare il giubbotto retroriflettente, oltre che nello stesso senso di marcia dell'autovettura che lo aveva investito, dunque contromano rispetto a quello che avrebbe dovuto essere il senso di marcia dei pedoni), né in ordine alla efficacia del comportamento alternativo lecito.

Per pervenire a tali conclusioni la sentenza opera due passaggi motivazionali: esamina il profilo della cosiddetta misura soggettiva della colpa, vale a dire la capacità dell'agente di osservare la regola cautelare, di conformare concretamente il suo agire ad essa in relazione alle sue qualità e capacità personali e, dunque, specularmente la pretesa da parte dell'ordinamento della sua osservanza (l'esigibilità del comportamento dovuto); tocca il delicato profilo del comportamento alternativo lecito⁴, affermando che deve essere esclusa la sussistenza del nesso di causalità, quando una condotta appropriata non avrebbe comunque evitato l'evento, atteso che sarebbe del tutto irrazionale pretendere un comportamento in ogni caso inidoneo ad evitare il risultato anti-giuridico.

Tale ultima affermazione è assolutamente condivisibile, in quanto ritenere la responsabilità per colpa anche nei casi in cui il comportamento alternativo lecito non avrebbe evitato il verificarsi dell'evento significa né più né meno che attribuire l'evento all'agente per il semplice *versari in re illicita*.

Viceversa, deve ritenersi sussistente il nesso causale non solo quando il comportamento diligente avrebbe evitato l'evento dannoso, ma anche quando la condotta appropriata aveva apprezzabili probabilità di scongiurare il danno⁵ (come sarebbe irrazionale pretendere un comportamento comunque inidoneo ad evitare l'evento, altrettanto sarebbe rinunciare a muovere l'addebito colposo nel caso in cui la condotta osservante delle cautele, sebbene non certamente risolutiva, avrebbe diminuito significativamente il rischio di verificazione dell'evento, cioè avrebbe avuto significative probabilità di salvare il bene protetto).

La decisione in commento afferma poi che specie nel campo della circolazione stradale, dove numerose sono le regole cautelari che vanno riempite di contenuto con riferimento alle contingenze del caso specifico, la prevedibilità e l'evitabilità vanno valutate in concreto, valutazione che non risulta essere stata effettuata dai giudici di merito. In particolare, afferma la Suprema Corte che “nel caso di specie si trattava di comprendere se, nelle condizioni date, la condotta della vittima – che, sceso dalla propria autovettura,

duazione delle regole cautelari. Un dialogo tra diritto sostanziale e processuale, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2016, 146 e segg.; D'Auria, *La colpa stradale: un'analisi giurisprudenziale*, *op. cit.*, 117 e segg.

⁴ In dottrina, CARMONA, La “colpa in concreto” nelle attività illecite secondo le S.U. Riflessi sullo statuto della colpa penale, in

Cass. Pen., 2009, 4585; Veneziani, *Causalità della colpa e comportamento alternativo lecito*, in *Cass. Pen.*, 2013, 1225 e segg.

⁵ Bartoli, *Il problema della causalità penale. Dai modelli unitari al modello differenziato*, Torino, 2010, 95 e segg.; Mantovani M., *op. cit.*, 120 e segg.

circolava su strada extraurbana senza giubbotto retro-riflettente – fosse prevedibile e se le conseguenze letali dell'incidento fossero evitabili nei sensi che si sono sopra esposti. Sotto questo profilo merita precisare, infatti, che l'art. 141 CDS riguarda esclusivamente gli eventi che ricadono nella sfera di prevedibilità ed il comportamento di un pedone che procede in strada extraurbana, al buio, senza giubbotto retroriflettente e contromano costituisce una condotta che ben potrebbe esulare dalla suddetta sfera di prevedibilità”.

La giurisprudenza di legittimità divisa tra eccezionalità e imprevedibilità della condotta

Quello dell'investimento del pedone è un ambito della circolazione stradale in cui spesso si tende a sovrapporre il piano della causalità con quello della colpa⁶.

Invero, alcune decisioni⁷ affermano che deve essere esclusa la responsabilità del conducente, quando la condotta del pedone configuri per le sue caratteristiche una vera causa eccezionale, atipica e non prevedibile che sia stata da sola sufficiente a provocare l'evento.

Pare evidente, però, che in tal modo si equipara l'imprevedibilità dell'evento (che è la bassa probabilità che un evento si verifichi, giudizio effettuato alla stregua delle informazioni di cui dispone l'agente modello, per cui ha natura squisitamente soggettiva) all'eccezionalità della condotta (che è la probabilità minima di verificazione dell'evento, secondo la miglior scienza ed esperienza, concetto questo dalla chiara dimensione oggettiva): se la condotta del pedone riveste il carattere dell'eccezionalità, manca il nesso causale tra la condotta del conducente e l'evento dannoso⁸. Di conseguenza, in tali casi nessuna valutazione ulteriore occorre compiere, dovendosi prescindere dall'analisi della prevedibilità o meno del comportamento del pedone e, dunque, a nulla rilevando il comportamento eventualmente in colpa del conducente. Invero, se anche si accertasse la violazione di una regola cautelare da parte dell'automobilista, mancherebbe comunque il nesso causale, che è l'elemento che va valutato prima ancora del profilo della colpa e che incide sulla sussistenza del fatto.

Più correttamente, altri arresti⁹ risolvono la questione sul piano della colpa, nel senso che valutano la possibilità o l'impossibilità di avvistamento del pedone (e, dunque, la prevedibilità o l'imprevedibilità dell'attraversamento) e l'assenza della violazione di regole cautelari da parte dell'automobilista. Del resto, effettivamente è l'avvistamento del pedone che fa scattare la prevedibilità del pericolo, che è scongiurato solo con

l'adozione della regola cautelare. Se il pedone pone in essere una condotta non prevedibile (ad esempio, sbucca improvvisamente sulla carreggiata) non è questione di eccezionalità della sua condotta (che interrompe il nesso causale), ma di impossibilità per il conducente di prevedere quel comportamento normalmente improbabile e, dunque, di evitare l'evento dannoso.

Dunque, è sul versante della colpa che deve indirizzarsi la soluzione del problema. Proprio per tale motivo l'orientamento in esame richiede il concorso di un presupposto ulteriore: la condotta del conducente non deve essere suscettibile di censure che possano dar luogo alla colpa specifica o a quella generica. Con l'ulteriore precisazione per cui è necessario che l'eventuale violazione della regola cautelare sia relativa ad una regola che mirava ad evitare quell'evento, vale a dire l'investimento del pedone e con quella determinata concatenazione causale, altrimenti deve ritenersi che, pur in presenza della violazione di una regola cautelare, laddove l'avvistamento del pedone sia stato impossibile, il fatto non costituisce reato (c'è il nesso causale, ma manca la colpa). È questo il profilo della cosiddetta “concretizzazione del rischio”, in applicazione del quale si deve escludere la responsabilità per colpa se l'evento non rientra nello spettro di quelli per evitare i quali è stata posta la regola violata, anche se l'evento è causalmente collegato alla condotta¹⁰. Ciò “consente di sfuggire al pericolo di una connessione meramente oggettiva tra regola violata ed evento”¹¹.

La sentenza in commento si colloca all'interno di questo secondo indirizzo, laddove affronta in termini di prevedibilità (in concreto, cioè tenuto conto di tutte le circostanze del caso) il comportamento tenuto dal pedone.

Investimento del pedone, principio di affidamento e giudizio di prevedibilità in concreto

Come si è sopra accennato, nel settore della circolazione stradale il principio di affidamento, vale a dire la legittima aspettativa che ogni consociato serba a che gli altri appartenenti alla comunità osservino le regole cautelari, è stato fino ad oggi soggetto ad una significativa compressione, in conseguenza della quale difficilmente ha trovato applicazione nella giurisprudenza di legittimità, evidentemente ispirata ad una logica di tutela di pressanti esigenze di prevenzione.

L'inevitabile conseguenza è stata una (inaccettabile) dilatazione della colpa generica, con un eccessivo ampliamento del criterio della prevedibilità, peraltro astratta, che si richiede all'agente modello¹², con buona

⁶ D'Auria, *Causalità e colpa: una costante ed indebita sovrapposizione*, op. cit., 753 e segg.

⁷ Cfr., Cass., Sez. IV pen., 2 luglio 2013, n. 33207, Corigliano; Cass., Sez. IV pen., 20 febbraio 2013, n. 10635, Calarco; Cass., Sez. IV pen., 29 aprile 2011, n. 23309, Cocon; Cass., Sez. IV pen., 14 giugno 2005, n. 28615, P.C. in proc. Pravettoni.

⁸ Blaiotta, *La causalità giuridica*, Torino, 2010, 76 e segg.

⁹ Cfr., Cass., Sez. IV pen., 16 aprile 2008, n. 20027, Di Cagno; Cass., Sez. IV pen., 14 febbraio 2007, n. 15224, La Penna; Cass., Sez. IV pen., 13 ottobre 2005, n. 40908, Tavoliere; Cass., Sez. IV

pen., 12 ottobre 2005, n. 44651, Leonini.

¹⁰ Sul punto, Paliero, *La causalità dell'omissione: formule concettuali e paradigmi assiologici*, in *Riv. it. med. leg.*, 1992, 821 e segg. Piergallini, *Danno da prodotto e responsabilità penale*, op. cit., 254 e segg.; Perini C., *Il concetto di rischio nel diritto penale moderno*, Milano, 2010, 489 e segg.

¹¹ Così, testualmente, Cass., Sez. IV pen., 14 febbraio 2008, n. 19512, P.C. in Proc. Aiana.

¹² Cfr., Cass., Sez. IV pen., 8 luglio 2008, n. 33385, Ianniello e altri; Cass., Sez. IV pen., 7 febbraio 2008, n. 12361, Biondo, che

pace del criterio della prevedibilità in concreto dell'evento anti-giuridico quale condizione per poter muovere l'addebito a titolo di colpa al soggetto agente.

Peraltro, quello della circolazione stradale rappresenta il campo in cui maggiormente il principio di affidamento dovrebbe trovare necessariamente operatività, al fine di evitare la paralisi di una siffatta attività pericolosa, ma socialmente utile: l'automobilista che deve occuparsi anche del comportamento imprudente degli altri utenti della strada, sempre e comunque (dunque, anche quando le circostanze del caso imporrebbero l'affidamento all'altrui correttezza), non può concentrarsi adeguatamente sulla propria condotta di guida¹³.

Del resto, "il principio di affidamento costituisce applicazione del principio del rischio consentito: dover continuamente tener conto delle altrui possibili violazioni della diligenza imposta avrebbe come risultato di paralizzare ogni azione, i cui effetti dipendano anche dal comportamento altrui"¹⁴. Nell'ambito della circolazione stradale esso assicura la regolarità della circolazione, evitando – come si è accennato – l'effetto paralizzante di dover agire prospettandosi tutte le altrui possibili trascuratezze. Il principio di affidamento, d'altra parte, è collegato anche al carattere personale e rimproverabile della responsabilità colposa, posto che delimita entro limiti ragionevoli ed umanamente esigibili l'obbligo di rapportarsi alle altrui condotte: esso è stato efficacemente definito come una vera e propria pietra angolare della tipicità colposa¹⁵.

Per altro verso, va evidenziato che la mancata operatività del principio di affidamento potrebbe portare, addirittura, ad un effetto paradossale, rappresentato dallo svuotamento della forza cogente della disciplina positiva e dalla insorgenza patologica dell'affidamento inverso da parte dell'agente indisciplinato sulla altrui attenzione anche nel prevedere i propri comportamenti temerari, con il conseguente abbassamento degli standard di sicurezza.

Nonostante ciò, come si è sopra anticipato, la tendenza della giurisprudenza di legittimità è stata quella di escludere o limitare al massimo la possibilità di fare affidamento sull'altrui correttezza. Si è così affermato¹⁶ che – poiché le norme sulla circolazione stradale impongono severi doveri di prudenza e diligenza, proprio

per fare fronte a situazioni di pericolo, anche quando siano determinate da altrui comportamenti irresponsabili – la fiducia di un conducente nel fatto che altri si attengano alle prescrizioni del legislatore, se mal riposta, costituisce di per sé condotta negligente.

Il problema che bisogna porsi, dunque, è se un atteggiamento così rigoroso possa trovare una valida ed accettabile giustificazione o se, invece, debba essere temperato con l'introduzione del principio di affidamento, ovviamente entro limiti ben definiti, costituiti dalla imprevedibilità dell'altrui comportamento scorretto.

Senza dubbio quello della circolazione stradale è un contesto nel quale si configura una impersonale ed intensa interazione che palesa frequenti violazioni delle regole di prudenza. È questo il motivo per cui il codice della strada detta norme che dilatano al massimo l'obbligo di attenzione e prudenza, sino a comprendere il dovere di prospettarsi le altrui condotte irregolari (basti pensare agli artt. 140 e 141, che delineano obblighi di vasta portata, relativi anche alla gestione del rischio connesso alle altrui condotte imprudenti). Del resto, non può essere trascurata la circostanza per cui le condotte imprudenti nell'ambito della circolazione stradale sono tanto frequenti da costituire un rischio per così dire tipico, prevedibile, dunque da governare nei limiti del possibile.

Razionalità ed equità, però, imporrebbero di non interpretare tali norme in modo tanto estremo da enucleare un generale obbligo di prevedere e governare sempre e comunque il rischio da altrui attività illecite, posto che vi sono aspetti della circolazione stradale che necessariamente implicano un razionale affidamento nell'altrui correttezza: non si può pretendere, ad esempio, che il conducente favorito dal diritto di precedenza arresti la marcia nonostante l'antagonista sia fermato allo stop¹⁷.

Così, più di recente il principio dell'affidamento ha iniziato a trovare applicazione nello specifico campo della circolazione stradale nella misura in cui il comportamento imprudente del pedone non rientri nel limite della prevedibilità. In particolare, la Suprema Corte, preso atto che la giurisprudenza di legittimità tende a limitare la possibilità di fare affidamento sull'altrui correttezza nell'ambito della circolazione stra-

giunge ad affermare tout court che *la condotta di guida inosservante di altri utenti della strada non costituisce in sé una contingenza imprevedibile*; Cass., Sez. IV pen., 28 marzo 1996, n. 4257, Lado; Cass., Sez. IV pen., 20 aprile 1994, n. 6939, P.C. in proc. Ribetto; Cass., Sez. IV pen., 4 ottobre 1991, n. 11631, Corrao.

¹³ D'Auria, *La colpa stradale: un'analisi giurisprudenziale*, op. cit., 129.

¹⁴ Così, testualmente, Cass., Sez. IV pen., 9 gennaio 2015, n. 12260, Moccia e altro.

¹⁵ Per tutti, con ampi riferimenti, Mantovani M., op. cit., spec. 184 e segg.

¹⁶ Cfr., Cass., Sez. IV pen., 18 ottobre 2000, n. 12789, Cerato; Cass., Sez. IV pen., 28 marzo 1996, n. 4257, Lado; Cass., Sez. IV pen., 24 gennaio 1994, n. 3347, Pirani; Cass., Sez. IV pen., 2 maggio 1991, n. 11247, Antonelli; Cass., Sez. IV pen., 19 marzo 1991, n. 9615, Zanapa; Cass., Sez. IV pen., 8 novembre 1990, n. 472, Bertolotti; Cass., Sez. IV pen., 29 settembre 1989, n. 16865,

Camata.

¹⁷ Eppure, ad esempio, Cass., Sez. IV pen., 8 novembre 1990, n. 472, Bertolotti, ha riconosciuto la responsabilità del conducente, ritenendo imprudenza ragionevolmente prevedibile quella del conducente antagonista che da una strada secondaria si immetteva su strada privilegiata, pur dopo essersi temporaneamente fermato sulla linea di stop. Trattasi di una decisione per nulla condivisibile, atteso che pone a carico del conducente favorito un obbligo di prevedibilità della violazione di regole cautelari da parte degli altri utenti della strada veramente ingiustificato, posto che detto obbligo si afferma sussistere anche quando non vi siano elementi concreti da cui desumere la altrui violazione della regola di diligenza (nel caso di specie il conducente del veicolo antagonista si era temporaneamente fermato sulla linea dello stop, ragion per cui nulla faceva presagire che poi, riprendendo la marcia, non avrebbe dato la precedenza al veicolo favorito).

dale, ha dovuto ammettere che il principio di affidamento non possa non essere in qualche modo riconosciuto anche nell'ambito di tale settore. Invero, "la soluzione contraria non solo sarebbe irrealistica, ma condurrebbe a risultati non conformi al principio di personalità della responsabilità, prescrivendo obblighi talvolta inesigibili e votando l'utente della strada al destino del colpevole per definizione o, se si vuole, del capro espiatorio"¹⁸. In base a tale orientamento è stata, perciò, recuperata la nozione di "prevedibilità ed evitabilità in concreto" e – come si accennava – si è individuato il limite alla operatività del principio di affidamento nella ragionevole prevedibilità da parte dell'agente della condotta scorretta della vittima.

Detto altrimenti, per tentare di definire la concreta portata del principio di affidamento nell'ambito della circolazione stradale, occorre considerare che i possibili contesti di fatto sono del tutto indeterminati, per cui – tenuto conto degli elementi di spazio e di tempo – occorrerà valutare se l'agente abbia avuto qualche possibilità di evitare il sinistro: la prevedibilità ed evitabilità vanno cioè valutate in concreto.

A tale proposito, poi, la stessa giurisprudenza di legittimità ha più volte ribadito¹⁹ che l'esigenza della prevedibilità ed evitabilità in concreto dell'evento assume importanza decisiva sia nell'ambito colpa generica – dove la prevedibilità dell'evento svolge un ruolo fondamentale nella stessa individuazione della norma cautelare violata – che nella colpa specifica, ambito nel quale la prevedibilità, oltre ad assolvere alla funzione di individuazione della regola cautelare da applicare, viene in evidenza anche in relazione al profilo squisitamente soggettivo, cioè al rimprovero personale, imponendo un esame delle diverse classi di agenti modello e di tutte le specifiche contingenze del caso concreto.

Orbene, è evidente che a fonte di una norma rigida il margine di valutazione è quasi inesistente, atteso che l'inosservanza della regola cautelare dà luogo quasi automaticamente alla colpa (in tali casi, invero, la valutazione in ordine alla prevedibilità dell'evento è già stata compiuta a monte dal legislatore); nell'ambito di norme elastiche che indicano un comportamento determinabile in base a circostanze contingenti, invece, vi è spazio per il prudente apprezzamento in ordine alla concreta prevedibilità ed evitabilità dell'esito anti-giuridico da parte dell'agente modello.

Ed invero, non si può escludere che contingenze particolari possano rendere la condotta inosservante non soggettivamente rimproverabile a causa, ad esempio, della imprevedibilità della condotta del pedone. Tuttavia, tale ponderazione non può essere meramente ipotetica, congetturale, ma deve necessariamente fondarsi su emergenze concrete e decisive, onde evitare che l'apprezzamento in ordine alla colpa sia tutto affidato all'imponderabile soggettivismo del giudice.

In tal senso, dunque, il principio di (ragionevole) affidamento concorre a definire la base del giudizio di prevedibilità che il giudice (ma prima ancora il soggetto agente) è chiamato a compiere e per certi versi costituisce l'in sé del giudizio di prevedibilità in concreto: imprevedibile è una condotta posta in essere in violazione di una regola cautelare dal soggetto antagonista, sul cui corretto agire viceversa l'agente poteva nutrire un ragionevole affidamento, non ricorrendo alcun indice sintomatico indicativo di qualsivoglia comportamento scorretto, cioè non sussistendo circostanze concrete da cui inferire una diversa valutazione in ordine alla conformità cautelare del comportamento altrui²⁰.

Il sopravvento della colpa generica su quella specifica

Si è accennato in premessa che la sentenza che si commenta pone implicitamente un freno alla pericolosa tendenza che si riscontra nel campo della circolazione stradale, che si manifesta con l'ampliamento prevaricante della colpa generica su quella specifica. Il dato che emerge dall'analisi della giurisprudenza è che la colpa generica non insiste sulla stessa area di rischio della colpa specifica, ma inizia laddove quest'ultima finisce, con la conseguenza che – più che di erosione della colpa specifica a vantaggio di quella generica – deve rilevarsi come la colpa generica vada ad aggiungersi a quella specifica, con il risultato finale di allargare l'area della responsabilità per colpa stradale.

Per quanto si registra nella giurisprudenza in materia di responsabilità colposa, tale tendenza ha una duplice dimensione:

a) nonostante l'insussistenza, nel caso concreto, della violazione di una regola cautelare contestata a titolo di "colpa specifica", permane pur sempre il margine onnicomprensivo della colpa generica, sovente decli-

¹⁸ Così, testualmente, Cass., Sez. IV pen., 9 gennaio 2015, n. 12260, Moccia e altro e, pedissequamente, Cass., Sez. IV pen., 2 febbraio 2016, n. 5691, Tettamanti; nello stesso senso, Cass., Sez. IV pen., 15 novembre 2013, n. 8090, Saporito; Cass., Sez. IV pen., 8 ottobre 2009, n. 46741, P.C. in proc. Minunno; Cass., Sez. IV pen., 3 giugno 2008, n. 26131, Garzotto.

¹⁹ Cfr., Cass., Sez. IV pen., 7 febbraio 2008, n. 12361, Biondo; Cass., Sez. IV pen., 6 luglio 2007, n. 37606, Rinaldi.

²⁰ Per un'applicazione del principio di affidamento nell'ambito della responsabilità colposa da circolazione stradale, cfr. Cass., Sez. IV pen., 8 ottobre 2009, n. 46741, P.C. in proc. Minunno, in *Dir. Pen. Cont.*, con osservazioni di Trotta, *Principio di affidamento e reati colposi connessi alla circolazione stradale: un revirement della Cassazione*, 14 dicembre 2010. In dottrina, con riguardo al settore di attività della circolazione stradale, Giunta, *La*

legalità della colpa, cit., 158, là dove osserva che "[l]'evoluzione legislativa e giurisprudenziale porta a distinguere sempre più nettamente due tipologie di reati colposi commessi in violazione della normativa in materia di circolazione stradale. Da un lato, vengono in rilievo gli eventi causati dall'inosservanza di regole cautelari che possono definirsi di tipo ordinatorio, in quanto la loro funzione preventiva si sostanzia nella necessaria condivisione da parte degli utenti della strada di codici comportamentali convenzionali, tali da rafforzare il principio di affidamento e rendere prevedibile l'altrui comportamento (il riferimento è all'obbligo di dare la precedenza a chi viene da destra, fermarsi allo stop, usare i segnalatori di direzione, ecc.). Si tratta di regole relazionali, perché mirano a ridurre i fattori di pericolo connessi allo svolgimento dell'attività pericolosa da parte di più soggetti, talché il loro coordinamento assume già in sé funzione preventiva".

nata nella violazione di un indeterminato principio del *neminem laedere*, che rappresenta un vero e proprio “ombrello cautelare”.

Orbene, la contestazione di tale profilo di colpa generica, sussidiario rispetto al rimprovero relativo alla violazione di specifiche regole cautelari, positivizzate dal legislatore nei settori di attività rilevanti (per quel che qui interessa nel campo della circolazione stradale, ma il discorso è analogo anche per quanto riguarda le materie degli infortuni sul lavoro, della responsabilità medica e delle attività produttive), discioglie discutibili prospettive di indeterminatezza del rimprovero colposo, sotto il profilo oggettivo, consentendo al giudice l'autonoma enucleazione di regole cautelari “del caso concreto”, sotto l'egida argomentativa della presunta violazione di un principio tanto ampio ed inconsistente, quale quello del *neminem laedere*, peraltro totalmente *muto* in ordine all'effettiva individuazione della cautela che l'agente avrebbe dovuto osservare nelle circostanze del caso concreto.

La questione, dunque, è quella dell'abusato ricorso all'utilizzo della colpa generica, con tutto il carico di indeterminatezza che la caratterizza, che pone un problema di “legalità della colpa”²¹ sia a monte che a valle del processo.

A monte, per il modo con cui il Pubblico Ministero procede alla formulazione dell'imputazione a titolo di colpa nei confronti dell'imputato²²: la prassi insegna, in sede di imputazione, che la colpa specifica sia accompagnata dalla pedissequa contestazione dei parametri cautelari che informano la colpa generica (così, ad esempio, l'imprudenza, l'imperizia, la negligenza e, non da ultimo, il *neminem laedere*), con la conseguenza – davvero esiziale in termini di “tipicità” della fattispecie colposa – di recuperare sul versante dell'inoservanza di più generiche cautele quanto non è stato contestato con riguardo alla violazione di regole cautelari positivizzate dal legislatore.

Tale modalità di contestazione, oltre a sottendere l'anacronistica idea secondo cui “*Plus semper in se*

continet quod est minus” (la colpa generica contiene in sé la specifica)²³, è spesso segnale di una lacunosità dell'imputazione sotto il profilo “oggettivo” della colpa (perché, ad esempio, il Pubblico Ministero ha ommesso la considerazione di determinate regole cautelari specifiche), rispetto al quale il Giudice è posto di fronte all'alternativa di sanare, in sede di deliberazione, il “vuoto” della contestazione, ovvero, più correttamente – in adesione al principio di correlazione tra imputazione e sentenza *ex art. 521 c.p.p.* – di restituirgli gli atti.

In altri termini, quando l'imputazione contiene anche il “paracadute” del richiamo alle regole cautelari di diligenza e di prudenza (ergo, alla colpa generica), la contestazione finisce con il coprire tutto l'universo cautelare, generico e specifico, richiamando in buona sostanza tutte le norme a contenuto preventivo che in astratto risultino applicabili al caso concreto.

In tal modo, si rende l'imputazione una formula vuota, che contiene una clausola generale di addebito di un fatto che poi a mano a mano nel corso del dibattimento trova specificazione, comportando di conseguenza un palese annacquamento del diritto di difesa, il quale ultimo è salvaguardato solo se la Pubblica Accusa rispetta il dovere di formulazione degli elementi essenziali dell'addebito.

A valle, perché spesso – a fronte di un deficit di prova con riferimento alle specifiche regole cautelari di cui è contestata la violazione – si assiste da parte del Giudice ad un recupero della colpa generica, che consente di fondare la affermazione di penale responsabilità sul presupposto che normalmente le regole precauzionali scritte non sono esaustive delle regole prudenziali realisticamente esigibili rispetto alla specifica situazione pericolosa che è tipica della circolazione stradale, potendo residuare una colpa generica in relazione al mancato rispetto della regola cautelare non scritta del *neminem laedere*: le decisioni in tema di investimento del pedone dimostrano plasticamente quanto si è affermato²⁴.

Del resto, la giurisprudenza di legittimità è granitica

²¹ Tra gli altri, Giunta, *La legalità della colpa*, *op. cit.*, 149 e segg. e spec. 167 e segg.; nel senso della legalità del reato colposo come necessaria riconoscibilità *ex ante* della regola cautelare che ne innerva il momento “oggettivo”, si veda Castronuovo, *La colpa penale*, *op. cit.*, 181 e segg. Il tema è stato di recente ripreso, in una prospettiva dinamico-processuale, da Grosso, *Alla ricerca di una prospettiva di individuazione delle regole cautelari. Un dialogo tra diritto sostanziale e processuale*, *op. cit.*, 146 e segg., cui si rinvia, anche per gli ulteriori ed opportuni riferimenti bibliografici.

²² Sul profilo della formulazione dell'imputazione *colposa*, come momento in cui dovrebbe radicarsi la tipicità colposa, oltre agli Autori poc'anzi richiamati (v. *retro*, nt. 18), Castronuovo, *La contestazione del fatto colposo: discrasie tra formule prasseologiche d'imputazione e concezioni teoriche della colpa*, in *Cass. Pen.*, 2002, 3836 e segg.; Attili, *Dalla struttura alla funzione (probatoria): il “tipo colposo” nel crogiolo dell'accertamento giudiziale*, in *Cass. Pen.*, 2012, 1571 e segg.

²³ Sulla *cumulatività* della colpa generica a quella specifica, nell'esperienza giurisprudenziale, si consideri Grotto, *Principio di colpevolezza, rimproverabilità soggettiva e colpa specifica*, *cit.*, 74 e segg.

²⁴ Cfr., solo a titolo di esempio, Cass., Sez. IV pen., 14 febbraio 2008, n. 15229, P.G. in proc. Fiorinelli, secondo cui “l'osservanza delle norme precauzionali scritte fa venir meno la responsabilità colposa solo quando esse siano esaustive delle regole prudenziali realisticamente esigibili rispetto a quella specifica attività o situazione pericolosa. Può invece residuare una colpa generica quando tali norme siano non esaustive delle regole precauzionali adottabili e, perciò, l'agente debba rispettare anche regole cautelari non scritte. È questo, appunto, il caso delle norme sulla circolazione stradale ove il loro, anche puntuale, adempimento non esaurisce i doveri del conducente. I conducenti, infatti, rimangono vincolati all'obbligo del *neminem laedere*, che caratterizza i casi di affermazione di responsabilità per reati colposi contro la vita e l'incolumità individuale, con la conseguenza che indipendentemente dall'eventuale disciplina legislativa della condotta posta in essere, la violazione di tale principio, anche se non sanzionata dalla legge, costituisce pur sempre colpa per imprudenza e determina responsabilità penale in caso di morte o lesioni”; Cass., Sez. IV pen., 16 aprile 2008, n. 20027, Di Cagno; Cass., Sez. IV pen., 14 febbraio 2007, n. 15224, La Penna; Cass., Sez. IV pen., 13 ottobre 2005, n. 40908, Tavoliere; Cass., Sez. IV pen., 12 ottobre 2005, n. 44651, Leonini.

nel ritenere che la sostituzione o l'aggiunta di un particolare profilo di colpa, sia pure specifica, al profilo di colpa originariamente contestato, non vale a realizzare diversità o immutazione del fatto ai fini dell'obbligo di contestazione suppletiva di cui all'art. 516 c.p.p. e dell'eventuale ravvisabilità, in carenza di valida contestazione, del difetto di correlazione tra imputazione e sentenza ai sensi dell'art. 521 c.p.p.²⁵. Si sostiene che, quando nel capo di imputazione siano stati contestati elementi generici e specifici di colpa, non sussiste violazione del principio di correlazione tra sentenza ed accusa mossa nel caso in cui il giudice abbia affermato la responsabilità del prevenuto per un'ipotesi di colpa diversa da quella di colpa specifica contestata, ma rientrando in quella di colpa generica. Infatti, il riferimento alla colpa generica, anche se seguito dall'indicazione di un determinato, specifico profilo di colpa, evidenzia che "la contestazione riguarda la condotta dell'imputato globalmente considerata, sicché questi è in grado di difendersi relativamente a tutti gli aspetti del comportamento tenuto in occasione dell'evento di cui è chiamato a rispondere, indipendentemente dalla specifica norma che si assume violata"²⁶.

Orbene, una siffatta impostazione lascia perplessi, in quanto da un lato svislisce il diritto di difesa nella suo concreto estrinsecarsi, dall'altro rende ancora più evanescenti i confini della tipicità colposa, profili questi che sono strettamente connessi tra loro.

Ed invero, sotto il primo profilo, va evidenziato che, se il principio di correlazione tra accusa e sentenza risponde alla esigenza di garantire in concreto il diritto di difesa, impedendo che l'imputato possa essere condannato per un fatto non contestato rispetto al quale non è stato in grado di difendersi adeguatamente, è evidente che – a fronte di una contestazione di colpa generica – non si può far rientrare in essa una qualsiasi ipotesi di colpa specifica non indicata nella imputazione. Non è ammissibile che da un iniziale generico addebito di imprudenza si giunga alla affermazione della responsabilità penale per l'inosservanza di una regola di disciplina settoriale che descriva puntualmente il comportamento che in quel determinato caso doveva essere tenuto dall'imputato, regola magari emersa all'esito della istruttoria dibattimentale a fornire una maggiore determinatezza alla condotta colposa originariamente contestata e rispetto alla quale l'imputato non è stato in grado di potersi adeguatamente difendere anche mediante l'ausilio di un consulente di parte.

In altri termini, la tutela in concreto del diritto di difesa dovrebbe comportare l'impossibilità di ritenere che nella contestazione di colpa generica siano automaticamente comprese tutte le ipotesi di colpa speci-

fica. Ciò non significa ovviamente che accanto a specifiche violazioni di norme di comportamento non possa residuare comunque la colpa generica per imprudenza o negligenza, ma solo che in quest'ultima non si dovrebbe far rientrare la violazione di ben individuate regole cautelari settoriali.

Quanto al secondo profilo – si ripete, strettamente connesso a quello appena trattato – va ribadito che l'orientamento giurisprudenziale che si sta commentando paga un forte prezzo in termini di deficit di determinatezza della fattispecie colposa. In particolare, affermare che "la contestazione riguarda la condotta dell'imputato globalmente considerata" significa in buona sostanza ritenere che la contestazione della colpa generica equivale alla contestazione di una sorta di colpa per così dire "generale", che può essere integrata da qualsiasi inosservanza di norme cautelari astrattamente collegabili all'evento del caso che si giudica. Ciò significa, peraltro, fare ricorso ad una imputazione sbilanciata sull'evento e sul nesso causale, riducendo a mero orpello l'elemento psicologico del reato, per il quale appare sufficiente il semplice richiamo alla violazione di quanto mai generiche regole di prudenza o di negligenza.

b) si assiste per altro verso alla positivizzazione della "colpa generica". In particolare, alcune pronunzie, anche civili, per fortuna isolate, tendono addirittura a trasformare la colpa da generica in specifica, la positivizzano, riconducendo la violazione di comuni regole di prudenza alla violazione del disposto degli artt. 140 e 141 c.d.s., così individuando in norme cautelari completamente indeterminate un vero e proprio precetto²⁷.

Ed invero, si è affermato che le regole di generica prudenza, perizia e diligenza devono ritenersi far parte integrante della disciplina della circolazione stradale, come si desume dal disposto dell'art. 140 c.d.s., "il quale impone a qualunque utente della strada di 'comportarsi in modo da non costituire pericolo o intralcio per la circolazione ed in modo che sia in ogni caso salvaguardata la sicurezza stradale', senza che assuma alcuna contraria significazione la circostanza che detta disposizione di legge non sia autonomamente sanzionata. La violazione della norma di carattere generale di cui all'art. 140 C.d.S. ha quindi lo stesso valore della violazione di una disposizione specifica"²⁸: è evidente la peculiarità di questa pronuncia, che va ravvisata nel criterio di attribuzione dell'evento all'agente, nel senso che gli si attribuisce la causazione di un evento – determinato da generica imprudenza o negligenza – a titolo di colpa specifica.

Quale il rischio di una siffatta impostazione?

Quello di attribuire all'agente l'evento a titolo di

²⁵ Cfr. Cass., Sez. IV pen., 7 marzo 2014, n. 35943, Denaro e altro; Cass., Sez. IV pen., 21 giugno 2013, n. 51516, Miniscalco ed altro; Cass., Sez. III pen., 8 aprile 2010, n. 19741, Minardi; Cass., Sez. IV pen., 19 maggio 2009, n. 31968, Raso; Cass., Sez. IV pen., 17 novembre 2005, n. 2393, Tucci e altro; Cass., Sez. IV pen., ord. 4 maggio 2005, n. 38818, De Bona.

²⁶ Così testualmente Cass., Sez. IV pen., 21 giugno 2013, n. 51516, Miniscalco ed altro.

²⁷ Cfr. Cass., Sez. IV pen., 19 giugno 2007, n. 35665, Di Toro; Cass., Sez. IV pen., 29 marzo 2000, n. 21748, Ribola; Cass., Sez. I civ., 11 gennaio 1999, n. 165, Quadri c. Pref. Vicenza, che valorizza i profili di colpa generica nel campo della circolazione stradale, riconducendoli nell'alveo degli artt. 141 e 141 c.d.s.

²⁸ Così, testualmente, Cass., Sez. IV pen., 19 giugno 2007, n. 35665, Di Toro.

responsabilità oggettiva, atteso che la regola la cui violazione determina la colpa specifica non ha uno spettro cautelare ben definito, trattandosi delle comuni precauzioni prudenziali. Detto altrimenti: le disposizioni di cui agli artt. 140 e 141 c. d. s. non permettono la cosiddetta concretizzazione del rischio. Peraltro, come si è sopra accennato, nelle ipotesi di colpa specifica il giudizio di prevedibilità e prevenibilità è formulato dal legislatore, con la conseguenza che generalmente in questi casi per rilevare la colpa si ritiene sia sufficiente accertare la violazione della regola cautelare scritta. Orbene, qualora quest'ultima contenga né più né meno che un rinvio a generiche regole di prudenza (si pensi appunto all'art. 140 c. d. s., che prescrive agli utenti della strada di comportarsi in modo da non costituire pericolo o intralcio per la circolazione ed in modo che sia in ogni caso salvaguardata la circolazione stradale), vi è il pericolo che nessun giudizio di prevedibilità ed evitabilità del fatto antigiusuridico venga effettuato dal giudice, al quale, invece, nelle ipotesi di colpa generica è affidato il compito di costruire l'agente modello ed individuare il comportamento che nel caso specifico la collettività si attende dall'agente.

Peraltro, il ricorso alla formulazione di regole cautelari improntate alla necessità di evitare genericamente il pericolo della lesione del bene, comporta il rischio che il giudice possa sopravvalutare il ruolo dell'evento all'atto dell'accertamento della responsabilità, atteso che il verificarsi del pericolo può portare ad affermare la responsabilità per colpa sulla base di norme ricostruite secondo una prospettiva *ex post*, cioè ad evento avvenuto, invece che *ex ante*, cioè mettendosi mentalmente nella situazione in cui si trovava l'agente cui la regola era rivolta.

Ecco, dunque, che emerge ancora una volta il pericolo che il piano della colpa si sovrapponga a quello causale, confondendosi con esso: se l'evento si è verificato, si dirà, la condotta era indubbiamente pericolosa. Un rischio siffatto può essere neutralizzato solo con il controllo della corrispondenza della concatenazione causale verificatasi nel caso concreto con quella presa in considerazione al momento della formazione della regola cautelare. In altri termini, solo il principio della concretizzazione del rischio – secondo il quale la regola cautelare non è posta per impedire un evento *tout court*, atteso che l'evento è sempre lo stesso (le lesioni o la morte), ma per prevenire una modalità di causazione dello stesso – può scongiurare il rischio di sovrapposizione tra colpa e causalità.

Considerazioni conclusive

Va in conclusione salutato con favore l'arresto in commento, che peraltro – come si è sopra evidenziato – interviene dopo due conformi sentenze di condanna, circostanza questa non frequente nella prassi.

Tale decisione si inserisce in un orientamento giurisprudenziale che manifesta una spiccata sensibilità rispetto al tema della prevedibilità in concreto dell'evento, profilo questo che, unitamente a quello della esigibilità della condotta doverosa, contribuisce alla personalizzazione del rimprovero colposo²⁹.

Entrambi questi profili comportano significative conseguenze sulla costruzione del versante soggettivo della colpa. Ed invero, richiedere che l'evento sia concretamente prevedibile, tenuto conto cioè di tutte le circostanze del caso concreto, significa calarsi davvero nella situazione in cui si è trovato ad operare l'agente e, dunque, valutare se nella situazione data l'agente modello avrebbe potuto prevedere l'evento antigiusuridico e, prima ancora, la condotta del soggetto antagonista (il pedone o l'altro conducente che sia); così come, una volta accertata la riconoscibilità del pericolo da fronteggiare, valutare la concreta esigibilità della condotta astrattamente doverosa significa tener conto del livello individuale di conoscenze, energie ed esperienze dell'agente concreto, sì da valutare se era o meno in grado di osservare la regola precauzionale finalizzata a scongiurare quel determinato evento verificatosi. A quest'ultimo proposito deve essere posto in evidenza che il problema della misura soggettiva della colpa si pone per cercare di raggiungere il più possibile la personalizzazione dell'addebito colposo, atteso che l'agente modello – cioè l'agente ideale con riferimento alla singola e concreta attività svolta – è comunque un'entità astratta che si pone su un piano oggettivo, di talché, una volta accertata sul piano oggettivo la violazione della regola cautelare, occorre sul piano soggettivo accertare l'esigibilità del comportamento conforme alla regola cautelare da parte dell'agente che concretamente si trova ad agire (cd. doppio grado della colpa).

Dunque, ben vengano queste aperture, anche perché caute e moderate, nella consapevolezza che l'exasperazione di tali tendenze avrebbe effetti deleteri sulla tutela delle esigenze di prevenzione generale, che comunque vanno tenute sempre presenti, specie in un settore come quello della circolazione stradale, dove i comportamenti imprudenti sono tanto gravi quanto diffusi.

L'auspicio è che si riesca a trovare un punto di equilibrio tra esigenze di prevenzione, prevedibilità in concreto ed esigibilità della condotta doverosa.

²⁹ Con ampi riferimenti giurisprudenziali, si veda Grotto, *Principio di colpevolezza, rimproverabilità soggettiva e colpa specifica*, cit., 91 e segg.

Sostituzione di persona

Cassazione penale, Sez. V, 10 agosto 2016 (ud. 15 giugno 2016), n. 34800 – Pres. Vessichelli – Rel. Morrelli – P.M. Tocci (conf.) – Ric. A.P. *Condanna*

Stato civile – Sostituzione di persona – Attribuzione di un falso stato – Fattispecie – Sussistenza

Integra il reato di sostituzione di persona, previsto all'art. 494 c.p., la condotta del soggetto, regolarmente coniugato, che, al fine di mantenere viva una relazione extraconiugale già intrapresa, inganna la donna con la quale la intrattiene circa la propria intenzione di ottenere il divorzio dal tribunale civile e l'annullamento del matrimonio dalla Sacra Rota. (Massima non ufficiale)

Omissis. – *Ritenuto in fatto.* 1. Con la sentenza impugnata, la Corte d'Appello di Milano ha parzialmente riformato la sentenza del Tribunale di Milano del 22.4.14 assolvendo P. A. dal delitto di falso contestato al capo b), in relazione alla dichiarazione di nullità matrimoniale del Tribunale Apostolico, perché il fatto non sussiste e rideterminando la pena in ordine ai residui reati di falso per cui era intervenuta condanna in primo grado, con conferma delle statuizioni in favore delle parti civili.

1.1. P. era stato tratto a giudizio avanti al Tribunale per rispondere delle imputazioni di tentata bigamia e di falso in atti pubblici, in certificazioni dello stato civile e scritture private; il giudice di primo grado aveva riqualificato i fatti ritenendo configurabili le fattispecie di sostituzione di persona e falso materiale in atti pubblici.

1.2. I fatti sono incontestati ed attengono al rapporto fra P. e M. M.; l'uomo, sposato, aveva intrapreso una relazione con la M. dicendole di essere separato dalla moglie, di avere chiesto il divorzio e di avere concrete prospettive di un annullamento da parte della Sacra Rota, sicché erano iniziati i preparativi del matrimonio, con rito religioso, fra i due ed era stato concepito un figlio; qualche mese più tardi, inaspettati per il ritardo, da parte del P., nel presentare la documentazione attestante il divorzio e l'annullamento del primo matrimonio, la M. e i genitori avevano effettuato autonome indagini ed avevano scoperto che l'uomo non soltanto non si era mai separato dalla moglie ma aspettava un figlio anche da lei.

1.3. Il Tribunale aveva ritenuto che la condotta del P. non fosse univocamente indirizzata a contrarre un matrimonio avente effetti giuridici in costanza di un altro vincolo matrimoniale anch'esso con effetti civili, quanto piuttosto fosse diretta ad illudere la M. di essere libero, allo scopo di continuare la relazione sentimentale con costei; di qui la riqualificazione del fatto, originariamente contestato come tentata bigamia, in sostituzione di persona. (*Omissis.*)

2. Propone tempestivo ricorso il difensore di fiducia dell'imputato deducendo violazione di legge e vizi motivazionali ed, in particolare: (*Omissis.*)

– l'erronea applicazione dell'art. 494 c.p. e vizi motivazionali quanto al riconoscimento di responsabilità per il reato di sostituzione di persona. (*Omissis.*)

2.2. Nel secondo motivo si contesta la sussistenza degli elementi costitutivi del delitto di sostituzione di persona, posto che la mera volontà di assecondare o non irritare il proprio partner ricorrendo all'inganno non integra il vantaggio richiesto dalla norma, quale elemento costitutivo del reato, a titolo di dolo specifico.

Peraltro, la sentenza d'appello erra, secondo la difesa, nel ritenere che tale vantaggio risulti integrato dall'aver iniziato e mantenuto una relazione sentimentale, posto che il rapporto fra P. e la M. era iniziato nel 2006, quando l'uomo era, pacificamente ed anche agli occhi della M., sposato e non era per nulla provato che la relazione si sarebbe interrotta qualora la donna avesse saputo che il compagno non aveva ancora divorziato. (*Omissis.*)

3. Con una memoria depositata il 26.5.16, il difensore delle parti civili, M. M., M. S. e F. G., replica alle argomentazioni del ricorso. (*Omissis.*)

3.2. Si afferma, in replica al secondo motivo di ricorso, che è pienamente configurabile il reato di cui all'art.494 c.p. che è a forma libera e sorretto dal dolo ravvisabile nella volontà, da parte dell'imputato, di mantenere il più possibile la relazione con la M. (*Omissis.*)

Considerato in diritto (Omissis.)

2. Al fine di analizzare compiutamente le censure svolte nel ricorso in merito alla ritenuta configurabilità del delitto di sostituzione di persona e non piuttosto di una condotta esecrabile sul piano morale ma non penalmente rilevante, vale la pena di ripercorrere sinteticamente gli accadimenti, così come ricostruiti dai giudici di merito.

Nel 2006 M. e P. iniziano una relazione, la donna apprende dall'uomo che è separato dalla moglie; il 27.9.06 P. annuncia alla compagna di avere chiesto il divorzio dalla moglie; nel 2007 i due decidono di vivere insieme presso l'abitazione della donna, che viene presentata alla sorella dell'imputato come sua fidanzata; nel 2009 M. rappresenta al compagno il desiderio di unirsi a lui in matrimonio religioso, costui acconsente e la rassicura che, attraverso gli appoggi del padre, potrà ottenere l'annullamento del precedente matrimonio; nel settembre 2009 P. annuncia alla compagna di avere ottenuto il divorzio ed iniziano i preparativi per il matrimonio religioso; i due fidanzati frequentano un corso prematrimoniale presso una parrocchia di Milano, con inizio il 6.10.09; P. riferisce al parroco di essere divorziato e di avere ottenuto l'annullamento del matrimonio religioso da parte del Tribunale della Sacra Rota; il 22.11.09 il corso prematrimoniale termina e viene fissata la data del matrimonio per il 10.4.10, vengono predisposte le partecipazioni; il 20.3.10 P., a seguito delle incalzanti domande della compagna, incinta, che non era riuscita ancora ad incontrare i futuri suoceri, ammette di non avere mai chiesto l'annullamento del matrimonio ma conferma di essere divorziato e di volere sposare la donna con rito civile; nei giorni successivi la M., approfondite le ricerche, sorprende l'uomo all'uscita della sua casa coniugale ed apprende che non si è mai neppure separato ed, anzi, attende un figlio dalla moglie; segue immediatamente la rottura del rapporto.

2.1. L'art.494 c.p. sanziona, fra l'altro, la condotta di chi, al fine di procurare a sé o ad altri un vantaggio o di recare un danno, si attribuisca un falso nome o un falso stato o una falsa qualità a cui la legge attribuisce effetti giuridici.

La condizione di uomo libero o sposato o divorziato o non più legato da un matrimonio religioso annullato dalla Sacra Rota rappresenta certamente uno status dell'individuo, a cui, fra l'altro, la legge attribuisce effetti giuridici (senza volere, con ciò, confondere i termini della norma, in quanto, ai fini di integrazione del reato, ha rilevanza l'attribuzione di un falso stato tout court mentre è soltanto in relazione alla falsa qualità che viene richiesto l'ulteriore

requisito per cui deve trattarsi di una qualità cui la legge attribuisce effetti giuridici).

La condizione di uomo libero o sposato o divorziato o non più legato da un matrimonio religioso annullato dalla Sacra Rota rappresenta certamente uno status dell'individuo, a cui, fra l'altro, la legge attribuisce effetti giuridici (senza volere, con ciò, confondere i termini della norma, in quanto, ai fini di integrazione del reato, ha rilevanza l'attribuzione di un falso stato tout court mentre è soltanto in relazione alla falsa qualità che viene richiesto l'ulteriore requisito per cui deve trattarsi di una qualità cui la legge attribuisce effetti giuridici).

È quindi provato che P. si attribuì, negli anni, un falso stato di uomo libero (dapprima separato, poi divorziato, poi non più legato da matrimonio religioso) e sul punto non pare vi siano contestazioni neppure da parte della difesa, che nega, invece, la sussistenza dell'ulteriore elemento rappresentato dal fine di procurare a sé o ad altri un vantaggio.

Si sostiene che l'iniziare una relazione affettiva ed il mantenerla non costituisce un vantaggio a cui la legge attribuisce una tutela giuridica.

Il delitto di sostituzione di persona appartiene al novero dei delitti contro la fede pubblica ma ha natura plurioffensiva, in quanto tutela anche gli interessi del soggetto privato nella cui sfera giuridica l'atto (nel nostro caso l'attribuzione del falso stato) sia destinato ad incidere concretamente.

Il delitto si consuma nel momento in cui taluno è indotto in errore con i mezzi indicati nella norma a prescindere dal fatto che il vantaggio avuto di mira dall'agente sia stato o meno conseguito.

La nozione di vantaggio è stata interpretata dalla giurisprudenza della Corte di legittimità in termini piuttosto ampi, ricomprendendo qualunque forma di vantaggio, anche lecito e di natura non patrimoniale (Sez. 5, Sentenza n. 182 del 03/02/1970 Rv. 115024).

Da ultimo si è ritenuto che: "Integra il delitto di sostituzione di persona (art. 494 cod. pen.) la condotta di colui che crea ed utilizza un "profilo" su social network, utilizzando abusivamente l'immagine di una persona del tutto inconsapevole, associata ad un "nickname" di fantasia ed a caratteristiche personali negative. (In motivazione, la Corte ha osservato che la descrizione di un profilo poco lusinghiero sul "social network" evidenzia sia il fine di vantaggio, consistente nell'agevolazione delle comunicazioni e degli scambi di contenuti in rete, sia il fine di danno per il terzo, di cui è abusivamente utilizzata l'immagine)" Sez. 5, n. 25774 del 23/04/2014 Rv. 259303 "Integra il delitto di sostituzione di persona (art. 494 cod. pen.) la condotta di colui che si attribuisca un falso nome in modo da poter avviare una corrispondenza con soggetti che, altrimenti, non gli avrebbero concesso la loro amicizia e confidenza.

(Nella specie, l'imputato aveva inviato lettere a terze persone fingendosi una donna vittima di violenze sessuali)" Sez. 5, n. 36094 del 27/09/2006 Rv. 235489 "Il dolo specifico del delitto di sostituzione di persona consiste nel fine di procurare a sé o ad altri un vantaggio patrimoniale o non patrimoniale, ovvero di recare ad altri un danno. (Fattispecie in cui la Corte ha ritenuto corretta la decisione impugnata che ha ravvisato gli estremi del reato di cui all'art. 494 cod. pen. con riferimento alla condotta di un calciatore

che, al fine di prendere parte ad una partita nonostante fosse stato squalificato, si era attribuito la identità di altro giocatore)" Sez. 5, n. 41012 del 26/05/2014 Rv. 260493.

È di tutta evidenza come la nozione di vantaggio, tracciata nelle sentenze riportate, implichi un miglioramento che non necessariamente deve essere quantificabile in termini economici ma, in senso lato, deve corrispondere ad un mutamento esistenziale percepito come positivo dall'agente o ad un accrescimento delle opportunità (quindi l'agevolazione dei contatti in rete, la corrispondenza con persone altrimenti inavvicinabili, la possibilità di scendere in campo, l'evitare la cancellazione del proprio nome dall'elenco dei donatori di sangue).

Non si vede per quale motivo possa essere escluso dalla nozione di vantaggio, in questi termini delineata, l'aver instaurato o comunque mantenuto, per un apprezzabile lasso di tempo, una relazione affettiva e di convivenza.

2.2. Le osservazioni svolte nel ricorso, secondo cui non vi sarebbe prova del fatto che la M. avesse iniziato e mantenuto la relazione soltanto perché ingannata dal P. circa il proprio stato di uomo libero, involgono il merito della vicenda e, comunque, sono ampiamente superate dalla semplice lettura della scansione temporale degli eventi così come sopra riportata.

La convivenza inizia dopo che P. dice a M. di avere chiesto il divorzio, il concepimento del figlio avviene in concomitanza con la frequentazione del corso prematrimoniale, il rapporto si rompe inesorabilmente quando M. scopre che il compagno vive ancora con la moglie, da cui non si è mai neppure separato.

2.3. Quanto all'elemento soggettivo del delitto di cui all'art.494 c.p., esso si connota in termini di dolo specifico e nella sentenza impugnata si sostiene che tutto l'agire dell'imputato sia stato volto alla costituzione ed al mantenimento della relazione affettiva e di convivenza con la M.

Replica il difensore dell'imputato utilizzando gli stessi termini impiegati nella sentenza impugnata, vale a dire che P. avrebbe agito "senza una specifica progettualità" e cioè con un atteggiamento mentale addirittura incompatibile con quello del dolo specifico.

In realtà, la locuzione riportata non significa che P. non si ripropose, attraverso la condotta mistificatoria, di mantenere la relazione con la M. quanto piuttosto che i suoi progetti erano tutti a breve termine ed egli non aveva idea, nel lungo periodo, di come avrebbe fatto a risolvere la situazione creatasi fra la moglie legittima e la compagna di vita.

Ciò non esclude, all'evidenza, la sussistenza dell'elemento soggettivo del reato che si configura semplicemente nell'aver avuto di mira un vantaggio nei termini più sopra delineati. (*Omissis*)

6. Al rigetto del ricorso segue la condanna al pagamento delle spese processuali ed alla rifusione delle spese di difesa delle parti civili che si ritiene equo liquidare, tenuto conto del numero di parti e della complessità della vicenda, in euro 3.000.

P.Q.M.

rigetta il ricorso e condanna il ricorrente al pagamento delle spese processuali nonché delle spese di difesa delle parti civili che si liquidano in euro 3.000 oltre accessori. – *Omissis*.

Sostituzione di persona e amori clandestini

Gabriele Fornasari

La Corte di cassazione, confermando sul punto la decisione della Corte d'Appello di Milano, ritiene integrata la fattispecie di sostituzione di persona prevista dall'art. 494 c.p. nel caso di un soggetto il quale, al fine di non vedere interrotta una relazione extraconiugale con una donna pur consapevole della sua condizione di uomo sposato, la trae in inganno circa la sua intenzione di divorziare dalla moglie e di ottenere inoltre l'annullamento del matrimonio dalla Sacra Rota. Nella nota si svolgono alcune considerazioni critiche circa l'effettiva configurabilità, già sul piano della tipicità del fatto, del reato in questione nel caso di specie.

La vicenda in oggetto

Il fatto da cui prende spunto questa decisione della Corte di cassazione sembra tratto di peso da una "commedia all'italiana", una di quelle che fecero la fortuna della cinematografia nostrana nella seconda metà del XX secolo.

Con appena un po' di fantasia, non sarebbe difficile raffigurarsi chi avrebbero potuto essere gli attori scelti a rappresentarla.

Ma l'altra subitanea impressione che, almeno a me, è sorta a seguito della lettura, è stata quella di una certa incredulità.

Come è possibile, mi è venuto da pensare, che nel Paese in cui ci si lamenta del fatto che tanti processi si estinguano per intervento della prescrizione (per tacere di altre lamentele), possa arrivare fino ad essere discusso davanti alla Corte Suprema un caso la cui natura bagatellare salta agli occhi senza nemmeno bisogno di riflettere?

Un episodio in cui si mescolano cialtroneria e ingenuità comuni nella vita di tutti i giorni diviene dunque oggetto di attenzione del consesso che il nostro ordinamento giuridico chiama a garantire la nomofilachia.

Certo, il citato consesso, a giudicare dal suo *dictum*, non deve avere perso molto tempo per stendere un giudizio di mero appiattimento sulla decisione di merito che gli veniva chiesto di annullare, ma anche quelle poche ore (o addirittura decine di minuti) sembrano un tempo incongruente (per eccesso, si intende...) rispetto all'alto ruolo assegnatogli.

Tizio, regolarmente coniugato con Caia, ha una relazione sentimentale con Mevia, che è perfettamente al corrente dello stato civile di lui.

Durante la relazione, Mevia, anche in ragione del fatto che Tizio mentendo le ha confidato che il proprio matrimonio è ormai a capolinea ed è di fatto separato dalla moglie, intende realizzare un salto di qualità, convolvendo a giuste nozze.

Tizio invece vuole solo mantenere in vita la relazione extraconiugale e, accavallando le bugie le une sulle altre, lascia intendere all'ingenua Mevia, che nel frattempo da lui aspetta un figlio, di avere avviato la pratica per il divorzio (e in un secondo momento anche di avere ottenuto il divorzio stesso) e, intuendo la preferenza dell'amante per un matrimonio religioso,

anche di essere in attesa di un imminente e assolutamente sicuro provvedimento di annullamento da parte della Sacra Rota (che a un certo punto ostenterà con un falso palesemente grossolano), che spianerà la via alla loro nuova vita.

Mevia, come detto, è molto ingenua, ma non lo sono i suoi genitori, i quali, dopo che Tizio ha ripetutamente accampato scuse per spiegare il continuo rinvio nel conseguimento dei documenti idonei a scioglierlo dal vincolo matrimoniale, fanno svolgere alcune brevi indagini, dalle quali ben presto emerge che i procedimenti davanti al tribunale civile e a quello ecclesiastico non solo non sono vicini alla conclusione o addirittura già conclusi, ma non sono stati nemmeno mai avviati.

Per colmo di sventura (di Tizio...), Mevia un giorno lo coglie all'uscita del domicilio coniugale, che egli aveva dichiarato di avere abbandonato da tempo e, già che piove sul bagnato, viene a scoprire che la legittima consorte Caia aspetta a sua volta un figlio dal focoso marito-amante.

Sarebbe forse stato sorprendente che una simile trama uscisse dal genio di un Pietro Germi?

La qualificazione giuridica del fatto

Passando dal *feuilleton* agli spunti penalistici, il capo di imputazione iniziale a carico di Tizio è vario, e prevede addirittura il tentativo di bigamia, ben presto evidenziatosi come impossibile, così da lasciare in vita la sola ipotesi di sostituzione di persona, prevista nell'art. 494 c.p. (oltre ad alcune condotte di falso in atto pubblico non problematiche, di cui non ci si occuperà in questo commento).

Nella modalità che nel caso concreto viene in questione, viene dunque imputato un reato contro la fede pubblica, che è costituito dal fatto di avere attribuito a sé o ad altri un falso stato con il fine di procurare a sé o ad altri un vantaggio o di recare ad altri un danno, punito con la reclusione fino a un anno¹.

Disposizione non ignorata dalla giurisprudenza, ma della quale non si può neppure dire che abbia alle spalle una lunga e fitta storia applicativa, l'art. 494 gode recentemente di una reviviscenza grazie a Internet, e più precisamente alla frequente condotta di soggetti che camuffano la propria identità nel traffico telematico per ottenere determinati vantaggi², ma nel

¹ Le altre condotte punibili previste dalla fattispecie, alternative ed equivalenti tra di loro, sono la sostituzione della propria all'altrui persona e la attribuzione sé o ad altri di un falso nome ovvero di una qualità a cui la legge attribuisce effetti giuridici.

² Sul punto Lucianetti, *Della falsità personale. I delitti di false dichiarazioni sull'identità personale* (artt. 494-498), in Cadoppi-Canestrari-Manna-Papa, *Trattato di diritto penale. Parte speciale, V. I delitti contro la fede pubblica e l'economia pubblica*, Torino,

nostro caso la modernità tecnologica come è evidente non gioca alcun ruolo.

Qui si tratta di altro, ma prima di scendere ad analizzare la pronuncia della Corte di cassazione nella sua essenza vale la pena fissare le necessarie premesse sia riguardo agli elementi della fattispecie, ovvero da un lato la condotta e dall'altro il dolo specifico, sia riguardo a un principio generale che può venire in questione nella vicenda in esame.

Sconosciuta alla legislazione penale italiana unitaria e preunitaria prima del Codice Rocco (e sconosciuta anche, per quel che mi consta, ma qui non vi è spazio per un approfondimento sul punto, a livello di comparazione con altre codificazioni del nostro tempo), la disposizione dell'art. 494 ha una nascita stentata, fra critiche dottrinali e giustificazioni abbastanza deboli da parte del legislatore, e subito ne appare la natura fondamentalmente residuale, nonché il bene giuridico incerto³.

Siamo chiaramente fuori dal *Kernstrafrecht*, dal nucleo duro del diritto penale, ancorché il legislatore onori la fattispecie dell'inserimento tra i reati contro la fede pubblica, dunque contro un interesse rilevante della collettività.

Ma già su questo punto la Relazione del Guardasigilli è sulla difensiva: a chi obietta che in realtà questa collocazione sistematica è fallace, poiché pare che l'interesse effettivamente tutelato sia quello del singolo che viene tratto in inganno dalla falsità⁴, si replica che i destinatari della condotta ingannevole possono essere una pluralità (e tra essi la pubblica Autorità) e tanto basta a giustificare la connotazione pubblicistica della fattispecie⁵.

D'altro canto, in parziale contraddizione con quanto appena riferito⁶, si ammette in un altro punto che la fattispecie serve a colmare una lacuna di punibilità derivante dalla configurazione tipica della truffa⁷: insomma, avremmo qui una sorta di truffa minore caratterizzata dal fatto che la conseguenza che nel primo

reato costituisce l'evento resta invece un'eventualità, dato l'elemento del dolo specifico, e che al posto degli artifici o raggiri è sufficiente una mera falsità riguardo alla persona⁸.

La truffa, però, è un reato contro il patrimonio ...

Ma il legame con la tutela del patrimonio in effetti non è per nulla saldo, dato che ben presto la giurisprudenza afferma il principio secondo cui, contrariamente a quanto è indispensabile nel caso della truffa, il danno o il vantaggio a cui mira l'autore del reato di sostituzione di persona, in tutte le sue differenti modalità comportamentali, ben può avere natura diversa da quella patrimoniale⁹.

Discutibile la relazione con la fede pubblica, espressamente negata quella con il patrimonio, il nostro reato pare davvero orfano di un bene giuridico da offendere, almeno tra quelli che sono oggetto di tutela codicistica.

E del resto, se si guarda alla non amplissima casistica giurisprudenziale riguardante questo reato (e per la verità anche gli esempi dottrinali riportati in manuali e commentari là dove sono carenti i casi reali), gli unici casi per i quali sembra avere un senso l'intervento del diritto penale sono quelli in cui l'obiettivo dell'autore si connota in modo diretto o indiretto per la sua natura patrimoniale.

Isolando ora la specifica condotta che è oggetto della pronuncia in esame, essa consiste nell'attribuirsi un falso stato, intendendosi con il termine stato la posizione assunta da una persona in un determinato ambiente sociale¹⁰.

In una concezione restrittiva e più ampiamente condivisa, si fa riferimento, al riguardo, alla cittadinanza, alla capacità di agire, allo stato civile, alla potestà genitoriale, alla parentela, e così via, mentre in una visione più estensiva si comprendono anche elementi come l'età, la residenza a il domicilio¹¹.

Quale che sia il criterio distintivo che si vuole segui-

2010, 564; Corn, *Art. 494*, in Cadoppi-Canestrari-Veneziani, *Codice penale commentato con dottrina e giurisprudenza*, Piacenza, 2011, 1715, con particolare riferimento al "furto di identità"; Antolisei, *Manuale di diritto penale. Parte speciale*, II, XVI ed. (curata e aggiornata da Grosso), Milano, 2016, 265; in giurisprudenza Cass., Sez. V, 23 aprile 2014, n. 25774.

³ Sicché, come spesso avviene, anche nella presente sentenza si fa luogo ad un comodo riferimento alla plurioffensività: tanti mezzi beni giuridici messi insieme faranno pure un bene giuridico intero ...

⁴ Obiezione ancora presente dopo l'emanazione del codice: per tutti Santoro, *Manuale di diritto penale*, III, *Parte speciale. Delitti contro la società*, Torino, 1965, 420; Malinverni, *Teoria del falso documentale*, Milano, 1958, 70 e, nella dottrina più recente, M. Mantovani, *Delitti contro la fede pubblica*, in Canestrari et al., *Diritto penale. Lineamenti di parte speciale*, V ed., Bologna, 2009, 353.

⁵ *Relazione ministeriale sul progetto del codice penale*, II, 269-270.

La giurisprudenza della Suprema Corte (Cass., Sez. VI, 19 maggio 1987, in *Riv. Pen.*, 1988, 398) e una parte della dottrina (Paterniti, *Manuale dei reati*, III, Milano, 2004, 63; Lucianetti, *Della falsità personale*, cit., 568) mostrano apprezzamento per questo punto di vista, specificando che il bene giuridico è la fede pubblica in quanto il reato lede l'interesse collettivo a che non sia ingannata la fiducia dei singoli nell'identità personale (o nello

stato, o nelle qualità giuridicamente rilevanti) altrui, in base al dovere di solidarietà che la Costituzione impone ai consociati. Mi si perdoni l'irriverenza, ma a ragionar così si dovrebbe poi riconoscere che il furto è un reato a sfondo di tutela pubblicistica in quanto lede l'interesse collettivo a che i singoli non siano privati del loro patrimonio...

⁶ Rilevata tra gli altri da Santoro, *Manuale di diritto penale*, cit., 420 e seg.

⁷ *Relazione ministeriale sul progetto del codice penale*, II, 270: "La disposizione colma in ogni caso una lacuna del codice del 1889 (...). Era necessario prevedere questa ipotesi criminosa, la quale, a rigore spesso sfuggirebbe ad ogni sanzione penale, e non sempre senza contorcimenti dialettici, in qualche caso, potrebbe farsi rientrare nella nozione di truffa"

⁸ Esplicitamente in questo senso Carnelutti, *Teoria del falso*, Padova, 1935, 171.

⁹ La sentenza capofila è Cass., Sez. V, 9 febbraio 1973, in *Giust. Pen.*, 1973, II, 420, poi sempre confermata in seguito, secondo la quale il fine che si propone l'autore può essere anche non patrimoniale e perfino lecito.

¹⁰ Cfr. Fiandaca-Musco, *Diritto penale. Parte speciale*, I, V ed., Bologna, 2012, 621; Pagliaro, voce "Falsità personale", *Enc. Dir.*, XVI, Milano, 1967, 647 (dove si specifica che lo stato è la condizione della persona nella società domestica, civile, politica).

¹¹ In tal senso Cristiani, voce "Falsità personale", in *Noviss. Dig. It.*, VII, Torino, 1961, 24.

re, non v'è dubbio che la falsa attribuzione di uno stato civile sia rilevante ai fini della configurazione del reato, ed è altrettanto certo che lo stato di persona coniugata o libera rientra nella casistica legittimamente riconducibile al dettato normativo.

Perplessità sulla configurazione degli elementi del reato

Riportando questo primo dato alla situazione oggetto del processo, parrebbe dunque che il primo ostacolo sul cammino dell'attribuzione del fatto tipico all'autore sia superabile senza difficoltà.

Ma in realtà non è proprio così, o quanto meno la questione non è così semplice.

All'atto di iniziare la relazione con Tizio, Mevia conosce perfettamente lo stato civile di coniugato di lui, che non fa nulla per celarglielo; ciò su cui Tizio la vuole ingannare è la sua intenzione di mutare il suo stato, e forse non è la stessa cosa.

Per tutta la durata della relazione, la donna sa che l'uomo a cui è legata affettivamente è sposato, e semplicemente vive nell'illusione fallace che egli si liberi di quel vincolo, ed in particolare che se ne liberi attraverso uno strumento, la sentenza di annullamento della Sacra Rota, che consenta in seguito la celebrazione di un matrimonio religioso.

Quanto al dolo specifico, si chiede come detto che vi sia un vantaggio per l'autore o per un terzo o un danno per un terzo.

Nei vari gradi di giudizio del caso in esame, la giurisprudenza si è sempre appoggiata alle decisioni precedenti, che non reputavano necessario che il vantaggio o il danno fossero patrimoniali, e in base a questo argomento ha concluso per la pacifica sussistenza dell'elemento soggettivo.

Questa piana conclusione viene raggiunta senza farsi carico né di enunciare quale sia il danno, o il vantaggio, ritenendo sufficiente ribadire che può anche non essere patrimoniale perché si integri il reato, né di valutare se la condotta possedesse almeno un minimo di concreta idoneità a cagionare quel (peraltro imprecisato) vantaggio o danno, come la più condivisibile dottrina chiede affinché si possa legittimare un elemento di imputazione del fatto altrimenti interamente soggettivo e dunque fortemente indeterminato.

In altri casi passati al vaglio della giurisprudenza,

erano state indicate tipologie di vantaggi (più che di danni) assimilabili a quello patrimoniale, per esempio nel caso dell'aver indotto terzi a intrecciare relazioni sociali o d'affari che non sarebbero state possibili senza la falsità personale.

Qui, invece, si direbbe che il vantaggio perseguito fosse quello di mantenere in vita una relazione extraconiugale destinata comunque a concludersi prima o poi, dato che l'inganno non avrebbe potuto non venire alla luce, mentre il danno a cui la condotta poteva essere diretta sarebbe stato in sostanza rappresentato dalla frustrazione di una giovane donna nel sentirsi raggirata e vedere vanificato il sogno di una unione matrimoniale¹².

Ora, riguardo al vantaggio per l'autore, così come configurato, è del tutto legittimo chiedersi se la condotta tenuta fosse idonea a conseguirlo¹³ e la risposta più plausibile sembra essere quella negativa se si ragiona in termini di pericolo concreto, data da un lato la grossolanità delle falsificazioni documentali con cui l'autore aveva provato a corroborare la sua posizione – come la presentazione di un atto del tribunale ecclesiastico in un foglio privo di intestazione – e dato dall'altro, per dirla con le parole della saggezza popolare, quanto corte erano le gambe delle sue bugie, smascherabili già con un breve trascorrer del tempo.

Ma se il vantaggio che poteva trarre l'autore appariva difficilmente conseguibile, il danno arrecato alla vittima non è nemmeno facilmente identificabile, se si vuole pensare che debba trattarsi di un danno di qualche rilevanza giuridica.

Con una fattispecie che, come detto avanti, già di per sé, in astratto, presenta profili non poco problematici in punto di offensività, nel caso di specie pare davvero complicato il compito di individuare un interesse giuridicamente rilevante leso o messo in pericolo.

Fede pubblica e patrimonio sono programmaticamente fuori questione, l'onore e la reputazione sono percepiti oggi in modo tale da non attagliarsi a questo caso, e la relazione non è durata un minuto di più dopo che Mevia è venuta a conoscenza della situazione reale.

Conclusioni

Insomma, parrebbe qui sovradimensionato perfino il riferimento alla disciplina dell'art. 131 *bis* c.p. sulla particolare tenuità del fatto, che comunque sarebbe applicabile sussistendo nel fatto gli estremi necessari

¹² A onor del vero, bisogna segnalare che già una giurisprudenza molto risalente della Corte Suprema ha riconosciuto l'esistenza del reato nel caso in cui l'autore si fosse posto il fine di ottenere i favori di una donna (Cass., 17 novembre 1937, in *Riv. Pen.*, II, 1938, 213) e che questo indirizzo trova conferma anche in una pronuncia recente (Cass., Sez. V, 28 gennaio 2013, n. 13296; eppure sembrava che i costumi nel frattempo fossero un pò cambiati...); ma d'altro canto, anche il soddisfacimento della propria vanità è stato ritenuto obiettivo sufficiente, come oggetto del dolo specifico, per integrare la fattispecie (Cass., Sez. III, 26 novembre 1960, in *Cass. pen. mass.*, 1961, 297).

¹³ Si vuole qui far grazia al lettore di tutto l'intenso dibattito svoltosi nell'ambito della nostra dottrina riguardo alle concezioni del dolo specifico. Ciò che si può ricordare, essendo rilevante ai

fini delle valutazioni da fare in ordine al caso in esame, è che la tesi da ritenere preferibile è quella che vi vede un elemento soggettivo del fatto tipico, caratterizzato non da una semplice intenzione (poco meno che insuscetibile di verifica da parte del giudice), ma da elementi di concreta idoneità al raggiungimento dello scopo, e come tale funzionale a svolgere una funzione selettiva del penalmente rilevante nel rispetto dei principi di materialità e offensività; in questo senso già Malinverni, *Scopo e movente nel diritto penale*, Torino, 1955, 150; Stortoni, *L'abuso di potere nel diritto penale*, Milano, 1976, 84; Fornasari, *I criteri di imputazione soggettiva del reato di bancarotta semplice*, in *Giur. comm.*, 1988, 674 e, con il massimo approfondimento, Picotti, *Il dolo specifico*, Milano, 1993, *passim*.

– pena inferiore a cinque anni di reclusione e condotta non abituale – e avrebbe rappresentato una via d'uscita ancora decorosa, a meno che non si voglia essere così rigorosi da reputare futili i motivi dell'agire dei Tizio¹⁴.

Direi però che nel caso di specie già la tipicità, oggettiva come soggettiva, risulta assente, perché non si ha la falsa attribuzione di uno stato civile, ma solo la falsa affermazione dell'intenzione di modificarlo, e perché il fine richiesto dalla disposizione non trova nella condotta, comunque la si voglia configurare rispetto alla corrispondenza con la fattispecie astratta, una premessa concretamente idonea alla sua realizzazione¹⁵.

Tutto questo restando fermo che, in omaggio al principio della *extrema ratio*, la norma dell'art. 494 potrebbe essere senza grandi rimpianti abrogata, in

quanto i comportamenti più gravi che potrebbero integrarla sono già pacificamente riconducibili a fattispecie diverse, dentro e fuori dell'ambito dei reati contro la fede pubblica, come rispettivamente nei casi della truffa¹⁶ o dell'art. 495 (conformemente alla clausola di riserva)¹⁷ e dell'art. 609 *bis*, 2° comma, n. 2¹⁸.

Se non si intende giungere a questa soluzione estrema, sarebbe quanto meno opportuno che il legislatore facesse uno sforzo di precisazione e selezione del vantaggio e del danno oggetto del dolo specifico, eventualmente rendendo anche necessaria la loro compresenza nel fatto¹⁹, onde evitare che la norma, per esempio, diventi lo strumento di regolazione di burrascose relazioni sentimentali in cui fisiologicamente qualcuno esce deluso e frustrato.

Disturbo delle occupazioni o del riposo delle persone

Cassazione penale, Sez. III, 20 giugno 2016 (ud. 5 giugno 2015), n. 25424 – Pres. Squassoni – Est. Grillo – P.G. D'Ambrosio – P.C. *Annulla senza rinvio Trib. di Rossano del 30 aprile 2012*.

Reato in genere – Disturbo delle occupazioni o del riposo delle persone – Illecito penale e illecito amministrativo – Bene giuridico – Depenalizzazione – Reato di pericolo – Principio di offensività

Per la configurabilità del reato, è necessario che le emissioni sonore rumorose siano tali da travalicare i limiti della normale tollerabilità, in modo da recare pregiudizio alla tranquillità pubblica, e che i rumori prodotti siano, anche in relazione alla loro intensità, potenzialmente idonei a disturbare la quiete ed il riposo di un numero indeterminato di persone, ancorché non tutte siano state poi in concreto disturbate, sicché la relativa valutazione circa l'entità del fenomeno rumoroso va fatta in rapporto alla media sensibilità del gruppo sociale in cui tale fenomeno si verifica, mentre sono irrilevanti, e di per sé insufficienti, le lamentele di una o più singole persone, versandosi in una tipica ipotesi di reato di pericolo presunto. (Massima non ufficiale)

Omissis. – *Svolgimento del processo.* 1.1 Con sentenza del 30 aprile 2013 il Tribunale di Rossano dichiarava P.C., imputata per i reati di cui all'art. 650 cod. pen. e art. 659 cod. pen., colpevole del solo reato di cui all'art. 659 cod. pen. (capo B) della imputazione e la condannava, previo riconoscimento delle circostanze attenuanti generiche, alla

pena di Euro 40,00 di ammenda oltre al risarcimento del danno in favore della costituita parte civile.

1.2 Impugna la detta sentenza l'imputata a mezzo del proprio difensore di fiducia, deducendo i motivi qui di seguito sintetizzati.

Con il primo lamenta l'erronea applicazione della legge penale in punto di qualificazione della condotta, rilevando la inconfigurabilità del reato di cui all'art. 659 cod. pen. in relazione all'esiguo numero delle persone che avevano lamentato l'esistenza di rumori molesti e, comunque, dovendo la condotta rientrare nella ipotesi di illecito amministrativo. Con il secondo motivo la difesa lamenta il vizio di motivazione sotto il duplice profilo della motivazione contraddittoria e/o insufficiente in ordine alla prova della colpevolezza, che avrebbe dovuto condurre il giudice a una assoluzione anche ai sensi dell'art. 530 cpv. Con il terzo e quarto motivo la difesa lamenta analogo vizio di motivazione sotto il duplice profilo della insufficienza e della manifesta illogicità. (*Omissis*).

Motivi della decisione. 1 Il ricorso è fondato per le ragioni che seguono. (*Omissis*).

1.1 Il primo motivo non è fondato. Va, in proposito, ricordato che sulla base di un consolidato orientamento di questa Corte Suprema, l'art. 659 cod. pen. prevede due autonome fattispecie di reato enunciate, rispettivamente, nel comma 1 e nel comma 2.

L'elemento distintivo tra le due fattispecie è costituito dalla fonte del rumore prodotto nel senso che, laddove tale rumore provenga dall'esercizio di una professione o di un mestiere rumorosi, la condotta rientra nella previsione del secondo comma del citato articolo per effetto della esorbitanza rispetto alle disposizioni di legge o alle prescrizioni

¹⁴ Causa ostativa prevista dal secondo comma dell'art. 131 *bis*.

¹⁵ Interessante notare come le diverse corti che si sono occupate del caso non si sono soffermate eccessivamente su questi dati di natura materiale, ma al contrario, con un ragionamento molto centrato sul "tipo d'autore", hanno ritenuto il soggetto immeritevole finanche, benché incensurato, del riconoscimento delle circostanze attenuanti generiche.

¹⁶ Nega infatti che vi possa essere concorso fra i due reati Pagliaro, *Falsità personale*, cit., 648.

¹⁷ Cfr. Antolisei, *Manuale di diritto penale. Parte speciale*, II, cit., 267; Cass. pen., Sez. VI, 19 maggio 1987, cit.

¹⁸ Lucianetti, *Della falsità personale*, cit., 580; Pagliaro, *Falsità personale*, cit., 648 (in riferimento alla previgente disposizione dell'art. 519).

¹⁹ Oggi infatti è pacificamente ammesso dalla giurisprudenza, e in effetti la disposizione non pone ostacoli a questa soluzione, che il reato si integri anche solo con il vantaggio oppure il danno; in una prospettiva *de iure condendo* la seconda ipotesi è ancora accettabile, ma la prima (un soggetto procura a sé o ad altri un vantaggio anche non illecito senza danneggiare nessuno) sinceramente pare fuoriuscire da qualunque canone di offensività.

dell'autorità, presumendosi la turbativa della pubblica tranquillità. (*Omissis*).

2.2 Ora, tenuto conto delle deduzioni difensive contenute nel primo motivo, occorre rilevare che la giurisprudenza più recente ha affermato che "L'inquinamento acustico conseguente all'esercizio di mestieri rumorosi, che si concretizza nel mero superamento dei limiti massimi o differenziali di rumore fissati dalle leggi e dai decreti presidenziali in materia, integra l'illecito amministrativo di cui alla L. 26 ottobre 1995, n. 447, art. 10, comma 2 (legge quadro sull'inquinamento acustico) e non la contravvenzione di disturbo delle occupazioni o del riposo delle persone (art. 659 c.p., comma 1)" (in termini Sez. 1, 13.11.2012, n. 48309, Carrozzo, m. 254088; conforme Sez. 3, 21.12.2006, n. 2875, Roma, Rv. 236091).

2.3 Detto orientamento, però, non può dirsi uniforme in considerazione di quel diverso indirizzo secondo il quale la fattispecie penale contiene (anche in riferimento al comma 2 dell'art. 659 cod. pen.) un elemento, mutuato da quella prevista nel comma 1, estraneo all'illecito amministrativo previsto dalla L. n. 447 del 1995, art. 10, comma 2, che tutela genericamente la salubrità ambientale: si tratta, in particolare, della concreta idoneità della condotta rumorosa a porre in pericolo il bene della pubblica tranquillità tutelato da entrambi i commi dell'art. 659 cod. pen., sì da recare disturbo a una pluralità indeterminata di persone (così Sez. 1 5.12.2006 n. 1561 Rey ed altro, Rv. 235883; idem 16.4.2004 n. 25103, Amato, Rv. 228244; più di recente Sez. 1 5.12.2013 n. 4466, Giovanelli e altro, Rv. 259156).

2.4 Sulla base di tali considerazioni, laddove la condotta rumorosa risulti comunque idonea – quale che sia la fonte del rumore ed il contesto in cui esso si produce – a turbare l'altrui pubblica tranquillità, mantiene rilevanza penale la condotta contemplata tanto nel 1 che nel comma 2 della norma codicistica. (*Omissis*).

2.6 (*Omissis*) Può ribadirsi il principio in forza del quale l'ambito di operatività dell'art. 659 c.p., con riferimento ad attività o mestieri rumorosi, deve essere individuato nel senso che l'illecito amministrativo ricorrerà solo nella residuale ipotesi in cui si verifichi soltanto il mero superamento dei limiti di emissione fissati secondo i criteri dettati dalla menzionata Legge quadro sull'inquinamento acustico, attuato attraverso l'impiego o l'esercizio delle sorgenti individuate dalla legge medesima. Invece, quando la condotta si sia concretizzata nella violazione di disposizioni di legge o prescrizioni dell'autorità che regolano l'esercizio del mestiere o dell'attività, sarà applicabile la contravvenzione sanzionata dall'art. 659 c.p., comma 2. Ancora, nel caso in cui le attività di cui sopra vengano svolte eccedendo dalle normali modalità di esercizio, in modo da attuare una condotta idonea a turbare la pubblica quiete, sarà configurabile la violazione sanzionata dall'art. 659 c.p., comma 1. (*Omissis*).

3.1 A questo punto occorre allora verificare se – nell'ipotesi in esame – sussista quella idoneità richiesta dalla norma incriminatrice a turbare la pubblica quiete.

3.2 A tale proposito, è pacifico l'orientamento in forza del quale, per la configurabilità del reato, è necessario che le emissioni sonore rumorose siano tali da travalicare i limiti della normale tollerabilità, in modo da recare pregiudizio alla tranquillità pubblica, e che i rumori prodotti siano, anche in relazione alla loro intensità, potenzialmente idonei a disturbare la quiete ed il riposo di un numero indeterminato di persone, ancorché non tutte siano state poi in concreto disturbate. La relativa valutazione circa l'entità del fenomeno rumoroso va fatta in rapporto alla media sensibilità del gruppo sociale in cui tale fenomeno si verifica.

Sono irrilevanti, e di per sé insufficienti, le lamentele di una o più singole persone, versandosi in una tipica ipotesi di reato di pericolo presunto (in termini, tra le tante, Sez. 1 11.1.2011 n. 44905. Mistretta e altro, Rv. 251462; idem 24.1.2012, Giacomasso e altro, Rv. 252075).

3.3 Nel caso di specie la sentenza impugnata ha fatto derivare la configurabilità del reato esclusivamente ed apoditticamente dalla prosecuzione della attività musicale fino alle prime ore del mattino che aveva costretto un soggetto (tale A.) a richiedere l'intervento dei Carabinieri perché non riusciva a dormire. Nessuna valutazione, sia pur minima, è stata tuttavia compiuta dal giudice in ordine all'effettiva entità del fenomeno rumoroso in relazione alla media sensibilità del gruppo sociale, né in ordine alla esistenza di un concreto superamento dei limiti della normale tollerabilità e di un concreto pregiudizio alla tranquillità pubblica, nonché sulla potenziale idoneità dei rumori a disturbare un numero indeterminato di persone. (*Omissis*).

3.4 Nel caso in esame non solo tale valutazione è mancata ma, dal complesso delle prove esaminate dal giudice, emergono elementi inequivoci che quel rumore avvertito dal teste A. fosse circoscritto e oltretutto solo per lui fastidioso non avendo, peraltro, nemmeno quel teste riferito elementi specifici tali da indurre quanto meno il sospetto di una diffusività di ampia portata della fonte rumorosa.

4. Tale conclusione comporta l'annullamento della sentenza impugnata senza rinvio perché il fatto non sussiste. (*Omissis*).

P.Q.M.

Annula senza rinvio la sentenza impugnata perché il fatto non sussiste. – *Omissis*.

Art. 659 c.p.: bene giuridico, pericolo e "maieutica" del principio di offensività

La vicenda. Il caso da cui la pronuncia in commento trae origine riguarda una situazione tanto frequente nella realtà quotidiana quanto fastidiosa per tutte le parti coinvolte e tale da suscitare il variegato interesse sia di dottrina che di giurisprudenza alla luce delle molteplici questioni giuridiche interessate.

Nello specifico, la causa scatenante la *querelle* giudiziaria è rinvenibile nell'attività di intrattenimento musicale offerta in occasione di un evento folcloristico dalla titolare di un bar-ristorante la quale ha permesso che la musica ad alto volume esondasse dalle fasce orarie consentite dall'Autorità competente, inducendo di conseguenza uno degli abitanti della zona a sollecitare l'intervento dei Carabinieri in quanto disturbato nel riposo e impossibilitato a prendere sonno.

Da ciò è scaturito il procedimento penale in oggetto, culminato prima nella condanna della titolare del locale per il reato di cui all'art. 659 c.p. e poi, in Cassazione, nell'annullamento della precedente sentenza per insussistenza del fatto.

Illecito penale o amministrativo? Per un ordinato esame del caso risulta necessario partire, come fa la sentenza, dall'inquadramento giuridico del fatto.

Infatti, nel multiverso giuridico cui è possibile ricondurlo si riscontrano disposizioni sia penali (ci si riferisce ai due commi dell'art. 659 c.p.) che amministrative

(ovvero l'art. 10, 2° comma, L. n. 447/1995) di cui, *prima facie*, non risulta agevole individuare il confine.

A parere pressoché unanime della giurisprudenza (fra le tante, Cass. pen., Sez. III, 7 gennaio 2015, n. 7392; Cass. pen., Sez. III, 18 dicembre 2014, n. 9633; Cass. pen., Sez. I, 12 giugno 2012, n. 39852) le ipotesi previste dall'art. 659 c.p. integrano due autonome fattispecie di reato il cui *discrimen*, secondo l'orientamento prevalente, è rinvenibile nella "fonte del rumore".

Pertanto, se il rumore è generato dall'esercizio di una professione o di un mestiere rumoroso e nell'ipotesi in cui si sia verificato in esorbitanza rispetto alle disposizioni di legge o alle prescrizioni dell'autorità, risulta integrato l'illecito di cui all'art. 659, 2° comma, c.p.

Al contrario, nel caso in cui la fonte dell'inquinamento acustico abbia origine diversa, allora la condotta di disturbo tale da superare la normale tollerabilità e da investire un numero indeterminato di persone è inquadabile nell'illecito *ex art.* 659, 1° comma, c.p.

Tuttavia, se l'origine lavorativa o meno del rumore è il parametro cui bisogna rifarsi per distinguere le due fattispecie contravvenzionali, il discorso si rende più articolato inserendo nel quadro anche la fattispecie amministrativa di cui all'art. 10, 2° comma, L. n. 447/1995.

Sul punto, nel panorama giurisprudenziale, è possibile individuare tre principali orientamenti.

Secondo una recente decisione (Cass. pen., Sez. I, 5 dicembre 2013, n. 4466), in caso di sfioramento dei limiti di emissione (precisamente individuati nel D.P.C.M. del 1 marzo 1991) dovrebbe ritenersi integrata l'ipotesi di cui all'art. 659, 2° comma, c.p. quando l'inquinamento è tale da disturbare il riposo e le occupazioni di un numero indeterminato di persone.

In tale situazione non troverebbe applicazione il principio di specialità *ex art.* 9, 1° comma, L. n. 689/1981 [si noti, peraltro, come parte della giurisprudenza (vedasi, per esempio, Cass. pen., Sez. III, 31 gennaio 2014, n. 13015) finisca per scivolare nel ricostruire il principio di specialità quale criterio valoriale e non logico-formale] in quanto le due previsioni normative vengono considerate poste a tutela di beni giuridici diversi.

Dunque, l'art. 659 c.p. assicurerebbe tutela alla quiete pubblica, mentre l'art. 10 salvaguarderebbe la salubrità ambientale e la salute umana (Cass. pen., Sez. III, 6 ottobre 2016, n. 42063).

A seguito dell'entrata in vigore della L. n. 447/1995 si è andato via via affermando un secondo filone giurisprudenziale che considera depenalizzata la fattispecie di cui all'art. 659, 2° comma, c.p. nel caso in cui vi sia il mero superamento dei limiti stabiliti dal D.P.C.M. del 1 marzo 1991.

Ai fini dell'integrazione dell'illecito penale dovrebbe essere presente, sebbene inteso in maniera diversa rispetto al primo orientamento, un elemento specializzante veicolato dal 1° comma dell'art. 659 c.p. e relativo all'idoneità della condotta rumorosa a recare disturbo al riposo di un numero indeterminato di persone (fra le tante, Cass. pen., Sez. I, 9 giugno 2009, n. 23866; Cass. pen., Sez. III, 29 aprile 2004, n. 29651).

Pertanto, in virtù del principio di specialità, la mera condotta di superamento dei limiti di accettabilità di

emissioni sonore derivanti dall'esercizio di professioni o mestieri rumorosi non configurerebbe l'ipotesi di reato di cui all'art. 659, 2° comma, c.p. (per la cui integrazione è richiesto un elemento aggiuntivo non verificatosi) ma l'illecito amministrativo di cui all'art. 10, 2° comma, L. n. 447/1995.

La sentenza in commento, pur confrontandosi con entrambi i precedenti orientamenti, prende una posizione differente, seguendo una "terza via" e conformandosi al principio secondo il quale deve ritenersi violata la fattispecie penale in ogni caso in cui la condotta posta in essere sia tale da risultare idonea a turbare la pubblica tranquillità (sul punto, la sentenza fa espresso riferimento a Cass. pen., Sez. III, 21 gennaio 2015, n. 5735).

Il precipitato normativo di tali affermazioni consiste nel fatto che il mero superamento dei limiti differenziali di rumore fissati dalle leggi e dai decreti presidenziali integra l'illecito amministrativo di cui all'art. 10, 2° comma, L. n. 447/1995.

Qualora, invece, la condotta illecita non si espliciti nel superamento dei limiti-soglia ma nell'esercizio di un mestiere che eccede le sue normali modalità o ne costituisce un uso smodato, allora è riscontrabile la violazione prevista dall'art. 659, 1° comma, c.p.

Infine, nel caso in cui, durante l'esercizio di un mestiere rumoroso, vengano violate disposizioni di legge o prescrizioni dell'autorità che ne regolano l'esercizio, si rientra nell'alveo di applicabilità della contravvenzione *ex art.* 659, 2° comma, c.p., sempre sul presupposto che la pubblica quiete sia turbata.

A fronte di questo chiarimento sui parametri cui si è rifatta, la Cassazione in esame riconduce all'art. 659, 2° comma, c.p. la condotta della titolare dell'esercizio commerciale oggetto di causa, ritenendola potenzialmente lesiva della pubblica tranquillità e in violazione dell'autorizzazione amministrativa che era stata accordata.

La Corte non arresta però qui l'analisi, interrogandosi anche sull'idoneità della condotta a ledere il bene giuridico protetto dalla norma e, conseguentemente, procede a ricercare la corretta qualificazione giuridica da riconoscere all'art. 659, 2° comma, c.p.

Art. 659 c.p.: bene giuridico e depenalizzazione. Secondo il pressoché unanime parere di dottrina e giurisprudenza, le contravvenzioni previste dall'art. 659 c.p. sono poste a tutela dell'ordine pubblico inteso nella sua particolare qualità di pubblica tranquillità.

L'ordine pubblico può essere interpretato come credibilità e funzionalità della struttura pubblica quali requisiti indispensabili per il pacifico vivere sociale (De Vero, voce "Inosservanza di provvedimenti di polizia e manifestazioni sediziose e pericolose", in *Digesto Pen.*, VII, Torino, 1993, 85) o, secondo una visione più risalente, come quella condizione psicologica collettiva che è avvertita dai consociati in assenza di cause d'allarme, di commozione o di disordine (Chiarotti, voce "Disturbo delle occupazioni o del riposo delle persone", in *Enc. Dir.*, XIII, Milano, 1964, 344).

Sul bene giuridico tutelato dalla norma si è espressa conformemente e a più riprese anche la Corte di cas-

sazione (Cass. pen., Sez. I, 28 maggio 2013, n. 28874; Cass. pen., Sez. I, 29 novembre 2011, n. 47298), specificando (Cass. pen., Sez. III, 22 maggio 2014, n. 40329) che “la generalità dei consociati” è da intendere come “un numero indeterminato di persone”.

In particolare, la pubblica quiete viene a essere tutelata punendo lo svolgimento irregolare di professioni o mestieri rumorosi che possano importunare altri, garantendo così una convivenza pacifica alla comunità (Manzini, *Trattato di diritto penale italiano*, X, Torino, 1986, 156).

Sul punto, del tutto marginale è l'orientamento contrastante di quella giurisprudenza (Cass. pen., Sez. V, 5 maggio 1987, n. 9862) che individua nella quiete privata l'oggetto giuridico tutelato dall'art. 659 c.p. poiché essa è naturalmente compresa all'interno della più ampia tutela dell'ordine pubblico.

In dottrina una tesi minoritaria (Castaldo, *Attività lavorativa e inquinamento da rumore*, in *Riv. Pen. Eco.*, 1990, 291) si è spinta fino a ritenere tutelato dalla norma il diritto alla salute che è proprio di ciascun cittadino e che l'inquinamento acustico sarebbe in grado di compromettere.

Ancora, di recente la dottrina ha considerato protetto dalla norma in esame anche l'ambiente in quanto, sebbene quello acustico sia un problema meno avvertito rispetto ad altri tipi di inquinamento, magari più scenografici e più facilmente riconducibili dall'immaginario collettivo alla lesione della salute, costituisce comunque un fattore di grave alterazione ambientale (Losappio, *Depenalizzazione, tranquillità personale e inquinamento acustico*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 2015, 19).

La configurazione in termini di plurioffensività, tuttavia, non può essere condivisa.

La natura eclettica dei reati plurioffensivi, infatti, entra in attrito con il principio di determinatezza della norma penale, risultando difficile orientare correttamente l'interpretazione della fattispecie.

Inoltre, abbracciare tale tesi depotenzia il concetto stesso di bene giuridico quale limite all'altrimenti incontrollata espansione dell'ambito del penalmente rilevante.

Peraltro, permettere al giudice di attribuire la qualifica di “bene giuridico” a ogni interesse che ogni reato normalmente pregiudica significa svuotare di contenuto la funzione propria dello stesso.

Tutte le fattispecie penali, per loro natura, lambiscono più beni giuridici ma uno solo di questi, all'esito dell'interpretazione, deve risultare preponderante e, nel caso di specie, tale bene pare individuabile nella tutela dell'ordine pubblico la cui lesione genera un “effetto domino” che va a compromettere la quiete privata, la salute e l'ambiente, definibili come interessi su cui possono ricadere le conseguenze negative del reato.

Alla luce di questo esame delle più autorevoli voci di dottrina e giurisprudenza in riferimento ai beni giuridici tutelati dall'art. 659 c.p., risulta opportuno rifarsi al recente fenomeno della depenalizzazione.

Con i D.Lgs. n. 7 e 8 del 15 gennaio 2016 è stata data esecuzione all'art. 2 della L. n. 67/2014 che ha conferito delega al Governo per la “Riforma della disciplina sanzionatoria” (Palazzo, *La depenalizzazione*

nel quadro delle recenti riforme sanzionatorie, in *Dir. Pen. Proc.*, 2016, 285-289).

Con questo intervento il legislatore intendeva dare concretezza a una scelta politica intenzionata a deflazionare il sistema penale, sostanziale e processuale, in ossequio ai principi di frammentarietà, offensività e sussidiarietà della sanzione criminale (Gargani, *Tra sanzioni amministrative e nuovi paradigmi punitivi*, in *www.lalegislazionepenale.eu*, 2015, 18-22).

Il legislatore delegato non ha esercitato la delega in riferimento, fra gli altri, anche al reato di cui all'art. 659 c.p. e ha motivato la scelta affermando che tale norma riguarda materie “sensibili” per gli interessi coinvolti e per la tutela dei quali il ricorso al diritto penale è irrinunciabile (relazione illustrativa all'A.G. 245 in attuazione del 2° comma dell'art. 2, L. n. 67/2014, 22-23).

Alla luce dell'importanza del bene giuridico coinvolto dalla violazione dell'art. 659 c.p., pare ragionevole ritenere che la tutela dell'ordine pubblico non possa essere affidata a una monetizzazione in sede civile o lasciata alla decisione amministrativa ma, invece, necessiti di uno “scudo” di tutela che solo il diritto penale può garantire; considerazione, questa, che emerge nonostante non si possa negare la fondatezza dei principi argomentativi che sono stati ispiratori della legge delega.

Configurabilità dell'art. 659 c.p. e offensività. Chiarito quale sia il bene giuridico protetto dalla norma, occorre adesso valutare quando una condotta sia qualificabile come lesiva di quel bene al fine dell'integrazione delle contravvenzioni ex art. 659 c.p.

Per quanto riguarda l'ipotesi prevista all'art. 659, 1° comma, c.p., risulta pienamente condivisa da dottrina e giurisprudenza la sua qualificazione quale reato di pericolo concreto con la diretta conseguenza che, perché possa essere integrata la fattispecie, è necessario procedere all'accertamento dell'idoneità del rumore a turbare la quiete pubblica (*ex plurimis* si richiamano per la giurisprudenza Cass. pen., Sez. I, 6 novembre 2007, n. 46083 e per la dottrina Frezza, voce “art. 659”, in *C.P.* a cura di Padovani, Milano, 2011, II, 4863-4864).

In riferimento all'art. 659, 2° comma, c.p., invece, parte della dottrina e della giurisprudenza considerano applicabile tale contravvenzione a tutte le attività lavorative rumorose che, a prescindere dal disturbo cagionato in concreto, si svolgono in difformità con disposizioni di legge o prescrizioni dell'autorità, così come letteralmente previsto nel dettato codicistico.

Ne deriva che, per l'integrazione del reato, non sarebbe doveroso stabilire se il rumore prodotto nell'esercizio del mestiere fosse realmente idoneo ad arrecare un danno alla quiete pubblica, ma basterebbe che la professione si dimostrasse in sé rumorosa e venisse esercitata in contrasto con le previsioni stabilite da leggi, regolamenti o atti amministrativi che concorrono a determinare l'ambito della condotta penalmente rilevante, stante il pacifico carattere di norma penale in bianco dell'art. 659, 2° comma, c.p.

Da ciò risulta che l'art. 659, 2° comma, c.p. verrebbe qualificato come reato formale, per il cui perfezionamento sarebbe sufficiente accertare la sola condot-

ta, indipendentemente dalla valutazione degli effetti causati grazie alla presunzione *iuris et de iure* della sussistenza dell'evento perturbante (fra le più recenti, vedasi Cass. pen., Sez. I, 28 maggio 2013, n. 28874).

Nel caso di specie, secondo tale impostazione, il giudice di primo grado avrebbe correttamente verificato unicamente che si fosse realizzata la violazione delle prescrizioni di legge o dell'autorità amministrativa e avrebbe ritenuto superfluo qualunque altro esame circa l'effettività del disturbo arrecato.

Di tutt'altro avviso è, invece, la Corte di cassazione che si inserisce in quel filone giurisprudenziale che qualifica il reato come di pericolo presunto salvo poi ritenere necessario accertare l'idoneità del rumore a turbare la pubblica quiete [oltre alla sentenza in oggetto, recentemente alla medesima conclusione è giunta anche, fra le tante, Cass. pen., Sez. I, 11 novembre 2011, n. 44905. Secondo parte della dottrina (Fiandaca, Musco, *Diritto penale. Parte generale*, VII, Bologna, 2014, 203-209) è possibile individuare una bipartizione dei reati di pericolo distinguendoli fra reati di pericolo concreto e reati di pericolo astratto (o presunto, termini usati in questo caso in maniera sinonimica). Per altra dottrina (Mantovani, *Diritto penale. Parte generale*, IX, Padova, 2015, 221-226), invece, è possibile tripartire i reati di pericolo, affiancando alle categorie precedenti i reati di pericolo presunto che assumono, in tal modo, valenza autonoma].

Tale indirizzo si pone, peraltro, in continuità rispetto alle richieste del giudice costituzionale che ha fatto proprio quel principio per cui, anche nei reati di pericolo presunto, deve essere sempre riservata al giudice, pur se a prima vista potrebbe sembrare una soluzione sovvertente il dato normativo, una valutazione della "pericolosità in concreto" della condotta in riferimento al bene giuridico tutelato dalla norma (ci si riferisce, fra le tante, alle sentenze della Corte cost. n. 205/2008, n. 265/2005, n. 519/2000 e, in dottrina, a Catenacci, *I reati di pericolo presunto fra diritto e processo penale*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci* a cura di Dolcini, Paliero, II, Milano, 2006, 1429-1433).

In tal modo la Corte di cassazione compie un'importante rivisitazione del reato di pericolo presunto, opportunamente "dimenticandosi" della presunzione di lesività e richiedendo, invece, un'analisi dell'effettiva offesa arrecata al bene giuridico, quasi come si trattasse dell'accertamento richiesto dalla "gemella" fattispecie di reato di pericolo concreto.

Una lettura in filigrana della sentenza permette di valorizzare il principio di necessaria offensività, immanente nel testo anche se mai espressamente citato salvo quel fugace richiamo all'"attitudine offensiva" che deve avere la condotta.

La decisione fa trasparire, mediante un gioco maieutico di rimandi purtroppo appena abbozzati, la sem-

pre maggior sensibilità da parte dei giudici nei confronti del principio di offensività, elemento ormai imprescindibile nel nostro ordinamento e che ha indotto i giudici della Suprema Corte ad attenuare la rigidità del primo orientamento esposto facendolo evolvere, invece, in questa felice interpretazione alternativa e innovativa dell'art. 659, 2° comma, c.p.

Pertanto, questo modello di reato di pericolo presunto, applicato al 2° comma dell'art. 659 c.p., richiede per la sua configurabilità non più il solo superamento della soglia di normale tollerabilità da parte delle emissioni sonore, ma anche la verificata potenziale lesività dei rumori prodotti nei confronti di un numero indeterminato di persone.

In tal modo la mera violazione delle prescrizioni previste dall'autorità risulta insufficiente ai fini della configurabilità del reato, essendo necessario anche operare un accertamento della concreta minaccia subita dalla pubblica quiete, bene giuridico tutelato dalla norma da cui discende l'indifferenza del diritto penale rispetto alle lamentele mosse da un singolo individuo.

Per questo motivo nel caso in esame è possibile escludere che sia stato commesso un reato poiché, nonostante sia incontestabile la violazione del provvedimento dell'autorità *ex art. 659, 2° comma, c.p.*, non si è verificato alcun pregiudizio alla quiete pubblica, neppure come sottoposizione a pericolo.

Infatti, a richiedere l'intervento dei Carabinieri è stato un solo soggetto e, anzi, gli altri testi sentiti hanno riferito di non essere stati disturbati dalla musica e affermato che il rumore era circoscritto e tale da non arrecare disturbo, potendo quindi la Cassazione escludere la rilevanza penale del fatto.

Conclusioni. La sentenza in commento si pone nel solco tracciato da un lungo cammino giurisprudenziale e ne abbraccia le tesi maggioritarie ma, non per questo, non rappresenta proficuo spunto di riflessione e indagine.

Condivisibile è la soluzione di insussistenza del fatto alla luce della mancanza di idoneità della condotta offensiva a turbare la pubblica quiete e tuttavia, a ben vedere, la decisione "zoppica" in quanto l'*iter* seguito per giungere a tale conclusione poteva essere più articolato e vario, confrontandosi altresì con i molteplici problemi che sollevano i reati di pericolo e il loro rapporto con il principio di offensività.

Argomenti, quelli sottesi alla pronuncia *de qua*, da perfezionare dunque e a quel punto estendere ad altri ambiti dello scenario penale?

Vera Magnani

Diritto Processuale Penale

a cura di Giorgio Spangher

con Piermaria Corso e Alfredo Gaito

Messa alla prova

Corte costituzionale, 21 luglio 2016, n. 201 – Giud. Lattanzi – Pres. Grossi

Processo penale – Decreto penale di condanna – Opposizione – Disciplina avvisi – Messa alla prova – Mancanza – Incostituzionalità

È illegittimo l'art. 460, 1° comma, lett. e) c.p.p. nella

parte in cui non prevede che il decreto penale di condanna debba contenere l'avviso all'imputato della facoltà di chiedere, mediante l'opposizione, la sospensione del procedimento con messa alla prova ex art. 464 bis c.p.p. e segg.

Per il testo del provvedimento v. www.giurcost.it

Primi profili di incostituzionalità per la messa alla prova per adulti

Ottavia Murro*

La Consulta interviene sull'istituto della messa alla prova e, relativamente alla disciplina degli avvisi, in tema di opposizione a decreto penale di condanna, sancisce l'incostituzionalità dell'art. 460 lett. e) nella parte in cui non prevede, per l'imputato, l'avviso della facoltà di richiedere anche il nuovo rito speciale di cui all'art. 464 bis c.p.p. La sentenza, tuttavia, offre all'interprete alcuni spunti di riflessione soprattutto in relazione alla natura sostanziale e processuale dell'istituto. Tuttavia, sullo sfondo restano aperte ancora plurime questioni in considerazione dell'ormai consolidata parificazione della messa alla prova agli altri riti speciali.

Premessa

A poco più di due anni dall'introduzione dell'istituto della messa alla prova per adulti si registrano già plurimi interventi sia dei Giudici di legittimità, sia delle Sezioni Unite, sia del Giudice delle leggi, a riprova del fatto che la novella introduttiva avesse la-

sciato non poche questioni, sostanziali e procedurali, aperte¹. Nello specifico, le criticità principali – come è noto – hanno riguardato l'assenza di una norma transitoria, con il conseguente problema dell'applicabilità dell'istituto ai processi già in corso al momento dell'entrata in vigore della L. n. 67/2014², il computo

* Il contributo è stato sottoposto, in forma anonima, alla valutazione di un referee.

¹ Per un'analisi delle problematiche dell'istituto, R. Bartoli, *La sospensione del procedimento con messa alla prova: una goccia deflattiva nel mare del sovraffollamento?*, in *Dir. Pen. Proc.*, 2014, 6, 661; V. Bove, *L'istituto della messa alla prova "per gli adulti": indicazioni operative per il giudice e provvedimenti adottabili*, in www.penalecontemporaneo.it; G.L. Fanuli, *L'istituto della messa alla prova ex lege 28 aprile 2014, n. 67. Inquadramento teorico e problematiche applicative*, in *Arch. Nuova Proc. Pen.*, 2014, 5, 427; A. Marandola, *La messa alla prova dell'imputato adulto: ombre e luci di un nuovo rito speciale per una diversa politica criminale*, in *Dir. Pen. Proc.*, 2014, 6, 674; A. Montagna, *Sospensione del procedimento con messa alla prova e attivazione del rito*, in AA.VV., *Le nuove norme sulla giustizia penale*, Padova, W. Kluwer, 2014, 369; G. Pecorella, *La messa alla prova alla prova delle Sezioni Unite*, in *Cass. Pen.*, 2014, 11, 3264; R. Piccirillo, P. Silvestri, *La relazione dell'Ufficio del Massimario della Cassazione sulle nuove disposizioni in materia di sospensione del procedimento con messa alla prova e nei confronti degli irreperibili introdotte dalla legge n. 67/2014* in www.penalecontemporaneo.it; A. Scarcella, *Sospensione del procedimento con messa alla prova*, in AA.

VV., *Le nuove norme sulla giustizia penale*, Padova, W. Kluwer, 2014, 339; G. Tabaco, *La sospensione del procedimento con messa alla prova degli imputati adulti*, in *questa Rivista online*, 2015, 1; F. Viganò, *Sulla proposta legislativa in tema di sospensione del procedimento con messa alla prova*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2013, 1300; volendo O. Murro, *Messa alla prova per l'imputato adulto: prime riflessioni sulla L. 67/2014* in *Studium Iuris*, 2014, 11, 1264; Id. voce "Le nuove dimensioni del probation per l'imputato adulto", in *Libro dell'anno del diritto 2014, Enc. Treccani*, 609.

² La lacunosità del dettato normativo ha sollevato, invero, accessi dibattiti alla complessa questione di diritto intertemporale, sulla quale è intervenuta la Consulta con la sentenza del 7 ottobre 2015, n. 240, in *Giur. Cost.* con nota di O. Mazza, *Il regime intertemporale della messa alla prova*. sul punto si registrano anche plurimi interventi, antecedenti a quello della Consulta, del giudice di legittimità: Cass., Sez., IV, ord. 9 luglio 2014, n. 30559, in www.penalecontemporaneo.it; nonché, in senso restrittivo circa l'operatività del probation ai processi in corso, Cass., Sez. Fer., 31 luglio 2015, in www.penalecontemporaneo.it, 15 aprile 2015, con nota di F. Martella, *Messa alla prova per adulti: la questione della (assenza di) disciplina intertemporale*, ed anche, in senso conf. Cass., Sez. VI, 22 ottobre 2014, Calamo, in *Ced Cass. Rv.* 261255).

delle circostanze aggravanti nel calcolo della pena base³, il sindacato sull'ordinanza di rigetto⁴, la competenza del giudice in caso di richiesta avanzata a mezzo di opposizione⁵, la possibilità di una messa alla prova c.d. parziale (ossia attinente a solo alcuni dei reati contestati)⁶.

Accanto alle suddette criticità, si segnalano plurimi profili di incostituzionalità dell'istituto che – uniti a quello oggetto del nostro esame – disegnano un perimetro legislativo incerto per la messa alla prova per adulti.

La questione che ha interessato la Consulta

La vicenda da cui prende le mosse la sentenza in commento attiene a un decreto penale di condanna opposto dall'imputato, senza richiesta di alcun rito alternativo. Alla prima udienza, l'imputato chiedeva personalmente di accedere al rito della sospensione del processo con messa alla prova, richiesta che doveva considerarsi inammissibile poiché tardiva, essendo spirato il termine perentorio delineato dall'art. 464 *bis*, 2° comma, c.p.p.

Il Tribunale correttamente rilevava che il dettato normativo, nell'individuare i termini perentori entro cui effettuare la richiesta di sospensione con messa alla prova, nulla disponeva in ordine alla disciplina degli avvisi, *ex art.* 460, lett. e), c.p.p.; pertanto, con ordinanza del 3 giugno 2015⁷, il giudice *a quo* sollevava la questione di illegittimità costituzionale dell'art. 460, 1° comma, lett. e), c.p.p., nella parte in cui non prevede che il decreto penale di condanna debba contenere anche l'avviso all'imputato della facoltà di chiedere la sospensione del procedimento con messa alla prova unitamente con l'atto di opposizione, apparendo tale *vulnus* in violazione degli artt. 3 e 24 Cost.

Si comprende, *prima facie*, come il principio di uguaglianza risulterebbe violato dall'omissione di tale avvertimento, determinando – a cascata – un pregiudizio

irreparabile e potendo indurre erroneamente l'imputato a non richiedere, con l'atto di opposizione, la sospensione del procedimento con messa alla prova, stante l'assenza dell'indicazione di tale rito tra quelli tassativamente ed espressamente indicati dall'art. 460, 1° comma, lett. e) c.p.p. (giudizio immediato, giudizio abbreviato e applicazione della pena *ex art.* 444 c.p.p.).

L'imputato, infatti, viene avvisato a pena di nullità della facoltà di poter richiedere, con l'atto di opposizione, tutti i riti alternativi, eccezion fatta per la facoltà di chiedere il rito in questione. La disparità di trattamento tra situazioni analoghe appare, invero, evidente.

La norma censurata si porrebbe in contrasto anche con l'art. 24 Cost., in quanto l'esigenza di tutela del diritto di difesa imporrebbe che “la scelta delle alternative procedurali al giudizio dibattimentale ordinario (quando debba essere compiuta entro brevi termini di decadenza che maturino fuori udienza o in limine alla stessa) sia preceduta da uno specifico avviso”⁸. In particolare il giudice rimettente rileva che la sospensione del procedimento con messa alla prova è assimilabile ai riti alternativi e che per la sua richiesta il legislatore ha stabilito termini di decadenza, ma non ha previsto “alcuno specifico avviso, nemmeno laddove la scelta debba essere compiuta al di fuori di un'udienza, come avviene nel caso di opposizione a decreto penale di condanna”⁹.

La sentenza oggetto del presente commento appare interessante soprattutto per la parificazione della messa alla prova agli altri riti speciali, quantomeno relativamente alle facoltà difensive per la richiesta del rito, nonché per i richiami alla precedente pronuncia della Consulta – intervenuta in tema di diritto intertemporale (sentenza n. 240/2015)¹⁰ – circa la natura e la finalità dell'istituto in esame.

La “natura” sostanziale della messa alla prova

Il percorso argomentativo intrapreso dalla Consulta parte da un'analisi della struttura dell'istituto che, co-

³ Sul punto, Sez. un., 31 marzo 2016, n. 36272, in *ilpenalista.it*, ove si sancisce il seguente principio Ai fini dell'individuazione dei reati ai quali è astrattamente applicabile la disciplina dell'istituto della sospensione con messa alla prova, il richiamo contenuto nell'art. 168-bis c.p. alla pena edittale detentiva non superiore nel massimo a quattro anni va riferito alla pena massima prevista per la fattispecie-base non assumendo alcun rilievo le circostanze aggravanti, comprese le circostanze ad effetto speciale e quelle per cui la legge stabilisce una pena di specie diversa da quella ordinaria del reato.

⁴ Sez. un., 31 marzo 2016, n. 33216, in *Dir. Giust.*, 2016, fasc. 35, 6, con nota di C. Minnella, *Niente impugnazione autonoma per la denegata ammissione alla probation*.

⁵ Cass., Sez. I, 3 febbraio 2016, n. 25867 in *www.parolaalladifesa.it*, ove si stabilisce il seguente principio: in caso di richiesta di messa alla prova *ex art.* 464 *bis* c.p.p., avanzata in sede di opposizione a decreto penale di condanna, competente a conoscere la stessa è il giudice dibattimentale e non il giudice per le indagini preliminari.

⁶ Cass., Sez. II, 8 aprile 2015, Allotta, in *archiviopenale.it*, con nota di O. Murro, *Le criticità della richiesta “parziale” di messa alla prova: contrasto tra giurisprudenza di merito e di legittimità*. La Corte ha stabilito, distaccandosi, talaltro, dai precedenti della giurisprudenza di merito, che “la richiesta di messa alla prova parziale, nell'ipotesi in cui l'imputato sia chiamato a rispondere cumulativamente sia di reati previsti dall'art. 168 bis c.p. che di reati più gravi, non è ammissibile, in quanto appare stridente con la ratio dell'isti-

tuto una parziale risocializzazione, essendo invece necessaria l'eradicazione completa delle tendenze di condotta anti giuridica”.

⁷ Tribunale di Savona, ordinanza del 3 giugno 2015, n. 210, in *Gazzetta Ufficiale* del 14 ottobre 2015, n. 41.

⁸ Ordinanza di remissione del Tribunale di Savona del 3 giugno 2015, n. 201, in *Gazzetta Ufficiale* del 14 ottobre 2015, n. 41.

⁹ Ordinanza di remissione del Tribunale di Savona, cit.

¹⁰ Corte cost. del 7 ottobre 2015, n. 240, in *Giur. Cost.*, 2015, 2196, con nota di O. Mazza, *Il regime intertemporale della messa alla prova*; nonché in *Cass. Pen.*, 2016, 3236, con nota di F. Centorame, *Applicazione retroattiva delle norme sulla messa alla prova: “pollice verso” della consulta*. La Consulta ha dichiarato non fondate le questioni di legittimità costituzionale dell'art. 464 *bis*, 2° comma, del codice di procedura penale, sollevate, dal Tribunale ordinario di Torino, in riferimento agli artt. 3, 24, 111 e 117, ritenendo che nei processi in corso al momento dell'entrata in vigore della norma impugnata non di deve riconoscere all'imputato, come espressione del diritto di difesa e del diritto a un giusto processo, la facoltà di scegliere il nuovo procedimento speciale, vigendo per l'istituto (di matrice processuale) il principio del *tempus regit actum*. Per un approfondimento della sentenza, si veda anche J. Della Torre, *La Consulta nega la retroattività della messa alla prova: una lettura premiale di un rito*, in *Cass. Pen.*, 2016, 1488.

me noto, trova collocazione normativa tanto nel codice penale (artt. 168 *bis* e segg. c.p.), quanto in quello di rito (artt. 464 *bis* e segg. c.p.p.). La natura bivalente dell'istituto comporta che questo abbia effetti sostanziali, poiché dà luogo all'estinzione del reato in caso di esito positivo della prova; ma ha anche un'intrinseca dimensione processuale, essendo rubricato nel Libro VI, tra i procedimenti speciali e costituendo un rito deflattivo ed alternativo al giudizio.

Seppure la Corte non si addentra nelle criticità attinenti alla natura dell'istituto, appare utile soffermarci sulla dimensione sostanziale della messa alla prova, infatti, va rilevato che questa appare come una "peculiarità" causa di estinzione del reato, poiché, per operare richiede un comportamento attivo dell'interessato, a differenza di quanto accade per le altre ipotesi estintive quali la prescrizione, la morte del reo e l'amnistia, che operano indipendentemente dall'agire dell'interessato. Con la messa alla prova, invece, l'imputato è chiamato ad intraprendere, spontaneamente, un percorso *contra delictum*, finalizzato alla prevenzione, rieducazione e risocializzazione. Non a caso le prescrizioni previste nel programma di trattamento attengono al lavoro di pubblica utilità, alla riparazione e al risarcimento del danno, nonché alle attività volte a promuovere il reinserimento sociale dell'imputato, alle attività di volontariato e di mediazione con l'offeso. La collocazione della messa alla prova tra le cause di estinzione del reato appare "imprecisa", sembrando, di converso, più idonea una rubricazione tra le cause di non punibilità¹¹.

Relativamente alla natura dell'istituto, non sono mancate perplessità in considerazione proprio delle prescrizioni afflittive previste nel programma di trattamento, infatti, parte della dottrina ha ritenuto che la messa alla prova sia ad una forma di esecuzione della pena, alternativa alla detenzione¹², ovvero ad un "affidamento in prova anticipato"¹³.

A ben vedere, seppure il programma di trattamento è in parte afflittivo, questo non sembra assimilabile ad una sanzione per due ordini di ragioni: il ruolo conferito alla persona offesa, nonché (e soprattutto) la condivisione integrale con il richiedente delle prestazioni in esso contenute.

Il contenuto afflittivo del programma di trattamento, poiché integralmente condiviso con l'interessato e da questi accettato, sembra vada interpretato nell'ottica della rieducazione e risocializzazione a cui tende tale istituto, con il fine ultimo di una composizione sociale del conflitto, ove hanno rilievo anche le condotte di riparazione e di mediazione con l'offeso. Tale aspetto sembra rendere la messa alla prova distinta da un qualsivoglia provvedimento sanzionatorio, ma assimilabile, al più, ad una ipotesi di *restorative justice*. Pertanto il

comportamento *post factum* dell'imputato viene valutato nell'ottica di porre il processo e la pena come *extrema ratio* e di valorizzare la rieducazione, la risocializzazione e, qualora possibile, la mediazione con l'offeso.

La Consulta, tuttavia, sembra tralasciare ogni approfondimento circa la natura sostanziale della messa alla prova, rilevando *sic et simpliciter*, che l'istituto "introdotto con gli artt. 168 *bis* e segg. c.p. ha effetti sostanziali, poiché dà luogo all'estinzione del reato" e, alla stregua di quanto già accaduto con la precedente pronuncia della Corte Costituzionale, l'analisi si focalizza (seppure in modo succinto) sulle sole caratteristiche processuali della messa alla prova, senza approfondire quegli aspetti che finora hanno destato perplessità, attinenti soprattutto alle affinità della messa alla prova con la pena.

La dimensione processuale della messa alla prova

La natura processuale della messa alla prova era stata già analizzata in una recente pronuncia della Consulta, Sentenza n. 240/2015¹⁴, nella quale il Giudice delle Leggi veniva chiamato a valutare l'incostituzionalità dell'art. 464 *bis* c.p.p., nella parte in cui – in assenza di una disciplina transitoria – non prevedeva l'applicabilità della messa alla prova anche ai procedimenti penali pendenti alla data dell'entrata in vigore della nuova legge, per i quali era stato già dichiarato aperto il dibattito. Sappiamo che tale pronuncia, nel ritenere infondata la questione, si è focalizzata sulla natura processuale dell'istituto e sulla vigenza, per la norma processuale, del principio del *tempus regit actum*.

Anche nel caso di nostro interesse, l'esame della Consulta si concentra sulla dimensione processuale della messa alla prova. Infatti, la sentenza in commento, nell'esaltare i tratti processuali dell'istituto, lo definisce come un "nuovo procedimento speciale, un rito alternativo al giudizio, nel corso del quale il giudice decide con ordinanza sulla richiesta di sospensione *ex art. 464 bis* c.p.p. e segg."¹⁵, nonché un "istituto ad efficacia deflattiva".

Proprio in tale ottica vengono inquadrare le censure sollevate, concernenti la violazione degli artt. 3 e 24 Cost.

Invero, l'analisi della normativa processuale sembra sottolineare proprio la finalità deflattiva della messa alla prova e il suo porsi come scelta alterativa al rito ordinario. A riprova di ciò l'art. 464 *bis*, 2° comma, c. p.p., nello stabilire i termini perentori, entro cui formulare la richiesta, ha previsto un'articolazione degli stesi in base alle sequenze processuali dei vari riti e il termine per accedere al rito (antecedente – di regola

¹¹ Sulla questione si consenta il richiamo, O. Murro, *Riparazione del danno ed estinzione del reato*, Wolters Kluwer – Padova, 2016, 64 e segg.

¹² P. Ferrua, *Una messa alla prova sul filo del rasoio costituzionale*, in AA.VV., *Strategie di deflazione penale e rimodulazioni del giudizio in absentia*, a cura di m. Daniele e p. Paulesu, Torino, 2015, 183; R. Orlandi, *Procedimenti speciali*, in AA.VV., *Compen-*

dio di procedura penale, a cura di G. Conso-V. Grevi-M. Bargis, VII ed., Padova, 2014, 746.

¹³ R. Bartoli, *La "novità" della sospensione del processo con messa alla prova*, in *Dit. Pen. Cont.*, del 9 dicembre 2015.

¹⁴ Corte cost. del 7 ottobre 2015, n. 240, in *Giur. Cost.* cit.

¹⁵ Sul punto il richiamo alla precedente decisione della Consulta (Corte cost. 7 ottobre 2015, n. 240, già citata) è esplicito.

–la dichiarazione di apertura del dibattimento) appare strettamente connesso alla *ratio* deflattiva dell'istituto.

Da qui la prima osservazione a cui giunge la Consulta: nel procedimento per decreto la richiesta deve essere presentata con l'atto di opposizione e la mancata formulazione entro tale termine determina una decadenza, sicché è inammissibile la richiesta formulata fuori termini. L'assenza, nell'art. 460, 1° comma, c.p.p., di una disciplina sugli avvisi va, pertanto, affrontata alla luce delle considerazioni sopra svolte ed attinenti al presupposto metodologico della natura processuale della messa alla prova.

Infatti, la qualificazione dell'istituto a cui è pervenuta la Consulta, con la sentenza n. 240/2015, estende i suoi effetti anche sulla decisione in esame, invero, i richiami alla precedente pronuncia coinvolgono il percorso logico/argomentativo della sentenza in commento: la messa alla prova, interpretata nella sua dimensione processuale, è un rito premiale, deflattivo ed utilitaristico, assimilabile al giudizio abbreviato e al patteggiamento, attraverso il quale l'autore di reato rinuncia ad una cognizione piena sulla propria responsabilità, in cambio di alcuni vantaggi processuali¹⁶.

L'equiparazione della messa alla prova a tutti gli altri procedimenti speciali

Il Giudice delle Leggi affronta la questione sollevata partendo dal presupposto che l'istituto in esame sia ascrivibile alla categoria dei riti alternativi. Seppure tale collocazione appare normativamente corretta, sul piano interpretativo sono necessarie alcune precisazioni, stante la presenza di tratti peculiari che distinguono la messa alla prova da tutti gli altri riti, in ragione delle particolari caratteristiche del meccanismo estintivo.

Appare innegabile che la messa alla prova richieda un contributo attivo dell'interessato, il quale è chiamato ad adempiere una pluralità di prestazioni dal carattere sia preventivo che rieducativo/risocializzante. Sottolinea tale caratteristica l'assenza di immediata deflazione, in quanto tale effetto è logicamente subordinato all'esito positivo della prova. Si può quindi considerare che mentre la deflazione sia una immediata conseguenza del giudizio abbreviato e del patteggiamento (una volta che la richiesta sia accolta dal giudice), questa è, invece, eventuale per il rito in questione ed è strettamente connessa al comportamento dell'imputato durante il periodo di prova.

Affianca la finalità (eventualmente) deflattiva, quella rieducativa e risocializzante, non a caso il giudice, prima di ammettere l'imputato alla prova, deve effettuare una valutazione sull'idoneità del programma di

trattamento e su una prognosi di non recidiva, in base dei parametri di cui all'art. 133 c.p. Tale fine non è tipico degli altri riti speciali, diventando così un'ulteriore peculiarità di detto procedimento.

Tuttavia, la Consulta, sia nella pronuncia in esame che in quella precedete, non si è soffermata su tali argomenti, evitando di analizzare le peculiarità di tale procedimento speciale. Lo sforzo argomentativo, invero, poteva essere più penetrante proprio in considerazione delle motivazioni spese in sentenza sulla natura dell'istituto e sulla sua rilevanza processuale, in modo da iniziare a superare le note antinomie tra la Costituzione e la messa alla prova per adulti. Invero, se l'istituto è dotato di una intrinseca natura processuale, ci si aspettava una motivazione più articolata su tale aspetto.

Infatti, appare innegabile che esso costituisca una esplicazione del diritto di difesa, una scelta dell'interessato finalizzata ad avere un beneficio (in tal caso il massimo beneficio dell'estinzione immediata del reato), un'opzione che, a fronte della rinuncia sull'accertamento della penale responsabilità, fa conseguire per l'imputato un elevato vantaggio. Caratteristiche tipiche dei procedimenti speciali. Le differenze tra il rito in questione, attinenti alla deflazione eventuale (e successiva all'esito positivo della prova), nonché alla necessità di un comportamento attivo dell'imputato al fine di ottenere il beneficio suddetto, sicuramente rendono tale rito peculiare, senza tuttavia elidere la sua natura di scelta alternativa al processo e di esplicazione del diritto di difesa.

Per ragioni di completezza, si ritiene che non possono considerarsi validi neanche i dubbi di legittimità costituzionale che pongono l'istituto in contrasto con la presunzione di innocenza. Invero, a ben vedere, il meccanismo estintivo per operare non richiede una confessione dell'imputato, né questi può essere ritenuto colpevole, operando, ai fini dell'ammissione al rito, solo un vaglio ai sensi dell'art. 129 c.p.p., alla stregua di quanto accade nell'ipotesi di patteggiamento. Con la messa alla prova, pertanto, l'imputato "non tende a subire il processo o a difendersi dal processo ma, anzi, ne utilizza le potenzialità, in vista di un'uscita favorevole e meno dolorosa dal circuito giudiziario"¹⁷.

Aspetti che, forse, meritavano di essere affrontati e approfonditi dalla Consulta.

Premesso ciò, il Giudice delle leggi, nel conferire natura processuale all'istituto, lo assimila a un procedimento speciale, estendendo, altresì, ad esso i principi di diritto già sanciti per altri riti in materia di avvisi.

La richiesta di riti alternativi, infatti, costituisce una modalità di esercizio del diritto di difesa, e sarebbe lesivo del suddetto diritto precludere all'imputato l'accesso ai riti speciali per un errore a lui non impu-

¹⁶ Sul punto R. Bartoli, *La "novità" della sospensione del procedimento*, cit. Id., *La sospensione del procedimento con messa alla prova: una goccia deflattiva nel mare del sovraffollamento*, in *questa Rivista*, 2014, 663 e seg.; J. Della Torre, *La consulta nega la retroattività della messa alla prova: una lettura premiale di un rito (prevalentemente) specialpreventivo*, cit.; G. Spangher, *Urge una riforma organica del sistema sanzionatorio*, in *questa Rivista*, 2015,

916.

¹⁷ A. Scalfati, *La debole convergenza di scopi nella deflazione promossa dalla legge n. 67/2014*, in *La deflazione giudiziaria. Messa alla prova degli adulti e proscioglimento per tenuità del fatto*, a cura di N. Triggiani, Torino, 2014, 9; sul punto anche G. Uberty, *Sospensione del procedimento con messa alla prova e Costituzione*, in *Arch. Pen.*, 2015, 726 e segg.

tabile¹⁸. I richiami alle precedenti pronunce – in tema di patteggiamento e di giudizio abbreviato – appaiono quasi doverosi e il percorso argomentativo della Consulta si struttura proprio sull'ormai consolidato principio che, se il termine di decadenza entro cui chiedere i suddetti riti è anticipato rispetto alla fase dibattimentale, la mancanza o l'insufficienza del relativo avvertimento può determinare la perdita irrimediabile della facoltà di accedere a tali procedimenti speciali¹⁹.

Nel ripercorrere le precedenti decisioni, la Corte evidenzia anche la connessione tra la violazione della regola processuale che impone di dare all'imputato esatto avviso delle sua facoltà e la conseguente ed inevitabile violazione del diritto di difesa²⁰. Si legge in sentenza, infatti, che "l'esercizio della facoltà di chiedere i riti alternativi costituisce una delle più incisive forme di intervento dell'imputato, cioè di partecipazione attiva alle vicende processuali, con la conseguenza che ogni illegittima menomazione di tale facoltà, risolvendosi nella violazione del diritto sancito dall'art. 24 Cost., integra la nullità di ordine generale sanzionata dall'art. 178, 1° comma, lettera c), c.p.p."

Di conseguenza, la corretta conoscenza per l'interessato, circa i riti speciali a cui ricorrere, è posta a garanzia del diritto di difesa. Su questo sfondo si snoda il ragionamento conclusivo della Consulta, in quanto il complesso dei principi già elaborati e relativi alle facoltà difensive per la richiesta ai riti speciali, viene esteso anche al nuovo procedimento speciale, con la conseguenza che, al fine di consentire all'imputato di autodeterminarsi correttamente, gli si deve dare avviso della facoltà di richiedere la messa alla prova congiuntamente con l'atto di opposizione. Ogni illegittima compressione di tale facoltà integra una violazione dell'art. 24 Cost, nonché dell'art. 3 Cost., con conseguente nullità di ordine generale in caso di omissione dell'avviso prescritto.

L'avviso, nel caso di specie, è indispensabile sia per consentire all'imputato di effettuare consapevolmente le sue scelte difensive, sia per valutare se usufruire del rito della sospensione del processo con messa alla prova, in considerazione della necessaria adesione e condivisione dell'imputato al programma di trattamento e della circostanza che si può usufruire dell'istituto una sola volta. Valutazione che comporta non solo l'obbligo di un preventivo avviso, ma anche il dovere di un attento vaglio da parte dell'imputato (e del suo difensore), circa l'opportunità di avvalersi di

un rito, come già detto, "potenzialmente" deflattivo, poiché connesso all'esito positivo della prova.

Spunti di analisi e altre (possibili) questioni di illegittimità costituzionale

La sentenza offre spunti di analisi interessanti, in considerazione dalla parificazione della messa alla prova a tutti gli altri riti speciali. Il principio – ormai sancito da due pronunce della Consulta – sembra ormai consolidarsi: l'istituto disciplinato dagli artt. 168 *bis* e segg. c.p. e artt. 464 *bis* e segg. c.p.p. "consiste in un nuovo procedimento speciale, alternativo al giudizio", destinato ad avere un "effetto deflattivo".

Appare, pertanto, doveroso chiedersi se tale equiparazione sia limitata alla sola disciplina degli avvisi e al solo principio del *tempus regit actum* in materia di nuova norma processuale, ovvero comporti anche un'estensione di altri principi di diritto già sanciti per i riti speciali e compatibili con quello in esame.

L'attenzione si rivolge, ad esempio, a quella giurisprudenza costituzionale che si è espressa in materia di remissione, in termini innanzi al giudice del dibattimento per richiedere un rito speciale, nell'ipotesi di nuova contestazione, ovvero in caso di contestazione (in dibattimento) di circostanze aggravanti²¹.

Inoltre, in considerazione delle evidenti affinità tra la messa alla prova e il patteggiamento (soprattutto in relazione alle regole processuali relative alla forma, alla richiesta e ai termini, nonché al preventivo vaglio – ai fini dell'ammissione – *ex art. 129 c.p.p.*) ci si chiede se sia ammissibile una richiesta di "messa alla prova in continuazione", qualora si proceda per reati sottoposti a distinti e separati procedimenti ma uniti dal vincolo della continuazione (si veda in tema di c.d. patteggiamento in continuazione, *ex plurimis*, Cass., Sez. II, 5 ottobre 2011, n. 38550); ovvero una "richiesta parziale di messa alla prova", al momento preclusa da un recente orientamento giurisprudenziale²² (sul punto, in tema di patteggiamento, pur ricorrendo orientamenti contrastanti, Cass. Pen., Sez. III, 13 luglio 2011, n. 34915).

Non si ignora che, allo stato, pendono anche plurime questioni di illegittimità costituzionale della messa alla prova, alcune delle quali decise poche settimane fa.

Il tribunale di Firenze ha sollevato questione di illegittimità dell'art. 34 c.p.p., 2° comma, in relazione alla L. n. 67/2014, per violazione degli artt. 3, 24 e 111 cost., nella parte in cui non prevede l'incompatibilità di procedere al dibattimento o a giudizio abbreviato, per

¹⁸ Tra le molte, Corte cost., Sentenza dell'11 dicembre 1995, n. 497, in *Giur. Cost.*, 1995, fasc. 6.

¹⁹ Corte costituzionale, Sentenza del 25 maggio 2004, n. 148, in *Giur. Cost.*, 2004, 1560, con nota di M. Esposito, *Datio in solutum: una sentenza interpretativa di rigetto può costituire un equipollente di una sentenza di accoglimento?*

²⁰ Corte cost., Sentenza del 16 aprile 2002, n. 120, *Giur. Cost.*, 2002, 940, con nota di G. Garuti, *Sulla decorrenza del termine per la richiesta di trasformazione del giudizio immediato in abbreviato*, nella sentenza si precisa che in relazione al termine per presentare richiesta di giudizio abbreviato, dopo la notificazione del decreto di giudizio immediato, il diritto di difesa va inteso come la "pos-

sibilità di ricorrere anche all'assistenza tecnica del difensore, stabilendo che il termine deve decorrere dall'ultima notificazione, all'imputato o al difensore, del decreto ovvero dell'avviso della data fissata per il giudizio immediato.

²¹ Corte cost., 26 ottobre 2012, n. 237, in tema di giudizio abbreviato, in *Cass. Pen.*, 2013, 141; Corte cost., 25 giugno 2014, n. 184, in tema di patteggiamento, in *Giur. Cost.*, 2014, 2884, con nota A. Tassi, *Amnesso il patteggiamento in caso di contestazione tardiva delle aggravanti: vecchi schemi e nuovi scenari nel sistema dei riti premiali.*

²² Cass., Sez. II, 8 aprile 2015, Allotta, in *archiviopenale.it*, cit.

il giudice che abbia precedentemente respinto la richiesta di messa alla prova sulla base dei parametri di cui all'art. 133 c.p.p.²³ Questione recentemente decisa con l'ordinanza n. 19/2017, nella quale è stata sancita l'inammissibilità della questione (a causa della mancanza di motivazione, nell'ordinanza di remissione, in ordine alla non manifesta infondatezza)²⁴.

Il tribunale di Prato, con Ordinanza n. 289 del 21 aprile 2015²⁵, ha sollevato questione di illegittimità costituzionale degli articoli 168 *bis* e segg. c.p. e 464 *bis* e seguenti del codice di rito, con riferimento agli artt. 3, 24 e 27 Cost., per la mancata previsione di un limite massimo di durata del lavoro di pubblica utilità, nonché per l'omessa predeterminazione dei criteri da seguire per la sua predisposizione.

Il tribunale di Grosseto, con ordinanza n. 157 del 10 marzo 2015²⁶, ha sollevato contemporaneamente più questioni di illegittimità costituzionale e, nello specifico dell'art. 464 *quater* c.p.p., per violazione degli artt. 3, 111, 6° comma, 25, 2° comma e 27, 2° comma, Cost., nella parte in cui non prevede che il giudice, ai fini di ogni decisione di merito da assumere nel procedimento

speciale di messa alla prova, proceda all'acquisizione e valutazione degli atti delle indagini preliminari di cui già altrimenti non disponga, restituendoli per l'ulteriore corso nel caso di esito negativo della pronuncia sulla concessione o sull'esito della messa alla prova; dell'art. 168 *bis* c.p., per contrasto con l'art. 25, 2° comma, Cost., poiché prescrive l'applicazione di sanzioni penali legalmente indeterminate; dell'art. 464 *quater*, 4° comma, c.p.p., per contrasto con gli artt. 97, 101 e 111, 2° comma, Cost., nella parte in cui prevede il consenso dell'imputato quale condizione di ammissibilità, di validità o di efficacia dei provvedimenti giurisdizionali modificativi o integrativi del programma di trattamento; degli artt. 464 *quater* e 464 *quinquies* c.p.p., per contrasto con l'art. 27, 2° comma, Cost., in quanto prescrivono l'irrogazione ed esecuzione di sanzioni penali consequenziali ad un reato per cui non risulta pronunciata, né di regola pronunciabile alcuna condanna definitiva o non definitiva.

Le plurime questioni, ancora aperte sull'istituto in esame, lasciano intuire nuovi e futuri interventi tanto dei Giudici di legittimità, quanto del Giudice delle leggi.

Intercettazioni di conversazioni o di comunicazioni

Cassazione penale, Sez. III, 22 settembre 2016 (ud. 23 marzo 2016), n. 39378 – Pres. Grillo – Rel. Liberati – Ric. C.C. *Conferma App. Milano, 11 dicembre 2014.*

Intercettazioni di conversazioni o comunicazioni – Disciplina delle intercettazioni – Utilizzabilità delle registrazioni occultamente eseguite da uno degli interlocutori – Ascolto contestuale della polizia giudiziaria – Necessità dell'autorizzazione del g.i.p.

La registrazione di conversazioni effettuata da un privato, mediante apparecchio collegato con postazioni ricetrasmittenti attraverso le quali la polizia giudiziaria procede all'ascolto delle stesse e alla contestuale memorizzazione, non costituisce una mera forma di documentazione dei contenuti del dialogo né una semplice attività investigativa, bensì un'operazione di intercettazione di conversazioni ad opera di terzi, come tale soggetta alla disciplina autorizzativa dettata dagli artt. 266 e ss. cod. proc. pen., con la conseguente inutilizzabilità probatoria di tale registrazione, ove preceduta dalla sola autorizzazione del Pubblico Ministero.

Omissis. – La Corte (omissis). – Considerato in diritto Il ricorso è infondato.

1. Per quanto riguarda il primo motivo, mediante il quale è stata denunciata violazione di legge processuale per l'indebito utilizzo delle registrazioni delle intercettazioni delle conversazioni tra l'imputato e la persona offesa, eseguite mediante apparecchio di fonoregistrazione fornito dalla polizia giudiziaria alla persona offesa su autorizzazione del Pubblico

Ministero ma in mancanza di autorizzazione del Giudice per le indagini preliminari, va evidenziato, in linea di fatto, che, secondo quanto risulta dal testo della sentenza impugnata, il 23 agosto 2008 il Pubblico Ministero aveva autorizzato la polizia giudiziaria a fornire alla persona offesa un apparecchio trasmettitore, collegato a due ricetrasmittenti in dotazione alla polizia, attraverso le quali era stata eseguita la registrazione della conversazione svoltasi all'interno della automobile dell'imputato tra costui e la persona offesa.

1.1. Va dunque rilevato che a proposito del regime di utilizzabilità delle registrazioni di conversazioni eseguite da uno dei partecipanti al colloquio, qualora, come nel caso di specie, effettuate in assenza di un provvedimento autorizzativo del Giudice per le indagini preliminari ai sensi degli artt. 266 e ss. cod. proc. pen., vi sono differenti orientamenti nella giurisprudenza di questa Corte.

1.2. Secondo un primo orientamento, la registrazione fonografica di una conversazione telefonica effettuata da uno dei partecipanti al colloquio costituisce una forma di memorizzazione fonica di un fatto storico, utilizzabile in dibattimento quale prova documentale, rispetto alla quale la trascrizione rappresenta una mera trasposizione del contenuto del supporto magnetico contenente la registrazione (da ultimo, Sez. 5, n. 4287 del 29/09/2015, Pepi, Rv. 265624, che in motivazione ha precisato che la registrazione della conversazione tra presenti è qualificabile quale prova documentale anche nell'ipotesi in cui sia stata effettuata su suggerimento o incarico della polizia giudiziaria; conf., Sez. 1, n. 6339 del 22/01/2013, Pagliaro, Rv. 254814, nella quale, nel ribadire che non è riconducibile alla nozione di intercettazione la registrazione fonografica di un colloquio svoltosi tra presenti o mediante strumenti di trasmissione, operata, sebbene clandestinamente, da un soggetto

²³ Ordinanza del 19 maggio 2015 del Tribunale di Firenze, in Gazzetta Ufficiale n. 46 del 18 novembre 2015.

²⁴ Corte Cost., Ordinanza del 24 gennaio 2017, n. 19, in G.U.

dell'1 febbraio 2017, n. 5.

²⁵ In Gazzetta Ufficiale del 16 dicembre 2015, n. 50.

²⁶ In Gazzetta Ufficiale del 2 settembre 2015, n. 35.

che ne sia partecipe o, comunque, sia ammesso ad assistervi, costituendo, invece, una forma di memorizzazione fonica di un fatto storico, della quale l'autore può disporre legittimamente, anche a fini di prova, è stato ulteriormente chiarito che tale principio non viene meno per la circostanza che l'autore della registrazione abbia previamente denunciato fatti di cui sia vittima; conf. Sez. 6, n. 31342 del 16/03/2011, Renzi, Rv. 250534).

1.3. Secondo altro orientamento (tra cui, da ultimo, a Sez. 2, n. 7035 del 29/01/2014, Polito, Rv. 258551), la registrazione fonografica occultamente eseguita da uno degli interlocutori d'intesa con la polizia giudiziaria e con apparecchiature da questa fornite non costituisce documento, utilizzabile ai sensi dell'art. 234 cod. proc. pen., ma rappresenta la documentazione di un'attività di indagine, che non implica la necessità di osservare le forme previste dagli artt. 266 e ss. cod. proc. pen., richiedendo comunque un provvedimento motivato di autorizzazione del Pubblico Ministero.

A sostegno di tale interpretazione è stato, in particolare, sottolineato, richiamando la nozione di documento di cui alla pronuncia delle Sezioni Unite nella sentenza n. 26795/2006 (Sez. un., n. 26795 del 28/03/2006, Prisco, Rv. 234267, nella quale, con riferimento alla materia delle videoregistrazioni, è stata rimarcata la distinzione esistente tra "documento" e "atto del procedimento" oggetto di documentazione, chiarendo che le norme sui documenti, contenute nel codice di procedura penale, sono state concepite e formulate con esclusivo riferimento ai documenti formati fuori, anche se non necessariamente prima, e, comunque, non in vista e in funzione del processo nel quale si chiede o si dispone che essi facciano ingresso), che la registrazione fonografica occultamente eseguita da uno degli interlocutori d'intesa con la polizia giudiziaria e con apparecchiature da questa fornite, non costituisce un "documento" formato fuori del procedimento, utilizzabile ai fini di prova ai sensi dell'art. 234 cod. proc. pen., ma rappresenta, piuttosto, la "documentazione di un'attività d'indagine", dato l'uso investigativo dello strumento di captazione che in tal caso viene realizzato.

Se ne è tratta la conseguenza che una simile attività, venendo ad incidere sul diritto alla segretezza delle conversazioni e delle comunicazioni, tutelato dall'art. 15 Cost., a differenza della registrazione effettuata d'iniziativa di uno degli interlocutori, richiede un controllo dell'autorità giudiziaria, che non implica, tuttavia, la necessità di osservare le disposizioni relative all'intercettazione di conversazioni o comunicazioni di cui agli artt. 266 e ss. cod. proc. pen., in quanto le registrazioni fonografiche, per il diverso livello di intrusione nella sfera di riservatezza che ne deriva, non possono essere assimilate, nemmeno nell'ipotesi considerata, alle intercettazioni telefoniche o ambientali e non possono, quindi, ritenersi sottoposte alle limitazioni ed alle formalità proprie di queste ultime, ritenendosi pertanto sufficiente un livello di garanzia minore, rappresentato da un provvedimento motivato dell'autorità giudiziaria, che può essere costituito anche da un decreto del Pubblico Ministero (conf. Sez. 2, n. 42939 del 10/10/2012, Zupo, Rv. 253819; Sez. 6, n. 23742 del 07/04/2010, Angelini, Rv. 247384).

Tale orientamento è stato ulteriormente sviluppato nella sentenza n. 19158 del 2015 (Sez. 2, n. 19158 del 20/03/2015, Pitzulu, Rv. 263526), nella quale è stato affermato che la registrazione di conversazioni effettuata da un privato su impulso della polizia giudiziaria non costituisce una forma di documentazione dei contenuti del dialogo, ma una vera e propria attività investigativa che comprime il diritto alla segretezza con finalità di accertamento proces-

suale, con la conseguente necessità di un provvedimento dell'autorità giudiziaria, ovvero un decreto motivato del pubblico ministero, in forma scritta, con conseguente ostensione e fruibilità processuale della motivazione.

1.4. Benché, dunque, si versi in una ipotesi di contrasto tra difformi orientamenti interpretativi, tra i quali il Collegio ritiene, per le considerazioni riportate a proposito della distinzione tra "documento" e "atto del procedimento" oggetto di documentazione, di aderire a quello che richiede un provvedimento motivato di autorizzazione per disporre la registrazione fonografica occultamente eseguita da uno degli interlocutori d'intesa con la polizia giudiziaria e con apparecchiature da questa fornite, non ricorrono nella specie i presupposti per rimettere la questione alle Sezioni Unite, in quanto nella specie ricorre una ipotesi di vera e propria intercettazione di conversazione da parte di terzi, giacché l'apparecchio trasmettitore fornito alla persona offesa, da questa utilizzato per registrare la conversazione con l'imputato, era collegato a due ricetrasmittenti in dotazione alla polizia giudiziaria, attraverso le quali era stata eseguita la registrazione della conversazione svoltasi all'interno della automobile dell'imputato tra costui e la persona offesa: poiché detta conversazione non venne solamente registrata dalla persona offesa (utilizzando l'apparecchiatura ad essa fornita dalla polizia giudiziaria successivamente alla denuncia), ma anche ascoltata e registrata dagli agenti di polizia giudiziaria, che sulla base di quanto ascoltato provvidero ad arrestare l'imputato in flagranza, è configurabile una vera e propria intercettazione di conversazione da parte di terzi estranei ad essa, che la ascoltarono e registrarono, come tale soggetta alla disciplina autorizzativa dettata dagli artt. 266 e ss. cod. proc. pen., nella specie pacificamente non osservata.

Ne consegue la fondatezza della censura e l'inutilizzabilità dell'elemento probatorio costituito dalla registrazione della conversazione avvenuta nella automobile dell'imputato tra questi e la persona offesa il 23 agosto 2008.

1.5. L'esclusione di tale elemento non determina, però, insufficienza od illogicità della motivazione, in quanto i giudici di merito hanno fondato l'affermazione di responsabilità dell'imputato anche su altri elementi, di per se soli sufficienti a ritenere accertate le condotte ed integrati i reati contestati, tra cui: le dichiarazioni rese dalla persona offesa alla polizia giudiziaria ed al Pubblico Ministero (ritenute intrinsecamente attendibili per la loro spontaneità, genuinità ed assenza di interesse, ed in ordine alle quali non sono stati sollevati rilievi di sorta dal ricorrente); le dichiarazioni del convivente della madre della persona offesa, con cui la vittima si era confidata il giorno successivo al primo episodio di violenza verificatosi nel maggio 2008; le annotazioni di servizio dei Carabinieri della Stazione di Menaggio e del posto di frontiera di Oria Valsolda (uffici presso i quali la persona offesa aveva tentato di presentare querela il 16 agosto 2008, successivamente al secondo episodio di violenza); le dichiarazioni rese dalle persone informate sui fatti in ordine alla personalità dell'imputato ed alla fragilità della persona offesa; la consulenza tecnica svolta su quest'ultima (che ha concluso per la sussistenza di un disturbo post traumatico da stress, riconducibile ad una violenza sessuale subita, e per la individuazione di una personalità debole, dipendente, con un difetto organico, che aveva inciso sul suo sviluppo psichico).

Sulla base di tale complesso di elementi i giudici di merito sono pervenuti ad affermare la responsabilità dell'imputato, con argomenti non espressamente censurati dal ricorrente e di per se sufficienti a giustificare la decisione di condanna.

Ciò comporta l'inammissibilità del motivo di ricorso in esame, a causa della mancanza del necessario requisito di specificità, giacché quando, come nel caso in esame, con il ricorso per cassazione si lamenti l'inutilizzabilità di un elemento a carico, il motivo di impugnazione deve illustrare l'incidenza dell'eventuale eliminazione del predetto elemento ai fini della cosiddetta "prova di resistenza", in quanto gli elementi di prova acquisiti illegittimamente diventano irrilevanti ed ininfluenti se, nonostante la loro espunzione, le residue risultanze risultino, come nel caso in esame, sufficienti a giustificare l'identico convincimento (Sez. 3, n. 3207 del 02/10/2014, Calabrese, Rv. 262011; Sez. 4, n. 24455 del 22/04/2015, Plataroti, Rv. 263731).

2. Il secondo motivo, mediante il quale è stato denunciato vizio di motivazione, a proposito della sussistenza dell'abuso delle condizioni di inferiorità psichica o fisica di cui all'art. 609 bis, comma 2, n. 1, cod. pen., è infondato.

2.1. La Corte d'appello ha al riguardo, anzitutto, sottolineato, sulla base degli esiti della consulenza tecnica disposta dal Pubblico Ministero e delle dichiarazioni rese da parenti, amici e conoscenti della vittima, lo stato di grave fragilità e debolezza psichica della persona offesa, conseguente alla patologia fisica (labiopalatoschisi) di cui è portatrice, evidenziando come tale patologia sin dall'infanzia aveva avuto una ricaduta negativa sul suo sviluppo psicofisico, determinando anche una condizione di emarginazione del ragazzo e di discriminazione all'interno del gruppo dei suoi coetanei, ed anche il bisogno di una figura carismatica maschile in funzione di padre, che lo aveva portato ad un atteggiamento di eccessiva sottomissione a figure adulte maschili ed aveva caratterizzato questa patologica ed ossessiva dipendenza.

Di tale condizione, qualificata dal consulente tecnico come disturbo della personalità, nota nell'ambiente circoscritto in cui vivevano l'imputato e la persona offesa, ebbe a profittare il ricorrente, ingenerando nel giovane quel senso di fiducia e di affidamento di cui aveva bisogno (presentandosi come amico dei genitori), reiterando le condotte dopo il primo episodio, avendo verificato la debolezza e la fragilità della persona offesa, che non aveva denunciato i fatti.

2.2. Tali considerazioni risultano del tutto adeguate ed immuni dai vizi di contraddittorietà ed illogicità denunciati dal ricorrente, perché sono stati evidenziati i tratti della personalità della vittima che ne determinano una condizione di particolare fragilità e soggezione, qualificata come disturbo della personalità in senso tecnico, specie nei confronti di figure adulte maschili, ed è stato operato il raffronto tra tali condizioni e la condotta dell'imputato, sottolineando come questi fosse a conoscenza di tale stato del ragazzo, del suo difetto fisico e della sua fragilità emotiva (conseguente a tale difetto ed alla sua condizione generale), e ne abbia approfittato, soprattutto dopo aver constatato la sua scarsa resistenza in occasione del primo episodio di violenza e l'assenza di reazioni da parte della vittima.

È stato, dunque, operato dai giudici di merito il raffronto, di cui il ricorrente lamenta invece l'omissione, tra le condizioni della vittima e quelle dell'agente, pervenendo, all'esito di tale giudizio, alla affermazione dell'abuso di tali condizioni da parte dell'imputato, sul corretto rilievo che la nozione di tale abuso presuppone, appunto, la consapevolezza di una condizione di inferiorità o, comunque, di debolezza della vittima nei confronti dell'agente, ed il consapevole approfittamento di tale condizione, mediante comportamenti subdoli (cfr., Sez. 3, n. 38787 del 23/06/2015,

P., Rv. 264699), o l'induzione indebita al compimento di atti ai quali altrimenti la vittima non avrebbe consentito (cfr. Sez. 3, n. 9442 del 18/03/2015, C., Rv. 266451; Sez. 3, n. 16899 del 27/11/2014, I., Rv. 263344; Sez. 3, n. 44978 del 22/10/2010, C., Rv. 249111), o, comunque, il doloso sfruttamento della menomazione della vittima, mediante la strumentalizzazione delle sue condizioni, allo scopo di accedere alla sfera intima della persona che, versando in uno stato di difficoltà, viene ridotta ad un mezzo per l'altrui soddisfacimento sessuale (Sez. 3, n. 20766 del 14/04/2010, T., Rv. 247655).

Ne consegue, in definitiva, l'infondatezza della censura, risultando del tutto insussistente il vizio di motivazione al riguardo denunciato dal ricorrente mediante detto motivo.

3. La doglianza formulata con la memoria depositata il 7 marzo 2016, mediante la quale è stata denunciata mancanza di motivazione in ordine alla configurabilità della ipotesi attenuata di cui all'ultimo comma dell'art. 609 bis cod. pen., oggetto di specifica doglianza formulata con l'atto d'appello che la Corte d'appello avrebbe omissis di considerare, è inammissibile a cagione della sua novità.

Costituisce, invero, principio consolidato nella giurisprudenza di questa Corte quello secondo cui con i motivi nuovi non è consentito dedurre violazioni in precedenza non prospettate, in quanto i motivi nuovi presentati a sostegno dell'impugnazione devono avere ad oggetto, a pena di inammissibilità, solo i capi o i punti della decisione impugnata che sono stati già enunciati nei motivi originariamente proposti a norma dell'art. 581, comma primo, lett. a), cod. proc. pen. (così Sez. 3, n. 18293 del 20/11/2013, G., Rv. 259740, che in motivazione ha evidenziato che l'ammissibilità di censure non tempestivamente formalizzate entro i termini per l'impugnazione determinerebbe una irragionevole estensione dei tempi di definizione del processo oltre che lo scardinamento del sistema dei termini per impugnare; conf., ex plurimis, Sez. 2, n. 1417 del 11/10/2012, Platamone, Rv. 254301; Sez. 5, n. 14991 del 12/01/2012, Strisciuglio, Rv. 252320); analogamente, del resto, a quanto è da dirsi con riferimento all'ambito dell'appello incidentale in rapporto a quello dell'appello principale, aspetto esaurientemente sviluppato da Sez. un., n. 10251 del 17/10/2006, Michaeler, Rv. 235699.

Ora, nella specie, con il ricorso per cassazione l'imputato ha lamentato esclusivamente l'indebita utilizzazione della registrazione della conversazione con la persona offesa e l'insufficienza della motivazione in ordine alla condizione di inferiorità psicofisica della persona offesa, con la conseguenza che risulta evidente l'assoluta novità della doglianza relativa alla configurabilità della attenuante di cui all'ultimo comma dell'art. 609 bis cod. pen., estranea ai motivi di ricorso, che hanno ad oggetto altri punti della sentenza impugnata (e cioè l'utilizzabilità di una prova e la sussistenza dell'abuso delle condizioni di inferiorità psicofisica della vittima) ed anche alle doglianze formulate con i motivi principali dell'atto d'appello, con la conseguente inammissibilità della censura a causa della sua novità, essendo estranea alle censure formulate con i motivi di ricorso.

4. In conclusione il ricorso deve essere respinto, stante l'inammissibilità del primo motivo e del motivo nuovo e l'infondatezza del secondo motivo, con la conseguente condanna dell'imputato al pagamento delle spese processuali.

P.Q.M.

Rigetta il ricorso e condanna il ricorrente al pagamento delle spese processuali. – *Omissis*.

Ancora dubbi sulla natura delle intercettazioni

Valeria Sisto*

La Corte di cassazione, con la sentenza n. 39378/2016, fornisce un contributo decisivo ed innovativo al dibattito mai sopito concernente il regime di utilizzabilità delle registrazioni di conversazioni eseguite da uno dei partecipanti al colloquio. Dopo aver ricostruito i difformi orientamenti ermeneutici sviluppatisi sul tema, che vedono contrapporsi la tesi della natura di prova documentale e quella a favore della qualificazione della registrazione in oggetto come documentazione di un'attività d'indagine, la Suprema Corte afferma che la registrazione fonografica occultamente eseguita da uno degli interlocutori, d'intesa con la polizia giudiziaria e con apparecchiature da questa fornite, integra un'ipotesi di vera e propria intercettazione di conversazione da parte di terzi. A conferma di tale opzione interpretativa milita l'ascolto e la registrazione contestuale da parte della polizia giudiziaria, quale soggetto estraneo alla conversazione, da ciò derivando l'assoggettabilità delle registrazioni *de quibus* alla disciplina autorizzativa dettata dagli artt. 266 e segg. c.p.p.

Il caso specifico

La questione posta al vaglio della Suprema Corte nel provvedimento in esame trae origine dalla sentenza emessa dalla Corte d'appello di Milano con la quale, a conferma di quanto già statuito dal giudice per le indagini preliminari, si ritiene sussistente a carico dell'imputato il reato di violenza sessuale tentato e consumato in danno di persona in condizioni di inferiorità fisica e psicofisica, di cui agli artt. 81 c.p.v., 56 e 609 *bis*, commi 1° e 2°, n. 1, c.p.

In particolare, l'affermazione della responsabilità penale anzidetta risulta legata a doppio filo alle registrazioni delle conversazioni svoltesi tra l'imputato e la persona offesa all'interno della sua automobile ed eseguite mediante un apparecchio trasmettitore, collegato a due ricetrasmittenti in dotazione alla polizia giudiziaria, su autorizzazione del pubblico ministero ma in mancanza di autorizzazione del giudice per le indagini preliminari.

La questione giuridica che assume rilievo centrale nel provvedimento in commento concerne, per l'appunto, la natura giuridica e il conseguente regime di utilizzabilità delle suddette registrazioni. Se, da una parte, queste sono ritenute utilizzabili, dal G.i.p. prima e dalla Corte territoriale poi, in quanto integranti una documentazione di attività d'indagine, come tale non soggetta alla disciplina di cui agli artt. 266 e segg. c.p.p., dall'altra, il ricorrente con il primo motivo di impugnazione ne rileva, invece, l'inutilizzabilità allorché tale registrazione, sostanziandosi in una vera e propria intercettazione, risulta priva del provvedimento autorizzativo del giudice per le indagini preliminari tassativamente richiesto dal dato normativo dell'art. 267 c.p.p.

Il punto di partenza: intercettazioni rituali o atti d'indagine atipici?

La *quaestio iuris* affrontata dalla terza sezione penale della Cassazione nella pronuncia in commento riguarda l'utilizzabilità probatoria della registrazione di una conversazione effettuata da uno degli interlocu-

tori, previa intesa con la polizia giudiziaria e con mezzi da quest'ultima forniti e, in particolare, ci si chiede se tale registrazione debba soggiacere o meno all'obbligo di autorizzazione da parte dell'autorità giudiziaria previsto dalla disciplina *ex* artt. 266 e segg. c.p.p.

Tale problematica costituisce, nel più generale ambito delle intercettazioni telefoniche e ambientali, una sorta di "zona grigia" quanto a confini teorici ed incertezza di disciplina¹.

Occorre in via preliminare rammentare che le disposizioni dettate dal legislatore in tema di intercettazioni trovano il loro primario riferimento normativo nell'art. 15 Cost., ove sancisce l'inviolabilità della libertà e della segretezza della corrispondenza e di ogni altra forma di comunicazione, disponendo che la loro limitazione è eccezionalmente consentita "soltanto per atto motivato dall'autorità giudiziaria con le garanzie stabilite dalla legge".

Tale norma, dalla indubbia natura precettiva, mira a tutelare, al contempo, il diritto alla libertà e alla segretezza delle comunicazioni, riconosciuto come connesso ai diritti della personalità definiti inviolabili dall'art. 2 Cost., nonché l'interesse a reprimere e a prevenire i reati, bene anch'esso oggetto di protezione costituzionale.

L'indispensabile bilanciamento tra questi due interessi viene demandato, da una parte, al legislatore ordinario, allorché individua le "garanzie" necessarie allorché si limitino diritti tutelati dal dettato costituzionale, dall'altra, all'autorità giudiziaria che, esattamente come nel caso della disciplina delle intercettazioni, ne legittima le predette restrizioni.

Giova evidenziare che la medesima copertura costituzionale non si estende anche ad un autonomo diritto alla riservatezza, tutelato costituzionalmente solo in via mediata, ossia nei limiti in cui lo stesso vada ad incidere su altri diritti di libertà, quali la libertà morale, la libertà di domicilio e la libertà e la segretezza della corrispondenza e di ogni altra forma di comunicazione².

Dopo aver posto in evidenza l'esigenza costituzionale sottesa agli artt. 266 e segg. c.p.p., occorre rile-

* Il contributo è stato sottoposto, in forma anonima, alla valutazione di un referee.

¹ Per un inquadramento sistematico dell'argomento: A. Bernasconi, *Prove*, in AA.VV., *Manuale di diritto processuale penale*,

Torino, 2015, 308 e segg.

² Cfr. E. Aprile-F. Spiezia, *Le intercettazioni telefoniche e ambientali. Innovazioni tecnologiche e nuove questioni giuridiche*, Giuffrè, Milano, 2004, 133 e segg.; C. Di Martino-T. Procaccianti,

vare la mancanza di un'espressa definizione del concetto di intercettazione ad opera del codice di rito.

Tale lacuna è stata però colmata in via pretoria, oltre che dall'esegesi normativa, potendosi intendere per "intercettazione" la captazione occulta, in tempo reale, del contenuto di una conversazione o di una comunicazione in corso tra due o più persone da parte di altri soggetti, estranei al colloquio, ovvero in altri termini, per usare la terminologia usualmente adoperata dalla Corte di cassazione, nel "sequestro di un bene immateriale: il contenuto di una comunicazione"³.

Perché sia qualificata tale, l'intercettazione di comunicazioni ex art. 266 e segg. c.p.p. richiede, quindi, la volontà dei soggetti di comunicare tra loro con il preciso intento di escludere estranei dal contenuto della comunicazione e secondo modalità tali da tenere quest'ultima segreta, l'uso di strumenti tecnici di percezione particolarmente invasivi ed insidiosi, tali da superare le cautele elementari che dovrebbero garantire la libertà e segretezza del colloquio nonché tali da captarne i contenuti ed, infine, l'assoluta estraneità al colloquio del soggetto captante che, in modo clandestino, consenta la violazione della segretezza della conversazione.

L'enucleazione dal tessuto normativo di una nozione sufficientemente precisa di intercettazione così come delineata risulta indispensabile per differenziare da essa una serie di attività che, per ragioni diverse, risultano prive di tutti o di alcuni dei requisiti che contraddistinguono il fenomeno regolato dagli artt. 266 e segg. c.p.p.⁴.

Al fine di comprendere a pieno l'iter argomentativo seguito dalla Corte nella pronuncia in esame, appare necessario, infatti, porre a confronto la fattispecie relativa alle registrazioni di conversazioni o comunicazioni ad opera di uno degli interlocutori, d'intesa e con apparecchiature fornitegli dalla polizia giudiziaria, con i presupposti dell'intercettazione come innanzi tratteggiati.

Ebbene, non v'è chi non veda come, nonostante ricorra nel caso di specie la contestualità dell'ascolto da parte di un soggetto terzo alla conversazione, nonché l'utilizzo di mezzi meccanici o elettronici idonei alla captazione da parte dell'organo inquirente, manchi per l'interlocutore consenziente il carattere occulto della pratica, attesa la consapevolezza di costui della captazione e la non spontaneità della conversazione, presumibilmente "pilotata"⁵ secondo pregresse indicazioni fornitegli dall'organo inquirente.

Se a ciò si aggiunge poi che il soggetto che effettua la registrazione fonografica è il medesimo interlocutore, sembrerebbe difettare anche il fondamentale requisito dell'estraneità al colloquio del soggetto captante.

E invero, proprio muovendo da tali basi, non è mancato chi abbia ravvisato in tale peculiare tipologia di registrazioni una *species* del *genus* degli atti d'indagine atipici, categoria "aperta" all'interno della quale si suole sussumere tutte quelle attività elaborate di volta in volta rispetto al caso concreto e tese ad impedire la dispersione della fonte di prova oltre che a preservarne la genuinità e l'integrità⁶.

Occorre rilevare, tuttavia, che l'atipicità di tali atti, e quindi l'assenza di una puntuale regolamentazione normativa, impone di verificarne di volta in volta la legittimità, nell'ottica di appurare se l'atto investigativo atipico comporti una violazione di un divieto prescritto dalla legge, così ledendo alcuni diritti fondamentali dell'individuo quali, tra gli altri, la segretezza delle comunicazioni.

Segnatamente, l'approvvigionamento diretto da parte degli organi inquirenti, per scelta di uno dei conversatori, della comunicazione a distanza intercorrente tra quest'ultimo e un terzo, tramite apparecchiature da questi fornitegli, si configura quale ambiguo strumento investigativo che, pur presentando numerosi elementi di affinità con il paradigma delle intercettazioni, non rientra in alcun modello normativamente previsto sottraendosi a qualsivoglia tentativo di inquadramento sistematico.

L'ambiguità di tale pratica investigativa risulta, a ben guardare, in primo luogo dalla mancanza di un controllo preventivo dell'autorità giudiziaria, e ciò assume una valenza pregnante soprattutto ove si consideri che l'organo di polizia può fornire un contributo causale al contenuto della comunicazione, guidando il conversatore nella conduzione della conversazione con la persona sottoposta alle indagini, la quale è privata di qualsiasi garanzia difensiva e confida nella riservatezza del colloquio.

Appare doveroso rammentare, inoltre, che il ricorso allo strumento atipico si deve configurare quale *extrema ratio* nella pratica investigativa, soprattutto nel caso vi siano, come nella fattispecie in oggetto, anche altri strumenti istruttori utili a conseguire i medesimi risultati probatori, quali le intercettazioni regolarmente autorizzate e le sommarie informazioni acquisite dalla persona informata sui fatti⁷.

Una volta così ricostruiti gli sfuggenti confini della

Le intercettazioni telefoniche, Padova, 2001, 6 e segg.; P. Tonini-C. Conti, *Il diritto alle prove penali*, I Edizione, Milano, 2012, 428 e segg.; nonché V.F. Caprioli, *Intercettazione e registrazione di colloqui tra persone presenti nel passaggio dal vecchio al nuovo codice di procedura penale*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1991, 146.

³ Così E. Aprile-F. Spiezia, *op. cit.*, 3.

⁴ Cfr. C. Conti, *Accertamento del fatto e inutilizzabilità nel processo penale*, Padova, 2007, 312 e segg.

⁵ Così M. Colamussi, *Comunicazioni a distanza apprese dall'inquirente per volontà di un interlocutore*, in *Le indagini atipiche*, a cura di A. Scalfati, Torino, 2014, 120.

⁶ V. P. Maggio, *Ascolto occulto delle conversazioni tra presenti*, in *Le indagini atipiche*, cit., 106; M. Colamussi, *op. cit.*, 118; nonché: Ufficio del Massimario-Servizio penale, *Orientamenti sulle linee interpretative della giurisprudenza e della dottrina in materia di intercettazioni*, Rel. n. 55/2005, in www.cortedicassazione.it.

⁷ Cfr. C. Conti, *Intercettazioni e inutilizzabilità: la giurisprudenza aspira al sistema*, in *Cass. Pen.*, 2011, n. 10, 3641 e segg. nel quale contributo l'Autrice pone l'accento sul "principio di non sostituibilità posto a presidio di limiti ricavabili dal sistema e finalizzato a stigmatizzare escamotage che possono vanificarne l'utilità. Il predetto principio sembra assurgere a cardine del di-

fattispecie in esame, nonché la sua possibile riconducibilità alla categoria degli atti d'indagine atipici, occorre fare cenno brevemente ai difformi orientamenti interpretativi formatisi sul tema.

La necessità dell'autorizzazione del g.i.p. richiesta dagli artt. 266 e segg. c.p.p.

Nel ricostruire il contrasto tra i divergenti filoni giurisprudenziali formatisi sulla questione, il Supremo Collegio muove dall'interpretazione pretoria di una fattispecie non perfettamente sovrapponibile a quella oggetto della pronuncia in commento, ossia quella riguardante la registrazione fonografica di una conversazione tra presenti ovvero effettuata mediante strumenti di trasmissione da uno dei partecipi al colloquio.

In particolare, in caso di registrazione di un colloquio ad opera di una delle persone che vi partecipi attivamente o che sia comunque ammessa ad assistervi, difettano la compromissione della segretezza della comunicazione, il cui contenuto viene legittimamente appreso soltanto da chi palesemente vi partecipa o vi assiste, e la "terzietà" del captante, come in precedenza stigmatizzata.

Conseguentemente, tale forma di registrazione, lungi dal rientrare nel concetto di intercettazione "tecnica", costituisce piuttosto una forma di memorizzazione fonica di un fatto storico, della quale l'autore può disporre legittimamente quale prova documentale⁸ ai sensi dell'art. 234 c.p.p., e ciò anche nell'ipotesi in cui la registrazione sia stata effettuata su suggerimento o incarico della polizia giudiziaria⁹.

A conferma di tale assunto milita del resto l'interesse leso dall'utilizzazione del contenuto della registrazione: questa, infatti, non incide sulla libertà e sulla segretezza delle comunicazioni tutelate dal dettato costituzionale, ma semmai investe l'interesse alla riservatezza, valore che, come detto nelle superiori conside-

razioni, non riceve una copertura costituzionale ed è, pertanto, destinato a soccombere di fronte all'interesse pubblico all'accertamento della verità¹⁰.

Segnatamente, se la disciplina codicistica delle intercettazioni tutela il diritto alla segretezza inteso alla stregua di un diritto volto ad impedire che terzi estranei interferiscano in quella relazione e prendano conoscenza del contenuto di quella comunicazione, il diritto alla riservatezza riguarda, invece, i soggetti direttamente interessati alla comunicazione e si concretizza nell'interesse a che il contenuto della comunicazione non venga portato a conoscenza di persone diverse dai suoi destinatari¹¹.

Da tale prima ipotesi si discosta la fattispecie oggetto della sentenza *de qua*, in merito alla quale si è formato un ulteriore indirizzo giurisprudenziale¹² condiviso, peraltro, dalla Corte d'appello allorché ha escluso l'inutilizzabilità della registrazione fonografica nella sentenza in commento.

Tale opzione ermeneutica poggia, a ben considerare, sulla distinzione esistente tra "documento" e "atto del procedimento" oggetto di documentazione.

Una pronuncia della Suprema Corte a Sezioni Unite¹³ ha, infatti, chiarito che, con riferimento alla materia delle videoregistrazioni, le norme sui documenti, contenute nel codice di procedura penale, sono state concepite e formulate con esclusivo riferimento ai documenti formati "fuori" del procedimento, e non in vista e in funzione del medesimo.

Di talché le videoregistrazioni effettuate dalla polizia giudiziaria nel corso delle indagini, non essendo state effettuate fuori dal procedimento, non possono essere introdotte alla stregua di documenti e diventare, quindi, una prova documentale ai sensi dell'art. 234 c.p.p., ma sono piuttosto considerabili alla stregua di "documentazione dell'attività investigativa" con finalità di accertamento processuale, suscettibili di utilizzazione solo se riconducibili ad un'altra cate-

ritto delle prove in applicazione del fondamentale canone di legalità dal quale si evince un generale divieto di aggiramenti surretizi. Sullo sfondo, ça va sans dire, si staglia l'art. 111, comma I, Cost."

⁸ Sul tema: A. Laronga, *La prova documentale nel processo penale*, Utet, Torino, 2004, 235 e segg.; E. Aprile-F. Spiezia, *op. cit.*, 129 e segg.

⁹ *Ex multis*: Cass., Sez. un., 28 maggio 2003, n. 36747, in *Cass. Pen.*, 2004, 2094, in cui la Suprema Corte afferma che la registrazione fonografica di un colloquio, svoltosi tra presenti o mediante strumenti di trasmissione, ad opera di un soggetto che ne sia partecipe, o comunque sia ammesso ad assistervi, non è riconducibile, quantunque eseguita clandestinamente, alla nozione di intercettazione, ma costituisce forma di memorizzazione fonica di un fatto storico, della quale l'autore può disporre legittimamente, anche ai fini di prova nel processo secondo la disposizione dell'art. 234 c.p.p., salvi gli eventuali divieti di divulgazione del contenuto della comunicazione che si fondino sul suo specifico oggetto o sulla qualità rivestita dalla persona che vi partecipa, con nota di L. Filippi, *Le sezioni unite decretano la morte dell'agente segreto "attrezzato per il suono"*; Cass., Sez. I, 22 gennaio 2013, n. 6339, in *CED Cass.*, n. 254814; Cass., Sez. VI, 16 marzo 2011, n. 31342, in *CED Cass.*, n. 250534; Cass., Sez. IV, 4 ottobre 2007, n. 40332, in *CED Cass.*, n. 237789; Cass., Sez. II, 11 aprile 2007, n. 16886, in *Guida Dir.*, 2007, n. 23, 69.

¹⁰ In proposito: D. Dawan, *Divieti probatori e raccolta di documenti fonografici da parte della polizia giudiziaria*, in *questa Rivista*, 2004, 67 e segg.; A. Mari, *Giro di vite sulle intercettazioni*, in *Dir. e Giust.*, 2003, n. 37, 12 e segg.

¹¹ Cfr. L. Filippi, *sub art. 266 c.p.p.*, in A. Giarda-G. Spangher (a cura di), *C.p.p. commentato*, IV ed., I, Milano, 2010, 2564 e segg.; D. Potetti, *Note in tema di uso investigativo del registratore*, in *Riv. Pen.*, 1992, 1011, secondo il quale "immaginare che il Costituente abbia voluto imporre il silenzio indiscriminato come conseguenza di ogni comunicazione interpersonale (salvo, si dovrebbe evidentemente supporre, di comunicazioni, per le quali lo stesso comunicante autorizza, implicitamente o esplicitamente, la diffusione) ci sembra cosa contraria alla natura degli uomini e di tali fenomeni, che non poteva certo sfuggire al Costituente. La riservatezza può essere una virtù, ma non certo un obbligo costituzionale, posto da una norma immediatamente precettiva!"

¹² *Ex plurimis*: Cass., Sez. VI, 7 aprile 2010, n. 23742, in *CED Cass.*, n. 247384; Cass., Sez. II, 20 marzo 2015, n. 19158, in *CED Cass.*, n. 263526, nonché Cass., Sez. II, 29 gennaio 2014, n. 7035, in *Cass. Pen.*, 2014, n. 10, 337.

¹³ Il riferimento è a Cass., Sez. un., 28 marzo 2006, n. 26795, in *Cass. Pen.*, 2007, 3937, con note di F. Ruggieri, *Riprese visive ed inammissibilità della prova*, e di M.L. Di Bitonto, *Le riprese video domiciliari al vaglio delle Sezioni Unite*.

goria probatoria, quale per esempio, nel caso delle videoriprese, quella delle cd. prove atipiche previste dall'art. 189 c.p.p.

Ebbene, la giurisprudenza ha mutuato tale distinzione dalla materia delle videoriprese¹⁴ ritenendola applicabile anche alla registrazione fonografica occultamente eseguita da uno degli interlocutori d'intesa con l'organo inquirente e con apparecchiature da questo fornite.

Si è, pertanto, valorizzato l'uso investigativo che viene fatto in questo caso dello strumento della captazione, non potendo omettersi di rilevare il più alto grado di lesività di questo tipo di attività rispetto a quella in prima battuta analizzata.

La suddetta attività investigativa, invero, incide sul diritto alla segretezza delle conversazioni e delle comunicazioni tutelato dall'art. 15 Cost. e conseguentemente richiede, a differenza della registrazione effettuata da uno dei partecipanti al colloquio di sua iniziativa, una tutela "assonante" seppur non coincidente con quella che presidia le intercettazioni: un necessario provvedimento dell'autorità giudiziaria.

Il suddetto controllo, tuttavia, lungi dall'implicare l'automatica sussunzione della captazione in esame nell'alveo di applicabilità della disciplina delle intercettazioni, può sostanziarsi anche in un livello di garanzia minore, quale un provvedimento motivato del pubblico ministero.

Si evidenzia, infatti, come il grado di invasività della captazione effettuata dalla polizia giudiziaria della registrazione fonografica, in questi termini qualificata, appaia di intensità minore rispetto a quella caratterizzante l'intercettazione tipica, determinando quindi un minor grado di intrusione nella vita privata atteso il pieno consenso di uno dei partecipanti alla conversazione¹⁵.

La ricostruzione del composito quadro giurisprudenziale *de quo* rappresenta il punto di partenza logico-giuridico del percorso argomentativo seguito dalla terza sezione penale della Corte di cassazione.

Il Supremo Collegio, specificando la propria adesione all'orientamento interpretativo che postula un necessario provvedimento autorizzativo per disporre la

registrazione fonografica occultamente eseguita da uno degli interlocutori d'intesa con la polizia giudiziaria e con apparecchiature da questa fornite¹⁶, non ravvisa nel caso di specie i presupposti per rimettere la questione alla Sezione Unite, reputando che la fattispecie in esame integri una vera e propria intercettazione di conversazione da parte di terzi.

A favore di tale conclusione, sostiene la Corte, depone in primo luogo il fatto che l'apparecchio trasmettitore fornito alla persona offesa, e da questa utilizzato per registrare la conversazione con l'imputato, fosse collegato a due ricetrasmittenti in dotazione alla polizia, tali da consentire la registrazione della conversazione svoltasi all'interno dell'autovettura dell'imputato.

Si pone in evidenza, quindi, come l'ascolto e la registrazione contestuale da parte degli agenti, consentendo peraltro l'arresto dell'imputato in flagranza, identifichi la captazione siffatta come un'intercettazione di conversazione da parte di terzi "estranei ad essa", in quanto tale soggetta alla disciplina autorizzativa dettata dagli artt. 266 e segg. c.p.p. nella specie pacificamente non osservata¹⁷.

Tale arresto ermeneutico ha il merito di superare il dato formale, alla stregua del quale la peculiare tipologia di registrazione e captazione in oggetto non combacia perfettamente con i requisiti dell'intercettazione enucleati dalla giurisprudenza e dall'esegesi normativa, valorizzando una valutazione di fatto, secondo la quale si è in ogni caso in presenza della captazione di una "comunicazione riservata", che si svolge a distanza e che sostanzialmente viene percepita dall'inquirente "estraneo", nel senso che non era a lui destinata.

La pronuncia in commento mostra, inoltre, di recepire i dubbi di legittimità costituzionale sollevati in merito agli artt. 234 e 266 c.p.p. "nella parte in cui escludono dalla nozione di intercettazione di conversazioni o comunicazioni, per considerarle documenti, le registrazioni di un colloquio effettuata da uno degli interlocutori o dei soggetti ammessi ad assistere alla conversazione medesima, ma all'insaputa di altri interlocutori o partecipanti alla stessa, d'intesa con la

¹⁴ Cfr. C. Conti, *Le video-riprese tra prova atipica e prova incostituzionale: le Sezioni Unite elaborano la categoria dei luoghi "riservati"*, in *questa Rivista*, 2006, 1347 e segg.

¹⁵ In tal senso: Cass., Sez. II, 29 gennaio 2014, n. 7035, cit., nel quale provvedimento la Suprema Corte evidenzia come "una simile attività, venendo ad incidere sul diritto alla segretezza delle conversazioni e delle comunicazioni, tutelato dall'art. 15 Cost., a differenza della registrazione effettuata d'iniziativa di uno degli interlocutori, richiede un controllo dell'autorità giudiziaria. Ma tale controllo – diversamente da quanto sostenuto dal ricorrente – non implica la necessità di osservare le disposizioni relative all'intercettazione di conversazioni o comunicazioni di cui agli artt. 266 c.p.p. e segg., in quanto le registrazioni fonografiche, per il diverso livello di intrusione nella sfera di riservatezza che ne deriva, non possono essere assimilate, nemmeno nell'ipotesi considerata, alle intercettazioni telefoniche o ambientali e non possono, quindi, ritenersi sottoposte alle limitazioni ed alle formalità proprie di queste ultime. Non par dubbio, infatti, che le intercettazioni si rivelano particolarmente invasive della sfera di

segretezza delle comunicazioni: il che determina la necessità dell'autorizzazione del giudice".

¹⁶ *Ex multis*: Cass., Sez. II, 10 ottobre 2012, n. 42939, in *CED Cass.*, n. 253819.

¹⁷ Sul punto: Cass., Sez. I, 13 gennaio 1999, n. 3458, in *CED Cass.*, n. 213251, nella quale i giudici di legittimità hanno evidenziato tale necessità, puntualizzando che "deve ritenersi assoggettata alla disciplina delle intercettazioni di comunicazioni tra presenti anche l'ipotesi in cui una persona, nell'ambito di una attività collaborativa con le forze di polizia, celi un microfono collegato via radio alla unità centrale, in tal modo consentendo alle forze di polizia l'ascolto diretto dei colloqui. Anche attraverso tale modalità, infatti, si determina una grave ingerenza nella vita privata dei soggetti interessati, non eliminata e nemmeno attenuata dalla circostanza, meramente accidentale, che uno di essi sia consenziente"; in tema anche: Cass., Sez. VI, 20 novembre 2000, n. 3846, in *Cass. Pen.*, 2001, 3483; Cass., Sez. V, 11 maggio 2000, n. 6947, *ivi*, con nota di L. Dipaola, *Sull'applicabilità della disciplina delle registrazioni di conversazioni "provocate"*.

polizia giudiziaria, eventualmente utilizzando mezzi messi a disposizione da quest'ultima e, in ogni caso, nel contesto di un procedimento penale già avviato, in riferimento agli artt. 2, 15, 24 e 117, 1° comma, Cost.”¹⁸.

Sul piano dei beni giuridici tutelati, una forma di captazione siffatta priva la persona sottoposta alle indagini di qualsiasi garanzia difensiva e, svolgendosi al di fuori dei casi previsti dalla legge e in difetto di un atto motivato dell'autorità giudiziaria, viola “di fatto” la libertà e la segretezza della corrispondenza presiedute dall'art. 15 Cost.

Quand'anche il requisito della segretezza della comunicazione si debba escludere a causa del consenso di uno degli interlocutori, consapevole della captazione, rileva comunque la violazione del diritto alla riservatezza sussumibile nell'alveo di tutela sia dell'art. 2 Cost. sia dell'art. 8 CEDU, la cui applicazione nell'ordinamento interno è assicurata dall'art. 117 Cost.¹⁹.

Tali disposizioni impongono in ogni caso un livello minimo di garanzie assicurato da un provvedimento motivato dell'autorità giudiziaria; a tale proposito, infatti, la Corte di Strasburgo è intervenuta più volte al fine di sollecitare gli stati membri ad emanare una puntuale disciplina tesa ad impedire che le molteplici forme di “ascolto” e di “intercettazione”, favorite dal continuo progresso tecnologico, possano recare un grave pregiudizio per il rispetto della vita privata tutelato dall'art. 8 CEDU, nell'ottica di rendere ogni interferenza “ragionevolmente prevedibile”, fornendo al contempo al privato la garanzia di “un controllo rigoroso” avverso gli abusi delle autorità²⁰.

La giurisprudenza sovranazionale si è, del resto, sovente espressa a favore dell'assimilabilità della captazione di una conversazione effettuata da uno degli interlocutori, all'insaputa dell'altro, con l'ausilio della polizia giudiziaria che fornisca gli apparecchi adatti

alla registrazione, alle intercettazioni telefoniche o ambientali proprio per il grado di intrusione nella sfera della vita privata dei soggetti interessati²¹.

A ciò si aggiunga, peraltro, quanto espresso dal dettato costituzionale il quale, com'è noto, tutela molteplici e imprecisate forme di comunicazione interpersonale da qualsiasi ingerenza esterna, con la sola eccezione dei casi previsti dalla legge, cd. “riserva di legge”, e previo controllo dell'autorità giudiziaria attestato da un provvedimento motivato, altrimenti detta “riserva di giurisdizione”, non residuando alcuna deroga in favore degli organi di polizia²².

Se, infatti, la disciplina di cui agli artt. 266 e segg. c. p.p. appare pienamente rispettosa del precetto costituzionale, configurandosi quale eccezione alla regola, lo stesso non può dirsi della tecnica investigativa della captazione di una comunicazione appresa dall'inquirente per volontà di uno dei conversatori, per la quale si registra, come più volte evidenziato, la mancanza di un intervento del legislatore.

Proprio da tale “vuoto normativo”²³ deriva, difatti, il proliferare di interventi giurisprudenziali di rango costituzionale e sovranazionale, sintomatici della continua ricerca di un temperamento tra l'esigenza di effettività delle indagini e la tutela delle garanzie fondamentali riconosciute all'individuo²⁴.

In tale contesto, la Suprema Corte con la sentenza n. 39378/2016, sancendo l'inutilizzabilità della captazione in oggetto, assume la veste di garante dei valori fondamentali dell'ordinamento, impedendo l'ingresso nel processo penale di “prove incostituzionali”²⁵: in nome dell'alto tasso di rendimento probatorio di tali prove troppo spesso, invero, si pregiudicano, per modalità, metodi e comportamenti realizzati, i fondamentali diritti del cittadino garantiti dalla Costituzione e dalla Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo.

¹⁸ Così Trib. Lecce, ord. 19 maggio 2008, in *Cass. Pen.*, 2009, 3084, con nota di E. Turco, *La registrazione di colloqui effettuata dall'interlocutore longa manus della polizia giudiziaria tra intercettazione, prova documentale e prova atipica incostituzionale*.

¹⁹ Cfr. M. Colamussi, *op. cit.*, 125; nonché Trib. Lecce, ord. 19 maggio 2008, cit., 3091, in cui si precisa come “con l'art. 117, 1° comma, Cost. si è realizzato, in definitiva, un rinvio mobile alla norma convenzionale di volta in volta conferente, la quale dà vita e contenuto a quegli obblighi internazionali genericamente evocati e, con essi al parametro, tanto da essere comunemente qualificata “norma interposta”. Ne consegue che al giudice comune spetta interpretare la norma interna in modo conforme alla disposizione internazionale, entro i limiti nei quali ciò sia permesso dai testi delle norme”.

²⁰ Cfr. Cedu, 23 novembre 1993, A. c. Francia, in *www.echr.coe.int.*; Cedu, 25 ottobre 2007, Van Vondel c. Paesi Bassi, in *Cass. Pen.*, 2008, 831; Cedu, 1 marzo 2007, Heglas c. Repubblica Ceca, *ivi*, 2006, 1605; Cedu, 6 dicembre 2005, Agaglou c. Turchia, *ivi*, 2006, 1605; Cedu, 8 aprile 2003, M.M. C. Paesi Bassi, *ivi*, 2004, 1413; Cedu, 30 luglio 1998, Valenzuela Contreras c.

Spagna, in *www.echr.coe.int.*; Cedu, 26 aprile 1997, Sunday Times c. Regno Unito, *ivi*; Cedu, 26 marzo 1987, Leander c. Svezia, *ivi*.

²¹ *Ex plurimis*: Cedu, 10 marzo 2009, Bykov c. Russia, in *Legisl. Pen.*, 2009, 367 e segg.; in tal senso si è espressa anche la giurisprudenza di merito: Cass., Sez. VI, 6 novembre 2008, n. 44128, in *questa Rivista*, 2009, 1274, con nota di F. Decaroli, *Revirement sulle registrazioni effettuate con mezzi forniti dalla Polizia Giudiziaria*.

²² Sul punto: L. Kalb, *Meccanismi operativi e regole procedurali*, in AA.VV., *Le intercettazioni di conversazioni e di comunicazioni*, Atti del Convegno (Milano, 5-7 ottobre 2007), Giuffrè, Milano, 2009, 24.

²³ Così: M. Colamussi, *op. cit.*, 125.

²⁴ Sul punto: G. Giostra, *Intercettazioni fra indagini e privacy*. *Primo, evitare soluzioni improvvisate*, in *Dir. e Giust.*, 2006, n. 31, 96 e segg.

²⁵ In merito si veda: Corte cost., 6 aprile 1973, in *Giur. Cost.*, 1973, 316 e segg., con nota di V. Grevi, *Insegnamenti, moniti e silenzi della Corte Costituzionale in tema di intercettazioni telefoniche*; nonché P. Maggio, *op. cit.*, 106 e segg.

Percorsi di giurisprudenza

La prestazione di servizi e attività di investimento

a cura di Barbara Petrazzini

Il contributo esamina i più recenti sviluppi della giurisprudenza di merito e di legittimità che si è occupata delle controversie sorte tra clienti e intermediari autorizzati alla prestazione dei servizi e delle attività di investimento. In particolare, in questa rassegna vengono esaminate le pronunce rese in tema di violazione dell'obbligo di forma scritta del contratto di investimento e in tema di diritto di recesso nei contratti conclusi fuori sede.

Premessa

Le disposizioni del t.u.f. dedicate alla prestazione di servizi e attività di investimento, contenute nel Titolo II, Capo II del D.Lgs. n. 58/1998 e nel Libro III, parte II del Regolamento Intermediari (regolamento Consob n. 16190 del 29 ottobre 2007), possono essere idealmente distinte in due categorie: da un lato vi sono quelle nelle quali il legislatore si limita a dettare le regole di condotta che devono essere seguite dai soggetti abilitati senza indicare in modo esplicito se e in che modo la loro violazione si ripercuota sulla validità del contratto, da un altro quelle nelle quali il legislatore si è invece preoccupato di precisare la sorte del contratto concluso in loro violazione.

Alla prima categoria appartiene l'art. 21 t.u.f., dedicato ai criteri cui l'intermediario deve attenersi nei rapporti con il cliente, che ha il suo nucleo centrale negli obblighi generali di diligenza, correttezza e trasparenza, negli obblighi di informazione (differenziati – in particolare dopo l'attuazione della direttiva MiFID ad opera del D.Lgs. n. 164/2007 – sia in base al tipo di servizio sia in base alla tipologia di cliente) e nella disciplina dei conflitti di interesse. Alla seconda possono invece ascrivere l'art. 23 t.u.f. (che impone a pena di nullità l'obbligo di forma scritta per i contratti relativi alla prestazione dei servizi di investimento), l'art. 30 t.u.f. (che sanziona con la nullità il contratto concluso fuori sede che non indichi espressamente l'esistenza del diritto di ripensamento in capo all'investitore) e, ancorché collocato in altra Parte del t.u.f., l'art. 100 *bis* t.u.f. (introdotto dalla L. n. 262/2005 sull'onda degli scandali finanziari dei primi anni del decennio scorso, ma privo, ad oggi, di significativi interventi giurisprudenziali, che attribuisce al consumatore la possibilità di far valere la nullità dei contratti conclusi in violazione della disciplina del prospetto nel caso di successiva e sistematica rivendita di prodotti finanziari originariamente oggetto di un'offerta al pubblico esente dall'obbligo di prospetto perché riservata a investitori qualificati).

Partendo da questa bipartizione, il contenzioso tra clienti e intermediari ha così seguito strade e percorsi diversi.

Quello relativo alla violazione delle regole di condotta si è dapprima concentrato sulla complessa questione relativa all'individuazione dei rimedi civilistici a disposizione dell'investitore e, dopo una prima fase di contrasti giurisprudenziali, ha avuto il suo momento di svolta con le due pronunce della Cassazione a Sezioni Unite del dicembre 2007 (Cass., Sez. un., 19 dicembre 2007, n. 26724 e 26725, in *Giur. It.*, 2008, 347, in *Foro It.*, 2008, I, 784 e in *Giur. Comm.*, 2008, II, 604) che hanno chiarito come la violazione dei doveri di informazione del cliente e di corretta esecuzione delle operazioni di investimento “in nessun caso possa determinare la nullità del contratto di intermediazione o dei singoli atti negoziali conseguenti, a norma dell'art. 1418, 1° comma, c.c.”, potendo invece dar luogo a responsabilità precontrattuale, con conseguente obbligo di risarcimento dei danni “ove tali violazioni avvengano nella fase precedente o coincidente con la stipulazione del contratto destinato a regolare i successivi rapporti tra le parti”, o a responsabilità contrattuale, e condurre eventualmente alla risoluzione del contratto, “ove si tratti di violazioni riguardanti operazioni di investimento o disinvestimento compiute in esecuzione del contratto d'intermediazione in questione”. Dopo tali pronunce, data per acquisita la strada dei rimedi risarcitorio e risolutorio, le controversie si sono quindi maggiormente concentrate (complice anche l'attuazione della direttiva MiFID e la conseguente riformulazione della disciplina legislativa e regolamentare) sulla individuazione delle fattispecie che definiscono i confini di responsabilità dell'intermediario (e dunque sulle nozioni di adeguatezza o appropriatezza delle informazioni, sui meccanismi di prevenzione e gestione delle situazioni di conflitto di interessi, sull'identificazione degli operatori qualificati, prima, e dei clienti professionali, poi). Nel caso degli artt. 23 e 30 t.u.f., invece, l'esplicita individuazione della sanzione civilistica conse-

guente alla loro violazione ha determinato che le controversie si siano concentrate fin da subito sull'interpretazione del dettato legislativo, sui rapporti tra la legislazione "di settore" e le disposizioni codicistiche in tema di forma e di conclusione del contratto, e sui profili processuali legati alla disciplina delle nullità relative (o "di protezione").

Fatte queste premesse, la rassegna dei più rilevanti provvedimenti in tema di contenzioso tra clienti ed intermediari, sarà pubblicata nei *Percorsi di giurisprudenza* in due parti distinte, la prima delle quali dedicata all'esame delle due disposizioni da ultimo citate, le quali, a dispetto dell'apparente linearità della loro formulazione, sono state oggetto di un contenzioso copiosissimo, che ha toccato numerosissimi profili, sia sostanziali che processuali, dando in molti casi vita a contrastanti indirizzi giurisprudenziali.

Il requisito della forma dei contratti di investimento

Il quadro
normativo

La disciplina della forma dei contratti di investimento è contenuta nell'art. 23, commi 1° e 3°, t.u.f. e nell'art. 37 del Regolamento Intermediari che, sul punto, riproduce senza significative innovazioni l'art. 30 del previgente Regolamento n. 11522 del 1° luglio 1998.

La disposizione di rango primario, riprendendo pressoché letteralmente la formulazione dell'art. 117 t.u.b. in tema di contratti bancari, sancisce che i contratti relativi alla prestazione dei servizi di investimento (esclusi quelli aventi ad oggetto il servizio di consulenza e, se previsto, i contratti relativi alla prestazione dei servizi accessori) "sono redatti per iscritto e un esemplare è consegnato al cliente"; in caso di inosservanza della forma prescritta, il contratto è nullo, ma la nullità, in deroga all'art. 1421 c.c., può essere fatta valere solo dal cliente. La norma regolamentare, dopo avere ribadito che gli intermediari possono fornire ai clienti al dettaglio i propri servizi di investimento solo sulla base di un apposito contratto scritto (1° comma), ne precisa in modo analitico il contenuto che deve, tra l'altro, indicare "le modalità attraverso cui il cliente può impartire ordini e istruzioni" (2° comma, lett. c).

Il rapporto tra il contratto quadro e i singoli ordini di investimento

Una prima questione riguarda l'esatta individuazione di quale sia il contratto per il quale la legge richiede la forma scritta a pena di nullità, posto che la prestazione dei servizi di investimento avviene solitamente attraverso una fattispecie negoziale a formazione progressiva che si sostanzia dapprima nella stipulazione di un contratto-quadro che regola i rapporti tra intermediario e cliente e, successivamente, in singoli ordini di investimento o disinvestimento impartiti da quest'ultimo.

L'obbligo
di forma scritta
anche per i
singoli ordini

Una parte minoritaria della giurisprudenza ha così sostenuto che l'obbligo della forma scritta *ad substantiam* riguarderebbe non soltanto il c.d. *master agreement* che regola la prestazione del servizio di investimento, ma anche i singoli ordini che sostanziano il contenuto del rapporto. Tale tesi è stata sostenuta, ora argomentando dalla natura contrattuale di tutti gli ordini che, normativizzati dal contratto-quadro, vanno a concretizzare la prestazione del servizio di investimento ed estendendo, conseguentemente, a questi ultimi gli stessi vincoli formali dettati per il primo (**Trib. Ravenna, 29 maggio 2010** in *www.ilcaso.it*; **Trib. Lodi, 20 ottobre 2008**, *ivi*, **Trib. Torino, 30 maggio 2005**, in *Giur. It.*, 2005, 1857); ora ponendo l'accento sulla necessità di attestare, al momento della raccolta dei singoli ordini di borsa, il rispetto degli obblighi di informazione e trasparenza previsti a carico degli intermediari (**Trib. Salerno, 15 aprile 2008**, in *Banca Borsa*, 2010, II, 108; **Trib. Genova, 26 giugno 2006**, in *www.ilcaso.it*); ora considerando gli ordini di acquisto come autonome attività di esecuzione di ordini per conto dei clienti o di collocamento che, in qualità di servizi di investimento ricadrebbero nella generale previsione dell'art. 23 t.u.f. (**Trib. Treviso 13 febbraio 2006**, confermato da **App. Venezia, 19 novembre 2007**, in *www.ilcaso.it*).

L'obbligo
di forma scritta
per il solo
contratto
quadro

A tale ricostruzione si contrappone un diverso orientamento giurisprudenziale secondo cui la prescrizione dell'art. 23 "attiene al solo contratto-quadro, che disciplina lo svolgimento successivo del rapporto volto alla prestazione del servizio di negoziazione di strumenti finanziari e non ai singoli ordini di investimento (o disinvestimento) che vengano poi impartiti dal cliente all'intermediario, la cui validità non è soggetta a requisiti di forma" (**Cass., 22 dicembre 2011, n. 28432**, in *Foro It.*, 2012, I, 1490).

Questa seconda posizione della giurisprudenza, ormai consolidata e prevalente tanto nelle pronunce di merito (cfr., *ex multis*, **App. Venezia, 19 gennaio 2015**, in *www.dejure.it*; **App. Bari, 12 dicembre 2012**, *ivi*; **Trib. Roma, 24 novembre 2011** in *Società*, 2012, 224; **Trib. Torino, 21 gennaio 2011** in *www.ilcaso.it*; **Trib. Milano, 19 aprile 2011**, in *Banca Borsa*, 2011, II, 794) quanto in quelle di legittimità (si vedano, tra le più recenti, **Cass., 30 gennaio 2013, n. 2185**, in *Società*, 2013, 462 e **Cass., 13 gennaio 2012, n. 384**, in *Giur. Comm.*, 2012, II, 791) fa in particolare leva sulle disposizioni regolamentari emanate dall'autorità di vigilanza: l'art. 37 del regolamento Intermediari, nel prevedere che il contratto debba indicare le modalità attraverso cui il cliente può impartire ordini e istruzioni, lascerebbe infatti chiaramente intendere come le parti, fermo restando l'obbligo di forma scritta per il contratto quadro, ben possano stabilire in via convenzionale le modalità di esecuzione del rapporto, *ivi* compresa la possibilità di derogare all'obbligo di forma scritta per i singoli ordini di borsa (**Trib. Firenze, 17 febbraio 2012**, in *www.ilcaso.it*; **Trib. Brescia, 13 giugno 2011**, *ivi*).

Casi particolari:
la mancanza di
forma scritta del
contratto
quadro...

Qualunque sia la posizione accolta in merito alla necessità di utilizzare la forma scritta per documentare le singole operazioni di investimento, la giurisprudenza ha comunque affermato:
i) che la mancata redazione per iscritto del contratto-quadro non può che riverberarsi “a cascata” su tutti i successivi ordini impartiti in esecuzione dello stesso (e si vedano **Cass.**, **22 marzo 2013**, n. 7283, in *www.ilcaso.it*; **Trib. Napoli**, **22 gennaio 2015**, in *Banca Borsa*, 2016, II, 17; **Trib. Savona**, **8 gennaio 2015**, in *www.dejure.it*; **Trib. Cagliari**, **18 gennaio 2007**, in *Riv. Giur. Sarda*, 2007, 193 che, in applicazione dell’art. 1423 c.c., hanno escluso la possibilità di una successiva convalida mediante esecuzione di un contratto-quadro nullo per vizio di forma);

... la mancata
stipulazione del
contratto
quadro...

ii) che ciò vale, a maggior ragione quando la stipulazione del contratto-quadro manchi del tutto (cfr., recentemente, **App. Perugia**, **24 ottobre 2016**, in *www.ilcaso.it* che ha dichiarato la nullità dei contratti derivati stipulati da un Comune per mancanza della preventiva redazione del contratto-quadro e **Trib. Salerno**, **24 maggio 2016**, *ivi*, secondo cui “l’intermediario finanziario non può prestare il servizio di collocamento di polizze *unit linked* se non sulla base di un contratto-quadro scritto previsto a pena di nullità dall’art. 23 t.u.f.; pertanto, il contratto di assicurazione *unit linked* è nullo ove privo, a monte, di un contratto-quadro che regoli il collocamento dei prodotti finanziari presso il cliente sottoscrittore”);

... e la forma
scritta degli
ordini
convenuta
pattizamente

iii) che, infine, l’intermediario e il cliente ben possono convenire in sede di redazione del *master agreement* che i singoli ordini di investimento o disinvestimento debbano rivestire una forma particolare: “in tal caso il principio di cui all’art. 1352 c.c., secondo cui la forma convenuta dalle parti si presume pattuita *ad substantiam*, è estensibile agli atti che seguono a quella stipulazione” (così, da ultimo, **Cass.**, **29 febbraio 2016**, n. 3950, in *www.dejure.it*, nonché **Trib. Milano**, **31 gennaio 2007**, in *Contratti*, 2007, 778 e **Trib. Pescara**, **21 ottobre 2005** in *www.ilcaso.it* che hanno sancito la nullità di ordini di acquisto di strumenti finanziari impartiti telefonicamente e non per iscritto, come invece convenuto nel contratto-quadro).

Il problema del contratto sottoscritto dal solo cliente

Una seconda questione in merito alla quale è possibile riscontrare la netta contrapposizione tra due opposti orientamenti giurisprudenziali riguarda la validità del contratto solenne sottoscritto dal solo cliente e non anche dall’intermediario; accade infatti frequentemente che il cliente si rivolga al giudice chiedendo che venga dichiarata la nullità del contratto quadro per inosservanza dell’obbligo di forma scritta, producendo in giudizio una copia del contratto recante unicamente la sua sottoscrizione (e dunque, *rectius*, producendo una copia della proposta contrattuale) e che l’intermediario convenuto spesso non sia in grado di reperire nei propri archivi una copia del documento recante entrambe le sottoscrizioni, ma sostenga di poter provare la conclusione del contratto attraverso l’esibizione di documenti dai quali risulti la sua accettazione.

I due
contrapposti
orientamenti
della
giurisprudenza:

In presenza di situazioni di questo tipo, un primo orientamento ritiene che sia sempre e comunque necessaria l’apposizione della sottoscrizione da parte di entrambi i contraenti e che non sia possibile il perfezionamento del contratto-quadro in mancanza della produzione in giudizio della copia di esso sottoscritto dalla banca, mentre un secondo sostiene che possano considerarsi come equivalenti dell’accettazione in forma scritta sia la produzione in giudizio del contratto da parte del contraente che non lo abbia sottoscritto sia tutti i documenti dai quali possa desumersi una volontà di conclusione del contratto.

a) l’inesistenza
di validi
equipollenti
della forma
scritta...

Le sentenze del primo gruppo, partendo dal presupposto per cui non possono esistere validi equipollenti della forma scritta *ad substantiam* (cfr. **Cass.**, **24 febbraio 2016**, n. 3623, in *www.dejure.it*, **App. Bologna**, **14 maggio 2015** e **Trib. Napoli**, **22 gennaio 2015**, entrambe in *Banca Borsa*, 2016, II, 16), hanno così dichiarato l’irrelevanza di eventuali dichiarazioni unilaterali ricognitive in ordine al ricevimento di una copia del contratto debitamente sottoscritta dal soggetto abilitato a rappresentare l’intermediario, attribuendo alla domanda giudiziale di nullità del contratto il valore di revoca della proposta (**Trib. Firenze**, **31 maggio 2013**, in *www.ilcaso.it*; **Trib. Bologna**, **27 marzo 2012**, *ivi*; **Trib. Torino**, **5 gennaio 2010**, *ivi*; **Id.**, **18 dicembre 2009**, in *www.dejure.it*; **Trib. Vigevano**, **8 maggio 2009**, in *www.ilcaso.it*); né, per questo indirizzo giurisprudenziale, la mancanza di forma scritta può dirsi superata dalla produzione in giudizio di copia del contratto da parte del contraente che non lo ha sottoscritto, posto che essa può al più valere come accettazione del contratto con effetti *ex nunc* e non può sanare, per il passato, l’assenza di un supporto cartaceo sul quale entrambe le parti abbiano apposto – ancorché in momenti e su documenti diversi – la propria sottoscrizione (così, **Cass.**, **22 marzo 2013**, n. 7283, cit.; **App. Bari**, **23 febbraio 2009**; **Trib. Terni**, **17 novembre 2014**; **Trib. Siena**, **19 luglio 2012**, tutte pubblicate in *www.ilcaso.it*).

... e le sue
conseguenze
sul piano
probatorio

Logico corollario di questo indirizzo giurisprudenziale è il fatto che, sul piano probatorio, non possano trovare spazi di applicazione né la prova testimoniale (consentita -*ex artt.* 2725, 2° comma, c.c. e 2724, n. 3, c.c. – solamente nell’ipotesi in cui il contraente abbia perso senza sua colpa il documento che gli forniva la prova del contratto: **App. Bologna**, **14 maggio 2015**, cit., e **Trib. Torino**,

5 febbraio 2010, cit.), né, in conseguenza dell'inammissibilità della prova testimoniale, quella per presunzioni o la confessione stragiudiziale (quale sarebbe, in sostanza, la dichiarazione da parte del cliente di aver ricevuto copia del documento sottoscritto dall'intermediario: **Trib. Reggio Emilia, 16 settembre 2013**; **Trib. Alba, 2 novembre 2010**; **Trib. Bari, 15 luglio 2010**; **Trib. Venezia, 25 ottobre 2010**, tutte in *www.ilcaso.it*), né, infine, il giuramento decisorio.

b) la validità del contratto sottoscritto dal solo cliente

Altrettanto numerose sono state tuttavia negli anni le pronunce che, in netta contrapposizione con l'indirizzo giurisprudenziale appena esposto, hanno sostenuto la piena validità dei contratti di investimento sottoscritti dal solo cliente, a condizione che la parte che non ha sottoscritto il contratto sia in grado di produrre un documento scritto dal quale possa desumersi la sua volontà di accettare la proposta contrattuale del cliente o dal quale possa desumersi la volontà del cliente di darvi esecuzione. Si è così sostenuto che possano validamente integrare un'accettazione del contratto (con conseguente perfezionamento dello stesso con osservanza della forma scritta) sia la firma del funzionario della banca per certificazione dell'autenticità della sottoscrizione del cliente (**Trib. Reggio Emilia, 14 maggio 2013**, in *www.ilcaso.it*), sia le comunicazioni inviate dall'intermediario, quali gli estratti conto, le lettere contabili o le conferme delle disposizioni impartite dal cliente (**Trib. Napoli, 24 febbraio 2016**, in *Banca Borsa*, 2016, II, 16; **Trib. Monza, 13 maggio 2012**, in *www.ilcaso.it*; **Trib. Roma, 4 febbraio 2011**, *ivi*). E a conclusioni analoghe è giunta anche, in due diverse pronunce, la Cassazione ad avviso della quale la previsione di forma contenuta nell'art. 23 t.u.f. è soddisfatta dalla sottoscrizione del contratto da parte del solo investitore, allorché la copia prodotta in giudizio dal cliente rechi la dicitura "un esemplare del presente contratto ci è stato da voi consegnato", ovvero quando alla sottoscrizione del contratto da parte del solo investitore, abbiano fatto seguito, anche alternativamente, la produzione in giudizio di copia del contratto da parte della banca, oppure la manifestazione di volontà della medesima di avvalersi del contratto stesso, risultante da plurimi atti posti in essere nel corso del rapporto (cfr. **Cass., 7 settembre 2015, n. 17740**, in *www.dejure.it* e **Cass., 22 marzo 2012, n. 4564**, in *www.ilcaso.it*, cui *adde*, nella giurisprudenza di merito, **Trib. Rimini, 3 marzo, 2016**, **Trib. Milano, 21 febbraio 2012** e **Trib. Torino, 29 settembre 2010**, tutte in *www.ilcaso.it*).

Le più recenti pronunce della Cassazione e la nullità del contratto sottoscritto dal solo cliente

La posizione assunta dalla Cassazione nelle citate pronunce del 2012 e del 2015 è stata tuttavia espressamente abbandonata da una recente pronuncia della S.C. (si tratta di **Cass., 24 marzo 2016, n. 5919**, in *www.dirittobancario.it*, nella cui motivazione si legge: "ritiene la corte che al precedente [*i.e.* alla citata Cass. n. 4564/2012] non possa darsi continuità"), confermata a distanza di poche settimane da un secondo arresto (**Cass., 11 aprile 2016, n. 7068**, in *www.ilcaso.it*), che ha fissato una serie di principi destinati probabilmente ad avere importanti ricadute su tutto il contenzioso nel quale sia in discussione la sorte dei contratti di investimento sottoscritti dal solo cliente (o, più probabilmente, a determinare un prossimo intervento delle Sezioni Unite). Più in particolare i giudici hanno affermato:

i) che la produzione in giudizio del documento da parte del contraente che non lo ha sottoscritto può sì valere come equivalente della sottoscrizione, ma (e in ciò sta la fondamentale differenza con i precedenti criticati) solo con effetti *ex nunc* e non *ex tunc*, con la conseguenza, si legge in motivazione, che "la produzione in giudizio del contratto da parte della banca, la cui sottoscrizione difetta, (...) non può che rimanere senza effetti, per i fini della validità del successivo ordine di acquisto, tale da richiedere a monte (e non *ex post*) un valido contratto quadro";

ii) che né gli eventuali documenti attestanti l'esecuzione del contratto (quali gli estratti conto o le conferme di esecuzione degli ordini), né la produzione in giudizio di un documento nel quale il cliente dichiara di aver ricevuto una copia del contratto debitamente firmata dall'intermediario, possono considerarsi equipollenti della sua sottoscrizione. E questo sia perché "nei contratti soggetti alla forma scritta *ad substantiam*, il criterio ermeneutico della valutazione del comportamento complessivo delle parti, anche posteriore alla stipulazione del contratto stesso, non può evidenziare una formazione del consenso al di fuori dello scritto medesimo", sia perché la documentazione depositata dalla banca "non possiede i caratteri della 'estrinsecazione diretta della volontà contrattuale', tale da comportare il perfezionamento del contratto, trattandosi piuttosto di documentazione predisposta e consegnata in esecuzione degli obblighi derivanti dal contratto il cui perfezionamento si intende dimostrare e, cioè, da comportamenti attuativi di esso e, in definitiva, di comportamenti concludenti che, per definizione, non possono validamente dar luogo alla stipulazione di un contratto formale".

Una diversa impostazione

Occorre infine dar conto di un ulteriore indirizzo giurisprudenziale, sviluppatosi in parallelo a quelli sinora esposti, secondo il quale, poiché la previsione contenuta nell'art. 23 del t.u.f. svolge una funzione di protezione del soggetto debole/investitore ed ha lo scopo di superare la sperequazione in suo sfavore nel potere e nelle capacità di determinazione del contenuto normativo dell'accordo, "l'esigenza protettiva sottesa al vincolo di forma è pienamente soddisfatta dalla sottoscrizione del solo investitore, per l'esauritiva assicurazione, in tal modo, della funzione informativa che essa è destinata ad assolvere" (così testualmente **App. Torino, 3 aprile 2012**, in *www.ilcaso.it*; nello stesso senso si vedano **Trib. Torino, 20 gennaio 2016**, in *www.dejure.it*; **Trib. Catania, 27 gennaio 2015**, *Banca Borsa*, 2016, II, 16; **Trib. Venezia, 8 luglio 2013**, in *Foro It.*, 2013, I, 3606). Sottesa a questa interpretazione vi è l'idea per cui esisterebbe una stretta correlazione tra l'obbligo di forma scritta e il fatto che la violazione di tale obbligo sia dal legislatore sanzionata con una nullità relativa: così

come la nullità per violazione della forma scritta è posta nell'esclusivo interesse del cliente (tant'è che solo egli e non l'intermediario può eccepirlo), allo stesso modo deve ritenersi che il requisito della forma scritta sia assolto anche se il contratto risulta sottoscritto dalla sola parte protetta, ossia il cliente, considerato che la finalità perseguita dall'obbligo di forma scritta – *i.e.* rendere edotto l'investitore dei contenuti informativi prescritti - risulta raggiunto (cfr. **Trib. Venezia, 7 dicembre 2012**, in *www.ilcaso.it*; ma per un'indiretta critica di tale impostazione cfr. **Cass., 19 febbraio 2014, n. 3889**, in *www.dejure.it*, che, nel ribadire la inidoneità della sottoscrizione del documento sui rischi generali di cui all'art. 28 del previgente Regolamento Intermediari ad integrare il requisito della forma scritta previsto dall'art. 23 t.u.f., ha sottolineato la necessità di tenere distinto il piano degli obblighi informativi da quello degli obblighi formali ed ha espressamente sancito che “la forma scritta in cui il contratto deve essere, pur sempre, stipulato costituisce un indispensabile requisito prescritto dalla legge a protezione dell'investitore che non ammette equipollenti o ratifiche”).

La nullità relativa del contratto

Le pronunce da ultimo citate offrono l'occasione per introdurre un ulteriore tema di discussione, frequentemente presente nelle pronunce di merito e legittimità rese nelle controversie che si occupano della nullità dei contratti di investimento per violazione del vincolo di forma posto dall'art. 23 t.u.f. Come si è già avuto modo di ricordare, infatti, la nullità disciplinata dalla norma del testo unico della finanza appartiene al novero delle “nullità relative” che, in deroga al generale principio sancito dall'art. 1421 c.c., possono essere fatte valere da una parte soltanto, generalmente coincidente con il “contraente debole”. Il fatto che, nel caso dei contratti di investimento, la nullità possa essere invocata solo dal cliente solleva due diversi interrogativi: da un lato se e in che misura la nullità possa essere rilevata d'ufficio, dall'altro entro quali limiti il cliente possa utilizzare la disciplina della nullità “in funzione assicurativa”, limitando la domanda giudiziale alle sole operazioni che si sono rivelate per lui svantaggiose e mantenendo in vita i restanti investimenti, che pure costituiscono attuazione del medesimo contratto quadro.

Il problema del rilievo d'ufficio della nullità relativa

Quanto al primo interrogativo, la giurisprudenza tende ad escludere la rilevanza d'ufficio della nullità del contratto d'investimento che non rispetti il vincolo di forma, ma giunge a questo risultato attraverso due strade distinte.

Secondo una prima impostazione esisterebbe un'incompatibilità di fondo tra la legittimazione relativa (che assegna al solo contraente protetto la possibilità di far valere il vizio invalidante del contratto) e la rilevanza d'ufficio della nullità; quest'ultima sarebbe infatti una conseguenza della legittimazione assoluta che caratterizza la nullità disciplinata dall'art. 1421 c.c. ed andrebbe invece esclusa nei casi di “nullità di protezione” (così **Cass., 22 dicembre 2011, n. 28432**, in *Banca Borsa*, 2013, II, 31; **Trib. Firenze, 2 ottobre 2014**, in *www.ilcaso.it*; **Trib. Venezia, 7 dicembre 2012**, *ivi*; **Trib. Arezzo, 17 aprile 2007**, *ivi*). Tale impostazione è stata, come noto, superata sia dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia (cfr. in particolare **Corte giust., 4 giugno 2009, C-243/08** e **Corte giust., 17 dicembre 2009, C-227/08**, entrambe in *Giur. Comm.*, 2010, II, 794), sia dalle più recenti pronunce della Cassazione (si vedano le due “pronunce gemelle” **Cass., Sez. un., 12 dicembre 2014, n. 26242 e 26243**, in *Foro It.*, 2015, I, 862), che hanno, da un lato, sancito l'estensione della rilevanza d'ufficio anche alle nullità “speciali”, ma hanno altresì precisato, dall'altro, che la stessa è ammissibile solo nel caso in cui la declaratoria di nullità venga ad essere formulata a vantaggio del contraente protetto e a condizione che costui sia interessato ad avvalersene.

Ora, nelle pronunce che qui si stanno esaminando l'unico spazio per un rilievo d'ufficio della nullità potrebbe darsi nel caso in cui il cliente, a fronte di un contratto quadro nullo per inosservanza del requisito di forma, si limiti a chiedere la nullità di alcune delle operazioni poste in essere sulla base di quel contratto, lasciandone altre fuori dal giudizio: in questo caso l'intervento del giudice, che dovesse rilevare d'ufficio la nullità del contratto-quadro “a monte” sarebbe, da un lato, in contrasto con il principio della domanda e, dall'altro, in contrasto con l'interesse del cliente che ha presumibilmente selezionato le contrattazioni delle quali domandare la nullità sulla base del loro esito. Ciò significa che, anche accogliendo il più recente indirizzo della S.C. in tema di rilevanza d'ufficio delle nullità relative, non vi sarebbero comunque spazi per applicare tale orientamento nei giudizi *de qua* (E si veda, infatti, da ultimo, **Cass., 16 marzo 2016, n. 5249**, in *www.dejure.it*, ad avviso della quale “ove sia stata dedotta dall'investitore la nullità dei soli ordini di investimento, deve escludersi che il giudice, anche in sede di appello, possa rilevare d'ufficio la nullità del contratto quadro per difetto del requisito della forma scritta”).

Il c.d. “esercizio selettivo” delle nullità relative:

Abbiamo quindi ricordato come il rapporto tra cliente ed intermediario si snodi attraverso una fattispecie a formazione progressiva, che prevede dapprima la stipulazione del *master agreement*, nel quale vengono specificati “i servizi forniti e le loro caratteristiche, indicando il contenuto delle prestazioni dovute e delle tipologie di strumenti finanziari e di operazioni interessate” (così, testualmente, l'art. 37, 2° comma, del Regolamento Intermediari) e successivamente il conferimento dei singoli ordini di borsa, che danno al contratto-quadro concreta attuazione. Proprio tale caratteristica della contrattazione finanziaria, unita alla particolare natura della nullità disciplinata dall'art. 23 t.u.f., determina frequentemente che il cliente (come nella pronuncia da ultimo citata) scelga di far valere

l'invalidità del contratto-quadro per vizio di forma solo in relazione a quelle operazioni che abbiano determinato un risultato per lui negativo, lasciando fuori dal giudizio quelle rivelatisi positive. Di fronte a situazioni di questo genere, l'atteggiamento della giurisprudenza è quanto mai eterogeneo.

a) ammissibilità...

Un primo indirizzo, leggendo la disposizione di cui all'art. 23 t.u.f. nel senso che unicamente il cliente può non soltanto far valere, ma anche avvantaggiarsi delle conseguenze della nullità del contratto privo del requisito formale, legittima infatti il ricorso ad una nullità "selettiva", escludendo che possa qualificarsi come abusiva la condotta del cliente che, nel far valere il difetto di forma del contratto-quadro ai sensi dell'art. 23 t.u.f., limiti l'oggetto dell'azione ai soli investimenti non remunerativi, selezionando esclusivamente alcuni fra gli ordini di borsa dallo stesso impartiti (così **Trib. Milano, 29 aprile 2015**, in *Banca Borsa*, 2016, II, 282, nonché, da ultimo, **Cass., 27 aprile 2016, n. 8395**, in *www.dejure.it*).

...e sue
conseguenze
processuali

Diretti corollari di questa impostazione sono, da un lato, la carenza di legittimazione in capo all'intermediario a proporre azione riconvenzionale per eccepire la nullità di rapporti negoziali diversi da quelli fatti valere dal cliente (**Trib. Milano, 11 aprile 2008**, in *www.ilcaso.it* e **Trib. Torino, 12 febbraio 2007, ivi**) e, dall'altro, l'inammissibilità di un'autonoma azione dell'intermediario, volta a far estendere la nullità del contratto a tutte le operazioni intercorse con il cliente (cfr. **Trib. Udine, 16 gennaio 2009**, in *www.ilcaso.it*, secondo il quale "la pronuncia di nullità del contratto quadro, pur avendo portata di giudicato, non implica che sia coperta, sotto il profilo del dedotto e del deducibile, anche la diversa questione della propagazione degli effetti di tale accertamento agli altri autonomi rapporti intrattenuti dalle parti, pur nell'ambito dello stesso contratto quadro, trattandosi di nullità relativa azionabile solo dal cliente e non dalla banca, che non può di conseguenza giovare della pronuncia, pena il venir meno dello scopo della norma che è dettata esclusivamente a tutela della parte più debole").

b) inammissibilità

A questo primo orientamento se ne contrappone un altro, che nel tentativo di arginare possibili utilizzi della nullità in "funzione assicurativa" rispetto ad investimenti dall'esito negativo, ha alternativamente proposto (con argomenti invero non sempre persuasivi): *i*) di attribuire al comportamento del cliente che decida di far valere la nullità solo in relazione ad alcune operazioni eseguite sulla base di un contratto nullo per vizio di forma una volontà sanante rispetto alle operazioni non contestate (cfr. **Trib. Verona, 28 giugno 2012**, in *www.ilcaso.it*); *ii*) di ammettere che l'intermediario possa proporre domanda riconvenzionale volta ad estendere gli effetti della nullità a tutti gli altri ordini di borsa eseguiti sulla base del medesimo contratto-quadro nullo (**Trib. Padova, 21 gennaio 2013**, in *Banca Borsa*, 2014, II, 612); *iii*) di ravvisare nel comportamento del cliente che chieda la restituzione dei soli investimenti risultati svantaggiosi, mantenendo i restanti investimenti che pure costituiscono attuazione del medesimo contratto quadro, "un abuso del diritto alla domanda, che urta contro i principi del giusto processo e della correttezza e rende inammissibili tanto la domanda di nullità quanto la conseguenziale domanda restitutoria diretta a selezionare solo alcuni degli effetti suoi propri" (così **Trib. Torino, 7 marzo 2011**, in *Corr. Merito*, 2011, 695).

Offerta fuori sede e diritto di recesso

Il quadro
normativo

La seconda parte di questa rassegna è dedicata, come si accennava, al contenzioso sorto in tema di offerta fuori sede e, più precisamente, alle numerose pronunce che si sono occupate del controverso tema dell'esercizio del diritto di recesso, oggetto negli ultimi anni, di un intricato gioco di "botta e risposta" tra Sezioni unite della Cassazione e legislatore.

La disciplina positiva è contenuta nei commi 6° e 7° dell'art. 30 t.u.f., i quali, nella loro formulazione originaria (rimasta, per quel che qui rileva, sostanzialmente invariata sino all'estate del 2013) stabilivano, richiamandosi esplicitamente all'art. 5, L. n. 1/1991 e, prima ancora, all'art. 1/18 *ter*, L. n. 216/1974, *a*) che l'efficacia dei contratti di collocamento di strumenti finanziari o di gestione di portafogli individuali conclusi fuori sede è sospesa per la durata di sette giorni dalla sottoscrizione da parte dell'investitore, scadenza entro la quale egli può recedere, senza spese né corrispettivo, dandone comunicazione al promotore o al soggetto abilitato (6° comma); *b*) che la facoltà di recesso deve essere indicata nei moduli o nei formulari, pena la nullità dell'intero contratto, nullità che può essere fatta valere solo dal cliente (7° comma).

Gli elementi
costitutivi della
fatispecie

Perché possa applicarsi la disciplina dello *jus poenitendi* occorre dunque *i*) che vi siano un contratto di collocamento di strumenti finanziari o di gestione di portafogli individuali; *ii*) che il collocamento o la gestione abbiano ad oggetto strumenti finanziari; *iii*) che i contratti siano conclusi fuori sede (cfr., da ultimo, con particolare riferimento all'ultimo dei presupposti citati **App. Perugia, 24 ottobre 2016**, in *www.ilcaso.it* e **App. Ancona, 17 febbraio 2016, ivi**).

La controversa nozione di "contratti di collocamento"

Una prima questione, a lungo dibattuta nella giurisprudenza di merito e di legittimità, ha riguardato l'interpretazione da dare all'espressione "contratti di collocamento", contenuta nell'art. 30, 6° comma, t.u.f.

La contrapposizione tra lettura ampia e lettura restrittiva della disposizione

Secondo un primo orientamento, infatti, l'espressione non si sarebbe riferita in senso letterale al solo servizio disciplinato dall'art. 1, 5° comma, lett. *c* e *c-bis*, del testo unico della finanza, ma avrebbe dovuto essere letta in senso "ampio" ed "atecnico", in modo da ricomprendervi tutte le attività di distribuzione di strumenti finanziari presso il pubblico, così da assicurare il diritto di ripensamento all'investitore anche nel caso di operazioni di investimento concluse fuori sede nel contesto di altri servizi di investimento, quali, in particolare, la negoziazione per conto proprio, l'esecuzione di ordini per conto dei clienti o la ricezione e trasmissione di ordini (cfr. **App. Palermo, 6 luglio 2010** e **Trib. Isernia, 21 ottobre 2009**, entrambe in *Giur. It.*, 2011, 868, nonché **Trib. Bologna, 17 aprile 2007**, **Trib. Milano, 4 aprile 2007** e **Trib. Roma, 20 luglio 2007**, tutte in *www.ilcaso.it*). Sottesa a questa interpretazione c'è l'idea per cui scopo della norma sarebbe quello di tutelare l'investitore dal c.d. "effetto sorpresa", esigenza riscontrabile in ogni forma di compravendita di strumenti finanziari e non esclusiva della sola offerta ad un pubblico indefinito, quale è quella del collocamento propriamente detto (così, in motivazione, **Cass., 3 febbraio 2012, n. 1584**, in *Banca Borsa*, 2013, II, 137). A tale orientamento se ne contrapponeva un secondo, maggiormente aderente al dato letterale della norma, secondo il quale lo *jus poenitendi* sarebbe stato configurabile esclusivamente in relazione all'attività di collocamento, intesa in senso tecnico (così **App. Milano, 28 febbraio 2012**, in *Banca Borsa*, 2012, II, 343; **Trib. Vicenza, 26 ottobre 2012**, *ivi*, 2014, II, 34; **Trib. Termini Imerese, 6 dicembre 2012**, **Trib. Torino, 18 settembre 2007**, **Trib. Parma, 14 maggio 2007**, tutte in *www.ilcaso.it*). "La disciplina del recesso, dettata dall'art. 30, 6° comma, del D.Lgs. 24 febbraio 1998, n. 58 con riguardo alle offerte fuori sede concernenti il collocamento di strumenti finanziari" precisava **Cass., 14 febbraio 2012, n. 2065** (in *Foro It.*, 2012, I, 2419) a pochi giorni di distanza dalla pronuncia di segno opposto n. 1584/2012, "è inapplicabile ai contratti di negoziazione di obbligazioni eseguiti in attuazione di un contratto-quadro, sottoscritto fra la banca e il cliente, in quanto tali contratti non costituiscono un servizio di collocamento, che si caratterizza per l'esistenza di un accordo tra l'emittente (o l'offerente) e l'intermediario collocatore, finalizzato all'offerta ad un pubblico indeterminato di strumenti finanziari, emessi a condizioni di tempo e prezzo predeterminati, ed, inoltre, il legislatore ha limitato la tutela dello *jus poenitendi* agli investitori che abbiano definito l'investimento per essere stati raggiunti all'esterno dei luoghi di pertinenza del proponente e, quindi, siano stati esposti al rischio di assumere decisioni poco meditate".

L'intervento delle Sezioni unite...

Il contrasto in seno alla Suprema Corte sull'interpretazione della disposizione ha così determinato l'intervento delle Sezioni unite (cfr. l'ordinanza di rimessione **Cass., 21 giugno 2012, n. 10376**, in *Banca Borsa*, 2013, II, 137), che hanno sposato la tesi della lettura "ampia ed in qualche misura atecnica" del termine collocamento, ritenendola maggiormente idonea a tutelare le ragioni dell'investitore, ed hanno affermato il principio per cui il diritto di recesso accordato all'investitore e la previsione di nullità dei contratti in cui quel diritto non sia contemplato "trovano applicazione non soltanto nel caso in cui la vendita fuori sede di strumenti finanziari da parte dell'intermediario sia intervenuta nell'ambito di un servizio di collocamento prestato dall'intermediario medesimo in favore dell'emittente o dell'offerente di tali strumenti, ma anche quando la medesima vendita fuori sede abbia avuto luogo in esecuzione di un servizio d'investimento diverso, ove ricorra la stessa esigenza di tutela" (**Cass., Sez. un., 3 giugno 2013, n. 13905**, in *Foro It.*, 2013, I, 3484).

... quello del legislatore...

L'intervento delle Sezioni unite non è tuttavia stato risolutivo; a pochi giorni dalla pronuncia della Cassazione, l'art. 30 t.u.f. è infatti oggetto di una modifica legislativa che, nel probabile intento di arginare il contenzioso tra intermediari e clienti, introduce nel 6° comma dell'articolo *de qua* un periodo conclusivo in virtù del quale, ferma restando l'applicabilità della disciplina del recesso ai servizi di collocamento e di gestione di portafogli, "per i contratti sottoscritti a decorrere dal 1° settembre 2013, la medesima disciplina si applica anche ai servizi di investimento di cui all'art. 1, 5° comma, lett. a) [*i.e.* la negoziazione per conto proprio]" (cfr. l'art. 56 *quater* del D.L. 21 giugno 2013, n. 69, convertito con modificazioni dalla L. 9 agosto 2013, n. 98).

... e la risposta della Cassazione

Se l'intenzione del legislatore è quella di attenuare la portata della lettura dell'art. 30 t.u.f. proposta dalle Sezioni unite e di avallare la posizione di quella giurisprudenza che proponeva un'applicazione restrittiva del diritto di recesso, la risposta dei giudici di legittimità non si fa attendere. Secondo la Cassazione, infatti, la norma che ha previsto che il diritto di recesso del risparmiatore dai contratti di investimento stipulati fuori sede spetti anche nel caso di operazioni di negoziazione di titoli per conto proprio stipulate dopo il 1° settembre 2013, "non è una norma di interpretazione autentica, e non ha avuto l'effetto di sanare l'eventuale nullità dei suddetti contratti, se privi dell'avviso al risparmiatore dell'esistenza del diritto di recesso e stipulati prima del 1° settembre 2013" (così **Cass., 3 aprile 2014, n. 7776**, in *Banca Borsa*, 2014, II, 507 e in *Giur. Comm.*, 2014, II, 948). E alla lettura dell'art. 30 t.u.f. proposta dalle Sezioni unite si sono così uniformate tanto le più recenti pronunce di legittimità (cfr. **Cass., 1 giugno 2016, n. 11401**, **Id.**, 6 maggio 2016, n. 9134 e **Id.**, 29 gennaio 2016, n. 1751, tutte in *www.dejure.it*) tanto quelle di merito (si vedano da ultimo **App. Venezia, 26 ottobre 2015** in *www.ilcaso.it*; **Trib. Torino, 18 ottobre 2016**, *ivi*; **Trib. Rimini, 9 gennaio 2015**, in *www.dejure.it*), sostanzialmente concordi nel sostenere che il diritto di recesso trova applicazione non solo nel caso in cui la vendita fuori sede di strumenti finanziari da parte dell'intermediario sia intervenuta nell'ambito di un

servizio di collocamento prestato dall'intermediario medesimo in favore dell'emittente o dell'offerente di tali strumenti, ma anche quando la medesima vendita fuori sede abbia avuto luogo in esecuzione di un servizio di investimento diverso, *ivi* compresa l'esecuzione di ordini impartiti dal cliente in esecuzione di un contratto-quadro.

L'oggetto del collocamento fuori sede

Il secondo presupposto per l'applicazione della disciplina dello *jus poenitendi* riguarda, come si è accennato, l'oggetto del contratto concluso fuori sede, ovvero la sua riconducibilità alla categoria degli strumenti finanziari. Perché il cliente possa invocare la nullità del contratto "per omessa indicazione della facoltà di recesso nei moduli o formulari" non è infatti sufficiente che esso sia stato concluso fuori sede, ma è altresì necessario che abbia ad oggetto uno strumento finanziario. E numerosi sono i casi nei quali i giudici sono stati chiamati a pronunciarsi sulla possibilità di ricondurre a tale categoria alcuni contratti atipici (noti alla cronaca come piani finanziari "4you", "My Way" e "Visione Europa") che, a prima vista, non sembrano corrispondere a nessuna delle fattispecie elencate dall'art. 1, 2° comma, t.u.f., sottraendosi in tal modo all'applicazione degli strumenti di tutela dell'investitore dettati dall'art. 30 t.u.f.

I piani finanziari atipici come prodotti finanziari complessi...

I contratti *de qua*, al di là della diversa denominazione, sono tutti riconducibili alla medesima struttura e prevedono *i*) l'erogazione da parte dell'intermediario di un finanziamento che il cliente si impegna a restituire ratealmente; *ii*) l'utilizzo di una parte delle somme mutate per l'acquisto di titoli obbligazionari e della restante parte per la sottoscrizione di quote di un fondo comune di investimento; *iii*) la costituzione in pegno dei predetti titoli a favore dell'intermediario a garanzia del rimborso del finanziamento e, infine, *iv*) l'apertura di un conto titoli e di un conto corrente sul quale regolare la restituzione delle somme mutate (per una descrizione delle diverse fattispecie cfr., *ex multis*, **Trib. Ravenna, 7 novembre 2011**, in *www.ilcaso.it*; **Trib. Lecce, 13 dicembre 2010**, in *Resp. Civ. e Prev.*, 2011, 853; **Trib. Bari, 26 febbraio 2007**, in *Giur. It.*, 2008, 110).

... e la loro nullità in caso di omessa indicazione della facoltà di recesso

La stretta connessione tra le diverse fasi dell'operazione, tutte fra loro coordinate, interdipendenti e volte al conseguimento di un unico scopo unitario (erogazione di un finanziamento vincolato alla conclusione di operazioni di investimento in strumenti finanziari), ha così portato i giudici, sia di merito sia di legittimità, ad accogliere la tesi che qualifica i piani di finanziamento come strumenti finanziari complessi (riconducibili all'art. 1, 2° comma, lett. j, t.u.f., applicabile *ratione temporis*), "costituito" per usare le parole della Cassazione "da una peculiare combinazione di titoli obbligazionari e di quote di un fondo comune di investimento, nel contesto unitario di un'operazione di finanziamento garantita dal pegno costituito sui medesimi strumenti finanziari e finalizzata sia alla restituzione del finanziamento erogato, che alla realizzazione dell'investimento" (**Cass.**, 3 febbraio 2012, n. 1584, in *Giur. It.*, 2012, 1806). E una volta accolta tale ricostruzione del contratto, la giurisprudenza non ha potuto fare altro che assoggettarlo, in caso di offerta fuori sede, alla disciplina dettata dall'art. 30 t.u.f. e, in particolare, all'obbligo di indicare, a pena di nullità, la facoltà di recesso (cfr. **Cass.**, 3 aprile 2014, n. 7776, cit.; **App. Milano, 22 gennaio 2010**, in *www.ilcaso.it*; **Trib. Forlì, 18 maggio 2009**, *ivi*; **Trib. Rovigo, 2 ottobre 2009**, *ivi*; **Trib. Mantova, 17 ottobre 2006**, *ivi*).

Dalla necessità di considerare in modo unitario l'operazione discende, inoltre, l'ulteriore conseguenza per cui è stato considerato insufficiente il rinvio al prospetto informativo delle quote del fondo investimento nel quale la clausola di recesso era inserita, sia perché il prospetto era un atto esterno al contratto, sia perché in tal modo la clausola di recesso risultava riferibile alla sola sottoscrizione di fondi comuni e non, come avrebbe dovuto essere in considerazione del collegamento negoziale tra i vari contratti, all'intero piano finanziario (così **App. Bologna, 13 luglio 2016**, in *www.ilcaso.it* e **Trib. Roma, 8 giugno 2009**, *ivi*).

Piani finanziari atipici e art. 1322 c.c.

Non può comunque non sottolinearsi come raramente i contratti *de qua* siano usciti "indenni" dalle numerose pronunce giurisprudenziali che hanno avuto occasione di occuparsene: anche quando non ne è stata dichiarata la nullità per violazione dell'art. 30, 7° comma, t.u.f. (ovvero nei casi in cui la conclusione del contratto non era avvenuta fuori sede), non sono mancate sentenze che hanno applicato ai piani finanziari sopra descritti l'art. 1322, 2° comma, c.c., ritenendo tali contratti atipici, nei quali l'alea è posta esclusivamente a carico di uno solo dei contraenti, volti alla realizzazione di interessi non meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico (si vedano, ad esempio, **Trib. Napoli, 22 gennaio 2013**, in *Banca Borsa*, 2013, II, 555; **App. Salerno, 30 settembre 2009**, in *Contratti*, 2009, 1015; **Trib. Civitavecchia, 20 aprile 2007**, in *Giur. It.*, 2008, 344 e **Trib. Brindisi, 21 giugno 2005**, in *Contratti*, 2006, 884, tutte orientate nel senso della nullità del contratto vuoi per mancanza vuoi per illiceità della causa).

Dottrina e attualità giuridiche

Fallimento e concordato preventivo (II parte)

a cura di Angelo Castagnola*

Le offerte concorrenti, Tommaso Iannaccone

Gli effetti del concordato preventivo sui contratti pendenti, Elena Marinucci

Le modifiche all'art. 182 L. fall., Massimo Simeon

I finanziamenti interinali, Alessio Filippo Di Girolamo

Accordo di ristrutturazione con intermediari e convenzione di moratoria, Martino Mario Andreoni

L'esecuzione del concordato preventivo, Michelle Vanzetti

Le modifiche alle disposizioni penali, Gian Paolo Del Sasso

Le offerte concorrenti

Tommaso Iannaccone

Il presente scritto è volto ad approfondire il nuovo articolo 163 *bis* L. fall., esaminando in particolare il relativo campo di applicazione, la procedura competitiva ivi disciplinata e, da ultimo, l'obbligo in capo al debitore di modificare la proposta di concordato ed il piano in conformità all'esito della gara competitiva disposta dal tribunale.

Premessa

Il nuovo art. 163 *bis* L. fall. impone al tribunale di disporre un procedimento competitivo, allorché il ricorso di concordato preventivo contenga un'offerta, da parte di un soggetto già individuato, avente ad oggetto il trasferimento o l'affitto (a suo favore) dell'azienda, di un ramo di essa o anche solo di beni specifici.

Si tratta di una previsione, introdotta dall'art. 2, 1° comma, del D.L. 27 giugno 2015, n. 85, poi convertita con legge del 6 agosto 2015, n. 132¹, volta ad accrescere la contendibilità dell'azienda in crisi ed a realizzare il giusto prezzo della vendita dei beni a vantaggio dei creditori².

Il legislatore ha così recepito una prassi giurisprudenziale, da molti definita "virtuosa"³, adottata (tra gli altri casi) dal Tribunale di Milano nel noto "concordato San Raffaele"⁴.

Questa prassi imponeva in particolare il ricorso ad una procedura competitiva tutte le volte in cui, secondo uno "schema collaudato"⁵, il piano concordatario contemplava l'affitto dell'azienda (o di un ramo), con impegno irrevocabile di acquisto definitivo dell'azienda medesima (o del ramo affittato), condizionato all'omologazione del concordato (talvolta con provvedimento definitivo)⁶.

In questi casi, si riteneva che il ricorso ad una procedura competitiva avrebbe assicurato una vendita dell'azienda ad

* I contributi sono stati sottoposti, in forma anonima, alla valutazione di un referee.

¹ La norma in esame si applica ai procedimenti di concordato preventivo introdotti successivamente alla data di entrata in vigore del decreto legge 83/15, quindi dal 28 giugno 2015. Non può quindi applicarsi alle procedure già pendenti a quella data (art. 23, 1° comma, del D.L. n. 83/2015).

² V. Guidotti, *Misure urgenti in materia fallimentare (D.L. 27 giugno 2015, n. 83): le modifiche alla disciplina del fallimento e le disposizioni dettate in tema di proposte concorrenti*, in *www.ilcaso.it*, 10, il quale sottolinea che gli istituti delle offerte concorrenti e delle proposte concorrenti sono contenuti nel capo II del decreto in esame, intitolato per l'appunto: "apertura alla concorrenza nel concordato preventivo".

³ V. Varotti, *Appunti veloci sulla riforma 2015 della legge fallimentare*, in *www.ilcaso.it*.

⁴ In quel caso, alla procedura competitiva conseguiva un'offerta superiore di ben 155 milioni di euro a quella inizialmente prospettata nel piano concordatario. Per una, pur succinta, ricostruzione della

relativa vicenda, si rimanda a Lamanna, *La miniriforma (anche) del diritto concorsuale secondo il decreto "contendibilità e soluzioni finanziarie" n. 83/2015: un primo commento, parte II*, in *www.ilfallimentarista.it*.

⁵ V. Vitiello, *Vendite concorsuali e offerte concorrenti: la fine dell'era delle proposte di concordato chiuse*, in *www.ilfallimentarista.it*.

⁶ È controverso se tale fattispecie rientri nell'ambito di applicazione del concordato liquidatorio o in quello "in continuità".

Secondo un primo orientamento, la fattispecie in esame andrebbe qualificata come concordato liquidatorio, a nulla rilevando sul punto il primo comma dell'art. 186 *bis* L. fall. (che disciplina come noto il concordato in continuità), laddove esso fa riferimento ad un piano che prevede la "cessione dell'azienda in esercizio". Infatti, l'espressione "in esercizio" andrebbe interpretata nel senso che l'azienda debba rimanere nella gestione del debitore sino alla fase esecutiva del piano di concordato in cui verrà ceduta, per l'appunto, "l'azienda in esercizio": in questo senso, tra gli altri, v. Lamanna, *La legge fallimentare dopo il decreto sviluppo*, Milano, 2012, 58.

un prezzo più alto rispetto a quello ipotizzato nel piano di concordato e, di conseguenza, un miglior soddisfacimento per i creditori: ben si comprende, allora, il motivo per cui il nuovo articolo 163 *bis* L. fall., che come detto recepisce normativamente questa impostazione giurisprudenziale, sia stato accolto in massima parte favorevolmente dai primi commentatori⁷.

D'altro canto, si deve comunque considerare che l'obbligo di disporre una procedura competitiva comporta inevitabilmente un disincentivo per i terzi che intendano presentare, fin dalla fase iniziale del procedimento di concordato, una proposta di acquisto, in qualsiasi forma effettuata⁸: sotto quest'ultimo profilo, come si dirà, la nuova disposizione pare avere soltanto in parte posto le necessarie "contromisure".

Tenendo dunque a mente i principi ispiratori⁹ del (ed i relativi rischi¹⁰ insiti nel) nuovo articolo 163 *bis* L. fall., è possibile ora procedere al relativo esame, analizzando in particolare i seguenti aspetti fondamentali:

(i) il campo di applicazione della norma, e segnatamente i casi in cui, ai sensi dell'art. 163 *bis* L. fall., grava in capo al tribunale l'obbligo di disporre il procedimento competitivo;

(ii) la procedura competitiva ivi disciplinata;

(iii) la fase successiva alla procedura competitiva, con particolare riferimento all'obbligo, in capo al debitore, di modificare la proposta di concordato ed il piano in conformità all'esito della gara.

In ultima analisi, infine, si svolgeranno brevi rilievi conclusivi sulla portata dell'intervento normativo in esame.

Il campo di applicazione dell'art. 163 *bis* L. fall.

La norma in questione richiede innanzitutto che vi sia una "offerta". Nozione, questa, intesa dal legislatore in un'accezione assai ampia.

Preliminarmente, non si richiede che tale offerta sia anche irrevocabile¹¹, come si desume del resto dal quarto comma dell'articolo, ai sensi del quale "L'offerta di cui al primo comma diviene irrevocabile" nell'ambito della procedura competitiva: ciò, evidentemente, presupponendo che l'offerta iniziale possa essere anche non irrevocabile¹².

Inoltre, per "offerta" il legislatore non intende limitarsi a negozi di natura esclusivamente unilaterale, essendo ricompresi espressamente anche tutti quei contratti che comunque abbiano "la finalità del trasferimento non immediato dell'azienda, del ramo d'azienda o di specifici rami" (così il 1° comma, ultima parte, dell'art. 163 *bis* L. fall.)¹³.

La norma si riferisce principalmente¹⁴ al caso in cui, prima del deposito del ricorso, il debitore abbia concluso con un terzo offerente un contratto preliminare (o un contratto simile) che preveda l'obbligo del trasferimento in suo favore (e ad un prezzo concordato) dell'azienda o di parte di essa: ebbene, tale pattuizione risulterà inopponibile alla massa concordataria, venendo "rimessa in discussione" dal tribunale nell'ambito della gara competitiva¹⁵.

Ad avviso di un secondo orientamento, ormai maggioritario, la fattispecie di cui si discute andrebbe invece inquadrata nel concordato in continuità (nel qual caso, denominato "indiretto"), poiché questa (la continuità) andrebbe intesa nell'oggettiva (e non soggettiva) continuazione del complesso produttivo, sia direttamente da parte dell'imprenditore, che indirettamente da parte di un terzo (affittuario, cessionario, conferitario): v., anche per i relativi riferimenti, Fico, *Riflessioni sul concordato con continuità dopo il D.L. 83/2015*, in www.ilfallimentarista.it.

In quest'ottica, si è efficacemente sottolineato che "alla riconduzione nell'ambito della continuità aziendale non osti certamente, sia in generale che nel caso in esame, la previsione del contratto di affitto d'azienda finalizzato al suo trasferimento, contratto che riveste la funzione di mero 'strumento ponte' giuridico ed economico diretto ad evitare la perdita di funzionalità ed efficienza dell'intero complesso aziendale in vista del successivo trasferimento, in modo da arrivare alla cessione o al conferimento della stessa senza il rischio di vedere pregiudicati i valori intrinseci e più significativi, primo tra tutti l'avviamento" (Trib. Alessandria, 18 gennaio 2016, in www.ilcaso.it).

⁷ V., tra gli altri (ed oltre agli autori già citati in precedenza), Lamanna, *La legge fallimentare dopo la mini riforma del D.L. n. 83/2015*, Milano, 2015, 41-48; Greggio, *Le offerte concorrenti nel nuovo art. 163-bis l.fall.: l'eteronomia prevale sull'autonomia?*, in www.ilfallimentarista.it; Ambrosini, *Il diritto della crisi di impresa nella legge n. 132 del 2015 e nelle prospettive di riforma*, in www.ilcaso.it; Beltrami, *Le recenti (ulteriori) modifiche al concordato preventivo dell'estate 2015*, in www.ilcaso.it, 36; Bozza, *Brevi considerazioni su alcune norme dell'ultima riforma*, in www.fallimentiesocietà.it; Bozza, *Le proposte e le offerte concorrenti*, in www.fallimentiesocietà.it; Marelli, *Le disposizioni del D.L. 27 giugno 2015, n. 83 per favorire la concorrenza nel concordato preventivo: nuovo art. 163-bis e modifiche all'art. 182 l.fall.*, in www.restructuring@nctm.it; Savioli, *Concorrenza nel mercato e per il mercato delle crisi d'impresa. Le innovazioni del D.L. 83/2015 per la procedura di concordato preventivo*, in www.ilcaso.it.

⁸ V. Fabiani, *L'ipertrofica legislazione concorsuale fra nostalgie e incerte contaminazioni ideologiche*, in www.ilcaso.it, 14, il quale evidenzia come il "sondaggio" del mercato, che impone la nuova norma, rischi di concretarsi "solo in una perdita di tempo".

⁹ Quali l'accrescimento della competitività e della concorrenza: v.,

tra gli altri, Greggio, *op. cit.*, 2.

¹⁰ In particolare, il rischio di una fuga di possibili terzi interessati: v. precedente nota n. 8.

¹¹ V. Greggio, *op. cit.*, 7, secondo il quale "l'offerta non deve necessariamente essere impegnativa per l'offerente sotto il profilo giuridico, divenendo la stessa irrevocabile solo all'esito della procedura competitiva ...".

¹² Ciò ovviamente non impedisce che l'offerta invece possa essere comunque irrevocabile fin dall'inizio: v. Ambrosini, *op. cit.*, 36, nt. 53, secondo cui deve "rifiutarsi l'idea che la norma in esame non trovi applicazione ogniqualvolta l'offerta risulti già, *ab initio*, irrevocabile giacché ciò, a tacer d'altro, si presterebbe a un agevole quanto inammissibile aggiramento del nuovo precetto".

¹³ Tale previsione è stata introdotta con la legge di conversione, ponendo così fine ad un problema interpretativo: v., tra gli altri, i rilievi di Lamanna, *La miniriforma ...*, cit., 42 e 43.

¹⁴ Ma non esclusivamente: come attentamente sottolineato dal Tribunale di Alessandria (18 gennaio 2016, in www.ilcaso.it), "nella formulazione della norma non rientra solo il caso del contratto preliminare ma anche più in generale l'ipotesi di ogni contratto concluso dal debitore, in vista della formulazione del piano concordatario, che abbia comunque lo scopo del trasferimento non immediato dell'azienda, di un ramo d'azienda o di specifici beni quale è indubbiamente proprio l'affitto d'azienda ove sia stata pattuita la cessione della stessa al termine dell'affitto o sia stato concesso il diritto di prelazione a favore dell'affittuario stesso, ipotesi questa del resto espressamente richiamata dal legislatore nell'ultimo comma, oppure un contratto di locazione di immobile di cui sia poi prevista la cessione al locatario con imputazione dei canoni nel frattempo corrisposti in conto prezzo". V. anche, sull'applicazione della norma al contratto di affitto di azienda stipulato in data precedente alla domanda di concordato, Trib. Udine, 15 ottobre 2015, in www.ilcaso.it.

¹⁵ Sul punto, v. sempre Trib. Alessandria 18 gennaio 2016, cit., ad avviso del quale la norma in commento prevede una "deroga alla disciplina dettata per i contratti pendenti dall'art. 169 *bis* l.f. tenuto conto, tra l'altro, che il risarcimento conseguente al mancato adempimento è regolato dall'art. 163 *bis* in modo diverso rispetto a quanto previsto dall'art. 169 *bis*".

In questo caso, la portata innovativa (e, in un certo senso, dirompente) della norma è evidente, imponendo essa la gara competitiva in presenza di un impegno vincolante, non soltanto per il terzo, ma anche per il debitore concordatario¹⁶.

Prosegue l'articolo in commento precisando che l'offerta, nell'accezione appena descritta, deve essere recepita nel piano concordatario e può prevedere che il trasferimento abbia luogo sia dopo *sia prima* dell'omologazione del concordato. Si osservi, prima dell'omologazione può avvenire non soltanto la gara, ma perfino il trasferimento dell'azienda.

Si tratta di una precisazione senz'altro apprezzabile, poiché, oltre a superare un precedente vuoto normativo che aveva ingenerato contrasti di opinioni¹⁷, risulta posta a tutela delle ragioni dei creditori, i quali hanno tutto l'interesse ad evitare i tempi tecnici (spesso dilatati) dell'omologazione.

Peraltro, l'ultimo comma dell'art. 163 *bis* L. fall. chiarisce che la disciplina ivi prevista si applica anche "agli atti da autorizzare ai sensi dell'articolo 161, settimo comma, ...".

Dunque, il trasferimento potrebbe perfino avvenire nella fase di c.d. "pre-concordato", previa ovviamente attivazione della relativa procedura competitiva¹⁸.

Perché ciò accada, tuttavia, sarà necessario, da un lato, che il debitore fornisca già in quella sede un'accurata descrizione del redigendo piano concordatario e, dall'altro, che il medesimo debitore motivi e dimostri le ragioni di urgenza del trasferimento; ragioni, queste, che dovranno giocoforza attenere al concreto rischio, per l'impresa, della perdita dell'avviamento o della continuità aziendale.

V'è da osservare che l'art. 163 *bis* L. fall. non si applica solo in presenza di un'offerta che contempili, come controprestazione al trasferimento (immediato o differito che sia) dell'azienda, un corrispettivo in denaro; al contrario, l'articolo in questione si riferisce espressamente a qualsivoglia controprestazione a titolo oneroso¹⁹.

Ancora una volta, è evidente come il legislatore abbia inteso estendere il più possibile in campo di applicazione dell'articolo in commento, onde evitare che vengano sottratte all'attivazione della gara competitiva tutte le possibili offerte a contenuto "preconfezionato", che si possano pertanto porre in contrasto con il fine di massimizzazione della *recovery* dei creditori²⁰.

In quest'ottica, deve essere letta la modifica della legge di conversione, la quale ha eliminato la facoltatività della procedura competitiva, la quale quindi, ove ovviamente sussistono i presupposti sopra illustrati, dovrà (necessariamente) essere disposta dal tribunale²¹.

Sul punto, tuttavia, si pone un delicato problema interpretativo: se nei casi in cui la proposta di concordato contenga una offerta di acquisto (o di affitto) non v'è dubbio che trovi applicazione la norma in esame (e quindi l'obbligo, in capo al tribunale, di disporre una procedura competitiva), non è invece chiaro se l'art. 163 *bis* L. fall. si applichi pure nei casi in cui l'offerta, assente nella proposta, venga formulata successivamente.

A rigore, la norma in esame non dovrebbe trovare applicazione alla fattispecie da ultimo indicata, riferendosi detta norma espressamente ai casi in cui l'offerta sia prevista nella proposta di concordato.

D'altro canto, pare preferibile ritenere che, anche nei casi in cui l'offerta sia formulata successivamente, il tribunale sia comunque tenuto (anche qui necessariamente) a disporre la procedura competitiva: ciò, non già in forza dell'art. 163 *bis* L. fall. (come detto non applicabile), bensì in ragione del 3° comma dell'art. 182 L. fall., il quale a propria volta richiama l'art. 107 L. fall., ai sensi del quale "le vendite e gli altri atti di liquidazione posti in essere in esecuzione del programma di liquidazione sono effettuati dal curatore tramite procedure competitive"²².

Va da sé, in ogni caso, che l'assenza sul punto di una chiara disciplina normativa possa ingenerare incertezze applicative di non poco momento, essendo certamente pure sostenibile la tesi opposta a quella appena prospettata: precisamente, si potrebbe ritenere che, nei casi in cui l'offerta sia formulata successivamente alla proposta, il giudice sia libero di non aprire una gara competitiva, in particolare allorché l'offerta sia chiaramente la migliore reperibile nel mercato per indagini già in precedenza espletate²³.

La procedura competitiva

Del tutto correttamente la norma in commento ha cura di precisare i singoli aspetti che devono essere partitamente stabiliti dal decreto del tribunale che dispone l'apertura della procedura competitiva.

¹⁶ Osserva Lamanna (*La legge fallimentare dopo la miniriforma*, cit., 42) come in effetti, prima di tale disposizione, si era posta la questione "allorché il pacchetto preconfezionato fosse stato tale in senso stretto o proprio, avesse cioè avuto ad oggetto un'offerta già impegnativa non solo per l'offerente ma soprattutto per il debitore, ciò che presuppone appunto la stipula di un contratto preliminare o di una consimile pattuizione già resi parte del piano, ovvero proposte che, in quanto accettate dal debitore con lo stesso piano, per ciò stesse si sarebbero trasformate in negozi impegnativi".

¹⁷ Inizialmente la giurisprudenza escludeva la possibilità di cedere l'azienda prima dell'omologazione del concordato (v. Cass. 9 luglio 1968, n. 2354, in *Dir. Fall.*, 1968, II, 948); più di recente si era invece assestata su posizioni favorevoli (v. in particolare Trib. Bergamo 1 dicembre 2011, in *Fallimento*, 2012, 335); per un approfondimento, v. Greggio, *La cessione dell'azienda prima dell'omologazione del concordato preventivo liquidatorio*, in *www.ilfallimentarista.it*.

¹⁸ V. Trib. Forlì, 3 febbraio 2016, in *www.ilcaso.it*.

¹⁹ E quindi, come si è osservato in dottrina, "anche mediante negozi a carattere permutativo (per es. datio in solutum) o che contemplan la cessione di crediti ovvero l'accollo di debiti (come contropartita esclusiva

o parziale)" (Greggio, *Le offerte*, cit., 7).

²⁰ In concreto, la vendita competitiva andrà disposta nei concordati liquidatori o con continuità indiretta: v. Trib. Forlì, 3 febbraio 2016, cit.

Per la nozione di "continuità indiretta" e per il relativo inquadramento giuridico, v. nota 6.

²¹ E si comprende: una diversa soluzione avrebbe rischiato inevitabilmente di ingenerare controversie, le quali a loro volta avrebbero potuto, com'è stato ineccepibilmente osservato, "bloccare di fatto sine die l'iter concordatario, implicando reclami e decisioni in più gradi di giudizio" (Lamanna, *La legge fallimentare dopo la miniriforma*, cit., 44). Sulla portata precettiva ed inderogabile della norma in esame, v. anche Trib. Monza 29 marzo 2016, in *www.ilfallimentarista.it*.

²² Sull'applicabilità delle disposizioni in tema di fallimento al concordato preventivo, in particolare a seguito delle recenti modifiche dell'art. 182 L. fall., v. *infra*.

²³ V. Bozza, *Le proposte e le offerte concorrenti*, cit., 85, il quale precisa come il giudice debba comunque ispirarsi al principio della competitività desumibile, *inter alia*, dall'art. 163 *bis* L. fall.

In particolare occorre indicare:

- a) le modalità di presentazione delle offerte, con specificazione, tra l'altro, del luogo in cui l'offerta deve essere presentata ed il termine entro cui deve essere depositata e/o inoltrata;
- b) la precisazione che tali offerte siano incondizionate (e quindi non dipendenti da un evento futuro ed incerto) ed irrevocabili²⁴;
- c) le caratteristiche dell'offerta, in modo tale che venga assicurato il requisito – come si dirà di qui a breve, non sceso da “insidie” – della “comparabilità”;
- d) l'indicazione dei requisiti soggettivi dei partecipanti (ed in particolare, avuto riguardo ai rapporti tra il debitore concordatario e l'offerente);
- e) le modalità di accesso alle informazioni rilevanti della procedura;
- f) le garanzie che devono essere prestate dagli offerenti²⁵;
- g) la data di udienza per l'esame delle offerte;
- h) le forme di pubblicità del decreto medesimo (quali portali internet, quotidiani, etc.), con l'espressa precisazione che è in ogni caso disposta la pubblicità sul portale delle vendite pubbliche di cui all'art. 490 c.p.c.;
- i) infine, l'aumento minimo – rispetto all'offerta originaria recepita nel piano – del corrispettivo che le offerte devono prevedere.

Alcuni di questi (necessari) contenuti del decreto di apertura della procedura competitiva presuppongono talune precisazioni.

Il primo aspetto da approfondire attiene al requisito, dai contorni “ondivaghi”, della comparabilità delle offerte²⁶: il legislatore come si è visto demanda al tribunale il compito di precisare i requisiti delle offerte, affinché “ne sia assicurata in ogni caso la comparabilità”.

Ma quando due offerte possono dirsi “comparabili”, tenuto conto dei molteplici elementi di valutazione (prezzo, garanzie offerte, tempi di pagamento, livelli occupazionali garantiti, etc.)?

A stretto rigore, il confronto tra due (o più) offerte non

può implicare una variazione sostanziale del piano, con la conseguenza che le offerte dovranno essere standardizzate e variare essenzialmente per un solo elemento, ossia il prezzo²⁷: in questo modo, l'offerta migliorativa avrebbe soltanto l'effetto di aumentare il valore di realizzazione del bene per cui il piano già originariamente ne prevedeva la cessione²⁸.

In caso contrario, la valutazione “comparativa” che verrebbe demandata al tribunale sulle offerte sarebbe estremamente complessa e di non facile soluzione.

È chiaro infatti che, per decidere quale sia la migliore offerta presentata, occorre preliminarmente chiedersi quale delle offerte presentate corrisponda al miglior interesse dei creditori: il che, se le offerte si differenziano anche per elementi diversi dal prezzo, imporrebbe al tribunale un davvero delicato giudizio di merito, che finirebbe quasi per sostanzarsi in un esame circa la convenienza delle offerte²⁹.

Ciò posto, è altrettanto evidente che, qualora si adottasse quest'ultima impostazione³⁰, il decreto del tribunale dovrà essere tanto più preciso e particolareggiato, prevenendo financo “un punteggio per ogni elemento dell'offerta”³¹.

In quest'ottica, sarebbe auspicabile tuttavia che, nella determinazione di tali punteggi, i tribunali adottino valutazioni uniformi, soprattutto nella “gerarchia” degli elementi che possono caratterizzare un'offerta: ci si riferisce in particolare all'ipotesi in cui due offerte si distinguano per il fatto che una preveda un prezzo più alto ed un'altra un miglior livello di occupazioni garantite³².

Nel silenzio del legislatore, occorre evidentemente rifarsi ai principi informatori della normativa concorsuale, in base ai quali – quantomeno in tema di fallimento e concordato preventivo – la finalità principale di tali procedure è individuata nel migliore soddisfacimento dei creditori, mentre soltanto in via mediata (e/o subordinata) viene tutelata la conservazione del patrimonio produttivo dell'impresa insolvente³³: con la conseguenza che, nella determinazione di parametri (o punteggi) per la comparabilità, i tribunali

²⁴ Con specifico riguardo all'originario offerente (sulla cui offerta quindi si era basato il piano concordatario), come si è accennato in precedenza, la propria offerta (ove non fosse già irrevocabile) lo diventa successivamente dal momento in cui viene prestata la garanzia stabilita dalla norma in commento.

²⁵ V. Bozza, *Le proposte e le offerte concorrenti*, cit., 94, ad avviso del quale il tribunale può richiedere le garanzie che ritiene più idonee.

²⁶ V. Bozza, *Le proposte e le offerte concorrenti*, cit., 95, il quale osserva che il tema della comparabilità delle offerte è il “tema centrale” posto dalla norma in commento.

²⁷ V. Savioli, *Concorrenza nel mercato*, cit., 8-9.

²⁸ V. Lamanna, *La legge fallimentare dopo la miniriforma*, cit., 46, il quale aggiunge che quanto precede “non significa che, in caso di offerta migliorativa, non sia necessario apportare modifiche al piano e alla proposta. A tale scopo, ... l'impresa de[ve] modificare la propria proposta ai creditori al fine di riflettere il carattere migliorativo dell'offerta in termini di recovery e apportare al piano gli adattamenti conseguenti all'accettazione di un'offerta diversa da quella inizialmente prevista”.

²⁹ V. Bozza, *Le proposte e le offerte concorrenti*, cit., 99. Ad avviso di tale Autore, i poteri del tribunale sarebbero altresì particolarmente ampi anche nella fase di stesura del decreto di apertura della procedura competitiva; in quella sede, infatti, il giudice avrebbe perfino il potere di intervenire sull'offerta presentata ed indicata nella proposta, disponendo in piena autonomia lo schema che devono assumere le offerte ulteriori (Bozza, *ibidem*, 87 e segg.).

Questa, pur autorevole, impostazione rischia tuttavia di essere in

contrasto, da un lato, con i limiti che il legislatore (anche a seguito dell'ultimo intervento in commento) pone all'organo giudiziario nella procedura di concordato preventivo e, dall'altro, con il requisito della comparabilità delle offerte; aspetti, questi, del resto comunque tenuti in considerazione dall'Autore in esame (che però li ritiene superabili sulla base, *inter alia*, di una lettura ampia data all'articolo in commento).

³⁰ Nella conclusione del presente scritto si tornerà sulla complessa nozione di comparabilità delle offerte e sui relativi problemi interpretativi in merito ai poteri di valutazione che verrebbero demandati al tribunale ove si adottasse l'impostazione estensiva di “comparabilità delle offerte”.

³¹ V. Greggio, *Le offerte..*, cit., 12.

³² V. sempre Greggio, *ibidem*, il quale si chiede, in via esemplificativa, se sia “migliore un'offerta che prevede il pagamento di 100 e il trasferimento di 50 lavoratori o un'offerta che preveda il pagamento di 50 ed il trasferimento di 100 lavoratori”.

³³ V. Stanghellini, *Le crisi di impresa fra diritto ed economia*, Bologna, 2007, 74 e segg., il quale osserva come nella procedura di fallimento l'azienda possa essere mantenuta in attività solo se ciò beneficia i creditori (cfr. art. 104 L. fall.) e possa essere venduta in blocco solo se tale vendita è più conveniente per i creditori rispetto alla vendita disaggregata, con la conseguenza che “fra due potenziali acquirenti dell'azienda sottoposta alla procedura, uno dei quali offra un prezzo inferiore impegnandosi a mantenere un certo numero di dipendenti e l'altro offra un prezzo superiore ma con un numero minore di dipendenti, la legge impone al giudice delegato di scegliere il secondo”.

dovranno avere come parametro “principe” quello del miglior soddisfacimento dei creditori.

Il secondo aspetto delicato da approfondire attiene al tema dell'accesso di terzi offerenti alle informazioni rilevanti relative all'impresa in concordato³⁴.

A tal riguardo, è prevedibile che i decreti dei tribunali si limiteranno a prevedere che ogni interessato si possa rivolgere al commissario giudiziale per consultare la documentazione in suo possesso, descrittiva del ramo d'azienda, previa sottoscrizione e consegna al commissario medesimo di impegno di riservatezza sulle informazioni ricevute³⁵.

Di fatto, quindi, colui il quale concretamente dovrà tutelare l'impresa in concordato da possibili accessi strumentali sarà il commissario giudiziale. Quest'ultimo, anche a mente del nuovo 3° comma dell'art. 165 L. fall.³⁶, dovrà valutare la congruità della singola richiesta ricevuta, soprattutto qualora l'offerente chieda di accedere presso l'azienda del debitore.

L'accesso a tale documentazione dovrebbe peraltro essere in alcuni casi escluso.

Si immagini, ad esempio, che nella fase pre-concordataria sia già stata espletata una consultazione, da parte di vari interessati, in merito ai dati dell'azienda e che, all'esito della stessa, sia stata formulata un'offerta, poi recepita nel piano concordatario del debitore: è evidente che, nell'ambito della successiva procedura competitiva disposta dal tribunale, è da ritenersi preclusa agli interessati originari una nuova consultazione, la quale potrà essere riconosciuta soltanto ad eventuali successivi interessati³⁷.

Diversamente, i creditori subirebbero un'inutile ed ingiustificato prolungamento della durata della procedura di concordato.

In definitiva, è bene che il tribunale e (soprattutto) il commissario giudiziale valutino con assoluto rigore le richieste di terzi interessati, evitando utilizzi strumentali o anche solo dilatori della consultazione medesima: non potendo, a tal proposito, essere evidentemente sufficiente la sottoscrizione da parte dei terzi di un impegno alla riservatezza.

Venendo, a questo punto, all'udienza fissata per l'esame delle offerte, queste (che, si badi, devono essere presentate in forma segreta) vengono rese pubbliche alla presenza degli offerenti e di qualunque altro interessato.

È previsto espressamente che, in presenza di più offerte, il giudice disponga la gara tra gli offerenti.

La norma non dice che tale gara debba avvenire nella stessa udienza, con la conseguenza che questa può svolgersi

anche successivamente³⁸, purché però (come precisa l'articolo in esame) “prima dell'adunanza dei creditori”³⁹.

A tutela del soggetto che ha presentato l'offerta iniziale, la norma dispone che, con la vendita o con l'aggiudicazione⁴⁰ a soggetto diverso, il primo offerente è liberato dalle obbligazioni eventualmente assunte nei confronti del debitore.

A suo favore, inoltre, il commissario dispone il rimborso delle spese e dei costi sostenuti per la formulazione dell'offerta entro il limite massimo del tre per cento del prezzo in essa indicato.

La norma vuole così evitare che i terzi siano disincentivati dal presentare proposte di acquisto dell'azienda nella fase di emersione della crisi di impresa, garantendogli un rimborso per i costi sostenuti e soprattutto per il tempo profuso.

Se la finalità è ineccepibile, possono tuttavia sollevarsi dubbi sulla idoneità della disposizione in commento al raggiungimento dell'obiettivo in questione, sol si consideri che il rimborso è garantito entro il limite massimo del solo tre per cento del prezzo indicato.

È pur vero che in tal modo si evita una lievitazione dei costi della procedura, ma è altrettanto indubitabile che assai probabilmente i terzi saranno meno incentivati a fare investimenti, nella misura in cui essi, da una parte, vedono diminuire le probabilità di diventare i definitivi acquirenti dell'azienda e, dall'altra, hanno una prospettiva di rimborso dei costi supportati comunque assai limitata.

La natura giuridica della vendita (all'esito della procedura competitiva)

V'è da domandarsi quale sia la natura giuridica della vendita ivi prevista.

Innanzitutto, la norma in esame prevede che la gara debba essere necessariamente disposta dal tribunale (anche indipendentemente dalla volontà del debitore); si prevede poi che la gara sia svolta sotto il controllo dell'autorità giudiziaria, secondo modalità predeterminate (in parte dal legislatore ed in parte dal tribunale nel decreto che dispone la gara medesima).

Già soltanto tali aspetti parrebbero idonei a consentire un inquadramento della vendita in esame nell'alveo delle vendite forzate.

Il rilievo che precede trova ulteriore riscontro nell'assai probabile applicabilità alle offerte concorrenti delle norme, dettate in tema di fallimento, che disciplinano la vendita dell'azienda o di rami (art. 105), le modalità delle predette

Si osservi come nell'amministrazione straordinaria il legislatore abbia previsto invece una regola significativamente diversa; in quest'ultimo caso, la finalità esclusiva di tale procedura è individuata nella conservazione del patrimonio produttivo, mentre solo in via mediata tale procedura è volta al miglior soddisfacimento dei creditori (v., Stanghellini, *ibidem*; v. anche Nigro, Vattermoli, *Diritto della crisi delle imprese*, Bologna, 2009, 47).

³⁴ Il tema è rilevante per il rischio “di accessi strumentali, il cui unico fine potrebbe essere quello di carpire informazioni rilevanti riguardo l'azienda target (fornitori strategici, clienti, prezzo, mercato)” (V. Greggio, *Le offerte..*, cit., 13).

³⁵ V., come prima applicazione, Trib. Udine, 15 ottobre 2015, cit.

³⁶ Dettato a rigore con riferimento alle sole proposte concorrenti, ma ispirato ad una *ratio* senz'altro comune.

³⁷ Ciò, salvo ovviamente il caso in cui le informazioni che il tribu-

nale od il commissario mettano a disposizione nella *data room* siano diverse ed ulteriori rispetto a quelle indicate dal debitore nella precedente fase pre-concordataria.

³⁸ V. Lamanna, *La legge fallimentare dopo la miniriforma*, cit., 47 e Nonno, *La concorrenza nel concordato preventivo*, 3.

³⁹ Osserva Greggio, *Le offerte..*, cit., 14 che tale disposizione tutela il diritto dei creditori ad accettare o meno la proposta in sede di votazione avendo già piena contezza dell'esito dell'offerta di cessione.

⁴⁰ Osserva Lamanna (*La legge fallimentare dopo la miniriforma*, cit., 47) che il termine “aggiudicazione” si riferisce all'individuazione dell'acquirente finale quando venga fatta la gara competitiva tra più concorrenti, mentre il termine “vendita” si riferisce al caso in cui ci sia un unico offerente, come ad esempio quando l'offerente che abbia fatto la propria offerta prima del deposito del ricorso si sia ritirato.

vendite (art. 107) ed i relativi poteri del giudice delegato⁴¹.

Ed infatti, queste ultime disposizioni, ancorché non espressamente richiamate dall'art. 163 *bis* L. fall., trovano comunque applicazione in forza dell'art. 182 L. fall., il cui novellato terzo comma ha ora una previsione ancor più ampia di quella precedente, e segnatamente: "alle vendite, alle cessioni e ai trasferimenti legalmente posti in essere dopo il deposito della domanda di concordato o in esecuzione di questo, si applicano gli articoli da 105 a 108 *ter* in quanto compatibili. La cancellazione delle iscrizioni relative ai diritti di prelazione, nonché delle trascrizioni dei pignoramenti e dei sequestri conservativi e di ogni altro vincolo, sono effettuati su ordine del giudice, salvo diversa disposizione contenuta nel decreto di omologazione per gli atti a questa successivi"⁴².

Ora, è pur vero che tale norma si riferisce espressamente alla fase esecutiva del concordato per cessione di beni, ed è altrettanto vero che anche quest'ultima modifica non risolve del tutto il problema del carattere suppletivo (o meno) dell'art. 182 L. fall., il cui primo comma prevede ancora l'inciso "se il concordato consiste nella cessione dei beni e non dispone diversamente".

Si deve però considerare che già prima della riforma in commento una parte della dottrina e della giurisprudenza avevano ritenuto che l'art. 182 L. fall. non si limitasse alla fase esecutiva del concordato liquidatorio, avendo incidenza anche nella fase precedente. Precisamente, il fatto che l'art. 182 L. fall. rinviasse (secondo la tesi ora riportata, "inderogabilmente") alle norme in tema di liquidazione del fallimento comportava necessariamente che il tribunale – anche prima quindi della fase esecutiva – dovesse verificare la legalità sulle indicazioni fornite dal debitore circa la liquidazione dei beni, in modo da riportarle nei limiti di legge, ove esse se ne discostassero⁴³.

In quest'ottica, si era ritenuto che l'art. 182 L. fall. (nel rinviare agli artt. da 105 a 108 *ter* L. fall.) esprimesse una sorta di "fallimentarizzazione" del concordato preventivo con cessione dei beni, con la conseguenza che il disposto dell'art. 182 L. fall. avrebbe avuto contenuto imperativo e non derogabile, applicabile, quindi, anche laddove la proposta concordataria avesse disposto diversamente⁴⁴.

Non sorprende allora come, all'indomani della riforma ora in commento (senz'altro ispirata ad accrescere l'intervento degli organi pubblici nella gestione del concordato), i primi commentatori⁴⁵ si siano spinti perfino oltre, assumendo una portata generale del novellato terzo comma

dell'art. 182 L. fall., il quale non si riferirebbe perciò più al solo concordato liquidatorio "puro".

Evidentemente, l'applicabilità alle offerte concorrenti delle norme in tema di vendite fallimentari⁴⁶ (proprio in ragione del menzionato 3° comma dell'art. 182 L. fall.) implica che si è in presenza di una vendita forzata⁴⁷.

Tra le principali conseguenze del rilievo che precede v'è da mettere in luce, da una parte, la disattivazione dell'art. 2560, comma 2, cod. civ. (e della relativa esclusione della responsabilità dell'acquirente per i debiti sorti prima del trasferimento e risultanti dalle scritture contabili dell'alienante); dall'altra, la cancellazione dei vincoli gravanti sui beni trasferiti (cfr. art. 108 L. fall.)⁴⁸.

La fase successiva alla gara competitiva

Per quanto riguarda la fase successiva alla gara, l'art. 163 *bis* L. fall. si limita a prevedere che il debitore debba modificare la proposta ed il piano in conformità all'esito della gara medesima.

È evidente che, qualora si desse un'accezione ampia al requisito della comparabilità delle offerte (cfr. *supra*), l'eventuale aggiudicazione di un'offerta diversa (non soltanto quindi per il prezzo) da quella iniziale implicherebbe una modifica perfino sostanziale della proposta e soprattutto del piano, tanto da doversi valutare se quest'ultimo risulti ancora fattibile⁴⁹.

Al contrario, qualora si propenda per la diversa (e preferibile) soluzione secondo cui la comparabilità presuppone due o più offerte standardizzate e differenti solo per quanto attiene al prezzo offerto, la modifica di cui si discute sarebbe ben più limitata, riflettendo soltanto il carattere migliorativo risultante dalla gara competitiva.

In entrambi i casi, tuttavia, si pone il problema di (possibili) comportamenti ostruzionistici da parte del debitore, laddove questo rifiuti di modificare la proposta ed il piano in coerenza con l'esito della procedura competitiva attivata dal tribunale.

In presenza di tale comportamento ostruzionistico, troverà senz'altro applicazione l'art. 173 L. fall., con conseguente revoca del concordato e (possibile) successiva dichiaratoria di fallimento⁵⁰.

Più problematica risulta invece l'applicazione dell'art. 185 L. fall., come pure modificato dalla riforma in esame (la quale ha introdotto ben quattro nuovi commi).

Quest'ultima disposizione (che prevede *inter alia* la possibilità, per il tribunale, di attribuire al commissario giudi-

⁴¹ In merito alla natura delle vendite nella liquidazione fallimentare, v. Castagnola, *La natura delle vendite fallimentari dopo la riforma delle procedure concorsuali*, in *Giur. Comm.*, 2008, I, 373 e segg.

⁴² La precedente formulazione del III comma dell'art. 182 L. fall. si limitava a disporre: "Si applicano gli articoli da 105 a 108-ter in quanto compatibili".

⁴³ V, tra gli altri, Bozza, *La fase esecutiva del concordato preventivo con cessione dei beni*, in *Fallimento*, 2012, 767.

⁴⁴ Tale impostazione era comunque tutt'altro che pacifica, essendo stato rilevato da altra dottrina come l'art. 182 L. fall. fosse sempre caratterizzata da un carattere dispositivo (come confermato dal primo comma della stessa), così che essa sarebbe stata applicabile nei soli casi in cui il piano di concordato preventivo non avesse indicato le precise modalità con cui procedere alla liquidazione dei beni: in altri termini, l'art. 182 L. fall. non troverebbe applicazione in tutti i casi di

deroga da parte del debitore alla disciplina legale: in questo senso, tra gli altri, v. Filocamo, *Sub art. 182*, in *La legge fallimentare*, Padova, 2011, 1401.

⁴⁵ V. Greggio, *Le offerte...*, cit., 16 e Varotti, *op. cit.*, 3; *contra* però Trib. Alessandria, 18 gennaio 2016, cit., 11.

⁴⁶ Tale possibile applicabilità comporta talvolta problemi di coordinamento di non poco momento. Per un approfondimento, v. Greggio, *Le offerte...*, cit., 15 e segg. e Varotti, *op. cit.*, 2 e segg.

⁴⁷ V. nota precedente.

⁴⁸ Ulteriore conseguenza è che la vendita potrà essere delegata a un professionista ai sensi dell'art. 591 *bis* c.p.c.: v., tra gli altri, Ambrosini, *op. cit.*, 37 e 38.

⁴⁹ Sul punto si tornerà anche nell'ultimo paragrafo, relativo ai rilievi conclusivi sull'art. 163 *bis* L. fall.

⁵⁰ V. Lamanna, *La legge fallimentare dopo la miniriforma*, cit., 47.

ziale i poteri necessari a provvedere in luogo del debitore al compimento degli atti a questo richiesti) pare tuttavia riferita alla sola fase esecutiva del concordato.

Come risulta infatti dal novellato secondo comma dell'art. 185 L. fall., "Il debitore è tenuto a compiere ogni atto necessario a dare esecuzione alla proposta di concordato ... qualora sia già stata approvata e omologata": l'utilizzo della congiunzione "e" implica allora che tale disposizione presupponga, per la relativa applicazione, non solo l'approvazione del concordato, ma anche l'omologazione dello stesso.

Ciò posto, vi è peraltro da osservare che i nuovi commi dell'art. 185 L. fall. si riferiscono alle sole proposte concorrenti, con la conseguenza che (anche nella fase esecutiva del concordato) non è certa la relativa applicazione in presenza di offerte concorrenti.

La questione non è soltanto teorica: si immagini il caso di un debitore che, nel corso del concordato, modifichi la proposta ed il piano in conformità all'esito della gara, ma nella successiva fase esecutiva ponga in essere taluni comportamenti ostruzionistici, tesi ad ostacolare (o anche solo a rallentare) la regolare esecuzione del concordato.

In dottrina si è sostenuto che unico elemento comune tra le proposte e le offerte concorrenti sarebbe il fine della contendibilità dell'impresa sul mercato, sicché "le regole dell'una non possono applicarsi analogicamente all'altra"⁵¹.

Questa tesi non pare da condividersi.

Risulta evidente, infatti, che l'art. 185 L. fall. intenda contrastare possibili comportamenti ostruzionistici del debitore nella fase esecutiva del concordato preventivo, consentendo al tribunale di attribuire al commissario giudiziale i poteri necessari a provvedere, in luogo del debitore, al compimento degli atti a questo richiesti.

La *ratio* della disposizione è, dunque, chiaramente comune ai due istituti (proposte ed offerte concorrenti), con la conseguenza che una applicazione in via analogica pare senz'altro possibile.

Del resto, si osservi come la rubrica della norma rechi la locuzione generica "*esecuzione del concordato*", con ciò confermando inequivocabilmente che si tratta di una norma di carattere generale e non limitata all'ambito delle proposte concorrenti.

Rilievi conclusivi

Alla luce della disamina fino ad ora svolta in merito al nuovo art. 163 *bis* L. fall., è possibile tracciare taluni rilievi conclusivi.

Sotto un profilo di carattere sistematico, la norma in commento pare connotata da aspetti di indubbia natura pubblicistica⁵²; al tribunale è infatti ora imposto legislati-

vamente di disporre lo svolgimento di una procedura competitiva tutte le volte in cui il debitore abbia inserito nel piano concordatario un'offerta di acquisto dell'azienda per un prezzo predeterminato e non negoziabile.

Peraltro, si è evidenziato in precedenza come la legge di conversione abbia sottratto al tribunale ogni discrezionalità in merito.

Sotto un profilo più strettamente empirico, la disposizione in commento potrebbe comportare, da un lato, una dilatazione della durata dei concordati e, dall'altro, il rischio di disincentivare terzi interessati dalla presentazione di proposte di acquisto, fin dalla data iniziale del processo di risoluzione della crisi di impresa.

In sostanza, affinché la norma in esame possa nel contempo accrescere la competitività e la concorrenza, garantendo comunque una celere riallocazione degli *assets* aziendali, è necessario, in primo luogo, che i tribunali dispongano con urgenza le procedure competitive⁵³; in secondo luogo, sarà quanto mai decisiva una gestione efficiente e rapida da parte del commissario giudiziale⁵⁴.

L'aspetto tuttavia più delicato da mettere in luce attiene alla mancata specificazione, da parte del legislatore (anche in sede di conversione), del concetto di "comparabilità delle offerte".

In particolare, se si ammette che due o più offerte possano considerarsi comparabili anche nei casi in cui esse si differenzino per aspetti ulteriori rispetto al prezzo offerto (garanzie, tempi di pagamento, livelli occupazionali garantiti, etc.), verrà di conseguenza demandata al tribunale una valutazione di merito quanto mai ampia, sia nel momento di apertura del procedimento competitivo, sia nel momento successivo dell'esame delle offerte.

Ed è proprio con riguardo a quest'ultima fase che si pongono i problemi più delicati, posto che il tribunale potrebbe scegliere un'offerta diversa da quella originariamente indicata nella proposta di concordato. Il rischio è che, in tal modo, il piano concordatario risulti non più fattibile, soprattutto qualora l'offerta prescelta dal tribunale sia profondamente differente da quella indicata nella proposta di concordato.

Si potrebbe, a questo proposito, ritenere che il limite all'intervento del tribunale sia costituito proprio dalla fattibilità del piano originario; in altri termini, due o più offerte sarebbero comparabili nella misura in cui il loro accoglimento non comporti una modifica sostanziale al piano.

Senonché, anche in quest'ottica il problema non pare risolto, in quanto il tribunale – soprattutto allorché le offerte risultino assai differenti – non ha gli elementi per comprendere se il piano risulti ancora fattibile (ed eventualmente a quali condizioni lo sia ancora).

La soluzione a questo punto preferibile pare quindi es-

⁵¹ V. Rimato, *Brevi considerazioni sulla L. 132/2015 limitatamente agli aspetti di natura concorsuale*, in *www.fallimentiesocietà.it*, pag. 4.

⁵² V. Lamanna, *La legge fallimentare dopo la miniriforma*, cit., 8, il quale osserva come, dopo anni in cui il sistema concorsuale si era eccessivamente mosso "in senso iperliberistico", si assiste ora al "ritorno della ragione, essendosi finalmente compreso che non è più accettabile, da nessun punto di vista, che con il concordato, nelle forme in cui era andato fin qui articolandosi, si possa imporre coattivamente ai creditori l'espropriazione effettiva dei propri crediti a prezzo vile, privandoli di qualunque effettivo potere di interlocuzio-

ne".

⁵³ V. Greggio, *Le offerte...*, cit., 22, il quale aggiunge che in quest'ottica sarebbe necessario "approntare nei vari tribunali un modello di disciplinare standard, da utilizzare di volta in volta con gli opportuni aggiustamenti".

⁵⁴ Tale organo della procedura infatti assume un ruolo fondamentale nella gestione della procedura competitiva, non soltanto nella fase di ricerca dei possibili terzi interessati ma anche e soprattutto nella fase di assunzione, da parte dei terzi, delle informazioni rilevanti dell'azienda oggetto di cessione (o di affitto).

sere quella in precedenza prospettata: ovvero che, in assenza di una precisa indicazione normativa, prevalga in sede interpretativa un'interpretazione restrittiva della nozione di comparabilità delle offerte, le quali potranno pertanto differenziarsi essenzialmente solo per quanto attiene al prezzo offerto.

In questo modo, ove venga scelta un'offerta diversa da quella originariamente indicata nella proposta, il piano concordatario non subirebbe una modifica sostanziale ma al contrario recepirebbe un'offerta senza alcun dubbio migliorativa⁵⁵.

Gli effetti del concordato preventivo sui contratti pendenti

Elena Marinucci

Lo scritto è dedicato alla disciplina degli effetti del concordato preventivo sui contratti pendenti, così come modificata e integrata dal D.L. n. 83/2015, convertito in L. n. 132/2015. La materia risulta arricchita non solo dagli interventi sull'art. 169 *bis* L. fall., ma anche da altre disposizioni introdotte dalla novella dell'estate 2015 (in particolare quelle sui c.d. finanziamenti urgenti e sulle offerte concorrenti).

Premessa

Il D.L. n. 83/2012, convertito con modifiche nella L. n. 134/2012 ha introdotto nel corpo della legge fallimentare l'art. 169 *bis* L. fall. al fine di dettare, per la prima volta, la disciplina espressa della sorte dei contratti "in corso" nel concordato preventivo (oggi ridefiniti, come vedremo, "pendenti"): di regola essi – se opponibili *ex art.* 45 L. fall. – proseguono, salvo il diritto del debitore di chiederne l'autorizzazione alla sospensione o allo scioglimento. In caso di scioglimento del contratto, sorge in capo al contraente *in bonis* il diritto a un indennizzo, equivalente al risarcimento del danno conseguente al mancato adempimento, da soddisfarsi come credito anteriore. La norma determina inoltre i tempi della sospensione (sessanta giorni prorogabili una sola volta), esclude che lo scioglimento del contratto si estenda alla clausola compromissoria in esso contenuta e, infine, sottrae al proprio ambito di applicazione i rapporti di lavoro subordinato e contratti di cui agli artt. 72, 8° comma, 72 *ter* e 80, 1° comma, L. fall. La stessa disciplina è richiamata dall'art. 186 *bis* L. fall. per il concordato in continuità, nel quale è poi sancita l'inefficacia di eventuali patti che facciano discendere dall'apertura del concordato la risoluzione del contratto e sono dettate regole specifiche in materia di contratti pubblici.

L'introduzione di una espressa disciplina della sorte dei contratti "pendenti" nel concordato preventivo ha suscitato il plauso di tutti gli interpreti, giacché, a causa del silenzio sul punto del legislatore del '42, si era sviluppato un acceso dibattito interpretativo. Tuttavia l'art. 169 *bis* L. fall., come tutte le norme di nuova introduzione e di frequente applicazione, ha generato molteplici quesiti interpretativi.

Il D.L. n. 83/2015, convertito in L. n. 132/2015, ha

confermato in larga parte il disposto originario della previsione e ne ha arricchito e precisato il tenore, risolvendo così molte delle questioni che si erano poste¹, lasciandone tuttavia aperte alcune e, in parte, generandone di nuove².

I tempi dell'istanza di scioglimento o di sospensione

La novella dell'estate 2015 ha anzitutto chiarito che l'istanza di scioglimento o di sospensione del contratto può essere formulata sia nel ricorso di cui all'art. 161 L. fall. sia successivamente. Ne segue che lo scioglimento produce, in entrambi i casi, gli effetti sanciti nell'art. 169 *bis* L. fall., il più importante dei quali è il trattamento del credito per l'indennizzo come anteriore al concordato.

Il chiarimento è opportuno perché, letteralmente, prima della novella, la sede indicata per la formulazione dell'istanza era il ricorso di cui all'art. 161 L. fall.: statuizione, questa, che aveva indotto parte della dottrina a sostenere l'innammissibilità della richiesta di autorizzazione allo scioglimento del contratto formulata dopo il decreto di ammissione³, ovvero ad ammetterla, negandosi tuttavia che, in questo caso, lo scioglimento potesse generare in capo al contraente *in bonis* un credito per l'indennizzo di natura concorsuale, così come previsto nell'art. 169 *bis* L. fall.: esso sarebbe stato prededucibile, perché sorto "in occasione" del concordato preventivo *ex art.* 111 L. fall.⁴ Il legislatore del 2015 pare avere respinto queste letture che, in verità, già parevano contraddette dal tenore del previgente art. 169 *bis* L. fall., nel quale si assegnava anche al giudice delegato (organo la cui presenza suppone l'apertura del concordato) il potere di autorizzare lo scioglimento del contratto⁵.

⁵⁵ Ciò del resto, in coerenza con quanto precisato nella Relazione al D.L. n. 83/2015, ai sensi della quale la comparabilità delle offerte "garantisce che siano confrontabili tra loro e non richiedano una variazione sostanziale del piano (con il rischio che esso divenga, altrimenti, non più fattibile)".

¹ Lamanna, *La legge fallimentare dopo la miniriforma del D.L. n. 83/2015*, *Il Civilista*, Milano, 2015, 59.

² Sui problemi generati dalla disciplina transitoria cfr. Staunovo Polacco, *Speciale decreto "contendibilità e soluzioni finanziarie" n. 83/2015: i contratti pendenti nel concordato preventivo (art. 169-bis l. fall.)*, in *www.ilFallimentarista.it*, 3 e segg.

³ Bozza, *Brevi considerazioni su alcune norme della ultima Riforma*,

in *www.FallimentieSocietà.it*, 36.

⁴ Fabiani, *Fallimento e concordato preventivo*, II, *Concordato preventivo*, in *Commentario Scialoja-Branca-Galgano*, Bologna, 2014, 504; Id., *L'ipertrofica legislazione concorsuale fra nostalgie e incerte contaminazioni ideologiche*, in *Crisi d'impresa e fallimento*, 19.

⁵ Nel senso della natura concorsuale del credito quale a prescindere dal momento in cui l'istanza è formulata: Staunovo Polacco, *Speciale decreto*, cit., 5; Ambrosini, in Vassalli-Luiso-Gabrielli (diretto da), *Trattato di diritto fallimentare. Le altre procedure concorsuali*, IV, Torino, 2014, 286; parlano invece di errore del legislatore del 2015: Fabiani-Caramellino, in Didone (a cura di), *Le riforme delle procedure concorsuali*, Milano, 2016, II, 1800.

Non si è invece fissato il termine finale per la formulazione dell'istanza di scioglimento. Per individuarlo, nel silenzio della legge, occorre guardare al momento ultimo per la modifica della proposta e del piano, che risulterebbe imposta, il più delle volte, dal diniego dell'autorizzazione⁶. Quel diniego implica infatti che il contraente *in bonis* venga espunto dai creditori chirografari cui è indirizzata la proposta (non vantando più lo stesso il credito per l'indennizzo) e che il piano sia in grado di sostenere i crediti prededucibili generati dalla prosecuzione del contratto. L'istanza andrà dunque presentata in tempo utile per procedere, in caso di mancata autorizzazione, alla modifica di cui sopra, tenendosi presente che oggi essa è consentita fino a quindici giorni prima dell'inizio delle operazioni di voto, per effetto della novellazione (dovuta anch'essa alla miniriforma dell'estate 2015) dell'art. 172, 2° comma, L. fall. e della corrispondente soppressione dell'art. 175, 2° comma, L. fall.⁷

Il contraddittorio con il contraente *in bonis* e il procedimento

Il legislatore del 2015 ha integrato anche la disciplina del procedimento che si apre per effetto della proposizione dell'istanza: da un lato, si è imposta l'attuazione del principio del contraddittorio, e, dall'altro lato, si è stabilito che il tribunale o il giudice delegato assumano, ove occorra sommarie informazioni.

Quanto alla necessità del contraddittorio, il legislatore, preso atto dell'accesso dibattito sviluppatosi sia in dottrina sia in giurisprudenza all'indomani della introduzione dell'art. 169 *bis* L. fall. (silente sul punto), ha evidentemente accolto le tesi – non condivise da chi scrive⁸ – secondo cui il contraddittorio sarebbe imposto dal fatto che il decreto di autorizzazione allo scioglimento incide sul diritto soggettivo della controparte contrattuale del debitore istante.

Letteralmente il contraddittorio è oggi previsto solo in caso di istanza di scioglimento; sussistono tuttavia, a questo punto, buone ragioni (se non per imporlo, quanto meno)

per ritenerlo opportuno⁹ anche in caso di richiesta di sospensione¹⁰.

Quanto poi all'oggetto del contraddittorio – sul quale l'art. 169 *bis* L. fall. tace – esso va a mio avviso circoscritto alla verifica della effettiva pendenza del contratto¹¹, della funzionalità della sospensione o dello scioglimento dello stesso alla attuazione del piano e all'adempimento proposta¹² e dell'inclusione del contratto nel perimetro applicativo dell'art. 169 *bis* L. fall.¹³; esso, per contro, non può comprendere né le ragioni del contraente *in bonis* – che sono sacrificate dalla logica concordataria, salvo il diritto all'indennizzo¹⁴ – né la misura dell'indennizzo, la cui determinazione è affidata, in caso di controversia, al giudice ordinario.

Il procedimento dovrebbe essere rapido e deformalizzato. Depongono in tal senso sia la locuzione “sommarie informazioni”, sia la relazione alla legge di conversione¹⁵, sia la circostanza che, quanto più dura il procedimento, tanto più cresce il costo per i creditori, poiché (come vedremo) gli effetti dello scioglimento decorrono dalla comunicazione del provvedimento e la prosecuzione del contratto genera crediti prededucibili¹⁶. È dunque pienamente condivisibile la soluzione che considera sufficiente l'assegnazione di un termine breve¹⁷, eventualmente funzionale al solo scambio di memorie scritte¹⁸.

Infine, non si è precisato se il decreto (del tribunale o della corte d'appello) reso all'esito del reclamo *ex art.* 26 L. fall. (proposto avverso il decreto di scioglimento) sia ricorribile in Cassazione *ex art.* 111 Cost.; la Suprema Corte ha risolto la questione in senso negativo, valorizzando l'assenza del carattere decisorio del provvedimento¹⁹; d'altra parte, quel decreto è a mio avviso anche “altrimenti impugnabile”, giacché le censure avverso lo stesso possono dedursi in sede di opposizione all'omologa.

L'ambito di applicazione dell'art. 169 *bis* L. fall.: dai “contratti in corso” ai “contratti pendenti”

Un'utile puntualizzazione che si deve alla miniriforma

⁶ D'Aquino-Delladio-Fontana-Mammone, *Guida alla legge fallimentare*, Milano, 2016, 338 (i quali soggiungono che, se lo scioglimento non incide sulla proposta, il termine ultimo è quello dell'omologa). Del resto, se l'istanza di scioglimento è formulata nella domanda, il tribunale non dovrebbe a mio avviso separare la decisione sulla stessa da quella sull'ammissibilità della proposta.

⁷ Bozza, *Brevi considerazioni*, cit., 37. Sul necessario legame fra istanza di scioglimento, piano e attestazione cfr. anche Pettirossi, *Sorte dei “contratti pendenti” nella disciplina del concordato preventivo*, in *Dir. Fall.*, 2016, I, 119.

⁸ Marinucci, *Concordato preventivo e autorizzazione alla sospensione o allo scioglimento dei contratti in corso: la (supposta) necessaria attuazione del contraddittorio nei confronti del contraente in bonis*, in *Corriere Giur.*, 2014, 959 e segg., cui si rinvia per il quadro degli orientamenti sul punto.

⁹ Trib. Bolzano, 5 aprile 2016, in *www.ilFallimentarista.it*.

¹⁰ In tal senso: Lamanna, *La legge fallimentare dopo la miniriforma*, cit., 61 e segg.; Staunovo Polacco, *Speciale decreto*, cit., 6, il quale ritiene che per escludere la necessità del contraddittorio occorrerebbe assegnare al provvedimento natura cautelare.

¹¹ Lamanna, *La legge fallimentare dopo la miniriforma*, cit., 61; G. Bozza, *Brevi considerazioni*, cit., 39; Staunovo Polacco, *Speciale decreto*, cit., 6; Trib. Pistoia, 9 luglio 2013, in *unijuris.it*; Trib. Massa, 1° febbraio 2016, in *www.ilcaso.it*.

¹² Trib. Massa, 1° febbraio 2016, cit.; Trib. Modena, 7 aprile 2014, in *www.ilcaso.it*. *Contra*: Fabiani-Caramellino, *op. cit.*, 1799.

¹³ Fabiani-Caramellino, *op. cit.*, 1799.

¹⁴ *Linee guida interpretative su alcuni profili della L. 132/2015*, in *www.ilFallimentarista.it*, 9. Sul punto si veda, se si vuole, Marinucci, *Concordato preventivo*, cit., 959 e segg.

¹⁵ Si legge nella Relazione: “appare necessario che una tale scelta venga decisa senza instaurare un complesso e lungo contraddittorio con l'altro contraente, il quale comunque è protetto dal diritto all'indennizzo. Pertanto si prevede che il giudice sia libero secondo il suo prudente apprezzamento di convocare, nelle modalità anche informali e con la rapidità che ritiene opportuna, la parte *in bonis*, in modo da assicurare celerità ed efficienza”.

¹⁶ Varotti, *Appunti veloci sulla riforma fallimentare 2015. Breve commento agli articoli 64, 163 bis e 169 bis (nel testo definitivo a seguito della conversione in legge del Dl 83/2015)*, in *www.ilcaso.it*, 13 e seg.

¹⁷ App. Brescia, 1° giugno 2016, in *www.FallimentieSocieta.it*.

¹⁸ *Linee guida interpretative su alcuni profili della L. 132/2015*, cit., 9; Fabiani-Caramellino, *op. cit.*, 1799; D'Aquino-Delladio-Fontana-Mammone, *op. cit.*, 338, i quali ritengono che la fissazione di un'udienza dovrebbe essere riservata solo ai casi più complessi. Non credo invece che il tenore della norma autorizzi a ritenere sufficiente il contraddittorio differito con scissione del procedimento in due fasi, la prima delle quali *inaudita altera parte* (in tal senso Bozza, *Brevi considerazioni*, cit., 40). Avrebbe auspicato la previsione dell'ammissibilità di un contraddittorio posticipato, con ciò implicitamente ritenendo che *de iure condito* esso non sia oggi possibile Fabiani, *L'ipertrofica*, cit.

¹⁹ Cass., 3 settembre 2015, n. 17520; Cass., 2 marzo 2016, n. 4176.

dell'estate 2015 concerne l'ambito di applicazione dell'art. 169 *bis* L. fall.: la rubrica "contratti in corso" è stata sostituita con "contratti pendenti" e, al 1° comma si parla di "contratti ancora ineseguiti o non compiutamente eseguiti alla data della presentazione del ricorso".

Risulta così superata la tesi, peraltro minoritaria, che, facendo leva sul diverso tenore dell'art. 169 *bis* L. fall. rispetto a quello dell'art. 72 L. fall., propugnava l'applicabilità della norma anche ai contratti già interamente eseguiti da una delle parti²⁰. Ora la disposizione, così come novellata, evoca chiaramente rubrica e tenore dell'art. 72 L. fall., anche se non può mancare di osservarsi come l'art. 169 *bis* L. fall. non faccia espresso riferimento alla mancata esecuzione del contratto "da entrambe le parti"²¹; lacuna, questa, che va tuttavia colmata con il canone interpretativo dell'intenzione del legislatore, rivelata anche dalla Relazione alla legge di conversione inequivocabile sul punto²².

Restano dunque esclusi dall'ambito di applicazione dell'art. 169 *bis* L. fall. i rapporti unilaterali, i contratti a prestazioni corrispettive già interamente eseguiti da una delle parti²³ (come, per esempio, il contratto di mutuo o di anticipazione bancaria previa cessione del credito²⁴) nonché i contratti già risolti. Dovrebbe altresì negarsi lo scioglimento dei contratti, in relazione ai quali penda un giudizio di risoluzione o di esecuzione specifica dell'obbligo di concludere il contratto *ex art.* 2932 c.c.²⁵.

Va ora verificato se la precisazione dell'ambito di applicazione della norma generi ricadute sul "terreno" in cui il dibattito era più acceso: quello degli effetti del concordato preventivo sulle c.d. linee di credito autoliquidanti, inten-

dendosi per tali quei contratti in cui le banche concedono credito, a fronte del mandato (*in rem propriam*) a incassare ricevute bancarie o fatture, con annesso patto di compensazione²⁶.

Il nuovo tenore della norma sgombra senz'altro il campo dalle tesi che, invocando il più ampio ambito di applicazione dell'art. 169 *bis* rispetto a quello dell'art. 72 L. fall. (perché comprensivo anche dei contratti già eseguiti da una delle parti), sostenevano l'ammissibilità dell'istanza di scioglimento a dispetto dell'integrale esecuzione da parte della banca della propria prestazione²⁷.

La novella non sembra invece destinata a sopire la discussione fra coloro – e sono i più – che affermano l'ammissibilità dello scioglimento, previa configurazione dei contratti di cui sopra come non interamente eseguiti da entrambe le parti; tanto più che, all'interno di questo orientamento, non vi è uniformità di vedute sulle condizioni in presenza delle quali possa dirsi che la banca non abbia ancora interamente eseguito le proprie obbligazioni. Da un lato, vi è chi ritiene che l'inesecuzione sussiste anche se permane in capo alla banca solo "l'obbligo di provvedere all'incasso dei crediti in virtù del mandato all'incasso *in rem propriam* del credito oggetto di anticipazione, di dare esecuzione alla compensazione in virtù del patto di compensazione e più in generale [...] di garantire un comportamento diligente nella gestione dei rapporti continuando a garantire un servizio di cassa nel limite dell'importo pattuito"²⁸. Secondo i più, invece, il contratto di anticipazione c.d. autoliquidante, con annesso mandato all'incasso, può dirsi non interamente eseguito da entrambe le parti a patto

²⁰ Da ultimo cfr.: App. Napoli, 13 gennaio 2015, in *Dir. Fall.* 2015, 419 e segg.; App. Genova, 10 febbraio 2014, e Trib. Genova, 4 novembre 2013, in *Fallimento*, 2014, 793 e segg. *Contra*, ovvero nel senso della sovrapposibilità della portata delle due norme: Lamanna, *La miniriforma (anche) del diritto concorsuale*, cit., 12; Staunovo Polacco, *Speciale decreto*, cit., 3; Tarzia, *Anticipazioni bancarie e art. 169 bis l. fall.*, in *www.ilFallimentarista.it*, 8 giugno 2015, 3; Ambrosini, in Vassalli-Luiso-Gabrielli (diretto da), *Trattato di diritto fallimentare e delle altre procedure concorsuali*, cit., 286 e 294; Trib. Bergamo, 17 luglio 2015, in *www.ilFallimentarista.it*; Trib. Ravenna, 14 novembre 2014, in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 2015, I, 279, con nota di Bontempi, *I contratti bancari "autoliquidanti" nel concordato preventivo: tra scioglimento e retrocessione delle somme incassate dalla banca*; Trib. Ravenna, 22 ottobre 2014, in *www.ilcaso.it*.

²¹ Lamanna, *La legge fallimentare dopo la miniriforma*, cit., 60; G. Bozza, *Brevi considerazioni*, cit., 34; Varotti, *Appunti veloci*, cit., 10 e segg.; Fabiani-Caramellino, *op. cit.*, 1799; Cederle, *La controversa applicazione dell'art. 169 bis l.fall. ai contratti bancari*, in *Fallimento*, 2016, 590 e segg.; Pettirossi, *Sorte dei "contratti pendenti" nella disciplina del concordato preventivo*, cit., 108 e segg.; D. Carbone-R. Corciulo, *Le novità della riforma estiva in tema di rapporti pendenti nel concordato preventivo, con particolare riferimento ai contratti bancari*, in *www.ilFallimentarista.it*, 4; *Linee guida interpretative su alcuni profili della L. 132/2015*, cit., 4; Trib. Rovigo, 20 ottobre 2015, in *Fallimento*, 2016, 588 e segg.; Trib. Massa, 1° febbraio 2016, cit.

²² Trib. Rovigo, 20 ottobre 2015, cit., 588.

²³ In questo caso se è il contraente *in bonis* ad avere adempiuto egli diverrà un creditore anteriore cui è destinata la proposta di concordato; se ad avere adempiuto è invece il debitore, egli esigerà la controprestazione del contraente *in bonis*. Cfr. sul punto, Lamanna, *La legge fallimentare dopo la miniriforma*, cit., 60; Pettirossi, *Sorte dei "contratti pendenti" nella disciplina del concordato preventivo*, cit., 109.

²⁴ *Linee guida interpretative su alcuni profili della L. 132/2015*, cit., 5; Trib. Rovigo, 20 ottobre 2015, cit.

²⁵ E ciò anche alla luce della recente pronuncia a Sezioni Unite

della Cassazione del 16 settembre 2015, n. 18131. La trascrizione della domanda *ex art.* 2932 c.c. dovrebbe precludere anche lo scioglimento "per esigenze competitive" *ex art.* 163 *bis* L. fall. su cui *infra* nel testo. Cfr. in tal senso *Linee guida interpretative su alcuni profili della L. 132/2015*, cit., 9.

²⁶ Il problema si pone se si ammette che, in caso di prosecuzione del contratto, la banca possa trattenere, in virtù del patto di compensazione, le somme incassate (riducendo così progressivamente il proprio credito verso il debitore), senza che ciò risulti precluso dall'art. 56 L. fall. ovvero dal divieto di pagamento di crediti anteriori nel concordato. Se infatti si ritenesse che la banca non possa trattenere tali somme, il debitore non avrebbe interesse a presentare istanza di scioglimento e/o di sospensione. Secondo alcuni la compensazione è preclusa dall'art. 56 L. fall. (Cass., 7 maggio 2009, n. 10548; Trib. Prato, 23 settembre 2015, in *Fallimento* 2016, 587 e segg.; Trib. Verona, 31 agosto 2015, in *www.ilcaso.it*), giacché difetta l'antiorità di entrambi i crediti rispetto alla domanda di concordato. Secondo altri, invece, la compensazione violerebbe la regola che proibisce nel concordato il pagamento dei debiti anteriori. Altri affermano invece che la banca possa trattenere le somme incassate, perché non si avrebbe compensazione ai sensi e per gli effetti dell'art. 56 L. fall. traendo le ragioni di credito e debito origine dallo stesso rapporto: si tratterebbe di operazioni di regolazione di poste di dare e avere e di elisione di partite di conto nell'ambito di un unico rapporto (orientamento sposato già da Cass., Sez. un., 16 novembre 1999, n. 775, in *Fallimento*, 2000, 524, con nota di Panzani, *Compensazione e fallimento, esigibilità e liquidità del credito e obbligazioni restitutorie in caso di scioglimento del contratto pendente* e poi proseguito da Cass., 31 agosto 2010, n. 18915, in *Fallimento*, 2010, 1242; Cass. n. 17999/2011 e, da ultimo, da Cass., 19 febbraio 2016, n. 3336).

²⁷ Cfr. per esempio: Tribunale Rovigo, 18 settembre 2014, in *www.ilFallimentarista.it*; App. Genova, 10 febbraio 2014, in *www.ilFallimentarista.it*.

²⁸ Trib. Bolzano, 6 aprile 2016 cit. e Trib. Pordenone, 14 ottobre 2015, in *www.FallimentieSocietà.it*.

che “persistano, oltre all’anticipazione non ancora rimborsata, obbligazioni primarie della banca ancora ineseguite inerenti alla linea di credito (apertura di credito o castello di sconto non ancora interamente consumato)”²⁹.

Questa seconda impostazione merita a mio avviso di essere preferita per evitare condotte abusive, dovendosi condividere “la preoccupazione [...] che la funzione della norma venga ritenuta consistere, *in parte qua*, in uno strumento per rinvenire liquidità a sostegno della iniziativa concordataria, incidendo esclusivamente sugli esiti del mandato all’incasso relativo ad una prestazione già eseguita nei suoi contenuti tipici, anziché essere deputata a sciogliere il sinallagma contrattuale per il prosieguo del rapporto, vale a dire nella direzione in cui ciò abbia veramente un senso, liberando l’imprenditore da vincoli contrattuali divenuti ormai superflui o eccessivamente onerosi”³⁰.

La disciplina del “mantenimento di linee di credito autoliquidanti” fra art. 169 *bis* e art. 182 *quinquies*, 3° comma, L. fall.

Se la nuova formulazione dell’art. 169 *bis* L. fall. incide solo in misura marginale sui termini del dibattito concernente gli effetti del concordato preventivo sulle c.d. linee di credito autoliquidanti, va ora verificato se essi risultino invece condizionati da un’altra disposizione introdotta con la novella del 2015: il nuovo 3° comma dell’art. 182 *quinquies* L. fall.³¹, che pare volere assoggettare alla disciplina dei c.d. finanziamenti urgenti nella fase “in bianco” del concordato³² anche i contratti in esame, disponendo che “La richiesta può avere ad oggetto anche il mantenimento di linee di credito autoliquidanti in essere al momento del deposito della domanda”.

Occorre così chiedersi se e quali “linee di credito auto-

liquidanti” rientrino nell’ambito di applicazione dell’art. 182 *quinquies*, 3° comma, L. fall. anziché in quello dell’art. 169 *bis* L. fall.

In via preliminare va richiamata l’attenzione sul fatto che il problema interpretativo si pone solo nella fase “in bianco” del concordato che sia prodromica a un concordato in continuità o a un accordo di ristrutturazione: l’art. 182 *quinquies*, 3° comma, L. fall. onera infatti il debitore richiedente di dimostrare la funzionalità (anche) delle linee “a urgenti necessità relative all’esercizio dell’attività aziendale” e autorizza la formulazione della richiesta fino “alla scadenza del termine fissato dal tribunale ai sensi dell’art. 161, 6° comma”.

Ciò precisato, secondo un orientamento, la nuova previsione – a dispetto del suo tenore fuorviante – non riveste portata precettiva nella materia in esame, sicché le linee di credito autoliquidanti oggetto di contratti stipulati prima del deposito della domanda in bianco di concordato continuerebbero ad essere soggette alla disciplina dell’art. 169 *bis* L. fall., e non rientrerebbero nell’ambito di applicazione dell’art. 182 *quinquies*, 3° comma, L. fall.: gli atti esecutivi di quei contratti, si sostiene, appartengono all’ordinaria amministrazione³³.

Secondo una diversa ricostruzione, condivisa da chi scrive, invece, la nuova previsione, proprio perché discorre di “mantenimento” di linee di credito, non può che riferirsi anche ai contratti di apertura di credito stipulati prima della domanda di concordato presentata ai sensi dell’art. 161, 6° comma, L. fall. e regola le anticipazioni da concedersi nell’ambito degli stessi successivamente alla pubblicazione della domanda di concordato con riserva: esse, quindi, fuoriescono dall’ambito di applicazione dell’art. 169 *bis* L. fall., per cadere sotto quello dell’art. 182 *quinquies*, 3° comma, L. fall.³⁴.

²⁹ *Linee guida interpretative su alcuni profili della L. 132/2015*, cit., 6; Trib. Rovigo, 20 ottobre 2015, cit., 588.

³⁰ V. Cederle, *La controversa applicazione dell’art. 169 bis l. fall. ai contratti bancari*, cit., 599, il quale soggiunge: “Da questo angolo visuale, alla quanto mai doverosa considerazione delle esigenze concordatarie ed alla auspicabilità di ogni elemento che porti a favorire l’accesso alla procedura in alternativa alla liquidazione fallimentare, deve accompagnarsi una particolare attenzione ai possibili abusi che il ricorso al prezioso strumento dell’art. 169 *bis* L. fall. può generare...” precisando che il “vero *punctum dolens* attiene alla possibilità – nonché agli effetti – della richiesta di scioglimento o di sospensione delle singole operazioni di anticipazione bancaria in corso, relativamente alle quali l’erogazione creditizia da parte della banca abbia avuto luogo prima del deposito del ricorso, mentre la riscossione del credito a copertura delle anticipazioni sia successiva a tale momento”. Nello stesso senso cfr.: Carbone, Corciulo, *op. cit.*, 5; Staunovo Polacco, *Il concordato con riserva*, cit., 192 e segg., che invoca l’applicazione, ove ne sussistano i presupposti, del canone dell’abuso del diritto.

³¹ “Il debitore che presenta una domanda di ammissione al concordato preventivo ai sensi dell’art. 161, 6° comma, anche in assenza del piano di cui all’art. 161, 2° comma, lett. e), o una domanda di omologazione di un accordo di ristrutturazione dei debiti ai sensi dell’art. 182 *bis*, 1° comma, o una proposta di accordo ai sensi dell’art. 182 *bis*, 6° comma, può chiedere al tribunale di essere autorizzato in via d’urgenza a contrarre finanziamenti, prededucibili ai sensi dell’art. 111, funzionali a urgenti necessità relative all’esercizio dell’attività aziendale fino alla scadenza del termine fissato dal tribunale ai sensi dell’art. 161, 6° comma, o all’udienza di omologazione di cui all’art. 182 *bis*, 4° comma, o alla scadenza del termine di cui all’art. 182 *bis*, 7° comma. Il ricorso deve specificare la destinazione dei finanziamenti, che il debitore non è in grado di reperire altrimenti tali finanziamenti

e che, in assenza di tali finanziamenti, deriverebbe un pregiudizio imminente ed irreparabile all’azienda. Il tribunale, assunte sommarie informazioni sul piano e sulla proposta in corso di elaborazione, sentito il commissario giudiziale se nominato, e, se del caso, sentiti senza formalità i principali creditori, decide in camera di consiglio con decreto motivato, entro dieci giorni dal deposito dell’istanza di autorizzazione”.

³² Si tratta di finanziamenti che possono essere autorizzati dal tribunale, a prescindere dall’attestazione, previa dimostrazione dell’urgenza e della funzionalità degli stessi alla continuità aziendale, e la cui erogazione genera in capo alla banca un credito prededucibile.

³³ Lamanna, *La legge fallimentare dopo la miniriforma*, cit., 58; *Linee guida interpretative su alcuni profili della L. 132/2015*, cit., 6; Farolfi, *La “nuova finanza” nella fase introduttiva del concordato preventivo e dell’accordo di ristrutturazione dei debiti*, in *www.ilcaso.it.*, 15; Scribano, *La finanza interinale nel concordato pre-ventivo fra nuovi interventi d’urgenza e urgenza del debitore in stato di crisi*, in *www.ilcaso.it.*; Trib. Como, 3 ottobre 2016, in *www.ilFallimentarista.it.*

³⁴ L.A. Bottai, *Speciale decreto “contendibilità e soluzioni finanziarie” n. 83/2015: i finanziamenti interinali*, in *www.ilFallimentarista.it.*, 9; Trib. Bolzano, 5 aprile 2016, cit.: “tali contratti bancari, che hanno pacificamente funzione di finanziamento dell’impresa in crisi, danno luogo a crediti di natura prededucibili, cui sono inoltre connessi diversi negozi giuridici, i cui effetti oltretutto derogano, secondo l’orientamento della Suprema Corte, al principio generale sulla *par condicio creditorum*. Ed è proprio per la loro prededucibilità, oltre che per la loro natura complessa e derogatoria ai principi generali che il legislatore ha richiesto un preventivo vaglio, e quindi un’autorizzazione del Tribunale per mantenere e quindi utilizzare le linee di credito autoliquidanti.”

In altre parole, nell'ambito di linee di credito autoliquidanti, oggetto di contratti stipulati prima del concordato, la prededuzione del credito della banca per la restituzione delle anticipazioni erogate in pendenza della fase "in bianco" del concordato non discenderebbe dagli artt. 169 *bis* e 111 L. fall.³⁵, ma sarebbe subordinata all'autorizzazione del tribunale *ex art.* 182 *quinquies*, 3° comma, L. fall.

L'art. 169 *bis* L. fall. resterebbe invece applicabile alle anticipazioni erogate prima del deposito della domanda di concordato con riserva nonché a quelle concesse dopo la scadenza del termine fissato dal tribunale ai sensi dell'art. 161, 6° comma, L. fall., giacché, come si è detto, l'art. 182 *quinquies*, 3° comma, L. fall. vige esclusivamente per la c.d. fase in bianco.

La disciplina così ricostruita risulta indubbiamente (a dir poco) frammentaria; essa tuttavia, a mio avviso, oltre a essere imposta dal tenore della legge, può risultare funzionale sia agli interessi di chi eroga credito sia a quelli dell'imprenditore commerciale che tenta di superare lo stato di crisi.

La banca potrebbe infatti trarre del tribunale rassicurazione circa la natura prededucibile del credito nell'eventuale successivo fallimento dalla autorizzazione; e, contestualmente, a fronte della disponibilità ad erogare nuove anticipazioni al debitore, potrà contare sul fatto che quest'ultimo non chieda lo scioglimento del contratto, potendo così continuare a incassare – per effetto del mandato all'incasso e del "patto di compensazione" – le somme necessarie per "rientrare" delle precedenti anticipazioni.

Il debitore, conseguentemente, dovrebbe risultare agevolato nell'accesso a nuova finanza.

La decorrenza degli effetti della sospensione e dello scioglimento del contratto

Il legislatore dell'estate 2015 ha fatto chiarezza anche sul profilo della decorrenza dello scioglimento e della sospensione del contratto, nonché sugli effetti della sua prosecuzione.

Dal primo punto di vista, si è previsto che "lo scioglimento o la sospensione del contratto hanno effetto dalla comunicazione" del provvedimento autorizzativo e che è onere del debitore comunicare al contraente *in bonis* il decreto che autorizza lo scioglimento o la sospensione³⁶. Non vi è dunque più dubbio che il decreto del tribunale e del giudice delegato costituiscano, a tutti gli effetti, un'autorizzazione atta a rimuovere un ostacolo all'esercizio di un diritto potestativo del debitore³⁷.

Dal secondo punto di vista, si è assegnato esplicitamente il rango della prededuzione al credito "conseguente ad

eventuali prestazioni eseguite legalmente e in conformità agli accordi o agli usi negoziali, dopo la pubblicazione della domanda ai sensi dell'art. 161."³⁸

Il contratto, dunque, prosegue fino alla comunicazione del decreto di scioglimento, con conseguente maturazione di crediti prededucibili fino a tale data per le prestazioni eseguite dopo la pubblicazione della domanda; quei crediti non soggiacciono neppure al divieto di pagamenti che vige solo per i crediti anteriori³⁹.

Resta invece privo di una espressa soluzione il problema dell'estensione della prededuzione. A mio avviso, se proseguono contratti in cui la corrispettività delle prestazioni non è frazionabile – come il *leasing* traslativo⁴⁰ o il contratto di assicurazione –, l'intero credito è prededucibile⁴¹; l'opposta soluzione vale per i contratti di durata a prestazioni frazionabili, in mancanza di una previsione corrispondente all'art. 74 L. fall.; pertanto, il pagamento anticipato ed integrale del credito pregresso sarà possibile nei limiti e secondo le regole del pagamento anticipato dei crediti anteriori⁴².

La decorrenza degli effetti dello scioglimento dalla comunicazione del provvedimento autorizzativo e la natura prededucibile dei crediti nel frattempo maturati in capo al contraente *in bonis* suggeriscono un supplemento di riflessione in ordine alle possibili iniziative di quest'ultimo durante il concordato.

In primo luogo, occorre chiedersi se il contraente *in bonis* possa anticipare l'esecuzione della, o delle prestazioni per approfittare della prededucibilità del credito, e per neutralizzare l'iniziativa del debitore nel periodo intercorrente fra la pubblicazione della domanda e il provvedimento che autorizza lo scioglimento. La previsione secondo cui sono prededucibili i crediti sorti per effetto di atti "legalmente compiuti e in conformità agli accordi o agli usi negoziali" dovrebbe, a mio avviso, costituire una garanzia in grado di prevenire comportamenti opportunistici del contraente *in bonis*, nel senso che ad anomale anticipazioni di prestazioni non dovrebbe corrispondere la soddisfazione in prededuzione.

Inoltre, sorge il quesito se il contraente *in bonis*, fino alla pronuncia del decreto che autorizza lo scioglimento, possa agire per la risoluzione del contratto invocando inadempimenti del debitore anteriori alla domanda di concordato ovvero successivi alla stessa; e, in caso di risposta positiva, quale natura spetti all'eventuale credito risarcitorio.

Vi è chi ritiene che dal disposto dell'art. 169 *bis* L. fall. emerga il principio della sostanziale soggezione del contraente *in bonis* alla volontà del debitore senza che il contraente *in bonis* possa invocare la risoluzione del contratto, in ragione di un eventuale, pregresso inadempimento⁴³.

³⁵ In effetti, in assenza dell'art. 182 *quinquies*, 3° comma, L. fall., le anticipazioni integrerebbero "prestazioni eseguite legalmente ... dopo la pubblicazione della domanda ai sensi dell'art. 161" e genererebbero crediti sorti "in occasione" del concordato.

³⁶ Lamanna, *La miniriforma (anche) del diritto concorsuale*, cit., 14.

³⁷ Lamanna, *La legge fallimentare dopo la miniriforma*, cit., 63.

³⁸ Tuttavia, a ben vedere, questa conclusione poteva rassegnarsi già *ex art.* 111 L. fall., che riserva il rango della prededuzione ai crediti sorti "in occasione" delle procedure concorsuali e, dunque, anche del concordato preventivo, i cui effetti decorrono oggi a a far data dal deposito del ricorso.

³⁹ Fabiani, *Fallimento e concordato preventivo*, cit., 500.

⁴⁰ Trib. Padova, 22 luglio 2015.

⁴¹ Fabiani, *Fallimento e concordato preventivo*, cit. 508; Fimmano, in Nigro-Sandulli, Santoro (a cura di), *Il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, Torino, 2014, 226 e seg.

⁴² Fabiani, *Fallimento e concordato preventivo*, cit., 508.

⁴³ "D'altra parte è impensabile che in una cornice normativa tutta volta a tutelare le prospettive di continuità aziendale non sia garantita la prosecuzione dei contratti giudicati indispensabili dall'imprenditore e possa quindi ammettersi la risoluzione per pregresso inadempimento (situazione, questa, pressoché normale in situazione di crisi di impresa), tanto più che l'altro contraente dalla prosecuzione non riceve danno, una volta che sia garantita adeguatamente la remunera-

Vi è chi invece afferma – e la tesi è condivisa da chi scrive – che il contraente *in bonis* possa far valere clausole risolutive espresse ovvero proporre domande di risoluzione, poiché manca una espressa previsione dal tenore analogo a quella dell'art. 72, commi 5° e 6°, L. fall.⁴⁴ e perché la preclusione all'utilizzabilità dei “mezzi” di risoluzione del contratto è prevista per il solo concordato in continuità dall'art. 186 *bis*, 3° comma, L. fall.⁴⁵.

Quanto poi alla natura del credito risarcitorio, esso sarà prededucibile solo se l'inadempimento (purché imputabile al debitore e non riconducibile alle limitazioni a esso imposte dalla disciplina concordataria⁴⁶) sia successivo alla domanda di concordato⁴⁷; diversamente, si tratterà di un credito anteriore al concordato al pari dell'indennizzo di cui all'art. 169 *bis* L. fall.

Infine, il contraente *in bonis* può avvalersi in autotutela negoziale della eccezione di inadempimento *ex art.* 1460 c. c.⁴⁸ sospensione della prestazione *ex art.* 1461 c.c., della decadenza dal termine ai sensi dell'art. 1186 c.c. o anche del recesso per giusta causa, ai sensi dell'art. 1845 c.c.⁴⁹.

Domanda “in bianco” e istanza di scioglimento o sospensione dei contratti pendenti

Un altro problema interpretativo sul quale si era registrato un acceso dibattito all'indomani dell'introduzione dell'art. 169 *bis* L. fall., è quello della compatibilità fra l'istanza di scioglimento o di sospensione e la domanda di concordato preventivo c.d. in bianco. Il dubbio traeva origine dal fatto che l'art. 169 *bis* L. fall. fa riferimento al ricorso di cui all'art. 161 L. fall., senza un esplicito riferimento al 6° comma dello stesso⁵⁰.

Sul punto la novella dell'estate 2015 non ha preso espressa posizione e il dubbio, pertanto, permane. Peraltro, l'intensità del dibattito induce a ritenere che il silenzio del legislatore sia frutto di una scelta consapevole, il cui significato è a mio avviso quello della astratta compatibilità sia della sospensione (più frequente), sia dello scioglimento (più raro) con la fase preconcordataria: una compatibilità

che va verificata in concreto, previa adeguata *disclosure* del debitore funzionale all'assunzione di “sommarie informazioni”⁵¹. Non vi è dubbio, infatti, che il rigetto dell'istanza di scioglimento sia spesso inevitabile: si pensi, per esempio, al caso in cui, in sede di assunzione delle informazioni, emerga che la domanda in bianco è prodromica al deposito di un accordo di ristrutturazione dei debiti⁵².

Resta inoltre aperto il problema, se la produzione degli effetti dello scioglimento o della sospensione autorizzati nella fase in bianco di cui all'art. 169 *bis* L. fall. sia o non sia subordinata all'apertura del concordato⁵³.

Il credito per l'indennizzo

La novella del 2015 non ha modificato neppure la previsione relativa all'indennizzo, che spetta al contraente *in bonis* in caso di scioglimento del contratto “equivalente al risarcimento del danno conseguente al mancato adempimento” da soddisfarsi “come credito anteriore al concordato”⁵⁴. Il contraente *in bonis* cui sia riconosciuto l'indennizzo, come si è anticipato, va inserito nell'elenco dei creditori⁵⁵ e, in quanto tale, vota. In caso di contestazione sull'importo, il credito viene ammesso provvisoriamente ai fini del voto dal giudice delegato *ex art.* 176 L. fall.

Non pochi, peraltro, sono i profili che reclamavano un'espressa disciplina, sui quali il legislatore non è intervenuto. Nel silenzio della legge deve a mio avviso ritenersi che, in caso di controversia, spetti al giudice ordinario determinare la misura dell'indennizzo⁵⁶ e, in caso di clausola compromissoria – che sopravvive, *ex art.* 169 *bis* L. fall., allo scioglimento del contratto – agli arbitri⁵⁷. La misura dell'indennizzo non va necessariamente indicata nell'istanza di scioglimento, ma è sufficiente che essa risulti dal piano⁵⁸. Non credo infine che l'indennizzo possa essere trattato come un credito privilegiato (per esempio in caso di credito del locatore *ex art.* 2764) perché il danno da inadempimento non integra una causa di prelazione⁵⁹.

razione in prededuzione dell'attività successiva.” Trib. Modena, 6 agosto 2015, in *www.ilcaso.it*.

⁴⁴ In cui si sancisce l'inefficacia dell'eventuale clausola risolutiva espressa e si preclude, dopo il fallimento, la proposizione di un'azione giudiziale per la risoluzione del contratto per pregressi inadempimenti. In tal senso: Fabiani, *Fallimento e concordato preventivo*, cit., 509; Trib. Massa, 1° febbraio 2016, cit.

⁴⁵ A. Patti, *Contratti bancari nel concordato preventivo tra bilateralità e unilaterale di inesecuzione*, in *Fallimento*, 2015, 564; M. Fabiani-G. Caramellino, *op. cit.*, 1799.

⁴⁶ Trib. Massa, 1° febbraio 2016, cit.

⁴⁷ Trib. Modena, 7 aprile 2014, in *www.ilcaso.it*.

⁴⁸ D'Aquino-Delladio-Fontana-Mammone, *op.cit.*, 338.

⁴⁹ Patti, *Contratti bancari*, cit., 563.

⁵⁰ Sui termini del dibattito cfr. Staunovo Polacco, *Il concordato con riserva*, cit., 183 e segg. ed *ivi* richiami di dottrina e giurisprudenza.

⁵¹ Staunovo Polacco, *Il concordato con riserva*, cit., 196 e segg.; nel senso dell'inammissibilità dello scioglimento nella fase “in bianco” cfr. D'Aquino-Delladio-Fontana-Mammone, *op.cit.*, 338. Sul punto si veda, se si vuole, Marinucci, *La domanda di concordato preventivo dopo il “decreto sviluppo”: legge fallimentare e bankruptcy code a confronto*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2013, 426 e segg.; Trib. Bolzano, 5 aprile 2016, cit.

⁵² *Linee guida interpretative su alcuni profili della L. 132/2015*, cit., 9.

⁵³ Staunovo Polacco, *Il concordato con riserva*, cit., 201 e segg.; M.

Fabiani, *Fallimento e concordato preventivo*, cit., 299, il quale parla di condizione risolutiva. Secondo Trib. Pistoia, 9 luglio 2013, cit., lo scioglimento non è mai irreversibile: “ove il concordato non giunga alla sua fisiologica conclusione (rinuncia alla domanda, revoca o mancato omologazione del concordato) nessuna alterazione definitiva dello statuto del contraente *in bonis* si sarà verificata”.

⁵⁴ Si parla di indennizzo perché esso trae origine da un atto lecito (Fabiani, *Fallimento e concordato preventivo*, cit., 503).

⁵⁵ Fabiani, *Fallimento e concordato preventivo*, cit., 502.

⁵⁶ Così concludono: Fabiani, *Fallimento e concordato preventivo*, cit., 502; Ambrosini, in Vassalli-Luiso-Gabrielli (diretto da), *Trattato*, cit., 289; Marena, *L'applicabilità dell'art. 169 bis legge fallim. ai contratti bancari*, in *Dir. Fall.*, 2015, 419 e segg.; Trib. Pistoia, 9 luglio 2013, cit.; Trib. Venezia, 20 gennaio 2015, in *www.ilcaso.it*; Trib. Ravenna, 14 novembre 2014, cit., 279.

⁵⁷ Nonostante l'opinione prevalente assegni la competenza agli arbitri non manca chi la nega, trattandosi di controversia che non nasce dal contratto ma dalla legge (Inzitari, *I contratti in corso di esecuzione nel concordato: l'art. 169-bis l. Fall.*, in *www.ilFallimentarista.it*, p. 6). Sul punto dovrebbe tuttavia fare chiarezza la riforma complessiva delle procedure concorsuali, giacché il disegno di legge delega prevede l'introduzione di una disciplina espressa.

⁵⁸ Trib. Venezia, 20 gennaio 2015, cit.

⁵⁹ Ambrosini, in Vassalli-Luiso-Gabrielli (diretto da), *Trattato*, cit., 288.

Gli effetti del concordato preventivo sul contratto di *leasing*

La novella del 2015 ha dettato per la prima volta la disciplina degli effetti dello scioglimento del contratto di *leasing* nel concordato preventivo, colmando così una grave lacuna, considerato che lo scioglimento di questo contratto spesso costituisce un presupposto importante della fattibilità del piano⁶⁰.

Il nuovo 5° comma dell'art. 169 *bis* L. fall. ricalca all'evidenza il tenore dell'art. 72 *quater* L. fall.⁶¹: "In caso di scioglimento del contratto di locazione finanziaria, il concedente ha diritto alla restituzione del bene ed è tenuto a versare al debitore l'eventuale differenza fra la maggiore somma ricavata dalla vendita o da altra collocazione del bene stesso avvenute a valori di mercato rispetto al credito residuo in linea capitale. La somma versata al debitore a norma del periodo precedente è acquisita alla procedura. Il concedente ha diritto di far valere verso il debitore un credito determinato nella differenza tra il credito vantato alla data del deposito della domanda e quanto ricavato dalla nuova allocazione del bene. Tale credito è soddisfatto come credito anteriore al concordato".

La disposizione lascia ancora aperti alcuni problemi interpretativi e, in particolare, se il valore dell'immobile debba essere determinato da un perito terzo (con valutazione poi fatta propria dall'attestatore⁶²); se, nel contraddittorio, la parte *in bonis* possa contestare il valore del bene; se la somma riconosciuta ai sensi della nuova previsione sostituisca la voce relativa all'indennizzo e vada indicata nella proposta⁶³; se il concedente abbia diritto ad esprimere il voto "nell'adunanza dei creditori per la parte di credito relativa alle rate a scadere fintanto che non vi sia una nuova (ed effettiva?) allocazione del bene, sì da poter considerare il credito come certo e liquido"⁶⁴; se, in caso di sospensione del contratto, il debitore possa utilizzare il bene⁶⁵; se, in caso di subentro nel *leasing* traslativo, i canoni debbano tutti essere soddisfatti in prededuzione⁶⁶.

Lo scioglimento dei contratti conseguente alla proposizione di offerte concorrenti

La disciplina dei contratti pendenti nel concordato pre-

ventivo risulta indirettamente "arricchita" anche da un'altra norma introdotta dalla novella del 2015: l'art. 163 *bis* L. fall. in materia di offerte concorrenti, che, al 1° comma, ultimo periodo, così recita: "le disposizioni del presente articolo si applicano anche quando il debitore ha stipulato un contratto che comunque abbia la finalità del trasferimento non immediato dell'azienda, del ramo di azienda o di specifici beni". In estrema sintesi, la procedura competitiva non è ostacolata da contratti stipulati prima della pubblicazione della domanda di concordato preventivo nel registro delle imprese, che, a vario titolo, abbiano come finalità ultima il trasferimento dell'azienda o di beni; ivi compresi i contratti preliminari e il contratto di affitto di azienda ("ove sia stata pattuita la cessione della stessa al termine dell'affitto o sia stato concesso il diritto di prelazione a favore dell'affittuario stesso"⁶⁷).

Fino all'entrata in vigore della novella dell'estate 2015, i contratti di cui sopra seguivano la sorte di tutti i contratti pendenti. In particolare, era loro applicabile l'art. 169 *bis* L. fall., che consente al solo debitore di chiederne la sospensione o lo scioglimento (salvo che per i preliminari trascritti aventi ad oggetto un immobile destinato a costituire la prima abitazione o la sede principale dell'impresa); ed è chiaro che, di fatto, il debitore difficilmente domandava lo scioglimento dei contratti ai quali il legislatore pensava quando ha introdotto la disciplina delle offerte concorrenti⁶⁸.

A commento di questa norma, si è affermato che questi contratti divengono "*tamquam non essent*" (momentaneamente prima e definitivamente poi) per effetto e in conseguenza della procedura competitiva, all'esito della quale l'azienda o il bene oggetto del contratto risultino aggiudicati a un soggetto diverso⁶⁹. Volendo cercare di inquadrare questa nuova fattispecie, dal punto di vista del diritto sostanziale, a me pare che il legislatore abbia introdotto una nuova ipotesi di scioglimento del contratto; uno scioglimento "per esigenze competitive" e nell'interesse dei creditori che, a differenza di quello previsto nell'art. 169 *bis* L. fall., non costituisce l'esito di una iniziativa del debitore, bensì dell'autorità giudiziaria⁷⁰. Ora per consentire la formulazione di "offerte concorrenti" "il giudice ha il potere/dovere di sciogliere il debitore dagli obblighi contrattual-

⁶⁰ Sui problemi generati dal silenzio del legislatore cfr.: Lamanna, *La legge fallimentare dopo la miniriforma*, cit., 64; Bonfante, *La disciplina del leasing nel concordato preventivo*, in *www.ilFallimentarista.it*; Fico, *Natura del credito della società di leasing verso società in concordato preventivo*, in *www.ilFallimentarista.it*; Sperotti-Albé, *Concordato preventivo: sospensione e scioglimento di contratti di leasing pendenti*, in *www.ilFallimentarista.it*; Galletti, *Il trattamento dei leasing nel concordato preventivo*, *www.ilFallimentarista.it*; Trib. Ravenna, 22 ottobre 2014 in *www.ilFallimentarista.it*.

⁶¹ Con l'unica evidente differenza che nel concordato il contratto prosegue salva istanza di sospensione o scioglimento del debitore, mentre nel fallimento resta sospeso *ex lege*, finché il curatore non opti per lo scioglimento o per la sospensione.

⁶² Trib. Roma, 16 febbraio 2015, in *www.ilcaso.it*.

⁶³ Bozza, *Brevi considerazioni*, cit., 37.

⁶⁴ Pettrossi, *Sorte dei "contratti pendenti"*, cit., 134.

⁶⁵ Cfr. Pettrossi, *Sorte dei "contratti pendenti"*, cit., 134 e seg.

⁶⁶ Trib. Padova, 22 luglio 2015.

⁶⁷ Trib. Alessandria, 18 gennaio 2016, in *www.ilcaso.it*.

⁶⁸ A fronte di un contratto pregiudizievole per gli interessi dei creditori, questi ultimi potevano in astratto tentare di impugnarli

con un'azione revocatoria ordinaria; una soluzione, certo, né rapida né efficiente. Dal punto di vista delle azioni di impugnativa negoziale, si era da taluno ipotizzata un'azione di nullità quali contratti in frode alla legge; una soluzione ancora più "in salita" della revocatoria. Altrimenti a quei contratti il debitore doveva e poteva dare esecuzione. Cfr. sul punto F. Lamanna, *La legge fallimentare dopo la miniriforma*, cit., 41 e segg.

⁶⁹ Greggio, *Le offerte concorrenti nel nuovo art. 163-bis l. fall.: l'eteronomia prevale sull'autonomia*, in *www.ilFallimentarista.it*, 6; Lamanna, *La legge fallimentare dopo la miniriforma*, cit., 41 e segg.

⁷⁰ Lo scioglimento di contratti trascritti implicherà che si provveda all'annotazione dello scioglimento (dovendosi a mio avviso escludere la cancellazione della trascrizione). Mi chiedo, peraltro, con particolare riferimento al contratto preliminare, che senz'altro rientra nei contratti che comunque hanno "la finalità del trasferimento non immediato dell'azienda, del ramo di azienda o di specifici beni", se lo scioglimento per esigenze competitive *ex art. 163 bis* L. fall. sia in grado di travolgere anche l'eventuale trascrizione (antecedente al deposito della domanda di concordato) di una domanda giudiziale volta alla pronuncia di una sentenza che, *ex art. 2932 c.c.*, produca gli effetti del contratto definitivo non concluso; ed infatti quella sentenza,

mente assunti per permettergli di modificare la proposta e il piano di concordato in conformità all'esito della gara, con la precisazione che tale scioglimento avrà luogo solo al momento dell'aggiudicazione ad un diverso soggetto"⁷¹.

Preso atto di quanto sopra, spetta all'interprete coordinare la disciplina dettata nell'art. 169 *bis* L. fall. e nell'art. 163 *bis* L. fall., per verificare possibili sovrapposizioni e integrazioni.

Per quanto concerne l'ambito di applicazione, va precisato anzitutto che i contratti cui è applicabile l'art. 163 *bis* L. fall. sono solo quelli aventi ad oggetto "specifici beni facenti parte dell'azienda, con conseguente esclusione dei contratti preliminari che siano stati conclusi in coerenza con l'attività di gestione caratteristica della società debitrice (es.: preliminari di compravendita di appartamenti stipulati da una società immobiliare)"⁷².

In secondo luogo, l'art. 163 *bis* L. fall., così come l'art. 169 *bis* L. fall. trova applicazione anche nella fase "in bianco" del concordato⁷³.

Con riferimento poi al contratto preliminare trascritto che abbia a oggetto un immobile destinato a costituire l'abitazione principale dell'acquirente o di suoi parenti e affini entro il terzo grado ovvero la sede principale dell'impresa dell'acquirente "esiste una contenuta area di sovrapposizione"⁷⁴ fra le due norme: occorre così comprendere se la fattispecie dello "scioglimento del contratto per esigenze competitive" prevista all'art. 163 *bis* L. fall., valga anche per il contratto preliminare in quanto norma di "ordine pubblico"⁷⁵, ovvero se prevalga, come pare preferibile⁷⁶, l'art. 169 *bis*, che ne esclude il possibile scioglimento; né mi pare che, in questo secondo caso, il fatto che non possa svolgersi la procedura competitiva renda inammissibile la domanda di concordato "non potendosi contemporaneamente assicurare lo svolgimento della procedura competitiva e il diritto del promissario a eseguire il preliminare"⁷⁷.

Sul piano processuale, la disciplina dell'art. 163 *bis* L. fall. diverge da quella dell'art. 169 *bis* L. fall., perché la fonte dello scioglimento è il provvedimento di vendita o di aggiudicazione (dell'azienda o dei beni) a un soggetto diverso dall'originaria controparte contrattuale del debitore in concordato, ovvero (quando l'aggiudicazione o la vendita siano successive) dal provvedimento che dichiara chiusa la gara "vinta". Quel provvedimento – che dovrebbe contenere un autonomo capo in cui si dispone lo scioglimento del contratto – è reclamabile *ex art.* 26 L. fall., e

quello reso all'esito del reclamo non è ricorribile in Cassazione *ex art.* 111, 7° comma, Cost.⁷⁸.

Sorge poi il quesito, se spetti al debitore comunicare il decreto di scioglimento "per ragioni competitive" al contraente *in bonis* (così come prevede l'art. 169 *bis* L. fall.) e, ove non vi provveda, se ciò integri una condotta rilevante ai sensi dell'art. 173 L. fall.; ovvero se il tribunale debba *motu proprio* comunicare il decreto di scioglimento al contraente *in bonis*. Questa seconda soluzione mi pare la migliore, poiché il debitore potrebbe addirittura avere un interesse alla revoca del concordato per boicottare l'assegnazione dell'azienda o dei beni a chi ha vinto la gara.

Va poi attuato il contraddittorio nei confronti del titolare del contratto "a rischio di scioglimento". La previsione secondo cui "Le offerte sono rese pubbliche all'udienza fissata per l'esame delle stesse, alla presenza degli offerenti e di qualunque interessato" va letta in tal senso, anche alla luce di quanto dispone il novellato art. 169 *bis* L. fall.

Una serie di quesiti sono poi generati dalla lettura dell'art. 169 *bis* L. fall. in combinato disposto con l'art. 163 *bis*, 4° comma, L. fall., nella parte in cui dispone che, all'esito della gara, chi aveva presentato l'offerta originaria "è liberato delle obbligazioni eventualmente assunte nei confronti del debitore e in suo favore il commissario dispone il rimborso delle spese e dei costi sostenuti per la formulazione dell'offerta entro il limite massimo del tre per cento del prezzo in essa indicato".

Se non vi è dubbio che il contraente abbia diritto alla restituzione in prededuzione della caparra e degli acconti versati (oltre al rimborso delle spese fatte nel limite del 3%)⁷⁹, trattandosi di credito sorto durante la procedura e per effetto di un'iniziativa degli organi della stessa⁸⁰, resta da definire il significato dell'inciso "il commissario dispone". La lettura più plausibile è che il commissario autorizza il debitore a effettuare il pagamento, residuando tuttavia il quesito, quale sia lo strumento processuale con cui il contraente possa esigere il rimborso ed eventualmente sindacarne il *quantum*. Se il reclamo *ex art.* 36 L. fall. può essere funzionale a sollecitare il commissario inerte a "disporre", esso invece, considerati i tratti di mezzo di impugnazione a critica vincolata alla sola violazione di legge, non pare idoneo al sindacato dell'ammontare delle somme riconosciute dal commissario. La soluzione migliore mi pare comunque sia quella di "forzarne" il tenore, sotto il profilo delle censure formulabili, giacché è impensabile immaginare che la controversia possa essere risolta in un giudizio ordinario di

una volta passata in giudicato, produrrebbe effetti che retroagiscono alla data della trascrizione della domanda giudiziale. Come è noto, le Sezioni Unite della Cassazione, nella pronuncia del 16 settembre 2015, n. 18131, hanno stabilito che in caso di domanda *ex art.* 2932 c.c. proposta prima del fallimento ed opponibile alla procedura (poiché trascritta) "pur rimanendo intatto, in capo al curatore, il potere di scioglimento dal contratto preliminare, restano fermi gli effetti prenotativi della trascrizione della domanda *ex art.* 2932 c.c. avvenuta in data anteriore alla dichiarazione di fallimento, con la conseguente produzione dell'effetto traslativo *ex tunc* ad opera della sentenza di accoglimento di tale domanda".

⁷¹ Trib. Udine, 15 ottobre 2015, in *www.ilcaso.it*.

⁷² *Linee guida del Tribunale di Bergamo*, marzo 2016; nello stesso senso Trib. Livorno, 11 marzo 2016, in *www.ilcaso.it*.

⁷³ Trib. Bolzano, 17 maggio 2016, in *www.ilcaso.it*; Trib. Alessandria, 18 gennaio 2016, in *www.ilcaso.it*; Trib. Rovigo, 17 novembre 2015, in *www.ilcaso.it*; Trib. Forlì, 3 febbraio 2016.

⁷⁴ *Linee guida interpretative su alcuni profili della L. 132/2015*, cit., 7.

⁷⁵ "Intesa a sottrarre al proponente la determinazione dei corrispettivi della liquidazione ed evitare il rischio che determinati *asset* vengano allocati a prezzi di favore" (così: *Linee guida interpretative su alcuni profili della L. 132/2015*, cit., 8).

⁷⁶ Fabiani-Caramellino, *op. cit.*, 1803.

⁷⁷ In senso dubitativo: *Linee guida interpretative su alcuni profili della L. 132/2015*, cit., 8.

⁷⁸ Al pari di quello reso in sede di reclamo avverso il decreto pronunciato *ex art.* 169 *bis* L. fall.

⁷⁹ Galletti, *I rilevanti poteri del giudice nella disciplina delle offerte concorrenti*, in *www.ilFallimentarista.it*, 4; Trib. Pisa, 26 novembre 2015, in *www.ilcaso.it*.

⁸⁰ *Linee guida interpretative su alcuni profili della L. 132/2015*, cit., 8.

cognizione, che oltretutto dovrebbe forse essere promosso nei confronti del commissario giudiziale.

Occorre infine chiedersi se, in caso di scioglimento del contratto, il rimborso spese di cui all'art. 163 *bis* L. fall. sostituisca l'indennizzo di cui all'art. 169 *bis* L. fall., ovvero ad esso si sommi⁸¹. La seconda soluzione si lascia preferire, perché l'art. 163 *bis* L. fall. riserva il rimborso spese in

prededuzione agli offerenti, mentre il titolare del contratto sciolto per esigenze competitive, oltre che un offerente "sconfitto", è, appunto, un contraente, che merita la stessa tutela riservata dall'art. 169 *bis* L. fall. ai contraenti che subiscono lo scioglimento su iniziativa del debitore (del che deve a mio avviso tenersi conto nella valutazione comparativa delle offerte).

Le modifiche all'art. 182 L. fall.

Massimo Simeon

Le modifiche apportate all'art. 182 L. fall. proseguono l'opera, già iniziata con la novella del 2007, di progressiva estensione al concordato preventivo della disciplina della liquidazione fallimentare: viene, infatti, confermata la natura coattiva delle vendite concordatarie e mantenuto il richiamo alla disciplina della liquidazione dell'attivo nel fallimento. La novità di maggior rilievo consiste nella riformulazione del 3° comma dell'art. 182 L. fall. attraverso la quale il Legislatore ha esteso alle cessioni poste in essere prima dell'omologazione della proposta di concordato la disciplina contenuta negli artt. 105-108 *ter* L. fall., in quanto compatibile. La latitudine del riferimento alle "cessioni" concordatarie, inoltre, recepito nella modifica apportata alla rubrica dell'art. 182 L. fall., giustifica un'interpretazione estensiva dell'ambito oggettivo di applicazione della norma in commento, da ritenersi senz'altro comprensivo delle ipotesi di cessione solo parziale dei beni del debitore.

Premessa

Dal 2007 ad oggi, l'art. 182 L. fall. – sopravvissuto inderenne alla novella del 2005 e alla riforma organica della legge fallimentare del 2006 – ha formato oggetto complessivamente di tre interventi di modifica. Il più rilevante è senza dubbio quello attuato dall'art. 16, D.Lgs. n. 169/2007, cui si deve l'estensione ai liquidatori di alcune norme previste per il curatore fallimentare (requisiti di nomina, revoca, responsabilità, disciplina dell'impugnazione degli atti, compenso e obbligo di rendiconto), l'applicazione al comitato dei creditori delle norme fallimentari in materia di nomina e funzioni, l'assoggettamento dei più importanti atti di liquidazione alla preventiva autorizzazione del comitato dei creditori e, infine, il rinvio alla disciplina delle vendite fallimentari (artt. 105-108 *ter* L. fall.), in quanto compatibile.

Dopo l'introduzione dell'attuale 6° comma, che estende al liquidatore l'obbligo di redigere semestralmente un rapporto riepilogativo dell'attività svolta e di comunicarlo ai creditori, avvenuta nel 2012 ad opera dell'art. 16, D.Lgs. n. 169/2007, il D.L. n. 83/2015 costituisce dunque la terza occasione in cui il Legislatore avverte la necessità di rivedere la norma in questione, decidendo di apportarvi delle modifiche la cui rilevanza si apprezza per lo più sul terreno dell'ambito di applicazione. Le novità introdotte dall'art. 2, D.L. n. 83/2015 sono essenzialmente quattro: in primo luogo, è stata modificata la rubrica dell'articolo, oggi intitolato "Cessioni" e non più, come in passato, "Provvedimenti in caso di cessione dei beni"; in secondo luogo, nel 1° comma è stato aggiunto un periodo con cui si stabilisce che il tribunale, con il decreto di omologazione, debba ordinare al liquidatore di effettuare la pubblicità prevista dall'art. 490, 1° comma, c.p.c., assegnandogli un termine a tal fine; in terzo luogo, è stato completamente riformulato il 3°

comma, allo scopo di precisare che il rinvio alle norme sulla liquidazione fallimentare dell'attivo opera con riferimento a tutti gli atti di trasferimento successivi al deposito della domanda di concordato, non solo a quelli posti in essere in esecuzione di esso; infine, è stato aggiunto al 3° comma un periodo con cui si stabilisce espressamente che, salvo diversa disposizione contenuta nel decreto di omologazione per gli atti ad essa successivi, alla cancellazione dei gravami provvede il giudice.

Le modifiche più rilevanti sono quelle che attengono all'ambito di applicazione della norma (ossia la nuova rubrica e la riformulazione del primo periodo del 3° comma), mentre le altre due (inerenti la pubblicità *ex* art. 490, 1° comma, c.p.c. e la cancellazione degli aggravii) sostanzialmente recepiscono orientamenti già comunemente ammessi in dottrina e giurisprudenza.

L'ambito di applicazione

Nonostante gli interventi legislativi, appare complessivamente insuperata – almeno dal punto di vista letterale – la contraddizione insita nella scelta di mantenere una disposizione nata per disciplinare le vendite previste in esecuzione di un concordato con cessione dei beni – inteso come forma di concordato "tipico", secondo la disciplina anteriore alla riforma del 2005 – nell'ambito di un sistema ove i possibili contenuti della proposta concordataria sono divenuti i più vari, potendosi atteggiare non solo in forme miste, ma più in generale in forme irriducibili alla rigida alternativa (con cessione e con garanzia) che contraddistingueva il sistema previgente. La necessità di un adattamento era divenuta poi particolarmente necessaria anche a seguito dell'introduzione dell'istituto del concordato con riserva e al conseguente dilatarsi della fase precedente il decreto di ammissione, nel corso della quale non è infrequente venga

⁸¹ Fabiani-Caramellino, *op. cit.*, 1752, ad avviso dei quali spetta l'indennizzo alla controparte di un contratto preliminare, mentre il solo 3% alla controparte di un contratto di affitto.

richiesto agli organi della procedura di autorizzare il compimento di una parziale attività liquidativa.

È in relazione a questa esigenza di adattamento alle nuove caratteristiche dell'istituto concordatario che vanno interpretate alcune delle modifiche apportate alla norma in esame dall'art. 2, D.L. n. 83/2015: ci si riferisce, in particolare, alla modifica della rubrica dell'articolo e alla riformulazione del 5° comma, ove il rinvio alle norme che disciplinano la liquidazione fallimentare è stato integrato con l'espresso riferimento "alle vendite, alle cessioni e ai trasferimenti legalmente posti in essere dopo il deposito della domanda di concordato o in esecuzione di questo".

Non vi è dubbio, come chiarisce anche la Relazione illustrativa, che si tratti di modifiche finalizzate a ricomprendere nell'ambito di applicazione della norma anche le cessioni poste in essere in epoca precedente l'omologazione del concordato e persino le cessioni anteriori al decreto di ammissione¹, risultato rispetto al quale sarebbe stato contraddittorio mantenere una rubrica che, al contrario, richiamava ancora il (solo) vecchio concordato con cessione dei beni: con la novella contenuta nel D.L. n. 83/2015, dunque, l'art. 182 L. fall. espande il proprio contenuto precettivo oltre la mera fase esecutiva del concordato, nella quale era da sempre rimasto confinato.

In proposito, che si possa procedere al compimento di atti di vendita anche prima dell'omologazione del concordato, costituisce un dato pacificamente ammesso, come testimonia l'art. 167 L. fall. che da sempre annovera le alienazioni di beni immobili fra gli atti di straordinaria amministrazione che, sia pur subordinatamente alla preventiva autorizzazione del giudice delegato, possono essere compiuti nel corso della procedura. Anche l'istituto del concordato con riserva, dilatando in misura potenzialmente rilevante il tempo che intercorre fra il deposito della domanda di concordato e il provvedimento di ammissione e/o rigetto del tribunale, aumenta la possibilità che, nelle more, possa sorgere la necessità di svolgere una limitata attività liquidativa, ancorché circoscritta ai casi di urgente necessità previsti dall'art. 161, 7° comma, L. fall. Ancora, con l'introduzione dell'art. 163 *bis* L. fall., è stato stabilito l'obbligo di esperire procedure competitive per la selezione dell'acquirente dei beni oggetto di proposte vincolanti di acquisto previste nel piano di concordato, il che – dovendo la relativa procedura concludersi prima dell'adunanza dei creditori – rende probabile o, quanto meno, non esclude che, una volta selezionato l'acquirente (in persona di soggetto potenzialmente diverso dall'offerente iniziale, quindi non

necessariamente interessato ad attendere gli esiti del voto e del giudizio di omologazione ai quali abitualmente le proposte irrevocabili reperite dal debitore vengono subordinate), costui chieda di stipulare immediatamente la vendita.

In definitiva, pertanto, l'ampliamento dell'ambito di applicazione dell'art. 182 L. fall. risponde a esigenze di coerenza sistematica, ponendo altresì fine a una disparità di trattamento fra cessioni anteriori e cessioni successive al decreto di omologazione che la sempre più frequente anticipazione di parte dell'attività di liquidazione aveva corso a fare emergere.

Le cessioni soggette all'art. 182 L. fall.

Tuttavia, ciò che, ancor oggi, nemmeno le modifiche introdotte dal D.L. n. 83/2015 hanno contribuito a chiarire è l'esatta individuazione delle "cessioni" soggette alla disciplina contenuta nell'art. 182 L. fall. Anzitutto, va chiarito che l'ampia formulazione utilizzata dal Legislatore ("vendite, cessioni, trasferimenti") induce a ricomprendere nella nozione ogni attività idonea a comportare il trasferimento – dunque la perdita – di un diritto compreso nel patrimonio del debitore, ivi incluse, quindi, operazioni societarie di scissione, atti di conferimento, transazioni con effetti traslativi di beni o diritti². La *ratio* della norma induce, poi, a considerare assoggettati al regime previsto dall'art. 182 L. fall. anche atti che, pur non comportando un immediato effetto traslativo, costituiscono un presupposto vincolante ai fini di una successiva cessione, come la stipulazione di un contratto preliminare e/o il conferimento di un diritto di opzione d'acquisto: interpretazione, questa, confortata dalla formulazione del coevo art. 163 *bis* L. fall.³ che, similmente, impone l'obbligo del preventivo svolgimento di una procedura competitiva anche nei casi in cui il debitore "ha stipulato un contratto che comunque abbia la finalità del trasferimento non immediato dell'azienda, del ramo d'azienda o di specifici beni"⁴.

Ciò che, invece, la norma in esame non chiarisce è se l'art. 182 L. fall. debba applicarsi ai soli casi in cui sia prevista la cessione dell'intero patrimonio del debitore ovvero se, al contrario, trovi applicazione anche qualora la proposta di concordato preveda la cessione di una parte soltanto dei beni del debitore. Pur essendo ancor oggi dibattuta l'ammissibilità di proposte di concordato liquidatorio in cui il debitore preveda una cessione solo parziale del suo patrimonio⁵, è invece senz'altro considerata ammis-

¹ Ambrosini, *Il nuovo concordato preventivo alla luce della "miniforma" del 2015*, in *Dir. Fall.*, 2015, I, 359.

² Certamente la norma non si applica quando il decreto di omologazione costituisce esso stesso titolo del trasferimento del diritto, come accade nei concordati ove la proposta preveda il trasferimento in capo ai creditori di una frazione *pro quota* indivisa della proprietà dei beni del debitore (a titolo di *datio in solutum*) ovvero nei casi di concordato con assunzione.

³ L'introduzione dell'art. 163 *bis* L. fall. ha, poi, sdrammatizzato l'ulteriore quesito relativo all'applicabilità dell'art. 182 L. fall. alla vendita che il liquidatore giudiziale è chiamato a stipulare in adempimento di un contratto preliminare già concluso dal debitore ovvero a seguito della presentazione di una proposta irrevocabile di acquisto inserita nel piano di concordato, in entrambi i casi sotto la condizione sospensiva di avvenuta omologazione della proposta. Mentre ora è fatto obbligo di procedere all'immediata selezione dell'acquirente se-

condo la procedura prevista dall'art. 163 *bis* L. fall., prima dell'introduzione di tale ultima disposizione si tendeva a negare che l'adempimento di un obbligo giuridicamente vincolante già inserito nel piano di concordato richiedesse l'autorizzazione di cui all'art. 182, 4° comma, L. fall. e/o lo svolgimento delle procedure competitive richiamate dall'art. 182, 5° comma, L. fall. (*Comm. breve alla legge fall.*, a cura di Maffei Alberti, *sub art. 182 L. fall.*, Padova, 2013).

⁴ *Contra*, Galletti, *Il difficile rapporto fra l'art. 163-bis e l'art. 182 l. fall.*, ne *ilFallimentarista.it*, 5 dicembre 2016, secondo il quale l'art. 182 L. fall. non comprende nel proprio ambito di applicazione il compimento di atti preparatori, riguardando unicamente gli atti di trasferimento in senso stretto.

⁵ Sono favorevoli Maffei Alberti, *Comm. breve alla legge fall.*, *op. cit.*, *sub art. 182 L. fall.*, Fabiani, *Concordato preventivo per cessione dei beni e predeterminazione delle modalità della liquidazione*, in *Fallimento*, 2010, 593; *contra*, Vitiello, *Codice commentato del Fallimen-*

sibile una cessione parziale nei concordati di continuità o con garanzia, ove il proponente s'impegna a far fronte al fabbisogno concordatario con modalità diverse, ulteriori rispetto alla dismissione di alcuni *asset*.

Il problema si era già presentato in passato con riferimento alle vendite poste in essere successivamente all'omologazione di un concordato misto, dal momento che, all'epoca, l'art. 182 L. fall. si riferiva specificamente ai soli casi di concordato con cessione dei beni: già allora, tuttavia, si riteneva ammissibile l'applicazione dell'art. 182 L. fall. anche ai concordati misti con garanzia e cessione dei beni, nei quali era programmata la vendita solo di una parte dei beni del debitore⁶. Oggi qualche dubbio residuo è alimentato dal fatto che, nonostante la modifica della rubrica dell'articolo, il Legislatore ha mantenuto la formulazione originaria dell'*incipit* del 1° comma ("Se il concordato consiste nella cessione dei beni..."), il che – attesa la pacifica ammissibilità di forme di concordati interamente liquidativi – potrebbe ancora indurre a ritenere che il regime previsto dalla disposizione in commento sia riservato ai soli casi in cui il piano di concordato preveda la cessione di tutti i beni compresi nel patrimonio del debitore⁷.

Appare di gran lunga preferibile, tuttavia, l'opinione secondo cui l'applicazione dell'art. 182 L. fall. non vada circoscritta ai soli casi di cessione integrale dei beni del debitore⁸: questo non solo in considerazione della *ratio* della norma, il cui fondamento non muta in funzione della "quantità" dei beni oggetto di cessione, ma anche in ragione dell'estensione operata dalla novella alle cessioni anteriori al decreto di omologazione, che hanno a oggetto, per definizione, singoli beni individuati. A ciò si aggiunge l'estrema elasticità dei possibili contenuti della proposta di concordato e l'eventualità che, accanto alla cessione di al-

cuni beni, possano essere previste altre forme di soddisfazione dei creditori (da pagarsi con i proventi della prosecuzione dell'attività in caso di concordato con continuità o mediante cessioni traslative da attuarsi nella forma della *datio in solutum*), circostanze che non escludono certo le esigenze sottese alle previsioni contenute nell'art. 182 L. fall.⁹, ispirate all'intendimento di estendere al concordato i meccanismi di selezione degli acquirenti previsti dalla disciplina del fallimento ai fini della massimizzazione del realizzo. Il problema è, semmai, quello della latitudine e dei limiti del potere del debitore di prevedere modalità di liquidazione alternative alla disciplina contenuta nell'art. 182, 1° comma, L. fall. – cui il Legislatore espressamente assegna funzione suppletiva – problema particolarmente delicato sul quale tuttavia la novella del 2015 non è intervenuta.

Posto, quindi, che la previsione di una cessione solo parziale dei beni facenti parte del patrimonio del debitore non osta all'applicazione dell'art. 182 L. fall., resta da verificare se queste cessioni vi siano tutte, in ogni caso, indiscriminatamente soggette: vi è da chiedersi, in altre parole, se le modifiche introdotte dal D.L. n. 83/2015 abbiano ampliato l'ambito oggettivo di applicazione della norma sino a ricomprendervi, ad esempio, anche la vendita di beni non strategici la cui dismissione non sia prevista nel piano di concordato, ovvero le vendite che il debitore, in ipotesi di concordato di continuità, può determinarsi a porre in essere nell'ordinario svolgimento della propria attività d'impresa, anche prima dell'omologazione.

Una simile estensione dell'ambito di applicazione dell'art. 182 L. fall. appare, invero, difficilmente condivisibile se non altro per ragioni di ordine pratico, non potendo lo svolgimento dell'attività d'impresa, ove legittimamente pro-

to, diretto da Lo Cascio, *Sub art. 182 l. fall.*, Milano, 2015, 2122; Nardecchia, *Cessione dei beni e liquidazione: la ricerca di un difficile equilibrio tra autonomia privata e controllo giurisdizionale*, in *Fallimento*, 2012, 92.

⁶ Trib. Roma, 25 gennaio 1986, in *Temì romana*, 1986, 425; in dottrina, v. Bosticco, *Commentario Le procedure concorsuali*, a cura di Tedeschi, *Sub art. 182 L. fall.*, 1996, Torino, 224.

⁷ Evidenzia tale contraddizione Cassaniti, in Santangeli (a cura di), *La nuova legge fallimentare, Sub art. 182 l. fall.*, Milano, 2016, 270.

⁸ Occorre, peraltro, precisare che la forma di concordato con cessione dei beni che costituiva l'ambito originario di applicazione dell'art. 182 L. fall., oggi non sembra più ammissibile alla luce delle recenti riforme della legge fallimentare: la possibilità che il debitore, infatti, possa limitarsi a mettere a disposizione dei creditori l'intero proprio patrimonio, sottraendosi alle conseguenze dell'incapienza e sfuggendo altresì al rischio di risoluzione in caso di mancato pagamento della percentuale indicata nella proposta, appare oggi incompatibile sia con la norma che impone di indicare nella proposta "l'utilità specificamente individuata ed economicamente valutabile che il proponente si obbliga ad assicurare a ciascun creditore" (art. 161, 2° comma, lett. "e" L. fall.), sia con la norma che ha ripristinato l'obbligo di rispettare una soglia minima di soddisfacimento dei creditori (art. 160, ult. comma, L. fall.), entrambe introdotte proprio dal D.L. n. 83/2015. Per la stessa ragione, appare arduo continuare a ritenere, come pur autorevolmente è stato sostenuto in dottrina (v. Lamanna, *La legge fallimentare dopo la mini-riforma del D.L. n. 83/2015*, Milano, 2015, 49), che il riferimento al termine "cessione" debba necessariamente interpretarsi come "cessione ai creditori", in ossequio all'inquadramento tradizionale del concordato con cessione dei beni, essendo la formulazione odierna perfettamente compatibile, anche alla luce del novellato 5° comma dell'art. 182 L. fall., con l'ipotesi di cessione a terzi, ove funzionale al soddisfacimento dei creditori.

⁹ Così Filocomo, in Ferro (a cura di) *La Legge Fallimentare, Com-*

mentario teorico-pratico, Sub art. 182 l. fall., Padova, 2014, 2472. In passato, peraltro, l'applicazione dell'art. 182 L. fall. è stata esclusa in giurisprudenza, pur in presenza di un concordato che prevedeva un'attività liquidativa solo parziale, nei casi in cui il tenore della proposta era tale da far ritenere che l'impegno assunto dal debitore avesse ad oggetto, in realtà, non già la mera messa a disposizione del proprio patrimonio a favore dei creditori, ma piuttosto l'obbligo di pagare una determinata percentuale, il che rendeva indifferente, per i creditori, le modalità attraverso le quali il debitore avrebbe reperito la liquidità necessaria (così ad es. Trib. Milano, 29 dicembre 2005, in *Fallimento*, 2006, 575; v. anche Trib. Monza, 21 dicembre 2005 e Trib. Ancona, 13 gennaio 2010, *ined.*). In altre parole, non era l'oggetto limitato della cessione ad escludere l'applicazione dell'art. 182 L. fall., ma il contenuto degli obblighi assunti dal debitore, ove ricondotti – in sede di qualificazione giuridica – alla forma del concordato con garanzia (così Lo Cascio, *Il nuovo concordato preventivo e altri filoni giurisprudenziali*, in *Fallimento*, 2006, 581; più di recente, v. Fabiani, *Il concordato preventivo*, in *Comm. Scialoja-Branca*, vol. II, 2014, Bologna, 721, secondo il quale quando l'impresa resta nel governo dell'imprenditore e la cessione di beni funge da strumento di acquisizione di risorse, la liquidazione deve essere lasciata al debitore, senza applicazione dell'art. 182 L. fall., che "potrà tornare in gioco qualora la proposta sia confezionata con la previsione specifica di una divisione patrimoniale"). Nel sistema attuale, quindi, ove il debitore è tenuto non solo a indicare la percentuale promessa, ma anche a impegnarsi ad assicurarla indicando le relative modalità – che, in quanto sottoposte a un vaglio di fattibilità, entrano a pieno titolo nel contenuto degli impegni concordatari – appare ancor meno giustificato ipotizzare di escludere, solo perché la cessione riguarda una parte dei beni del debitore, l'applicazione dell'art. 182 L. fall., il quale, dunque, sia pure come norma suppletiva, resta suscettibile di applicazione a tutte le vendite concordatarie.

seguita nell'ambito di un concordato di continuità, essere subordinata al rispetto dei vincoli e delle procedure richiamate dalla norma in commento¹⁰: analogamente può dirsi per la vendita di beni di cui il piano di concordato non prevede la liquidazione (ad esempio perché di valore contenuto o per l'anti-economicità di una eventuale dismissione), ove si riconosca che tale esclusione sia in linea di principio ammissibile anche nell'ambito di un concordato liquidatorio. Anche sotto il profilo teorico, tuttavia, la scelta di escludere tali vendite dall'ambito di applicazione dell'art. 182 L. fall. sembra potersi ragionevolmente giustificare osservando che, trattandosi in entrambi i casi (sebbene per ragioni diverse) di beni di cui il piano concordatario non prevede la liquidazione in funzione del soddisfacimento del fabbisogno concordatario, la loro vendita non assume le caratteristiche tipiche di una vendita forzata. È stato correttamente osservato in dottrina, infatti, che la natura coattiva di una vendita prescinde non solo dalla forma dell'atto (cioè dalla formale imputazione al giudice), ma anche dalla congruenza rispetto alla volontà del debitore proprietario (essendo tutte le vendite previste nel piano di concordato, per definizione, vendite "secondo" la volontà del debitore), rilevando piuttosto l'attitudine dell'atto a costituire strumento di attuazione della responsabilità patrimoniale¹¹, il che avviene, nel fallimento, in esito a un procedimento che si svolge contro, o comunque a prescindere, dalla volontà del debitore, mentre, nel concordato, sulla base di un accordo fra debitore e creditori¹².

Ove l'accordo concordatario, approvato e omologato, non prevede espressamente la dismissione di alcuni cespiti, vuoi perché si tratta di concordato in continuità e dunque il pagamento dei creditori avverrà coi proventi dell'attività d'impresa, coi realizzi dei beni di cui è specificamente prevista la cessione e/o con le altre modalità previste, vuoi perché, in generale, i creditori hanno condiviso le ragioni dell'esclusione approvando la proposta, la scelta del debitore di procedere alla vendita di tali beni deve conseguentemente considerarsi vendita privatistica, sottratta all'ambito di applicazione dell'art. 182 L. fall. e priva degli effetti caratteristici delle vendite coattive¹³.

La clausola di compatibilità

Il 5° comma dell'art. 182 L. fall. estende l'applicazione degli artt. 105-108 *ter* L. fall. alle cessioni poste in essere in periodo precedente l'omologazione del concordato, segnatamente quelle successive al deposito della domanda di concordato, "in quanto compatibili". Ciò impone, quindi, di valutare entro che limiti la disciplina delle vendite fallimentari possa essere armonizzata con le norme che regola-

no lo svolgimento della procedura nella fase precedente l'omologazione. In linea generale, occorre preliminarmente osservare che la clausola di compatibilità impone di assegnare prevalenza, in caso di contrasto, a queste ultime; in concreto, poi, non sembra che alcuna contraddizione possa sorgere con riferimento agli effetti delle cessioni, essendo la regola della stabilità degli atti legalmente compiuti nel corso della procedura perfettamente compatibile con il prodursi degli effetti previsti degli artt. 105-108 *ter* L. fall. Possibili contrasti, piuttosto, possono sorgere con riferimento alle modalità procedurali delle vendite.

Si pone, in particolare, un problema di compatibilità con l'art. 163 *bis* L. fall., il cui ambito di applicazione abbraccia non solo i casi in cui il piano di concordato comprenda offerte d'acquisto di beni concordatari presentate da soggetto già individuato, ma anche i casi di vendite autorizzate ai sensi dell'art. 161, 7° comma, L. fall. (cfr. art. 163 *bis*, ult. comma, L. fall.), in base al quale, in pendenza del termine assegnato a seguito della presentazione di una domanda di concordato in bianco, gli atti di straordinaria amministrazione (fra i quali anche le vendite) possono essere autorizzati dal tribunale solo in caso di urgenza, salva assunzione di sommarie informazione e acquisizione del parere del commissario giudiziale, se nominato. Come noto, l'art. 163 *bis* L. fall. disciplina compiutamente la procedura di selezione dell'acquirente, rimettendo al tribunale la determinazione dettagliata delle regole di gara. In proposito la giurisprudenza ha già avuto modo di esprimersi stabilendo che "mentre il combinato disposto di cui agli artt. 182 e 105-108 *ter* L. fall. trova applicazione con riferimento alle vendite competitive nelle fasi ante e post omologa di tutte le procedure concordatarie, liquidatorie o in continuità, nella fase anteriore all'ammissione concordataria si applica, invece, la disciplina di cui all'art. 163 *bis*. Entrambe le fattispecie prevedono regole competitive, ma le rispettive discipline sono diverse: a differenza di quanto disposto dagli artt. 107 e 182, infatti, l'art. 163 *bis* prevede l'obbligatorietà dell'aumento (non rilancio) minimo dell'offerta originaria e della gara, con ciò imponendo una procedura competitiva più restrittiva e meno libera di quella prevista dall'art. 107"¹⁴.

Muovendo, quindi, dalla diversità delle procedure competitive rispettivamente regolate dall'art. 163 *bis* e dagli artt. 105-108 *ter* L. fall., si è deciso che l'applicazione del primo esclude *tout court* il richiamo alla disciplina delle vendite fallimentari: principio che, coerentemente, dovrebbe estendersi anche alle vendite post ammissione nei casi previsti dall'art. 163 *bis*, 1° comma, L. fall. La soluzione – che rappresenta un'applicazione particolarmente rigorosa della clausola di compatibilità prevista dall'art. 182, 5°

¹⁰ Alla medesima soluzione perviene anche Bogoni, in AA.VV., *La nuova riforma del diritto concorsuale*, Sub art. 182 l. fall., Torino, 2015, 345.

¹¹ Castagnola, *La natura delle vendite fallimentari dopo la riforma delle procedure concorsuali*, in *Giur. Comm.*, 2008, II, 372, secondo il quale "il connotato strutturale è quindi dato dall'appartenenza della vendita ad un più ampio procedimento di attuazione della responsabilità patrimoniale, nel quale il patrimonio del debitore è aggredito al fine di convertirlo in denaro per soddisfare il creditore o i creditori".

¹² Fabiani, *Il concordato preventivo*, op. cit., 738 e segg.

¹³ Che le vendite concordatarie abbiano natura coattiva appare ormai un dato difficilmente controvertibile, nonostante i dubbi susci-

tati dalla stringata versione originaria dell'art. 182 L. fall. Oggi il richiamo alla disciplina delle vendite fallimentari e, da ultimo, l'espressa attribuzione al giudice del potere di ordinare la cancellazione degli aggravii chiariscono definitivamente che le cessioni divise dalla norma in commento sono equiparate alle vendite fallimentari sia quanto agli effetti, sia quanto al procedimento di vendita, sebbene – con riferimento a questo ultimo profilo e in ossequio all'accentuazione dei profili negoziali del concordato – attraverso una disciplina di natura suppletiva.

¹⁴ Trib. Bolzano, 17 maggio 2016, ne *ilFallimentarista.it*, 1 giugno 2016.

comma, L. fall. – non appare invero del tutto appagante. Anzitutto, omette di considerare che la disciplina fallimentare assegna alle vendite effetti ben precisi i quali, non esaurendosi in quelli tipici delle vendite forzate, non vi è motivo di non estendere alle cessioni disposte in esito alla procedura *ex art. 163 bis L. fall.* (si pensi, in caso di cessione d'azienda, all'esclusione della responsabilità dell'alienante *ex art. 2560 c.c.* e all'esonero per l'acquirente dalla responsabilità per i debiti relativi all'azienda ceduta; in caso di cessione di crediti relativi all'azienda ceduta, al regime di opponibilità ai terzi, subordinata alla sola iscrizione dell'atto nel registro delle imprese, ecc.)¹⁵. In secondo luogo, vi sono diverse previsioni di natura procedurale che appaiono senza dubbio compatibili con l'*art. 163 bis L. fall.* (lo svolgimento delle consultazioni sindacali e la possibilità di corrispondere il prezzo mediante accollo delle passività, in caso di cessione d'azienda; l'osservanza delle forme previste dall'*art. 2471 c.c.* in caso di vendita di partecipazione sociale in una s.r.l.; l'obbligo di notificare gli esiti della procedura al creditore ipotecario o munito di privilegio in caso di vendita di immobile e così via). Infine, non pare vi sia ragione per escludere nemmeno il potere di sospensione della vendita *ex art. 108 L. fall.*, salvo precisare che il suo esercizio andrà tuttavia opportunamente adattato alle esigenze di celerità della procedura *ex art. 163 bis L. fall.*

Se, quindi, non pare revocabile in dubbio che anche le vendite *ex art. 163 bis L. fall.* producano i medesimi effetti delle vendite fallimentari come regolati dagli *artt. 105-108 ter L. fall.*¹⁶, resta da verificare quali aspetti della procedura *ex art. 163 bis L. fall.* differiscano dalle procedure competitive *ex artt. 105 e segg. L. fall.* e dunque, in ossequio alla clausola di compatibilità, siano destinate a prevalere su queste ultime. In effetti, a ben vedere, i profili di incompatibilità non sono molti: la procedura *ex art. 163 bis L. fall.* si svolge inderogabilmente dinanzi al giudice e non

risulta pertanto delegabile a professionisti, le offerte vanno necessariamente presentate in forma segreta, la necessità di concludere la selezione dell'acquirente entro la data fissata per l'adunanza dei creditori induce poi a ritenere che il tribunale disponga altresì di ampi margini di discrezionalità nella determinazione dei tempi del procedimento (con facoltà di derogare, ad esempio, al termine di 30 giorni *ex art. 490 c.p.c.* per la pubblicazione del bando richiamato dal combinato disposto degli *artt. 107 e 182 L. fall.*). A parte questi profili, dunque, nulla osta a che il tribunale – nel regolamentare la procedura competitiva *ex art. 163 bis L. fall.* – possa recepire fra le modalità di svolgimento della procedura di aggiudicazione quelle richiamate dall'*art. 182, 5° comma, L. fall.*: anzi, in ragione della clausola di rinvio contenuta in quest'ultima disposizione, forse vi è motivo per ritenere che il tribunale sia addirittura tenuto a farlo¹⁷, entro i limiti imposti dalla clausola di compatibilità.

L'*art. 163 bis L. fall.*, tuttavia, non è di applicazione generale: in virtù del richiamo contenuto nell'ult. comma, infatti, si applica senz'altro a tutte le cessioni autorizzate in pendenza del termine assegnato *ex art. 161, 6° comma, L. fall.*, mentre ai sensi del 1° comma l'applicazione in periodo successivo al decreto di ammissione è circoscritta ai soli casi di offerte con predeterminazione del soggetto acquirente¹⁸. In tutti gli altri casi, qualora il debitore intenda procedere a una vendita prima dell'omologazione, trova applicazione l'*art. 167 L. fall.* che, come noto, si limita a subordinare il compimento degli atti di straordinaria amministrazione (fra i quali certamente vi sono anche le vendite), alla preventiva autorizzazione del tribunale: il contenuto della disposizione, che si limita a regolare i profili autorizzativi, non pone tuttavia significativi problemi di compatibilità con le procedure e i tempi che caratterizzano le vendite fallimentari richiamate dall'*art. 182 L. fall.*¹⁹, che quindi

¹⁵ In proposito v. Bogoni, *op. cit.*, 340, il quale sottolinea l'incongruenza del previgente sistema ove la cessione d'azienda precedente l'omologazione non poteva fruire del regime di favore previsto dall'*art. 105 L. fall.* che, al contrario, si applicava alle cessioni d'azienda poste in essere in esecuzione del concordato omologato.

¹⁶ In senso conforme v. anche Galletti, *Il difficile rapporto fra l'art. 163-bis e l'art. 182 l. fall.*, ne *ilFallimentarista.it*, 5 dicembre 2016, il quale evidenzia correttamente che il possibile conflitto fra *art. 163 bis L. fall.* e *art. 182 L. fall.* riguarda unicamente la procedura di selezione dell'aggiudicatario.

¹⁷ In proposito, peraltro, è lecito chiedersi se le procedure *ex artt. 105-108 ter L. fall.* richiamate dall'*art. 182 L. fall.* in quanto non incompatibili, possano e/o debbano osservarsi anche qualora il tribunale, nel pronunciare il provvedimento *ex art. 163 bis L. fall.*, ometta di richiamarle espressamente, specialmente qualora l'espletamento di tali procedure condizioni il prodursi di effetti ulteriori (ad es. la possibilità di derogare *art. 2112 c.c.*, subordinata all'accordo sindacale). Il problema, tuttavia, può efficacemente essere risolto formulando al tribunale un'apposita istanza di autorizzazione ovvero – trattandosi di contenuti meramente ordinatori – chiedendo che il precedente provvedimento venga conseguentemente integrato e/o modificato.

¹⁸ Residua un dubbio sulla disciplina da applicare in caso di offerta "da parte di soggetto già individuato avente ad oggetto il trasferimento in suo favore, anche prima dell'omologazione [...] di uno o più specifici beni", secondo la definizione utilizzata dall'*art. 163 bis L. fall.*, la quale tuttavia pervenga "dopo" il decreto di ammissione: in tal caso, non pare vi sia alcuna necessità di forzare l'ambito di applicazione dell'*art. 163 bis L. fall.*, dal momento che le esigenze di incentivazione della contendibilità dei beni concordatari potranno essere

efficacemente appagate dopo l'omologazione della proposta, ai sensi dell'*art. 182 L. fall.*, ovvero, anche in epoca precedente, ove lo richiedano particolari ragioni di urgenza che potranno essere sottoposte al vaglio degli organi della procedura ai sensi dell'*art. 167 L. fall.* In ogni caso, semmai, dovrà essere valutata la compatibilità della vendita con il contenuto della proposta di concordato, essendo incongruo avviare procedure di selezione dell'acquirente di beni di cui la proposta non prevede la vendita, solo in ragione della presentazione di un'offerta d'acquisto (in tal senso v. Galletti, *op. cit.*, che – per la medesima ragione – esclude possa farsi luogo a procedura competitiva di selezione dell'acquirente in caso di presentazione di un'offerta d'acquisto del compendio aziendale, in presenza di un piano concordatario con continuità diretta).

¹⁹ In questo caso, piuttosto, vi è da chiedersi a chi spetti la regolamentazione e l'attuazione concreta della procedura di gara, difettando nel concordato preventivo un organo dotato di competenze gestorie analogo al curatore fallimentare, né – per ovvie ragioni – essendo stato ancora nominato un liquidatore giudiziale. È possibile ipotizzare che a tali adempimenti debba provvedere il debitore, subordinatamente all'autorizzazione del giudice delegato e comunque sotto la sorveglianza del commissario giudiziale; ma è altresì possibile ipotizzare un'applicazione analogica dell'*art. 163 bis L. fall.* che, in caso analogo, fa carico al tribunale di determinare in dettaglio modalità e tempi della procedura competitiva. Ragioni di coerenza sistematica inducono forse a propendere per questa seconda soluzione, anche se, in linea generale, appare incongruo gravare un organo giudiziale di adempimenti meramente ordinatori così dettagliati. Peraltro, anche l'*art. 163 bis L. fall.* presenta delle lacune in proposito, omettendo di indicare il soggetto chiamato a farsi carico della pubblicazione dell'avviso di vendita e degli ulteriori adempimenti relativi alla procedura

in simili evenienze potranno trovare pressoché integrale applicazione.

In entrambi i casi, l'espressa attribuzione al tribunale (art. 163 *bis*, L. fall.) e al giudice delegato (art. 167, 2° comma, L. fall.) della competenza ad autorizzare la vendita, esclude poi che debba farsi luogo alla nomina di un comitato dei creditori, ancorché provvisorio, essendo ogni valutazione inerente le ragioni di ammissibilità e opportunità della vendita riservata agli organi giudiziari espressamente deputati ad autorizzarla: per la medesima ragione, non ha senso in queste fasi precedenti l'omologazione ipotizzare la redazione di alcun programma di liquidazione²⁰.

Il richiamo all'avviso previsto dall'art. 490, 1° comma, c.p.c.

Fra le ulteriori modifiche apportate dal D.L. n. 83/2015 all'art. 182 L. fall., vi è poi l'espressa previsione, inserita nel 1° comma della disposizione in commento, che impone al tribunale di ordinare al liquidatore l'effettuazione della pubblicità prevista dall'art. 490, 1° comma, c.p.c., assegnandogli un termine a tal fine. La novella desta, tuttavia, alcune perplessità.

Non è chiaro, infatti, il senso di un richiamo espresso alla pubblicità prevista dall'art. 490, 1° comma, c.p.c., quando analogo richiamo è contenuto nell'art. 107, 1° comma, L. fall., la cui applicazione alle vendite concordatarie è a propria volta già prevista dal 5° comma del medesimo art. 182 L. fall.²¹: oltre tutto si tratta di richiami parzialmente non sovrapponibili, dal momento che il 1° comma dell'art. 182 L. fall. rimette al tribunale la determinazione del termine da assegnare al liquidatore per provvedere alla pubblicità dell'avviso di vendita, mentre l'art. 107, 1° comma, L. fall. prevede espressamente che a tale adempimento il curatore debba provvedere almeno trenta giorni prima della vendita. Resta il dubbio, quindi, se il tribunale sia libero di stabilire la durata di tale termine (art. 182, 1° comma, L. fall.) ovvero debba attenersi al limite minimo di trenta giorni imposti dall'art. 107 L. fall. (art. 182, 5° comma, L. fall.): trattandosi di previsioni fra loro non incompatibili, appare plausibile ritenere che il tribunale sia libero di fissare il termine che ritiene più opportuno, comunque non inferiore a trenta giorni precedenti la vendita²².

In effetti, posto che nessuno ha mai messo dubbio la necessità che in occasione di una procedura competitiva di vendita occorra pubblicizzare opportunamente l'avviso di gara (come espressamente già prevedeva il primo periodo del 1° comma dell'art. 107 L. fall.), ebbene è proprio sui

tempi che si gioca l'effettività di tale adempimento, potendo il maggior o minor termine concesso incidere sensibilmente sul livello di partecipazione e, pertanto, sui risultati della vendita. Analogamente, rilievo decisivo assumono, a tal fine, anche le modalità di tale pubblicità, noto essendo che la scelta dei canali ove veicolare gli avvisi di vendita si rivelano tanto più efficaci quanto più mirati in funzione della tipologia del bene oggetto della procedura competitiva e del mercato di riferimento.

Alla luce di tali considerazioni, quindi, sarebbe stato forse più opportuno, anziché insistere con un doppio (ridondante) rinvio alla norma che impone di eseguire la pubblicità dell'avviso, aver cura di precisare i criteri direttivi ai quali il giudice è chiamato ad attenersi nella determinazione della durata del termine e delle modalità di tale pubblicità, dando così concreto rilievo normativo ad accorgimenti spesso decisivi ai fini del miglior esito della gara.

La cancellazione degli aggravati

Infine, la novella in commento ha introdotto un secondo periodo al 5° comma dell'art. 182 L. fall., stabilendo che "la cancellazione delle iscrizioni relative ai diritti di prelazione, nonché delle trascrizioni dei pignoramenti e dei sequestri conservativi e di ogni altro vincolo, sono effettuati su ordine del giudice, salvo diversa disposizione contenuta nel decreto di omologazione per gli atti a questa successivi". Viene così recepito un orientamento ormai consolidato in base al quale si riconosce alle vendite concordatarie pacifica natura coattiva, cui consegue, quale logico corollario, l'effetto purgativo dei vincoli e dei gravami iscritti a peso del bene.

Anche in tal caso, tuttavia, l'espresso riferimento contenuto nel novellato art. 182, 5° comma, L. fall. alla cancellazione degli aggravati si aggiunge al richiamo indiretto già contenuto nel medesimo comma dello stesso articolo all'art. 108 L. fall., che a sua volta attribuisce al giudice delegato il potere di ordinare la cancellazione dei vincoli successivamente alla vendita e all'integrale riscossione del prezzo. Non è chiaro il senso di questo (ulteriore) doppio richiamo, contenuto addirittura nel medesimo comma dello stesso articolo, né è chiaro come mai la novella abbia utilizzato una formulazione che diverge sensibilmente dall'analoga contenuta nell'art. 108, 2° comma, L. fall.²³: quest'ultima, infatti, espressamente subordina la cancellazione degli aggravati all'integrale riscossione del prezzo, condizione non menzionata nell'art. 182, 5° comma, L. fall., il quale

di gara, sebbene sia verosimile, e la prassi lo conferma, che a ciò debba provvedere il debitore sotto la vigilanza del commissario giudiziale. In ogni caso, appare irrinunciabile che la procedura si svolga davanti al giudice, essendo inconcepibile un'aggiudicazione disposta dal debitore o dal commissario, ausiliario privo di legittimazione a disporre dei beni.

²⁰ Padoja, *La fase esecutiva del piano concordatario alla luce della riforma legislativa D.L. n. 83/2015*, in *Fallimenti e Società*, 2015.

²¹ Il fatto che il richiamo contenuto nell'art. 107 L. fall. alla pubblicità di cui all'art. 490, 1° comma, c.p.c. sia stato introdotto proprio dal D.L. n. 83/2015 fa pensare che questo doppio richiamo effettuato dall'art. 182 L. fall. costituisca un errore di coordinamento, pertanto privo di significativo contenuto precettivo.

²² *Contra*, v. Cassaniti, *op. cit.*, 271, secondo il quale, per le sole cessioni successive all'omologazione, il tribunale può stabilire un ter-

mine inferiore a trenta giorni.

²³ Si legge nella Relazione governativa al disegno di legge di conversione del D.L. n. 83/2015 che la previsione in esame ha lo scopo di "rimuovere qualsiasi dubbio circa l'effetto purgativo anche delle cessioni effettuate prima dell'ammissione alla procedura di concordato, purché debitamente autorizzate, nonché delle cessioni attuate in esecuzione del concordato omologato, ma a opera di soggetto diverso dal liquidatore giudiziale, come accade ad esempio quando la proposta non preveda la nomina di un liquidatore giudiziale o per le dimissioni previste ai sensi dell'art. 186 *bis*, 1° comma, nell'ambito del concordato di continuità aziendale". Come è stato osservato, tuttavia, a tal fine era già sufficiente il richiamo all'art. 108, 2° comma, L. fall. contenuto nel 5° comma dell'art. 182 L. fall. e l'espressa estensione della sua applicazione, ad opera del medesimo 5° comma, alle cessioni anteriori all'omologazione del concordato: Cassaniti, *op. cit.*, 274.

invece – a differenza del precedente – fa espressamente salve eventuali diverse disposizioni contenute nel decreto di omologazione per gli atti ad esso successivi.

Questa discutibile tecnica normativa non chiarisce quindi se, per qualche ragione, in caso di vendita concordataria sia ammissibile procedere alla cancellazione degli aggravii anche prima dell'integrale pagamento del prezzo, né aiuta a comprendere quali possano essere le diverse disposizioni che il decreto di omologazione può contenere in proposito. In effetti appare arduo ricondurre a coerenza simili contraddittorie previsioni. È possibile ipotizzare, forse, che l'acquirente possa avere interesse a una immediata cancellazione dei vincoli pur essendo prevista una rateazione del

prezzo e che il tribunale, nel decreto di omologazione, possa subordinare l'emissione del decreto di cancellazione alla prestazione di idonee garanzie, predeterminandone le caratteristiche: la clausola che fa salve le diverse disposizioni contenute nel decreto di omologazione, in altre parole, può forse avere la funzione di conformare e/o graduare in funzione delle esigenze del caso concreto gli effetti legali delle vendite e le modalità di esercizio delle prerogative degli organi giudiziali che, per definizione, si sottraggono alla disponibilità delle parti, anche se non è agevole declinarne le possibili concrete applicazioni con riferimento al profilo specifico della cancellazione dei vincoli²⁴.

I finanziamenti interinali

Alessio Filippo Di Girolamo

In occasione della “mini riforma” dell'estate del 2015, il legislatore, nel tentativo di rendere più agevole, per le imprese in crisi, accedere ai finanziamenti interinali, ha ritenuto opportuno intervenire sull'art. 182 *quinquies* L. fall., da un lato, prevedendo una fattispecie del tutto nuova, ossia i c.d. finanziamenti interinali “urgenti”, e, dall'altro lato, introducendo talune precisazioni con riferimento alle fattispecie già esistenti.

Premessa

Per meglio comprendere le ragioni che hanno indotto il legislatore ad intervenire nuovamente sulla disciplina dei finanziamenti interinali¹, pare opportuno prendere le mosse da una considerazione preliminare, per quanto ovvia possa apparire: affinché un'operazione, volta a consentire all'impresa di superare la situazione di crisi (quando non addirittura di vera e propria insolvenza) in cui si trova a doversi dibattere, abbia qualche possibilità di successo, è indispensabile che quest'ultima sia messa nelle condizioni di trovare nuova provvista finanziaria², che, nel nostro sistema economico-imprenditoriale, è reperibile, sostanzialmente, rivolgendosi alle banche o ai soci³.

Allo stesso tempo, tuttavia, i potenziali finanziatori risultano – peraltro, comprensibilmente – restii a concedere finanziamenti a soggetti che, per definizione, si trovano in situazione (quantomeno) di crisi e che, pertanto, ben difficilmente possono fornire garanzie adeguate circa la loro capacità di rimborso⁴.

Proprio la necessità di agevolare le imprese in crisi nel reperire nuova finanza⁵ ha guidato la mano del legislatore, il quale, dapprima, ha introdotto, nel 2010, gli artt. 182 *quater* e 182 *quinquies* L. fall. e, successivamente, è intervenuto, a più riprese, sulle norme in discorso, nel tentativo di renderle maggiormente efficaci: per conseguire tale risultato, il legislatore ha scelto di concentrare i propri sforzi nel rendere l'erogazione di finanziamenti alle imprese in crisi meno rischiosa per i soggetti finanziatori, riconoscendo ai crediti vantati da questi ultimi, per il rimborso dei predetti finanziamenti, il beneficio della prededuzione⁶.

Deve, tuttavia, essere precisato che i finanziamenti interinali, così come i finanziamenti c.d. “ponte”, non hanno la funzione di consentire il superamento definitivo della situazione di crisi, quanto, piuttosto, quello di evitare che quest'ultima si aggravi, fino a diventare irreversibile, nelle more del procedimento o, addirittura, nel lasso di tempo che precede l'instaurazione vera e propria di quest'ultimo⁷.

Orbene, come meglio si vedrà nel prosieguo, gli sforzi del

²⁴ In dottrina si è parlato di norma talmente generica da attribuire al tribunale il potere di “dettare le più svariate disposizioni sulla sorte delle efficienze trascrizionali ed iscrizionali” (così Lamanna, *op. cit.*, 50).

¹ Mediante l'art. 1 del D.L. n. 83/2015, il quale non è stato, nella sostanza, modificato dalla legge di conversione n. 132/2015.

² V. Farolfi, *Concordato preventivo: le novità di agosto*, in *www.ilfallimentarista.it*, 11 dicembre 2015, 14; Nardo, *Finanziamento e continuità aziendale nel concordato preventivo e negli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *La nuova legge fallimentare*, a cura di Santangeli, Milano, 2016, 280-281.

³ V. Bottai, *Speciale decreto “contendibilità e soluzioni finanziarie” n. 83/2015: i finanziamenti interinali*, in *www.ilfallimentarista.it*, 2-3. Non a caso, del resto, l'art. 182 *quater* fa espressamente riferimento ai finanziamenti concessi, da un lato, da banche ed intermediari finanziari iscritti negli elenchi di cui agli artt. 106 e 107 TUB (1° e 2° comma) e, dall'altro lato, dai soci, prevedendo, in quest'ultimo caso, addirittura una vistosa deroga alla disciplina “comune” di cui agli artt. 2467 e 2497 *quinquies* c.c. (3° comma).

⁴ V. Beltrami, *Le recenti (ulteriori) modifiche al concordato preventivo dell'estate 2015*, in *www.ilcaso.it*, 2 marzo 2016, 4-5; Carbone-Corciulo, *Le novità della riforma estiva (D.L. n. 83/2015, convertito nelle l. n. 132/2015) in tema di finanza interinale*, in *www.ilfallimentarista.it*, 1-2.

⁵ V. Bianca, *La nuova disciplina del concordato e degli accordi di regolazione della crisi: accentuazione dei profili negoziali*, in *Dir. Fall.*, 2015, 530-531.

⁶ Prededuzione che “è stata ormai resa una qualità del credito, e dunque una categoria sostanziale, non più solo processuale, che attiene direttamente al debito (e non solo alla responsabilità)”, venendo riconosciuta in favore di crediti sorti prima, oppure dopo, rispettivamente, dell'apertura o della chiusura della procedura concordataria e che verrà fatta valere, per l'appunto, nell'ambito di un futuro ed eventuale fallimento (così Galletti, *La prededuzione nel concordato preventivo: equivoci legati ad una formulazione ellittica?*, in *www.ilfallimentarista.it*, 5 agosto 2014). Il medesimo concetto è ripreso, fra gli altri, da Bottai, *op. cit.*, 5-6).

⁷ V. Beltrami, *op. cit.*, 7.

legislatore, che pure prestano il fianco a più d'una critica⁸, risultano, sul punto, comunque apprezzabili⁹.

Con riferimento all'ultimo intervento riformatore, oggetto del presente contributo, in particolare, sono tre le modifiche che hanno interessato la materia in esame, tutte concentrate sull'art. 182 *quinquies* L. fall.. Si tratta: della precisazione introdotta al primo comma con riferimento alla possibilità di concedere finanziamenti interinali anche in presenza di una domanda di concordato c.d. "in bianco"; della introduzione di una nuova forma di finanziamento interinale c.d. "urgente"; della modifica apportata al quarto comma, relativa alla possibilità di cedere crediti a garanzia dei finanziamenti interinali.

Merita, poi, di essere segnalato, per completezza, che l'art. 217 *bis* L. fall. prevede che le disposizioni di cui agli artt. 216, 3° comma, e 217 L. fall. non si applicano (fra gli altri) ai pagamenti ed alle operazioni di finanziamento autorizzati dal giudice *ex art.* 182 *quinquies*¹⁰: ne discende che gli atti compiuti in forza di quest'ultima disposizione, nella sua attuale formulazione (compresi, dunque, l'erogazione ed il successivo rimborso dei nuovi finanziamenti interinali c.d. "urgenti"), sono esenti dai reati di bancarotta¹¹.

Infine, con riferimento alla disciplina transitoria, deve essere precisato che l'art. 182 *quinquies* L. fall., nella attuale formulazione, trova applicazione "ai procedimenti di concordato preventivo introdotti anche anteriormente" rispetto alla sua entrata in vigore¹².

La modifica del primo comma dell'art. 182 *quinquies* L. fall.: una precisazione davvero necessaria?

Al primo comma dell'art. 182 *quinquies* L. fall. è stato aggiunto un inciso, il quale chiarisce che il debitore è legittimato a richiedere al tribunale l'autorizzazione a contrarre finanziamenti funzionali alla migliore soddisfazione dei creditori "anche prima del deposito della documenta-

zione di cui all'art. 161, commi secondo e terzo", L. fall. e, dunque, anche allorché presenti una domanda di concordato c.d. "in bianco" ai sensi dell'art. 161, 6° comma, L. fall.

Per comprendere la ragione che ha spinto il legislatore ad introdurre un simile inciso – che appare, sul piano testuale, assolutamente "*pleonastico*"¹³, dal momento che il medesimo primo comma dell'art. 182 *quinquies* L. fall. già chiarisce che legittimato a chiedere l'autorizzazione a contrarre i finanziamenti in discorso è (anche) il debitore che presenti una domanda di ammissione al concordato preventivo "ai sensi dell'articolo 161 sesto comma"¹⁴ – è necessario considerare che i tribunali si sono dimostrati estremamente restii¹⁵ a concedere l'autorizzazione di cui al primo comma dell'art. 182 *quinquies* L. fall. in presenza di una domanda di concordato c.d. "in bianco"¹⁶.

Del resto, non si può negare che risulta assai arduo per il tribunale, in assenza di un piano e di una proposta definitivi, effettuare – seppure con l'ausilio dell'attestazione predisposta dal professionista in possesso dei requisiti di cui all'art. 67, 3° comma, lett. d), L. fall.¹⁷ – le valutazioni necessarie al fine di decidere se concedere, o non concedere, l'autorizzazione in discorso¹⁸.

In particolare, nei tribunali si è diffusa la prassi, da taluni definita *preater legem*¹⁹, di imporre al debitore che chiede l'autorizzazione ai sensi del primo comma dell'art. 182 *quinquies* L. fall. di depositare, quantomeno, una bozza del piano²⁰, così da fornire gli elementi essenziali al fine di procedere alle verifiche imposte dalla norma medesima: si è così giunti a configurare un concordato contraddistinto da caratteristiche intermedie fra il concordato c.d. "in bianco" e quello c.d. "pieno", da alcuni definito, proprio in ragione di ciò, concordato "in grigio"²¹.

Appare evidente che l'atteggiamento di chiusura assunto dai tribunali – seppure, come si è detto, giustificato dalla necessità di reperire informazioni sufficienti per valutare se

⁸ Molto critica, con riferimento alle modifiche apportate dal legislatore all'art. 182 *quinquies* L. fall., risulta Sabatelli, *Appunti sul concordato preventivo dopo la legge di conversione del D.L. n. 83/2015*, in *www.ilcaso.it*, 13 novembre 2015, 6 e segg.

⁹ V. Fischetti, *Le novità in materia di finanza interinale e concordato preventivo*, in *www.dirittobancario.it*, 30 giugno 2015; Scribano, *La finanza interinale nel concordato preventivo fra nuovi interventi d'urgenza e urgenza del debitore in stato di crisi*, in *www.ilcaso.it*, 11 gennaio 2016.

¹⁰ Con riferimento ai rapporti tra disposizioni penali e nuova formulazione dell'art. 182 *quinquies* L. fall., v. Santoriello, *La rilevanza penale delle innovazioni in materia fallimentare introdotte con il D.L. n. 83/2015*, in *Fallimento*, 2016, 136-137.

¹¹ V. Carbone-Corciulo, *op. cit.*, 4.

¹² Così l'art. 23 del D.L. n. 83/2015, come modificato dalla legge di conversione n. 132/2015.

¹³ V. Bottai, *op. cit.*, 6; Benvenuto, *Le modifiche apportate alla procedura di concordato quale espressione dell'ottimismo della volontà*, in *www.ifallimentarista.it*, 6 ottobre 2015, 13. Cfr. anche Farolfi, *Concordato preventivo*, cit., 17; Sabatelli, *op. cit.*, 7-8.

¹⁴ V. Lamanna, *La legge fallimentare dopo la miniriforma del D.L. n. 83/2015*, Milano, 2015, 52, il quale osserva che "non si è mai seriamente dubitato del fatto che la norma consenta al tribunale di dare l'autorizzazione anche durante il preconcordato". Nel medesimo senso, v. Carbone-Corciulo, *op. cit.*, 2-3. Cfr. però Trib. Bolzano, 5 aprile 2016, in *Banca dati De Jure*, il quale afferma che, sul punto, vi era dibattito e che l'intervento del legislatore è risultato chiarificatore (nel senso, cioè, della possibilità di concedere l'autorizzazione in discorso "anche in assenza del piano concordatario").

¹⁵ Il Tribunale di Milano, nel *plenum* tenutosi in data 18 ottobre 2012, in particolare, ha ritenuto opportuno adottare un "atteggiamento estremamente prudenziale", giungendo, anzi, ad affermare che, "di prassi, tali finanziamenti nei pre-concordati non potranno essere autorizzati, almeno non fino a quando sia sciolta la riserva e siano presentati la proposta e il piano definitivi corredati dalla analitica relazione attestativa sulla fattibilità" (si vedano le linee guida del Tribunale di Milano, consultabili sul sito *www.ifallimentarista.it*).

¹⁶ Tanto da rilevare una "tendenziale incompatibilità" fra concordato c.d. "in bianco" e autorizzazione a contrarre finanziamenti *ex art.* 182 *quinquies*, 1° comma, L. fall.: (sul punto, v. le considerazioni di Beltrami, *op. cit.*, 8).

¹⁷ Il quale, peraltro, è nominato dal debitore stesso e non dal tribunale.

¹⁸ V. Carbone-Corciulo, *op. cit.*, 2-3; Lamanna, *La legge fallimentare*, cit., 51 e segg.

¹⁹ V. Ambrosini, *Il diritto della crisi d'impresa nella legge n. 132 del 2015 e nelle prospettive di riforma*, in *www.ilcaso.it*, 30 novembre 2015, 44.

²⁰ In tal senso si vedano: Trib. Bergamo, 26 giugno 2014, in *www.ilcaso.it*; Trib. Modena, 29 maggio 2013, in *www.unijuris.it*; Trib. Roma, 20 febbraio 2013, in *www.ifallimentarista.it*; Trib. Monza, 21 gennaio 2013, in *www.ilcaso.it*; Trib. Milano, 21 dicembre 2012, *ivi*; Trib. Treviso, 16 ottobre 2012, *ivi*.

²¹ V. Lamanna, *La legge fallimentare*, cit., 53; Benvenuto, *op. cit.*, 13; Sabatelli, *op. cit.*, 8; Farolfi, *La "nuova finanza" nella fase introduttiva del concordato preventivo e dell'accordo di ristrutturazione dei debiti*, in *www.ilcaso.it*, 16 novembre 2015, 6; Carbone-Corciulo, *op. cit.*, 3.

concedere l'autorizzazione richiesta, oltre che di evitare una proliferazione dei crediti prededucibili, a danno della massa dei creditori – ha contribuito a rendere più arduo per il debitore riuscire ad accedere alla nuova finanza: ci si è ritrovati, così, in una situazione diametralmente opposta rispetto a quella caldeggiata dal legislatore, il cui obiettivo era, come si è detto, quello di rendere, al contrario, più agevole tale accesso.

Alla luce delle considerazioni che precedono, risulta allora chiaro che l'inciso introdotto nel primo comma dell'art. 182 *quinquies* L. fall. non rappresenta altro se non il tentativo del legislatore di porre rimedio alla situazione venutasi a creare nella prassi²²: tentativo, questo, che, tuttavia, non sembra destinato a riscuotere particolare successo.

Ed infatti, fermo che, come si è detto, non sembra agguingere nulla di particolare, dal punto di vista contenutistico, alla norma in esame²³, l'inciso da ultimo introdotto non pare in grado di produrre effetti sensibili, se non quello di fungere da “generico invito ai tribunali ad essere un pò più liberali nell'autorizzare i finanziamenti”²⁴, sul piano, dunque, più della mera *moral suasion*²⁵ che non su quello prettamente prescrittivo²⁶.

I nuovi finanziamenti interinali c.d. “urgenti”

La novità di maggiore rilievo, con riferimento al tema della finanza interinale, resta comunque l'aggiunta di un nuovo terzo comma all'art. 182 *quinquies* L. fall., il quale regola una particolare fattispecie di finanziamenti²⁷, che sono definiti “urgenti”²⁸ in quanto, come subito si vedrà, è proprio intorno a tale caratteristica che risulta modellata la relativa disciplina²⁹.

Trattasi di finanziamenti che, al ricorrere di determinate condizioni, possono essere contratti dal debitore, ove a ciò sia stato autorizzato dal tribunale, al fine di non compro-

mettere l'attività di impresa nel periodo necessario per accedere alla vera e propria finanza interinale, ossia quella disciplinata dal primo comma del medesimo articolo.

Ciò che merita di essere fin d'ora rilevato, in quanto particolarmente significativo (anche) sul piano sistematico, è che la possibilità di contrarre i finanziamenti in discorso è volta non tanto ad assicurare “la migliore soddisfazione dei creditori”, così come previsto dal primo comma dell'art. 182 *quinquies* L. fall., quanto, piuttosto, ad evitare “un pregiudizio imminente ed irreparabile all'azienda”³⁰: ad essere tutelati, dunque, non sono tanto gli interessi dei creditori quanto le necessità dell'azienda³¹, che sembrano, peraltro, dover essere intese anche nell'ottica dell'interesse generale³² a che l'azienda non cessi la propria attività o, comunque, non risulti del tutto compromessa prima che vi sia stato modo di vagliare la percorribilità della soluzione concordataria.

Sul punto, merita di essere precisato che ciò che sembra contraddistinguere i finanziamenti interinali c.d. “urgenti” di cui al nuovo terzo comma da quelli di cui al primo comma del medesimo articolo non risiede tanto nell'urgenza – essendo, anzi, spesso presente in entrambi i casi³³ – quanto, come sopra si è anticipato, nella collocazione temporale e nella rispettiva finalità, posto che i primi sono volti “a sostenere l'attività aziendale per il periodo necessario per preparare l'istanza di autorizzazione del vero e proprio finanziamento interinale³⁴ (la cui funzione è invece di sostenere l'attività d'impresa durante la procedura e quindi per importi ben maggiori)”³⁵.

Il requisito dell'urgenza come tratto caratteristico della fattispecie

Come si è anticipato, la disciplina dei finanziamenti interinali di cui al nuovo terzo comma dell'art. 182 *quinquies* L. fall. è integralmente incentrata sul requisito dell'urgenza³⁶

²² V. Beltrami, *op. cit.*, 10, il quale sottolinea come l'intervento del legislatore sia volto a “*metter fine alla lunga querelle sulla compatibilità dell'art. 182 quinquies con il concordato con riserva e per imporre una disciplina unica ai tribunali*”. V. anche Lamanna, *La legge fallimentare*, cit., 52, il quale parla di una sorta di “interpretazione autentica” del legislatore.

²³ V. Farolfi, *Concordato preventivo*, cit., 17, il quale tuttavia precisa che, stando ad una “interpretazione ‘conservativa’”, la norma potrebbe precludere al tribunale, perlomeno, di imporre al debitore il deposito integrale dei documenti previsti dall'art. 161, 2° e 3° comma, L. fall.

²⁴ V. Lamanna, *La legge fallimentare*, cit., 53.

²⁵ Attribuisce, invece, alla modifica in esame una portata molto più pregnante Ambrosini, *Il diritto della crisi*, cit., 44 (nonché Id., *Il nuovo concordato preventivo alla luce della “miniriforma” del 2015*, in *Dir. Fall.*, 2015, 381), il quale afferma che, grazie ad essa, “la prassi di richiedere al debitore il deposito della bozza del piano (e dell'attestazione) subordinandovi il provvedimento autorizzativo” sarebbe divenuta “*contra legem*”. Per Benvenuto, *op. cit.*, 13, invece, è solo “possibile” che, da ora in avanti, “si voglia prescindere da qualunque inquadramento nel piano della finanza richiesta e ci si orienti, per sua autorizzazione, sulla sola attendibilità dell'attestazione”.

²⁶ Come osservato da Beltrami, *op. cit.*, 11, del resto, l'intervento del legislatore “non può comunque spingersi fino al punto di imporre ai Tribunali il dovere di concedere l'autorizzazione nel buio totale”.

²⁷ V. Fabiani, *L'ipetrofica legislazione concorsuale fra nostalgie e incerte contaminazioni ideologiche*, in *www.ilcaso.it*, 6 agosto 2015, 19, il quale si dimostra critico sul punto, osservando, con riferimento al moltiplicarsi degli “istituti nuovi” previsti dal legislatore, che “pre-

sto occorrerà una sorta di testo unico perché le sovrapposizioni sono così tante che chiunque fatica a comprendere, di ciascuno, l'esatto spettro applicativo”.

²⁸ V. Lamanna, *La legge fallimentare*, cit., 56.

²⁹ Fattispecie che, come si trova sottolineato anche nella Relazione illustrativa al D.L. n. 83/2015, si ispira ai *first day orders* disciplinati dal *Chapter 11* statunitense. Osserva Ambrosini, *Il nuovo concordato*, cit., 382, nt. 27, che, in diverse occasioni, “la rapidità di intervento consentita dall'ordinamento statunitense ha consentito di non disperdere il valore delle aziende in crisi”.

³⁰ Pregiudizio che può essere, ad esempio, “quello della cessazione dell'impresa riconducibile alla mancanza di leva finanziaria, con conseguente svilimento del valore dell'avviamento, di un marchio, dell'azienda tutta”: così Vitiello, *Le operazioni di finanziamento nel pre-concordato*, in *www.ilfallimentarista.it*, 18 aprile 2016.

³¹ V. Benvenuto, *op. cit.*, 14; Beltrami, *op. cit.*, 12; Vitiello, *op. cit.*

³² Si pensi, innanzitutto, alla possibilità di garantire, in tale frangente, i livelli occupazionali.

³³ V. Sabatelli, *op. cit.*, 10; Lamanna, *La legge fallimentare*, cit., 56.

³⁴ Quello, cioè, di cui al primo comma dell'art. 182 *quinquies* L. fall.

³⁵ Così la Relazione illustrativa al D.L. n. 83/2015. Sul punto, peraltro, si vedano anche le considerazioni di: Ambrosini, *Il nuovo concordato*, cit., 381-382; Beltrami, *op. cit.*, 12; Benvenuto, *op. cit.*, 14; Sabatelli, *op. cit.*, 9 e segg.; Scribano, *op. cit.*; Farolfi, *Concordato preventivo*, cit., 18 e segg.; Id., *La “nuova finanza”*, cit., 13 e segg.; Carbone-Corciulo, *op. cit.*, 6-7.

³⁶ V. Ambrosini, *Il nuovo concordato*, cit., 381-382; Sabatelli, *op. cit.*, 8-9; Carbone-Corciulo, *op. cit.*, 4-5.

(ancorché, come si è detto, non sia tale requisito a differenziarli dai finanziamenti previsti dal primo comma dell'articolo qui considerato).

Lo è con riferimento ai requisiti per la concessione dell'autorizzazione a contrarre i finanziamenti in esame, laddove è previsto che il debitore può essere autorizzato "in via d'urgenza" allorché essi risultino "funzionali a urgenti necessità relative all'esercizio dell'attività aziendale" e sempre che il debitore alleggi di non essere "in grado di reperire altrimenti tali finanziamenti" e che, anzi, "in assenza di tali finanziamenti, deriverebbe un pregiudizio imminente ed irreparabile all'azienda".

Lo è, poi, con riferimento al lasso di tempo, estremamente contenuto, in cui la contrazione di tali finanziamenti può essere autorizzata e posta in essere, che va dalla presentazione della domanda di ammissione al concordato preventivo (oppure della domanda di omologazione di un accordo di ristrutturazione dei debiti *ex art. 182 bis*, 1° comma, L. fall. o della proposta di accordo *ex art. 182 bis*, 6° comma, L. fall.) fino alla scadenza del termine fissato dal tribunale ai sensi dell'art. 161, 6° comma, L. fall. (oppure all'udienza di omologazione di cui all'art. 182 *bis*, 4° comma, L. fall. o alla scadenza del termine di cui all'articolo 182 *bis*, 7° comma, L. fall.)³⁷.

Lo è, infine, con riferimento al procedimento per il rilascio della predetta autorizzazione, laddove è previsto che il tribunale, all'esito di un'istruttoria sommaria e notevolmente deformalizzata, è tenuto a decidere, in camera di consiglio, senza neppure potersi avvalere della relazione di un professionista attestatore, con decreto motivato che deve essere reso nel ristrettissimo termine di dieci giorni dal deposito dell'istanza di autorizzazione.

La sfera di applicabilità della disciplina ed i requisiti della richiesta di autorizzazione

Preme rilevare, innanzitutto, che, ai sensi dell'art. 182 *quinquies*, 3° comma, L. fall., l'autorizzazione a contrarre i finanziamenti c.d. "urgenti" può essere rilasciata dal tribunale in tre diverse situazioni, ossia allorché il debitore presenti: (i) una domanda di ammissione al concordato preventivo ai sensi dell'art. 161, 6° comma, L. fall., anche

in assenza del piano di cui all'art. 161, 2° comma, lett. e), L. fall.; (ii) oppure una domanda di omologazione di un accordo di ristrutturazione dei debiti ai sensi dell'art. 182 *bis*, 1° comma, L. fall.; (iii) ovvero una proposta di accordo ai sensi dell'art. 182 *bis*, 6° comma, L. fall.

Con riferimento al concordato preventivo, dunque, la norma in esame fa riferimento esclusivamente al caso della domanda di concordato c.d. "in bianco"³⁸, senza tuttavia prevedere alcuna distinzione fra concordato con, oppure senza, continuità aziendale³⁹: aspetto, questo, che merita qualche breve riflessione, dal momento che il riferimento alle "necessità relative all'esercizio dell'attività aziendale" potrebbe apparire incompatibile con il concordato preventivo di tipo liquidatorio⁴⁰.

Ed infatti, secondo parte della dottrina, i finanziamenti in discorso, presupponendo "un'attività aziendale in corso", non potrebbero essere concessi nell'ambito di una procedura liquidatoria, bensì esclusivamente in presenza di una "soluzione concordataria in continuità"⁴¹.

Viceversa, altra parte della dottrina ha osservato come, in realtà, esistano ipotesi in cui vi è l'interesse ad assicurare la prosecuzione dell'esercizio dell'attività di impresa pur nell'ottica di una soluzione liquidatoria, essendo possibile, da un lato, che "anche nel concordato liquidatorio l'azienda continui ad essere in attività" e, dall'altro lato, che il mantenimento in esercizio dell'azienda risulti essenziale al fine di "collocarla sul mercato con esiti più favorevoli di quelli che si otterrebbero mediante la vendita disaggregata dei singoli cespiti"⁴².

Orbene, per quanto risulti, in effetti, più difficile che la necessità, per il debitore, di ottenere finanziamenti interinali c.d. "urgenti" si presenti nell'ambito di un concordato preventivo liquidatorio, pare comunque che tale eventualità non sia da scartare a priori ponendo una preclusione assoluta a tale ipotesi: certo è che, sul punto, il ruolo del tribunale sarà centrale al fine di verificare, seppure nell'ambito dell'istruttoria sommaria che gli è demandata, non solo se tali finanziamenti siano effettivamente funzionali "all'esercizio dell'attività aziendale", ma – pare di poter aggiungere – anche se il mantenimento in attività sia (credibilmente) prospettato dal debitore come funzionale ad una soluzione liquidatoria⁴³.

³⁷ Tendenzialmente ricompreso, dunque, fra n. 60 e n. 120 giorni.

³⁸ Conseguentemente, non è previsto che l'autorizzazione in discorso "possa chiedersi e concedersi in pendenza di una domanda di concordato preventivo definitiva" (così Lamanna, *La legge fallimentare*, cit., 56; Nardo, *op. cit.*, 283) o, a maggior ragione, "dopo l'ammissione alla procedura di concordato", in tal caso dovendosi avvalere, sempre che ne sussistano le condizioni, della richiesta di autorizzazione a contrarre finanziamenti "in base al combinato disposto dell'art. 182 *quinquies* co. 1 e 167 *l.f.*" (così Farolfi, *La "nuova finanza"*, cit., 14-15). *Contra*, nel senso, cioè, che l'autorizzazione può essere concessa "anche nell'ipotesi di concordato 'pieno'", v. Ambrosini, *Il diritto della crisi*, cit., 45 (meno assertivo sul punto appare, invece, Scribano, *op. cit.*).

³⁹ Non potendo non essere rilevato, peraltro, che, allorché ha inteso introdurre una distinzione in questo senso, il legislatore lo ha fatto espressamente: si veda, in particolare, il quinto comma dell'art. 182 *quinquies* L. fall., in cui, per l'appunto, si trova scritto che la richiesta di autorizzazione può essere presentata al tribunale solo dal debitore che presenti domanda di ammissione al concordato preventivo "con continuità aziendale".

⁴⁰ Cfr. Lamanna, *La legge fallimentare*, cit., 56, il quale, seppure con riferimento ai finanziamenti di cui al primo comma dell'art. 182

quinquies L. fall., ma con considerazioni che sembrano ben attagliarsi anche ai "nuovi" finanziamenti di cui al terzo comma, esprime delle perplessità circa il fatto che, in caso di concordato preventivo liquidatorio, la concessione di finanziamenti interinali in favore di "imprese...destinate ad estinguersi" e che, pertanto, "di norma non possono più produrre utili" possa risultare, in qualche modo, utile alla soddisfazione dei creditori (e non, invece, destinata semplicemente a "determinare una perdita ulteriore").

⁴¹ V. Farolfi, *La "nuova finanza"*, cit., 13-14 (nonché Id., *Concordato preventivo*, cit., 18-19), il quale precisa anche che, conseguentemente, sotto questo profilo i finanziamenti interinali di cui al terzo comma sarebbero accomunati a quelli di cui al quinto comma (in cui il legislatore fa espressamente riferimento al solo concordato con continuità aziendale) e, viceversa, si differenzierebbero da quelli di cui al primo comma (con riferimento ai quali, invece, il legislatore non prevede alcuna limitazione all'operatività della norma sotto il profilo qui preso in considerazione). In tal senso sembra esprimersi anche Trib. Bolzano, 5 aprile 2016, cit.

⁴² V. Sabatelli, *op. cit.*, 11-12.

⁴³ Si pensi, a mero titolo esemplificativo, al caso in cui il debitore alleggi che l'azienda potrebbe essere meglio collocata sul mercato se mantenuta in attività.

Ciò premesso, l'autorizzazione a contrarre finanziamenti c.d. "urgenti" può essere richiesta – proprio per via del requisito dell'urgenza che, come si è detto, permea l'intera disciplina – nel breve lasso di tempo sopra ricordato e purché il debitore, nel ricorso, indichi: (i) la destinazione dei finanziamenti; (ii) di non essere in grado di reperire *aliunde* tali finanziamenti; (iii) che la mancata erogazione di questi ultimi provocherebbe "un pregiudizio imminente ed irreparabile all'azienda"⁴⁴.

Quella che il debitore è chiamato a fornire, dunque, appare come una sorta di "autocertificazione"⁴⁵: peraltro, andando oltre la (scarna) formulazione della norma e prendendo in esame la Relazione illustrativa al D.L. n. 83/2015, si ricava che, mentre il debitore sembra potersi limitare ad allegare le circostanze *sub* (i) e (ii), egli è tenuto, invece, a "provare" la sussistenza della circostanza *sub* (iii)⁴⁶.

Trattasi, all'evidenza, di aspetto della disciplina, quest'ultimo, particolarmente delicato⁴⁷, dal momento che il potere di controllo del tribunale, soprattutto nei casi in cui non possa avvalersi del supporto del commissario giudiziale in quanto non ancora nominato, risulta, pur a fronte di un elevato rischio di abuso di tale strumento da parte del debitore⁴⁸, notevolmente limitato. Ed infatti, nel caso di finanziamenti c.d. "urgenti", il debitore – a differenza di quanto avviene nel caso dei finanziamenti di cui all'art. 182 *quinquies*, 1° e 5° comma, L. fall. – non è tenuto neppure a depositare la relazione di un professionista che fornisca una qualsivoglia forma di attestazione.

Il quadro, peraltro, risulta aggravato dal fatto che la norma non prevede neanche "una pur modesta sanzione" per il caso in cui tale "autocertificazione" si riveli poi contenente dati non corrispondenti al vero⁴⁹.

Sul punto, buona parte della dottrina si è dimostrata particolarmente critica⁵⁰, rilevando anche come la scelta del legislatore di rinunciare a qualsivoglia forma di attestazione non risulti pienamente giustificata neppure nell'ottica della urgenza che permea l'intera disciplina dei finanziamenti interinali di cui all'art. 182 *quinquies*, 3° comma, L.

fall., posto che la necessità dell'attestazione dell'esperto non risulta affatto incompatibile con il requisito dell'urgenza⁵¹: ed anzi, anche nel caso dei finanziamenti di cui al primo comma dell'art. 182 *quinquies* L. fall. – per i quali è necessaria l'attestazione dell'esperto – "la richiesta di autorizzazione è quasi sempre stata motivata dall'urgenza", ma ciò non ha arrecato particolari intralci, posto che gli esperti hanno dimostrato di essere in grado di fornire un'attestazione in un lasso di tempo estremamente contenuto⁵².

Certo è che, pur non essendovi incompatibilità assoluta fra urgenza e deposito dell'attestazione dell'esperto, l'assenza di tale onere per il debitore può certamente concorrere a rendere maggiormente celere l'*iter* per la concessione del finanziamento, contribuendo anche a ridurre i relativi costi: si può ipotizzare, dunque, che il legislatore abbia consapevolmente voluto così agevolare il debitore (limitando, viceversa, i poteri di controllo del tribunale⁵³ e, conseguentemente, la tutela della massa dei creditori) al fine di perseguire la finalità che sta alla base di tutte le modifiche apportate, da ultimo, all'art. 182 *quinquies* L. fall., ossia quella di agevolare l'accesso alla nuova finanza da parte delle imprese in crisi, alla luce del fatto che, per loro natura, i finanziamenti c.d. "urgenti" non dovrebbero incidere, sotto il profilo quantitativo, in modo rilevante sull'esposizione debitoria di tali imprese⁵⁴.

Il procedimento per la concessione dell'autorizzazione a contrarre i finanziamenti c.d. "urgenti"

Una volta che il debitore ha depositato, nei termini sopra descritti, il ricorso contenente l'istanza di autorizzazione a contrarre i finanziamenti in discorso, il tribunale, all'esito di una istruttoria sommaria ed estremamente deformalizzata⁵⁵, deve pronunciarsi, con decreto motivato reso in camera di consiglio, nel brevissimo termine di dieci giorni decorrente dalla data del predetto deposito.

Quanto all'istruttoria, il cui limite maggiore risiede nel fatto che, come si è detto, il tribunale non può avvalersi

⁴⁴ Come osservato dalla dottrina, la formulazione della norma sembra fare implicitamente riferimento ai requisiti richiesti per la concessione del provvedimento cautelare di cui all'art. 700 c.p.c., in cui il *fumus boni iuris* è costituito dalla effettiva destinazione del finanziamento a far fronte alle necessità relative all'esercizio dell'attività di impresa, mentre il *periculum in mora* è ravvisabile nella essenzialità del finanziamento e nel fondato rischio di un pregiudizio imminente ed irreparabile nel caso di sua mancata concessione. Osserva, peraltro, Farolfi, *Concordato preventivo*, cit., 21, che, a differenza dell'istanza cautelare ex art. 700 c.p.c., caratterizzata da un rapporto di strumentalità (seppure "attenuata") rispetto ad un futuro ed eventuale giudizio di merito, "non sembra che questo tipo di istanza [quella, cioè, di cui all'art. 182 *quinquies*, 3° comma, L. fall.] abbia alcunché di strumentale rispetto a quella di cui al comma 1". A tale proposito, si vedano anche le considerazioni di Bottai, *op. cit.*, 10 e di Scribano, *op. cit.*

⁴⁵ V. Lamanna, *La legge fallimentare*, cit., 56; Bottai, *op. cit.*, 8.

⁴⁶ Nella Relazione illustrativa, infatti, si sottolinea che, mentre può limitarsi (semplicemente) ad "indic[are]" la destinazione dei finanziamenti ed a "dichiar[are]" che non è in grado di reperire altrimenti le risorse necessarie, il debitore è tenuto a "dimostr[are]" che, in assenza di tali finanziamenti, deriverebbe un pregiudizio imminente e irreparabile all'azienda.

⁴⁷ Quanto all'onere di mera allegazione, ovvero di prova, gravante sul debitore, fra gli altri si vedano: Vitiello, *op. cit.*; Bottai, *op. cit.*, 8.

⁴⁸ Anche la Relazione illustrativa al D.L. n. 83/2015 prevede che il

tribunale neghi la richiesta autorizzazione allorché vi sia – pare di poter dire, anche solo – il "sospetto di intenti abusivi o fraudolenti da parte del debitore".

⁴⁹ V. Lamanna, *La legge fallimentare*, cit., 57.

⁵⁰ Lamanna, *La legge fallimentare*, cit., 57, ad esempio, afferma che "la richiesta dell'auto-dichiarazione si rivela un mero *escamotage* di sapore burocratico, che al debitore non costa nulla, salvo lo sfoggio di fantasia". V. anche Sabatelli, *op. cit.*, 9 e Carbone-Corciulo, *op. cit.*, 5.

⁵¹ *Contra*, Ambrosini, *Il nuovo concordato*, cit., 382 (nonché Id. Ambrosini, *Il diritto della crisi*, cit., 45), il quale ravvisa, invece, tale incompatibilità. Nel medesimo senso, in giurisprudenza, v. Trib. Bolzano, 5 aprile 2016, cit.

⁵² V. Sabatelli, *op. cit.*, 9; Lamanna, *La legge fallimentare*, cit., 57.

⁵³ Osservano Carbone-Corciulo, *op. cit.*, 5, che l'intervento dell'esperto sarebbe suggerito dalla natura tecnica delle valutazioni che è chiamato ad effettuare il tribunale.

⁵⁴ Proprio in tal senso, del resto, si esprime la Relazione illustrativa al D.L. n. 83/2015, la quale sottolinea il "*prevedibile importo ridotto*" di tali finanziamenti.

⁵⁵ Con riferimento alla istruttoria "quanto mai ristretta", è stato osservato che essa impone sostanzialmente al tribunale di "negare tutela ovvero di accordare autorizzazioni comunque 'al buio', senza poter ponderare adeguatamente gli effetti per la massa dei creditori", il che rappresenta una "esternalità negativa di un modo di legiferare frettoloso e disorganico" (così Bottai, *op. cit.*, 8).

della attestazione dell'esperto, essa è improntata alla sommarietà, tanto è vero che l'art. 182 *quinquies*, 3° comma., L. fall. prevede che il tribunale provveda "assunte sommarie informazioni sul piano e sulla proposta in corso di elaborazione, sentito il commissario giudiziale se nominato, e, se del caso, sentiti senza formalità i principali creditori"⁵⁶.

Innanzitutto, merita di essere osservato che la norma parla di piano e proposta "in corso di elaborazione" in ragione del fatto che, come si è detto, l'art. 182 *quinquies*, 3° comma., L. fall. trova applicazione solo nel caso di concordato c.d. "in bianco" e, dunque, in assenza di un piano e di una proposta definitivi.

Ciò premesso, dalla formulazione della norma appare evidente che, nel caso in cui il commissario giudiziale sia già stato nominato, il tribunale è tenuto a sentirlo⁵⁷, avendo invece quest'ultimo non un obbligo, bensì una mera facoltà, di sentire i principali creditori⁵⁸.

Peraltro, deve essere sottolineato che la norma non chiarisce in alcun modo né cosa si debba intendere per "sommarie informazioni"⁵⁹ né cosa debba intendersi per "principali creditori"⁶⁰, così lasciando ampio margine di manovra al tribunale⁶¹.

Va, poi, precisato che, pur non essendo espressamente prevista dalla norma, l'audizione del debitore deve ritenersi certamente consentita⁶²: del resto, in assenza della attestazione dell'esperto, non può non essere consentito al tribunale di ricercare – seppure nei limiti, anche temporali, imposti dall'urgenza – elementi utili a fondare la propria valutazione in ogni direzione, anche richiedendoli direttamente al debitore.

Come si diceva, il tribunale è tenuto ad esprimersi in un termine brevissimo, pari a dieci giorni decorrenti dal deposito dell'istanza di autorizzazione.

A tale proposito, la dottrina – seppure senza riuscire a raggiungere una posizione unanimemente condivisa – si è interrogata circa le conseguenze derivanti dal mancato rispetto di tale termine: ciò che, verosimilmente, si verificherà ogniquale volta il tribunale intenda esercitare i poteri istruttori a sua disposizione. Ed infatti, è vero che l'istruttoria svolta dal tribunale deve essere improntata ai caratteri della sommarietà e della celerità, tuttavia è innegabile che

un termine così breve risulti incompatibile con qualsivoglia indagine, soprattutto allorché il tribunale intenda interpellare, al fine di assumere sommarie informazioni, i principali creditori⁶³.

Ebbene, a fronte di chi ha ritenuto che il termine in discorso debba essere considerato di natura meramente ordinatoria, e che dunque il tribunale possa pronunciarsi anche una volta trascorsi i dieci giorni senza conseguenze⁶⁴, vi è chi ha ritenuto che, invece, in tal caso il "decreto tardivo" possa essere reclamabile ai sensi dell'art. 26 L. fall.⁶⁵.

Il mantenimento delle linee di credito autoliquidanti

Il nuovo terzo comma dell'art. 182 *quinquies* L. fall. si chiude prevedendo espressamente che la richiesta di autorizzazione in discorso possa "avere ad oggetto anche il mantenimento di linee di credito autoliquidanti in essere al momento del deposito della domanda": precisazione, questa, che, come subito si vedrà, è stata oggetto di particolare attenzione (e di vivaci critiche) da parte della dottrina⁶⁶.

Del resto, la questione risulta particolarmente delicata, dal momento che, come noto, l'esistenza ed il mantenimento delle linee di credito autoliquidanti rappresenta, nella maggior parte dei casi, una condizione essenziale affinché l'imprenditore, ancorché in crisi, possa continuare ad operare⁶⁷.

Per comprendere l'effettiva portata della modifica in discorso, nonché il suo possibile impatto sulle prassi ormai consolidate, pare opportuno, per chiarezza espositiva, prendere le mosse da una breve descrizione del trattamento che, prima dell'ultimo intervento del legislatore, era riservato ai rapporti giuridici in esame.

In particolare, deve essere ricordato che, fino ad oggi, la dottrina e la giurisprudenza ampiamente maggioritarie hanno ritenuto che la prosecuzione delle linee di credito autoliquidanti rientrasse fra gli atti di ordinaria amministrazione, che il debitore è libero di compiere *ex art.* 161, 7° comma, L. fall., e/o, comunque, che, trattandosi di negozi giuridici pendenti, essi proseguissero, salvo che il debitore non ne chiedesse la sospensione o lo scioglimento⁶⁸ ai sensi dell'art. 169 *bis* L. fall.⁶⁹: per quanto qui maggiormente rileva, comunque, in entrambi i casi le linee di credito

⁵⁶ Nella Relazione illustrativa al D.L. n. 83/2015 viene chiarito che la facoltà di sentire i principali creditori è volta a "bilanciare opportunamente, da un lato, l'esigenza di celerità e, dall'altro, la dovuta considerazione delle informazioni in possesso dei creditori e del loro atteggiamento rispetto al debitore, anche in relazione ai suoi progressi comportamentali".

⁵⁷ V. Farolfi, *Concordato preventivo*, cit., 21.

⁵⁸ V. Farolfi, *La "nuova finanza"*, cit., 16. Peraltro, osserva Lamanna, *La legge fallimentare*, cit., 58, è verosimile che difficilmente i tribunali interpellano i principali creditori, sia per mancanza di tempo, sia, soprattutto, per la "acclarata mancanza di interesse dei creditori a partecipare fattivamente" allo svolgimento della procedura concordataria.

⁵⁹ V. Sabatelli, *op. cit.*, 8, la quale parla di "occasione" persa per introdurre "qualche indispensabile chiarimento circa le 'sommarie informazioni'" che possono essere assunte dal tribunale.

⁶⁰ V. Carbone-Corciulo, *op. cit.*, 6, i quali osservano che qualche indicazione ulteriore avrebbe potuto rivelarsi di grande aiuto per i soggetti coinvolti, consentendo, al contempo, la creazione di "una certa omogeneità nelle prassi giudiziarie".

⁶¹ V. Beltrami, *op. cit.*, 13.

⁶² V. Sabatelli, *op. cit.*, 9.

⁶³ In tal senso, si vedano le considerazioni di: Lamanna, *La legge*

fallimentare, cit., 58; Farolfi, *La "nuova finanza"*, cit., 16; Carbone-Corciulo, *op. cit.*, 6; Beltrami, *op. cit.*, 13.

⁶⁴ V. Farolfi, *La "nuova finanza"*, cit., 16; Id. *Concordato preventivo*, cit., 21.

⁶⁵ V. Carbone-Corciulo, *op. cit.*, 6; Bottai, *op. cit.*, 7.

⁶⁶ V. Lamanna, *La legge fallimentare*, cit., 58; Vitiello, *op. cit.*; Sabatelli, *op. cit.*, 12-13; Bottai, *op. cit.*, 9; Beltrami, *op. cit.*, 14 e segg.; Fischetti, *op. cit.*; Farolfi, *Concordato preventivo*, cit., 21-22; Scribano, *op. cit.*; Benvenuto, *op. cit.*, 14 (il quale definisce addirittura "sconcertante" tale previsione).

⁶⁷ Osserva Vitiello, *op. cit.*, che "[p]ressoché tutte le imprese operano e vivono perché hanno anticipazioni bancarie sulle fatture emesse ai propri clienti" e che, anzi, "[s]enza autoliquidante non c'è continuità e non c'è impresa".

⁶⁸ In tal senso, v.: Trib. Venezia, 20 gennaio 2015, n. 35, in *Fallimento*, 2015, 557; Trib. Treviso, 2 febbraio 2015, n. 15, *ivi*, 559; Trib. Verona, 21 luglio 2014, in *www.ilcaso.it*; Trib. Milano, 30 maggio 2013, in *Banca dati De Jure*; Trib. Milano, 11 dicembre 2012, in *www.ilcaso.it*; Trib. Terni, 12 ottobre 2012, *ivi*. *Contra*, v.: App. Venezia, 23 dicembre 2014, n. 1929, in *Banca dati De Jure*; Trib. Varese, 14 gennaio 2014 e 20 settembre 2013, entrambe inedite; Trib. Vicenza, 25 giugno 2013, in *www.ilcaso.it*.

⁶⁹ Norma, anche questa, oggetto di modifica in occasione della

autoliquidanti restavano in essere senza necessità di autorizzazione alcuna da parte del tribunale e dando pur sempre vita a crediti prededucibili⁷⁰.

La modifica in esame, tuttavia, sembra volere sottrarre le linee di credito autoliquidanti alla disciplina da ultimo richiamata, imponendo che esse possano essere mantenute solo previa autorizzazione del tribunale ai sensi, per l'appunto, dell'ultimo inciso del novellato art. 182 *quinquies* L. fall.⁷¹

Ma, se così è⁷² – e, in effetti, questa pare essere l'interpretazione più coerente con il (non certo inequivocabile⁷³) dato testuale –, la modifica in esame, oltre a creare una evidente incoerenza sul piano sistematico⁷⁴, imponendo l'autorizzazione per taluni atti fino ad oggi ritenuti di ordinaria amministrazione (ovvero per la prosecuzione di rapporti giuridici pendenti, a seconda di come li si voglia considerare), rischia di porsi in contrasto frontale con la *intentio legis*⁷⁵, che è quella di agevolare l'accesso al credito da parte delle imprese e non, invece, di introdurre ulteriori ostacoli, quali la necessità di richiedere, ed ottenere, un'autorizzazione fino ad oggi non necessaria.

Non ci si può, allora, esimere dall'interrogarsi circa la ragione che ha indotto il legislatore ad introdurre tale inciso: ebbene, persuasiva pare l'opinione secondo cui la modifica in discorso sia stata voluta dal legislatore – e/o “suggerita/richiesta” dalle banche – al fine di assicurare a queste ultime una maggior tutela⁷⁶.

In particolare, deve essere ricordato che, come noto, le banche si sono mostrate preoccupate, ritenendosi esposte al rischio che, in caso di automatica prosecuzione delle linee di credito autoliquidanti, al loro credito potesse poi, in sede di accertamento del passivo nell'eventuale succes-

sivo fallimento, non essere riconosciuta la prededuzione, tanto da giungere, con sempre maggiore frequenza, a bloccare le predette linee di credito⁷⁷: rischio, questo, certamente molto ridotto, se non addirittura eliminato del tutto, allorché il mantenimento in essere delle linee di credito autoliquidanti avvenga in forza di una autorizzazione giudiziale⁷⁸.

Certo, in questo modo, il blocco delle linee di credito autoliquidanti da parte delle banche, che fino ad oggi rappresentava solo un'eventualità, sembra destinato a diventare la regola⁷⁹, dal momento che queste ultime provvederanno sempre al blocco di tali linee di credito, pretendendo che vi sia l'autorizzazione del tribunale prima di procedere al loro sblocco.

Pare, peraltro, che – a fronte dell'atteggiamento delle banche, sempre più inclini a bloccare, comunque, le linee di credito autoliquidanti al momento del deposito della domanda di concordato – l'intervento, sul punto, del legislatore possa essere valutato con maggiore indulgenza, risultando idoneo a garantire maggiore certezza nei rapporti fra banche e imprese in crisi e ad assicurare la prosecuzione delle linee di credito in discorso sulla base dell'*imprimatur* del tribunale.

Il tutto, però, a condizione che l'autorizzazione di cui all'art. 182 *quinquies*, 3° comma, L. fall. sia concessa in un intervallo di tempo ridottissimo, posto che, come si è già ricordato, il mantenimento delle linee di credito autoliquidanti (anzi, nella prospettiva qui considerata, il loro sblocco) risulta, nella maggior parte dei casi, essenziale per la prosecuzione stessa dell'attività di impresa, di talché un'autorizzazione “tardiva” potrebbe risultare, ormai, inu-

“mini-riforma” dell'estate 2015: sul punto, si rimanda al commento di Marinucci.

⁷⁰ V. Vitiello, *op. cit.*; Scribano, *op. cit.*; Lamanna, *La legge fallimentare*, cit., 58; Beltrami, *op. cit.*, 14 e segg.; Sabatelli, *op. cit.*, 13; Farolfi, *Concordato preventivo*, cit., 21-23; Patti, *Contratti bancari nel concordato preventivo tra bilateralità e unilaterali di inesecuzione*, in *Fallimento*, 2015, 563.

⁷¹ In tal senso, v. Trib. Bolzano, 5 aprile 2016, *cit.*, il quale, proprio intrattenendosi sulla nuova formulazione dell'art. 182 *quinquies*, 3° comma, L. fall., afferma che tale norma impone la necessità di una autorizzazione per il mantenimento di linee di credito autoliquidanti già in essere (“è proprio per la loro prededucibilità, oltre che per la loro natura complessa e derogatoria ai principi generali che il legislatore ha richiesto un preventivo vaglio, e quindi un'autorizzazione del Tribunale per mantenere e quindi utilizzare le linee di credito autoliquidanti”). Peraltro, il medesimo Tribunale, in accoglimento dell'istanza formulata dal debitore, ha disposto la sospensione delle linee di credito autoliquidanti: il che, tuttavia, appare coerente con l'applicazione dell'art. 169 *bis* L. fall. piuttosto che con l'applicazione del novellato art. 182 *quinquies*, 3° comma, L. fall. Per un sintetico commento alla pronuncia in esame, v. Pagani, *Rassegna di giurisprudenza (e spunti di dottrina) sul concordato preventivo in seguito al d.l. 93/2015*, in *www.ilcaso.it*, 7 giugno 2016, 27 e segg.

⁷² Nonostante parte della giurisprudenza ritenga che la modifica apportata all'art. 182 *quinquies*, 3° comma, L. fall. non sia idonea a sottrarre le linee di credito autoliquidanti alla disciplina, sopra ricordata, fino ad allora ritenuta applicabile: in tal senso, v. Trib. Rovigo, 26 novembre 2015, in *www.ilcaso.it*, il quale, proprio con specifico riferimento alle linee di credito autoliquidanti, ha ritenuto la disposizione in discorso “ultronea”, dal momento che, “dalle disposizioni disciplinanti la procedura concordataria, ed in particolare dall'art. 169 *bis* l.f., si desume che, in assenza di istanza di autorizzazione allo scioglimento dei contratti pendenti, i rapporti giuridici negoziali continuano”, dando vita a crediti di “natura prededuttiva”.

⁷³ V. Farolfi, *Concordato preventivo*, cit., 22.

⁷⁴ V. Lamanna, *La legge fallimentare*, cit., 58, il quale osserva che richiedere l'autorizzazione per il mantenimento di linee autoliquidanti non solo non è corretto, ma risulta, addirittura, “concettualmente sbagliato”.

⁷⁵ Proprio sulla base di tali considerazioni, e in particolare al fine di tenere in considerazione l'*intentio legis* (ossia quella di “ampliare il ‘catalogo’ dei finanziamenti richiedibili dall'imprenditore in crisi e non certamente quello di rendergli ‘le cose ancora più difficili’”), vi è chi sembra suggerire una interpretazione della modifica in discorso che non le consenta di travolgere l'approdo cui la dottrina e la giurisprudenza maggioritarie erano giunte, nel senso, cioè, della automatica prosecuzione delle linee di credito autoliquidanti, senza bisogno di alcuna autorizzazione (v. Farolfi, *Concordato preventivo*, cit., 22. Più cauti, sul punto, risultano Scribano, *op. cit.*, e Bottai, *op. cit.*, 9: quest'ultimo, in particolare, osserva che, se si accedesse ad una interpretazione in linea con il dettato letterale, “ne uscirebbe rallentato il modo di operare delle imprese, in piena contraddizione con quanto la stessa norma vorrebbe agevolare”).

⁷⁶ V. Vitiello, *op. cit.*; Lamanna, *La legge fallimentare*, cit., 58.

⁷⁷ In particolare, è noto che, in caso di tentativo di soluzione concordataria della crisi, le banche, con riferimento alle linee di credito autoliquidanti in essere, hanno in più occasioni fatto ricorso alla “prassi...di revocarle formalmente, o, quantomeno, di sospendere l'operatività” (Beltrami, *op. cit.*, 16), proprio in quanto preoccupate di non vedere poi riconosciuta la prededuzione ai crediti che ne sarebbero derivati (v. Lamanna, *La legge fallimentare*, cit., 58; Scribano, *op. cit.*).

⁷⁸ Sul punto, si vedano, peraltro, le osservazioni che si trovano contenute nelle considerazioni conclusive del presente contributo con riferimento alla “stabilità” della prededuzione riconosciuta ai sensi degli artt. 182 *quater* e 182 *quinquies* L. fall.

⁷⁹ V. Vitiello, *op. cit.*

tile, essendo, a quel punto, la situazione dell'impresa già irrimediabilmente compromessa⁸⁰.

La possibilità di concedere crediti in garanzia

L'ultima modifica che ha interessato il testo dell'art. 182 *quinquies* L. fall. riguarda il quarto comma, al quale è stato aggiunto l'inciso secondo cui il tribunale, a garanzia del rimborso dei finanziamenti interinali, può autorizzare il debitore (anche) a "cedere crediti"⁸¹, oltre che a concedere pegno o ipoteca.

La norma è volta ad agevolare ulteriormente l'accesso al credito da parte del debitore, il quale, molto spesso, si trova privo di beni da concedere in garanzia ai propri potenziali finanziatori, essendo tutti i suoi beni già gravati da pegno o ipoteca: in tale situazione, può apparire certamente utile, per il debitore, poter procedere a cessioni di crediti in funzione di garanzia⁸².

Ed anzi, come osservato dalla dottrina, la cessione di crediti in funzione di garanzia rappresenta una delle modalità di rientro più sicure, posto che i flussi finanziari provenienti dal debitore ceduto sono, sostanzialmente, sottratti al concorso ed interamente canalizzati in favore del cessionario del credito⁸³.

Questo sul piano teorico.

Sul piano pratico, tuttavia, la possibilità, riconosciuta al debitore dal legislatore, di cedere crediti in garanzia rischia di risultare ben poco rilevante, dal momento che, come correttamente osservato dalla dottrina, verosimilmente i crediti di un debitore che versa in situazione (quantomeno) di crisi saranno ben poco appetibili per i terzi in quanto "problematici", ossia difficili da riscuotere (crediti contestati, incagliati, ecc.)⁸⁴.

Restando da aggiungere che – benché, come si è detto, non sembri destinata a trovare vasta applicazione nella prassi – la modifica in esame porta con sé delle implicazioni particolarmente significative (e delicate), dal momento che introduce la possibilità di effettuare pagamenti potenzialmente lesivi della *par condicio creditorum*, in quanto, come sopra si è ricordato, la liquidità proveniente dalla soddisfazione, da parte del debitore ceduto, del credito oggetto di cessione verrà canalizzata in favore del solo cessionario del credito e, dunque, sottratta alla disponibilità della massa dei creditori⁸⁵.

Considerazioni conclusive

Le modifiche che hanno interessato, in occasione della "mini-riforma" dell'estate del 2015, l'art. 182 *quinquies* L.

fall. presentano, come di consueto, luci ed ombre, queste ultime dovute anche al fatto che si tratta dell'ennesimo intervento frammentario e disorganico che ha interessato la normativa concorsuale negli ultimi anni⁸⁶.

Volendo prendere le mosse dalle "luci", pare che lo scopo perseguito dal legislatore, ossia agevolare l'accesso alla nuova finanza da parte delle imprese in crisi, sia apprezzabile e che, in particolare, l'introduzione dei nuovi finanziamenti interinali c.d. "urgenti", seppure con i limiti sopra ricordati⁸⁷, possa contribuire ad agevolare tale accesso al credito.

Ovviamente, non si tratta di un intervento risolutivo: del resto, non potrebbe neppure essere altrimenti, dal momento che il legislatore può, al più, sforzarsi di fornire meccanismi astrattamente idonei a rendere più sicuro e/o conveniente per i soggetti finanziatori (le banche, *in primis*) concedere finanziamenti in favore delle imprese in difficoltà, tuttavia la decisione di procedere in tal senso resta rimessa ai soggetti finanziatori⁸⁸, i quali (peraltro, correttamente) orientano le proprie decisioni sulla base di una moltitudine di elementi, uno solo dei quali è, per l'appunto, il dato normativo⁸⁹.

Una valutazione moderatamente positiva merita pure la modifica del quarto comma dell'art. 182 *quinquies* L. fall., ancorché, come si è detto, la possibilità, per il debitore, di concedere (anche) crediti in garanzia presenterà, verosimilmente, un'utilità marginale, posto che, una volta che si trova a dibattersi in uno stato di crisi (ma, è noto, trattasi, nella maggior parte dei casi, di vera e propria insolvenza), difficilmente il debitore ha a disposizione crediti da concedere in garanzia che non siano "problematici": ed infatti, è verosimile che il debitore abbia già provveduto a riscuotere tutti i crediti disponibili proprio nel tentativo di realizzare la liquidità necessaria al fine di evitare di dover accedere ad una soluzione concorsuale della crisi.

Spostando l'attenzione, progressivamente, dalle "luci" alle "ombre", pare che la modifica apportata al primo comma della norma in esame, con l'aggiunta dell'inciso "anche prima del deposito della documentazione di cui all'art. 161, commi secondo e terzo", risulti, per le ragioni sopra esposte, sostanzialmente inutile, ancorché, è bene dirlo, non dannosa.

Addentrando nelle "ombre", invece, non si può non rilevare come la precisazione contenuta in chiusura del terzo comma dell'art. 182 *quinquies* L. fall. – ossia quella secondo cui la richiesta di autorizzazione a contrarre finanziamenti interinali c.d. "urgenti" può avere ad oggetto an-

⁸⁰ Sotto questo profilo, pare che i poteri istruttori del tribunale – già, come si è detto, notevolmente ridotti – risulteranno ancor più limitati, dal momento che, per l'appunto, l'autorizzazione, per non risultare inutile, dovrà intervenire in un lasso di tempo estremamente contenuto.

⁸¹ Osserva Bottai, *op. cit.*, 9-10, che "la cessione dei crediti in garanzia è divenuta la modalità di rientro più sicura per gli istituti di credito".

⁸² V. Beltrami, *op. cit.*, 18, il quale, peraltro, si interroga circa il fatto che "la cessione del credito contemplata dalla norma svolga una funzione solutoria o una funzione di garanzia", prediligendo quest'ultima soluzione. Sul punto, v. anche Corciulo, *Finanziamenti alle imprese in crisi: le recenti novità legislative*, in *www.altalex.it*, 7 gennaio 2016, § 1.3, e Farolfi, *Concordato preventivo*, cit., 17.

⁸³ V. Scribano, *op. cit.*; Bottai, *op. cit.*, 9.

⁸⁴ V. Beltrami, *op. cit.*, 18.

⁸⁵ V. Lamanna, *La legge fallimentare*, cit., 55, il quale, proprio per tale ragione, parla di modifica "solo apparentemente innocua"; sul punto cfr. anche Beltrami, *op. cit.*, 19.

⁸⁶ V. Ambrosini, *Il nuovo concordato*, cit., 384; Id., *La disciplina della domanda di concordato preventivo nella "miniriforma" del 2015*, in *www.ilcaso.it*, 2-3.

⁸⁷ Parla di soluzione "dettata più da fretta, che da corrette ponderazioni economico-giuridiche", Beltrami, *op. cit.*, 14.

⁸⁸ Fabiani, *op. cit.*, 19, auspica che, anche alla luce delle modifiche introdotte con la "mini-riforma" dell'estate 2015, gli "istituti finanziari" si decidano finalmente ad "erogare i finanziamenti per la ristrutturazione".

⁸⁹ V. le considerazioni di Bottai, *op. cit.*, 10, il quale fa riferimento anche alla "teoria dei giochi".

che “il mantenimento di linee di credito autoliquidanti in essere al momento del deposito della domanda” – finisca per imporre all'imprenditore di richiedere, ed ottenere, un'autorizzazione per mantenere tali linee di credito che, invece, stando all'interpretazione fino ad oggi preferita da dottrina e giurisprudenza, sarebbero proseguite automaticamente e senza soluzione di continuità (a tutto vantaggio, evidentemente, della regolare prosecuzione dell'attività di impresa).

Peraltro, anche a volere trovare una giustificazione a tale intervento – come si è detto, verosimilmente rinvenibile nella necessità di assicurare maggior tutela ai soggetti finanziatori e, in particolare, alle banche –, non può non essere rilevato come la tecnica legislativa lasci alquanto a desiderare, trattandosi di una norma equivoca, che, sottraendo una particolare fattispecie alla sua naturale disciplina (quella di cui agli artt. 161, 7° comma, e 169 *bis* L. fall.), finisce per provocare una vistosa incoerenza sul piano sistematico.

Resta, in conclusione, da aggiungere che il legislatore sembra avere perso, in occasione della “mini-riforma” dell'estate del 2015, l'occasione per fornire un chiarimento che avrebbe potuto contribuire – questo sì – ad agevolare l'accesso alla nuova finanza da parte delle imprese in crisi: ed anzi, a ben vedere, probabilmente è proprio questo uno degli aspetti che lascia più a desiderare dell'intervento in discorso.

In particolare, è noto che l'attuale formulazione dell'art. 182 *quinquies* L. fall.⁹⁰ è da taluni ritenuta inadeguata ad assicurare che ai crediti per il rimborso dei finanziamenti previsti da tale norma sia poi effettivamente riconosciuta, nell'eventuale successivo fallimento, la prededuzione⁹¹.

Ed infatti, non esiste alcuna norma che impedisca espressamente agli organi dell'eventuale successivo fallimento, in

sede di accertamento dello stato passivo, di ritenere insussistenti i requisiti per la concessione della prededuzione, così degradando il credito da prededucibile a privilegiato, chirografario o addirittura postergato, a seconda dei casi.

La questione è molto sentita da parte dei soggetti finanziatori⁹² ed il relativo rischio – seppure, in astratto, comunque sussistente – risulta (se non escluso, quantomeno) grandemente ridotto solamente allorché i finanziamenti siano stati contratti in presenza dell'autorizzazione giudiziale o del decreto di omologazione: ed infatti, pare – francamente – ben difficile che, in sede di verifica dello stato passivo nell'eventuale successivo fallimento, il curatore ed il giudice delegato possano considerare, “a posteriori”, insussistenti i requisiti per la concessione del finanziamento quando la sussistenza di tali requisiti sia già stata accertata in sede giudiziale⁹³.

Del resto, come si è visto, la modifica dell'ultima parte del terzo comma dell'art. 182 *quinquies* l. fall.⁹⁴ è, verosimilmente, stata introdotta proprio per assicurare ai soggetti finanziatori maggiore certezza circa la “stabilità” della prededuzione: la quale deriva, per l'appunto, proprio dal fatto che il mantenimento delle linee di credito autoliquidanti sia stato espressamente autorizzato dal tribunale.

Ebbene, come osservato dalla dottrina⁹⁵, il legislatore – proprio perché mosso dall'intenzione di spingere i soggetti finanziatori, e in particolare le banche, a concedere finanziamenti alle imprese in crisi facendo leva sul meccanismo della prededuzione – avrebbe potuto approfittare di tale occasione per regolare questo particolare aspetto, prevenendo, in particolare, che, una volta riconosciuto il beneficio della prededuzione, questo non possa poi più essere messo in discussione, neppure nell'ambito di un eventuale successivo fallimento⁹⁶.

Accordo di ristrutturazione con intermediari e convenzione di moratoria

Martino Mario Andreoni

L'art. 182 *septies* L. fall., introdotto dall'art. 9, D.L. 27 giugno 2015, n. 83, convertito con modificazioni in L. 6 agosto 2015, n. 32, disciplina due nuovi strumenti applicabili alla crisi dell'impresa con indebitamento verso intermediari finanziari e bancari: una variante all'accordo di ristrutturazione dei debiti e le c.d. convenzioni di moratoria. Il tratto caratteristico dei due istituti, che sollevano non pochi problemi interpretativi, è dato dalla loro idoneità, in presenza di determinate condizioni, a vincolare i creditori non aderenti.

⁹⁰ Ma le medesime considerazioni valgono anche per l'art. 182 *quater* L. fall.

⁹¹ Osserva Bottai, *op. cit.*, 2, nt. 2, che “la scarsa applicazione degli artt. 182 *quater*, 2° comma, e 182 *quinquies*, 1° e 3° comma, l.f. è stata attribuita anche alla mancanza di certezze in ordine alla prededucibilità dei crediti da rimborso dei finanziamenti ...”. Nel medesimo senso, v. anche: Farolfi, *La “nuova finanza”*, cit., 9-10; Lamanna, *La legge fallimentare*, cit., 53-54.

⁹² *In primis*, dalle banche, visto il ruolo che sono chiamate a svolgere allorché vi sia necessità di immettere nuova finanza nell'ambito di una soluzione concordata della crisi di impresa.

⁹³ V. Bottai, *op. cit.*, 6, nt. 10; Vitiello, *op. cit.*

⁹⁴ Quella, cioè, secondo cui la richiesta di autorizzazione di cui all'art. 182 *quinquies*, 3° comma, L. fall. può avere ad oggetto “anche il mantenimento di linee di credito autoliquidanti in essere al momento del deposito della domanda”.

⁹⁵ Scribano, *op. cit.*, il quale ritiene che questo sia “il vero ‘tallone d'Achille’ della normativa” in esame. V. anche: Lamanna, *La legge*

fallimentare, cit., 54; Carbone-Corciulo, *op. cit.*, 3-4.

⁹⁶ V. Ambrosini, *Il nuovo concordato*, cit., 383-384, il quale parla, a tale proposito, di “sorprendente lacuna” proprio con riferimento al fatto che “la legge continua a tacere in ordine alla persistenza – che andava invece stabilita *ex professo* – del rango prededuttivo dei relativi crediti nell'eventualità in cui l'impresa sia successivamente assoggettata a fallimento o ad amministrazione straordinaria”. Interessante, sul punto, appare la proposta di Farolfi, *La “nuova finanza”*, cit., 19, il quale suggerisce, *de jure condendo*, di introdurre espressamente una distinzione – che, peraltro, nella prassi viene già riconosciuta – fra prededuzioni “deboli” (ossia “collegate ad un crisma di mera legalità fattuale dell'atto generatore del credito, che dovrà evidentemente essere dimostrata e verificata in sede di formazione dello stato passivo”) e prededuzioni “forti” (ossia collegate ad “provvedimento giudiziale autorizzativo o di omologazione”): con la conseguenza che solo queste ultime sarebbero “intangibili” in sede di accertamento dello stato passivo nell'ambito dell'eventuale successivo fallimento.

Premessa

Due delle più importanti novità introdotte dal D.L. 27 giugno 2015, n. 83, convertito con modificazioni in L. 6 agosto 2015, n. 32, sono costituite dai c.d. “accordi di ristrutturazione con intermediari finanziari” e dalle c.d. “convenzioni di moratoria”, entrambi disciplinati dal nuovo art. 182 *septies* L. fall.

Si tratta in realtà di due istituti distinti, accomunati da alcune caratteristiche peculiari. Essi, in primo luogo, vengono in rilievo nelle situazioni di crisi dell'impresa, che sono connotate da un rilevante indebitamento nei confronti delle banche e degli intermediari finanziari; in secondo luogo, possono, a certe condizioni, estendere i loro effetti anche ai creditori (bancari e finanziari) non aderenti.

Quest'ultimo è l'aspetto più interessante e innovativo dei due istituti, sia sotto il profilo della loro potenziale diffusione quale strumento di soluzione stragiudiziale della crisi dell'impresa¹, sia sotto il profilo delle implicazioni sistematiche che esso comporta².

Nelle intenzioni del legislatore gli accordi di ristrutturazione con intermediari finanziari e le convenzioni di moratoria dovrebbero infatti consentire di superare quelle situazioni nelle quali l'ostracismo di uno o più (ma pur sempre minori) creditori bancari o finanziari impedisce una soluzione stragiudiziale e conduce a una gestione “proceduralizzata” della crisi, che tipicamente comporta dei costi diretti e indiretti più elevati³.

La previsione di un effetto vincolante degli accordi di ristrutturazione e delle convenzioni di moratoria anche per i creditori non aderenti, se da un lato si prefigge l'obiettivo di potenziare le soluzioni stragiudiziali della crisi, dall'altro finisce per allontanare i due istituti in questione dai tipici strumenti negoziali a ciò finalizzati conosciuti fino

ad ora nel nostro ordinamento, seguendo modelli già adottati in alcuni Paesi europei⁴.

Un'ulteriore caratteristica dei due istituti attiene alla loro applicazione soggettiva. Essi riguardano infatti esclusivamente le banche e gli intermediari finanziari e non la generalità dei creditori⁵.

Ambito di applicazione degli accordi di ristrutturazione con intermediari finanziari

L'ambito di applicazione della disciplina dell'accordo di ristrutturazione è delimitato in ragione delle caratteristiche soggettive e quantitative dell'indebitamento. L'istituto si applica infatti all'impresa che “ha debiti verso banche e intermediari finanziari in misura non inferiore alla metà dell'indebitamento complessivo”.

Per intermediari finanziari devono intendersi i soggetti, diversi dalle banche, contemplati negli artt. 106 e 107 TUB, ai quali è riservato “l'esercizio nei confronti del pubblico dell'attività di concessione di finanziamenti sotto qualsiasi forma”. È opportuno rilevare che tra gli intermediari finanziari vanno incluse anche le società di *leasing*⁶ e le società veicolo per operazioni di cartolarizzazione⁷.

Sotto il profilo quantitativo, l'indebitamento nei confronti dei soggetti sopra indicati deve essere pari ad almeno la metà dell'indebitamento complessivo. Come si vedrà, l'ammontare dell'esposizione e la natura bancaria e finanziaria dei creditori deve risultare dalla documentazione contabile che il debitore dovrà depositare con l'istanza di omologazione dell'accordo e sulla quale deve esprimersi l'esperto asseveratore. Nel calcolo dell'ammontare dell'indebitamento bancario e finanziario vanno considerati sia i creditori chirografari sia i creditori privilegiati⁸.

In presenza di queste condizioni, il nuovo art. 182 *septies*

¹ Rileva correttamente Fauceglia, *L'accordo di ristrutturazione dell'indebitamento bancario tra specialità negoziale e regole concorsuale*, in *Dir. Fall.*, 2016, 727, che i due istituti “intendono pur sempre assicurare la salvaguardia dell'impresa come ‘valore’, tutelandone la continuità e che si contrappongono ad altri istituti meramente liquidatori, pure se caratterizzati dal contenuto negoziale”. Nisivocchia, *Il nuovo art. 182 septies l.fall.: quando e fin dove la legge può derogare a se stessa?*, in *Fallimento*, 2015, 1184, il quale osserva che “il senso più profondo della novità” risiede “nel consentire il sacrificio dei diritti dei terzi, se e quando tale sacrificio possa condurre al superamento della crisi d'impresa, considerato quale bene preminente e da ottenere a qualunque costo”.

² V., al riguardo, oltre agli Autori citati nella nota precedente, Fabiani, *Gli accordi di ristrutturazione nella cornice della tutela dei diritti e la rilevanza della fattispecie speciale di cui all'art. 182 septies l.fall. in chiave di collettivizzazione della crisi*, in *Fallimento*, 2016, 924 e segg.; Inzitari, *Gli accordi di ristrutturazione con intermediari finanziari e la convenzione di moratoria: la deroga al principio di relatività del contratto ed effetti sui creditori estranei*, in *Contratto e Impresa*, 2015, 1183 e segg.; Balestra, *Accordi di ristrutturazione dei debiti con le banche e normativa civilistica: peculiarità, deroghe, ambiguità*, in *Corriere Giur.*, 2016, 449 e segg.; Valensise, *Osservazioni sull'accordo di ristrutturazione con gli intermediari finanziari ex art. 182-septies l.fall.*, in (a cura di) Sandulli e D'Attorre, *La nuova mini-riforma della legge fallimentare*, Torino, 2016, 296 e segg.

³ La Relazione illustrativa alla legge di conversione afferma che l'introduzione della norma ha “la finalità di togliere ai creditori finanziari che vantano un credito di piccola entità la possibilità di dichiararsi contrari ad operazioni di ristrutturazione concordate fra il debitore e la maggioranza dei creditori finanziari, decretando l'insuccesso complessivo dell'operazione e l'apertura di una procedura concorsuale”. La Relazione rileva inoltre che l'introduzione della norma “costi-

tuisce attuazione della raccomandazione della Commissione europea del 12 marzo 2014, nella parte in cui – con il dichiarato intento di permettere alle imprese di risanarsi in una fase precoce della crisi, minimizzando i costi, i tempi e l'impatto della ristrutturazione sulla funzionalità dell'impresa – prevede che “per rendere più efficace l'adozione del piano di ristrutturazione, gli Stati membri dovrebbero inoltre garantire che possano adottarlo soltanto determinati creditori o determinati tipi o classi di creditori, a condizione che gli altri creditori non siano coinvolti” (paragrafo 20)”.

⁴ Lo ricorda la stessa Relazione illustrativa, la quale richiama l'istituto del “*sauvegarde financière accélérée*” francese e lo “*scheme of arrangement*” inglese. Su tali modelli, v. Quattrocchio, *L'accordo di ristrutturazione dei debiti e la convenzione di moratoria: la disciplina*, in *www.ildiritto degli affari.it*, 18.

⁵ Nigro, *Gli accordi di ristrutturazione con “intermediari finanziari” e le convenzioni di moratoria*, in *Orizzonti del diritto commerciale*, 2015, 1, sottolinea la tendenza del legislatore a dettare in materia concorsuale regolamentazioni speciali per le banche.

⁶ In questo senso anche Fabiani, *La convenzione di moratoria diretta a disciplinare in via provvisoria gli effetti della crisi*, in *Fallimento*, 2015, 1272.

⁷ Come si ricava dall'art. 2, 1° comma, D.M. Economia e Finanze 2 aprile 2015, n. 53, il quale chiarisce che l'attività di concessione di finanziamenti “comprende, tra l'altro, ogni tipo di finanziamento erogato nella forma di: a) locazione finanziaria; b) acquisto di crediti a titolo oneroso”.

⁸ Non dovrebbe tenersi conto dei crediti contestati, salvo che le contestazioni appaiano infondate. V., al riguardo, Ranalli, *Speciale decreto “contendibilità e soluzioni finanziarie” n. 83/2015: gli accordi di ristrutturazione con intermediari finanziari. Alcune considerazioni critiche*, in *www.ilfallimentarista.it*, e Giorgetti, in Santangeli (a cura di), *La nuova legge fallimentare. Commento alle disposizioni della legge*

L. fall. prevede che “la disciplina di cui all’art. 182 *bis*, in deroga agli artt. 1372 e 1411 c.c., è integrata dalle disposizioni contenute nei commi secondo, terzo e quarto. Restano fermi i diritti dei creditori diversi da banche e intermediari finanziari”.

L’accordo di ristrutturazione con gli intermediari finanziari costituisce pertanto una versione speciale degli accordi di ristrutturazione e la relativa disciplina si innesta, integrandola, su quella contenuta nell’art. 182 *bis* L. fall. Il ricorso a tale forma di accordo in luogo di quello generale, in presenza di una situazione debitoria avente le caratteristiche sopra indicate, non è peraltro obbligatoria, ma costituisce una semplice facoltà dell’impresa in crisi.

L’estensione degli effetti dell’accordo di ristrutturazione ai creditori bancari e finanziari non aderenti

La nuova disciplina consente all’impresa debitrice di chiedere che gli effetti dell’accordo di ristrutturazione siano estesi ai creditori (bancari e finanziari) non aderenti, al sussistere di determinate condizioni.

Nell’estensione degli effetti risiede il tratto caratterizzante l’istituto e la ragione della disciplina integrativa rispetto a quella dettata per gli accordi di ristrutturazione previsti dall’art. 182 *bis* L. fall.⁹

I creditori bancari e finanziari non aderenti, dunque, subiscono gli effetti dell’accordo concluso con la maggioranza dei creditori, che li vincola. Il legislatore chiarisce che tale caratteristica costituisce una deroga a due dei principi cardine in materia di contratti, quello per cui il contratto ha forza di legge tra le sole parti e non produce effetti rispetto ai terzi (art. 1372 c.c.) e quello per cui la stipulazione a favore del terzo può avere effetto se questi dichiara di volerne profittare (art. 1411 c.c.).

La deroga alla disciplina degli effetti del contratto è evidente¹⁰. Tuttavia, a ben vedere e come da alcuni commentatori correttamente rilevato, il richiamo alle due norme del codice civile non è del tutto preciso. Da un lato, la possibilità che la legge possa stabilire casi in cui il contratto produce effetti nei confronti dei terzi è infatti espressamente prevista dal 2° comma dell’art. 1372 c.c. Dall’altro lato, l’art. 1411 c.c. si occupa del contratto con pattuizioni a favore del terzo, mentre nel caso degli accordi di ristrutturazione dei debiti la pattuizione non è a favore del terzo, ma a suo svantaggio¹¹.

La differenza con gli effetti prodotti dall’accordo di ristrutturazione disciplinato dall’art. 182 *bis* L. fall. è significativa, in quanto, come è noto, quest’ultimo non modifica

la posizione dei creditori estranei all’accordo medesimo, ad eccezione della (limitata) possibilità di differire l’esigibilità del credito per 120 giorni.

In virtù dell’estensione degli effetti dell’accordo, i creditori bancari e finanziari possono dunque subire la decurtazione dell’importo del loro credito e la sua dilazione. L’8° comma dell’art. 187 *septies* L. fall., con una disposizione applicabile anche alle convenzioni di moratoria, stabilisce che “in nessun caso, per effetto degli accordi degli accordi e convenzioni di cui ai commi precedenti, ai creditori non aderenti possono essere imposti l’esecuzione di nuove prestazioni, la concessione di affidamenti, il mantenimento della possibilità di utilizzare affidamenti esistenti o l’erogazione di nuovi finanziamenti”. Non è tuttavia considerata nuova prestazione, per l’espressa esclusione contenuta nel comma successivo, “la prosecuzione della concessione del godimento di beni oggetto di contratti di locazione finanziaria già stipulati”.

L’impatto dell’accordo sui diritti dei creditori non aderenti è dunque potenzialmente assai rilevante. Per tale ragione, il legislatore ha previsto una serie di cautele a garanzia della posizione dei creditori e un meccanismo di formazione e verifica dei consensi.

L’individuazione di una o più categorie di creditori bancari e finanziari

La disposizione stabilisce che il debitore individui “una o più categorie” tra i creditori bancari e finanziari “che abbiano fra loro posizione giuridica e interessi economici omogenei”, con la possibilità per il debitore di “chiedere che gli effetti dell’accordo vengano estesi anche ai creditori non aderenti che appartengano alla medesima categoria”.

La creazione di categorie di creditori, limitata ai soli creditori bancari e finanziari, è il meccanismo utilizzato dal legislatore per consentire la corretta formazione e verifica del consenso dei creditori, funzionale all’estensione degli effetti dell’accordo di ristrutturazione ai creditori non aderenti¹².

La disciplina richiama alla mente la creazione delle classi di creditori nel concordato fallimentare e preventivo. La disposizione in realtà utilizza l’espressione “categorie” e non “classi”, e la diversa formula vuole forse rimarcare una differenza nella funzione, perché nell’accordo di ristrutturazione in esame le categorie, diversamente dalle classi nel concordato, non concorrono alla formazione della maggioranza per l’approvazione dell’accordo, essendo la loro funzione solo quella di consentire l’estensione dei suoi effetti¹³. Sotto il profilo della formazione delle categorie,

fallimentare modificate dal d.l. n. 83/2015, conv., con mod., in l. 6 agosto 2015, n. 132, Milano, 2016, 295.

⁹ Cfr. Fabiani, *Gli accordi di ristrutturazione nella cornice della tutela dei diritti e la rilevanza della fattispecie speciale di cui all’art. 182 septies l.fall. in chiave di collettivizzazione della crisi*, cit., 925.

¹⁰ Follieri, *Accordi di ristrutturazione dei debiti ed efficacia giuridica*, in *Contratti*, 2015, 1169.

¹¹ V., al riguardo, Balestra, *Accordi di ristrutturazione dei debiti con le banche e normativa civilistica: peculiarità, deroghe, ambiguità*, cit., 455 e seg.

¹² Fabiani, *op. cit.*, 926, ove rileva che il principio maggioritario, la suddivisione in classi e l’estensione della vincolatività dell’accordo creano una “contaminazione” di questi accordi di ristrutturazione dei debiti con il concordato e che “una collettivizzazione dell’accordo

sia ormai predicabile; un termine inconsueto ma che vuole esprimere, proprio, quella posizione di limbo fra collegialità, maggioranza e contrattualismo”.

¹³ In questo senso, Inzitari, *Gli accordi di ristrutturazione con intermediari finanziari e la convenzione di moratoria: la deroga al principio di relatività del contratto ed effetti sui creditori estranei*, cit., 1188. V. anche Lamanna, *La legge fallimentare dopo la miniriforma del D.L. n. 83/2015*, Milano, 2015, 68, il quale osserva come il legislatore abbia utilizzato l’espressione “categorie” “per pudore e per evitare una sovrapposizione concettuale con l’istituto previsto in materia concordataria” e Appio, *Prime riflessioni in tema di accordi di ristrutturazione del debito ex art. 182-septies fra ragioni creditorie e principio consensualistico*, in *www.ilcaso.it*, 8.

non vi è una differenza sostanziale, tenuto conto che per entrambe sono richiamati i medesimi criteri di formazione¹⁴.

Si ripropongo, pertanto, le tematiche già emerse nell'esperienza della formazione delle classi nel concordato fallimentare e preventivo, in particolare rispetto al requisito dell'omogeneità.

La norma, a mio avviso, non lascia dubbi sulla possibilità di individuare anche solo una categoria di creditori¹⁵.

La formazione delle categorie può, ma non deve necessariamente, fondarsi sulle caratteristiche soggettive del creditore, dal momento che "una banca o un intermediario finanziario può essere titolare di crediti inseriti in più di una categoria". Le categorie potranno ad esempio essere basate sulla natura dell'operazione di finanziamento, sulle caratteristiche della società che ha erogato il credito, sulla qualificazione del credito, sull'esistenza di garanzie, sui tempi di rimborso del credito¹⁶.

Il 3° comma dell'art. 182 septies L. fall. prevede che "ai fini di cui al precedente comma non si tiene conto delle ipoteche giudiziali iscritte dalle banche o dagli intermediari finanziari nei novanti giorni che precedono la data di pubblicazione del ricorso nel registro delle imprese".

La disposizione non è chiara. Secondo i primi commentatori, essa dovrebbe significare che l'ipoteca giudiziale iscritta nel periodo indicato non rileva ai fini della formazione della categoria, con la conseguenza che il creditore che abbia proceduto a tale iscrizione potrebbe essere inserito in una categoria di creditori chirografari e subire il trattamento loro riservato dall'accordo¹⁷.

Per estendere gli effetti dell'accordo al creditore individuato, la formazione della categoria che lo ricomprenda è naturalmente necessaria. Non è invece certamente necessario ricomprendere in categorie anche tutti gli altri creditori bancari e finanziari, nei cui confronti non si vuole estendere gli effetti dell'accordo¹⁸.

La questione da porsi è invece se sia ammissibile che, tra creditori aventi in astratto posizione giuridica e interessi economici omogenei, il debitore possa scegliere di richiedere l'estensione degli effetti a uno solo di questi; in altri termini, occorre chiedersi se la categoria deve per forza ricomprendere tutti i creditori che hanno posizione giuridica e interessi economici omogenei, o il debitore possa

scegliere di non estendere gli effetti dell'accordo ad alcuni di questi.

La disposizione non sembra escludere tale possibilità, in quanto il legislatore si occupa solo dei creditori non aderenti cui il debitore intenda estendere gli effetti dell'accordo. Tuttavia, in questo caso si pone una evidente questione di violazione del principio di parità di trattamento, che si potrebbe superare, in un'ottica contrattualistica, solo se la scelta selettiva da parte del debitore fosse supportata da effettive ragioni imprenditoriali, che giustificano la volontà di "lasciare fuori dai giochi" un determinato creditore. Occorre anche considerare che il creditore al quale viene esteso l'effetto dell'accordo non necessariamente resta pregiudicato dal miglior trattamento riservato a un altro creditore. In ogni caso, un limite a tale possibilità è costituito dalla valutazione, demandata al tribunale, che l'accordo, per effetto dell'esclusione di uno dei soggetti cui pure poteva essere forzatamente esteso, conduca a un risultato, rispetto alla condizione di ciascuno dei creditori cui esso è esteso, inferiore a quello che si potrebbe raggiungere con le altre soluzioni.

Deve ritenersi che le categorie possano essere individuate nel corso delle trattative, fino alla stipulazione definitiva dell'accordo e al ricorso per l'omologazione¹⁹.

Il rispetto di obblighi di informazione e di buona fede

L'estensione degli effetti dell'accordo ai creditori non aderenti è subordinato a due condizioni. La prima condizione è che "i creditori della categoria siano stati informati dell'avvio delle trattative e siano stati messi in condizione di parteciparvi in buona fede".

La previsione acquista grande importanza nell'ambito dell'istituto, ove la formazione della volontà non avviene attraverso una formale deliberazione, come invece nel concordato²⁰. Peraltro, la corretta conduzione delle trattative finalizzate all'accordo costituisce oggetto della verifica del giudice in sede di omologazione.

Deve ritenersi che la norma imponga che la fase delle trattative non sia meramente formale. Il debitore dovrà non solo informare dell'avvio delle trattative i creditori della categoria, ma consentire agli stessi la partecipazione effettiva²¹, nel senso che ciascun creditore deve essere messo in condizione di fare valere le proprie eventuali propo-

¹⁴ Così, Valensise, *Osservazioni sull'accordo di ristrutturazione con gli intermediari finanziari ex art. 182-septies l. fall.*, cit., 305. Per Varotti, *Articolo 182 septies. Accordo di ristrutturazione con intermediari finanziari e convenzione di moratoria*, in *www.ilcaso.it*, 6, i due termini "categoria" e "classe" corrisponderebbero.

¹⁵ *Contra*, Fauceglia, *L'accordo di ristrutturazione dell'indebitamento bancario tra specialità negoziale e regole concorsuale*, cit., 732.

¹⁶ Ad esempio, nella fattispecie decisa da Trib. Milano, Sez. II fall., 11 febbraio 2016, decr., in sede di omologazione (in *Fallimento*, 2016, 914) il debitore aveva suddiviso i crediti delle banche e degli intermediari finanziari in (i) crediti da scoperto su conto corrente; (ii) crediti ipotecari; (iii) crediti da garanzia per debiti di società del gruppo. Sui criteri di determinazione delle categorie, v. Bombardelli, in AA.VV., *La nuova riforma del diritto concorsuale. Commento operativo al d.l. n. 83/2015 conv. in l.n.132/2015*, Torino, 2015, 311 e seg.

¹⁷ Cfr. Inzitari, *Gli accordi di ristrutturazione con intermediari finanziari e la convenzione di moratoria: la deroga al principio di relatività del contratto ed effetti sui creditori estranei*, cit., 1191; F. Lamanna, *La legge fallimentare dopo la miniriforma del D.L. n. 83/2015*, cit., 70.

¹⁸ Cfr. Trentini, *Accordi di ristrutturazione e piano attestato, le soluzioni alternative al declino del concordato preventivo*, in *Fallimento*, 2016, 1098 e seg., il quale ritiene che la formazione di categorie dei creditori non costituisca un obbligo, ma una facoltà del debitore.

¹⁹ V., al riguardo, Lamanna, *op. cit.*, 69; Fauceglia, *L'accordo di ristrutturazione dell'indebitamento bancario tra specialità negoziale e regole concorsuale*, cit., 733. Entrambi fanno riferimento al fatto che l'individuazione successiva della categoria può essere funzionale all'esigenza di "forzare" l'adesione di un determinato creditore.

²⁰ Cfr. Varotti, *Articolo 182 septies. Accordo di ristrutturazione con intermediari finanziari e convenzione di moratoria*, cit., il quale fa riferimento a riunioni collettive. Non sono d'accordo con Giorgetti, in Santangeli (a cura di), *La nuova legge fallimentare. Commento alle disposizioni della legge fallimentare modificate dal d.l. n. 83/2015, conv., con mod.*, in l. 6 agosto 2015, n. 132, cit., 302, ove afferma che l'estensione degli effetti implica il formarsi di "una maggioranza di tipo assembleare".

²¹ Sul punto, cfr. Fauceglia, *L'accordo di ristrutturazione dell'indebitamento bancario tra specialità negoziale e regole concorsuale*, cit., 735.

ste²². Quello che il legislatore vuole evitare, a mio avviso, è che i creditori subiscano un accordo già confezionato dal debitore e dai creditori più importanti, senza poter avere alcuna effettiva voce in capitolo, fermo restando che essi saranno vincolati alla decisione della maggioranza dei creditori medesimi. È in questo senso, forse, che va inteso il riferimento alla buona fede, altrimenti ultroneo (è un principio generale, che non avrebbe bisogno di essere altrimenti richiamato, quello per il quale nella formazione del contratto va rispettata la buona fede).

Le soglie di adesione

La norma, quale ulteriore condizione per l'estensione degli effetti, richiede che i crediti aderenti "rappresentino il settantacinque per cento dei crediti della categoria". Occorre segnalare che, diversamente da quanto avviene nel concordato fallimentare e preventivo, la formazione delle volontà adesive non avviene in formali sedi deliberative.

La lettera della disposizione non pone dubbi in ordine al fatto che l'adesione del 75% dei crediti si riferisce a ciascuna categoria, rispetto alla quale si vogliono estendere gli effetti dell'accordo, e non all'adesione complessiva all'accordo medesimo dei creditori bancari e finanziari. È possibile, dunque, che solo alcune categorie raggiungano le adesioni necessarie per l'estensione degli effetti ai creditori non aderenti.

Resta ferma la necessità che all'accordo aderisca almeno il sessanta per cento dei creditori complessivi, come previsto dall'art. 182 *bis*, 1° comma, L. fall. Nell'originaria formulazione della norma contenuta nel D.L. n. 83/2015 era previsto che i creditori (bancari e finanziari) non aderenti che subivano gli effetti dell'accordo (in forza del meccanismo delle categorie e dell'adesione della maggioranza del 75%) fossero conteggiati ai fini del raggiungimento della soglia generale del 60%. Attraverso questo meccanismo, tuttavia, si sarebbe potuti giungere all'approvazione dell'accordo di ristrutturazione in presenza di un'adesione reale (nel senso di non surrettiziamente procurata dalla regola sopra indicata) inferiore alla metà del complesso dei creditori²³. Opportunamente, in sede di conversione, la previsione è caduta.

Gli ulteriori adempimenti del debitore, le opposizioni e il giudizio di omologazione

L'art. 182 *septies*, 5° comma, L. fall. stabilisce che, oltre agli adempimenti pubblicitari già previsti nel 2° comma, il debitore "deve notificare il ricorso e la documentazione di cui al primo comma dell'art. 182 *bis* alle banche e agli intermediari finanziari ai quali chiede di estendere gli effetti dell'accordo". Quanto alla documentazione, la norma ri-

chiama dunque la disciplina dettata per gli accordi di ristrutturazione generali, la quale contempla l'accordo di ristrutturazione e la relazione del professionista attestatore, nonché la documentazione prevista dall'art. 161 L. fall. dettato per il concordato preventivo. Ci si domanda se deve essere notificata anche la documentazione indicata da quest'ultima norma o solo l'accordo di ristrutturazione e la relazione del professionista attestatore²⁴. Ritengo che la prima ipotesi sia più coerente con l'esigenza di garantire la più ampia informazione ai creditori nei cui confronti l'accordo potrebbe produrre effetti, tenuto anche conto della relativa brevità del termine per proporre opposizione.

La notificazione costituisce, rispetto alla pubblicazione nel registro delle imprese prevista dall'art. 182 *bis* L. fall., una forma più efficace di pubblicità, giustificata dall'esigenza di porre i creditori, ai quali il debitore vuole estendere gli effetti dell'accordo, in condizione di conoscere con certezza il ricorso e la documentazione allegata. Si tratta di una cautela imposta dai possibili effetti che l'accordo omologato può avere sulla loro posizione²⁵.

In coerenza con tale meccanismo, l'art. 182 *septies* L. fall. stabilisce che il termine per i creditori in questione per proporre opposizione decorre dalla data di notificazione.

Nel silenzio della disposizione, occorre domandarsi se l'attività dell'attestatore risenta delle peculiarità della disciplina prevista per gli accordi di ristrutturazione con banche e intermediari finanziari, e in particolare se il professionista debba attestare l'omogeneità della posizione giuridica e degli interessi economici nella individuazione delle categorie, come previsto dal comma 5°, ultima parte, per le convenzioni di moratoria. Considerato che la formazione delle categorie è funzionale a una corretta formazione delle adesioni e può condurre a estendere gli effetti dell'accordo ai creditori non aderenti, ritengo che l'attestazione dovrebbe avere ad oggetto, in coerenza con l'accertamento demandato al tribunale in sede di omologazione, anche l'omogeneità della posizione giuridica e degli interessi economici nella individuazione delle categorie²⁶, evitando, peraltro, una differenza di disciplina rispetto agli accordi di moratoria, difficilmente giustificabile.

Le opposizioni e il giudizio di omologazione

In sede di giudizio di omologazione, ai sensi del 4° comma dell'art. 182 *septies* L. fall., il tribunale competente deve accertare "che le trattative si siano svolte in buona fede e che le banche e gli intermediari finanziari ai quali il debitore chiede di estendere gli effetti dell'accordo: a) abbiano posizione giuridica e interessi economici omogenei rispetto a quelli delle banche e degli intermediari finanziari aderenti; b) abbiano ricevuto complete ed aggiornate informazioni sulla situazione patrimoniale, economica e finanziaria del

²² Nello stesso senso anche Lamanna, *La legge fallimentare dopo la miniriforma del D.L. n. 83/2015*, cit., 71.

²³ Si veda, al riguardo, Lamanna, *La legge fallimentare dopo la miniriforma del D.L. n. 83/2015*, cit., 70; Quattrocchio, *L'accordo di ristrutturazione dei debiti e la convenzione di moratoria: la disciplina*, cit., 7.

²⁴ Secondo Valensise, *Osservazioni sull'accordo di ristrutturazione con gli intermediari finanziari ex art. 182-septies l. fall.*, cit., 311, oltre all'accordo, andranno notificati l'elenco dei creditori e il piano connesso all'accordo.

²⁵ Lamanna, *La legge fallimentare dopo la miniriforma del D.L. n. 83/2015*, cit., 70, secondo il quale la notificazione rappresenta "una garanzia minimale di contraddittorio".

²⁶ Ad avviso di Valensise, *op. cit.*, 309, difficilmente l'esperto assessore potrà disinteressarsi dell'individuazione delle categorie. Sui compiti dell'attestatore nell'ambito degli accordi di ristrutturazione con intermediari finanziari, v. il Documento del Consiglio Nazionale dei Dottori Commercialisti e degli Esperti Contabili "Accordo di ristrutturazione con intermediari finanziari e convenzione di moratoria", pubblicato nel novembre 2016, 9 e seg.

debitore nonché sull'accordo e sui suoi effetti, e siano stati messi in condizioni di partecipare alle trattative; c) possano risultare soddisfatti, in base all'accordo, in misura non inferiore rispetto alle alternative concretamente applicabili".

La condizione generale e quelle elencate *sub a)* e *b)* corrispondono ai requisiti stabiliti dal 2° comma dell'art. 182 *septies* L. fall., di cui si è già parlato, e si aggiungono alle condizioni previste dall'art. 182 *bis* L. fall.

Al tribunale è demandato anche il compito di effettuare il giudizio di c.d. *cram down*, vale a dire la valutazione del contenuto soddisfattivo dell'accordo rispetto alle alternative concretamente applicabili. Si tratta di una valutazione di merito, che il tribunale deve compiere avvalendosi, se lo ritiene, anche di un ausiliario, come espressamente previsto dalla norma.

Questo controllo costituisce il punto "nevralgico" della verifica, cui è chiamato il tribunale, volto alla tutela della posizione dei creditori bancari e finanziari non aderenti. I loro diritti, in virtù dell'estensione degli effetti, subiscono una modificazione in senso negativo, che, tuttavia, non può risultare peggiorativa rispetto a quella che si verificherebbe adottando una soluzione alternativa.

Proprio a questo riguardo, la norma pone un rilevante problema interpretativo in ordine a cosa deve intendersi per "alternative concretamente applicabili", le quali dovrebbero rappresentare il metro di paragone del giudizio comparativo per valutare la convenienza dell'accordo rispetto alla posizione dei creditori non aderenti.

La difficoltà di individuare quale possa essere un'alternativa concretamente applicabile deriva dalla circostanza che nell'accordo di ristrutturazione la soddisfazione dei creditori può assumere contenuto molto vario, non vincolato all'applicazione rigida delle regole della graduazione dei crediti.

Quanto alle alternative, in particolare, ci si può domandare se il raffronto vada effettuato con la procedura fallimentare, con le procedure esecutive individuali, con il concordato preventivo o con gli accordi di ristrutturazione senza estensione degli effetti. Secondo alcuni, considerato che la diversità di presupposti tra le procedure concorsuali (fallimento e concordato preventivo) e l'accordo di ristrutturazione non consentirebbero un raffronto reale, ma solo meramente ipotetico, l'unica ipotesi potrebbero essere le esecuzioni individuali²⁷. Ci si domanda inoltre quale significato attribuire all'avverbio "concretamente", e in particolare se esso imponga che la soluzione alternativa debba essere già stata avviata, e dunque, ad esempio, che sia pen-

dente il ricorso per fallimento o la procedura espropriativa individuale²⁸.

A mio avviso, con l'utilizzo dell'avverbio in questione il legislatore ha inteso chiarire che la soluzione alternativa deve essere percorribile nella fattispecie concreta, in relazione alla situazione dell'impresa e della sua esposizione debitoria, così come ricavabile dalla documentazione allegata al ricorso. Ciò significa che la soluzione alternativa potrebbe di volta in volta essere, ad esempio, il fallimento o il concordato o anche un accordo di ristrutturazione con diverso contenuto, se il sacrificio dei creditori non aderenti avrebbe potuto essere inferiore rispetto a quello indicato dal debitore. In ogni caso, la valutazione che il tribunale deve compiere è certamente complessa e sconta un inevitabile margine di opinabilità²⁹.

Deve ritenersi, anche al fine di agevolare la valutazione del tribunale, che l'onere di dimostrare che l'accordo di ristrutturazione con estensione degli effetti ai creditori non aderenti sia, per questi ultimi, la soluzione più conveniente, spetti al debitore³⁰.

Il giudizio di omologazione si può definire con l'accoglimento o con il rigetto della richiesta del debitore. Alcuni hanno prospettato una sorta di rigetto parziale, nel senso che il diniego potrebbe riguardare anche solo l'estensione degli effetti ai creditori bancari e finanziari non aderenti, con la conseguenza che l'accordo potrebbe essere omologato come accordo con i soli creditori aderenti³¹. Questa strada, a mio avviso, è percorribile solo qualora il debitore, con il ricorso, prospetti una tale alternativa³². In caso contrario, infatti, vi sarebbe una sostituzione della determinazione negoziale del debitore e dei creditori aderenti con quella del tribunale, in violazione, tra l'altro, del principio della corrispondenza tra il chiesto e il giudicato.

La convenzione di moratoria. Ambito di applicazione dell'istituto

Il secondo istituto disciplinato dall'art. 182 *septies* L. fall. è la c.d. convenzione di moratoria. Come chiarito dal 5° comma del medesimo articolo, si tratta di "una convenzione diretta a disciplinare in via provvisoria gli effetti della crisi attraverso una moratoria temporanea dei crediti nei confronti di una o più banche o intermediari finanziari"³³.

Accordi del genere con i creditori bancari e finanziari, c.d. *standstill*, sono già ampiamente conosciuti e utilizzati nella prassi, ma per la prima volta sono oggetto di una disciplina legale e non solo di norme di comportamento dettate dall'associazione di categoria (ABI)³⁴.

²⁷ In questo senso, Lamanna, *La legge fallimentare dopo la miniriforma del D.L. n. 83/2015*, cit., 73; Giorgetti, in Santangeli (a cura di), *La nuova legge fallimentare. Commento alle disposizioni della legge fallimentare modificate dal d.l. n. 83/2015, conv., con mod., in l. 6 agosto 2015, n. 132*, cit., 305. Nigro-Vattermoli, *Appendice di aggiornamento in relazione al d.l. n. 83/2015, conv. dalla l. n. 132/2015 a Diritto della crisi delle imprese*, III ed., Bologna, 2014, 48, ritengono che l'unico raffronto potrebbe essere con la liquidazione endofallimentare.

²⁸ Lamanna, *op. cit.*, 73.

²⁹ Cfr. Valensise, *Osservazioni sull'accordo di ristrutturazione con gli intermediari finanziari ex art. 182-septies l. fall.*, cit., 313.

³⁰ Lamanna, *La legge fallimentare dopo la miniriforma del D.L. n. 83/2015*, cit., 72.

³¹ Nigro, *Gli accordi di ristrutturazione con "intermediari finanziari"*

e le convenzioni di moratoria, cit., 4, ritiene possibile che l'accordo sia omologato anche qualora non sussistano le condizioni per l'estensione dei suoi effetti solo se, in concreto, risulti la possibilità di pagare integralmente i creditori non aderenti.

³² Della stessa opinione mi pare Valensise, *Osservazioni sull'accordo di ristrutturazione con gli intermediari finanziari ex art. 182-septies l. fall.*, cit., 314.

³³ Secondo Lamanna, *La legge fallimentare dopo la miniriforma del D.L. n. 83/2015*, cit., 73, l'istituto si colloca a metà strada "tra l'accordo di ristrutturazione dei debiti ex art. 182 *bis*, L. fall. ed il piano di risanamento ex art. 67, comma 3, lettera d)"

³⁴ Ci si riferisce al Codice di comportamento tra banche per affrontare i processi di ristrutturazione atti a superare le crisi di impresa, approvato dal Comitato Esecutivo dell'ABI nella riunione del 20 ottobre 1999 e reso pubblico nel 2000 (il codice di comportamento è

L'elemento caratterizzante questo istituto, al pari dell'accordo di ristrutturazione disciplinato dalla medesima norma, è rappresentato dalla possibilità, in presenza di determinati presupposti, che vedremo, di estendere gli effetti della convenzione di moratoria anche ai creditori bancari e finanziari non aderenti all'accordo medesimo, e da qui la deroga agli artt. 1372 e 1411 c.c.³⁵, su cui ci siamo già soffermati a proposito degli accordi di ristrutturazione.

Tale caratteristica costituisce l'elemento di novità che vale a differenziare la convenzione di moratoria dagli accordi di *standstill* fino ad ora utilizzati nella prassi, i quali, naturalmente, avevano effetto solo per i creditori che partecipavano all'accordo.

L'istituto ha la finalità di disciplinare in via provvisoria gli effetti della crisi. Esso appare applicabile sia alle situazioni transitorie di tensione finanziaria e di crisi di liquidità dell'impresa, che potrebbero essere risolte con una moratoria temporanea dei crediti, sia a situazioni di crisi più profonde, affrontabili attraverso gli accordi di ristrutturazione dei debiti o il concordato preventivo³⁶. In quest'ultimo caso, la convenzione di moratoria ha la funzione di fare guadagnare all'impresa il tempo necessario per compiere un'analisi della situazione economica e finanziaria, individuare le cause della crisi e scegliere lo strumento più adatto a risolverla³⁷.

La convenzione di moratoria coinvolge esclusivamente il debitore e i creditori bancari e finanziari. Tuttavia, diversamente da quanto previsto dal 1° comma dell'art. 182 *septies* L. fall. per gli accordi di ristrutturazione non richiamato dal 5° comma, l'indebitamento dell'impresa non deve essere prevalentemente finanziario e bancario³⁸.

Contenuto della convenzione di moratoria

La norma fa riferimento alla "moratoria temporanea dei crediti", che richiama alla mente il concetto di inesigibilità del credito, tratto tipico del *pactum de non petendo*. L'impegno dei creditori finanziari di non esigere i loro crediti può declinarsi sia nel riscadenziamento del credito, sia nella rinuncia ad agire per l'attuazione del credito medesimo³⁹. Questo rappresenta il contenuto centrale dell'accordo di

moratoria, il quale, tuttavia, può prevedere ulteriori impegni, sia a carico dei creditori bancari e finanziari aderenti (per i creditori non aderenti opera il limite sancito dal successivo 7° comma, di cui abbiamo già parlato), sia del debitore, che può ad esempio vincolarsi a non intraprendere nuove iniziative imprenditoriali, a non modificare la propria situazione patrimoniale e finanziaria nonché impegnarsi a particolari obblighi informativi sull'andamento dell'attività e sulla ristrutturazione⁴⁰.

Per accedere alla disciplina introdotta dal 5° comma dell'art. 182 *septies* L. fall. la convenzione deve essere provvisoria e la moratoria temporanea. Tali caratteristiche escludono che la convenzione possa produrre effetti irreversibili. Il legislatore, tuttavia, non indica alcuna limite temporale. La durata della moratoria può dunque essere modulata in funzione dello scopo dell'accordo e della situazione concreta, ma ci si è posti il problema se un limite massimo, anche a tutela della posizione dei creditori non aderenti, sia ricavabile dalle norme sugli accordi di ristrutturazione dei debiti e sul concordato con riserva, nelle quali il divieto di iniziare o proseguire le azioni esecutive può avere una durata tra sessanta e centottanta giorni, nel caso di proroga concessa dal tribunale⁴¹.

Condizioni per l'estensione degli effetti della convenzione di moratoria ai creditori non aderenti

L'estensione degli effetti della convenzione di moratoria ai creditori non aderenti è subordinata a una serie di condizioni, in parte coincidenti con quelle previste per gli accordi di ristrutturazione disciplinati dal medesimo art. 182 *septies* L. fall.

La convenzione di moratoria deve essere stipulata con la maggioranza dei creditori bancari e finanziari che rappresentino almeno il 75% dei crediti. Il legislatore non prevede espressamente la possibilità di suddividere in categorie i creditori finanziari e bancari. Tuttavia, a mio avviso, questa possibilità deve ammettersi anche con riguardo alla convenzione di moratoria⁴².

In questo senso depongono argomenti sia di ordini lette-

stato poi vagliato in senso favorevole dalla Banca d'Italia, in qualità di autorità *antitrust*).

³⁵ Sul punto, v. Nocera, *La convenzione di moratoria nella crisi d'impresa: estensione dell'efficacia e abuso dell'opposizione*, cit., 1107 e seg.

³⁶ Cfr. Quattrocchio, *L'accordo di ristrutturazione dei debiti e la convenzione di moratoria: la disciplina*, cit., 16; Fabiani, *La convenzione di moratoria diretta a disciplinare in via provvisoria gli effetti della crisi*, cit., 1270, il quale osserva come "può rivelarsi opportuno che il debitore cerchi di negoziare una 'tregua' con i maggiori creditori, di solito con i creditori finanziari, in modo da poter presentare un accordo o una domanda/proposta/piano più meditata, quando l'*advisor* legale e finanziario abbiano potuto prendere maggiore consapevolezza della situazione"; Nardone, *Le convenzioni di moratoria*, in (a cura di) Sandulli e D'Attorre *La nuova mini-riforma della legge fallimentare*, cit., 318.

³⁷ Nella Relazione illustrativa alla legge di conversione si legge che la convenzione di moratoria è "finalizzata a consentire l'elaborazione della soluzione che, all'esito di successivi accertamenti, risulterà in concreto più idonea a risolvere la crisi". Sul punto, v. Ambrosini, *Il nuovo diritto della crisi d'impresa: l. 132/15 e prossima riforma organica. Disciplina, problemi, materiali*, Bologna, 2016, 127, il quale rileva come "le imprese in crisi, attraverso lo strumento del c.d. *standstill*, 'comprano tempo' in vista dell'individuazione del rimedio più accon-

cio per risolvere la situazione"; nello stesso senso anche Inzitari, *Gli accordi di ristrutturazione con intermediari finanziari e la convenzione di moratoria: la deroga al principio di relatività del contratto ed effetti sui creditori estranei*, cit., 1193.

³⁸ Sottolinea Fabiani, *La convenzione di moratoria diretta a disciplinare in via provvisoria gli effetti della crisi*, cit., 1272, come sia naturale che l'effettività di questi accordi emerga quando "non vi sono tensioni specifiche rispetto agli altri creditori".

³⁹ Sul punto, v. Fabiani, *op. cit.*, 1271 e seg.

⁴⁰ Nardone, *Le convenzioni di moratoria*, cit., 330.

⁴¹ Cfr., ancora, Fabiani, *op. cit.*, 1273.

⁴² Di quest'opinione, Lamanna, *Classi nell'accordo di ristrutturazione con intermediari finanziari e nella convenzione di moratoria*, in *www.ilfallimentarista.it*, 7 gennaio 2016; Fabiani, *La convenzione di moratoria diretta a disciplinare in via provvisoria gli effetti della crisi*, cit., 1276; Nigro, *Gli accordi di ristrutturazione con "intermediari finanziari" e le convenzioni di moratoria*, cit., 8; Quattrocchio, *L'accordo di ristrutturazione dei debiti e la convenzione di moratoria: la disciplina*, cit., 18; Nardone, *Le convenzioni di moratoria*, cit., 333 e seg.; Giorgetti, in Santangeli (a cura di), *La nuova legge fallimentare. Commento alle disposizioni della legge fallimentare modificate dal d.l. n. 83/2015, conv., con mod., in l. 6 agosto 2015, n. 132*, cit., 307 e seg.; Nocera, *La convenzione di moratoria nella crisi d'impresa: estensione dell'efficacia e abuso dell'opposizione*, in *Dir. Fall.*, 2016, I, 1104.

rale, sia di ordine funzionale. Dal primo punto di vista, occorre rilevare che il 5° comma, nell'individuare il perimetro dell'attestazione del professionista, fa riferimento alla "omogeneità della posizione giuridica e degli interessi economici fra i creditori interessati dalla moratoria" e tale previsione non avrebbe senso se non si potessero prevedere categorie differenziate. Dal secondo punto di vista, la suddivisione dei creditori in categorie con posizione giuridica e interessi omogenei, con un trattamento uguale all'interno della categoria ma differente tra categorie, può essere funzionale all'obiettivo di disciplinare gli effetti della crisi⁴³. Lo stesso risultato è comunque ottenibile anche con la stipulazione di più convenzioni di moratoria, che, secondo alcuni, deve ritenersi ammessa⁴⁴.

Si pone la questione, se la percentuale del 75% vada calcolata in relazione all'indebitamente bancario e finanziario complessivo e in relazione a ciascuna categoria, come previsto per gli accordi di ristrutturazione dei debiti. Se il debitore ha diviso i crediti in categorie, penso che non vi sia ragione per imporre che la maggioranza del 75% vada computata, oltre che rispetto ai crediti della categoria, anche all'intera esposizione verso le banche e gli intermediari finanziari. La maggioranza è funzionale all'estensione degli effetti ai non aderenti: di conseguenza, non si avrà alcuna estensione ai creditori non aderenti appartenenti alla categoria in relazione alla quale la maggioranza non è raggiunta. Tale soluzione è peraltro coerente con la possibilità che la convenzione di moratoria coinvolga solo alcuni dei creditori bancari e finanziari, come si ricava dalla prima parte del 5° comma dell'art. 182 *septies* L. fall.

Affinché gli effetti della convenzione siano estesi ai creditori non aderenti, è necessario che essi "siano stati informati dell'avvio delle trattative e siano stati messi in condizione di parteciparvi in buona fede". Si tratta delle medesime condizioni previste anche per gli accordi di ristrutturazione dal 2° comma dell'art. 182 *septies* L. fall., che abbiamo già illustrato.

Un'ulteriore condizione è costituita dall'attestazione di un "professionista in possesso dei requisiti di cui all'art. 67, 3° comma, lett. d)". Quanto al contenuto dell'attestazione, la norma fa riferimento alla sola omogeneità della posizione giuridica e degli interessi tra i creditori interessati dalla moratoria. Nessun riferimento viene invece fatto né alla veridicità dei dati aziendali, né al raggiungimento della maggioranza del 75%, né alla convenienza della convenzione per i creditori non aderenti.

Il momento dal quale si produce l'estensione degli effetti e l'opposizione dei creditori non aderenti

Gli effetti della convenzione di moratoria si producono automaticamente per i creditori che l'hanno stipulata. Per i creditori non aderenti, gli effetti (ad essi estesi) si producono a seguito della comunicazione formale della convenzione, accompagnata dalla relazione del professionista designato a norma dell'art. 67, 3° comma, lett. d), L. fall.⁴⁵. Ai sensi del 6° comma dell'art. 182 *septies* L. fall. "la comunicazione deve essere effettuata, alternativamente, mediante lettera raccomandata o posta elettronica certificata"⁴⁶.

Non è previsto il procedimento di omologa. L'intervento del tribunale, infatti, è meramente eventuale e segue all'eventuale opposizione dei creditori non aderenti, che deve essere proposta, a pena di decadenza, entro trenta giorni dal ricevimento della comunicazione della convenzione.

Profili sostanziali dell'opposizione

Con l'opposizione, il creditore non aderente "può chiedere che la convenzione non produca effetti nei suoi confronti". La norma prosegue disponendo che "il tribunale, con decreto motivato, decide sulle opposizioni, verificando la sussistenza delle condizioni di cui al comma quarto, terzo periodo". La ragione che giustifica la mancata estensione degli effetti della convenzione nei confronti del creditore aderente è l'assenza delle condizioni previste per l'estensione medesima. Il creditore, per impedire nei suoi confronti gli effetti, deve contestare che la posizione giuridica e gli interessi economici non sono omogenei rispetto a quelli dei creditori aderenti; di non avere ricevuto complete ed aggiornate informazioni sulla situazione patrimoniale, economica e finanziaria del debitore nonché sulla convenzione e i suoi effetti; di non essere stato messo in condizioni di partecipare alle trattative; che non è stata raggiunta la maggioranza del 75% dei crediti bancari e finanziari⁴⁷.

Il 3° periodo del 4° comma dell'art. 182 *septies* richiama dal 6° comma, prevede altresì, quale condizione di cui il tribunale deve verificare la sussistenza, che i creditori non aderenti "possano risultare soddisfatti, in base all'accordo, in misura non inferiore rispetto alle alternative concretamente praticabili".

La condizione, inserita nel contesto della convenzione di moratoria, non è di facile comprensione, poiché quest'ultima non attiene tanto al soddisfacimento dei crediti quanto

⁴³ Varotti, *Articolo 182 septies. Accordo di ristrutturazione con intermediari finanziari e convenzione di moratoria*, cit., 12, il quale osserva che la convenzione di moratoria possa rivestire "forma diversa da banca a banca, a seconda delle esigenze commerciali, imprenditoriali e di risanamento del singolo imprenditore". Secondo Bombardelli, in AA.VV., *La nuova riforma del diritto concorsuale. Commento operativo al d.l. n. 83/2015 conv. in l.n.132/2015*, cit., 317, "la temporaneità della moratoria potrebbe rendere superflua la suddivisione dei creditori in classi".

⁴⁴ In questo senso, Fabiani, *La convenzione di moratoria diretta a disciplinare in via provvisoria gli effetti della crisi*, cit., 1276.

⁴⁵ Nigro, *Gli accordi di ristrutturazione con "intermediari finanziari" e le convenzioni di moratoria*, cit., 8.

⁴⁶ La previsione è stata criticata da Lamanna, *La miniriforma (an-*

che) del diritto concorsuale secondo il decreto "contendibilità e soluzioni finanziarie" n. 83/2015: un primo commento. Parte IV: le nuove figure dell'accordo di ristrutturazione con intermediari finanziari" e della "convenzione di moratoria", in *www.ilfallimentarista.it.*, 10 e seg., il quale non comprende perché, diversamente da quanto stabilito per gli accordi di ristrutturazione, "non si richieda una notifica vera e propria, pur in presenza della medesima situazione cautelata, ossia il diritto di proporre opposizione".

⁴⁷ Nocera, *La convenzione di moratoria nella crisi d'impresa: estensione dell'efficacia e abuso dell'opposizione*, cit., 1116, osserva che in sede di opposizione il tribunale "è chiamato a verificare l'abusività o meno del rifiuto del terzo ad essere destinatario degli effetti della convenzione".

alla loro esigibilità⁴⁸. Il richiamo alla condizione in questione può probabilmente intendersi nel senso che il tribunale, investito dell'opposizione, deve verificare che il sacrificio imposto al creditore non aderente, seppure riguardante la sola esigibilità del suo credito, deve essere necessario e utile anche per tale creditore, in quanto non sono percorribili altre soluzioni che garantiscano di fare fronte provvisoriamente alla crisi, oppure in quanto la misura della moratoria si appalesi, alla luce delle concrete caratteristiche della crisi, come inutile, perché questa non potrà essere risolta, se non con l'apertura di una procedura concorsuale. In tale caso, infatti, la moratoria si dimostrerebbe solo una misura per procrastinare una situazione di crisi non reversibile.

Profili processuali dell'opposizione

Come anticipato, l'opposizione deve essere proposta dal creditore non aderente nel termine di decadenza di trenta giorni dall'avvenuta comunicazione della convenzione, unitamente all'attestazione del professionista.

Gli effetti della convenzione si producono, per il creditore non aderente, dal momento della comunicazione. Di conseguenza, deve ritenersi ammissibile che il creditore non aderente che si oppone possa chiedere in via cautelare la sospensione dell'efficacia dell'accordo nei suoi confronti. Come correttamente rilevato, deve altresì escludersi che il procedimento di opposizione possa essere soggetto alla sospensione feriale dei termini, che sarebbe incompatibile con la produzione immediata degli effetti⁴⁹.

La norma non indica quale sia il tribunale competente a decidere le opposizioni, né se tutte le opposizioni debbano essere decise dallo stesso tribunale. In mancanza di indicazioni normative, la dottrina ha ritenuto che per individuare il tribunale competente occorre rifarsi ai criteri previsti

dagli artt. 19 e 20 c.p.c., vale a dire il foro della sede del convenuto ovvero il foro delle obbligazioni⁵⁰.

La soluzione non risulta del tutto soddisfacente, in quanto, in questo modo, vi possono essere più opposizioni pendenti davanti a giudici diversi. È vero che oggetto dell'opposizione non è la convenzione, ma solo l'estensione dei suoi effetti al singolo creditore opponente; tuttavia, la valutazione, cui è chiamato il tribunale, riguarda anche la convenienza dell'accordo e l'assenza di soluzioni alternative concretamente praticabili che potrebbero risultare più convenienti per il creditore medesimo. La valutazione, pertanto, finisce per coinvolgere la convenzione nel suo complesso. Sotto altro profilo, l'eventuale accoglimento dell'opposizione e la mancata estensione della moratoria a uno o più dei creditori non aderenti potrebbe anche frustrare la funzione della convenzione nel caso concreto. Mi domando allora se non sia più corretto ritenere che la competenza spetti al tribunale, ove l'impresa ha la propria sede⁵¹, in coerenza con quanto avviene nell'ambito degli accordi di ristrutturazione dei debiti e delle procedure concorsuali⁵².

Quanto al rito applicabile, il 6° comma dell'art. 182 *septies* L. fall. prevede che il tribunale decide con "decreto motivato" e che "nel termine di quindici giorni dalla comunicazione, il decreto del tribunale è reclamabile alla corte di appello, ai sensi dell'articolo 183". Si è ritenuto che il procedimento sia quello camerale generale, disciplinato dagli artt. 737 e segg. del codice di rito⁵³.

Deve ritenersi che il decreto della Corte d'appello in sede di reclamo sia ricorribile per cassazione, ai sensi dell'art. 360, ult. comma, c.p.c., avendo un contenuto decisorio e natura definitiva, poiché limita, ancorché in via temporanea, l'esigibilità del diritto soggettivo di credito⁵⁴.

L'esecuzione del concordato preventivo

Michelle Vanzetti

Il legislatore ha regolato in maniera più dettagliata di quanto non avvenisse in precedenza la fase di esecuzione del concordato preventivo, in particolare avendo riguardo alle ipotesi di proposte concorrenti di nuova introduzione. Pur non modificando la disciplina generale di tale fase, la riforma ha tuttavia ampliato, per l'ipotesi in cui sia omologata una delle proposte concorrenti dei creditori, i compiti di sorveglianza sul debitore affidati al commissario giudiziale e di intervento del tribunale, in particolare attribuendo a quest'ultimo, da un lato, il potere di sostituire il debitore con il commissario giudiziale per il compimento di atti determinati; e, dall'altro lato, il potere di revocare l'organo amministrativo della società sottoposta alla procedura, facendovi contestualmente subentrare un amministratore giudiziale.

⁴⁸ V., al riguardo, Fabiani, *La convenzione di moratoria diretta a disciplinare in via provvisoria gli effetti della crisi*, cit., 1277, secondo il quale il richiamo comporta che il tribunale "deve indagare sulla convenienza dell'accordo rispetto a tutti e dunque, deve verificare che il sacrificio provvisorio imposto al creditore estraneo è compensato dalle maggiori utilità che proprio dall'esecuzione dell'accordo possono derivarne". Su quale sia il termine di riferimento, v. anche Nigro-Vattermoli, *Appendice di aggiornamento in relazione al d.l. n. 83/2015, conv. dalla l. n. 132/2015 a Diritto della crisi delle imprese*, cit., 51. Sul punto, v. anche Nocera, *op. cit.*, 1124, il quale rileva come nella valutazione comparativa "occorrerà fare riferimento alle alternative per i creditori derivanti da una diversa suddivisione in categorie".

⁴⁹ Così Fabiani, *La convenzione di moratoria diretta a disciplinare in via provvisoria gli effetti della crisi*, cit., 1280. *Contra*, Nardone, *Le convenzioni di moratoria*, cit., 338.

⁵⁰ Cfr., al riguardo, Fabiani, *op. cit.*; Nardone, *op. cit.*, 338.

⁵¹ Al foro della sede dell'impresa debitrice fa riferimento, ma in modo dubitativo, Vattermoli, *Accordi di ristrutturazione con intermediari finanziari e convenzione di moratoria*, in *Diritto della banca e del mercato finanziario*, 2015, 71.

⁵² Cfr., Nardone, *Le convenzioni di moratoria*, cit., 338, ove rileva che "è molto probabile che la competenza per territorio sarà di fatto determinata dalla sede principale dell'impresa e che, nell'ambito del tribunale competente, la distribuzione tabellare delle materie farà in modo che le opposizioni vengano trattate dalle sezioni fallimentari".

⁵³ Fabiani, *La convenzione di moratoria diretta a disciplinare in via provvisoria gli effetti della crisi*, cit., 1280; Nardone, *Le convenzioni di moratoria*, cit., 338. Fa riferimento all'applicabilità del rito ordinario, Varotti, *Articolo 182 septies. Accordo di ristrutturazione con intermediari finanziari e convenzione di moratoria*, cit., 10.

⁵⁴ In questo senso, Fabiani, *op. cit.*, 1280; Nardone, *op. cit.*, 339.

Premessa

Prima della riforma dell'estate del 2015, l'esecuzione del concordato preventivo era succintamente disciplinata dall'art. 185 L. fall. con due soli commi – rimasti peraltro anche oggi invariati – che si limitavano a sancire che, dopo l'omologazione del concordato, il debitore¹ è tenuto a darvi puntuale esecuzione², e che al commissario giudiziale non rimane altro compito che quello di vigilare sulla corretta attuazione da parte del debitore degli obblighi nascenti dal concordato stesso³.

Da questo punto di vista, nessuna novità hanno apportato le modifiche introdotte dal D.L. n. 83/2015, convertito in L. n. 132/2015: l'emanazione⁴ del decreto di omologazione del concordato (provvisoriamente esecutivo: art. 180, 5° comma, L. fall.) dà infatti avvio alla fase di esecuzione del medesimo⁵, che deve svolgersi secondo le modalità indicate nel provvedimento e comunque – come si è accennato – sotto la sorveglianza del commissario giudiziale, il quale è anzitutto tenuto a riferire al giudice ogni fatto dal quale egli ritenga possa derivare un pregiudizio ai creditori⁶.

Una volta che siano stati eseguiti correttamente⁷ gli obblighi concordatari⁸, il concordato può ritenersi completa-

mente adempiuto e tutta la procedura, nel suo complesso, ha termine⁹. È tuttavia necessario qui ricordare che, siccome nessun provvedimento, che sancisca la conclusione dell'esecuzione, è espressamente previsto dalla legge fallimentare, alcuni autori ritengono che, per individuare questo momento, debba essere applicato in via analogica il disposto dell'art. 136, 3° comma, L. fall., che riguarda specificamente il concordato fallimentare. In questa prospettiva, spetta al giudice delegato emanare un provvedimento (nella specie, un decreto) di chiusura della procedura, previa verifica della completa esecuzione degli impegni concordatari; con questo stesso provvedimento – non avente natura decisoria e reclamabile davanti al tribunale – il giudice dovrebbe contestualmente ordinare lo svincolo delle cauzioni e la cancellazione delle ipoteche iscritte a garanzia¹⁰. Altri autori ritengono viceversa che il momento in cui termina l'esecuzione del concordato preventivo vada individuato attraverso la lettura congiunta degli artt. 138, 3° comma e 186, 5° comma, L. fall., in base all'interpretazione sistematica dei quali il concordato dovrebbe ritenersi completamente eseguito decorsi “due anni dalla scadenza del termine fissato per l'ultimo adempimento previsto dal concordato”¹¹, purché, ovviamente, entro questo stesso termi-

¹ O l'assuntore. L'esecuzione del concordato con cessione di beni è disciplinata dall'art. 182 L. fall. In tal caso “spetta invece al liquidatore procedere alla vendita dei cespiti e alla distribuzione del ricavato tra gli aventi diritto”, ovviamente sempre nel rispetto di quanto previsto nel concordato e nel provvedimento di omologazione (Nigro-Vattermoli, *Diritto della crisi delle imprese*, II ed., Bologna, 2014, 400).

² “Deve cioè soddisfare i creditori concorrenti nei modi e nella percentuale stabiliti e alle scadenze fissate”: Nigro-Vattermoli, *op. loc. cit.*

³ Sulla relativa disciplina e i problemi che da questa sono sorti, v. Vitiello, *sub art. 185*, in Lo Cascio (diretto da), *Codice commentato del fallimento*, Milano, 2015, 2302 e segg., ove si sottolinea come il legislatore volesse snellire questa fase di adempimento degli impegni assunti con il concordato, e proprio per questa ragione esso ne ha evitato la giurisdizionalizzazione; Macrì, *Esecuzione, risoluzione e annullamento del concordato fallimentare e preventivo*, in *Dir. Fall.*, 2012, Marano, *Esecuzione del concordato*, in Jorio (diretto da), *Il nuovo diritto fallimentare*, tomo II, Bologna, 2007, 2601 e segg.; Lenoci, *Il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, Milano, 2011, 249 e segg.; Giammaria, *Esecuzione del concordato*, in Cavallini (diretto da), *Commentario alla legge fallimentare*, Milano, 2010, 873 e segg.

⁴ Va a questo riguardo brevemente ricordato il dibattito relativo all'individuazione del momento iniziale della fase di esecuzione, poiché se è vero che parte della dottrina afferma che questo momento vada individuato – come esposto nel testo e come riteniamo sia corretto affermare – nel momento in cui il decreto di omologazione del concordato viene depositato in cancelleria, stante la sua efficacia immediatamente esecutiva (così, ad esempio, Usai, *Esecuzione, risoluzione e annullamento del concordato preventivo*, in Cagnasso-Panzani (diretto da), *Crisi d'impresa e procedure concorsuali*, tomo III, 3735; Nigro-Vattermoli, *Diritto della crisi delle imprese*, *loc. cit.*); altri viceversa ritengono che esso vada individuato nel momento in cui il decreto menzionato passa in giudicato formale (v. in tal senso Ambrosini, *L'omologazione del concordato*, in *Dir. Fall.*, 2014, 527, *sub nota* 51, ove ampi rinvii, anche giurisprudenziali).

⁵ Fase la cui natura è pacificamente privatistica, come di diritto privato si considera a questo punto il rapporto tra debitore e creditori. A questo proposito va evidenziato che legittimati ad agire per ottenere l'adempimento degli obblighi assunti con il concordato sono direttamente i creditori [Fabiani-Carmellino, in Didone (a cura di), *Le riforme delle procedure concorsuali*, cit., 1844, *sub nt.* 869], fatte salve le facoltà di intervento del commissario giudiziale derivanti dal suo

dovere di sorveglianza.

⁶ Vale a dire atti idonei a configurare i presupposti per l'annullamento o la risoluzione della procedura: L. Mandrioli, in Bonfatti-Panzani (a cura di), *La riforma organica delle procedure concorsuali*, Milano, 2008, 735. A questo riguardo va però sottolineato che la legittimazione a proporre l'azione di risoluzione del concordato è riconosciuta dalla legge in via esclusiva in capo ai creditori: Fabiani-Carmellino, in Didone (a cura di), *Le riforme delle procedure concorsuali*, cit., 1844.

⁷ Nel rispetto, dunque, dei tempi e degli importi stabiliti con il concordato: Pacchi, in AA.VV., *Manuale di diritto fallimentare*, Milano, 2011, 521.

⁸ Va ricordato che, ai sensi dell'art. 67, 3° comma, lett. e), L. fall. non sono soggetti all'azione revocatoria “*gli atti, i pagamenti e le garanzie posti in essere in esecuzione del concordato preventivo*”; e che, ai sensi dell'art. 111, 2° comma, L. fall., sono prededucibili e quindi da soddisfarsi con precedenza in un eventuale successivo fallimento, i crediti sorti “*in occasione o in funzione*” del concordato preventivo.

⁹ Ai sensi dell'art. 181, 1° comma, L. fall., la chiusura del concordato preventivo si ha con il decreto di omologazione pronunciato ai sensi dell'art. 180 L. fall.: così ad es. Nigro e Vattermoli, *Diritto della crisi delle imprese*, III ed., Bologna, Il Mulino, 2014, 398. Sul punto v. Castagnola, *La chiusura del concordato preventivo con continuità aziendale*, nota a Trib. Asti, 7 aprile 2014, in *Giur. Comm.*, 2015, II, 1288, ove ampi rinvii.

¹⁰ In questo senso Fabiani-Carmellino, in Didone (a cura di), *Le riforme delle procedure concorsuali*, Milano, II, 2015, 1845, ove viene precisato che, trattandosi di un provvedimento amministrativo, dunque privo di carattere giurisdizionale, esso, oltre ad essere reclamabile, non preclude l'eventuale risoluzione del concordato, né la circostanza che possano proseguire giudizi di accertamento sui crediti. Concordano con la tesi secondo cui il giudice, verificata la corretta esecuzione del concordato, emana un provvedimento di chiusura della procedura, avente natura non giurisdizionale, *ex multis*, v. Usai, *Esecuzione, risoluzione e annullamento del concordato preventivo*, in Cagnasso-Panzani (diretto da), *Crisi d'impresa e procedure concorsuali*, tomo III, 3741; Fabiani, *Concordato preventivo*, in Scialoja-Branca-Galgano, *Commentario del codice civile e codici collegati*, a cura di De Nova, Bologna, 2014, 714; Vitiello, *sub art. 185*, in Lo Cascio (diretto da), *Codice commentato*, cit., 2307; Ferro, *Il concordato preventivo, l'omologazione e le fasi successive*, in Jorio-Fabiani (diretto da), *Il nuovo diritto fallimentare*, Bologna, 2010, 1119.

¹¹ Così, Pacchi, in AA.VV., *Manuale di diritto fallimentare*, cit.,

ne non sia stata proposta domanda di annullamento (o di risoluzione) della procedura.

Va comunque ricordato che, secondo la soluzione che appare preferibile, la fase di esecuzione del concordato preventivo è una fase del tutto esterna alla procedura concorsuale: con il decreto di omologazione, infatti, il concordato in quanto tale si chiude ai sensi dell'art. 181 L. fall.¹².

Le novità introdotte dal D.L. n. 83/2015, per l'ipotesi di esecuzione della proposta di concordato concorrente

Va anzitutto premesso che la fase esecutiva del concordato, durante la quale il debitore dovrebbe adempiere gli impegni assunti con la proposta – che possono essere diversissimi in ragione della possibile diversità di contenuto della proposta medesima – partecipa della natura privatistica dell'istituto disciplinato dagli artt. 160 e segg. L. fall., e durante lo svolgimento della stessa non vi è spazio per alcun genere di attività di natura giurisdizionale, né del giudice delegato né del tribunale¹³. Si vedrà tuttavia più avanti come, nonostante ciò, siano stati con la riforma attribuiti al tribunale poteri fortemente intrusivi durante lo svolgimento di questa fase, ove ne ricorrano i presupposti¹⁴.

Passando ad analizzare le novità introdotte dal legislatore con il D.L. n. 83/2015¹⁵, esso ha aggiunto quattro nuovi commi all'art. 185, al fine di tenere conto dell'ipotesi delle proposte di concordato concorrenti, vale a dire delle proposte di concordato formulate ad opera dei creditori in alternativa a quella redatta dal debitore, e regolate dall'art. 163 L. fall.; e conseguentemente disciplinarne la fase di esecuzione o, più correttamente, disciplinare espressamente l'eventualità in cui il debitore non adempia puntualmente quanto previsto nella proposta prevalsa tra quelle con-

correnti e quindi omologata e gli strumenti di natura coattiva per far fronte a queste eventualità¹⁶. Si legge, infatti, nella Relazione allo schema di disegno di legge di conversione in legge del D.L. n. 83/2015 che, proprio “allo scopo di rendere possibile l'esecuzione di un piano di concordato diverso da quello proposto dal debitore qualora i creditori approvino una proposta alternativa”, si interviene sull'art. 185, prevedendosi in particolare che “il debitore sia tenuto a compiere ogni atto necessario a dare esecuzione ai termini della proposta alternativa approvata e che, qualora non adempia a tale obbligo, il tribunale, su istanza del commissario giudiziale che vigila sull'esecuzione del concordato oppure dei creditori che abbiano presentato la proposta approvata, possa attribuire al commissario giudiziale i poteri necessari per porre in essere gli atti richiesti ai fini dell'esecuzione della proposta in luogo del debitore inadempiente”.

Per l'ipotesi in cui il debitore abbia natura societaria, nella Relazione menzionata si legge poi non solo che al tribunale viene assegnato il potere di revocare l'organo amministrativo della società medesima, ma anche che il tribunale, ove lo ritenga opportuno, “può nominare un amministratore giudiziario incaricandolo di compiere ogni atto necessario a dare esecuzione alla proposta di concordato concorrente, incluso il potere di convocare l'assemblea e di votare in luogo dei creditori l'aumento di capitale previsto dal piano di concordato”. Secondo la Relazione illustrativa, “la concessione di tali poteri all'amministratore giudiziario si rende necessaria al fine di garantire l'effettiva esecuzione delle proposte di concordato e risponde all'esigenza di evitare che i soci esercitino il proprio potere di veto su operazioni societarie straordinarie al fine di estrarre valore a scapito dei creditori”¹⁷.

521. Sul punto, cfr. anche Marano, *Esecuzione del concordato*, cit., 2608; Nigro-Vattermoli, *Diritto della crisi delle imprese*, cit., 400.

¹² Nigro e Vattermoli, *Diritto della crisi delle imprese*, III ed., Bologna, Il Mulino, 2014, 398. Sul punto, anche per ulteriori rinvii, v. altresì Castagnola, *La chiusura del concordato preventivo con continuità aziendale*, cit., il quale chiarisce che “la fase di esecuzione altro non è che l'attività del debitore, dedicata ad adempiere le obbligazioni assunte con il concordato (...); secondo questo a., ritenere “che il concordato preventivo abbia termine solo a seguito della completa esecuzione conduce alla conseguenza – inaccettabile – che la procedura relativa possa non concludersi mai”; significa “sovrapporre la procedura di concordato preventivo, che ha la finalità di permettere alle parti di raggiungere un accordo vincolante al fine di rimuovere lo stato di crisi o di insolvenza, alla successiva esecuzione di questo accordo”. Questo a. sottolinea tuttavia che simile soluzione potrebbe non essere sempre quella più corretta, data l'eterogeneità di contenuto delle proposte di concordati; e che, in particolare con riguardo al concordato con cessione di beni, il problema meriterebbe senz'altro maggiori riflessioni.

¹³ Fabiani-Carmellino, in Didone (a cura di), *Le riforme delle procedure concorsuali*, cit., 1843.

¹⁴ Affermano che le nuove disposizioni di cui agli artt. 185 e 163 L. fall. “rappresentano un sensazionale cambio di prospettiva rispetto alla tradizionale visione della procedura concorsuale concordataria” Fabiani-Carmellino, *op. loc. cit.*

¹⁵ Sulla riforma: Marinoni-Nisoviccia-Santoriello, *Decreto giustizia: le novità in materia fallimentare*, Milano, 2015 (e.book). Per una esaustiva panoramica della disciplina relativa all'esecuzione del concordato preventivo in generale risultante dalla riforma del 2015 si veda il lavoro di Usai, *Esecuzione, risoluzione e annullamento del concordato preventivo*, cit., 3729 e segg.

¹⁶ Usai, *Esecuzione, risoluzione e annullamento del concordato pre-*

ventivo, cit., 3768 e seg., secondo il quale “la ratio dell'introduzione di una disciplina ad hoc per l'inadempimento delle proposte di concordato concorrenti risiede nel fatto che presumibilmente la proposta e il piano presentati dai creditori non saranno graditi al debitore, che potrebbe mostrarsi poco propenso a collaborare alla loro attuazione.”; in questi termini anche Impagnatiello, *Le proposte concorrenti*, in Santangeli (a cura di), *La nuova legge fallimentare*, Milano, 2015, 161; cfr. pure Lamanna, *La miniriforma (anche) del diritto concorsuale secondo il decreto «contendibilità e soluzioni finanziarie» n. 83/2015: un primo commento, Parte II: le modifiche riguardanti il concordato preventivo*, in *Il fallimentarista.it*, 8; Fabiani, *L'ipertrofica legislazione concorsuale fra nostalgie e incerte contaminazioni ideologiche*, in *ilcaso.it*, 2015, 15; Guidotti, *Misure urgenti in materia fallimentare (d.l. 27 giugno 2015, n. 83): le modifiche alla disciplina del fallimento e le disposizioni dettate in tema di proposte concorrenti*, *ivi*, 17; Galletti, *Speciale decreto n. 83/2015 – Le proposte concorrenti nel concordato preventivo: il sistema vigente saprà evitare il pericolo di rigetto?*, in *ilfallimentarista.it*; Didone, *Proposte e offerte concorrenti*, (Schema della relazione svolta al Convegno organizzato dal Ce.S.Con. – Marche, Il Concordato preventivo tra questioni dibattute e nuovi scenari normativi, Ancona, Mole Vanvitelliana, venerdì 4 marzo 2016), in *centrostudiconcorsuali.it*.

¹⁷ Nella Relazione si afferma altresì che la soluzione adottata in tema di debitori con natura societaria dovrebbe rispondere a un'esigenza avvertita anche in ambito internazionale: esemplificativo di ciò sarebbe stata “l'introduzione nel 2011 in Germania della possibilità che il piano di ristrutturazione (*Insolvenzplan*), eventualmente presentato su impulso dei creditori, preveda qualsiasi misura consentita dal diritto commerciale (...), senza che sia necessaria una deliberazione in tal senso da parte dell'assemblea degli azionisti (cosiddetto *cram down* degli azionisti). Inoltre, anche in Spagna è stato recentemente previsto che i creditori rappresentanti un quinto dei crediti possano presentare

I doveri del debitore e il ruolo del commissario giudiziale nel caso di proposte concorrenti

Per quanto riguarda anzitutto i doveri del debitore, il legislatore ha dunque ritenuto opportuno aggiungere un terzo comma all'art. 185 L. fall. – con norma probabilmente pletorica – ai sensi del quale, accanto al generico dovere di adempiere gli obblighi derivanti dal concordato (quale che ne sia la natura)¹⁸, questo soggetto “è tenuto a compiere ogni atto necessario a dare esecuzione alla proposta di concordato presentata da uno o più creditori, qualora questa sia stata approvata e omologata”. Non sembra che simile norma aggiunga davvero qualcosa in più ai doveri del debitore per l'ipotesi di proposta concorrente che già non sia previsto dalla disciplina dell'esecuzione del concordato in generale. Tuttavia la reale portata della norma si percepisce laddove si tenga presente che, con l'omologazione di una proposta concorrente, sorge in capo al debitore l'obbligo di adempiere obblighi che non sono stati dallo stesso predeterminati, ma che sono stati invece pattuiti fra i soli creditori; ciò che può talora determinare una certa riluttanza da parte del debitore ad adempiere con solerzia¹⁹.

Per quanto concerne specificamente il ruolo del commissario giudiziale, egli – come si è visto – nella fase esecutiva conserva il suo compito di sorveglianza dell'adempimento da parte del debitore degli impegni assunti con il concordato²⁰. A questa attività di controllo non corrisponde però, di norma, alcun potere di intrusione nell'attività gestoria del debitore, né il potere di agire per la risoluzione del concordato medesimo sulla base degli inadempimenti del debitore eventualmente constatati, rimanendo infatti questa azione appannaggio esclusivo dei creditori a norma dell'art. 186, 1° comma, L. fall.²¹.

Tuttavia, nel caso in cui il debitore non esegua in maniera puntuale gli obblighi derivanti da una proposta di concordato concorrente approvata e omologata, al commissario giudiziale la legge di riforma – attraverso l'intervento del tribunale, sollecitato dallo stesso commissario giudiziale – attribuisce dei veri e propri poteri di gestione del patrimonio del debitore, volti all'adempimento degli impegni as-

sunti con il concordato, rivoluzionando in tal modo il ruolo di questo soggetto. Ai sensi dell'art. 185, 4° comma, L. fall., infatti, nel caso in cui il commissario giudiziale, nello svolgimento del suo compito di sorveglianza, “rilevi che il debitore non sta provvedendo al compimento degli atti necessari a dare esecuzione” alla proposta concorrente “o ne sta ritardando il compimento, deve senza indugio riferirne al tribunale”. In tal caso “il tribunale, sentito il debitore, può attribuire al commissario giudiziale i poteri necessari a provvedere in luogo del debitore al compimento degli atti a questo richiesti”²².

Sempre per l'ipotesi in cui il debitore ometta di adempiere puntualmente gli obblighi derivanti dal concordato, anche al soggetto che abbia presentato la proposta approvata e omologata dai creditori è stato attribuito dalla riforma il potere di sollecitare il tribunale – attraverso il deposito di un ricorso, che deve essere notificato al debitore e al commissario giudiziale – affinché questo attribuisca al commissario giudiziale “i poteri necessari a provvedere in luogo del debitore al compimento degli atti a questo richiesti” (art. 185, 5° comma, L. fall.). Un analogo potere non è invece stato attribuito agli altri creditori, i quali tuttavia – ove ne ricorrano i presupposti – possono pur sempre agire per ottenere la risoluzione del concordato per inadempimento²³.

In entrambi i casi descritti, disciplinati rispettivamente dal quarto e dal quinto comma dell'art. 185 L. fall., dunque, il commissario giudiziale, con riguardo ad atti determinati, dispone del patrimonio del debitore sostituendosi a quest'ultimo²⁴.

L'ipotesi di esecuzione del concordato preventivo da parte di una società

L'ultimo comma dell'art. 185 L. fall. disciplina l'ipotesi in cui il debitore concordatario abbia natura societaria²⁵. Questa norma sancisce che, fatta salva l'applicabilità dell'art. 173 L. fall., il tribunale – dopo aver sentito in camera di consiglio il debitore e il commissario giudiziale e ove lo

un piano di ristrutturazione alternativo a quello del debitore, ponendo una responsabilità risarcitoria verso i creditori a carico dei soci che irragionevolmente rifiutino di deliberare l'aumento di capitale eventualmente previsto dal piano. Infine, con lo stesso spirito, nel 2014 si è previsto in Francia il potere per il *mandataire en justice* di convocare l'assemblea e di votare al posto dei soci dissenzienti al fine di procedere all'aumento di capitale con sottoscrizione da parte dei creditori o di altri terzi, analogamente a quanto previsto dalle illustrate proposte di modifica dell'articolo 185”. Sul punto v. Ambrosini, *Soluzioni negoziate della crisi e fallimento dopo la «miniriforma» del 2015*, cit., 103.

¹⁸ Ove questo dovere non venga rispettato, i creditori “potranno reagire proponendo l'azione di risoluzione del concordato preventivo ai sensi dell'art. 186 L. fall.” (Usai, *Esecuzione, risoluzione e annullamento del concordato preventivo*, cit., 3742).

¹⁹ È stato, infatti, giustamente sottolineato come, in caso di proposta concorrente, l'omologazione assuma nei rapporti tra debitore e ceto creditorio “una centralità e un impatto che forse finora non aveva, costituendo il titolo legittimante l'assunzione da parte del debitore delle obbligazioni “pattuite” tra i creditori”: così Impagnatiello, *Le proposte concorrenti*, cit., 160 e seg. Sempre a questo proposito, un'attenta dottrina fa altresì notare che questa riforma, per ciò che concerne l'esecuzione delle proposte concorrenti, rappresenta “un sensazionale cambio di prospettiva rispetto alla tradizionale visione della procedura concorsuale concordataria quale strumento nella so-

vrantà esclusiva del debitore”: in questi termini, Fabiani-Carmellino, in Didone (a cura di), *Le riforme delle procedure concorsuali*, cit., 1843.

²⁰ Marano, *Esecuzione del concordato*, cit., 2604;

²¹ V. però Fabiani-Carmellino, *op. cit.*, 1844, ove si avverte che questa soluzione “potrà essere sovvertita ove dovesse essere approvato lo schema di disegno di legge ora approdato in Parlamento”, per la riforma organica delle discipline della crisi di impresa e dell'insolvenza.

²² Lamanna, *La miniriforma (anche) del diritto concorsuale secondo il decreto «contendibilità e soluzioni finanziarie» n. 83/2015: un primo commento*, cit., 9; Guidotti, *Misure urgenti in materia fallimentare (d.l. 27 giugno 2015, n. 83)* cit., 18; Impagnatiello, *Le proposte concorrenti*, cit., 161; Usai, *Esecuzione, risoluzione e annullamento del concordato preventivo*, cit., 3769 e seg., ove ulteriori rinvii.

²³ Impagnatiello, *Le proposte concorrenti*, cit., 161.

²⁴ In queste ipotesi al commissario giudiziale viene in tal modo riconosciuto il ruolo di commissario *ad acta*. V. sul punto Lamanna, *La miniriforma (anche) del diritto concorsuale secondo il decreto «contendibilità e soluzioni finanziarie» n. 83/2015*, cit., 9; Guidotti, *Misure urgenti in materia fallimentare*, cit., 18; Impagnatiello, *Le proposte concorrenti*, cit., 161; Usai, *Esecuzione, risoluzione e annullamento del concordato preventivo*, cit., 3769 e seg., ove ulteriori rinvii.

²⁵ Secondo Impagnatiello, *Le proposte concorrenti*, cit., 162, non rilevarebbe se di persone o di capitali.

ritenga necessario per l'esatta esecuzione della proposta concorrente omologata di concordato preventivo – può revocare l'organo amministrativo della società e al suo posto “nominare un amministratore giudiziario, stabilendo la durata del suo incarico e attribuendogli il potere di compiere ogni atto necessario a dare esecuzione alla suddetta proposta, ivi inclusi, qualora tale proposta preveda un aumento del capitale sociale del debitore, la convocazione dell'assemblea straordinaria dei soci avente ad oggetto la delibera di tale aumento di capitale e l'esercizio del voto nella stessa”. Qualora sia stato nominato un commissario liquidatore ai sensi dell'art. 182 L. fall., “i compiti di amministratore giudiziario possono essere a lui attribuiti”.

Appare chiaro come con questa norma il legislatore abbia voluto attribuire al tribunale il potere di “spossessionare” l'organo amministrativo della società²⁶, conferendo all'amministratore giudiziario sia i poteri necessari a dare puntuale esecuzione alla proposta di concordato, sia quelli necessari per la gestione ordinaria della società, stante il venir meno dell'organo amministrativo²⁷.

È stato tuttavia fatto notare che il sesto comma dell'art. 185 L. fall. presenta alcune incongruenze e dà luogo a qualche dubbio²⁸.

Anzitutto, poco comprensibile appare la clausola di salvezza relativa all'art. 173 L. fall. È noto, infatti, che que-

st'ultima disposizione sancisce che, in determinate ipotesi, il tribunale può disporre “la revoca dell'ammissione al concordato”. Non si capisce quindi come simile sanzione possa essere applicata in una fase, quella di esecuzione, in cui il concordato è oramai chiuso e non può quindi aver luogo alcuna revoca dell'ammissione al medesimo.²⁹

In secondo luogo, la norma non precisa quali siano i soggetti legittimati a sollecitare il tribunale affinché agisca secondo quanto previsto dal sesto comma in esame. Sembra corretta a questo proposito la tesi secondo cui simile legittimazione debba riconoscersi ai medesimi soggetti legittimati ai sensi del quarto e del quinto comma dell'art. 185³⁰.

È infine opportuno evidenziare come il legislatore della riforma non abbia regolato l'ipotesi in cui inadempiente rispetto alla proposta omologata non sia il debitore ma il creditore proponente o il terzo. In questo caso, infatti, non è possibile ricorrere allo strumento della risoluzione del concordato di cui all'art. 136 L. fall., perché si farebbe gravare sul debitore l'inadempimento di altri soggetti. Secondo la tesi preferibile, in simili ipotesi deve trovare applicazione l'art. 186, 4° comma, L. fall., ai sensi del quale il concordato non può essere risolto quando i relativi obblighi “siano stati assunti da un terzo con liberazione immediata del debitore”³¹.

Le modifiche alle disposizioni penali

Gian Paolo Del Sasso

La riforma è intervenuta sulle disposizioni penalistiche di cui al R.D. n. 267/1942 modificando in particolare: (i) l'art. 236 per estendere la disciplina sanzionatoria ivi prevista alle ipotesi di illecito riferito ai nuovi istituti di ristrutturazione del debito con intermediari finanziari e convenzione di moratoria; (ii) l'art. 236 *bis* per prevedere l'estensione ai medesimi istituti di nuovo conio della disciplina sanzionatoria del falso in attestato e in relazioni.

Premessa

Scopo del presente commento è quello di evidenziare l'incidenza le modifiche introdotte dal D.L. n. 83/2015, soffermandosi in particolare sulla derivata estensione dell'ambito di punibilità di cui agli artt. 236 e 236 *bis*, estensione direttamente ed indirettamente conseguente all'introduzione degli istituti di cui all'art. 182 *septies* L. fall.

Le modifiche alla condotta penalmente rilevante di attribuzione di attività o simulazione di crediti inesistenti

Il D.L. n. 83/2015 ha opportunamente coordinato i contenuti della riforma con le ipotesi delittuose contenute nel R.D. n. 267/1942. Con specifico riferimento al primo comma dell'art. 236, è stata estesa la punibilità dei reati di attribuzione di attività inesistenti e di simulazione di crediti inesistenti, prevista fino a quel momento solo per il con-

²⁶ Così Impagnatiello, *op. loc. cit.* Affermano che in simili casi si può parlare di “espropriazione del diritto sulla quota” Fabiani-Carmellino, in Didone (a cura di), *Le riforme delle procedure concorsuali*, cit., 1843.

²⁷ Usai, *Esecuzione, risoluzione e annullamento del concordato preventivo*, cit., 3771.

²⁸ Usai, *Esecuzione, risoluzione e annullamento del concordato preventivo*, cit., 3771 e segg., ove l'a. elenca (e affronta) i problemi che l'art. 185 come modificato dalla riforma ha lasciato aperti. Tra gli altri, come in parte si vedrà nel testo, egli indica in particolare: il dubbio significato della clausola di salvezza dell'art. 173 L. fall.; il problema dell'individuazione dei soggetti legittimati ad attivare i rimedi previsti dalla norma in esame (spec. 3772); la mancata indicazione dei requisiti necessari per la nomina ad amministratore e la dubbia prorogabilità della durata del suo incarico (spec. 3773 e seg.); l'omesso esplicito coordinamento con la disciplina societaria per l'ipotesi di aumento del

capitale (spec. 3775); e il problema dell'inadempimento del creditore proponente (spec. 3776).

²⁹ A questo riguardo viene per lo più affermato che il legislatore ha in tal modo voluto sottolineare che, prima dell'omologazione del concordato, ove il debitore ponga in essere condotte ostruzionistiche rispetto alle proposte concorrenti dei creditori, opererà l'art. 173 L. fall. Sul punto cfr. Usai, *Esecuzione, risoluzione e annullamento del concordato preventivo*, cit., 3772, ove ampi rinvii. V. anche Impagnatiello, *Le proposte concorrenti*, cit., 162, il quale però reputa questa interpretazione “poco plausibile”. V. altresì Castagnola, *La chiusura del concordato preventivo con continuità aziendale*, loc. cit.

³⁰ Usai, *op. cit.*, 3773.

³¹ Usai, *Esecuzione, risoluzione e annullamento del concordato preventivo*, cit., 3776; Impagnatiello, *Le proposte concorrenti*, cit., 162 e seg.

cordato preventivo, in presenza di analoghe situazioni di fatto poste in essere dall'imprenditore che persegue lo scopo di ottenere l'omologazione di un accordo di ristrutturazione con intermediari finanziari o il consenso degli intermediari alla sottoscrizione della convenzione di moratoria. Il coordinamento riguarda inoltre le fattispecie richiamate dal secondo comma come previsto dal terzo comma di nuovo conio.

L'estensione della punibilità del reato di attribuzione di attività inesistenti e simulazione di crediti inesistenti

Prima di analizzare l'estensione operata dalla riforma in commento, è opportuno premettere qualche cenno sulla fattispecie di cui al primo comma dell'art. 236 che sanziona condotte riferibili esclusivamente all'imprenditore.

La fattispecie, caratterizzata dall'elemento soggettivo del dolo specifico, punisce (e già puniva) l'imprenditore che al solo scopo di essere ammesso alla procedura di concordato preventivo si sia attribuito attività inesistenti, ovvero che per influire sulla formazione delle maggioranze abbia simulato crediti in tutto o in parte inesistenti. Il reato si può quindi realizzare con due condotte alternative: ciascuna delle due ipotesi è comunque a condotta libera, e può, dunque, essere commesso con qualsiasi forma e con qualsiasi mezzo¹.

Si tratta di una norma che, inserendosi proprio a tutela di quell'affidamento che i terzi è bene possano riporre nella procedura, mira ad impedire che il debitore, attraverso un'inveritiera rappresentazione della realtà dell'impresa, consegua i benefici ricondotti dalla legge allo strumento in esame senza possederne i requisiti e le condizioni.

In merito alla prima condotta, e cioè l'attività simulatoria di "attribuzione di attività inesistenti", la giurisprudenza ritiene che in tale ambito possano essere ricomprese anche condotte omissive e la sopravvalutazione di un'attività: "il reato punisce anche l'omessa indicazione di debiti e la sopravvalutazione di immobili e, in definitiva, la simulazione o la dissimulazione, anche parziali, dell'attivo o del passivo, operazioni che, alterando il risultato finale della situazione patrimoniale al momento della proposta di concordato, comportano una automatica attribuzione di attivo, ideologicamente falsa"².

Per la dottrina³, invece, non rientrano nella fattispecie in esame le ipotesi di sopravvalutazione di poste effettivamente esistenti o di occultamento di passività, a meno di non operare un'analogia *in malam partem*, non consentita in materia penale.

La seconda condotta è data dalla simulazione di crediti in tutto o in parte inesistenti. Simulazione che può essere tanto assoluta quanto relativa, e che può consistere in dichiarazioni false, nella presentazione di documenti falsi, così come nell'alterazione dell'elenco nominativo dei creditori. Medesimo discorso di estensione dell'ambito di rilevanza penale della condotta si può replicare anche con

riferimento a tale ipotesi. Ed infatti, mentre la giurisprudenza ha precisato che la norma punisce anche l'omessa indicazione di debiti⁴, la dottrina⁵ si è da sempre opposta a tale interpretazione rilevando che, sulla base letterale della disposizione, non sono previste e quindi non possono essere punite condotte dirette all'occultamento o alla dissimulazione di passività.

Il momento consumativo del reato coincide con la presentazione della domanda di ammissione del concordato nella cancelleria del tribunale e, quindi, è ammesso il tentativo qualora gli atti giungano ad uno stadio di univoca direzione e siano idonei a far ritenere superata la fase preparatoria⁶. La medesima dottrina ritiene che il bene tutelato dalla disposizione in commento sia l'amministrazione della giustizia, salve le considerazioni che si faranno a chiusura del presente paragrafo. La Suprema Corte, invece, nella sua massima composizione⁷, ha inquadrato il reato in commento nella categoria dei reati pluri offensivi essendo in pregiudizio sia dell'amministrazione della giustizia, sia del patrimonio dei creditori.

In particolare, si è indicato come con esso si tutelino, da una parte, la regolarità e la legalità della procedura che è diretta e controllata dall'autorità giudiziaria. La verifica della legittimità formale e di merito e, quindi, la convenienza economica della proposta di concordato postula, in altre parole, la verità della situazione patrimoniale riportata nella prescritta documentazione. Da altra parte, la norma tutela l'interesse dei creditori a non essere tratti in inganno da atti di frode allorché devono esprimere il voto. Nello specifico, si fa riferimento alla circostanza che per l'omologazione del concordato, *ex art. 180 L. fall.*, è, in via preliminare, necessario, *ex art. 177 L. fall.*, che la maggioranza dei creditori ammessi al voto lo approvino nell'adunanza dei creditori prevista dall'art. 174 L. fall.

La riforma è quindi intervenuta in tale contesto estendendo la disciplina sanzionatoria ai nuovi istituti di ristrutturazione del credito con intermediari finanziari e convenzione di moratoria introdotti dall'art. 9 del medesimo D.L. e recepiti all'interno della normativa fallimentare dall'art. 182 *septies*.

Quanto al motivo per cui l'estensione sia stata circoscritta all'accordo di ristrutturazione con intermediari finanziari (e alla convenzione di moratoria) la dottrina ha osservato che: "la ragione va ravvisata nella circostanza che solo nella disciplina dei due nuovi istituti è stata prevista l'estensione dei relativi effetti in capo ai terzi non aderenti, con un conseguente aumento della loro potenzialità offensiva, e conseguente equiparabilità, sotto questo aspetto, al concordato preventivo, che produce effetti verso tutti i creditori anteriori anche se non consenzienti e se siano rimasti assenti nelle procedure. Gli accordi di ristrutturazione dei debiti *ex art. 182 bis L. fall.*, invece, non prevedono – nella forma base o comune, tale estensione, se non limitatamente ad un modesto slittamento dei termini di pagamento scaduti o a scadere"⁸.

¹ Cass., 23 marzo 2000, n. 3736.

² Ancora Cass., 23 marzo 2000, n. 3736.

³ Antolisei, *Manuale di Diritto Penale – Leggi Complementari – Vol. II: I reati Fallimentari*, 225; La Monica, *Manuale di diritto penale commerciale, Reati fallimentari, societari e bancari*, 571; Conti, *Diritto penale commerciale, II, I reati Fallimentari*, Torino, 1991, 403.

⁴ Cfr. Cass. n. 3736/2000, cit.

⁵ Mangano, *Disciplina Penale del Fallimento*, Milano, 2003, 209.

⁶ Ambrosetti, Mezzetti, Ronco, *Diritto penale dell'impresa*, Torino, 2012, 367.

⁷ Cass., Sez. un., 26 febbraio 2009, n. 24468.

⁸ In tal senso Lamanna, *La miniriforma (anche) del diritto concor-*

Alla luce della riconduzione anche della convenzione di moratoria nell'alveo di cui all'art. 236, non sembra più attuale continuare a ritenere che la norma sia posta a presidio della sola amministrazione della giustizia, tenuto conto che in tal caso l'intervento del tribunale non è mai di natura omologatoria, ed è solo eventuale, essendo previsto esclusivamente nell'ipotesi di opposizione.

L'estensione della punibilità di cui al terzo comma

Il 3° ed ult. comma dell'art. 236, aggiunto appunto dalla riforma in commento, estende ai due istituti della "ristrutturazione" e della "convenzione" le disposizioni previste dal 2° comma, numeri 1), 2) e 4).

Con il 2° comma, nello specifico, viene parificato, per i reati e per i soggetti in esso richiamati, il decreto di ammissione al concordato preventivo alla sentenza dichiarativa di fallimento, assumendo il primo la stessa funzione ed efficacia della seconda⁹.

La giurisprudenza, in precedenza, aveva altresì specificato come per la sussistenza delle fattispecie qui richiamate non sia necessaria la sentenza di omologazione passata in giudicato, essendo sufficiente il decreto di ammissione al concordato preventivo, tenendo conto che questo presuppone pur sempre un accertamento giudiziale dello stato di insolvenza, intervenuto il quale si perfezionano i fatti di bancarotta¹⁰.

Dal punto di vista oggettivo l'art. 236, 2° comma, n. 1, L. fall. si riferisce anche ai fatti di bancarotta preconcorsuali.

Con riferimento alla figura del liquidatore, invece, ci si è domandato se con questa norma si faccia riferimento unicamente ai liquidatori della società in scioglimento nominati dai soci *ex artt.* 2275 e 2487 c.c. e richiamati dall'art. 146 L. fall., o se, invece, siano in essa considerati anche i liquidatori nominati dal tribunale nel concordato preventivo con cessione di beni, *ex art.* 182 L. fall.

Dopo alcune decisioni di segno contrario, è intervenuta la pronuncia delle Sezioni Unite nel caso Corsini¹¹ che ha affermato: "il liquidatore nominato nel concordato preventivo non può essere soggetto attivo dei reati di bancarotta di cui agli artt. 223 e 224 richiamati dall'art. 236, 2° comma, n. 1 della stessa legge, non potendosi ritenere ricompreso in alcuno dei soggetti ivi espressamente indicati e, in particolare, tra i liquidatori della società".

Alla luce del neo introdotto terzo comma, potranno quindi estendersi gli artt. 223 (bancarotta fraudolenta) e 224 (bancarotta semplice) agli amministratori, direttori generali, sindaci e liquidatori di società.

A tal proposito, si sottolinea un punto critico derivante dall'innovazione della normativa in commento: sembra infatti problematica l'applicazione, anche in caso di accordo con ristrutturazione con intermediari finanziari, delle previsioni in tema di bancarotta fraudolenta e semplice.

Come noto, in tali reati, la dichiarazione giudiziale di insolvenza si pone quale condizione di punibilità dell'illecito, il quale a sua volta si considera consumato al momento della pronuncia della sentenza giudiziale.

È però evidente che non è agevole calare queste affermazioni nel contesto di conclusione di un accordo di ristrutturazione, essendo dubbio quando tale convenzione possa dirsi definita. Diverse, infatti, sono le ipotesi che è possibile avanzare: rileva la conclusione del primo accordo con alcuni degli intermediari o il termine può spostarsi in avanti quando altri soggetti scelgano di aderire alla convenzione? E laddove alcuni soggetti si oppongano all'accordo che alcuni intermediari abbiano formulato, la condizione di punibilità andrà rinvenuta nel momento in cui in sede giurisdizionale l'opposizione è respinta?

Una conclusione che non lasci eccessivi margini di incertezza e discrezionalità, non consentiti in ambito penale, presuppone necessariamente una chiara presa di posizione della giurisprudenza fallimentare con riferimento appunto al momento in cui sia possibile considerare definitiva la convenzione di cui si discute.

Risulta, poi, estesa all'istituto dell'imprenditore la disposizione dell'art. 227 (bancarotta fraudolenta e semplice, ricorso abusivo al credito, denuncia di creditori inesistenti e altre inosservanze).

Inoltre, ai creditori si applicheranno le disposizioni di cui agli artt. 232 (simulazione di crediti e distrazioni) e 233 (mercato di voto).

Il mancato richiamo dell'ipotesi di cui al numero 3) del secondo comma, che rinvia agli artt. 228 e 229, è evidentemente dovuto al fatto che tali disposizioni riguardano il solo commissario giudiziale del concordato preventivo, figura assente nei due nuovi istituti.

Con specifico riferimento a tale figura si segnala una recente pronuncia della Corte di Cassazione¹²: "il commissario giudiziale, organo di vigilanza della procedura e non di amministrazione attiva, deve e può assolvere i doveri informativi pure in seno alla relazione *ex art.* 172 L. fall., anche ai fini dell'obbligo di denuncia presidiato dall'art. 361 c.p. con ciò, maggiormente responsabilizzando i creditori e il Pubblico Ministero, che non può sottrarsi ad un'analisi puntuale delle circostanze riferite nella relazione commissariale, restandogli riservata l'incombenza di apprezzare la penale rilevanza dei fatti con essa descritti e denunciati". In altre parole, l'eshaustività della relazione redatta ai sensi dell'art. 172 L. fall. esclude l'imputazione del commissario giudiziale per l'art. 236, 2° comma, n. 3.

Sempre con riferimento al commissario giudiziale, l'aggiunta all'art. 165 L. fall. dell'ultimo comma, ai sensi del quale il commissario giudiziale è tenuto a comunicare "senza ritardo" al pubblico ministero i fatti che possono rilevare ai fini delle indagini preliminari, nonché della prevista trasmissione al pubblico ministero di copia degli atti e dei documenti depositati a norma del secondo e del terzo comma dell'art. 161, dimostra una spiccata attenzione, rispetto al passato, alla dimensione penalistica del fenomeno concordatario latamente inteso: attenzione che trova conferma anche nella previsione di cui al primo comma dell'art. 172 circa l'obbligo commissariale di illustrare le utilità che, in

suale secondo il decreto "contendibilità e soluzioni finanziarie" n. 83/2015: un primo commento. Parte IV: le nuove figure dell'"accordo di ristrutturazione con intermediari finanziari" e della "convenzione di moratoria", in *www.iffallimentarista.it*, 13.

⁹ Cass., 18 settembre 2007, n. 39307.

¹⁰ Cass., 5 febbraio 1993, n. 3330.

¹¹ Cass., Sez. un., 30 settembre 2010, n. 43428.

¹² Cass., 2 dicembre 2015, n. 11921.

caso di fallimento, potrebbero ricavarsi dall'esperimento di azioni risarcitorie e revocatorie.

Con la pronuncia già richiamata¹³, infine, la Suprema Corte ha confermato un principio più volte espresso: "in tema di bancarotta fraudolenta patrimoniale nel caso in cui all'ammissione alla procedura di concordato preventivo segua la dichiarazione di fallimento, stante la disuguaglianza tra le due procedure che non consente di intravedere nella successione delle vicende concorsuali la medesima connotazione, non si può ritenere che si verifichi un assorbimento cronologico della seconda nella prima. Indubbiamente, poi, le condotte distrattive poste in essere prima dell'ammissione al concordato preventivo rientrano nell'ambito previsionale dell'art. 236, 2° comma, L. fall. che, in virtù dell'espresso richiamo dell'art. 223 L. fall., punisce i fatti di bancarotta previsti dall'art. 216 L. fall. commessi da amministratori, direttori generali, sindaci e liquidatori di società fallite"

Le modifiche apportate al falso in attestazioni e relazioni da un professionista

Il D.L. n. 83/2015 è intervenuto interpolando l'art. 236 *bis* L. fall. al fine di riconoscere rilevanza penale alla condotta del professionista attestatore anche in presenza della innovativa procedura di accordi di ristrutturazione dei debiti con intermediari finanziari. I profili di criticità che si riscontrano a valle di tale interpolazione sono più d'uno. L'analisi degli stessi, tuttavia, pretende una disamina generale della norma in commento. Peraltro, il vero impatto sulla disposizione, potrebbe discendere dalle modifiche apportate dalla riforma agli artt. 160 e 163 L. fall.

Il falso in attestazioni e relazioni

La fattispecie di cui all'art. 236 *bis* è stata introdotta all'interno del corpo normativo fallimentare con il D.L. 22 giugno 2012, n. 83 (Recante "misure urgenti per la crescita del Paese" e ribattezzato "decreto sviluppo"), convertito con modificazioni dalla L. 7 agosto 2012, n. 134.

Per comprendere le ragioni che hanno condotto il legislatore del 2012 a tale introduzione, è necessario fare un ulteriore passo indietro e partire dalla riforma del 2006 che, come noto, ha posto al centro della disciplina delle procedure concorsuali la composizione negoziale della crisi d'impresa. In particolare, e per quanto d'interesse nella presente sede, con la novella del 2006 è stata dettata una nuova disciplina del concordato preventivo che ne ha ampliato in modo deciso l'ambito di applicazione, e sono stati introdotti gli istituti degli accordi di ristrutturazione e dei piani attestati. Proprio con riferimento a questi istituti assume un ruolo fondamentale l'attestazione del professionista, costituendone il perno poiché su tale attestazione fa affidamento, per quanto riguarda il concordato preventivo e gli ac-

cordi di ristrutturazione, il tribunale e, in seconda battuta, la generalità dei creditori coinvolti¹⁴.

Nei primi anni di applicazione delle nuove e più articolate forme di composizione della crisi d'impresa, a fronte di relazioni e attestazioni non sempre ineccepibili, si è posto il problema della responsabilità del professionista.

Sul fronte penale, dunque, la disposizione è stata utilmente introdotta per colmare un vuoto legislativo relativamente al quale si era creata più di un'incertezza. Diverse, infatti, erano le ipotizzate prospettive di responsabilità penale in occasione di condotte di falsificazione ideologica delle certificazioni rilasciate dai professionisti di cui di discute.

In particolare, era stata addirittura avanzata l'ipotesi di una qualifica pubblicistica in capo al professionista, con il risultato che questi – quale pubblico ufficiale – avrebbe dovuto rispondere del reato di falso in atto pubblico *ex art. 479 c.p.* Su tale questione, e con specifico riferimento ad una relazione *ex art. 161, 3° comma, L. fall.*, la giurisprudenza di merito si era espressa negativamente¹⁵, escludendo che detto professionista potesse essere considerato pubblico ufficiale. E in relazione a ciò gli autori che si erano interessati della questione avevano avanzato e prospettato soluzioni alternative: si era così fatto riferimento alla prospettiva di un illecito *ex art. 481 c.p.* (sul presupposto che il professionista potesse essere considerato "esercitante un servizio di pubblica necessità" *ex art. 358 c.p.*) o anche *ex art. 483 c.p.*¹⁶ Alcune procure, infine, hanno più volte ipotizzato di qualificare le condotte del professionista come ipotesi di concorso nei reati fallimentari dell'imprenditore.

In tale contesto è di immediata evidenza l'utilità d'intervento del legislatore del 2012 il quale, dirimendo ogni questione precedente, ha previsto col nuovo reato di "Falso in attestazioni e relazioni" un delitto proprio, consistente in un falso ideologico – attivo od omissivo –, aggravato se compiuto con dolo specifico di ingiusto profitto per sé o per altri, e con l'ulteriore aggravante ad effetto speciale nel caso in cui dal fatto derivi un danno per i creditori.

L'intervento, peraltro, si collocava sulla falsariga della norma che il medesimo legislatore aveva introdotto qualche mese prima, con specifico riferimento alla "composizione della crisi da sovraindebitamento". Con l'art. 19, 2° comma, della L. 27 gennaio 2012, n. 3 è stato, infatti, previsto il reato (fra l'altro) del professionista che in tale procedura attesti la validità dei dati contenuti nella relativa proposta o attesti la fattibilità del piano di ristrutturazione dei debiti. La differente e più contenuta pena edittale di quest'ultima fattispecie e la mancata previsione di circostanze aggravanti non creano comunque problemi di interferenza con la normativa in commento, poiché diverso è l'ambito applicativo delle due discipline: la L. n. 3 del 2012 si applica infatti all'imprenditore sottosoglia e alla persona fisica non imprenditore.

¹³ Cass., 2 dicembre 2015, n. 11921.

¹⁴ Con riferimento alla generalità dei creditori si è osservato che una non corretta attestazione normalmente porta con sé gli effetti di costi che *ex post* si rilevano inutili ma, soprattutto nei concordati in continuità, può anche contribuire a determinare un vero e proprio aggravamento del dissesto, coinvolgendo così la generalità dei creditori.

Così Fontana, *La responsabilità penale del professionista attestatore*, in *www.ilfallimentarista.it*, 2.

¹⁵ Trib. Torino, Sez. IV penale, 31 marzo 2010.

¹⁶ M. Lanzi, *Il professionista incaricato della relazione per l'ammissione al concordato preventivo non è pubblico ufficiale*, in *Il Fallimento*, 2010, 1440 e segg.

La struttura della fattispecie

L'art. 236 *bis* si presenta di lettura ed esegesi complessa, soprattutto a causa del ricorso massiccio alla tecnica del rinvio. Si procederà dunque con un'analisi dei diversi istituti richiamati, non prima di sviluppare qualche considerazione più generale.

Partendo dall'interesse tutelato dalla norma, una parte della dottrina¹⁷, valorizzando per l'appunto la scelta del legislatore di riunire sotto un'unica fattispecie condotte di falso che attengono a procedimenti estremamente eterogenei, ritiene che la fattispecie abbia natura plurioffensiva. Altra parte della dottrina¹⁸ limita alla fede pubblica l'oggetto giuridico del reato *de quo*. Vi è infine un terzo orientamento¹⁹ secondo il quale il reato in questione tutelerebbe l'interesse patrimoniale dei creditori, cercando di garantire la corretta informazione sul piano presentato dall'imprenditore, ed i soggetti interessati dal piano stesso assumerebbero quindi la qualità di persone offese dal reato.

La fattispecie base di cui al primo comma, in ogni caso, costituisce un tipico reato di pericolo, tanto che la causazione del danno, come già detto, è prevista al 3° comma come circostanza aggravante ad effetto speciale.

Oggetto materiale del reato sono le relazioni e attestazioni previste dagli artt. 67, 3° comma, lett. d); 161, 3° comma; 182 *bis*; 182 *quinquies*; 182 *septies*, così come introdotto dalla riforma in commento; e 186 *bis* L. fall.

Le prime tre disposizioni si riferiscono, rispettivamente, al piano di risanamento attestato, al concordato preventivo e agli accordi di ristrutturazione: tali procedure sono state modificate dal D.L. n. 83/2012 (c.d. decreto sviluppo) che ha per l'appunto introdotto la possibilità del piano o la proposta di concordato, presentando una nuova relazione del professionista.

Gli artt. 182 *quinquies* e 186 *bis*, invece, sono stati inseriti proprio dal decreto del 2012 e disciplinano strumenti innovativi della crisi d'impresa in quell'ottica cui si è fatto cenno all'inizio del presente contributo e, cioè, la composizione negoziale della crisi d'impresa: nello specifico si tratta di "Disposizioni in tema di finanziamento e di continuità aziendale nel concordato preventivo e negli accordi di ristrutturazione dei debiti e del concordato con continuità aziendale".

Infine, il riferimento all'art. 182 *septies* è stato introdotto dall'art. 10, 1° comma, lett. b), D.L. 27 giugno 2015, n. 83.

Come noto, il decreto ha introdotto quale ulteriore forma di rinegoziazione del debito l'accordo di ristrutturazione con intermediari finanziari e convenzione di moratoria: lo strumento, in estrema sintesi, è pensato per le imprese che abbiano debiti verso banche e intermediari finanziari in misura non inferiore alla metà dell'indebitamento complessivo. In tal caso, ricorrendo alle previsioni dell'art. 182 *septies*, il debitore, nell'accordo di ristrutturazione di cui all'art. 182 *bis*, può individuare una o più categorie tra i creditori di cui al primo comma che abbiano fra loro posizione giuridica e interessi economici omogenei.

È opportuno rammentare che obblighi di attestazione dell'omogeneità delle posizioni giuridiche e degli interessi economici delle banche interessate alla convenzione in moratoria sono espressamente stabiliti dall'art. 182 *septies*, 5° comma, L. fall., in capo al professionista designato dal debitore. In questa procedura, peraltro, l'intervento del professionista è solo eventuale ed avviene nei casi previsti dal quinto comma stesso. Inoltre, una relazione dello stesso professionista (sulla veridicità dei dati aziendali e la fattibilità della convenzione) dovrà accompagnare l'opposizione alla convenzione da parte delle banche non aderenti (cfr. art. 182 *septies*, 6° comma).

Quanto al soggetto attivo, l'art. 236 *bis* delinea un reato proprio del "professionista". In assenza di una definizione penalistica, il riferimento è la normativa fallimentare stessa e, nello specifico, l'art. 67, 3° comma, lett. d) laddove è previsto che il professionista, designato dal debitore, deve essere "indipendente", nonché iscritto nel registro dei revisori legali ed in possesso dei requisiti di cui all'art. 28, lett. a), ove si dispone che possono ricoprire la funzione di curatore fallimentare gli avvocati, i dottori commercialisti, i ragionieri e i ragionieri commercialisti; e lett. b), ovvero studi professionali associati o società tra professionisti, sempre che i soci delle stesse abbiano i requisiti professionali di cui alla lett. a).

Anche il concetto di indipendenza è normativamente previsto dalla medesima disposizione, secondo la quale un professionista può dirsi "indipendente" "quando non è legato all'impresa e a coloro che hanno interesse all'operazione di risanamento da rapporti di natura personale o professionale tali da comprometterne l'indipendenza di giudizio; in ogni caso, il professionista deve essere in possesso dei requisiti previsti dall'art. 2399 c.c. e non deve, neanche per il tramite di soggetti con i quali è unito in associazione professionale, avere prestato negli ultimi cinque anni attività di lavoro subordinato o autonomo in favore del debitore ovvero partecipato agli organi di amministrazione o di controllo".

Alla luce dei requisiti richiesti da tale previsione, è chiaro che il legislatore miri ad ottenere una duplice garanzia di competenza tecnica e professionale che deriva tanto dall'obbligo per l'esperto di sottostare a regole deontologiche stringenti, quanto dalla possibilità di applicare l'art. 348 c.p., che punisce l'esercizio abusivo di una professione.

Con riferimento alla già accennata questione inerente l'esistenza o meno di una particolare qualifica pubblicistica in capo al professionista attestatore, di recente la Cassazione²⁰ ha confermato quanto statuito dalla giurisprudenza di merito sopra richiamata²¹ così negando ogni fondamento alla pretesa qualificazione del professionista incaricato dell'attestazione di cui all'art. 161, 3° comma, L. fall. quale pubblico ufficiale e, quindi, alla configurabilità a suo carico del reato di falso ideologico.

La Suprema Corte²², facendo riferimento nella parte motivazionale della sentenza sia all'assenza di un'espressa qua-

¹⁷ Guerrini, *La responsabilità penale del professionista attestatore nell'ambito delle soluzioni concordate per le crisi d'impresa*, in DPC, n. 2/2013, 77.

¹⁸ Bricchetti, Pistorelli, *Operazioni di risanamento, professionisti nel mirino*, in *Guida al diritto*, n. 29/12, 45.

¹⁹ Borsari, *Il nuovo reato di falso in attestazioni e relazioni del*

professionista nell'ambito delle soluzioni concordate delle crisi d'impresa. Una primissima lettura, in DPC, n. 1/2013.

²⁰ Cass., 2 dicembre 2015, n. 9542.

²¹ Cfr. Trib. Torino, cit.

²² Cfr. Cass., 2 dicembre 2015, n. 9542.

lificazione normativa di tale professionista come pubblico ufficiale, sia all'indubbia volontà legislativa manifestata con l'introduzione dell'art. 236 *bis*, e cioè quella di garantire una piena tutela penale per interessi la cui offesa non sarebbe altrimenti riconducibile ad altre ipotesi di reato, afferma: "Non può riconoscersi al liquidatore nominato nella procedura di concordato preventivo la qualità di pubblico ufficiale, in quanto la stessa non gli è attribuita dalla legge come, invece, accade per il curatore, il commissario giudiziale e quello liquidatore. Parimenti non può tale qualità essere riconosciuta al professionista incaricato della relazione sul piano di fattibilità nella stessa procedura".

Le condotte punite possono essere di carattere commissivo, "esporre informazioni false", e omissivo, "omettere di riferire informazioni rilevanti".

Non è poi prevista alcuna soglia di punibilità a differenza, ad esempio, da quanto accade nelle false comunicazioni sociali. Con ogni conseguente problema di selezione di fatti che siano connotati di un disvalore adeguato alla gravità della previsione.

Un aspetto problematico, sempre in tema, riguarda l'asimmetria tra l'ipotesi omissiva, la sola che qualifica le informazioni omesse come "rilevanti", e quella commissiva. Strettamente connessa a tale problematica, vi è poi la questione inerente il parametro per stabilire la rilevanza.

Con riferimento al primo aspetto, la maggior parte degli interpreti ha raggiunto la conclusione che si tratta di un'asimmetria apparente, da superare con un'interpretazione della norma in linea con la *ratio* sottesa alla stessa.

In particolare si è osservato che la norma in commento non è volta tanto alla tutela della fede pubblica, ma a tutelare l'affidamento, in prima battuta, del Tribunale (ai fini dell'ammissione della procedura) e, in seconda battuta, dei creditori²³ in merito al contenuto dell'attestazione (ai fini della votazione).

È in linea con tale conclusione anche la giurisprudenza di merito che ha affermato: "l'oggetto giuridico tutelato dall'art. 236 *bis* L. fall. è individuabile nell'affidamento che deve accompagnare le relazioni e le attestazioni del professionista nell'ambito di una procedura che assegna al Tribunale una mera funzione di controllo e legalità, lasciando ai creditori di valutare la fattibilità e la convenienza della proposta, nonché nella tutela degli interessi patrimoniali dei creditori"²⁴.

Se così è, e quindi il bene giuridico tutelato è da individuarsi nell'affidamento del tribunale prima e dei creditori poi, non ogni falsità assume rilevanza, ma, al contrario, la assumeranno solo quelle falsità che ledono tale affidamento. In questo modo si recupera il parametro della rilevanza anche rispetto alla condotta commissiva.

È peraltro necessaria un'ulteriore considerazione che, indirettamente, risolve anche la problematica alla prima connessa: la veridicità dei dati nella disciplina dell'istituto, infatti, non rileva di per sé, ma in funzione della fattibilità del piano. Alla luce di tale circostanza, penalmente rilevanti sono quindi solo quelle informazioni false che generano

affidamento su un piano che altrimenti non sarebbe fattibile. In questo modo, non qualunque falsità rileva, ma solo le falsità su elementi che hanno, per la loro incidenza, una concreta rilevanza, in questa prospettiva²⁵.

Superato questo primo problema, la questione più delicata è quella della rilevanza o meno del falso valutativo, questione che, come noto, è stata oggetto di riflessioni dottrinali ed elaborazioni giurisprudenziali da molti decenni e fino ai giorni nostri²⁶, con particolare riferimento alle false comunicazioni sociali.

Il tema, con riferimento all'art. 236 *bis*, ha persino maggior rilevanza rispetto alla disposizione di cui all'art. 2621 c. c. in quanto il bilancio guarda al passato, mentre la maggior parte delle attestazioni previste nella legge fallimentare è prognostica: così la fattibilità del piano, le attestazioni di cui agli articoli 182 *quinquies* e 186 *bis* L. fall. Senza dimenticare che anche le attestazioni sulla veridicità dei dati in qualche misura coinvolgono una componente valutativa.

Il problema che si pone è dunque quello di come delimitare l'ipotesi del falso valutativo per circoscrivere l'area del rischio penale in cui può incorrere il professionista attestatore. Evitando in questa sede di ripercorrere anni di dibattito dottrinale e giurisprudenziale, il riferimento è a quanto statuito di recente dalle Sezioni Unite della Cassazione chiamate a pronunciarsi sul tema, pur se in relazione alle false comunicazioni sociali²⁷. La Suprema Corte ha affermato: "sussiste il delitto di false comunicazioni sociali, con riguardo all'esposizione od all'omissione di fatti oggetto di valutazione, se, in presenza di criteri di valutazione normativamente fissati o di criteri tecnici generalmente accettati, l'agente da tali criteri si discosti consapevolmente e senza darne adeguata informazione giustificativa, in modo concretamente idoneo ad indurre in errore i destinatari delle comunicazioni".

In tali termini si deve quindi circoscrivere l'area di rilevanza del falso valutativo con riferimento all'attestazione di dati. Per quanto concerne, invece, le valutazioni di carattere prognostico, il criterio è quello della ragionevolezza, in virtù del quale il giudice dovrà (dovrebbe) considerare irrilevanti ai fini dell'integrazione del delitto tutte le valutazioni o stime che, pur non corrispondenti al vero, si discostano da esso in misura non rilevante.

Da ultimo, ma non per importanza, vi è il tema inerente l'elemento soggettivo che, per il delitto in contestazione, è costituito nell'ipotesi base dal dolo generico, mentre un dolo specifico di ingiusto profitto è previsto unicamente in relazione alla ipotesi di cui al secondo comma, con la conseguenza propria di un aggravamento della sanzione.

Trattandosi di un reato di falso, privo quindi di evento naturalistico, il dolo risiede nella consapevolezza della falsità. E qui sorge il problema pratico più rilevante nella prospettiva della colpevolezza di tale illecito, dal momento che, a tal fine, si farà anche ricorso alla prospettiva del c.d. "dolo eventuale".

In termini concreti si dovrà poter affermare che il professionista ha formulato quella attestazione rappresentan-

²³ A tal proposito si evidenzia il significato del fatto che sia prevista come circostanza aggravante il danno ai creditori.

²⁴ Uff. indagini preliminari Torino, ordinanza 16 luglio 2014.

²⁵ Così Fontana, *La responsabilità penale del professionista attesta-*

tore, in *www.ilfallimentarista.it*.

²⁶ Il riferimento è alla sentenza delle Sez. un. 22474 del 31 marzo 2016, la cui motivazione è stata depositata in data 27 maggio 2016.

²⁷ Cass., Sez. un., 31 marzo 2016, n. 22474.

dosi la prospettiva che la stessa non sia veritiera, ma ciononostante agendo e così “accettando il rischio” della falsità di tale attestazione²⁸.

Pur così “semplificata” la questione, è chiaro come proprio l’individuazione del dolo nella sua forma più blanda presenti non pochi problemi interpretativi ed applicativi. Ferme restando numerose opinioni dottrinali secondo le quali il “dolo eventuale” dovrebbe comunque confrontarsi con un evento naturalistico, va realisticamente preso atto che la giurisprudenza certo individuerà (e ha già individuato) la colpevolezza del reato in esame anche nelle manifestazioni del dolo eventuale.

In relazione a ciò, è comunque bene premettere che quest’ultimo, quale che ne sia l’esatta matrice, corrisponde pur sempre ad una manifestazione dolosa, ancorata dunque ai temi della “rappresentazione” e della “volizione” del fatto tipico; con la peculiarità, rispetto al dolo non eventuale (diretto e/o intenzionale), che la volizione non è puntualmente in linea con la fattispecie materiale, ma rispetto ad essa è indiretta (o obliqua), tanto da potersi ritenere che si sarebbe comunque agito pur nella consapevolezza del risultato e/o del fatto tipico.

Come poi spesso accade nelle questioni giuridiche, un tema lo si delinea per comparazione e per delimitazione; ed anche qui, come è noto, l’istituto “dolo eventuale” trae la propria essenza dalla differenza con la contigua ipotesi della “colpa cosciente” (con previsione dell’evento; *ex art. 61 n. 3 c.p.*) tanto da identificare come “zona grigia” quello spazio che delimita le due figure e nel quale le stesse quasi si confondono.

A tal proposito, ed emblematica di quella tendenza giurisprudenziale di cui sopra, si richiama l’ordinanza del Gip di Torino del 16 luglio 2014 prima citata, nella quale la dimostrazione dell’elemento psicologico del delitto viene ricavato dall’importanza dell’omissione (mancanza di verifica sull’effettiva esistenza della fideiussione a garanzia dell’affitto d’azienda) e dalle elevate competenze chieste dalla legge all’attestatore, circostanze idonee ad escludere la colpa e a dedurre – “per differenza” – l’esistenza del dolo di falso.

E tuttavia la prova del dolo, fondata sulle alte competenze formali del professionista e sulla significatività e gravità dell’informazione falsa, non convince. Questi indicatori si presentano, infatti, come eccentrici rispetto alla dimostrazione dell’elemento psicologico perché contribuiscono a definire l’ambito di operatività del fatto illecito e, in ogni caso, si presentano come ambigui, ben potendo essere utilizzati per dimostrare il dolo o la colpa indifferentemente; di contro, ciò che serve, per un sicuro inquadramento dell’attestazione “sbagliata” come attestazione “falsa”, è la precisa individuazione e documentazione di un movente criminale o di una finalità illecita nel lavoro dell’attestatore. In altri termini, costui non ha un interesse proprio alla falsificazione dei dati poiché si tratta di un lavoro di elevata qualità professionale non direttamente “spendibile” dal suo autore, bensì svolto su commissione dell’imprenditore in

stato di crisi per il quale la procedura di gestione giudiziaria è preferibile al fallimento²⁹.

Per chiudere la questione dell’elemento soggettivo, e sempre con specifico riferimento alle ipotesi di dolo eventuale, è stato osservato³⁰ come tali contestazioni sembrano attagliarsi ai casi dell’attestatore che rimetta parte dell’attività a terzi: sia nel caso “patologico” in cui lo stesso si limiti ad apporre la firma, sia nell’ipotesi fisiologica di recepimento dell’attività di verifica, di revisione o di carattere estimatorio compiute da altri soggetti. In tali ipotesi, infatti, pur non consapevole delle eventuali violazioni delle regole tecniche da parte di soggetti terzi che hanno effettivamente svolto il lavoro, l’attestatore se ne assume il rischio e quindi la sua condotta potrebbe appunto integrare la fattispecie in commento collocandosi sotto il profilo dell’elemento soggettivo nell’alveo del dolo eventuale.

Alla luce delle considerazioni fin qui svolte e, in particolare, alla luce della sconfinata ampiezza sia dell’elemento oggettivo, sia dell’elemento psicologico del delitto, si comprende la scarsa diffusione dell’applicazione della norma.

Ad oltre tre anni di distanza dall’entrata in vigore dell’art. 236 *bis* L. fall., la citata ordinanza del Gip di Torino costituisce l’unico esempio di misura cautelare adottata per un falso in attestazione, mentre gran parte delle posizioni di attestatori iscritti nel registro degli indagati in un grande ufficio come la Procura di Roma sono state archiviate proprio per la difficoltà di dimostrare il dolo di falso ovvero di provare l’inverosimiglianza oggettiva (e dunque l’effettiva falsità) delle informazioni fornite.

Le conseguenze derivanti dalla riforma della legge fallimentare del 2015

Nel contesto così delineato, il D.L. n. 83/2015 da una parte, e come visto, attraverso l’interpolazione nell’articolo in commento, riconosce rilevanza penale alla condotta del professionista attestatore anche in presenza della innovativa procedura di accordi con gli intermediari finanziari e, dall’altra, attraverso le modifiche apportate agli artt. 160, ult. comma, e 163, 5° comma, con riferimento specifico alle ipotesi di concordato preventivo, circoscrive l’area di rilevanza penale della condotta di falso sotto il profilo sia oggettivo, sia soggettivo.

Quanto alla prima innovazione, si segnalano le seguenti criticità. Nella versione originaria, la disposizione incriminatrice sanzionava la condotta dell’attestatore che, negli atti redatti nell’ambito di una procedura concordata per la risoluzione dell’impresa, esponesse informazioni false o omettesse di riferire informazioni rilevanti. Entrambe queste ipotesi di condotta paiono tuttavia non rilevare laddove l’intervento del professionista attestatore si realizzi negli accordi di ristrutturazione con intermediari finanziari: in base all’art. 9, D.L. n. 83/2015, infatti, costui nella sua relazione deve attestare “l’omogeneità della posizione giuridica e degli interessi economici fra i creditori interessati dalla moratoria”; di conseguenza, pare che –nel caso in parola– la condotta di mendacio dell’attestatore sussista

²⁸ Così A. Lanzi, *Osservazioni in tema di colpevolezza nel reato di “falso in attestazioni e relazioni”*, 10 dicembre 2014, in *www.ilfallimentarista.it*.

²⁹ Così Mapelli, in “*Approfondimenti*” del 16 aprile 2016, *www.*

dirittobancario.it.

³⁰ Si veda Fontana, *La responsabilità penale del professionista attestatore*, in *www.ilfallimentarista.it*.

laddove questi dichiarano l'esistenza di tale situazione di omogeneità, senza che la stessa sussista. Si tratta sicuramente di una ipotesi di facile accertamento, essendo non difficile verificare se sul punto il professionista ha detto o meno il vero e parimenti semplice sarà accertare l'intenzionalità dolosa dell'attestatore, il tutto a differenza di quanto spesso si verifica con riferimento all'esposizione di dati falsi o all'omissione di informazioni rilevanti nell'ambito del concordato preventivo. Al contempo, proprio tale circostanza rende francamente improbabile il ricorso a tale tipologia di condotta, che con nessuna difficoltà verrebbe fatta emergere in sede processuale.

Quanto invece alle modifiche di cui agli articoli 160 e 163 L. fall., entrambe in tema di concordato preventivo, si segnalano le possibili e rilevanti ricadute sulla sfera di applicazione della norma in commento.

La riforma ha aggiunto all'art. 160 L. fall. (Presupposti per l'ammissione alla procedura) un ultimo comma del seguente tenore: "In ogni caso la proposta di concordato deve assicurare il pagamento di almeno il venti per cento dell'ammontare dei crediti chirografari. La disposizione di cui al presente comma non si applica al concordato con continuità aziendale di cui all'art. 186 *bis*."; così come ha introdotto un quinto comma all'art. 163 (*Ammissione alla procedura e proposte concorrenti*) che prevede: "Le proposte di concordato concorrenti non sono ammissibili se nella relazione di cui all'art. 161, 3° comma, il professionista attesta che la proposta di concordato del debitore assicura il pagamento di almeno il quaranta per cento dell'ammontare dei crediti chirografari o, nel caso di concordato con continuità aziendale di cui all'art. 186 *bis*, di almeno il trenta per cento dell'ammontare dei crediti chirografari".

L'estensione alla proposta di concordato dell'impegno ad assicurare il pagamento del 20% dei crediti chirografari introduce un vincolo specifico, di risultato. Il *dover assicurare* di cui alla norma, infatti, è condizione di ammissibilità della proposta stessa, tanto che la previsione dell'art. 162 (*Inammissibilità della proposta*) ne sancisce l'inammissibilità anche per difetto delle condizioni di cui all'art. 161, tra i presupposti del quale vi è appunto la condizione del terzo comma, e cioè, la relazione che "attesti la veridicità dei dati aziendali e la fattibilità del piano medesimo" e che rappresenta il documento di sintesi tra prescrizioni normative e indicazioni operative.

Stando così le cose a livello normativo, è stato osservato³¹ che così il cerchio si chiude: "la proposta di concor-

dato assicura il pagamento del 20% dei creditori chirografari attingendo le informazioni anche su questa voce alla relazione dell'attestatore e dunque attribuendo a quest'ultimo la responsabilità sostanziale dell'eventuale falsità delle notizie in essa contenute, con conseguente applicabilità dell'art. 236 *bis* Legge Fallimentare".

L'obiezione per cui la responsabilità per l'assicurazione del pagamento (e l'eventuale correlativa falsità) non sia ascrivibile all'attestatore non regge, ed è il tenore letterale dell'art. 163 L. fall. stesso a dimostrarlo: norma per cui è "il professionista" ad attestare "che la proposta di concordato del debitore assicura il pagamento di almeno il quaranta per cento dell'ammontare dei crediti chirografari" con ciò specificando in modo testuale il percorso da seguire nella certificazione dell'obbligazione di risultato. Di più, proprio l'art. 163 conferma il carattere "effettivo" dell'assicurazione di pagamento perché a tale garanzia consegue l'esclusione di proposte concorrenti con quella formulata dal debitore anche se più vantaggiose per i creditori: il pagamento del 40% dei crediti dunque deve essere certo e, per essere certo, deve essere adeguatamente dimostrato.

Sul piano dell'illecito penale, quindi, la fissazione di una soglia minima alla proposta concordataria risolve alcuni dei problemi riscontrati nella formulazione di un'accusa per falso in attestazioni. Infatti, per l'individuazione dell'elemento oggettivo del delitto, l'indicazione della percentuale minima di soddisfacimento è l'informazione rilevante per eccellenza. Per quanto riguarda invece l'elemento psicologico del reato, la previsione di una soglia come condizione di ammissibilità del concordato (oppure come condizione per l'esclusione di proposte concorrenti) opera come preciso movente per la falsificazione dei dati e del giudizio di fattibilità del piano: prima della riforma, infatti, l'assenza di un minimo garantito, presente solo per via giurisprudenziale, rendeva difficile ipotizzare falsificazioni senza un fine preciso, con conseguente ripiegamento e archiviazioni d'indagine in favore di ipotesi di falso solo colposo, privo di rilievo penale. Con queste modifiche, ed in conclusione, si può osservare che la circostanza aggravante di cui al secondo comma dell'art. 236 *bis* L. fall. che, come visto, trasforma il dolo generico in specifico, acquista spessore perché sempre coincidente con l'obiettivo di accedere, a qualunque costo e dunque anche in modo illecito assicurando percentuali di pagamento irreali, alla procedura di gestione della crisi d'impresa.

³¹ Così Mapelli, in "Approfondimenti" del 16 aprile 2016, *www.dirittobancario.it*.

LE SOCIETÀ A PARTECIPAZIONE PUBBLICA

RACCOLTA SISTEMATICA DELLA DISCIPLINA, COMMENTATA
E ANNOTATA CON LA GIURISPRUDENZA

di Vincenzo Donativi

€ 100

Cod. 00215206

L'Opera costituisce una **raccolta sistematica** della complessa disciplina delle società a partecipazione pubblica. Le norme sono state **catalogate per materia** e **commentate**, alla luce delle principali questioni sollevate dalla prassi e al fine di fornire un supporto alla **soluzione dei problemi pratici** e alla **elaborazione degli atti amministrativi o delle deliberazioni**.

L'argomento è di grande **attualità**: da ultimo è stato approvato il «Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica» (d.lgs. 19 agosto 2016, n. 175). Accanto a una serie di innovazioni di grande impatto, tuttavia, sono sopravvissute molte delle soluzioni originarie, travasate nel TUSPP o in molti casi conservate nel contesto delle fonti previgenti.

Il volume, frutto dell'esperienza ventennale dell'autore, esperto e studioso della materia, si rivolge ad amministratori, revisori e agli uffici interni delle p.a., agli amministratori, ai sindaci, ai revisori e agli uffici interni delle società partecipate, oltre che ai professionisti che svolgono attività di consulenza e assistenza in favore di tali soggetti.





CONTROLLO DI GESTIONE NELLE AZIENDE CHE PRODUCONO SU COMMESSA

di Francesco Manca

Il libro illustra come progettare, implementare e gestire un sistema di controllo di gestione nelle imprese di produzione che lavorano su commessa.

Nella prima parte del volume vengono trattati argomenti di base come il **concetto di commessa** e il **check-up aziendale** e viene approfondito il tema della **strategia d'impresa** con attinenza a questo particolare settore di produzione.

La parte centrale del libro è dedicata alla **contabilità analitica di commessa**, alla **programmazione della commessa** e alla costruzione del **budget generale d'impresa**. Infine vengono affrontati i temi del sistema informativo e del controllo, nella versione tradizionale e nella forma evoluta rappresentata dalla **Balanced Scorecard**.

In questa seconda edizione del libro l'autore dà particolare risalto al tema della **crisi d'impresa nelle aziende che lavorano su commessa**: strumenti di previsione, sintomatologia, evoluzione. Affronta inoltre il tema della gestione dei **costi di struttura** e più approfonditamente il **controllo della liquidità**.

Completa il volume il **Cd-Rom** allegato che contiene un software che opera in **ambiente Excel**, riguardante la **programmazione della commessa** sotto l'aspetto economico e monetario e la gestione del **portafoglio ordini**.

